



Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

- + *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.
- + *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.
- + *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.
- + *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página <http://books.google.com>

Collegii Societatis Jesu Monachii: 1673.

HERMANNI

VVLTEII I.C. DISCE-
ptationum Iuris Scho-
lasticarum

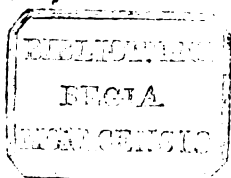


Liber unus.



MARPURGI,
APVD PAVLVM EGENOLPHVM:
M D LXXXIX.

Franciscus Schaudt. V. J. S. 1673.





NOBILITATE

GENERIS, VIRTUTVM ET ERV-

DITIONIS PRÆSTANTISSIMIS IUVENIBVS,

Dn. Joanni Baptistæ Brock in Sibenhirtten, Dn Jo-

anni Dietmaro Grientaller in Cremfack & V Vin-

tern, & Dn. Henrico Elfenhamer, &c. Do-

minis & amicis suis unice

colendis S.



Andem aliquando victo pudore adductus sum, juvenes nobilissimi, ut aliquid eorum, que in hoc ocio Scholastico, minime tamen ocioso, meditatus sum, in lucem emitterem.

Ita autem pudor iste à me devictus est, ut mihi fatendum sit, ab aliis me prius devictum esse. Et si enim jam ab aliquot annis ad petitionem quorundam Academie Marpurgensis, in qua juracivilia interpretor, studiosorum mihi duplex Disceptationum juris genus aggredi, illudq; horis subsceivis tractare propositum fuit, unum quod esset rerum Schola-

A 2 stica-

EPISTOLA

sticarum; alterum, quod esset rerum forensium: tamen cum negocia alia, magis, mea opinione, necessaria, interim, dum in hoc sum, accederent, nec mei illa esset corporis valetudo, ut illis omnibus satis commodè sufficere possem: factum est, ut omnem istam scribendi & meditandi curam ferè abjecerim, praesertim quòd illud nimis operosum esse animadverteterem, atq; in eo genere satis, & fortasse nimis multa, quorum omnium lectioni unius hominis aetas vix sufficeret, à praestantissimis hujus & superioris aetatis Jurisconsultis scripta essent. Avocabat etiam me natura ingenii mei, quod à scripturientium illorum, qui quidvis quod chartis illinunt, venditant, more semper quamplurimum abhorruit: quod timorè alicui, an verò ^{cui} ^{de} ^{ita} ^{cui} ^{dama} mea ascribendum sit, illi viderint, qui nescio quid mihi tribuunt, verum in edendis meis nimis me esse meticulosum affirmant. Utinam verò quidam, qui hac aetate tam erudita cogitationes suas nimis temerè, ne dicam ambitiosè, in publicum prodire faciunt, idem mecum sentirent: librorum fortasse esset minus, in quos Juris studiosi non rarò, magna cum studiorum suorum iactura, distrahuntur imprudentes. Agnosco meum istum metum: sed metum verecundum vir prudens probaveris

ba verit potius, quàm improba verit. Samè à me quod proficiscitur, quicquid illud sit, tanti mihi non est, nec tanti illud facio, ut, quicquid sentiant alii, dignum esse existimem, quòd lucem aspiciat. Sunt enim accuratissimi Jurisconsultorum commentarii, atq; illi politissimi in studioforum manibus, ex quibus disceptationes ejusmodi forsàn haud difficulter ipsi suo Marte cognoverint, quos me autore & suasore potius legent, quàm ut in hisce rivulis, inde deductis, tempus inutiliter consumant. Est quidem ita, ut ante biennium fermè in isto genere disceptationum, quæ ad cathedram scholasticam magis pertinere videntur, nonnullas de illis absolverim, quas interim multis petentibus videndas, legendas & describendas dedi: sed ab illo tempore ab ulterioribus ita abstinui, ut priores illas dereliquisse mihi ipse viderer. Sed nescio quid nunc intempestivius amici quidam mei, atq; inter illos etiam viri magni nominis, mihi nihil minùs, præsertim hoc tempore, quàm de edendis illis cogitanti instent, atq; se hoc jure quodam suo à me postulare dicant, ut tandem aliquando studioforum, quorum nonnullis quasi ex stipulatu tenerer, desiderio, si non ut velim, saltem ut possim, satisfaciam, eamq; dicam, quæ propediem

aliàs

EPISTOLA

aliàs mihi scribenda esset, effugerem. Cùm non viderem, quomodo inter usurii alicujus prestatione me liberarem, dedi tandem illis quod volebant: præsertim quod monerent citam ante annum de Jurisprudentiæ Romanæ à Justiniano compositæ libris, quos ferè adornatos & absolutos nunc haberem, spem esse factam, qui tamen hæcenus non produxerunt. Etsi enim librorum illorum titulus anno superiori in Catalogum solitum librorum istis venditis autumnalibus editorum splendidius, quàm vel ipse vellem, atq; id omne me nescio, atq; posteaquam rescivissem valde indignante, irripisset: aiebant tamen id non constare omnibus, atq; ad eò occasionem mihi erroris illius à typographo commissi excusandi harum disceptationum editione datum iri. Ita de disceptationibus istis scholasticis prodit hoc tempore aliqua particula, qua sit præcursor librorum de jurisprudentiâ, qui mihi ab initio in meos & in studiosorum Academia Marpurgensis usus sunt compositi. Vobis autem, juvenes nobilissimi, potius quàm cuiquam alii hoc quicquid est quod accipitis, offero, quòd & virtus vestra illud mereatur, & benevolentia illa, qua inter nos est mutua, hoc à me requirat. De virtute vestra, & moribus vestris, qui verè vos nobiles

biles esse arguunt, atq; omnibus amabiles reddunt, pluribus dicere si velim, vereor ut vos illud non patiamini, nec fortasse mea existimatione, si in os illud vobis, ut dicitur, fecero, fuerit satis dignum. Studia vestra qua sint, res ipsa clamat, atq; haec omnia faciunt, ut jam dudum insignem de vobis apud omnes, quibus noti estis, expectationem concitaveritis fore, ut si Deus vobis vitam largiturus est, quod precor, familiaris vestris ornamento singulari, & non patriae tantum vestrae Austriae, sed etiam universo imperio Romano maximo commodo futuri sitis. De benevolentia autem mea in vos, nihil est quòd vos dubitare faciat. Ut enim frater meus Johannes Vultejus Medicus, qui vos ex Argentina huc studiorum causa abeuntes mihi commēdavit; mihi carissimus est, ita scitote, vos mihi esse longè carissimos, atq; tantò esse cariores, quantò & meliores moribus, & diligentiores in studiis vos esse video. Quid verò mihi tribuatis, atq; plus etiam quàm ego agnoscam, satis mihi perspectum est: qua de re non rectè fecero, si pluribus dixero; ne qua inter nos privata sunt, publica fecisse videar. Macti ergo virtute juvenes, atq; hoc, quod vobis mitto, virtutis & studiorum vestrorum esse premium agnoscite,

A + eumq;

EPIST. DEDICAT.

*eumq; cursum, in quo etiamnum estis, me si non
duce, at comite saltem, dum in hac Academia
vivitis, feliciter absolvite. Marpurgi è Mu-
sæo meo, mense Junio, Anno M D LXXXIX.*

Vestriamantissimus

Hermannus Vultejus D.

HER-





HERMANNI VULTEJI
DISCEPTATIONVM IVRIS
Scholasticarum, liber

vnus.

De in jus vocando. CAP. I.



Mnium actionum instituendarū principium ab ea parte Edicti proficisci, qua prætor edicit de in jus vocando, ait Justinianus Imper. in § penult. Instit. de poen. temer. litigant. Quid autem sit in jus vocare, ibidem Imperator subjicit, nimirum ad eum vocare, qui jus dicturus sit. & ante eum, satis, meo quidem iudicio, luculenter Paulus Jurisc. libr. 4. ad Edictum scripsit, in jus vocare, esse juris experiundi causa vocare. Quam descriptionem Digestorum Compilatores exinde in Digesta retulerunt, & tituli ejus, qui est *De in jus vocando*, primam fecerunt. Uterq; rectè: verunta-

men Justinianus potius, apud quem Paulus, qua de re in jure ageretur, exposuit. Uterq; conjunctus affirmat, In jus vocare nihil esse aliud, nisi ad prætorem, eumve, qui jurisdictioni præest, juris sui experiundi causa vocare. Quod cujusmodi sit antiquitates Romanas ignorari non est usquequaque expeditum. Est enim & eorum qui jurisdictioni præerant, & institutorum judiciorum ratio ab ea, quæ nunc est, longè diversa, quæ omnem quæstionem, quæ est de in jus vocando, nobis ab antiquis illis temporibus remotioribus reddit aliquantò obscuriorem. Res verò hæc ita se habet, ut magistratus in Republ. Romana non fuerit omni tempore idem, sed modò hic, modò ille, prout status illius Reipubl. non fuit omni tempore idem, sed varius. Nam initium regium fuit, medium populare, postremum Imperatorium. Sed regii quidem status, qui à Romulo cepit, & in L. Tarquinio Superbo desinit, cum stetit annis CCXLIV. memoria ferè omnis cum regibus & magistratibus suis est abolita: remanserunt status popularis, & qui eum excepit, Cæsarei nomina pleraq; in libris juris & historiis, sed in plurimis,

mis, quid ad ipsorum officium pertinuerit, incertum est, & ejusmodi, ut in conjectura potius quàm certa definitione sint posita: hodie verò vix etiam vestigiis illorù in usu relictis. De eo cōstat satis, omnem magistratus cujusvis auctoritatem dependere ab eo, qui in Republ. summum habet imperium, sive unus is sit, ut in Monarchia, sive plures, ut in Democritia, & Aristocritia, in quibus, & quidem illa populus universus, in hac verò optimates præsumunt. Est enim unum inter cætera superioritatis sive supremæ potestatis signa etiam hoc, quòd ea sola potestatem habeat magistratus creandi & abolendi. Quod in statu populari ab universo populo factum fuisse, ex quo ambitus fuerunt frequentes, quorum crebra apud Ciceronem, Livium, aliosq; historicos rerum Romanarum fit mentio, postea à populo in unum omni imperio & potestate translata, qui princeps vocabatur, à principe, docet Modest. in l. unic. ff. ad leg. Jul. de ambitu. Sicut enim in omnibus Rebus publ. atq; omni etiam tempore, ita etiam apud Romanos, status summi imperii accuratè semper fuit distinctus à statu & conditione magistratu-

um, quod pluribus ostendit & confirmat doctissimus Joannes Bodinus, in libris de Republ. Imperium summum in Republ. habet vel populus universus, vel quidam de populo, & hi vel unus, qui princeps est, vel plures quàm unus, pauciores tamen. Infra hos proximè collocantur Magistratus, qui inferioribus præsumt, sed subsunt superiori: superior autem nemini subest, nisi Deo, & naturæ, præest & magistratibus creatis à se, & multò magis his, qui infra magistratum sunt. Origo autem Rerumpubl. constituendarum à necessitate est, ut hominibus, qui vitæ degendæ causâ societatem contraxerant, benè esset: benè verò illis ita demùm erit, non solum si privatim singulis benè sit, quod ipsum tamen esse vix possit, nisi publicè etiam omnibus benè sit, sed vel maximè si toti & universæ Reipubl. benè sit. Quemadmodum verò singulis familiis benè est, si benè regantur; quemadmodum etiam homini per se considerato benè est, si animo cum corpore optimè conveniat: ita Reipubl. quæ quasi publica est familia, benè erit, si rectè regatur & administretur. Id autem ut fiat, omnis cura est status in Republ. supremi,

supremi, qui ceu gubernator ad gubernacula navis sedet, & ut anima corpus, ita ipse subditos suos moderatur atq; regit. Verùm cùm fieri nequeat ut singulis providere possit, ea quidem quæ domestica sunt patribus familiâs commendat, quæ verò ad statum Reip. pertinent, ita instituit, ut prout partes Reipub. administrandæ sunt variæ, ita varia constituat officia, quibus gerendis præficiat alios. Horum officiorum quædam cū imperio sunt cōjuncta, quædam sine imperio. Et domesticę quidem administrationis atq; officiorum, quæ qui habent imperium non habent, tractatus est alius. Officiorū autem, quæ cum imperio sunt, ea ratio est, ut qui ea habent, sese inferioribus mandare possint, ut quid faciant vel non faciant, id quod in jus dicendo est positum. Imperium enim, quod ab omni jurisdictione remotum est, atq; adeò Merū dicitur, in executione juris, quod lex ipsa præscribit & dicit, positū est, ideoq; nemini, nisi cui specialiter illud lege Senatisc. vel Constit. datū est, conceditur. In his verò, quæ jurisdictionis sunt simplicis seu Imperii mixti, non lex, sed is cui imperiū illud seu jurisdictio data est, jus dicit. In quo qui-

dem summa mihi inter Imperium merum & mixtum consistere videtur differentia, ut illud quidem solius sit legis, penes quam totum est & merum: hoc verò non solius legis, sed ita legis, ut qui id habet, is habeat jure suo proprio, nec sit, sicut Imperium merum, lege aliqua certa definitum. Quæ disputatio elegans est, sed ab hoc loco aliquantò alienior. Hi igitur, quibus officia dabantur cum imperio jurisdictioni annexo, Magistratus dicebantur, qui ex eo, quòd officium gererēt publicum, ad communem utilitatem pertinens, personæ publicæ erant. Ex quo Cujacius in parat. ff. de Origin. jur. magistratū dicit esse personam publicam, quæ jurisdictioni præsit: quod Joh. Bodino lib. 3. de Repub. cap. 2. displicet. Esse enim scribit, qui jurisdictioni præsent, quos tamen nemo dixerit magistratus. Sed Cujacii sententia verior est, & ex jurisdictionis definitione, quam ascripsit tit. ff. de jurisdic. æstima. Qui enim jurisdictionem notionem esse dicit, quæ magistratus jure competat, is utiq; necesse habet dicere, magistratum eam esse personam, quæ huic jurisdictioni præsit. Nam si cui aliquis esse videatur,

tur, qui magistratus non sit, jurisdictionem tamen habeat, minus propriè jurisdictionem fortasse acceperit. Neque enim omnis jurisdictionis est eadem, quippe cum Ordinaria quædam sit, quædam Extraordinaria. Illa magistratum arguit, hæc nullo modo. Quomodo se ipsum satis disertè interpretatur Cujac. in parat. C. de jurisdic. om. jud. cum ait, definitionem illam, qua dicitur jurisdictionis notio, quæ jure magistratus competat, definitionem esse jurisdictionis ordinariæ: si quis autem jurisdictionem omnem cõplecti velit, esse eam, quæ jure magistratus, vel ex mandato magistratus, vel extra ordinem competit. Itaq; rectè quidem Bodinus, in eo, quòd docet, esse qui jurisdictionem habeant, magistratus tamen non sint, sed perperam quod Cujacium reprehendit per jurisdictionem magistratum definientem. Intellexit enim Cujacius jurisdictionem propriè acceptam, neq; sanè in definitionibus verba aliter sunt accipienda, quàm in eo sensu, qui ipsis est proprius. Et verò Cujacius jurisdictionem plenius accepit quàm Bodinus. Bodinus enim jurisdictionem dicit esse cognitionem causæ seu facti,

quæ tamen notio potius est quàm jurisdictio. Est quidem jurisdictio cognitio, sed præter eam aliquid amplius, quemadmodum amplius aliquid esse solet in specie. Notionis enim vox generis est, cujus species oppositæ sunt Cognitio & jurisdictio, l. notionem 99. D. de verb. significat. l. i. §. initio. D. de offic. præse. urb. l. Cùm hi 8. in prin. D. de transact. l. penul. D. de calumniat. l. ult. in fine. D. de obligat. & action. Cognitio nudam negotii disceptationem jurisdictioni minimè cohærentem significat, ideoq; species notionis est servilis: at jurisdictio non tantū in nuda negotii disceptatione, quam plerunq; respuit, & aliis mandat, sed vel maximè in effectu illius cognitionis spectatur, hoc est, in executione, & ut summatim dicā, in omnibus illis, ex quibus magistratus jus dicit, hoc est, statuit pro ratione & modo officii sui, quid justum sit, aut esse debeat. Atq; ita magistratus vi officii sui omnem habet notionem, & cognitionem, & jurisdictionem: notionem eam, quæ cognitio est, non etiam quæ est jurisdictio, iudices pedanei & arbitri. Unde Ulpianus ex eo quod notionem habere possunt, qui non habent jurisdictio-

ditionem, rectè infert ad Edictum prætoris, in quo scriptum erat, *cujus de ea re jurisdictionis est*, prætorem rectius & melius scripturum fuisse, *cujus de ea re notio est*. Nam & pedanci iudices de re judicata notionem habebant, quorum jurisdictionis nulla erat. At verò Cujacius hoc omne, quod jure magistratus, quem quis habet, sibi competit, jurisdictionis voce complectitur. Sunt quidem jurisdictionis partes complures: sed per unam ipsam definire tam ineptum est, atq; si quis domum dicat esse superficiem: neq; si una pars jurisdictionis exerceatur, omnis protinus & integra jurisdictionis exercita censebitur. Sed fit hoc ex causa, qua magistratus in Rebus publ. constituuntur, multò evidentius. Magistratus in hoc creantur, ut in communi societate eorum, qui sub una Republ. continentur, his præsent, quæ juris publici sunt, & privati, eaq; custodiant. Id quidem ita in genere: sed exercitium in specie est, seu in causa aliqua singulari: Causa autem illa singularis sive personas concernat immediatè, sive res, semper tamen inter personas est, & inter personas quidem, ut honestè vivatur, nemo lædatur, & sanum

B cuiq;

cuiq; tribuatur, quæ tria juris præcepta sunt, & si controversia incidat, jure expediuntur. At verò quis expediet? Magistratus, qui ad hoc, ut expediat, est constitutus. Quod cum facit, jurisdictioni præest, eamq; exercet, & propterea quod illi præest, exercere etiam potest: exercendo autem jurisdictionem jus dicit: potestas verò jus dicendi, & interdum etiam exercitium ipsum potestatis, jurisdictio dicitur. Ut verò jurisdictio sit cum effectu, magistratui imperium est additum, quo jurisdictionem, quam accepit, defendat. Itaque imperium habet propter jurisdictionem, non jurisdictionem propter imperium. Nam ne fingi quidem imperium ullum potest, nisi in eo quod mandatur vel prohibetur quid fieri: id verò est in jure. Atque hinc est, ut magistratus omnis imperium habeat, sed alius alio minus vel majus. Sive igitur jurisdictione, quod Cujacius voluit, sive imperio, quod placuit Bodino, magistratus definiatur, res, meo quidem iudicio, eodem recidere videbitur. Erant autem, ut ad propositum revertar, officia illa distincta, & ne confusio aliqua jurisdictionum fieret, quam Reipubl. interitum omninò conse-

Eōsequi necesse erat, singulis officiis sui præ-
 ficiebantur magistratus; atq; vel uni plura,
 vel pluribus unum officium injungebatur.
 Officiorum verò distinctio sumta est ex re-
 bus, in quibus erant, ut quædam in rebus es-
 sent publicis; quædam in rebus privatis. In
 rebus publicis; nempe quæ ad statum & sa-
 lutem publicæ utilitatis pertinerent, eamq;
 vel faciunt & conservant, vel perdunt & de-
 struunt. Illæ approbatæ sunt & licitæ, qua-
 rum genera dixerim penè esse infinita: hæ
 improbatæ & illicitæ, atque sunt Crimina.
 Res verò privatæ sunt, in quib. versatur sin-
 gulorum in Republ. utilitas. Si quid jam vel
 in his vel in illis evenisset, protinus nove-
 rant magistratus, quorum oculos vigiles ef-
 se oportebat, quid sui in eo esset officii, aut
 quid ab eo alienum. Si enim jurisdictioni
 suæ id commissum non erat, neq; jus de eo
 dicere poterat, neq; si de facto jus dixisset, is,
 adversus quem dictum erat, nisi in eum cō-
 sensisset, tenebatur, sed objici poterat: Extra
 territorium jus dicenti impunè non pareri:
 quam juris sententiam ex mente Justiniani
 non de loco sive districtu duntaxat, in quo
 jus dicitur, sed etiam de causa de qua jus di-
 B 2 citur,

cltur, accipiendum esse existimo. Quod si
 verò id, quod evenisset, magistratus aliquis
 ad suam jurisdictionem pertinere animad-
 verteret, jam aliud non poterat, quàm ut
 curam ejus susciperet: atq; hoc vel ex officio
 vel ad implorationem utriusq; vel alteru-
 trius partis, pro diversitate causarum, inter-
 dum hoc, quod erat potissimum in privatis,
 interdū illo modo, quod fiebat in publicis
 rebus, fieri oportebat. Sed disputationē de
 reb. publicis & jurisdictione ad eas pertinē-
 tibus in alium locum rejicimus. De privatis
 autem rebus ita se habet, ut siquidem de his
 controversia aliqua oboriretur, sive perti-
 neret illa ad jus personarum, quod in pote-
 state & obligatione est positum, sive ad jus
 rerum, quod spectatur in possessione & Do-
 minio, ea expeditur extra jus vel in jure:
 Extra jus privatim trāfactionibus aut pactis,
 vel per arbitros. In jure autem coram magi-
 stratu, nō promiscuè quovis, sed eo, ad cujus
 jurisdictionē res pertinebat, aut cui contro-
 vertentes eā subiciebāt, cū aliās ad magi-
 stratū, cui subiciebant, vi jurisdictionis non
 pertineret, quod cū fiebat jurisdīctio pro-
 rogari dicebatur. Ut enim suprà dictū est, ut
 officia

officia erant distincta, ita & personæ, quæ officia gerebant, atq; ita rursus distinctæ erant jurisdictiones. At verò de rebus privatis jurisdictionio ab initio ad Consules spectabat, sicut & jurisdictionio de rebus quibusdam publicis, non omnibus. Cùm autem Consules avocarentur bellis finitimis, neq; esset, qui in civitate jus redderet, quippe facultate jus reddendi, non quibusvis, sed his duntaxat, quibus ea à populo vel lege data erat, concessa, factum est ut prætor crearetur, teste Pomponio in l. 2. §. cumq; Consules. D. de Origin. jur. si modò lex illa Pomponii est; & non potius Triboniani, qui sub nomine Pomponii ex autoribus juris in unum collectis, potissimum verò ex Pomponio illa titulo isti ascripsit. Quod igitur ab initio in rebus sive causis privatis erat Consulium, id sive ea jurisdictionis pars à Consulibus postea in peculiarem personam est translata, quæ nomen prætoris, Consulibus aliàs accommodatum, accepit, eaq; vox magistratibus ferè omnibus communis, huic facta est propria. Sed erant quæ ratione personarum vel rerum in causis etiam privatis ad alterius alicujus magistratus, quàm ad præ-

toris jurisdictionem spectarent, ex quo illud est, quod prætor aliquid fecisse sæpe dicitur, non simpliciter, sed cum adjectione illa *pro jurisdictione sua*, l. 2. D. si quis in jus voc. non ierit. l. in causâ 16. in fine. D. de Minorib. l. cui eorum 3. D. de postulando. l. si quis apud 3. §. procuratorem. D. Iudic. solvi, vel secundum jurisdictionem suam §. sed hoc jure Instit. de Attilian. Tutor. id est, ut interpretatur l. unica. D. Si quis iudicenti non obtemper. secundum jus potestatis suæ. Ut enim quisq; magistratus potestatem habuit suam, ita etiam suam habuit jurisdictionem, causa quidem & exercitio diversam, sed exercendi modo propemodum eandem. Quamobrem quæ de jurisdictionis exercendæ modo in uno magistratu dicuntur, illa eadem fermè locum habent etiam in aliis. Est autem inter cæteros in jure nostro maximè nobilis is, qui est prætor. Omnem autem prætoris jurisdictionem definiisse videtur M. Tullius Cicero de legib. lib. 3. iis verbis quibus dicit, prætorem esse jurisdicceptatorem, qui privata judicet, judicarivé jubeat. An ex lege XII. Tabular. Tullius hæc in eum locum retulerit, non
ausim

ausim affirmare. Idem enim complures jam docuerunt, leges à Cicerone in loco dicto relatas, ab ipso confictas esse, Duaren. 1. disputat. 53. idemq; ipse Cicero sub persona Quinti fratris sui fatetur his verbis: *sed ea PENE nostra civitatis, etsi à te paululum allatum est novi*, quod de prætore verum esse ex eo constat, quòd prætoris jurisdictio ceperit anno demum ab U. C. CCCLXXXVII. lex verò XII. Tabul. ante eam annis circiter LXXXIII. si ejus complementum spectes, additis anno ab U. C. CCCIV. duab. tabulis prioribus decem, idq; biennio postquã decem scriptæ essent, perlata sit. Nisi quis tentaverit tractu temporis & alia legi XII. tabul. fuisse superaddita, quod an autorem habeat, nescio, aut prætorem intelligi Consulem, quod mihi nō sit verosimile: siquidem Tullius eo loco in genere leges, quibus in optimo Civitatis statu locus esse debeat, recenset. Cùm autem Reipub. Romanæ status ejusmodi esset, ut si cōparetur cum cæterarum Rerump. statibus, dubium nō sit, quin is fuerit optimus, Cicero ex ejus usu Rempubl. suã informasse voluisse videtur. Quod facit ut prætorem etiam non ex lege XII. ta-

B 4 bul.

bul. sed ex usu qui tùm erat Tullium definiisse existimem. Ex eo autem de duobus constat, unum est, quæ ad prætoris jurisdictionem pertinuerint, alterum quomodo is jurisdictionem suam exercuerit. Prius est in rebus privatis, posterius in judicando vel jubendo judicari, quod cùm facit jus dicit dicendo & dādo, quandoq; etiam addicendo. His quippe tribus verbis: Do, Dico & Ad dico, omnē jurisdictionem, omneq; prætoris officiū circumscribi & absolvi arbitrantur. Sed quoniam potissimū jurisdictionis exercitiū, quodq; in oculos maximè incurrat, est judicare, vel judicari jubere, inde est ut Cicero hujus mentionem fecerit, ceteras partes subintellexerit, non prætermiserit. Poterat verò prætor, atq; ad eò magistratus omnis secundum jus potestatis suæ judicare, vel judicari jubere. Plerunq; tamen ipse nō judicabat, partim quòd omnibus ac singulis controversiis dijudicādis multitudine graviorum negotiorū obrutus vacare non posset, partim quòd majestate ejus nō satis esset dignū leviora tractare, partim deniq; quòd nōllet. Itaq; non judicabat, nisi vel ipse vellet, vel causa ejusmodi esset, ut majorem judicem

dicem desideraret. Ut autē prætor judicare nō potuerit, quod scripsit Fr. Duar. i. disput. 53. & alii quos eam ad rem allegat Jac. Menoch. lib. i. de arbitrar. judic. quæst. 2. hæc tamen mihi persuasum est, hoc tamen apud me certum est, quòd judicare non cōsuêrit, id quod necessitati subiectum non est, argu. l. sæpe, 8. & l. seq. D. de offic. præsid. Ita igitur sentio, prætorem sicut & ceteros magistratus judicare potuisse, sed quoniam hoc illis liberū erat, judicare non consuevisse. Quod mihi ex illo ipso Ciceronis loco ad Q. fratrem, quem pleriq; in contrariam sententiam detorquent, satis confirmari videtur, ubi *Quid*, inquit, *prætor solet judicare deberi?* non dicit non posse, sed non solere judicare, eòdemq; pertinet illud Suetonii in Claudio Imper. cap. 15. cū ait: *In his qua non cognitionis sed Ordinarii juris erant, magistratus populi Romani non cognoscebant ipsi, sed iudices dabant*: non quòd non possent, sed quoniam non solebant, alioqui Suetonio tam facilè fuisset dicere non cognoscere poterant ipsi, sed iudices dare debebant, quàm illud, *non cognoscebant ipsi, sed iudices dabant*. Hoc enim ad factum magistratuum spectat.

illud verò etiam jus definiisset, sed viciosa est illatio, si non cognoscebant ipsi sed iudices dabant, cognoscendi potestatem & jus ipsos non habuisse, perinde atq; si quis principem, quod vectigalia ipse non exigeret, sed qui exigeret constitueret, jus vectigalia exigendi non habere inde inferret, quam illationem falsam esse nemo est qui non intelligat. Quid verò est, si magistratus ipse iudicare non posset, sed is tantum qui rei iudicandæ iudex daretur, ut is qui datus est, non simpliciter & absolutè iudex dicatur, sed cum adiectione aliqua, puta quòd sit iudex datus, l. iudex datus 46. D. de iudic. l. penult. D. iudicat. solvi, item pedaneus l. 3. D. ne quis eum qui in ius vocab. l. Prætor 4. D. de tutor. dativ. item specialis l. ultim. D. de offic. prætor. l. præses 5. D. de offic. præsid. ? an non adiectio illa ostendit, iudices esse alios qui dati non sint, qui pedanei non sint, qui speciales non sint? Eiusmodi verò nulli sunt alii, quàm Magistratus, atq; in his etiã prætor. Et quòd magistratus iudicis appellatione contineantur, manifestius est quàm ut probatione egeat: ex multis pauca, docet hoc l. 2. D. si quis in ius voc. non ier. l. 1. D. de iudic.

judic. l. si cum dotem 22. §. Eo autem tempore D. solut. matrimon. l. 3. D. ad leg. Jul. repetund. l. 3. C. ex quib. caus. infam. irrog. in rubr. D. de reb. autorit. judic. possid. rubr. C. de jurisdic. omni. jud. & in rubr. C. Ut omnes judic. tam civil. quam milit. cum similib. Sanè in plerisq; liberum erat judicare, in paucis verò, utpote quæ majorem judicem desiderabant, etiam iudicare vel potius ius dicere cogebantur, de quibus Ulpianus scripsit decem libros pro tribunali, eò quòd causæ illæ pro tribunali expedirentur, & sunt Libertas, Salaria, mercedes, nutricia, proxenetica, restitutiones in integrum, datio tutorum vel curatorum, transactiones de alimentis, alienatio prædiorum pupillorum, quas attigit Cuiac. lib. 7. observat. cap. 24. atq; in his magistratus dicitur esse iudex maior l. Non distinguemus 32. §. de liberali D. de recept. arbit. Sed tam hoc quàm illud officio magistratus inerat, illud volentis, hoc etiam inviti. Non obstat l. final. D. de offic. prætor. & l. præses 5. D. de offic. præsid. Nam si quis ex his legibus inferat magistratum atq; ad eò etiam prætorem iudicare non posse de rebus ad iurisdic. o-

nem suam pertinentibus, is utiq; & hoc dixerit, magistratum vel prætorem in causis maioribus judicare non posse, quod ex his quæ dicta sunt, evidenter falsum apparet. Neq; verò affirmo ego quòd magistratus aut prætor ullo casu se iudicem dare possit, multò minus quòd se dare possit iudicem specialem. Nam in causis ad iurisdictionem suam pertinentibus, si iudicare volet, ecquis eum dabit? Certè non alius non tantùm ob id, quòd eo ipso quòd iurisdictionem habet alius eam non habet, atq; adeò iudicem ipsum dare nequit, verùm etiam quòd si in iurisdictione collegam haberet aut habere posset, par in parem non habet imperium, & collegæ in collegam iurisdictionio non est, dicit Cuiac. lib. 7. observat. cap. 17. Neq; etiam ipse seipsum, quoniam ut iudicet, opus non habet, ut detur, quia officio ipsius id continetur, atq; iam ipso iure iudex existit, neq; fieri potest ut quod quis iam habet, id ipsi detur, eo ipso quod habet. Atq; hoc ita ipse Ulpianus explicavit in l. prætor 4. D. de tutor. & curat. cum dicit, quòd prætor fieri non possit pedaneus iudex ex sua sententia. Quid hoc est, *ex sua sententia*? nimirum

mirum id quod dixi, quòd non possit se dare, sicut dat alium. Existit enim iudex non ex voluntate hominis ullius, sed ex vi officii & magistratus sui quem gerit. Et si iudex magistratus esse nequit, quid erat Ulpianū id adiicere, *ex sententia sua?* ut iam omittam illud quod omnibus illis locis, quibus magistratus aut prætor iudicem esse posse negatur, additur eiusmodi aliqua circumstantia, ex qua manifestum sit, non simpliciter id negari, sed limitatè, nimirum ut iudex esse nequeat pedaneus, ut dicitur in d. l. prætor, vel specialis, ut dicitur in d. l. fin. & d. l. 3. Est igitur magistratus seu prætor iudex, sed non iudex datus, nō pedaneus, non specialis: & datus seu pedaneus est iudex, sed non iudex existens, non magistratus. Uterq; igitur iudex: & iudex vox generis est, cuius species duæ sunt: Una iudicis ipso iure existentis, antequam etiam cōtroverratur, qui prætor est seu magistratus, alterum iudicis dati, qui iudex non existit, sed tūm demum, cūm controversiæ diiudicandæ datur, iudex esse incipit, ille ex officio suo iudex est, hic ex voluntate hominis: ille iudex est, ut ita loquar, in thesi, atq; si vult, etiam in hy-

pothesi, hic in hypothesi, nunquam in thesi: ille & ius dicit & iudicat, hic iudicat, nunquam ius dicit. Atq; in eo nunc tanto magis acquiesco, quòd posteaquam hæc ita scripsissem, Donellum Jurisconsultum disertissimum in eadem sententia esse animadverti ad tit. D. de iureiur. cap. 15. n. 5. ubi in hæc verba scribit: *In usu veterum primis etiam temporibus, qui iuridicundo præerant, (hi autem magistratus erant) iidem iudices dicebantur, qui usus multò magis postea apud iuris nostri autores invaluit, ut propè nihil frequentius occurrat in libris nostris, quàm verbum iudicis in hac significatione, etiam tunc cum iudicis officio non fungitur, de quo aliàs: nunc ex innumeris locis paucos indicabo l. i. sup. de ind. l. cum proponas. C. de bon. aut. iud. pos. l. Qui restituere, s. de rei vindic. l. ult. §. penult. & ult. sup. quod met. ca. scilicet quia qui iurisdictioni præsunt, etsi non iudicant semper; præcipuè tamen huic muneri præpositi sunt, ut iudicent: quod & ipsi facere intelliguntur, si ve per se iudicent, si ve per iudices à se datos, nec tunc solum cum iudicant, sed etiam, cum quod ipsi iudicarunt, aut iudices ab his dati, ipsi ratum esse iubent, reum cogendo & sententiam exsequendo.*

quendo. Hæc Donellus, in quibus tamen non immeritò dubitaveris, an verum sit id quod scribit, magistratum præcipuè huic muneri præpositum esse, ut iudicet: præterquam enim quod nesciam an id ullo iuris vel aliorum autorum testimonio probari possit, magistratus vis omnis ac potestas iurisdictione continetur, ut ex definitione magistratus, ut alia testimonia omittam, constat, quam iurisdictionem à iudicando aliam esse nec ipse Donellus, opinor, inficiabitur: eoq; ita existimo, magistratus præcipuè huic muneri præpositos esse, ut ius dicant, atq; ob id in consequentiã etiam iudicent. Quò pertinet, quòd jus dicere, & iudicare vel sententiam proferre distinguantur l. voluit 4. in fine D. de interrogat. in iure faciend. l. quidam 47. in fine D. de re iudic. in rubr. C. Ne quis in sua causa iudicet vel ius dicat: sententiã verò proferre, quod idem est quod iudicare, dicitur etiam magistratus d. l. quidam, in fine: nusquam verò iudex ius dicere, sed magistratus duntaxat l. 1. C. Ubi de caus. stat. l. penult. D. de iustit. & iure l. 2. §. post originem. D. de Origine iur. l. si in aliam 7. in fine D. de offic. pro-

cons l. 3. D. de offic. eius cui mand. est iurisd. cum infinitis aliis. Magistratus in iure versabatur, interdum etiam in iudicio, iudex datus in iudicio, nūquam in iure: cumq; utriusq; eadem ratio non sit, distincti sunt tituli in Digestis, *ne quis, eū qui in ius vocabitur, vi eximat, &, de eo per quem factū erit, quò minus quis in iudicio sistat, & aliàs in iure fieri & fieri in iudicio ut diversa separantur l. 1. §. 1. D. de postuland. l. 3. D. ne quis eum qui in ius. Unde omne id quod in iure fieri dicitur, apud magistratum seu prætorem, nunquam apud iudicem, fieri dicendum est, l. si feriatis 6. in fine D. de feriis l. qui mutua 56. §. 1. D. mandati. l. 1. §. quid si in lite D. si quid in fraud. patr. l. 1. §. sed videndum D. de success. edicto l. donari 29. §. 1. D. de donation. l. ult. D. de cessione bonor. l. postrem 56. D. de rei iudic. in rub. D. de interrogat. in iure fac. atq; vulgata illis temporibus formula, *quando ego te in iure conspicio*. Ille de iure, interdum etiam de facto cognoscebat, hic de iure nunquam, sed de facto semper: ille sine præscripto cuiusquam, hic ex præscripto magistratus illius à quo datus erat. Dandi verò iudicem ius habebat magistratus*

Roma.

Romanus omnis secundum iurisdictionis suæ modum l. cùm prætor 12. §. 1. D. de iudic. l. à divo pio 15. in princ. D. de re iudic. l. ult. D. quis à quo appellet. & in specie, iudices à Consulibus datos ostendit l. 1. §. si quis D. de appellation. item à præfectis urbi, & à præfectis prætorio docet l. 1. D. quis à quo appellet. de prætore autem illud est notius, quàm ut probatione aliqua indigeat. Iudicem autem magistratus sive prætor non dabat, sicuti nec actionem, nisi officio ipsius implorato, adeoq; id omne à prætore petendū erat & impetrandum. Sed non si petebatur, protinus etiam impetrabatur. Antequam enim iudicem daret, de iure agēdi constare necesse erat, de iure inquam agendi, an videlicet actio competeret, & si competeret, quo modo. De eo autem ut constare posset prætori, apud prætorem causa agebatur summatim, atq; adeò conici solita erat in iure, & de iure, non de factō, quod prætor præsupponebat, credēs narratis supplicantis sive petentis, prætor cognoscebat intētionibus ac depulsionibus partium auditis, atq; adeò secundum id, quod sibi bonum & æquum videbatur, actionem aut de-

C

nega-

negabat aut indulgebat, scilicet ante sublatas impetrationes actionū, & formulas per l. 1. & 2. C. de formul. & action. impetr. sublat. ut ad l. 1. D. de regul. iuris in elegantissimo suo commentario scripsit Petrus Faber. Denegabat autem, si ex turpi & inhonesta causa postularetur, vel desiderio postulantis iuris ratio refragaretur, ut constat ex l. veluti 27. D. de verb. obligation. l. item apud Labeonem 15. §. itaque prætor. D. de iniur. l. si debitor 30. D. de solutio. l. 1. §. de inspiciendo. & §. ult. D. de ventre inspiciendo l. si nullæ 10. D. ut in possess. legat. iisq; casibus etiam Jurisconsulti actiones denegare dicuntur, nō quòd ipsi denegent, sed quòd à prætore denegandas esse censeant l. quandiu 69. in fine D. de acquirend. vel amitt. hæred. l. postquam 5. §. 1. D. ut legat. seu fideicommiss. nom. caveat. l. 2. §. ult. D. ad Senat. Tertullian. Dabat verò purè vel cum Exceptione, Replicatione, &c. Nam & Exceptiones, Replicationes, &c. postulari solebant, quæ tamen & ipsæ interdum denegabantur. l. 1. §. Labeo. D. de fluminib. interdum cum actione dabantur l. 1. §. sunt qui putent. D. ne quid in flum. publ. vel etiam non expresse da-

sè datæ inerant bonæ fidei judiciis. l. 3. D. de rescindend. vendit. l. sed si ideò 21. D. solut. matrim. l. hujusmodi 84. §. qui servum. D. de legat. 1. Cùm prætor actionem dandam cognovisset, proxima erat dispectio de actionis datæ qualitate, ex bonæ fide, an verò ex jure stricto ea esset concipienda, eamq; ad rem formulam concipiebat, secundum quam Actor ageret, & judex futurus judicaret: hisq; ita legitimè constitutis judicem dabat, in quem uterq; litigantium, non alteruter eorum consensisset, ut ex Cicer. in Cluent. ostendit Fr. Hotoman. in Lexico suo, in verb. judex in privatis, & Jacob. Rævard. Protribun. cap. 11. & ad l. 26. D. de regul. jur. litigatoresq; judicium accipere & suscipere dicebantur. l. si quis affirmavit. 9. §. Labeo. D. de dolo malo. l. cùm putarem 36. D. famil. ercis. l. 2. §. idem Pomponius. D. de ædil. edict. cum infinitis aliis, hoc est litem contestari, quod in jure ad sellam prætoris & tribunal fieri solitum docuit me Pet. Faber ad l. 27. in verb. privatorum conventionem. D. de regul. jur. Nam ante litem contestatam res non pertinet ad officium judicis. l. ædiles 25. §. item sciendum.

C 2 D. de

D. de ædilit. edict. neq; actio instituta esse intelligitur, antequam lis sit contestata. l. amplius 15. D. rem ratam hab. atque ex hoc est id, quod vulgò interpretibus in ore est, quòd iudicium à litis contestatione incipiat, ad quod allegant text. in c. super quæstion. & ibidem glos. in verb. litis exordium. de officio & potestate iudicis deleg. ubi Felinus nume. 6. & text. in l. is qui se obtulit. D. ubi Jason. num. 4. Dd. in l. causas. C. de transaction. Angel. in repetit. l. 2. num. 1. C. de iudic. idq; inter regulas suas retulit Socin. regula 295. incip. lis propriè. Et rationem ejus afferunt hanc, quòd ante lit is contestationem non dicatur quis agere vel petere, sed agere vel petere velle. dict. l. amplius. Panormitanus in cap. 1. numero 4. de jurameht. calumn. Andr. Gail. 1. observat. practic. 74. num. 2. Atque ita in litis contestatione jus desinebat, & incipiebat iudicium. Lis autem est de facto, non de jure. De facto enim ubi constat, jam jus est manifestum, quod ex illo sumitur vulg. l. si ex plagis. §. in clivo. D. ad legem Aquiliam. l. obligamur. §. ex facto. D. de obligationibus & actionibus. l. eum quem 79. §. 1. Digest. de iudiciis.

diciis. Jus verò prætor formula sua iudici præscripta concepit, aut certè ex historia juris petendum est, dict. l. eum quem §. iudicibus. Ita longè diversum erat id quod in jure agebatur, ab eo quod agebatur in iudicio. In jure apud prætorem magistratùmve, cujus esset jurisdictio, agebatur, in iudicio apud iudicem, à prætore illo magistratùve datum: in jure actio quidem erat, sed qua facultas demum agendi peteretur, in iudicio actio erat, qua quis facultate illa data utebatur, & rem persequebatur: in jure de iudicio constituendo agebatur, in iudicio de ipso negotio controverso: in jure specimen duntaxat litis futuræ edebatur, in iudicio lis omnis plenè expediebatur: in jure quæstio super facto nulla est, sed factum præsupponitur, atque de eo quid juris quæritur, in iudicio omnis & sola quæstio est de facto, ut planè duplici iudicio res eadem disceptari videretur, uno apud prætorem, altero apud iudicem datum. Quod monuit quidem ita Cujacius libro decimo Observationum, capite decimo, sed nisi ita, ut modò dixi, intelligatur, verum non est. Cæterùm cognitio illa

à magistratu fieri nō poterat, nisi parte utra-
 que, & acturo & adversario ejus, audita. Hinc
 adversarius sive is contra quem quis erat a-
 cturus, necessario in jus vocandus erat, juris
 illius experiundi causa, ad eum qui jurisdic-
 tioni præerat: quod idem, quamvis rarius,
 ob id quòd illud quod in jure fit, quodam-
 modo in judicio fieri videtur, in judicium
 vocari dicitur l. 1. §. in causis. & l. tutor pro
 pupillo 23. D. de administrat. tutel. l. 2. §.
 prætor ait. D. qui satisda. cog. quamvis ut id
 quod in judicio fiebat, dicatur etiam in jure
 fieri, ullum me locum legere non memi-
 ni. Quæ verò ad prætorem sive magistra-
 tum dicebatur in jus vocatio, ea erat Cita-
 tio ad judicem datum: verùm sicut illud
 quod in jure fiebat, propriè loquendo, aliud
 erat ab eo quod fiebat in judicio, ita alia e-
 rat Citatio à vocatione in jus. Nam in jus
 vocatio fiebat sine ullo jussu prætoris seu
 magistratus: Citatio non nisi iudicis iussu
 præeunte voce præconis, ut testatur Ant.
 Goveanus lib. I. lection. cap. ult. illa fiebat
 ad prætorem seu magistratum, hæc ad iu-
 dicem datum: illa fiebat iuris experiundi
 causa, hæc facti disceptandi: illam faciebat
 acturus

acturus ipse, qui in ius vocabat, hanc non nisi iudex sive apparitor eius. Ex quibus ut-
 cupq; constare arbitror, quid sit in iure age-
 re, & quid agere in iudicio, & rursus quid sit
 in ius vocare, & quid Citare. Sed qua forma,
 quibusvé solennitatibus in ius vocatio fieri
 solita fuerit, in eo video non cōvenire om-
 nibus, quippe à temporibus illis, quibus illæ
 in usu fuerunt, aliquantò remotioribus, & à
 Justin. indiciis potius obscuris, quàm rebus
 ipsis, ut in plerisq; aliis, relictis. Quin enim
 aliquæ fuerint, dubium esse nequit illis, qui
 omnes ferè iuris iudiciorumq; partes cer-
 tas habuisse solennitates norunt. Barnabas
 Briffonius, diligentissimus formularum &
 solennium populi Romani verborum col-
 lector, est quidem in illis tradendis ab initio
 lib. 5. de formul. & solennib. pop. Rom. ver-
 bis aliquantò brevior, omnem tamen rem
 paucis his verbis absolvisse videtur: *Quòd si
 vocati in ius, inquit, protinus & illis non
 sequerentur, sed frustrarentur & morarentur,
 pedem vestruerent, testimonium iis, qui præsto
 aderant, denunciabatur his verbis, licet ante-
 stari? qua hoc significabant, licetne vobis testi-
 bus ad hanc rem nisi? Illi ubi, licet, respondis-*
 C 4 sent,

sent, annuissentve aurem, in qua memoria sedem veteres locabant, porrigebant, qua molliter tacta atq; apprehensa, monebantur rei gesta memores esse: quo factò, manu iniecta, adversarius, ni satisfacere, in jus rari, obtortoq; collo ad pratoris tribunal trahi poterat. Hæc Briffonius. Sanè quin is, qui in jus vocaretur, vocantem protinus sequi aut eo nomine satisfacere necesse haberet, dubium nō est. De duobus tamē hîc quæri video, unum, quis in jus vocaverit, & alterum, an circa istam in jus vocationem à vocante vocato vis adhiberi potuerit. Quòd acturus in jus adversarium vocandi facultatem habuerit, video constare omnibus. Sed an hic solus? Ita quidē sentire videtur Franc. Duarenus lib. 1. disput. ca. 1. & Briffon. supradicto loco, atq; cōplures alii, qui exēpla in jus vocationis ab acturo tantū consignarunt, nulla factæ ab alio. Addit Johann. Rober. Aurelianensis antecessor non ineruditus li. 3. sent. c. 1. magistratus viatorē seu apparitorē, atq; ad eò duplicē in jus vocandi morē veteribus usurpatū videri scribit, unū, quo ipse acturus nullo magistratus jussu p̄eunte vocabat, alterū, quo magistratus viator seu apparitor quem in jus vocare pote-

poterat: ita ut hoc vel illo more uti in acturi esset arbitrio. Hoc si Robertus intelligit de viatore, cui id vel à magistratu ad petitionē acturi cōmissum est, vel quem acturus per se ad id, ut vocet, adhibet, assentior, quamvis credā viatoris ministeriū rarius fuisse adhibitū, quandoquidē nulla ejus, quod sciam ego, extant exēpla, præter unicū illud, quod ex Cic. de decumanis affertur, quib. Verres viatores suos accōmodabat, non quòd ipsis opus esset, sed quòd eo Decumanis potius modo, quā alio, in jus vocationē fieri placebat: & rursus Verres non spōte sua, sed à Decumanis requisitus accommodabat. Ut autem magistratus non requisitus viatori id commiserit, aut viator sua sponte, sine magistratus cōmissione, vel acturi rogitu in jus quem vocauerit, nemo, credo, dixerit, multò minus mihi persuaserit. Omnis igitur in jus vocatio ab acturo proficiscebatur, ita, ut eam faceret vel ipse solus, vel unā cum ipso, ut existimo, viator, ad eoque facultatem in jus vocandi ipse solus habebat, exercitium facultatis illius, interdum etiam alius, hic tamen non nisi ipso volente: qua ratione rectè mihi Robertus cum ceteris conciliari videtur. Unicus Donel. ad l. vinum. 22. n. 3. D.

**si cert. pet. sentire videtur, unumquenq; in
 ius vocari oportere iussu & autoritate ma-
 gistraus, ut colligatur ex l. si quis ex aliena. s.
 de iud. & l. cum proponas. C. de bon. aut. iu.
 poss. ita modum priorem repudiat, postero-
 rem à Roberto probatum solum amplecti-
 tur. Sed id ex legib. ab ipso allegatis quomo-
 do colligi possit non video. Nam quod ad l.
 si quis ex aliena attinet, affirmatur quidem
 in illa, quod vocatus auctoritatem prætoris
 contemnere non debeat: ad hoc autem ut
 magistratus auctoritas contempta dicatur, non
 video cur præcisè necesse sit vocationem
 auctoritate & iussu magistratus factam esse,
 cum ad hoc, ut eius auctoritas contempta esse
 videatur, sufficiat album, ex quo ius esset
 redditurus, ab ipso propositum eiusq; iuris-
 dictioni vocatum esse subiectum, aut saltem
 de eo dubitari, vocatio verò à privato iu-
 re ita permittente facta vocatum protinus
 adstringat. Nihilò plus ad hanc rem facit d.
 l. cum proponas, cum necesse non sit, ut si
 quis adito provinciæ rectore conveniendus
 est, conveniendus iussu etiam rectoris vo-
 cetur, cum sufficiat ut vocato convenien-
 do rectorem adeat, atq; apud eundem voca-
 tum**

tum conveniat. Atque minus hoc caput difficultatis habet: at alterum illud est aliquantò difficilius. Communiori interpretum nostrorum calculo receptum est, in ius vocatum si sequi nollet, neq; eo nomine satisficeret, potuisse invitum & reluctantem etiam in ius trahi & duci, idq; manu iniecta & vi quodammodo adhibita, & ut loquuntur, collo obtorto. Hoc Robertus d. cap. 1. negat, contendens eam vis inferendæ rixæq;, quoties in ius vocatio fieret, cōcitantæ occasionem veteres nec probasse nec admisisse, & ut vis aliqua in vocatione in ius fieret, id soli prætori fuisse licitum, qui apparitori suo id mandârit. Ait Robertus, quod interveniente magistratus autoritate transigi potest, sicq; componi, ut dissensionum tumultuumq; præcidatur occasio, voluit lex non aliter, quàm per magistratū, eiusq; apparitorem, siue executorem fieri, nisi in casibus, in quibus lex id permiserit. Rectè: at assumo ego, legem XII. tabular. id permisisse in vocatione in jus, ut fieri posset vi adhibita. Ita enim in illa scriptum erat. *Si in jus vocat, ni eat, manum injicito, encapito antestari*, ut legit Cujacius lib. 7. observat.

cap. 16. & alio loco: *Si in jus vocat atq; eat, s; calvitur pedemve struit, manum endo jacito:* quam partem legis XII. tabul. reliquam nobis fecit Festus in verbo, struere. Et rursus alio: *Manus injectio esto: in jus ducito,* quæ retulit idem C. uj. li. 10. obser. c. 10. Et si verò vis aliqua ea esse videbatur, effectu tamen juris vis non erat, quia lege permittente fiebat. Sicut enim dolo facere non videtur, qui jure suo utitur, l. nullus 55. D. de reg. jur. ita nō videtur vim facere, qui jure suo utitur. l. factum. 155. §. non videtur. D. de reg. jur. Est verò longè diversa ratio ejus, quòd ne ex conventionione quidem rei pignori sibi obligatæ sine judicis autoritate possessionem apprehendere quisquam possit, & ejus, quòd latitans non possit inuitus de re sua detrudi, & ejus, quòd qui dolo in possessionē venit, ordinario potius jure, quàm vi inde ejiciendus sit. Nam lex eam vim adhiberi non tantum non permiserat, sed expressè etiā vetuerat, & cur vetaret, ratio est manifesta, quoniā nemini res sua, aut quæ sua esse putatur, sine facto suo auferri debet. Neq; verò ei, cui manus injicitur, aut vis aliqua fit, jus quod habet interuertitur, sed potius vi ista, ut de jure experia-

experiatur, cogitur, adeò, ut lex cõtra eũ, qui
 in jus uocãtẽ sequi nõ vult, præsumat, quòd
 causam injustã foueat, atq; ob id, quòd sibi
 suæq; causæ diffidat, venire nolit. Nõ enim
 simpliciter lex vim fieri permisit, sed tum
 demũ, si vocatus sequi nolit, & tum partim
 ob præsumtionẽ illam, quam aduersus vo-
 catũ esse dixi, partim quòd magistratus, ad
 quẽ vocatur, à vocato contemni videatur,
 quod fieri non debet. l, si quis ex aliena. §. D.
 de judic. Ex causã igitur; quæ si deficiat vim
 fieri lex vetat. Argumentũ vero à vi rei non
 inferẽda ad vim personæ non inferendã in-
 firmũ est, quo tamen Robertum uti exẽpla
 ab ipso allata demonstrant, quippe quòd vi
 personæ illata, nihil dũ personæ præjudice-
 tur, at vi illata rei, jus ejus, cujus res est, quo-
 dãmmodo interuerti censetur, nẽpe usus seu
 possessionis, qua rõe non rei tantum vis il-
 lata, sed ei etiã, cujus res est, injuria facta cẽse-
 tur. Et q possessionẽ rei sine autoritate judi-
 cis apprehẽdit, aliũmve invitũ de re sua de-
 trudit, aut eũ qui in possessione est, qvis do-
 lo vi ejicit, quid is agit aliãd, quàm ut sibi jus
 dicat, quàm ut causã nõ cognita, neq; meri-
 tis ejus discussis, rem, quantũ in se est, suam
 faciat modo à jure prohibito? Is verò qui vo-

cato in jus, neq; sequenti, aut satisfdanti vim
 facit, eo ipso id facit, ut de justitia & injusti-
 tia causæ cognoscatur, quam dum vocatus
 refugit, meritò trahendus est. Non obstat,
 quòd lex XII. tabularum jubet, ut *vis in po-
 pulo absit*. Id quidem legis XII. tabul. frag-
 mentum ex Ciceronis lib. 3. de legibus su-
 peresse nonnulli existimant. Sed quid si re-
 geramus, quod ab initio dictum est, videri
 plerisque leges à Cicerone eo loco relatas,
 confictas esse, non veras? ecquo tandem illi
 probabunt ita in XII. tabulis scriptum, & à
 Cicerone descriptum fuisse? Sed sit sanè ita,
 ita scriptum fuerit: contrà verò nobis in
 promptu est regula juris, qua dicitur, in toto
 jure generi per speciem derogari, & illud
 potissimùm haberi, quod ad speciem dire-
 ctum est. l. in toto jure 80. D. de regul. jur. &
 illa, qua dicitur, Exceptionem inesse suæ re-
 gulæ. Concedamus enim ita in genere le-
 gem XII. tabul. definiisse, ut vis à populo
 abesset: sed concedatur nobis vicissim illud,
 eandem legem in specie vim vocato in jus,
 & non sequenti aut satisfdanti permisisse. Id
 enim ita esse suprà ostensum est. Videamus
 verò, an Cicero non aliud voluerit, quàm
 quod

quod velle ipsum Robertus existimat. Et ita profectò est. Sermo nobis hoc loco est de instituendis actionibus privatis, de experiundo jure, quod privatim est inter duos pluresve, ad quod ut legitimè perveniatur, in jus vocatione opus esse dicimus, cujus effectus is sit, ut vocatus vel sequatur, vel satisfacet, vel si neutrum faciat, vim à vocante expectet. At de his eo loco Tullius omninò nihil. Videatur locus ille, & res erit perspicua: conferantur leges illæ cum antecedentibus & sequentibus, apparebit, officium & jus magistratum illis definiri, & proponi ea, quæ ad publicam potius quàm privatam rem pertineant, quod cùm intelligeret Q. Frater descriptioni illi legum à Tullio propositæ, subjecit, *quam brevi, inquit, frater, in conspectu posita est à te omnium magistratum descriptio?* quod probans Tullius respondet: *Rectissimè Quinte animadvertis.* Quòd autem lex ista ad privatarum actionum institutionem non pertineat, sed ad legis aliasq; publicas actiones, quas ob id mox appellat *actiones cum populo*, ut ex sine vi fiant, & ne eas populus approbare cogatur, ex illis ipsius Ciceronis verbis, quibus se ipsum in

explicatione istius legis non procul à fine li-
 bri 3. de legib. interpretatur, est evidentissi-
 mum. Ita enim ait: *Deinceps sunt CUM*
POPULO actiones, in quibus primum &
maximum, VIS abesto. Et paulò post: *Quòd*
verò, inquit, ACTORES jubeo abesse frau-
de, id totum dixi ex Crassi sapientissimi homi-
nis sententia, quam Senatus est secutus, cum de-
crevisset C. Claudio Consule de Carbonis sedi-
tionereferente, eo invito, qui CUM POPU-
LO AGERET, seditionem non posse fieri,
quippè cui liceat concilium SIMULATQ;
INTERCESSUM, TURBARIQUE
CEPTUM SIT, dimittere. Hæc visilla
 est, quam à populo non à privato abesse lex
 jubet, ab actionibus, quæ ad statum rei Ro-
 manæ spectant, non ab actionibus, quæ ad
 privatorum utilitatem pertinent, quippè
 quòd in illis plus esset periculi, in his mi-
 nus: imò ab actionibus etiam privatis, non
 tamen à modò & solennitate ad eas perve-
 niendi. Nam & id concedimus, actiones
 sine vi debere peragi, sed quòd vis adhiberi
 nequeat, ut ad actiones perveniamus, id
 verò est quod negamus: idem lex negat XII.
 tabularum: idem formula, *quando ego te in*
iure

Jure manu confertum, idem antiquus ille vindicandi mos, unde & vindicatio nomen accepisse putatur. Est verò id cuius in jus vocanti concessum. Generaliter enim lex XII. tabularum loquitur. Regulariter igitur: ut præter & contra legem distinctione aliqua opus non sit. Imò verò specialibus duntaxat casibus, inquit Robertus, quis ad judicem manum injectam pertrahi potest, quasi in contrarium sit regula. Sed qui sunt casus illi speciales? Unum annotatum reperio ex l. generali 54. C. de decurion. lib. 10. quo ordini in decurionem manus sit injectio, si præsidis desit copia, quasi aliàs injectio non sit. Argutè, ut qui plures erant, mox factus sit unus casus. Sed videamus, quàm appositè etiam ille afferatur. Ordini in decurionem manus injectio est, si præsidis desit copia, & Curialis conditionis quæstio apud præsidem intra tres menses debet peragi, quod totum ab Imperatoribus in prædicta l. generali est constitutum & definitum. Ex quo colligitur, ut, si præses adsit, ejusq; copia haberi possit, ordo Curialium manus injectionem non habeat, & rursus, ut sive habeat sive nō habeat manus injectionem,

D non

non ipse sed præses, quem in eadem constitutione Cognitorem, item moderatorem provinciæ Imperatores vocant, cognitionem status seu cōditionis Curialis omnem habeat. Jam verò siquidem præses aderat, non erat, quòd ordo Curialis esset sollicitus de eo cui curialis status quæstio movebatur. Neq; enim dubium erat, quin si periculum esset, ut is aufugeret, præses manus ipsi esset injecturus & custoditurus. Verùm id jus manus injiciendi in ejusmodi casu ordo Curialis non habebat. Quoniam autem fieri poterat ut præses abesset, atque per absentiam ipsius, is, qui Curia vindicandus erat, elabi possët, aut militiæ nomen dare, ut est in l. quamvis si. C. de decurio. lib. 10. & ante Imperatores, constitutionis d. l. generali auctores, nullo casu ordo manus injectionem haberet, generali sua lege sanciverunt, ut is qui sese Curia subtraxisset, ab ordine prehendi & custodiri possët, donec præses, cujus in præsentia copia non est, rediisset, ne interea fortasse cum incommodo Curia prehensus elaboretur. At verò quàm diversa sit hæc manus injectio ad eum solum effectum concessa, ut cui manus injecta est custodiretur,

retur, ne elaberetur, ab illa de qua nobis sermo est, quæq; ob solennitatem judiciarii processus, nō ob ullam custodiam, comparata erat, nemo opinor est qui non intelligat. Manus injectio ad custodiam facta, omni jure regulariter est prohibita, neq; cuiquam privato, cujusmodi etiam est Curia municipiorum, carceres privati concessi sunt, nisi in casibus à jure expressis, de quibus unus est etiam is, de quo in d. l. generali. Vis autem illa ordinis judiciarii nullo jure prohibita reperitur, utpote quæ futuram litem & quasi bellum contentionemq; inter vocatam & vocatum significaret. Neq; verò ex eo quod est in l. penult. vers. ceterum. D. ne quis eum qui in jus vocab. si exemptus nihilominus productus sit, cessare poenam edicti adversus eximentem, rectè infertur, omne hoc quod in vocatione in jus est positum, ad necessitatem juris referendum esse. Nam quin de jure necessario vocatus sequi debeat aut satisfacere, non negatur: sed eidem contenditur hoc esse addendum, ut si neutrum istorum vocatus facere velit, vocans manus illi injiciendi habeat potestatem, atq; ita vim adhibendi.

D 2

Quod

Quod si vocatus vi eximatur, quid impedit
 quò minus vis antè adhibita fuerit? imò vix
 videbitur vi exemptus esse, nisi is, cui vis antè
 adhibita erat. Quòd verò eximens pœnam
 evitat, si producatur & sistatur juri vocatus,
 id non ex eo est quòd vocatio juris necessi-
 tati tribuatur, neq; ex hoc quòd vis adhi-
 beatur vel non adhibeatur, sed ex eo duntaxat,
 quòd, ut jurisconsultus ipse demonstrat,
 verba cum effectu sunt accipienda: Exemptus
 autem non videatur, qui postea sistatur;
 neq; vocantis jam amplius interest, cui soli
 ex hoc edicto actio in factum datur, meramque
 pœnam persequitur, ut docet Cujac. cap. 20.
 de præscript. & lib. 10. Observat. cap. 10.
 Est igitur hic paralogismus non causæ ut
 causæ, & plus, ut Logici loquuntur, concluditur
 à Roberto, quàm fuerit in præmissis. Omnibus
 autem illis exemplis, quibus probari videtur
 neminem ducendum esse invitum, id comprobatur,
 ut nemo ducendus sit invitus, qui sponte sua
 sequi velit; & sunt ex illis nonnulla & certè
 pleraq; que ad publicas causas pertineant,
 non privatas, de quib. solis nunc loquimur,
 easq; jam ante à publicis distinximus, ut ex
 historiis à Ro-

à Roberto citatis videre licet. Porrò tot locis comprobatur, ab ipso acturo potuisse quem duci invitum, quot dicitur quis duci invitus: atq; si invitus nemo duceretur, ad quid sollicita illa veniæ à prætore impetrandæ cura in personarum edicto comprehensarum vocatione, quibus argumentis non video à Roberto responderi? Et rursus si nemo invitus in jus trahitur, cur excipitur is qui in domo sua est, ut invitus inde non extrahatur? l. pleriq; 13. & seqq. D. de in jus vocan. l. nemo de domo 103. D. de regul. jur? Nam hoc eo ipso quòd nemo vi esset ducendus, etiam fuisset definitum, ut argumento Roberti rectius pro hac sententia uti nobis liceat, cum quid specialiter excipitur, ut hinc fit in eo qui è domo extrahi non debet, in contrarium esse regulam. Nec admitto distinctionem ut è domo quis vocari possit, si vocatio fiat rectè & legitimè; non vocari possit, si quis vi ingrediatur. Vocatio enim quæ non fit rectè & legitimè, nulla est, ita ut ne vocatio quidem nominari debeat: neq; ulla ejusmodi est in textu juris distinctio, ut præter & contra textum distinguere juris interpretes non debuerit. Sanè vocari

D 3 quis

quis potest interdum ex domo sua, non tamen nisi volens, at verò nunquam inde extrahi invitus l. sed & si quis 21. D. de in jus vocan. quia vis inferri videbitur d. l. pleriq; quæ in domo inferri nullo modo debet, utpote quæ cujusq; tutissimum est refugium atq; receptaculum d. l. pleriq;. **Distinctio** quæ fit in vocatione de domo, facit ut si vocandus extra domum est, distinctio illa adhibenda non sit, quia extra domum, ut non injuriam, ita nec vim inferre videtur, si jus spectes, quamvis de facto nonnunquam vis sit, qui jure suo utitur. Atq; huc referri potest ille Quintiliani locus lib. 7. cap. 8. in quo ait, lege quadam fuisse cautum, ut è domo in jus educere quenquam non liceret: quo innuitur id ante legem illam fuisse receptum, quod postea sit sublatum. Ex quibus satis abùde refellitur generalis illa omnium earum rationum, quibus suadetur reluctantem inuitum etiam in jus trahi posse, profligatio & dissolutio, ut quicquid necessitatis in jus vocatione imponi comperimus, id non ad facti violentiæq; legibus permissæ, sed juris tantùm necessitatem referamus, ut in eo immorari pluribus operare:

precium non sit. Juris enim necessitati id
 omne ita subjectum esse ostensum est, ut
 eadem in societatem sui aliquando adscif-
 cat necessitatem facti, ut ex ea tantò expedi-
 tius finem suum assequatur. Constet igitur
 nobis in jus vocatum, sed sequi nolentem
 inuitum & manu injecta trahi posse, sed
 non omnem. De domo enim sua vocati
 non trahuntur d. l. pleriq; : Ex asylo vocati
 non trahuntur, Nouel. 17. Vocati qui satisfi-
 dant non trahuntur, ex quo titulus ille Dig.
 in jus voc. ut eant vel satisfi. & in summa
 vocati trahuntur omnes, nisi quos lex trahi
 aut inuitos duci exceperit. Sed hæc in anti-
 quitatibus rerum Romanarum posita à no-
 stris moribus recesserunt, & solennitates o-
 lim in actionibus instituendis accuratè ob-
 seruandæ, atq; in iis etiam hæc in jus voca-
 tio violenta, desierunt. Quando autem de-
 sierint, mihi non constat. Quòd vel Con-
 stantinus vel Theodosius & Valentinianus
 eas sustulerit, affirmare non ausim. Constā-
 tinus enim formulas juris, non promiscuè
 omnes, sed eas dūtaxat, quæ syllabarum au-
 cupatione insidiarentur, id est, formulas
 actionum sustulit, L. C. de formul. & impe-
 trat.

D 4 trat.

trat. sublat. Theodosius verò & Valentinianus Impp. nihil nisi actionum impetrationem l. 2. C. eod. Quod si tempore Justiniani solennitates illæ in usu amplius non fuissent, doctrina illa, quæ est de in jus vocacione, de venia à prætore impetranda, & si quæ sunt alia hisce similia, tam sollicitè in libros juris Justiniani relata non fuissent. Et verò constat tempore Justiniani acturo in iudicio, necesse fuisse prius agere in jure apud prætorem, qui vel judicaret postea ipse, vel rei judicandæ judicem daret; &, ut arbitror, in jus vocatio cum solennibus supradictis, eo tempore adhuc frequentabatur, ut colligere mihi videor ex tit. C. de in jus vocan. & ex illo tit. C. de pedan. judicib. Nisi enim hoc ita statuatur, non video qua ratione excusari possint Compilatores juris, qui contra voluntatem Justiniani in libros juris retulerint, ea quæ ab usu jam tùm abscesserant. Verosimile autem est, certo iudicum numero à Justiniano Novel. 52. constituto, omnia illa paulatim in defuetudinem abiisse, præsertim Pontificum Romanorum autoritate accrescente, vel aliqua, si non Justiniani, saltem posterioris alicujus Imperatoris

toris constitutione, quæ non exte^o, sublata esse, quod omne in conjectura positum est. De eo verò constat, quòd ex usu hodierno juris & judicii discriminis, quod fuit olim, ratio non habeatur, sed quòd in jure agere, & in judicio agere promiscuè accipiatur, siquidem hodie ita comparatum est, ut pleriq; judices ipsi sint magistratus, hoc est, ut prætores sive magistratus singulorum locorum seu territoriorū ipsi judicare, non judices dare, cōtrà quàm olim consuetum fuisse, suprà ostendimus, aut si judices dant, de his etiam, quæ in jure olim agebantur, ipsis cognitionem permittere consueverint. Atque discrimen illud, quod ad judicem attinet, hodie nullum est: sin autem rem ipsam intuearis, vix est ut quidquam sit immutatum. Nam & hodie ante litis contestationem quæ fiunt, omnia eò spectant, ut sciat an acturo actio competat, necné, atque ita de jure etiamnum disputatur, post litis contestationem de factò. Ex quo Interpretes retinuerunt id quod vulgò omnibus est in ore, Judicium à litis contestatione incipere, ea autem quæ fiunt ante litis contestationem, judiciorum esse magis præparato-

ria, quàm ut in iudicio fiant, ut ita quæ olim in iure agi dicebantur apud prætorem, ea hodie apud magistratum eundemq; iudicem si agantur, dicantur esse iudiciorum præparatoria: quæ distinctio etiamnum recepta facit, ut discrimen juris & iudicii non per omnia procedat, aut certè Doctores ineptè ex antiquitatib. retinuerint, quod retineri non oportuit. Inter Citationem autem & in ius vocationem nihil video, quod hodie intersit, inter quæ duo multum olim fuisse sequens caput edocebit. His consequens esse dicit Cujac. lib. 10, Observat. cap. 10, ut, quia hodie non ducuntur, qui in ius vocantur, personas, quæ sine veniæ petitione & impetratione olim in ius vocari non poterant, in ius vocemus, nihil hodiè nos indigere petitione veniæ. Rectè. Causa enim sublata, utiq; & illud quod causæ illi cõsequens est, tolli necesse est. Neq; enim ea in ius vocatione, qua utimur, reuerentia vel pietas personis, sine venia non vocandis, debita læditur, violenta manus iniectio cessante, ceterisq;, quæ ad in ius vocationem pertinent, nunquam ab acturo, sed à magistratu, & cui ipse id commiserit, apparitore

expc:

expediendis; quod pragmatici quidam non attēdentes, hodie etiā non tantūm, si personæ edicto prætoris cōprehensæ, in ius vocētur, veniæ petitionem requirunt, sed idem etiā ad alias nonnullas personas Edicto non comprehensas argumēto istarum, audacius fortasè quàm oportebat, extēdunt. De No-verca enim Edictū non loquitur: eam tamē sine veniæ petitione in ius vocari non posse à priuigno suo, opinionem esse Doctorum cōmuniter approbatam scribit Curt. Jun. in l. i. n. 3. & 7. C. de in ius voc. & de iure ve-riorem, Cacheran. decis. Pedæmont. 31. n. 5. sed contrariam opinionem post longam al-tercationem receptiorem esse existimat Alciat. in d. l. i. n. ii. quem sequitur Eman. Soarez, in commun. opinion. lit. N. n. 65. eaq; in puncto iuris est verior, & æquitati magis consentanea. Sed neq; de Vasallo ad-uerfus Dominum acturo quidquam Edicto expressum est: ex eo tamen quòd libertus patronum suum sine venia in ius vocare non poterat l. quiq; 4. l. adoptium s. cum aliis D. de in ius vocand. intulerunt nonnulli, nec Vasallo sine permissu iudicis lice-re Dominum in ius vocare. Ita sentit Spe-

culat. sub tit. de feud. §. quoniam. n. 33. *verf.*
 decimoséptimò quæritur. *Jaf.* post *Alexand.*
 in l. generaliter. D. de in ius vocan *Zafi.* in d.
 l. generaliter n. 7. *Mynsing.* ad §. pœnales n.
 40. *Inst.* de actionib. ubi dicit plerosq; actio-
 nem pœnalem ad dominos feudorum pro-
 ducere, si à vasallis sine venia in ius vocen-
 tur, atq; usu id seruari scribit *Wesembec.* in
 paratit. D. de in ius vocand. n. 6. & secun-
 dum eam opinionem in Camera Imperia-
 li iudicatū refert & testatur *Hartman.* *Hart-*
manni lib. 2. obseruat. pract. tit. de feud. §.
 45. Contrarium tenuit *gl.* in c. 1. verb. salua
 reuerentia, de milit. vasall. qui contum. est,
 & ibid. omnes *Dd.* *Angel.* in d. §. pœnales,
 n. 8. & ibid. *Fab.* n. 2. *Plate.* n. 157. *Jaf.* sibi con-
 trarius n. 72. *Zafi.* n. 26. *Schneid.* n. 45. *Jaco-*
bin. de homag. n. 26. ubi hanc opinionem
 asserunt communiorem esse, magisq; ap-
 probatam, quod idem testatur *Fr. Bursat.*
Consil. 99. n. 20. lib. 1. *Euerhard.* in loco à li-
 berto ad *Vasall.* n. 15. *Alexand.* in d. l. genera-
 liter seq; semper ita vidisse seruari dicit *Jul.*
Clar. in §. Feudum, quæst. 25. moribusq;
 comprobati testatum facit *Mynsing.* Cen-
 tur. 4. *Obscruat.* 92. *Wesembec.* sibi contra-
 rius

rius in tractatu suo de feud. cap. 9. in fine, secundum quam in Camera Imperiali pronunciari refert Mynsing. d. obseruat. 92. Andr. Gail. in lib. singul. de pignoration. obseruat. 15. n. 4. Fichard. in addit. ad commun. opin. Villalob. liter. V. verb. Vasallus sine venia. Distinguendum verò putat Alciat. in d. l. i. n. 13. C. de in ius voc. ut si de ipso fundo feudali vasallus aduersus Dominum agere velit, veniã petat, sin de realia, veniam petere necesse non habeat. Sed communio-rem esse sententiam, vasallum non teneri petere veniam, idq; indistinctè, eamq; fortioribus rationibus defendi posse testis est Laurent. Kirchov. in thes. commun. opinion. liter. V. verb. Vasallus potest Dominum, & probat Mynsing. d. obseruat. 92. in fine, mihiq; videtur esse verissimum, quãvis tutius & honestius facturus sit Vasallus, ut agere volens, agendi veniam à iudice prius impetret, & se ad id, si non ex necessitate, saltem ex honestate teneri sciat. Cautela enim abundans nunquam nocet, & sæpe numerò etiam non est omninò inutilis. De aliis etiam personis nonnullis eadem est disceptatio, sed in omnibus illis verius est,

peti-

petitionem veniæ necessariam nunquam esse, plerunq; verò honestam.

Citare quid sit. CAP. II.

Superius caput admonet, ut aliqua hîc de Citandi appellatione dicenda videantur. Olim enim Citatio cum in ius vocatione eadem non erat, aliusq; erat actus Citationis ab actu in ius vocationis, qui uterq; hodie unus est & idem: tamen si olim etiam Citationis vox videatur usurpata esse aliquantò generalius, qua significaretur quivis actus, quo quis ad eum, qui, ut veniat, iubendi potestatem habet, vocatur. Cuius species duæ sint, una in ius vocatio, & altera Citatio specialiter ita dicta. In ius vocatio semper ad magistratum fit, Citatio ad alium etiam quàm ad magistratum, puta ad iudicem pedaneum: Unde quotiescunq; ad tribunal magistratus quis citari dicitur, id accipio de ea Citatione, quæ est in ius vocatio, si de iure sit agendum, vel de ea, cùm magistratus ipse de causa seu facto est cogniturus, nempe Citatione ita dicta specialiter. Sed & extra ius sive iudicium, qui ad magistratum vocabatur, citari dicebatur, non verò
in ius

In jus vocari. Nam in jus vocabatur, qui ita citabatur, ut de jure suo in jure, id est apud magistratum qui jurisdictioni præerat, experiretur & quasi disceptaret. Vocabatur autem interdum magistratus jussu præeunte, interdum sine illo: magistratus jussu non nisi per præconem, eaq; tùm Citatio dicebatur, sine illo ab ipso qui in jure acturus erat, quæ specialiter in jus vocatio est. Ita fit ut omnis citatio per præconem fiat, sive ea fiat ad jus sive ad judiciũ, sive extra utrunq;, sed non omnis in jus vocatio, &, ut summam ea colligam, præco citare, acturus in jus vocare dicebatur. Ceterum citatio illa, quæ per præconem fiebat, fieri solitam non voce solùm præconis, ut est in l. penult. D. de integ. restitut. sed etiam per scripturam, ita ut præco scripturam exhiberet aut affigeret, ex jure in primis Pontificio, tum verò etiam Constitutionibus Justiniani quotidiano usu comprobatis est manifestissimũ. Itaq; verè quidem Duarenus lib. I. disputat. cap. 7. Citationem eam esse dicit quæ fit in foro ac tribunali voce præconis, ad quam solam pertinent exempla ab ipso adducta, sed nimis angustè, & multò angustius An-

ton. Goveanus vir ingenii acutissimi lib. 1. lection. cap. ultimo, Citare dicit esse voce præconis vocari coram magistratu. Multò rectius dixissent, si simpliciter dixissent, Citare esse per præconem vocare, ut definivit Barn. Briffon. lib. 3. de verbor. significat. quandoquidem Citatio per præconem fieri possit etiam tùm cùm judicium quidem nondum est, futurum tamen esse speratur, ut cùm quis juris sui experiundi causa non ab ipso suo adversario, sed ad petitionem adversarii à præcone in jus vocatur, imò verò cùm judicium omninò nullum est, neq; futurum speratur, atq; omninò extra judicium, quod compluribus exemplis & ex nostris & ex aliis scriptoribus probatis comprobavit Johan. Robert. lib. 3. sentent. cap. 7. & Plutarchus in Gracchi vita, quod Latini Citare dicunt, ipse Græcis dicit esse ἀνακαλῆσαι τῆ σάλπιγγι. At verò Citatio per præconem scriptura à magistratu emissâ fiebat, quæ Citatio Plauto in Gurgul. libello fieri dicitur, Jurisconsultis nostris Ediçto, ut in l. Senatus 15. §. divus Hadrian. conjunct. l. Arianus 42. in fine D. de jure fisci, l. 1. C. de assert. tollend. & passim, & quòd ternis literis Reū commo-

commonefactum scribunt Diocletian. & Maximian. Impp. in l. consentaneum C. quomod. & quand. jud. sentent. profer. deb. id fieri Paulus dicit trinis literis vel edictis lib. 5. sentent. tit. 5. §. trinis, & Hermogenian. tribus edictis l. contumacia 53. §. 1. D. de re judicat. *Literas vel edicta*, ait Paulus; erant nimirum illa, quod ad effectum citationis attinet, eadem, sed videntur mihi modo fuisse distincta, quippe quod edicta loco publico, unde rectè legi possent, affixa fuerint, literæ verò ad reum ipsum trāsmissæ, quod etiamnum usu receptum est. Itaque citatio omnis à præcone ejusq; ministerio expeditur, sed interdum ipsius voce, interdum vero edicto publicè affixo, jussu magistratus seu judicis, à præcone tamen, quò pertinet d. l. Senatus & l. inter 10. de publ. judic. & ea quæ notavit Cujac. ad d. l. penultimam. Non imperitorum igitur abusus est, ut putavit Duarenus, quòd citationis vocabulū amplius, atq; ipse faciat, accipitur, sed peritorum usus, qui sub Imperatoribus, quorum cōstitutiones in conspectu positæ sunt, vixerunt, qui si constitutiones ipsi non descripserunt, at certè illis usos esse constat, &

E quò

quò propiores illi fuerunt seculo literatori, eò magis est verosimile, ipsos proprietates vocabulorum & calluisse & secutos esse, & cum usu etiam eam Citationis significationem receptã videamus, non est quòd eam amplecti non debeamus. Quod autem ad l. & post edictum, 73. D. de judic. attinet, quandoquidem eam à Roberto aduersus Duarenum in disceptationem trahi video, sciendum est, iudicem plerunq; trinis denũciationibus aut edictis contentum esse, iisque vel successiuè, id est, uno post alterum propositis, vel simul, id est, uno pro omnibus, nempè vice trium, quod tamen tot dies contineat, quot tria illa simul conjuncta continerent. Utrum autem edicta illa conjunctim an disiunctim iudex proponere velit, id in ipsius est arbitrio, l. ad peremptorium, 69. & seqq. D. de judic. Trium edictorum seorsum & per se sola propositorum, nullum est peremptorium, l. & tertium 70. D. de judic. sed vel tria illa simul conjuncta, vel edictum quartum, quod tria illa seorsum proposita sequitur, vel id etiam, quod primum aut alterum seorsum propositum sequitur, si nimirũ iudici ita videatur, Edictum

Edictum faciunt peremptorium, l. nonnunquam, 72. D. de judic. l. 2. C. quomodo & quand. jud. Edictum autem peremptorium aliud, quod sequatur, non est. Inde enim peremptorium dici scribit Ulpianus, quod perimat disceptationem, hoc est; ultra non patiatur adversarium tergiversari d. l. & tertium, ubi pro *disceptationem*, rectius fortasse legeretur *dilationem* seu *dilationes*, errore ex notis creato. Neq; enim disceptationem protinus sive controuersiam aduersario post peremptorium edictum non respondente periri existimo: quoniam; siue aduersarius responderit siue non responderit, post impetratum edictum peremptorium, causa nihilominus est agenda, & in ea sententia pronuntianda, non utique secundum presentem, sed etiam secundum absentem, si iustam causam habuit d. l. & post edictum. l. generaliter. 13. C. de judic. At disceptatione perempta; eo ipso quod perempta est, nihil amplius quaeritur. Et dilationem potius quam disceptationem legendum esse, ex ipsius Ulpiani interpretatione colligi posse videtur, qui secundum lectionem vulgatae disceptationem, aut, ut ego malo, dilata-

E 2 tionem

tionem perimi dicit, nihil esse aliud, quàm judicem ultrà non pati adversarium tergiversari. Id verò quid est aliud, quàm ut iudex adversario ultteriores dilationes non concedat? Post peremptorium igitur edictum, quod interdum quartum est, interdum tertium vel secundum, interdum etiam unicum, prout iudici pro conditione causæ, vel personæ, vel temporis, ordinem edictorum vel compendium moderari videbitur, d. l. nonnunquam, in fin. nullum amplius edictum proponitur. Quæ sententia Duarenî est, meo quidem iudicio, verissima, ad quã impugnandam, ea quæ Johan. Robertus in medium attulit, malè admodum sibi coherent. Vult Duarenus, post edictum peremptorium impetratum, absentem non esse iterum vocandum, nec quarto edicto locum esse, cùm ex peremptorio jam parti jus sit quæsitum: sed citandum tantùm esse absentem, id est, voce præconis pro tribunali coram iudice vocandum, ut exurgat & respondeat. Robertus sibi hanc sententiam minimè probari scribit. Quî hoc? *Nam si peremptorium, inquit, edictum tria edicta præcedere debent, hocq; peremptorium quartum est, quorsum*

sum vel hoc edictum vocamus? nec ceteris ordine quartum annumeramus? At id primùm apertè falsum est, quòd tria edicta oporteat præcedere edictum peremptorium. Nam, ut ex suprà dictis constat, edictum peremptoriū datur interdum post unum vel alterum, interdum statim, quod appellatur *unum pro omnibus*. Deinde citandum quidem esse adversarium, dicit Duarenus, sed sine edicto. Nam si edictum sequatur aliud, non illud utique, sed posterius peremptorium fuerit. Peremptorio enim edicto omnis dilatio & ulterior tergiversandi occasio perempta & sublata est: eoq; adversarius monitus est satis, ut si non respondeat, nec in processu iudex meliori illum jure niti comperiat, condemnari omninò possit & debeat. Atq; ad eum finem edictum peremptorium proponitur, ut is, qui edictum dedit, comminetur, etiam absente parte adversa vel diversa cogniturum se & pronūciaturum. l. in peremptorio 71. D. de judic. Eo itaq; proposito, & in notitiam pervento, cur vel pro absente, vel contra illum pronūciari non possit? At præsupponitur hīc, quòd propositum sit, & in notitiam pervenerit, ut ille Marcelli Ju-

risc. locus, qui affertur ex l. i. §. item cùm ex edicto. D. quæ sentent. sine appell. rescind. non solum Duareno nihil obstat, sed sententiam etiam ejus valde confirmet.

Explicatur natura actionum præjudicialium ad Justinianum, in §. præjudiciales. Institut. de actionibus. CAP. III.

DEclarata natura actionum civilium & prætoriarum, tam earum quæ sunt in rem, quàm quæ sunt in personam, Justinianus in §. præjudiciales. Institut. de action. attingit potius, quàm ut explicet actiones præjudiciales, quæ & ipsæ civiles partim sunt partim prætoriæ. Cur autem à superioribus hæc se junxerit, dicetur tùm cùm expositum fuerit, cur actiones, de quibus in dicto paragrapho agitur, appellatæ sint præjudiciales. Ita autem illas ab effectu, hoc est, à præjudicio, quod pariunt, dictas esse, nemo est qui ambigat: at præjudicium hoc cujuscumodi sit, non peræquè inter omnes convenit. Qua in re animadvertendum est, præjudicium non semper uno accipi modo. Præjudicium enim interdum est probatio, ut in l. penult. D. de his qui sui vel alien. jur. sunt, l. si quis §. §. meminisse, C. de agnoscend. & alend.

& alend. liber. I. interdum 4. D. de public. judic. l. I. C. quando act. civil. criminal. præjud. aliquando accipitur pro exceptione, ut in l. divus 5. in fine, D. de hereditat. petit. & probat Cujac. lib. 5. observat. cap. 37. idemq; cõfirmat rubrica Digest. de exception. præscriptio. & præjudiciis, ubi præjudiciorum appellatione intelliguntur speciales quædam exceptiones, quibus excluditur actio hac ratione, quòd futuræ graviori actiõni præjudicium faciant, quarum exempla sunt in l. 13. 16. 18. & 21. D. cod. & meminit Paulus J.C. in l. per minorem, 54. D. de judic. Sed & sententiam interlocutoriam, præjudicium dici, eò quòd ante sententiam principalem sive definitivam proferatur, docuit Duaren. lib. 2. disputat. cap. 2. at in d. §. præjudiciales, nec exceptionem, nec probationem, nec interlocutionem judicis, sed actionem ipsam præjudicium significare, præterquam quod series tituli illius, sub quo ille collocatus est, arguit, ipse Justinianus disertè expressit, eò quòd affirmat, *præjudiciales actiones in rem esse videntur*, quomodo etiam non uno loco in Digest. vox præjudicii accipienda est, pro actione præjudiciali, ut in l. I. §. I. D.

E 4 decrei

derei vindicat. l. quotiens 18. D. de proba-
 tion. l. sive cōtra 3. §. quid ergo, D. de agnos.
 & alend. liber. l. fin. D. si libert. ingen. esse
 dic. & ut arbitror, in l. Imperat. 30. D. de reb.
 autorit. judic. possid. tametsi Ruffardus ibi
 in notis suis, & Cujacius malint legere *judi-*
cio, quàm *præjudicio*, vel, ut idem Cujac. in
 notis suis prioribus ad d. §. præjudicialis, *per*
judicem, ne plures actionū præjudicialium
 species ponantur, quàm quot in hoc para-
 grapho, & in l. actionis 37. D. de obligat. &
 action. relatæ sunt. Ex quo fit, ut hoc loco
 præjudicium & actio præjudicialis idem si-
 gnificent, ac proinde præjudicio definito, a-
 ctionē etiam præjudicialem eo ipso defini-
 tam esse interpretes existiment, quæ causa
 est, ut in præjudicii definitione investigāda
 hūc multum elaborent. Et quin judiciū sit,
 non est dubiū, & cum præjudicium dicatur,
 intelligitur etiam id judiciū esse ejusmodi,
 quod præ alio, hoc est, ante aliud judicium
 expediatur. Id verò cum fieri possit duobus
 modis, Uno nulla habita ratione judicii ali-
 cujus futuri, hoc est, quod ex intentione a-
 gentiū judicium erat, & nunc expeditū est,
 sed ex post facto fit præjudiciū, vel inter illos
 ipsos

ipsos qui iudicio isto egerant, vel inter alios: altero propter aliud connexū, quod ex illo expedito sponte sequatur, illudq; non inter alios, sed eos ipsos, qui præiudicio experiuntur, inde est, ut præiudiciū duplex sit, Absolutum unum, alterum Relatū. Absolutū est, quod, ut *Asconius* definit in *divinat. Cic. in Verrem*, cū statutū fuerit, iudicaturis adfert exemplum, quod sequantur. Cujus vim *Quint.* li. 2. *Inst. Orat. c. 5. in trib. versari dixit*; in rebus vel iisdem, vel similibus, vel ad id, de quo quæritur, pertinētibus. Quomodo omnia iudicia constituta fieri possunt præiudicia, quamvis tum, cū constituuntur, præiudicia nondū sint, sed tūm præiudicia fiant, cū & iudicis sententiā definita sunt, & res istiusmodi incidat, ad quam iudicium illud accōmodari, eiq; , ut ita dicam, ius dicere possit, utpote antè iudicatū, & sententia iudiciali definitū atq; decisum. Non dico, hoc præiudicium esse rem iudicatam, quoniā res iudicata inter easdem personas, de eadem re, ex eadē causā esse intelligitur. Præiudicium verò hoc est etiam inter personas non easdem, etiā de rebus non semper iisdem, sed plerunque, cū res est eadem,

personæ litigantes sunt diversæ, & vicissim,
 cùm personæ sunt eadem, res tamen nō est
 eadē, sed vel similis, vel priorem controuer-
 siā aliquo modo attingens. Eamq; ob cau-
 sam res iudicata non solū actionem judi-
 cati, ei, secū dum quem iudicatum est, parit,
 verū etiam exceptionem, si fortè fuisset
 Reus: quorum neutrum est in præiudicio,
 quippe in quo locum habet, quod dicitur,
 sæpe constitutum esse, res inter alios iudica-
 tas, aliis non præiudicare, l. sæpe 73. D. de re
 jud. l. in causæ 27. D. de procu. l. Modestinus,
 10. D. de except. l. 1. §. cū dicitur. D. si cui
 plus quàm per leg. Falcid. tot. tit. C. res inter
 alios actas aliis non nocere, itemq; & illud,
 legibus iudicandum esse, non exemplis, l.
 nemo, C. de sentent. & inter locut. l. sed licet
 12. D. de offic. præsid. Non tamen putādum
 nullius omninò effectus propterea esse, si-
 quidem conjunctum cum aliis probatio-
 nibus seu præsumtionibus, facit, eas robu-
 stiores, ut, cū in eiusmodi casu jam antè
 ita iudicatum sit, iudex eò facilius in eādē
 sentētiā sit inclinaturus, eodemq; modo
 pronunciaturus: qua in re iudicem valde
 circumspectum esse oportet, quoniam vel
 mini-

minimam circumstantiam, quæ in facto
 sit, contingat inducere ut diversitatem facti
 à priori, ita & diversitatem juris. Et de hoc
 quidem præjudicio in hoc paragrapho ser-
 mo non est, cùm etiam propriè actio non
 sit, sed actio aliquando fuerit, & tùm etiam,
 cùm fuit præjudicialis, atq; actio fuerit sen-
 tentia nunc decisa, & ad actionem aliquam,
 quæ nunc instituatur, ob similitudinem aut
 identitatem accommodata. Præjudicium
 autem, de quo hîc agitur, Relatum est. Id
 Theophilus paraphrastes Institutionū Im-
 perialium Græcus, hoc loco definit, quòd
 sit, τύπος ἀπὸ ἰντερίων ὁ μόνος συγκαίμενος, id est,
 formula seu libellus sola intentione con-
 stans: quam definitionem Eguinar. Baro
 putat defendi non posse, quoniam in præju-
 diciis non minus super jure nostro pronun-
 ciari petamus, atq; in aliis in rem actioni-
 bus; aut certè, ut defendatur, accipiendam
 esse de præjudicio, quo incidenter quæritur
 de statu, genere, gente, agnatione, ætate, pa-
 tria potestate, & id genus aliis, non quidem,
 ut pronuncietur, sed ut tantùm inquiratur,
 & negotium sine pronunciatione exami-
 netur, ne in judicium non procedat. Franc,

Hotomannus definitionem quidem istam veram esse concedit, sed addit à Theophilo non intellectā, in commentario suo ad d. 6. præiudiciales, n. 10. idq; arguere verba ipsius Theophili interpretantis id, quod dixerat, præiudicium constare sola intentione, οὐτὴν ἂν ἔχει κατὰ δίκην ἐν ἑαυτῇ, hoc est, neq; enim cōdemnationem ullam habet in se, ut vertit Baro ibidem, Duaren. li. 2. disput. c. 2. Ridiculū enim esset, si is, qui, exempli causa, ad libertatem proclamaret, diceret, si apparet me liberum esse, neq; adderet, condemna eum iudex, aut saltem, tūm me liberum esse pronunciato: atq; hanc sententiæ actionum præiudicialium rationē fuisse, ut quis pronunciaretur videri liber, servus, filius, &c. probat Hotoman. ex l. Divi 27. D. de liber. causa, l. circa 14. D. de probation. l. adoptivum 8. D. de in ius voc. Hoc absurdum ut evitaret Duarenus, in d. cap. 2. distinxit κατὰ δίκην seu condemnationem, ut præiudiciū non habeat in se condemnationem adversarii ad dandum aliquid vel faciendum, & tamen habeat condemnationē aliquam, quippe quòd iudex in præiudiciis haud minus, atque in aliis iudiciis pronunciet, quæ pro-

pronunciatio in effectu condemnationem aliquam continere dici possit, argumen. l. 1. D. de re iudic. & l. 3. C. de sentent. & interlocut. omn. iudic. quod idem tamen etiam ita vult accipi, non ut actor non possit petere reum condemnari, sed ut id necesse non sit. Atque ita arbitrio actoris Duarenus relinquit, utrum ipse velit præiudicium condemnationem habere, necné. Ab hac Duarenî sententia non longè recessit Duarenî æmulus Joannes Robertus lib. 1. sentent. cap. 13. sed mavult ille *κατά δὲ* interpretari Conclusionem, quam Condemnationem, quod mihi detortum esse videtur contra phrasin linguæ græcæ, & contra ipsius etiam Roberti declarationem. *Κατά δὲ* enim ullibi pro Conclusionem accipi, Robertus haud facilè probaverit: atq; si Theophilus in ea fuit sententia, in qua ipsum fuisse Robertus scribit, præiudiciorû, quæ actionis instar redduntur, libellû sola proponentis intentione cõstare, nec ullâ conclusionem cõplecti, quid est, quod Robertus, in exëplo, filio alimëta petenti, & cû reus cõventus negaret, patrē se esse, præiudicio à prætore sibi pmissio agēti, hanc formā p̄scribit, ut libellò

propositō intendat, se filium esse, idq; declarari à prætore postulet. Hic enim non solùm manifesta est intentio, sed ipsa etiam cōclusio, hoc ipso, quòd se filium declarari postulat, superq; eo pronunciari. Etsi enim non petat, ut iudex adversarium condemnet ad dandum, faciendum, seu restituendum, petit tamen aliquid declarari, quod ipsum etiam est concludere. Alioquin enim, neq; in actionibus in rem ulla conclusione foret opus, in quibus actor itidem declarari se petit dominum, & nisi res restituatur, atq; iudicis arbitrio pareatur, condemnatio sequitur. Sive igitur Cōdemnationem sive Conclusionem interpreteris *ut ad Siliū*, difficultas nondum est sublata. Ego verò hanc fecti aliquantò altius ex antiquitate repetendam esse existimo, sumq; in ea sententia, definitionem præjudicii à Theophilo allatam, non solùm veram esse, contra quàm putavit Baro, sed ab ipso etiam satis intellectam, contra quàm existimavit Hotomannus, adcoque rectè dictum esse, præjudicium constare sola intentione actoris, nec, ut ceteris actionibus, inesse ei clausulam condemnationis, ut scribit Cujac. lib. 18. Observat. cap. 23. quod

23. quod omne ita ostendō: Moris erat olim ante Constantinum M. Imp. ut qui acturus esset, actionis formulam, antequam ageret, à prætore impetraret, simulq; ab eodē judicem acciperet, qui secundum formulam illam impetratam & præscriptam judicaret: idq; omne in jure fieri dicebatur. Exin judex datus omnia, quæ officii mandati erant, exsequabatur, id quod fiebat in judicio, quem morem retulit Duaren. ad l. Jurisgentium, 7. §. & ideò, in verb. actionem à prætore dandam, & lib. 1. disputat. cap. 53. Goveã. in l. cum qui 13. D. de jurisdic. omn. judic. Coraf. in §. sic itaq; , in verb. si paret, Instit. de action. & in l. 2. §. sed cùm placuisset n. 9. D. de orig. jur. & lib. 3. Miscellan. cap. 18. n. 2. Hotoman. in libr. de magistrat. atq; ego pluribus id explicavi supra cap. 1. Quod ita erat regulare: ex anomalia nanq; hoc est, quòd prætor in quibusdam causis judicem non daret, sed judicaret ipse, idq; favore cause vel personarum, l. 1. D. de rei vindicat. l. Acmilis, 38. D. de minor. l. voluit 4. D. de interrogat. action. & maxime in actionibus popularibus atq; causis ad statum pertinentibus, l. non distinguemus, 32. §. de liberal.

caus. D. de recept. arbitr. quod de quaestione
 causæ liberalis, & de quaestione ingenuitaris
 ita expressum est in d. §. de liberal. caus. & de
 quaestione, utrum in potestate quis sit, an
 non sit, in l. 3. §. hoc autem interdictum. D.
 de liber. exhibend. l. si filius 8. D. de proba-
 tion. eamq; ob rem prætor in his causis pro-
 nunciasse dicitur in l. Titius 43. D. de action-
 emti. l. iudicatæ 29. D. de except. rei iudic.
 Quòd autem in l. Titia 34. D. solut. matrim.
 quaeritur, quæ partes sint iudicis, vox *Judicis*
 interpretanda est, *prætoris*, utpote ejus cau-
 sæ iudicis, quod etiam arguunt verba mox
 sequentia, quibus dicitur, actionem ab eo-
 dem nimirum iudice esse denegandam,
 quam utiq; non denegaverit iudex à præto-
 re datus, quemadmodum nec dare eam po-
 test, sed prætor, cuius officium est in dandis
 vel denegandis actionibus. Cognitio ergò
 sive notio causarum præiudicialium ad so-
 los pertinebat prætores, eaq; alterutro ho-
 rum duorum modo expediebatur vel sim-
 pliciter, nudè, de plano & extra ordinem, vel
 discutiendo causam ordinariè in iudicio,
 quos duos cognoscendi modos proposuit
 Ulpian. in l. I. §. I. D. de rei vindicat. Verùm
 denu-

de nuda ista cognitione hîc dicendi locus non est, sed de ea duntaxat, quæ fit in iudicio, ad quam requiritur actio, tametsi ob id, quòd iudicium hoc apud prætorem ipsum exercetur, actio autem propriè dicta exercetur in iudicio apud iudicem datum, distinguì solet ab actione, ut in l. sed & hæ 35. §. i. D. de procurat. l. actionis 37. D. de obligation. & action. Dat autem prætor præiudicium & cognoscit, siue causa aliqua, cur præiudicium instituat, puta alimentorum, operarum aut similis interveniat, siue nulla interveniat, l. fin. D. si libert. ingē. esse dicet. Si causa interveniat, puta, ut operæ præstentur, aut obsequium reddatur, tùm duæ quoddammodo fiunt quæstiones, Una principalis, nimirum operarum, aut obsequii petitio: altera minus principalis & quasi incidens, nimirum in modum exceptionis siue contradictionis, si fortè is, à quo operæ aut obsequia petuntur, dicat se libertum adversarii non esse, cuius exemplum est in l. penult. D. de noxal. action. Illa propriè actio, quæ de operis est aut obsequiis, postulatur ventilāda coram iudice dato: hac exceptio, quæ & ipsa videbatur unā cum actione illa

F venti-

ventilanda, sed quia majorem judicem ha-
 bere debet hæc quæstio, idcò prætor de hac
 prius cognoscit ipse, atq; tum, sicubi opus
 esse atq; causa id requirere videatur, actio-
 nem dat, & super eo, quod principale est, ju-
 dicem dat, judiciumq; constituit. Ex quo
 apparet, si quæstio præjudicialis eo modo
 incidat, satis esse, eam saltem intendi, (si-
 quidem qui excipit non minus intendit,
 quàm is qui agit,) non etiam peti, ut adver-
 sarius condemnetur, atq; ita intentionem
 esse sine condemnatione. Sin autem causa
 nulla interveniat, & præjudicium princi-
 paliter ab alterutro desideretur, atque à præ-
 tore reddatur, eo casu existimaverim, acto-
 rem petiisse declarari vel liberum se esse, vel
 adversarium servum, vel patrem familiâs se
 esse, vel adversarium filium familiâs, atque
 ita actorem intentionem suam proposuif-
 se, eique simul adjecisse petitionem, non
 etiam condemnationem, ut vel ex hoc ma-
 nifestum esse possit, *κατάδικον* multò rectius à
 plerisque verti Condemnationem, quàm
 Conclusionem, & quamvis Robertus au-
 toritate Hotomanni hanc suam versionem
 comprobet, nusquam tamen apud Hoto-
 mannum

mannum illam in hoc paragrapho reperio. Hinc non est obscurum, quomodo præjudicii definitio à Theophilo tradita intelligenda sit, nimirum, ut in eo nulla sit petitio condemnationis adversarii, sed declarationis tantùm juris, quod inter litigantes est ratione status. De his enim præjudiciis, quæ dantur ratione status, solis nunc sermo est. Manifestũ etiam est, cur dicantur præjudicia seu actiones præjudiciales, videlicet, primò, quia semper præ aliis judiciis, id est, ante judicia alia decidãtur, sive judicia illa intentata jam sint, sive non, intentari tamen possint, ut docet Cuj. in paratit. C. de ordine cognition. deinde, quia iudicium secuturum quasi determinat, & utriq; litigantiũ præjudicant, ei quidem, secundum quem iudicium datum est, utilitatẽ afferendo, contra quem verò iudicatũ est nocendo, ut eruditè in hoc paragrapho docet Zasi. n. 4. & 13. terciò, quia obstant etiam litibus futuris, lisq; præjudiciũ faciunt, non etiam ipsæ patiuntur per illas, si fortè præcesserint, ut ostendit Cujacius in paratit. Cod. de liber. causa, id est, ut interpretatur hic Hotomann. num. 7. quia sententia in actione præjudiciali

F 2 lata,

lata, utrocunq; modo lata sit, alteri causæ fundamētum jaciāt, eiq;, quemadmodum dijudicanda sit, præscribat. Quò pertinet definitio præjudicii ab eodem Hotom. hîc n. s. proposita, ut sit judicium, ex cujus eventu altera quædam cognitio, quæ tantisper interea sustinenda est, disceptari debet, quam ibidem sequitur Wesembec. dicens, actiones præjudiciales esse, quarum ex eventu altera pendet cognitio, tametsi Wesembeci- us videatur aliquantò generalius eas defini- sse. His consequens est, ut actionum præju- dicialium longè alia sit natura, quàm earū, quæ aliàs simpliciter & absolutè Actiones dicuntur; atq; adeò non sine causa factum esse, ut ab hisce peculiari paragrapho distin- ctæ sint, tametsi rectius facturus fuisset Justi- nianus videbatur, si omnimodò eas à titulo Instit. de actionib. removisset, quandoqui- dem propositum ipsi erat, agere de actioni- bus privatis, hoc est, rerum privatarum, quæ in hominum sunt commercio, cujusmodi actiones præjudiciales non sunt, & præser- tim actio liberalis, quæ popularis est, quod hîc numero 2. considerandum esse monet doctissimus Hotomannus. Primùm enim hæ actio-

hæ actiones sunt de statu & conditione alicujus, quæ in hærent ipsi personæ, quod hîc n.2. explicat Wesembecius, actiones ceteræ sunt de rebus, sive personales sint, sive reales. Deinde, actiones regulariter expediebantur coram iudice dato, præjudicia apud prætorem ipsum. Tertiò actionum natura illa non est, ut præjudicent liti futuræ aut jam motæ, nec expectant aut metuunt litem futuram; ea est natura actionum præjudicialium. An verò, cùm summa & principalis actionum divisio sit illa, qua aliæ dicuntur in rem esse, aliæ in personam. §. omnium, Instit. de action. actiones etiam præjudiciales sub eadem, & sub qua ejus specie contineantur, multum disputant Interpretes, quod non mediocre esse dubium in d. §. præjudiciales, n.6. scribit Zasius. Etsi enim Justinianus ibidem dicat, eas videri in rem esse, ex eo tamen ipso inferunt, cùm tales esse videantur, quòd tales non sint, quippe quòd verbum *videntur* nota sit impropriæ & fictionis, & expressè monet Zasius n.7. non esse exponendum, *videtur, id est, sunt*. Nam ipse quoq; Ulpianus præjudicia à rei vindicatione disertis verbis separat. in d. l.1.

§. I. D. de rei vindicat. idemq; suadet ratio
 ita faciendum esse, quoniã actionibus præ-
 judicialibus in controversiã non deducun-
 tur res, quarum sit commercium, ut fit in a-
 ctionibus realibus omnibus, vel, ut hïc n. 10.
 exponit præstãtissimus Juriscõsultus Hugo
 Donellus, quem, posteaquam hæc scripsis-
 sem, primũ vidi, quia in actionibus præjudi-
 cialibus nõ est res, quæ restitui debeat, aut de
 qua restituenda agatur, quod tamen contrã
 fit in omnibus in rē actionibus, quæ proprie-
 tales sunt, l. officiũ 9. l. qui restituere, 68. D. de
 rei vind. l. si fundus, 16. §. in vindicatione. D.
 de pignor. Videntur autem in rem esse ob si-
 militudinem, quia, ut tradit Wesem. status
 petitur, quasi suus, & adversus quemcunque
 ratione possessionis in contrarium usurpa-
 tæ intentantur, seq; actor velut dominum
 juris, quod asserit, puta liberum, ingenuum,
 &c. pronunciari petit, quod idem suprã di-
 cto loco scripsit Donellus. Atq; hoc est cer-
 tissimum. Ex quo relinquitur, ut actiones
 hæ personales sint: quod tamen & ipsum
 negant Interpretes omnes, sed malè. Utun-
 tur duobus ad hoc argumentis, unum est,
 has actiones non dari ex contractu vel ex deli-

deli-

delicto, ex quorum alterutro, actionem, in personam quæ sit, oriri necesse sit: & alterum, non intendi hîc, quid dari aut fieri oportere, quæ formula sit actionum in personam. Sed utrunq; illud argumentum vitio laborat eodem; quod profectum est ex nimis angusta actionum personalium consideratione. Nam ut verum sit, ut est, actiones in personam dari ex delicto vel ex contractu, item earum formulam esse istiusmodi, minimè tamen Interpretibus concedendum est, nullam esse actionem in personam aliam, quàm eam quæ ex contractu vel delicto sit, & cujus formula sit istiusmodi. Ut enim in jure personarû consideratio duplex est, una in obligatione, quæ causatur ex conventionem & ex delicto, altera in potestate, ita duo etiam hi fontes sunt, non tantùm unicus ille, quem Interpretes considerant, ex quibus actio in personam profluat. Nec verum est, omnibus omninò actionibus in personam intēdi quid fieri aut dari oportere, sed præterquam quod per actiones in personam actor intendit, adversarium ei dare aut facere oportere, sunt & quidam modi alii, quibus si agamus, licet

F 4 non

non formula ista, nihilominus in personam agere dicemur, quod Justinianus in d. §. omnium disertis verbis docet, & capite insequenti pluribus confirmabitur. Assumptio igitur utriusq; illius argumenti vera quidē est, sed propositio universaliter prolata falsa. Sed & paragraphorum sub titulo Institut. De actionibus collocatorum ostēdit actiones præjudiciales potius personales esse, quoniam si ad reales propius accederent, illis potius subjici debuissent, aut certè personales antè explicari, atque tum reales subjici, ut omnia iusto atq; legitimo ordine sibi constitissent. Accedit, quòd hæ actiones sunt & dantur de statu seu conditione hominis, quæ personæ cohæret, non rei, ut absurdum foret dicere in illis actionem intrètari in rem, quam tamen à personis constat remotiorem esse, quàm ab obligatione, quam obligationem Interpretes etiam inter rerum vincula retulerunt, neq; tamen unquam dubitarunt, quin actiones ex obligatione proficiscentes in personam sint, non in rem. Atq; hinc est, ut cùm quæritur, Uter in actionibus præjudicialibus actoris & rei personam sustineat, attendendum sit,

secun-

secundum cujus intentionem formula concipiatur, ut is actoris partes sustineat, Rei autem partes ille, secundum cujus intentionem formula non concipitur, l. generaliter, 12. D. de exception. quod ipsum, meo quidem iudicio, satis arguit in personam agi, cum alioquin si in rem esset actio vel in rem scripta, Reus certus sit futurus, à quo res ista petatur, cujus rei explicatio ulterior peti potest ex Cujac. li. 18. observ. c. 23. & Hotoman. in d. §. præjudicialis, n. 11. Et verò in personam quæstionum præjudicialium formulam concipi solitam, atque adeò personales illas esse, satis luculenter Justinianus ipse docuit in d. §. præjudicialis, cum dixit, præjudiciales actiones esse, per quas quæritur, an *aliquis* liber, an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Ceterum de speciebus actionum præjudicialium dicendi locus est alius.

Examinantur descriptiones actionum personalium, quas retulit Ulpian. in l. actionum 25. D. de obligation. & action. & Justinian. in §. omniū. Institut. de actionibus. CAP. IV.

PRæcedens caput admonet, ut cujusmodi sint illæ actionis personalis descriptiones, quarū unam retulit Ulpian. in l. actionum

25. D. de obligation. & action. & alteram Justinian. in §. omnium. Institut. de action. paucis excutiamus, si prius notavero actiones personales digniores, sed reales firmiores aut pleniores censerentur, per tradita à Dd. in rubr. D. de rebus credit. si cert. pet. Benincas in præfat. in tit. Institut. de action. num. 162. Gomez. in dicto §. omnium, num. 15. Dec. in l. plus cautionis. D. de regul. jur. Dicuntur eadem actiones in personam, vel, ut nonnullis locis, in persona, ex eo, quòd etsi illæ occasione rei alicujus, præsertim si ex obligatione conventionis agatur, concedantur, tamen principaliter ipsam personam respiciant, atq; in illam dirigantur, ubi ubi & apud quemcunq; etiam res illa sit, & personæ istius obligationē, aut jus aliquod aliud ipsi cohærēs, l. l. §. si heres, D. ad senatusconsult. Trebellian. l. fin. §. fin. D. de contrah. emt. gl. in l. quis ergo, D. de pecul. Actiones autem personales ita definit, seu describit potius Ulpianus in dicta lege actionum, ut sint, quibus cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid, vel dandum, & semper adversus eundem locum habet. Quã descriptionem hucusq; animadvert-

adverti ab omnibus ita comprobatam esse, ut contradictorem non habuerit: & sane ut vera sit, tamen universum omnium actionum personalium ambitum mihi inveniendi angustior esse videtur, & imperfectior, quippe sub qua actiones personales omnes non contineantur. Quod ut intelligatur, sciendum est, jus personarum duobus quasi limitibus circumscriptum esse, Potestate videlicet & Obligatione. Neq; verò dubium est, quin actiones in personam, vi juris illius, quod in personis spectatur, dentur atq; competant. Potestatem autē unam esse de his, in quibus jus personarum spectatur, tam in confesso est, ut vel ad hanc solum Interpretes jus personarum adstrinxerint: sed malè, cum obligationes etiam personarum esse, nō rerum, vel sola actionum personaliū natura, ut jam integrum illum & amplissimum de Obligationibus tractatum prætereā, ipsos docere potuerit. Potestas itaq; & Obligatio duæ sunt actionū personalium causæ, idq; de obligatione concedunt omnes, & expressus est in d. l. actionum, & in dicto §. omnium ad eam rem textus. Cur idem de potestate affirmare

veriti fuerint, capite superiori dictum est, sed simul ibi demonstratum, argumenta, quibus inducti ita statuerunt, tanti momenti non esse, ut à principiis juris deflectere debuerint. Sanè si potestatis vim atq; naturam propius intueri volent, oppidò reperient, actiones personales multò magis ex potestate, quàm ex obligatione deducendas fuisse. Potestas enim à rebus omninò pura & immunis est, atque in doctrina de potestate inquiritur potius de qualitate personæ, puta de statu ejus, de conditione ejus & similibus, nihil omninò de rebus: at obligatio, ut maximè personas vinciat, atque ad eas p̄ncipaliter pertineat, ut plurimùm tamen rebus est immixta, quas cum personis ipsa quasi conjungat. Quare actiones personales, si causa sua definire volebat Ulpianus, definiendæ ipsi erant, non obligatione duntaxat sed potestate etiam, quod ipsum non ignorasse omninò existimo, verùm cū illa scriberet, fortassis non tam accuratè attendisse, eò quod actiones personales ex obligatione proficiscentes in judiciis magis frequentari animadverterat, quod in multis etiam aliis juris articulis factum esse, ut

ex his

ex his quæ frequentius fierent regulæ & definitiones constituerentur, exempla in mediū afferri possent ferè innumera. Eādē esse actionum personalium descriptionem à Justiniano allatā cum illa Ulpiniani vulgò opinantur. Et sanè si vulgatam Doctorum interpretationem quam Justiniano in d. §. omnium. adhibent, sequamur, ita omnino est, indeq; fiet, ut eodem etiam laboret, quo illa, vitio. At mihi ab illis hic alia est opinio. Actionum enim personalium descriptio Justinianea mihi multò plenior esse videtur Ulpianea, ita ut non ad actiones tantum eas, quæ ex obligatione sunt, restringenda, sed ad eas etiam, quæ occasione potestatis competunt, accommodanda esse videatur. Inquam opinionem induxit me primùm ratio tradendi jura, quam in Institutionibus absq; omni dubio Justinianus accuratiorem secutus est, quàm in ceteris juris libris. Jurisconsulti enim, ex quorum commentariis, & Imperatores, ex quorum constitutionibus hoc jus nostrum mādato Justiniani descriptum est, quid mirum si in definiendis rebus accurationem majorem non adhibuerūt, atq; fortasse rebus fo-

renſibus nimis occupati ne adhibere quid-
 dem potuerunt, quod in iſſis quidem tole-
 randum fortaffe ſit, in ſcholasticis nō æquē.
 Nam & aliās traditum eſt, definitiones in
 jure periculoſas eſſe, parumq; abeſſe, quin
 ſubverti poſſint, l. omnis definitio, 202. D.
 de verbor. ſignificat. Ita igitur ſentio, Juſti-
 nianum definiſſe actiones personales om-
 nes: idem ſentiunt & alii, probo & hoc, quod
 actiones, quæ ex obligatione oriuntur, om-
 nes personales eſſe affirmant: ſi ſolas illas,
 nego. Nam non ex obligatione tantum, ſed
 ex poteſtate etiam deducendæ fuerant. V-
 trumq; hunc fontem monſtravit hic Juſti-
 nianus: & obligationem quidem verbis di-
 ſertis, cum ait, *aut cum eo, qui ei obligatus eſt*:
 poteſtatem verò verbis, ut loquuntur, im-
 plicitis, cum ait, *& aliis quibusdam modis*. In
 priori, inquam, convenit mihi cum inter-
 pretibus omnibus, in poſteriori, ne cum
 uno quidē. Verba enim illa, *& aliis quibus-
 dam modis*, longè aliter, quàm huc uſq; fa-
 ctum ſit, exponenda eſſe arbitror. Sanè Be-
 nincaſio ibid. n. 348. videntur obſcura eſſe,
 & profectò ita eſt, ut cum per ſe obſcura ſint,
 tum verò multò obſcuriora facta ſint per
 inter-

interpretes. Accursius more solito expositiones plures affert, in effectu tamen eam probare videtur, ut modos illos alios interpretemur Contractus quasi & delicta quasi, ut sensus sit, actiones personales dari non ex contractibus duntaxat & maleficiis veris, sed etiam quasi, quod verum quidem est, sed interpretatio, licet eam amplectantur communiter omnes, ut testatur Gomez. hinc n. 26. & Nicas. n. 7. vera non est, eamque Eguinarius Baro hic refellit rectè ex sufficenti partium enumeratione. Verùm alii nihilo feliciter hunc locum exponunt. Hottoman. hinc nu. 33. verbis illis significari putat eas formulas actionum personalium, quibus non dare aut facere, sed tradere aut reddere, aut restituere aliquid intendimus, ut in actione Depositi, Commodati, Pignoratitia & ejusmodi aliis. Cujac. in utrisque notis suis ad hunc locum & in l. 9. verb. cum autem, D. quod met. caus. quem hinc sequitur Wesembec. verba ista referri mavult ad actiones in rem scriptas, quibus non intendimus, adversarium dare aut facere oportere, siquidem illæ non in personam, sed in rem generaliter concipiuntur, cujusmodi

est actio ad exhibendum, actio quod metus causa, interdicta. Corasius ibid. n. 9. & hanc & superiorem interpretationem conjungit. Verùm interdicta, ut ab his incipiam, ad actiones reales potius, quàm personales referenda sunt, ut demonstrabitur à me alibi: actiones ceteræ, ut maximè in rem sint conceptæ, principaliter tamen personam respiciunt, & sub generali vocabulo *faciendi* continentur. Quid enim aliud est exhibere, quàm facere? quid aliud restituere? quid aliud tradere? quid aliud reddere? Alios igitur quàm hos modos superesse necesse est. Qui verò illi? Zasius hîc n. 8. eumq; secutus Mynsinger. n. 5. intelligendos esse putant omnes eos, qui non competunt vel ad dandum, vel ad faciendum, & prout controversiæ varios habēt status, ita varios esse causarum figuras per l. 1. D. de obligation. & action. Quod quidem ita in genere verum est, sed in specie non satis rectè explicant. Exempla enim, quæ afferunt, nihilominus, atq; illa quæ suprâ sunt allata, sub faciundo, cui opponitur non facere, comprehenduntur, ut ne sic quidem Commentatorum fatigationes sint sedatæ, quod putavit Mynsingerus.

Sin

Sin autem dicamus, verbis istis intelligi actiones alio jure, quàm obligationis competentes, jure nimirum potestatis, omnis quidem meo judicio controversia sublata est. Hoc ut ita existimem verum esse, movet me primùm, quòd aliàs imperfectior erit hæc actionum descriptio, quæ interpretatione illa cõstituetur perfecta: deinde, quòd Justinianus non ait *aut aliis*, sed copulativè & *aliis*, quasi dicat, agere aliquem actione personali cum eo, qui obligatus est, & non cum eo tantùm, qui obligatus est, sed & aliis quibusdam modis, id est, formulis aliis, à formula illa, *si patet adversarium dare facere oportere*, diversis, & aliis nimirum illis, per quas quærat, an aliquis liber, an libertus sit, vel de partu agnoscendo, ut eas expressit ipse Justinianus in §. præjudiciales. Institut. de action. Alia nanq; formula est sive modus alius actionis personalis ex obligatione, quem in d. §. omnium, refert, alius actionis personalis ex potestate, quem in d. §. præjudiciales, notat Justinianus, quo tamen non minus atq; illo agatur in personam, vel de jure quod in persona sit. Atq; inde est, quod Justinianus in §. appellamus, Institut. de

G action.

action. actiones personales non omnes in genere dicit appellari Cōditiones, sed eas, quæ ita appellantur, restringit ad has, quibus dare facere oportere intenditur: qua sanè restrictione opus non fuisset, nisi idem etiam ipse Justinianus sensisset, esse præter illas actiones quasdam personales, in quibus formula ista nō usurparetur, quemadmodum in actionibus realibus, quæ una voce Vindicationes dicuntur, ejusmodi nullam restrictionē factam esse videmus. Quare ita de actione personali constituamus, quòd sit actio, quæ personæ cohæret, eam quæ ubi ubi est consecratur. Ut autem actio illa personæ cohæreat, necesse est, ejus esse causam aliquam. Ea causa est in personis ipsis, seu in ipsarum jure. Prout enim aliud & aliud personarum jus est, ita & actio personalis, licet in genere una sit, in specie tamen alia atque alia erit. Jus autem personarum, ut dixi, in potestate est, & obligatione. Hinc si cui actionem personalem causis suis describere libeat, suprâ dictæ definitioni addat hæc verba, *quæ persona vi potestatis aut obligationis cohæret.*

Inqui-

Inquiritur de duobus difficilibus locis, qui
occurrunt in §. æquè si agat quis, Institut. de
actionibus. CAP. V.

Sunt in eodem titulo Institut. de actioni-
bus, duo loci perquam difficiles in §. æ-
què si agat quis, de quorum intellectu vero
hic aliquantò accuratius inquirere placuit.
Prior est in verbis istis, *veluti, si quis agat, jus
sibi esse aliùs ad eas suas tollendi*: posterior in il-
lis, *Quod genus actionis in controversiis rerum
corporalium, & quæ ibi sequuntur usq; ad fi-
nem paragraphi illius. Quod ad priorem at-
tinet, Interpretes vulgò existimant ex verbis
istis nodum oriri inexplicabilè. Cum enim
naturalis libertatis jure liceat unicuiq; ædi-
ficare, tollereq; etiam in infinitum, l. cujus
24. D. de servitut. urban. præd. l. aliùs, C. de
servitut. & aqua, Justinianus & ociosè & ri-
diculè actionem in rem prodere videtur de
servitute quæ tamen non sit. Et magis auget
difficultatè, quòd paulò post ait, actionem,
qua intendo tibi jus non esse aliùs tollen-
di, esse negativam, cum tamen certum sit,
qui hoc modo agit, vindicare sibi servitu-
tem aliùs non tollèdi prædio suo debitam,
quæ natura est actionis Confessoria. Ac-
cursus, cum hoc animadverteret, scripsit*

G 2 actio-

actionem, qua quis intendit sibi jus esse al-
 tiùs tollendi, esse Negatoriam, & rursus a-
 ctionem, qua quis intendit adversario suo
 non esse jus altiùs tollendi, esse Confesso-
 riam, ideoq; hanc alieno loco positam esse
 inter exempla actionis negatoriae, & illam
 alieno loco inter exempla actionis confes-
 soriae: & jus altiùs tollendi interpretatur
 Accursius in eo casu, si eras in quasi posses-
 sione servitutis domus meae, ne mihi lice-
 ret altiùs tollere, ut si velim aedificare, aga m
 actione negatoria, per l. si fortè 6. §. 1. D. si
 servit. vindic. Etsi enim verba affirmativa
 sint, actionem tamen vi ipsa intentari ne-
 gativè, eò quòd domum meam tuæ domui
 servitatem debere nego, & per consequens
 jure naturali licere mihi altiùs tollere, asse-
 ro. Verùm hanc Accursii interpretationem
 pleriq; rejecerunt omnes, secuti sententiam
 Joan. Fabri. Hic enim cùm videret liberta-
 tem aedificandi altiùs non esse perpetuam,
 sed illam in civitatibus benè constitutis nō-
 nunquam statuto inhiberi, puta, ne aedes ul-
 tra viginti ulnas invito & contradicente vi-
 cino tollantur, existimavit, hoc casu rectè
 agi posse Confessoria altiùs tollendi, si fortè
 vici-

Vicinus ædificare permiserit, eamq; interpretationem confirmavit tribus juris textibus l. qui luminibus, II. D. de servitut. urb. præd. l. I. C. de servitut. & aq. & l. I. C. de ædific. privat. quam diligenter exposuit & secutus est post alios Eguinar. Baro in §. prædiorum, Institut. de servitut. & Donellus post hæc scripta à me visus in d. §. æquè, n. 12. vers. Quando igitur hæc accidunt, & ab Jasonis impugnatione defendit Zasius in intellectu. suis singular. & Ludov. Gomez. in d. §. æquè. At restringendo hanc rem ad jus municipale, præter Jasonem, rectè animadvertit Coras in l. I. D. de servitut. & lib. 3. Miscellan. cap. 24. violari & miserè constringi legumlatorum verba, quos de statutis locorum particularibus cogitasse verosimile nõ est, cum primis in hoc juris compendio quo generalia magis traduntur, componendo, eamq; Fabri sententiam d. §. æquè nequaquã convenire pluribus confirmavit Bern. Walther. lib. I. Miscellan. cap. 4. Jason omnem difficultatem sublatam arbitratur, si, quod in textu dicitur, *ades suas*, interpretemur, *ades vicini*, quod ipsum etiam Gomezio displicet, & verum non esse probatur

textu d. §. prædiorum, & l. hæc autem jura,
 6. D. de servitut. urban. prædior. Gomezius
 nihilo felicius hanc rem expedivit. Quod
 enim assumit, in jure non esse infrequens,
 ut exempla alieno loco ponantur, quod in
 d. §. æquè factum sit à Justiniano, hoc illud
 ipsum est, de quo quaritur, an Justinianus
 illud hoc loco fecerit necne, & verò ipsum
 nō fecisse verosimilius est, præsertim quòd
 expresse subjungat, actionem altiùs non
 tollendi negativam esse. Waltherus d. cap.
 4. statuit Justinianum non hoc agere, ut a-
 ctiones confessorias à negatoriis distinguat,
 sed ipsum sine ullo discrimine confessoria
 negatoriaq; actionis primùm affirmativa,
 deinde negativa utriusq; actionis exempla
 recensere, aliudq; esse dicere actionem ne-
 gativam, aliud negatoriam, ac si actio al-
 tiùs non tollendi negativa quidem sit, sed
 nō negatoria. Sed hoc affirmare ut novum,
 ita fallium est. Præterquam enim quòd a-
 ctionem negatoriam à negativa distingue-
 re commentitium est, juris etiam textui in
 l. utifruis. D. si usufr. petet. in quo negativa
 actio absq; omni controversia nulla est alia,
 quàm negatoria, adversatur, neq; erat ut
 Walthe-

Waltherus ad illud suum vel præceptoris sui commentum comprobandum afferret **I. 2. D. si servit. vindic.** quoniam actio quidem illa quæ ibi confessoria opponitur, negatoria dicitur, sed quin eadē negativa dici possit, ibidem non negatur: & nimium assumit sibi **Walther.** quòd *proprie* actionem illam negatoriam dici scribit, cùm vox illa in textu non reperiatur, nec ullus alius juris locus sit, ex quo illam negatoriam *proprie*, negativam *improprie* dici probari possit, ut præteream **Gomezium** eo ipso à **Walthero** refutatum esse, quòd **Justinianus** expressè subjungat, actionem altiùs non tollendi negativam esse, quam nisi de negatoria accipiat, refutatio ista sibi ipsi non constabit. **Franc. Balduinus** casum in **d. §. æquè**, ita poni mavult, ut si antea servitutem ædes altiùs non tollendi tibi constituissem, eamq; servitutem mihi remisisses, ea remissione novum jus mihi quæsitum esse intelligatur, ut nimirum vi ac potestate illius, si velim, altiùs mihi tollere liceat, de quo jure, utpote remissione illa nova mihi servitute constituta confessoria detur, si quis altiùs tollentem me prohibeat. A qua sententia non vi-

G 4 detur

detur alienus esse Fr. Hotoman. qui eandem confirmat textul. si domus, 21. D. de servitut. urban. præd. & l. si mihi 20. D. de servitut. rust. præd. Sed ne hoc quidem modo difficultas illa mihi sublata videtur, quoniam remissa servitute alius non tollendi, non constituitur protinus nova servitus alius tollendi, sed naturalis illa alius tollendi libertas, quæ prius fuit, redit. Servitute enim remissa libertas pristina alius tollendi impedimento sublato quasi reviviscit, quæ erat quasi defuncta, propter servitutem alius ædes non tollendi prius constitutam, sicut de seruo manumisso ait Accurs. in l. manumissiones D. de justit. & jure, quod manumissione nova libertas ipsi non obueniat, sed vetus, qua illi jure naturali frui licebat, detegatur. Neq; verò lex ulla est, in qua dicatur, eo casu jus alius tollendi, ut servitute de novo constitutam esse, quin potius servitute sublata libertatem præstari disertè docet Paulus J.C. in l. 4. in fine, D. de Usucapion. Loquitur enim eo loco Paulus de eo, qui, cum servitute deberet alius non tollendi, tamen per legitimum usucapiendi tempus alius ædificatum habuerat, eoq; casu

casu cum libertas vetus redeat, quid impedit, quò minus pacto vel stipulatione aut ejusmodi aliquo actu servitute priori sublata, restituatur libertas pristina? præsertim cum ipsi etiam Jurisconsulti ita senserint, atq; in his Ulpianus in l. 4. §. competit, D. si servit. vindic. & African. in l. si priusquam 15. D. de oper. novi nunciat. Et verò fatentur Interpretes, si hoc casu agatur, libertatem vindicari, non servitutum, quod tamen secus fieret, si remissa servitute altiùs nõ tollendi, constituta esset servitus nova altiùs tollendi. Atque hæc etiam ratio Corasium impulit, ut ab illa sententia, quam se etiam aliquando secutum esse fatetur ad d. l. i. num. 14. recesserit, atque qui hanc amplecterentur non minus, atque priores illos in eodem luto hæere dixerit in dicto capite 24. Ex quo ipse aliter distinguendum putavit. Scribit enim regulariter cuique liberum esse ædes suas altiùs tollere, idque cum naturale sit, leges etiam permisisse cuique, dicta lege cujus, & dicta lege altiùs: at easdem leges casus quosdam expressisse, quibus id non liceat invito adversario, liceat si facultatem illam à vicino suo quæsiverit,

quo modo non jure suo seu libertatis, sed jure servitutis altiùs tollere possit: atq; ita altiùs quem tollere posse vel jure suo seu jure libertatis, vel jure servitutis; eoq; casu, quo jure servitutis altiùs tollit, confessoria rectè agi, de quo intelligendus sit Justinianus. Casus autem, quibus jure servitutis quis altiùs tollat, quatuor recenset Corasius. Primus est, si quis velit ædificare juxta aream vicini, in qua frumenta conteruntur, & quidem ab ea parte, ex qua tantummodo area ventum habere potest, l. fin. §. fin. C. de servitut. & aqua. Alter est, si quis tollat altiùs obscurando lumina vicini, nec tamen ullam inde sentiat commodum, l. i. §. deniq; D. de aqu. & aqu. plu. arcend. Tertius est, in herede, qui omninò vult obscurare ædes legatas lumen penitus recludendo, l. Gaurus, 10. D. de servitut. urban. præd. Quartus & quidem potissimus est, si a edificans excedat formam atq; statum antiquorum ædificiorum, id est, modum usitatæ altitudinis, l. qui luminibus, 11. D. de servitut. urbã. præd. l. i. C. de ædific. privat. Hos quatuor esse casus dicit Corasius, quibus altiùs tollere liceat, non jure libertatis, sed jure servitutis, si vi-

ſi vicinus eam nobis conſtituerit. Quæ Co-
raſii interpretatio ipſius nomine diſſimula-
to, non diſplicet hîc Cujacio in utriſq; no-
tis ſuis, in caſu ſecundo & quarto; primum
autem & tertium præterit, ſed conjungit il-
li interpretationem Balduini & Hotoman-
ni ſupradictam, atq; ita utranq; iſtam, ſed
eo, quo dixi, modo amplectitur. Sic enim in
notis prioribus ait Cujacius: *Aut jure meo,*
***aut jure ſervitutis alius tollo: jure meo* (id eſt,**
naturaliter) *ſi non vicino ceſſero jus mihi non*
***eſſe alius tollendi: jure ſervitutis* (id eſt, jure**
impoſitio, non naturali) *ſi vicino jam ante*
ceſſero, jus mihi non eſſe alius ades tollendi, ut
in l.egi tecum, D. de except. rei judic. l. ſi domus,
D. de ſervitut. urban. præd. l. ſi mihi, D. de ſervi-
***tut. ruſtic. præd.* Et in hoc quidem Cujacio**
convenit cum Balduino & Hotomano. Ve-
rùm, quod in unam partem peccavit Co-
raſius in totum ab hæc ſententia recedens, id
mihi Balduinus & ceteri peccaſſe videntur
in partem alteram, id in totum ſequentes.
Habet enim utraque ſententia aliquid veri,
ſi inter ſervitutem duntaxat remiſſam, &
inter ſervitutē ceſſam diſtinguamus, quod
ita oſtendo. Certum eſt aliud eſſe remiſſio-

nem, aliud cessionem contrariæ servitutis; verbi causa si debeas mihi servitutem altiùs non tollendi, multū interest, illam servitutē tibi remittā, aut cedam tibi servitutē altiùs tollendi. Nam si remittā tantūm servitutē, fundo tuo libertas vetus quæritur, atq;, ut ita dicam, postliminio quasi recuperatur, & hujus servitutis remissæ intuitu Corasius ab illorū sententia, mea quidem opinione, recessit rectè. At si cessero tibi contrariā servitutē altiùs tollendi, non tantūm remissa intelligitur Servitus altiùs nō tollēdi: sed præterea etiā acquisita nova servitus altiùs tollendi; atq; in hoc casu vera est Balduini ceterorumq; opinio, ut actio detur cōfessoria. In remissione igitur tantūm cōtinetur libertas à servitute; at in cessione, præter libertatē alia etiā & nova cōstituitur servitus; atq; hoc idē hīc annotavit eximius ille Wesembecius, Jurisconsultorū Germaniæ verum decus, & re æ, multoq; explicatius, quā alibi, tradidit Cuj. tract. 9. ad Afr. in d. l. si priusquā in fine; quam distinctionem cū Interpretes non animadverterent, factum est, ut ex hoc loco commodè sese extricare non potuerint. Pergit Cujac. in notis suis prioribus:

Jure

Jure meo, inquiring, ades alius in immensum tollere possum: jure servitutis, vel usque ad certam altitudinem, vel in infinitum, dum tamen inferior vicinus ne gravetur, l. cujus D. de servitut. urban. prad. Aedificare igitur in genere & regulariter libertatis est naturalis: at ædificandi modus rectissimè servitute constringitur vel ampliatur. Subjicit Cujacius: Jure meo si ades sublatas habeo, in earum refectioe, antiquam formam servare non cogor: quòd si jure servitutis, servare debeo formam antiquarum adium, quas ipse cum depressas haberem, vicino concessa servitute, is mihi porro concessit, ut alius tollerem: ergo, eisdè fundamentis & eadem servata crassitudine muri, eas reficere debeo, l. qui luminibus, l. servitutes, §. si sublatum, D. de servitut. urban. prad. Quare si Cujacii & Corasii sententias conjungamus, dicta distinctione adhibita, nihil equidem puto dici posse, quod ad hanc rem attinet, verius: verùm haud scio, an ut verè, ita etiam satis accommodatè. Vix enim est, ut Justinianus in Institutionibus illis suis, actionè sibi jus esse altiùs tollèdi, ad illos duntaxat casus restringere voluerit, idque eò minus, quòd ex inde difficilis admodùm esset futura

interpretatio actionis illius, qua quis intendit, adversario jus non esse altiùs tollendi. Itaq; hanc rem accuratius mihi perpēdenti immeritò interpretatio Accursiana explorata esse videtur, qua affirmatur, actionem, qua quis dicit, jus sibi esse altiùs tollendi, exemplum esse actionis negatoriae, & vicissim actionem, qua quis intendit, adversario jus non esse altiùs tollendi, exemplum esse confessoriae; ac proinde temerè in controversiam vocatum, quomodo Confessoria detur ob servitutem altiùs tollendi. Neq; enim verum est, quod vulgus Interpretum ut verum assumit, Confessoriam affirmativis, & Negatoriam negativis verbis proponi. Quandoq; enim fit contrarium. Unde Interpretes meliores distinguunt, ut Confessoriae & Negatoriae quaedam propriè tales sint, quaedam impropriè: propriè, quæ & verborum figura, & vi ipsa sint ejusmodi: impropriè, quæ aliud verbis, aliud re ipsa demonstrent: quod omne hisce exemplis eleganter declarat Cujacius in paratit. D. si servitut. vindic. *Alia*, inquit, *sunt figura verborum confessoria, veluti jus esse ad eas altiùs tollere jure naturali, vi ipsa negatoriae; alia vi & verbis*

verbis confessoria, veluti, jus esse ædes altius tollere jure imposititio. Rursus alia negatoria sunt figura verborum, vi ipsa confessoria, veluti non esse jus altius tollere: alia negatoria tam verbis, quam potestate, veluti jus non esse ire agere. Hæc Cujacius, ex quibus colligo, actionem confessoriam & negatoriam, quod ad altius vel non altius tollendum attinet, improprie esse accipiendam; ita, ut quæ actio jus sibi esse altius tollendi hæc ponitur inter confessorias, ea talis sit verbis, at vi ipsa negatoria. Cùm enim dico, jus mihi esse altius tollere, non servitutem sed libertatem vindico; ac proinde nego ædes meas tuis servitutem, quò minus eas tollam altius, debere. Et vicissim, ut quæ actio jus tibi non esse altius tollendi ponitur inter negatorias, ea talis quidem sit; quo ad verba, at vi ipsa confessoria, seu, ut Wesembecii verbis utar, implicatam habens confessoriam. Cùm enim ago, tibi non licere ædes tuas altius tollere, eo ipso assero, ædes tuas meis eam servitutem debere, quo minus eas me invito altius tollas. Atq; ita etiam sentire Cujacium apparet ex d. tract. 9. ad African. ubi idem confirmat autoritate

Theophili. Ceterum quod de servitute al-
 tius non tollendi haecenus dictum est, id
 non est ipsi proprium, sed commune aliis
 servitutibus omnibus, quæ in non facien-
 do consistunt, ut in servitute tigni non im-
 mittendi, atq; in eiusmodi aliis. Et si verò ex
 his videri possit Tribonianum parum con-
 sideratè actionem de alius tollendo vel nō
 tollendo in hoc paragrapho admiscuisse,
 quo nomine etiam ab Accursio taxari vi-
 detur, putarim tamen Tribonianum de-
 fendi posse, ex eo, quod negari non potest,
 illam confessoriam, hanc negatoriam esse,
 quamvis utraq; minus propriè. Satis enim
 nobis ad hoc fuerit in genere ita dici posse,
 propriè an impropriè nihil interest, quæ
 quæstio speciei magis est, maximè cum Tri-
 bonianus videatur respexisse ad actionem,
 id est, ad formulam & conceptionem ver-
 borum, non ad vim ejus & potestatem: for-
 mula autem cum in illa affirmatiuis, in hac
 negatiuis verbis concepta sit, illa confesso-
 ria, hæc negatoria videbatur, ad quod facit
 d. l. si priusquam, & ibi Nicol. Cisnerus fol.
 (mihi) 60. l. 2. D. de oper. noui nūciat. l. loci
 4. §. fin. D. de servit. vindic. Atq; de contro-
 versia

Versia illius paragraphi priori haec tenus: sequitur posterior, non minus, imò plus etiam & quod ad verba & quod ad eorum sensum divexata; de qua antequam dicam notandum esse putavi, in d. vers. *quod genus actionis* duas notabiles poni differentias inter vindicationem rei corporalis & rei incorporalis. Una est, quòd rei incorporalis vindicatio duplex est, Confessoria & Negatoria; rei autem corporalis vindicatio est unica. Negatoriae enim actionis in controversiis rerum corporaliùm genus proditum nõ est, ejusq; ratio manifesta est. Nam in rei corporalis vindicatione quæritur de rei dominio, de quo actio negatoria inutiliter daretur, si intentans illam rem possideret, si non possideret. Possidens enim, si agat hoc modo: Ajo hanc rem non esse tuam, formula illa nihil agenti proderit, sed eo ipso quod possidet, adversario suo est superior, agens verò repellitur exceptione, *Tu quod petis in eis habes* l. i. C. de re judic. l. i. §. penult. D. uti possidetis. Quòd pertinet quod dicit Ulpian. in l. utifruj, D. si ususfr. petet. de suo, non de alieno jure, quem agere oportere, hoc est: ut rem, quã petit, suam esse dicat, causamq;

H judi-

judicio probet, non ut eam adversarii esse neget. Sanè si possidenti molestia in re fiat, complura sunt ipsi de jure prodita remedia, quibus adversarius molestiam faciens, repelli queat. Sed nec magis prodesset non possidenti. Si enim tu possideas, ego verò ita adversus te agam, *rem tuam esse nego*, malè acturus sim. Neq; enim, si res tua non sit, ex eo consequens sit, meam esse. Quod meum est, tuum non est: at non si quid tuum non est, id meum est, cum possit esse alicujus tertii, l. si inter 15. D. de except. rei judic. Ut igitur maximè probavero rem tuam non esse, possessione tamè mihi propterea cedere non cogeris, nisi simul illam meam esse probavero, l. fin. C. de rei vindicat. In pari enim causa ait regula juris, possessoris causa potior est. At in controversiis servitutum, in quibus illa locum non habent, non est inutilis. Cum enim ago negatoria, tibi jus non esse, sufficit si de jure tuo probem, & satis est de jure tuo causam decidi, ut ea decisione rei meæ libertas respectu tui asserta sit. Verùm in hoc nulla est difficultas. In altera autem differèntia maximam difficultatem peperit unus ille casus, cujus Justinianus paulò post

post mentionem injicit. Differentia verò illa hæc est, quòd actiones de servitutibus nò tantùm non possidenti, sed possidēti etiam dantur: rei autem corporalis nomine nulla est actio in rem possessori, sed rātùm in possessorem; non quidem quòd confessoria non possidenti, & negatoria possidenti datur, ut nonnulli sensisse videntur, sed quòd utraq; tam possidenti, quàm non possidenti competere possit. Expedi enim sæpè possidenti, ut agat: in confessoria quidem, cum usus possidentis à vicino interpellatur ad retinendam possessionem: tametsi aliquando satius sit, ut, qui possidet, non experiatur ultrò, sed actionem ab adversario potius excipiat propter onus probandi. Et si enim cōfessoria agens servitutem quasi possideat, probare tamen debet, sibi jus esse servitute uti, & possidere. Neq; enim si possideo, jure protinus possideo. Quare videat is, qui in possessione servitutis est, ut ipsius adversarius, qui non est in quasi possessione libertatis, agat negatoria, qui probet possessionem servitutis injustam esse, id est, violentam, clanculariam, vel precariam vel remissam. Alioqui confessoria agens sive possideat, si,

H 2 venon

ve non possideat, semper servitutem seu jus, quod se habere prætendit, ab adversa autem parte negatur, probare debet, non is qui agit negatoria, nisi eo casu, quem modò dixi, atq; item illo, si figura tantùm verborum sit negatoria, non etiam vi ipsa, quoniam confessoriam hæc sibi habet implicatã, atq; ita servitutis assertionem. In negatoria autem, etiã ei qui in possessione est libertatis, duplici ex causa expedit, ut agat, una, quòd cùm possessor sit, libertatē probare necesse nō habeat, quoniã omnis res libera esse præsumitur, quoad doceatur contrariū; altera, quoniam is, qui se jus aliquod in re habere prætendit, jus illud probare cogitur. Atq; ita fit, ut idem sit petitor, idemq; possessor tam in confessoria, quàm in negatoria, l. etsi fortè 6. §. sciendum. D. si serv. vind. non tamen in omni, sed in ea tantùm, quæ in non faciendo consistit. Nam in ea, quæ in patiēdo est, id locū non habere d. §. sciendum evincit, qui non simpliciter in servitutibus eundem & possessorem & petitorum esse juris affirmat, sed *in his*, nempe de quibus agit. Agit autem de his, quæ in non faciendo consistunt, cujusmodi est servitus ne altiùs tolla-

tollatur, ne luminibus officiatur. Distinguenda ergò sunt servitutes urbanæ à rusticis, & urbanarum facienda est ea distinctio, ut aliæ consistant in non faciendo, ut ne altius tollatur, ne luminibus officiatur, aliæ in patiendo, ut tigni immittendi, oneris ferendi, stillicidii, avertendi. In servitutibus rusticis non tam possessionis habetur ratio, quia in illis possessio minùs apparet, & hæ servitutes non solùm possessione non retinentur, sed propriè loquendo ne possidentur quidem, cùm sint incorporales, quam ob causam etiam eas non usucapi Juriscons. ait in lege 14. D. de servit. At in servitutibus urbanis secus est, quoniam eæ per superficiem possessione retinentur, ut puta servitus stillicidii per stillicidium aversum in arcam tuam, tigni immittendi, per tignum immissum, luminum, per apertas fenestras &c. Ideoq; aptius in iis quæritur, utrum possessori dentur an non possessori earum nomine actiones: atq; tum adhibenda est distinctio illa servitutum, ut si in patiendo consistant, separata sint jura possessoris à jure petitoris, aliusq; possessor sit, alius petitor. Verbi gratia, si tignum habeas immissum, possessor

sum seruitutis, & possessione ista tigni immis-
 missi cum vincam, confessoria in vicinum
 non ago, sed vicino Negatoria necessaria
 est, quia libertatem, eo ipso quod tignum
 immissum est, non possidet: Si verò tignum
 immissum non sit, vicinus meus possessor
 libertatis, nec indiget Negatoria, sed ut mi-
 hi tignum immittere liceat, id Confessoria
 consequar, l. s. §. sed si quæritur, D. si seruit.
 vindic. Sin autem servitutes in non facien-
 do consistant, is qui possessor est servitutis,
 nihilominus ejus potest esse petitor, puta,
 Debes mihi servitutem altiùs non tollendi:
 si nondum altiùs sustuleris, sum possessor
 servitutis, quam retineo per superficiem: sin
 autem altiùs tollere velis, & contra servitu-
 tem facere, necessaria mihi fuerit Confesso-
 ria, ut te ædificare impediam, etiam si pos-
 sessor sim servitutis. Nisi enim confessoria
 agam, teq; præveniam, possessionem servi-
 tutis amitto, quoniam in alieno nihil ha-
 beo, quo possessionem retineam. Et ut sum-
 matim dicam: Si sit servitus, quæ in non fa-
 ciendo consistit, tunc sive contra servitu-
 tem quippiam innovatum sit, siue non, i-
 dem petitor est & possessor: quòd si servitus
 sit in

fit in patiēdo, jura petitoris & possessoris separata sunt. Atq; hunc unum illum casum esse, quem in latioribus Digestorum libris apparere Tribonianus affirmat, facile crediderim, si casus ille accipiendus esset in vindicatione rerum incorporalium, & nisi idē etiam esset in confessoria & negatoria, quæ de Usufructu datur, ut textus est in l. penult. §. fin. D. si usufruct. petet. Ceterum ex hac inter vindicationem rerum corporalium & incorporalium differentia duplex in textu Justinianeo difficultas oboritur. Cū enim dixisset Justinianus, in controuersis rerum corporalium non esse proditum genus actionis negatoriae, per quam quis neget rem esse actoris, quoniam in his agat qui non possidet; subiicit, *Sanè uno casu qui possidet nihilominus is actoris partes obtinet.* Ubi primūm quæritur, quid sit illud, quod innuit, esse genus quoddam actionis, per quod quis neget rem esse actoris. Si enim rem actoris esse nego, præsupponitur, ut sit aliquis, qui ea de re aduersus me agat, aduersus quem vicissim mihi actio detur, qua rem petitam ipsius esse negem. Hoc cū absurdum esse videretur, quidam hoc intelligendum esse

H 4 puta-

putarunt de actore, cui facultas quidem agendi est, neq; tamen agit: quod valde est infirmum. Opponit enim Justinianus inter se possidentem, & non possidentem. Non possidenti actionem dari affirmat adversus possidentem: possidenti autem, aduersus quem non possidens agit, non dari vicissim actionem, qua neget rem agentis esse. Eadem infirmitate laborat, quod aliquando credidit Franc. Hotomanus, pro *actoris* legendum esse *auctoris*, cum lectio hæc diuinatoria sit, nec ullo vel manuscripto vel edito exemplari confirmetur. Altera ipsius conjectura mihi multò est verosimilior, ut nimirum hic locus accipiatur de formulis vindicationum, quæ non possidenti sint proditæ, nullæ possidenti eo modo, ut dicat, At ego rem tuam esse nego, quæ Cujacio etiam hic probari videtur. Hoc demonstrat oppositio vindicationis rerum corporalium & rerum incorporalium. Rerum incorporalium vindicatio duplex est, qua seruitutes nobis vindicamus, aut adversario deberi negamus. Cum enim in his non de rebus ipsis, sed de rerum iuribus agatur, rectè negare possum tibi jus aliquod in re, quæ mea est, competere, idq;

re, idq; ad eum effectum, ut res mea libera esse censeatur. At rerum corporalium vindicatio simplex est, nec ullus ejus foret effectus, etiam si rem tuam non esse probauero, ut supra ostensum est. In hac igitur non aliter obtineo, quàm si rem meam esse proba- vero: in illa obtineo, si aduersus eum, qui jus aliquod in re mea sibi deberi asserit, proba- vero id jus ei non deberi, aut certè si ipse as- serens jus suum præsumptum non probaue- rit. Itaq; si agam negatoria, semper præsup- pono actorem, hoc est, asserentem sibi jus seruitutis, etiam si reuera non agat, contra quem rei meæ libertatem vindicem, etiam- si eam possideam, ut ne possessione exci- dam: at si rem corporalem possideo, ineptè egero, si dixerò rem non esse actoris, id est, ejus qui dicit se rei dominum esse, quando- quidem possessio mihi pro dominio sit, & actore non probante sim absolendus. Dein- de hîc à commentatoribus omnibus solici- tè inquiritur, quis sit unus ille casus, quo qui possidet, nihilominus actoris partes obti- neat, & cùm Justinianus ad latiores Dige- storum libros nos remittat, in quo vel libro, vel titulo vel lege, casus ille quærendus &

inveniendus sit. Hic verò tot ferè sunt sententiarum quot sunt capita, nec sufficit varietatem esse in sensu, sed præter illam etiam est in lectione. Vulgarem esse hanc lectionem, *sanè uno casu qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet*, cõcedunt omnes, strenuè certè propugnant Anton. Cont. lib. 1. lection. cap. 1. Joan. Robert. lib. 1. recept. lection. cap. 18. Ludov. Charond. lib. 3. verosimil. cap. 2. & 3. & in notis suis ad hunc locum in Institut. quam notam Pacius in suam etiam editionem retulit; verane sit, multi magni nominis Jurisconsulti dubitant; quidam omninò negant; & hi textum emendandum censuerunt, neq; tamen illi eodem modo, sed ex illis alii negationem addiderunt, alii affirmativam quidem retinuerunt, sed ut ad sensum suum detorqueret illum, alia verba supposuerunt. Aemilius Ferretus primus, quod sciam, autoritate libri cujusdam manuscripti negationem addidit, ut legeretur, *sanè non uno casu*, quem insectatur Contius d. cap. 1. defendit autem & sequitur Hugo Donellus in commentario suo ad hunc locum, posteaquam hæc scripsissem à me viso n. 35. asseverans aliter legi nec posse nec debere,

bere, quàm *sanè non uno casu*, aut, *sed nec uno casu*, ex quibus tamen illud optimum sit, *sanè non uno casu*, eandemq; negationem etiam idem Donellus intulit Theophilo, apud quem cùm hæctenus lectum sit ἐν ἑνὶ δὲ μὲν φέρει, ipse pro ἐν reposuit οὐκ. Eandem negativam placuisse Ant. Goveano lib. 1. lect. cap. 41. dicit hoc loco Wesembec. sed Goveanum lectionem non hanc negativam sed vulgarem, secutum esse, ille ipse locus d. cap. 41. ostendit, in quo diversarum lectionum, nedum negativæ ne mentionem quidem facit. Affirmativam retinet Eguin. Baro, sed pro *sanè uno casu*, legit *sanè in hoc casu*, quam lectionem sibi placere dicit Cujacius hoc loco in notis prioribus, atq; melius ita legi notavit hoc loco Crispinus, & post eum Jul. Pacius. Hotomano probabilior videtur hæc lectio, *sanè illo casu*, quam sequitur Wesembecius Gothifredus, & nuper in notis suis posterioribus Cujacius. Idem Cujacius in notis suis prioribus nō abhorruit ab hac lectione, *sanè hoc uno casu*, (quam etiam probavit Ludov. Vitalis lib. 2. lection: cap. 12. n. 2) & præter has ibidē retulit duas alias, *sanè in uno casu*, & *sanè unoq; casu*, quas lectio-

nes omnes Codicum autoritate confirmari testatur. Mihi certè à vulgari lectione, ut aliàs, ita hoc etiam loco recedere religio est, præsertim cùm plurium Codicum autoritate confirmetur, & similis omninò apud eundem Justinianum sit locutio in §. si finium. Institut. de offic. judic. & apud Theophilum etiam Græcum Institutionum paraphrasten in omnibus exemplaribus constanter ita legatur, ad eò ut hætenus illi, præter unicum Donellum, manus admovere ne unus quidem tentaverit. Ceterùm hanc lectionis varietatem fecit sententiarum varietas, de quibus, ut quam quisq; amplexus est, ita textum vel retinuit, vel verba ad sententiam illam torquere & accommodare conatus est. Nam, ne quid ad difficultatem desit, ne in eo quidem inter commentatores convenit, utrùm casus ille de rerum corporalium an incorporalium vindicatione intelligendus sit, & iterum neq; in hac neq; in illa satis convenit, quousq; & de qua specie. Theophilus casum hunc posuit in vindicatione rerum corporalium, ut, cùm regulariter illa non detur possidenti, unus tamen casus sit, quo detur: quis autem ille sit, non expli-

explicat. Accursius cùm de eo esset incertus, pro uno duos annotavit, uter autem huc pertineat in medio relinquit, unum nimirum in judiciis duplicibus, videlicet familię exerciscundę, cõmuni dividundo, & finiũ regundorũ, quem Dynus amplectitur, & post eũ Jason, atq; post hunc Schneid. n. 49. alterum in exceptione qualibet proposita à reo possessore, in qua partes sive onera actoris ipse sustineat. Sed dubios lectores Accursi. ut accepit, ita dimittit, quæq; ab ipso afferuntur nec speciẽ veri habere Donell. hĩc 27. scribit, ut ne refutatione quidẽ illa digna esse censeat. Petrus de Bellapertica, Faber, Angelus & Zafi. casum illum unũ, de quo Justinianus loquatur hũc esse existimãt, si libertus, qui in possessione est ingenuitatis, cõveniatur, atque is in se probãdi onus se ingenuũ esse ultro suscipiat, per l. circa 14. in fi. D. de probatio. Quod probabiliter dici scribit Donell. n. 30. fateturq; exẽplũ sæpẽ sese movisse, sed tamen re diligẽtius expẽsa animadvertisse, totũ illud dici probabiliter & in speciẽ magis, quàm verẽ. Ante Donell. Coraf. li. 3. Misc. c. 23. exemplũ hoc divinatoriũ esse, nec ad verba textus, qui de casu proprio & in Digestis

latius tractato loquatur, referri posse scribit. Placentinus casum istum asserit esse in actionibus præjudicialibus, quem secutus est Mynsingerus, nec displicuit omninò Corasius. Quod si verum est, non satis cautè Justinianus, qui ad Digesta, atq; illa quidem latiora nos remittat, cum de actionibus præjudicialibus in his ipsis Institutionibus, imò in hoc ipso titulo in §. præjudiciales agat ex professo, & Justin. videatur hîc loqui de ejusmodi actione, quæ ultrò & principaliter, non incidenter aliis actionibus intentatis obijciatur, secundum l. fundum 16. D. de exception. Atq; hoc cum animadverteret ipse Corasius, verosimilius illi esse videtur in d. §. æquè. & in d. cap. 23. Imperatorem de interdicto uti possidetis sensisse, in quo is qui possidet, actoris vices sustinet, nō autem de actione aliqua, idq; per l. i. §. fin. D. uti possidet. quam sententiam falsam & planè ineptam esse hoc loco n. 27. Donellus docuit, & mihi displicet. De interdictis enim peculiaris est titulus in Institutionibus, ut ad latiores Digestorum libros nos remittere necesse non fuerit, & loquitur hoc loco Justinianus de actione, quæ ab interdicto diversa est,

sa est, quemadmodum etiam doctrina de actionibus & de interdictis, titulis suis distincta est. Videri etiam possit casum hunc unicum repetendum esse, qui l. Papinianus 8. §. si filius. D. de inoffic. testament. in qua dicitur filium exheredatum, etsi in possessione sit hereditatis, si scriptus heres hereditatem petat in modum contradictionis, querelam de inofficioso inducere, quemadmodum ageret, si non possideret. Verum cum hoc casu filius non propriè agere videatur, rectè Goveanus d. cap. 41. eum casum hinc removendum esse existimavit. Quam ob causam cum recentioribus videretur hic casus in actione de re corporali instituta locum habere non posse, communi ferè calculo in eam sententiam concesserunt, ut sit inquirendus in actionibus servitutum nomine competentibus; in quo tamen ipso etiam illis inter sese non satis convenit. Quidam enim indefinitè eum casum accipiunt de controversiis servitutum, atq; ita in confessoria & in negatoria, voluntq; Justinianum relegando nos ad latiores Digestorum libros respexisse titulum *si ususfructus petetur*, & titulum, *si servitus vindicetur*. Justiniano

enim in more positum esse, ut, cum ad *Parti-*
dectas seu *Digesta* nos relegat, non legem a-
 liquam aut caput unum, sed semper titulū
 aliquem sive librum intelligat, affirmat hoc
 loco *Cujacius* exemplo §. rursus. *Instit. de a-*
ction. in quo relatio fiat ad tit. *D. ex quib.*
caus. major. & §. item si de dote. *Instit. cod.*
 in quo relatio fiat ad titulum *D. de impens.*
 in rem dotal. fact. & §. hæc exempli *Instit. de*
exception. in quo innuatur tit. *D. de exce-*
ption. & §. fin. *Instit. de publ. judic.* in quo si-
 gnificetur universus ille *judiciorum publi-*
corum tractatus, qui sit in *Digestis*. Atq; de
 controversiis *servitutū casum* illum unum
 accipiendum esse tam audacter sentit *Cuja-*
cius, ut in d. tract. 9. ad *Afric. ad d. l. si prius-*
quam scribat, casum alium, præter casum
servitutum quærendum non esse, eumque
 apparere in *Digestorum* locis innumeris;
 nec recessit ab hac sententia in notis suis ad
 hunc locum posterioribus, & sequitur *Lu-*
dov. Vital. d. c. 12. Sunt qui casum illum re-
 stringendum putent ad actionem *negato-*
riam, ut qui possidet, ita agere possit, ut rem
 adversarii esse neget, alioqui si ad res corpo-
 rales respiciamus, non uno casu receptum
 esse,

esse, ut qui possidet actoris partes sustineat,
 & interdum actor sit, ut hoc loco exponit
 Eguin. Baro, cui consentit Fr. Hotoman. qui
 idem confirmat per l. utifruis. §. fin. D. si
 ususfr. petet. l. etsi fortè 6. §. 1. D. si servit. vin-
 dic. & Anton. Govean. d. cap. 41. Atq; hanc
 Baronis sententiam se secutum fatetur An-
 ton. Contius lib. 1. lection. cap. 1. tandiu,
 quamdiu probabiliorem reperire non po-
 tuerit; postea verò, ut maximè crediderit ca-
 sum illum unum reperiri in actione nega-
 toria indistinctè, animadvertisse sese eum
 non reperiri in omni. Interdum enim ne-
 gatoria agere eum, qui non possidet, puta,
 si, postquam ædificatum sit, agam tibi jus
 non esse altiùs tollendi. Casum autem il-
 lum unum idem Contius sibi reperire visus
 est in d. l. si priusquam, in postrema legis par-
 te, cujus sensus hic sit, priusquam ædificaf-
 sem, agebam adversus te Confessoria, jus
 mihi esse altiùs tollendi; te non defenden-
 te, iudex jussit cavere, nec novum opus nun-
 ciaturum, nec ædificio obfuturum, prius-
 quam ultrò ageres, jus mihi non esse altiùs
 tollendi, atque à iudicio recessum est: post-
 ea autem cum intellexisses, me ædificare
 I velle,

velle, & jam cum fabris agere, ultrò agere cõ-
 pisti negatoria jus mihi non esse altiùs tolle-
 re; Hoc casu tu possessor es; tandiu eum pos-
 sides, quandiu ædificatum non est, nihilo-
 minus tamen de jure tuo, id est, prædii tui li-
 bertate probare debes, quod aliàs facere nõ
 debuisses, sed in eo puniris ob contumaciã,
 qua prius non defendisti cū ageretur confes-
 soria. Verùm Cujac. hanc Contii opinionẽ
 in d. l. si priusquam, valde exagitat, negatq;
 eũ, qui agit negatoria, possessorem esse; sicut
 enim antea Reus erat, sed postea Actor fa-
 ctus est, ita vicissim ex possessore factus est nõ
 possessor. Agnoscit quidẽ hũc n. 29. Donellus
 eũ casum, in quo, qui possidet, actoris partes
 obtinet: sed nõ minùs & hoc accidere in iis
 casibus, quos jã antè proposuisset, adjicit, ut
 inde appareat, ne hũc quidẽ esse unũ casum,
 in quo id accidat. Etsi verò Wesembecius
 d. l. si priusquam, malè huc detortã scribas,
 vix tamẽ intelligas, quid ipse revera senserit.
 Interpretatur enim utranque lectionem &
 negativam & affirmativam, atq; id quidem
 satis obscurè, tametsi ex eo, quòd lectionem
 illam sanè illo casu, quæ Hotomanni est, non,
 ut ipse scribit, Baronis, rectiorem esse exi-
 stimat,

timat, appareat ipsum Wesembeciū tūm
 quidem approbasse sententiam Cujacii, &
 qua tamen recessit in notis suis ad Com-
 mentarium Schneidvini hoc loco num,
 49. placet, inquires, *magis exemplum ex l. of-
 ficium 9. D. de rei vindicat. cum dominus &
 possessor à depositario, commodatario, & simi-
 libus, qui non possident quidem, attamen rem
 tenent, & restituendi facultatem habent, rem
 suam vindicat*, quod etiam exemplum ante
 Wesembecium videtur nō displicuisse Fr.
 Balduino hic n. 20. & omninō probat Jo-
 han. Robert. lib. 1. lection. cap. 18. atq; post
 illum Ludov. Charondas in notis suis ad In-
 stit. quem sequitur ibid. Pacius J.C. excellē-
 tissimus. Quicquid verò tandem sit, recen-
 tiores Jurisc. pleriq; omnes hunc casum in
 cōtroverliis servitutum ponūt; quod mihi,
 dicā ipsorum venia, non placet. Sum enim
 cū Theoph. & nonnullis aliis interpretibus,
 in ea sententia, casum unum, de quo Justi-
 nianus hīc agat, de rei corporalis vindica-
 tione accipiēdū esse. Quod evincit primū
 utriusq; vindicationis antithesis, ut vindi-
 catio, quæ rei est corporalis, detur nō posses-
 sori; quæ est rei incorporalis detur possessori

I 2

atq;

atq; etiam, non possessori; quod utrunque
 cùm esset regulare, subiecit Justinianus ex-
 ceptionem in vindicatione rei corporalis,
 ut in ea unus casus sit, quo etiam rei vindica-
 tione instituta, is qui possidet nihilominus
 actoris partes obtineat. Quid enim, cùm de
 controversiis seruitutum id regulare esset,
 opus erat dicere, unum casum esse, quo qui
 possidet, actoris partes obtineat? absurdum
 quippe fuerit, quam posuisti regulam, ean-
 dem mox ponere exceptionem. Neq; verò
 hoc loco de vindicatione quæstio est inge-
 nere, quatenus sub se utranq; vindicatione
 contineat, habeatque nonnulla utriq; illi
 communia, sed de vindicationibus in spe-
 cie, quomodo & quatenus illæ à se invicem
 sint distinctæ. Sanè si in genere de illis dice-
 re Justiniano fuisset propositum, quod ta-
 men secus esse ipse textus satis ostendit, nõ
 fuisset de nihilo, dicere, in illis casum esse
 unum, quo qui possidet, agat, nimirum si
 controversia incidat de seruitutibus. De in-
 de ipsa textus series hoc evidenter demon-
 strat. Cùm enim Justinianus prius de servi-
 tutum vindicatione dixisset, opponit illi
 vindicationem rerum corporalium in eo,
 quòd

quòd hoc actionis genus, (nimirum quod in controversiis rerum incorporalium proditum est,) æquè in cōtroverfiis rerum corporalium proditum non eſſet, quod explicatur mox his verbis: *Nam in his* (intellige, in controversiis rerum corporalium) *is agit, qui non possidet, ei verò, qui possidet, non est actio pro dita per quã neget rem actoris esse;* quibus exceptio protinus subjungitur, *sanè uno casu, &c.* de qua apparere debeat ex Digestis latioribus. Quòd si enim de vindicatione rerum incorporalium casus ille intelligendus, fuisset ille utiq; mox subjiciendus doctrinæ illi, quæ erat de vindicatione rerum incorporalium, quod cùm Justinianus non fecerit, atq; ut fecisset, ineptè exceptionem posuisset, quæ eadem ferè linea posita erat regula, ei omnino est consequens, ut exceptio hæc sive unus ille casus sit in vindicatione rerum corporalium. Quare prudenter quidem illi, qui legendum censuerunt: *Sanè illo casu,* quasi hæc verba referenda sint, non ad casum proximè præcedentem, sed ad casum illum priorem, qui erat de servitutibus: sed imprudenter in eo, quòd non animadvertenter, si casus ille ad servitutum

controversias referatur, illud ipsum de fer-
 vitutibus dici exceptivè, quod dictum erat
 regulariter, & rursus quod dictum erat di-
 stinctivè, id hoc modo rursus confundi, in-
 primis verò, quod dicit Imperator, *nihilomi-
 nus is actoris*, &c. Quod si ex me nunc quæ-
 ras, quàmnam ex sententiis illorum, qui ca-
 sum hunc in vindicatione rerum corpora-
 lium intelligunt, maximè probem, ingenuè
 fateor, ea de re me valde dubitare. Facilius
 enim hîc dixeris, quis casus ille nō sit, quàm
 quis sit. Et sanè si negativè legeretur cū Fer-
 reto & Donello, omnis protinus difficultas
 sublata est. Ex lectione affirmativa, quæ et-
 iam vulgata est, omnis est difficultas, & ta-
 men propterea illa non tam facilè abjicien-
 da est. Istorum sententia, qui casum hunc
 ponēdum censent in depositario commo-
 datario & similibus personis, haud displice-
 ret, nisi ex ea casus qui hîc dicitur unus, con-
 stituerentur plures. Non ignoro Robertum
 contendere casum illum unū esse, qui qui-
 dem si multos complectatur, ut tamen il-
 li omnes in unum reducantur, nimirum
 in hunc, cū quis ita possidet, ut ipse ta-
 men rei non insistat, remq; detineat; quod
 in ju-

in jure sit usitatissimum, unum simpliciter id dici, quod cum in genere unum sit, in alia tamen multa diducatur. Sed mihi ista conciliatio per omnia non satisfacit. Semper enim manet illud, & fatetur Rober. casus plures esse, aut certe si unus ille casus est, unius illius casus casus esse plures, quod Justiniano non satis convenit. Sententiam Fabri, aliorumque qui eam amplectuntur non improbarem, si de illo nobis esset sermo, in cujus arbitrium conferretur, utrum actoris partes sustinere velit nec ne; quod tamen vix est, ut quisquam credat, cum malit quisque ut maxime justissimam causam foveat, onus probandi, propter dubium litis eventum, & quod probationes sunt arbitrariae atque adeo periculosa, in adversarium transferre, nec presumatur quis se eo, quod necessarium non est, oneraturus esse. Adhuc igitur omnium maxime placet, & placebit, donec de veriori edoctus fuero, sententia Accursii posterior, ut dicamus casum, cujus mentionem hic facit Justinianus, intelligendum esse de eo, qui, cum adversus ipsum, ut possessorem rei corporalis, instruta esset rei vindicatio, ejusmodi aliquam exceptionem objecit, quae ut

maximè actor dominus sit rei petitzæ, obsta-
 re tamen possit, quò minus pro ipso pronũ-
 cietur. Etsi enim aliàs actori incubuisset
 probatio, tamen cùm exceptio ejusmodi
 objiciatur, quæ si probata sit, impediatur a-
 ctionem, exceptio illa à Reo omninò pro-
 banda fuerit, ut domini probationem ab
 actore factam irrelevantem esse appareat.
 Dominiũ enim ut maximè probetur, pro-
 batio tamen irrelevantis fuerit, atq; ita nul-
 lius ponderis, si exceptionem suam Reus
 probaverit. Meritò igitur Reus, nisi suc-
 cumbere velit, in ejusmodi exceptione, a-
 ctoris partes obtinebit, id est, etiam si in pos-
 sessione sit, exceptionem tamen objectam
 probabit, haud secus atq; si in possessione
 non esset, ipseq; ageret, quandoquidem nisi
 eam opponat, atq; probet, simplex possessio
 ei bono non fuerit, sed pro actore dominiũ
 probante pronuncietur. Hoc igitur vult
 Justinianus, Ei qui non possidet, opus esse
 actione in rem, ut rem obtineat; at possidẽ-
 ti actione illa opus non esse, quippe quod
 sufficiat ei, ut ait Ulpianus in l. 1. §. interdi-
 ctum, D. uti possidet. quod possideat; at ve-
 rò uno casu fieri, ut licet quis possideat, ne-
 cessa-

cessario tamen actoris partes obtineat, si modò in causa superior esse velit, qui ex litione Digestorum observari possit; illum autem casum esse ejusmodi, ut, cum quis in possessione est & convenitur, certum autè sit ipsum dominum non esse, actori objiciat se jure possidere, etiamsi dominium ipsius sit actoris. Ut hoc credam, movet me imprimis, quod Ulpianus in d. §. Interdictũ distinctionem faciens inter interdictum uti possidetis, & inter actionem, quod utrunq; prædii nomine datur, expressè affirmat, interdictum tueri possessorem fundi, id est, eum qui possidet experiri interdicto; at actionem nunquã dari ultrò possessori, quasi dicat Ulpianus, eum qui possidet, non debe- re agere actione in rem, sed interdicto potius retinendæ possessionis, quoniam hoc possessori detur, illa nunquam, si nimirum actionem quis ultrò intentare velit, secus si non ultrò. Hoc enim verbo, *ultrò*, quod frustra positum non est, Ulpianus limitat regulam illam, quemadmodum illam hoc loco limitat Justinianus, ut existimem, quem hic unum casum vocat Justinianus, cum Ulpianum exponere voce *ultrò*. Quid autem

aliud est ultrò agere, quàm volens & spontè sua agere, ad judiciũ ipse primus provocare, actionem principaliter intentare? & quid aliud, nō ultrò agere, quàm invitus agere, reum esse, atq; si obtinere velit, defendere sese exceptionibus, per quas affirmãdo ipse cùm principaliter reus esset, fiat actor, vel, ut Justin. loquitur, actoris partes obtineat, vel ut actor fiat, sed non ultrò; atq; ita quidem actor fiat, non quidem, quòd propriè actor sit, (quoniam non agit ultrò, sed, nolens) sed quòd sese defendendo illa agat, quæ aliàs actoris sunt propria, id est, probandi onus in se suscipiat, atq; illud etiam, nisi succumbere malit, suscipere cogatur. Hac ratione rectè dicitur uterq; & actor & reus agere, sed ille volens, hic invitus; ille ultrò, hic non ultrò; ille propriè, hic nō propriè; ille agendo, sed non probãdo, quod probare illi necesse non sit; hinc excipiendo simul, & exceptionē oppositã, haud secus, atq; si ipse esset actor, probãdo, ut nisi probet, ipsi sit succumbendũ. Atq; hanc vocem *ultrò*, ut significet sua sponte vel prior, ita frequenter usurpari, præterquam, quòd proprietates vocis per sese satis arguat, ipsæ etiam leges docent, ut in lege-

cũm

eum quis 37. §. nuptura, D. de legat. 3. l. 1. in fi.
 D. de usur. l. 3. D. de condic. caus. dati. lege 2.
 D. de lege Rhod. de jactu, l. si in emtione 34.
 §. item si emtor, Digest. de contrahen. emti.
 d. l. si priusquam, 15. D. de oper. novi nunci-
 at. idemq; locis infinitis aliis tam ex legibus,
 quam ex oratoribus cōprobavit Barn. Briss.
 in suo Lexico. Quomodo etiā doctissimus
 Cujacius vocem illam *ultrò* in d. §. interdi-
 ctum accipiendam esse docet li. 3. observ. c.
 2. circa medium his verbis: *Ultrò autē, id est,*
prior, ut in l. 1. §. interdictum, D. uti possidet. A-
CTIO, inquit, NUNQUAM ULTRO
POSSESSORI DATUR, id est, posses-
for nunquam prior agit. Prius enim expectare
debet, ut secum agatur, quam ipse de jure suo
experiatur. Livius libro primo: Latrones ca-
ptum regi Amulio tradidisse, ultrò accusan-
tes; ultrò, id est, priores, cum ipsi potius latro-
nes accusandi essent. Quod & in illo Terentii
loco, sed his ultrò arrideo, Donatus adnotavit.
 Hæc rectissimè Cujacius, ex quibus colli-
 go, unum illum casum reperiri totidem
 locis in Digestis, quot locis probandi onus
 in actione reali incumbit Reo possessori,
 qui non ultrò, id est, non prior ad iudicium

provocavit, sed conventus est, ut de jure suo experiri, non ultrò & spontè, sed invitus experiri cogeretur; Justinianumq; quasi digitum in d. §. interdictum intendisse, in quo casum illum unum eum esse dicit, *SI NON ULTRO AGAT*, qui casus cum multis exemplis in Digestis declaratus sit, non immeritò à Justiniano factum, quòd casum illum unum ex latioribus Digestorum libris repetendum esse existimaverit. De multis illis pauca; & videtur unum esse in exceptione rei judicatæ vindicationi opposita, l. in exceptionib. 19. §. fin. D. de probation. item in exceptione legatarii, quòd defunctus rem alienam esse sciverit, l. verius 21. D. eod. item in exceptione voluntatis mutatæ, l. eum qui 22. D. eod. item in exceptione donationis factæ ab eo, qui jus donandi habuit, l. si ve possidetis, C. de probat. item in exceptione dilatoria, l. in exception. 19. D. eod. item in exceptione scripturæ suspectæ, l. jubemus, C. eod. & ejusmodi multis aliis, quæ in Digestis atq; etiam Codice hinc inde dispersæ leguntur. Ad quod pluribus confirmandum, benè notandum est, quod Justinianus hîc non ait, *sanè uno casu, is qui possidet nî-*

et nihilominus est actor, sed ita, *nihilominus is actoris partes obtinet*. Verissimū enim est, sive rem ipsam spectes sive verba, aliud esse actorem, & aliud actoris partes obtinere, quicquid etiam Cujacius sentiat in d. l. Si priusquam, distinctionem istam exhibilans, sed sine ulla ratione. Actor enim is est, qui ad iudicium prior provocavit: actoris autē partes in probando obtinere potest etiam is, qui ad iudicium prior non provocaverit; quod tot locis comprobatur, quot dicitur Reus actoris partibus fungi. An enim si probandi onus Reo incumbat, ex Reo continuo factus est actor? an, ut simili hoc declaretur, emancipati & nati ex filia, quod iura suorum nanciscuntur, §. Emancipati, Institut. de hereditat. quæ ab intest. defer. propterea fiunt sui? an soror uterina, item filius vel filia sororis tam uterinæ quàm consanguineæ quod jus agnatorum consequuntur, §. hoc autem addendum Institut. de legit. agnat. success. ex eo Agnati protinus facti sunt? Quid igitur est, ut actor ille esse dicatur, qui ad iudicium prior provocaverit? & quid est, ut iudicium in invitum dari, & Reus fugere dicatur? Negari non potest, quin

Reus probando id faciat, quod principaliter partium suarum, sui vé officii non est, sed aëtoris. Nam aëtori probationem incumbere, omnia jura, quæ de probationibus agunt, clamant; adeò ut Martian. J.C. scripserit, necessitatem probandi semper incumbere ei, qui agit, in d. l. verius & l. frustra C. de probat. nisi fortè quis malit, eundem & aëtorem & reum dicere, omniaque jura accuratissimè, ut res ita appellationes, distinguentia confundere; quam confusionem etiam quotidiana fori consuetudo atq; usus improbat. Quin & ipse Ulpianus Cujacio adversatur in d. l. in exceptionibus, affirmas, in exceptionibus Reū partibus aëtoris fungi oportere, id est, de jure suo probare, probare exceptionem à se propositam, atq; ita præstare illud, quod aliàs regulariter ab aëtore præstandum fuerat. Hoc enim esse petitoris seu aëtoris, partes sustinere manifestissimis verbis docet Africa. in d. l. si priusquam, in fi. & Ulp. in l. si. D. si liber. ingen. esse dicet. eademq; phrasi utitur Scævo. in l. quæritur, l. 4. D. de Carb. edict. sanent partib. suis fungi, est fungi suo munere & officio, l. tut. qui repertorium, 7. § si tutor. D. de administ. tut.

ita

ita ipse, qui revera actor est, nunquam dicetur partibus actoris fungi, quoniam qui partibus alicujus fungitur, hic ab eo, cujus partibus fungitur, est alius: At Reus cum probat, recte dicitur non suis partibus fungi, sed actoris cujus probare proprium est, partibus ipsius in Reum translatis. Non movet me, quod nonnulli scribunt, Justinianum hoc loco tractare de actionibus, non de exceptionibus, de quibus peculiari titulo mox egerit, quasi verosimile non sit, ipsum voluisse aliud excipere, quam quod fuit in regula; cum regula fuerit proposita rei vindicatione non dari possessori, à qua regula fiat exceptio, uno casu dari, scilicet actionem, non exceptionem. Nam si penitus rem totam attendamus, videbitur exceptio illa, *sanè uno casu*, non tam esse facta à regula, quam à ratione regulæ, imò ita etiam à regula ipsa, ut cui ratio insit. Ratio autem cur in rerum corporalium vindicatione actio non detur possessori, hæc est, quòd possessori possessio sua sufficiat; quæ ratio, cum valde esset generalis, videbatur hoc inducere, nunquam possidenti quidquam præstare necesse esse, quasi ipsum semper & sine ulla

distinctione sua tueretur possessio, quod se-
 cus esse Justinianus innuit quidem, sed non
 explicat; Nam esse casum unum, quo is et-
 iam qui possidet actoris partibus fungatur,
 & praterquam quod possidet, probare ne-
 cesse habeat, possessionem illam suam esse
 ejusmodi, ut à se invito illa avocari omnino
 veleo tempore nequeat. Assumemus igitur,
 ut si possessio non sufficiat, possessori
 non detur quidem actio, quia dum contro-
 versia ipsi non movetur, actione ulla opus
 non habet, sed exceptio, qua intentionem
 adversarii actoris fundatam elidat & perimat,
 quod ut faciat, actoris partes in probando
 obtineat. Antequam enim constet de re
 controversiam esse motam, sciri non potest,
 an possessio possessori ad obtinendum vi-
 ctoriam sufficiat, nec ne. *Nunquam autem,*
 ut dixit Ulpianus, *possessor eam ultrò movebit.*
 Etsi verò peculiaris de exceptionibus à Ju-
 stiniano propositus sit titulus, in eo tamen
 tractatur de natura & vi exceptionum, atque
 ad eò, quatenus, ut ita dicam, sunt in seipsis:
 hoc autem loco Justinianus exceptionem
 quandam rei vindicationis actioni objici-
 endam attingit, ut sciatur, cuinam in actio-
 ne ab

ne ab actore intentata probandi onus incū-
 bar, ipsi né agenti an verò reo, quæ res ad na-
 turam actionis intentatæ, quin etiam regu-
 læ istius qua possessio sufficere dicitur, expli-
 cationē pertinet. Et cū regulariter incū-
 bar probādi onus agenti, nō Reo, cui posses-
 sio sufficit, utpote quæ ipsi loco probationis
 sit, si tamen illa non sufficit, fortè q̄ in con-
 fesso aut aliunde certum sit, actorem domi-
 num esse, de jure suo, ut possessionem suam
 retineat, excipiet, eandemq; exceptionem
 probabit, quod dum facit, etsi possideat, ni-
 hilominus tamen actoris partes obtinebit.
 Atq; hic mihi etiam num videtur esse unus
 ille casus à Justiniano hoc loco notatus, in
 quo si fortasse minus rectè sentire cuiquam
 videbor, is meminerit, in ejusmodi contro-
 versis, quæ omnium ingenia torserunt & exa-
 gitarunt, per quã esse difficile invenire, quod
 pbabile sit, nedū statuere, quod sit certum.

Ad l. i. D. de edendo. CAP: VI.

Quid sit edere, exposuit Ulpianus in l. i.
 D. de edēdo. Inter alia verò ex Labeo-
 nis sententia scribit, cum edere qui produ-
 cat adversarium suum ad album, & demon-
 strat,

K

stret,

stret, quod dictaturus est. Ita constanter legunt Pandectæ Florētinae & Haloandrinae, utcunq; nonnulla exemplaria, teste Angelo Politiano in miscellaneis suis, pro *album* habeant, *alium*, nempe, ut ineptè Accursius interpretatur, advocatum vel fidejussorem, & *dicturus*, pro *dictaturus*, quam lectionem Politianus refutat rectè. Sed Alciato constans illa Pandectarum lectio nō probatur. Contendit enim lib. 2. disputation. cap. ultimo, non *adversarium suum*, sed, *adversaria sua*, legendum esse, quoniam ex lectione vulgata nullus sensus elici possit, nisi is ex verbis extorqueatur. At verò si *adversaria sua* legatur, sensum esse manifestum, & quidem ejusmodi, ut Labeo existimaverit cum edere, qui ad album prætoris adversaria producat, & demonstret rationes illas summam & per notas in eis descriptas, quemadmodum in Calendariis seu libris rationum sit extensurus, etiamsi non omnem rationem, quæ in adversariis annotata est, velit in Calendarium referre, sed aliquam partem tantum: atq; ita Ulpianum interpretatur, quasi edens non Reum quem vult convenire, sed rationum Codicem producat. Quem intel-

Intellectum dum idem Alciat. lib.8. parerg. cap.7. à quorundam argumentis defendere vellet, videtur omninò vulgatã lectionem retinuisse, & *adversarium* in numero singulari accipere pro chartis tumultuariè, & ad memoriæ subsidium confectis, quæ aliàs *adversaria* in numero multitudinis dicantur. Inde Alciatum reprehendendi occasionem suusit Duaren. sed defendendi eum Robertus. Quæ utriusq; contentio cujusmodi sit, ex vero Ulpiani sive Labeonis intellectu probè constabit. Ulpianus edictum de edendo interpretaturus pro more suo edictum ab æquitate commendat, ejusq; edicti summam hanc proponit, quod omnis qui actione aliqua agere vult, eam edere debeat, ut sciat reus utrum cedere an contendere ultra velit. A commendatione illa pergit ad interpretationem vocis *edere*, in qua omnis vis edicti erat posita, & qua intellecta facilius etiam intelligeretur quid esset actione edere. Nam cum non actiones tantum edantur, sed rationes etiam & instrumenta, observandum est, Ulpianum non de omni, sed de ea tantum editione, quæ actionis est, in hoc paragrapho agere voluisse. De instru-

K 2

mento.

mentorū enim editione est proximè subsequens §. editiones, & de editione rationum alter illum insequens §. rationes. Ex suo autem ingenio Ulpianus cum actionem edere dicit, qui copiam (intellige, actionis, quam allegabat) describendi faciat, vel in libello complectatur & det, vel d. n. q. dicet (ex libello, ut opinor, & dicet adversario suo, qui Reus futurus est). Sed quid illud est, quod dicet aut complectetur & dabit, aut cuius describendi copiam faciet? Actio: ut videlicet acturus vel det facultatem describendi actionem libello comprehensam, vel det ipse actionem à se descriptam, ne Reus eam describere opus habeat, vel deniq; ut acturus voce sua actionem dicet adversario, eandemq; adversario ex ore ipsius excipiat. Ita Ulpianus ex ingenio suo: sed ex ingenio Labeonis addit, eum quoque (ubi particula *quoq;* satis indicat Ulpianum de editione actionis tantum loqui, quod idem animadvertit Accursius ex verbis *vel dicendo* paulò post sequentibus) edere, qui producat (pro quo ex eodem Ulpiano in l. si quis 6. D. de edendo, Stephanus Forcatulus in cupidine jurisperito cap. 17. legit, *perducas*,
 sentu

sensu eodem) aduersarium suum (id est, Re-
um) ad album, (id est, ad tabulam illam de-
albatam, quam eo anno prætor in publico
proposuerat, edictis suis in ea descriptis, ut
constaret, de quibus causis & quomodo eo
anno prætor jus diciturus esset) & demon-
stret quod diciturus est (vel ut Cujacius lib.
8. obseruation. cap. 15. ex Basilicis legit, & de-
monstret ex quo edicto acturus sit). Hæc Cuja-
cii lectio sensum habet planissimum, sed
nec vulgata habet incommodum, atq; in u-
num sensum utraq; recidit. Edens enim ad-
uersario ad album producto demonstrat,
quodnam diciturus sit, id est, quam actio-
nem illi movere velit, quomodo dicitare a-
ctionem dicitur à Paulo in l. non distingue-
mus, 32. §. illud D. de recept. qui arbitr. & ab
codem, dicitare iudicium, in l. si seruus depo-
situs, 22. §. final. D. de noxalib. action. ut ita
non ille duntaxat ad effectum edendi dicta-
redicatur, de quo Ulpianus antea dixerat,
qui non producto aduersario in publicum
priuatim ipsi actionem dicitet, sed etiam is
qui aduersarium suum simpliciter ad albū
producit, albumq; ei demonstrando, digito
etiam quasi commonstret, quod (intellige,

edictum) dictaturus sit, id est, ex quo edicto
sive edicti parte in albo descripti actionem
judiciumve sit dictaturus. Hac ratione ex
vulgata lectione, edictum vel edicti pars di-
ctatur, ex Cujaciana dictatur actio ex edicto
vel edicti parte: inter quam utranq; lectio-
nem nihil quod ad sensum attinet est, cum
utraque idem dicat, sed Cujaciana proprie,
vulgata per Metonymiam effectus. Edi-
ctum enim actionis causa est, actio edicti ef-
fectum, ut cum ex edicto actio dictari pro-
prie dicitur, Metonymice dicatur edictum
ipsum dictari. Ceterum cum Labeo existi-
maret non esse opus acturo, ut Reum ad al-
bum ipsum produceret, atq; ibidem digito
demonstraret, ex quo edicto acturus esset,
subiicit, *vel id dicendo, quo uti velit*: quo, in-
tellige, edicto, repetendo illud ἀπὸ τοῦ κοινῶ,
plenius ita, *vel id dicendo, quo edicto, uti ve-
lit*. Duobus itaq; modis actio editur ad ver-
sario ad album producto, uno, si demon-
stret digito, quo uti velit, altero si dicat tan-
tum, non etiam demonstrat. Hæc si atten-
disset Rævardus, non necesse habuisset li-
bro protribunal. singular. capite quarto,
unum Edictorum, & alterum formularum,
atq;

atque ita duplex album confingere, cum
 revera unum fuerit, in quod & edicta & a-
 ctiones interdictaque relata fuerint, & li-
 citum fuerit acturo vel ipsam formulam
 vel edictum, ex quo formula peteretur, ad-
 versario demonstrare. An edere dicatur et-
 iam is, qui dicit quo edicto uti velit, etiamsi
 adversarium ad locum, ubi album erat, pro-
 positum non produxerit, negare non au-
 sim, quoniam fortasse solenne ita erat, ut ad
 album deduceretur, & Labeo voluisse vide-
 tur non dici edidisse quem, nisi adversario
 producto, si ordinem verborum spectemus.
 Sin autem rem ipsam spectemus, quid vetat,
 quo minus etiam in alio quam in eo loco,
 ubi album erat propositum, acturus dice-
 re potuerit, quo Edicto, quave formula uti
 velit? Verum enim vero ad universum hoc
 quid adversariis ab Alciato confictis hoc lo-
 co opus est? imò quomodo illa huic loco
 convenient, si vel cum sententia vel cum
 verbis Ulpiani conferantur? Adversaria
 enim dicuntur scripturæ siue Codices tu-
 multuariè & sine ordine memoriæ causa
 facti, ut postea illa, quæ in eis perscripsi-
 mus, in ordinem redigamus, & in tabulas

K 4 refe-

referamus: summamq; & caput rei memorandæ continent, tabulæ autem rei illius explanationem per causas & circumstantias suas, & illa propter has fiunt, his factis illa ut fiant opus non est, aut si facta sunt, contemtim & promiscuè habentur. Et cùm memoriæ causa fiant, ut sint quasi admonitoria & indices ejus quod memorandum esse putamus, non malè ex causa finali doctissimo Turnebo lib. 2. adversar. cap. 11. & lib. 29. cap. 36. dicta esse videntur ab advertendo, sicut Demostheni contra Aphobum dicuntur ὑπομνήματα. Advertere enim quandoq; idem est quod admonere, ut apud Livium lib 4. *advertit ea res Vespasianum*, & lib. 1. ex emendatione doctissimi Lipsii, *Advertet atq; ea res etiam Sabinos tanti periculo viri*, & apud Cornel. Tacitum lib. 2. annal. *Octo aquila petere sylvas visa advertere imperatorem*, & ibidem Lipsius in commentario. Coelius tamen Rhodiginus lib. 12. antiquar. lectio. cap. ultimo, Adversaria ex eo dicta esse putat, quòd adversa parte etiam scriptis implerentur, & per trāsversum quoq;, quod idem etiam probabile est, sed Turnebo magis assentior, quòd & ea sit advertendi significatio,

ficatio, quam dixi, & quòd nemo sit qui neget adversaria in eum usum & finem, quem dixi, primitus comparata fuisse, & hoc utrunq; omnibus adversariis commune sit & ἀδύνατον, scriptio autem illa etiam adversa parte & per transversum non sit necessaria, ut quæ adversaria dicantur, cum ejusmodi descriptione etiam non facta adversaria nihilominus sint & dici possint, Cujacius sane d. observat. 15. ingenuè fatetur, adversariorum notationem se non habere satis cōpertam: verùm ut satis comperta non sit, quid interest eam quæ probabilior est eo usq; amplecti, donec certior afferatur, præsertim cùm Turnebi notatio ejusmodi sit, quæ nullam in se habeat difficultatem? Ut autem adversaria illa rectè produci dicantur, non video cur ad album sint producenda. Ad quid enim illa ad album productio? & cur ita potius si ad album producantur, produci rectè dicentur, & non etiam modo alio? aut unde tandem illi, qui adversaria ita demùm rectè produci affirmāt, si ad album producantur, hoc ita esse probabunt? aut quis effectus ejusmodi ad album productionis fuerit? Non dices, id eò fieri, ut acturus

ostendat instrumenta, quibus usurus sit in iudicio. Id enim esset instrumentum edere, non actionem. At verò de actionis editione in hoc paragrafo, in subsequenti autem de instrumentorum editione Jurisconsultum loqui, suprà monui. Deinde aliud est actionem edere, aliud documenta, quibus id quod in actione edita & intentata positum est, probetur proferre. Illud enim ad processum formandum pertinet; hoc autem ad causæ ipsius, super qua actio est proposita, merita spectat: atq; illud semper natura prius est, ut plurimum, dixerim ferè semper etiam tempore, hoc posterius, istiusque consequens: atque illud fieri potest etiam extra jus vel iudicium, hoc non nisi in iure vel iudicio. Non negaverim, si ab acturo in actionis editione adversariorum siue instrumentorum mentio fiat, quin illa unà cum actionis editione etiam edenda sint & proferenda, ut Reus eò rectius intelligat, cederène debeat an contendere. Illa enim adversariorum siue instrumentorum editio, non fit principaliter ob ipsa instrumenta, aut ad eum effectum ob quem proferri potissimum solent, nimirum ad proban-

probandum id quod in actione deducitur, sed ob ipsam actionem ejusque editionem plenam, aut ut in foro hodie loquimur, *Die Klage damit zuergenzen*. Ex quo fit, ut processu ad probationem usque deducto, ipsa, nisi in vim probandi repetantur, nihil omninò probent, perindeque habeantur, nimirum quod ad probandi effectum attinet, atque si prolata nunquam essent. Ex eadem causa etiam illud est, ut instrumentorum exempla, sive, ut vocant, *Copias* ad plenioram actionis editionem proferre sufficiat, cum in puncto probationis exempla instrumentorum proferre satis non sit, sed ipsa omninò *Instrumenta*, sive ut vocant, *Originalia* sint proferenda. Quæ cum ita se habeant, rectè quidem *Duarenus* libro primo disputation. cap. 13. *Alciati* sententiam improbavit, sed eam non satis rectè confutavit. Suprà enim ostendi, *Alciatum* legisse *Adversaria*, non *Adversarium*. Quòd enim in *Parergis* legitur *Adversarium*, id vel typographi vicio accidit, ut putat *Robertus* lib. 3. sentent. cap. 13. vel ipsius *Alciati* incuria, quem *adversaria*, non *adversarium*, scripsisse aut certè scribere voluisse, ex eo

satis colligitur, quòd se ibidem ad emendationem in disputationibus factam, ubi *adversaria* scribitur, retulit. Accidit sæpè viris etiam non indiligentibus, ut quid ipsi in vitis aut insciis excidat, quod sine calumnia accipiendum sit, & interpretandum ex iis quæ aliàs scripserunt & senserunt. Quòd autem à Classicis etiam autoribus instrumenta produci dicantur, satis comprobavit Robertus supradictò c. 13. & usus fori approbavit, ut illis quidquã adicere necesse non sit.

De iurejurando notabilia quzdam.

CAPUT VII.

Jurisjurandi definitiones Interpretes tradiderunt varias, sed quæ partim naturam jurisjurandi non exprimant, partim ad omne jusjurandum non pertineant: quas omnes & singulas, examinare nunc mihi nō est integrum. Et sanè cūm alia veteribus fuerit, alia nobis jurisjurandi præstandi ratio, difficile est jusjurandum omne una definitione generaliter complecti. Sed valde placet illa Ciceronis, quæ est ad finem libri tertii de officiis, qua jusjurandum dicitur esse affirmatio religiosa: quam etiam Cujacio non displicuisse video. Distributio veteribus fuit
duplex,

duplex, nobis hodie una est. Veterib. enim jusjurandum una divisione fuit verum vel quasi, altera Judiciale & Extrajudiciale: nobis hæc posterior sola relicta est, illa verò quæ ad Ethnicorum religionem pertineret, nobisq; aliud juramentum, quàm quod per *Deum* fiat, cognitum non sit, desit. Juramentum autem verum erat, quod fiebat cum obtestatione divina per *DEUM*, quem nos unicuique quidem agnoscimus, Ethnici autem multiplicem habebant, atq; ad eò per plures variosq; *DEOS* jurabant, cujusmodi formulas recensuit Barn. Briffon. lib. 8. de solenn. pop. Rom. formul. Jusjurandum quasi dicebatur juramentum illud, quod per rem aliam quàm per Deum aliquem fiebat, cui tamen ipsi etiam obtestatio divina inerat, quia per rem quidem illam, at respectu & intuitu divini alicujus numinis jurabatur, puta *per salutem suam*, l. qui per salutem 33. D. de jurejur. *per salutem liberorum suorum*, Plin. lib. 2. Epistol. ultim. Senec. controvers. lib. 9. cap. 4. & per vitam suam *ita vivam* Valer. Max. lib. 9. cap. 14. Cicero 2. Epist. famil. 13. & 5. Epistol. ad Attic. 15. per caput suum & liberorum l. ait prætor. 3. §. ult. & l. 4. D. de

jurejur. Ovid. lib. 5. trist. eleg. 8. Martial. lib. 9. Epigramm. Apulej. lib. 3. de asino aur. per oculos suos, Plaut. in Menechm. Scen. ult. Ovid. lib. 2. amor. eleg. 16. & lib. 3. amor. eleg. 2. Propert. lib. 1. eleg. 15. Tibull. lib. 3. eleg. ult. Oppressa verò postea à Cæsaribus Republ. inualuit mos jurandi per Genium, seu, ut Alexand. Imper. loquitur in l. 2. C. de reb. cred. per venerationem principis, item per salutem principis, quod post cædem Julii Casaris à Senatu decretū esse testis est Dio, historiæ suæ lib. 44. & Genium quidem *τὸ ζῷον* vocat, salutem verò *ὕψιστον*, quod antiquissimis etiam temporibus, & Aegyptiis, ut per vitam Pharaonis jurarent, usitatum fuisse historia sacra testatur. Atq; juramenti hujus meminit Ulpian. in l. si duo, 13. §. ult. D. de jurejurando, Tertullian. non uno loco ad Scapul. & in Apologet. suo, cap. 28. Apulej. lib. 9. de asin. aur. Euseb. lib. 3. histor. Ecclesiast. cap. 14. & longè præstantissimum jusjurandum haberi ceptum, quod per salutem & genium principis fieret, refert Alexand. ab Alexand. dier. genial. lib. 5. cap. 10. Genium autem Bartolus interpretatur principem ipsum, quem Jason sequi videtur ex Bartolō sum-

summarium d. §. ultim. repetens, & probari
 videtur ex l. 2. C. de reb. credit. ubi jusjuran-
 dum per Deum conceptum, & conceptum
 per venerationē principis sibi invicem op-
 ponuntur, ut cūm juramētum per genium
 seu venerationem principis præstari dicitur,
 sensus sit, jurari per principem, utpote per
 majorem, quem juramento nostro colere,
 & ut Deum venerari voluerimus. Impera-
 toribus enim olim diuinos honores exhi-
 bitos historiā Augustalis testis est, ideoque
 Caligulam, cūm pro Deo se cōli vellet, ple-
 rosq; honesti ordinis deformatos prius stig-
 matum notis ad metalla & bestias conde-
 mnasse, quod nunquam per genium suum
 dejerassent, Sueton. in vita ejus cap. 27. au-
 tor est, & paulò antè cap. 15. scribit Caligu-
 lam voluisse, ut omnibus sacramentis adji-
 ceretur, *neq; me liberosq; meos cariores habeo,*
quàm Gajum & sorores ejus: quod idem in hi-
 storiam suam retulit Dio lib. 19. Accursius
 tamē mavult genium intelligi Deum prin-
 cipis, quæ expositio Pratejo in Lexico suo
 videtur nō inepta, eò quòd antiquitas cuiq;
 homini nato duos Deos quasi connasci fin-
 geret, eosq; geniales, qui Genii dicti sint,

quòd ex lib. 6. cap. 4. dierum genial. Alexād. ab Alexand. satis liqueat, quomodo in d. l. 2. veneratio principis actiue capienda esset, nempè ut juratum sit per eos Deos quos princeps venerari soleat. Id verò ex eo etiam confirmatur, quòd Christiani cùm ab ipsis juramentum per salutem principis usurparetur licitè, cò quòd siue quis per suam siue per principis salutem juraret, salutis autorem, id est, *DEUM* appellarent, abstinerint tamen à juramēto per Cæsaris genium, ut testatur Tertullian. in Apologet. cap. 32. quòd didicissent neq; per Deos alienos & fictitios, neq; per creaturam jurare licitum esse, cò quòd jusjurandum esset pars cultus diuini, qui non nisi uni & soli *DEO* præstandus esset. Quam ob causam Arcad. & Honor. Imp. Christiani in l. si quis major. C. de transact. mentionem faciūt ejus duntaxat jurisjurandi quod fit invocato *DEI* omnipotentis nomine, & ejus quod fit per salutem principis, ut qua nominata nominari etiā intelligatur salutis illius autor, qui solus Deus est. Cū autē postea Carolus Magnus etiam per salutem principis jurari vetuisset, unicum illud jusjurandum quod per

DEUM

DEUM fieret, in usu remansit, atq; eo solo etiamnum utimur, ut annotavit **Wesembec.** in comment. in Digest. sub tit. de jurejur. nu. 6. Ut igitur veteribus jusjurandum aliud Verum, aliud Quasi fuerit, unicum tamen nos. quod verum ipsis dictum, fuit, agnoscimus, & ex eo divisio quæ in speciebus est oppositis, nulla superest, quæ in usu sit, vestigiis tantum aliquibus de ea à **Justiniano** in libris juris Civilis relictis. Ita restat nobis distributio unica, quæ tamen in ullo textu juris nusquam expressè traditur, nisi quod ex rub. D. de jurejur. animadvertimus, jusjurandum esse vel Voluntarium, vel Necessarium, vel judiciale; quas appellationes **Triboniani & Compilatorum**, non veterum juris autorum esse cum **Cujacio & Donello** sentio. Sed an satis logicè jusjurandum ita distribuatur nescio. Species enim sub eodem genere positæ, ita sibi invicem opponuntur, ut una de altera dici nec possit nec debeat, quod tamen in speciebus illis fieri, ex iis quæ post dicentur manifestum evadet. Sed & definitiones specierum illarum variè ab Interpretibus divexatæ sunt, ut hæc quæ de jurejurando apud **Jurisconsultos**

L sultos

fultos est quæstio, facta sit difficilior, quod
 idem & Oldendorpius Classe i. action. 9. §.
 ut autem, in princ. animadvertit, scribens,
 Interpretes juramentorum genera obscure
 magis quàm utiliter tractasse. Idq; verum
 est. Nam prout alii ad causam litigiosam, a-
 lli non ad litigiosam duntaxat, sed etiam nõ
 litigiosam de jurejurando doctrinam retu-
 lerunt, ita aliter atq; aliter species illas defi-
 niverunt. Ad causam litigiosam sive con-
 troversam (nunc enim his vocibus æquè u-
 timur) qui respexerunt, voluntarium jusju-
 randum ita definiunt, quod defertur à parte
 parti extra judicium, addunt Græci vel in ju-
 dicio: Necessarium, quod à judice defertur
 in causis dubiis, vel ut Græci malunt, quod
 pars cui delatū est, refert delatori. Judiciale
 quod defertur à parte parti in judicio judi-
 ce delationem confirmante: vel, ut iidem
 Græci malunt, quod à judice defertur. Atq;
 hi juramentum ad res controversas coar-
 ctarunt, idq; ex usu magis juris Civilis quàm
 Canonici motiti sunt. Cùm enim ad eam
 quæ de jurejurando in jure Civili instituitur
 disputationem oculos cõvertimus, apparet
 ex collocaione tit. D. & C. de jurejur. eam
 - insti-

institui ob id quod in lite versatur. Et sanè
initium tit. D. de jurejur. ejusmodi est, ut eo
affirmetur, maximum remedium expedi-
endarum *LITIU M* esse jürisjurandi reli-
gionem, qua vel ex pacto ipsorü *LITI-*
GATORUM*, vel ex autoritate *JUDI-
CIS DECIDUNTUR CONTROVER-
***SIAE*: neque ulla omninò sub hoc titulo**
lex est, quæ non pertineat ad jusjurandum;
illud duntaxat quod circa lites sit siue con-
trouersias; adeò ut ne illud quidem cujus
mentio sit in l. jusjurandum. 17. in princ. D.
de jurejur. ad aliud quàm ad idem illud tra-
hendum sit, utcunq; magni nominis jüris-
consulti diversum sentiant: Eodem autem
jure Civili in causis extra controversiã posi-
tis vix est ut iurisiurandi habeatur ratio ulla;
siquidem actus cui additur si nullus sit, eo
nò confirmetur, nec ei qui valet iure, quid-
quam per id addatur. Unus casus est quo iu-
reciui ex iureiurando est obligatio, nem-
pe si libertus patròno operas, donũ & mû-
nus se præstaturum iurauerit, nisi quis cum
Cuiacio eam ex stipulatione esse malit. Pa-
ctiõni autem, quæ aliàs valet, iusjurandum
robur addit duobus casibus, qui uterq; ex

iure constitutionum est, nimirum in transactione, ex l. si quis maior. C. de transaction. & in contractibus minorum, per Authent. Sacramenta puberum. C. si aduers. vendit. & l. 3. C. si min. se maior dixer. Vis enim iuramentorum reliqua omnis iuri ciuili incognita ex iure Pontificio repetenda est. Et ad utrunq; illud ius respexerunt Interpretes illi, qui supradictas tres iuramenti species ex omnibus causis indistinctè definiunt. Voluntarium enim illud esse dicunt, quod pars parti sine iudice defert contractus confirmandi vel controuersie transigendae causa: idemq; vocant Extraiudiciale. Judiciale illud, cū in iudicio pars parti iudice approbante iuramentum defert. Necessarium quod iudex defert parti. Oldendorpius loco præallegato voluntarium seu extraiudiciale eodem modo definit: sed id quod in iudicio est, dicit exigi vel ad præparationem cognitionemve iudiciorum rectè exercendam, ne quid per fraudem eorum qui in iudicio versantur incidat, quod euertat veritatem, ut est iuramentum calumniae, testimonii dicendi, cautionis, iudicis vel advocati & similia, quod iuramenti genus iudiciale & necessarium

farium rectè appellari potest: vel ad decisionem litium, quod Decisorium iuramentum est. Neutri placet. Utrique enim in extremis sunt, priores quidem illi deflectendo nimis ad theoriam iuris civilis, hi verò posteriores praxin cum theoria ineptè confundendo, non distinguentes ea quæ distingui & debuissent & potuissent. Oldendorpius autem nullam theoriæ aut iuris civilis, sed usus duntaxat rationem habuisse videtur. Rectè igitur à nobis fiet, si ea quæ theoriæ sunt iuris Civilis retineamus, cum ea autem ius Canonicum & usum ita coniungamus, ut utrique sua constare possit autoritas. Res autem ita se habet, ut sub eo titulo qui in iure Civili est de iurejurando, iuramentum consideretur, ad eum duntaxat effectum, quatenus controversiæ inter duos pluresve eo deciduntur. Hoc omnes illæ leges, quæ sub eo titulo & in Digest. & in Cod. collocatæ sunt, evidenter arguunt, in quibus multoties verbo decidendi jurisconsulti & Imperatores utuntur, atque ita ex Gajo Jurisconsulto quamprimum in lege prima Digest. de iurejurando jurisjurandi religione decidi controuersias affirmatur,

L 3 non

non quidem iuramenti cuiusuis, sed eius tantum de quo sub eo titulo dicturus erat Justinianus. Atq; ad hoc iuramentum pertinet illa iuramenti definitio à Clemente Alexandrino proposita, qua iusiurandum dicit esse certam definitionem litis, quæ sit cum obtestatione diuina. Quàm angustè igitur iuramentum sub eo, quem dixi, titulo accipiatur, nemo non videt. Sed pleriq; iuramentum illud de re quauis controuersa, siue in ius aut iudicium deducta sit, siue nõ sit deducta, intelligi volunt. Quid verò si tentauerimus iuramentum illud non de quauis controuersia, sed de ea tantum quæ in iure vel iudicio iam sit, & propriè lis dicitur, accipiendum esse? Tum enim lis propriè est, cum in ius seu iudicium deuentum est, antequam eò deueniatur, controuersia potius est quàm lis. Nam lis omnis controuersia est, non vicissim. Varro lib. 6. de lingua Latina, res, ait, quæ in controuersia est, lis dicitur. At litium expediendarum causa iurisurandi religio introducta est, & cum auctoritate iudicis controuersiæ deciduntur, necesse est eas in iure vel in iudicio versari, & obseruauit in legibus semper mentionem fieri

fieri litis seu litigatorum, controuersia autem nunquam, aut certè ut in d. l. l. cum eiusmodi aliqua adiectione, ex qua appareat controuersiam non intelligi promiscuè quãvis, sed eam quæ in jure seu iudicio iam versetur. Quin & edictum prætoris de hoc jurejurando conceptum ejusmodi erat, *SI IS CUM QUO AGETUR CONDITIONE DELATA JURAUERIT*. Atq; ita profectò est, ut si leges sub hoc titulo colligas, omnes de juramento circa rem in jus seu iudicium deductas loqui animadvertas, excepto initio d. l. jusjurandū 17. quod de juramēto extra iudicium delato, atq; ita de eo quod circa rem, non quidem litigiosam, attamen controuersam interponi solet, loquitur. Ceterum hoc juramentum Digestorum Compilatores fecerunt triplex, Voluntarium, Necessarium & iudiciale: Gajus duplex, ut unum sit ex pactione litigatorum, alterum ex auctoritate judicis d. l. l. D. de jurejur. melius quàm illi. Nam sub eo quod ex pactione litigatorum venit, rectè utrunque illud Voluntarium & Necessarium comprehenditur. Verùm tamen diuisio accomodanda generi accom-

L 4 modis

modata est speciei, quod in arte viciosū est, ut Logici docent. Sunt enim præter eam juramēti speciem, qua lites deciduntur, complures aliæ, quæ non minus juramenta esse possunt volūtaria aut necessaria aut judicialia, atq; illud. Quæ in jure quidem civili ejusmodi sunt, ut non nisi in litibus locum habeant, lites tamen iis non deciduntur, sed vel processus judiciorū, vel quæstio, quæ in judicium deducta est, & merita causæ, ut loquūtur, continet, informentur. Inter ea autem principem locum obtinet juramētum calumniæ, quod & propter calumniam dicitur, ideoq; peculiaris ei in Codice assignatus est titulus, & forma ejus aliqua in Digest. etiam descripta est in l. de die, 8. in fin. D. qui satisd. cog. cautio juratoria, juramentum testium, juramentum personarum judicii, juramētum in litem, quod ipsum etiam suam propriam habet rubricam in Digestis proximè rubricæ de jurej. subiectā. Eadem etiam juramēta ius Pontifi. agnoscit, quod præterea introduxit iuramentum malitiæ, iuramentum purgationis, iuramentū super taxa expensarum & liquidationis, iuramentum dandorū & respondendorū, & generalissimè iura-

juramentum quodvis quod non in iudicio tantum, sed etiam extra iudicium, & non de re controversa tantum, sed etiam de re non controversa interponi possit. Juramentum igitur quod iure civili valde angustum erat, iure Pontificio factum est latissimum, & quod iure civili non nisi litibus accommodabatur, id iure Pontificio accommodatur promiscue negociis omnibus, ut his quæ non valent, robur addant, illis autem quæ valent confirmationem. Ex quo vulgatum illud Canonistarum, ut iuramenta omnia quæ citra dispendium salutis æternæ servari possunt serventur. Usus igitur iuramenti qui est de iure Civili, idem est de iure Pontificio, non vicissim omnis iuramenti usus qui est de iure Pontificio, etiam est de iure civili. Jus civile iuramentum regulariter in litibus duntaxat agnoscit, ius Pontificium etiam in litibus ea agnoscit, sed præter eas in negociis etiam quibusvis aliis: Juramentum de iure Civili adiunctum est iudiciorum, de iure Pontificio etiam non iudiciorum: & tamen omnia illa eiusmodi sunt ut sint voluntaria, vel necessaria, vel iudicialia. Ut igitur iuramenta omnia,

quantum ejus fieri potest, ad certa genera redigantur, & suo quæq; loco collocentur, jusjurandum unum de causa non controuersa, aliud de causa controuersa interponi solitum dico. Hæc mihi summa videtur esse ex utroq; jure distributio. Nam distributio ista qua judiciale unum, aliud extrajudiciale dicitur, meo quidem judicio propria est juramenti eius quod de re controuersa interponi solet. De re enim non controuersa interpositum judiciale non est, quia ad iudiciorum constitutionem aut meritorum approbationem nihil facit, atq; adeò neq; Extrajudiciale dicitur, eò quòd privatio præsupponat habitum. Id enim iuramentum solum extrajudiciale est quod de re interponitur, quæ & ipsa in iudicio deduci possit. Juramentum itaq; de re est non controuersa, vel de re controuersa. Quod de re est non controuersa, est interpositum de negotio aliquo quod geritur gestumve est, estq; vel confirmando, ut sunt iuramenta conventionibus apposita pleraq;: vel personas fidei astringendo, quod est in iuramento subiectionis à subditis siue in pace siue in militia, & in iuramento fidelitatis à vasallis ex usibus

bus feudorum præstando. Verùm hæc iura-
 mēta, ut dixi, ferè iuris sunt Pontificii & feu-
 dalis, & sunt voluntaria simpliciter vel quo-
 dammodo. Simpliciter voluntaria sunt illa,
 quæ adhibentur Conventionibus: quodā-
 modo illa, quæ à subditis & vassallis præstan-
 tur. Hæc enim aliquam habent iuris ne-
 cessitatem, illa nullam omninò. At ius ciui-
 le id potissimum agnoscit, quod de re est
 controuersa: Controuersa autem in iure
 quæ litigiosa est, ut dixi, vel extra ius. Extra
 ius controuersa deceditur iuramento quod
 semper est voluntarium. Distributio igitur
 ista iuramenti ad causam duntaxat pertinet
 litigiosam, quæ in iure est, hoc est, quæ con-
 trouertitur apud prætorem vel apud iudi-
 cem à prætore datum. Ex quo est ut iuramē-
 tum iudiciale hîc non opponatur Extraiu-
 diciali, sed Voluntario & Necessario. Omne
 autem hoc in iure spectatur. Quid autem
 sit in iure esse aut fieri ex capite primo repe-
 tendum est. Controuersia itaq; quæ in ius
 sunt deductæ deciduntur iuramento. Et ef-
 fectus quidem communis est, sed causa iu-
 ramenti præstandi eadem non est semper.
 Ut enim ex Gaio supra retulimus, una ex pa-

&ione est litigatorum, altera ex autoritate
 judicis. Pactio igitur vel autoritas judicis
 post juris autoritatem, quæ summa semper
 est, litem decedit, adhibito medio seu instru-
 mento, nempe jurejurando. Ita decisio ef-
 fectus est, causa efficiens jus, cui subordina-
 tur pactio partium vel autoritas judicis, cau-
 sa efficiens instrumentalis, jusjurandum.
 Atq; hoc loco tētari posset, an non, ut maxi-
 mē juramenti & jurisjurandi appellationes
 promiscuè usurpentur vulgo, ex usu juris di-
 stinguendæ essent, ita, ut juramentum dica-
 tur quodvis aliud super re non controversa
 interpositum, jusjurandum interpositum
 super re controversa, cō quòd hoc decidan-
 tur causæ merita, nēpe quid juris sit, hoc est,
 ut quis juret de jure suo, quod cōmune est
 juriurando de quavis re controuersa inter-
 posito: at de litigiosa præterea etiam, quòd
 in iure apud prætorem, vel in iudicio apud
 iudicem iuretur. Quod ex eo confirmatur,
 quòd sub titulo Digest. de iureiurando nus-
 quam iuramentum, sed semper iusiuran-
 dum dicatur, iuramentum illud, de quo
 sub titulo illo tractatur, quod ita Iuriscon-
 sulti veteres proprietatis vocabulorum stu-
 diosi

siosi accuratè observarunt, & ut ex Constitutionibus Imperatorum sub tit. C. de reb. cred. positis apparet, etiam Imperatores ipsi, excepto Justiniano nostro, qui in l. penult. C. eod. ea cōfudit, quod idem postea à Pontificibus factum est. Omne igitur iusiurandum iuramentum fuerit, non iuramentum omne iusiurandum. His fundamentis positis iusiurandum unum Conventionale facit, aliud Judiciale: utrunq; ita ex causa efficienti, atq; ex eadem etiam utrunq; definiendum & æstimandum, non ex loco. De hoc enim iam dictum est, nempe quòd iusiurandum omne, de quo nunc quærimus, in iure præstetur; atq; adeò hîc, ut ita dicam, locus utriq; iurijurando & Conventionali & Judiciali communis est. Itaq; valdè ineptiunt Interpretes, qui Conventionale illud esse volunt, quod extra iudicium præstetur, atq; ex eo etiam volunt Extraiudiciale dici: Judiciale quod adversarius aduersario deferat in iudicio: Et tamen necessarium non ex loco sed ex causa definiant, ut sit id quod à iudice deferatur parti. Nam ut ex supradictis manifestum est, sermo est Iurisconsultis nostris potissimùm de eo iureiuran-

do quod in iure præstetur, atq; id ipsum faciunt illi duplex, ut dixi, nempe Conventionale & Judiciale, & utrunq; ipsi definiunt ex causa, non ex loco. Ex eorum enim sententia Conventionale iusiurandum illud esse dicemus, quod ex pactione ipsorum litigatorum venit: Judiciale, quod venit ex autoritate iudicis, quæ definitiones totidè verbis à Gajo Jurisc. expressæ sunt in l. 1. D. de iureiur. Quod verò Gaius ait, *ex pactione ipsorum litigatorum*, id Antoninus Imp. in l. 1. C. de reb. cred. ita exprimit, *jurejurando ex consensu utriusq; partis vel adversario inferente, delato & præstito, vel remisso*; quibus verbis Conventionale iusiurandum luculenter describitur; & contra Interpretum opinionem ei tribuitur, quod ipsi aliàs tribuunt iurijurando iudiciali. Et iudiciale quidem simplex est, utpote quod causa cognita per iudicem alterutri partium litigantium alterutra vel etiam utraq; in vita ob inopiam probationum defertur, l. in bonæ 3. C. de reb. cred. At Conventionale est duplex, unum Volūtarium, alterum Necessarium. Voluntarium est iusiurandum à parte cui id delatum est præstitum, vel ei cum præstare pa-

re paratus esset, remissum. Necessarium est
iurjurandum ab eo cui delatum est, relatum
adversario qui detulit. Ita voluntarium est
delatum, necessarium delato relatum, ut-
runq; tamen Conventionale, quoniam
neutrum à iudice est, sed utrunq; à litigato-
ribus, & utrunq; ex conventionione originem
habens. Neq; quòd hoc necessarium est, cõ-
ventionale esse desinit. Necessarium enim
refertur ei qui detulit. At in arbitrio huius
erat deferre vel non deferre. Cùm verò se-
mel detulerit, imputet sibi quòd huic ne-
cessitati sese obstrinxerit, cùm sciret; aut
tertè scire deberet, iurjurandum à se dela-
tum sibi ab adversario referri posse. Ita hìc
idem fit; quod in Conventiõibus aliis, ut
quod ab initio erat voluntatis, conventum
sit necessitatis, quod tamen origine specta-
ta Cõventionale est, imò voluntarium. Qui
enim vult antecedens, idem etiam conse-
quēs velle existimatur. Hinc esse puto, quod
Compilatores nostri utrāq; illam Conven-
tionalis iurjurandi speciem distinctè in
rubrica Digest. exprimere maluerint, nem-
pe ut vel hoc ipso intelligeretur, ex pacto
seu consensu litigatorum iurjurandum non

semper esse idem, sed quandoq; merè voluntarium, quandoque verò necessarium. Ceterùm si ad antiqua ista tempora, quibus Iurisconsulti illi, ex quorum plenissimis Cōmētariis Digesta sunt composita, vixerunt, eorundemq; usum advertamus, verosimile est, omnem illam quæ de iurejurando super re controversa interponendo fuit quæstio, maximè apud prætorem in iure agitatum fuisse. Nam quòd iudicis mentio non nunquam fit, cuius autoritate iusiurandum præstetur, id interpretabimur de prætore, per ea quæ suprà cap. 1. dicta sunt. Prætor enim ita edicebat, *EUM A QUO IUS, JURANDUM PETETUR, SOLVERE AUT JURARE COGAM*, l. Iusiurandum 34. §. ait prætor, D. de iureiuran. Reus igitur aut iurabit, aut si iurare nolit, solvere cogetur, sed à quo? an à iudice? non, sed à prætore. d. §. ait prætor. imò verò etià à iudice, l. delata 9. C. de reb. cred. sin autem Reus iusiurandum retulerit auctori, hic verò iurare nolit, prætor iudicium denegabit. Sane in iudicio etiam iusiurandum locum habebat, & interponebatur: sed quoniam eo præstito vel remisso Reus condemnabatur vel

tur vel absolvebatur, dubium non erat, nullam amplius superesse actionem, cum sententia in rem iudicatam transierat: At cum iuramento præstito aliquando quærat de actione aëtori aut exceptione Reo danda, id omne ad iusiurandum in iure præstitum referendum est. Itaq; in iudicio iureiurando ita controversia deciditur, ut sententiam iudicis saltem declaratoriam accedere necesse sit: in iure verò etiam sine sententia. Utroq; autem controversia omnis perimitur, sed, ut iam dixi, modo non eodem. Ita autem perimitur, ut ex iureiurando quasi quædam novatio introduci videatur. Sive enim aëtor sive Reus iuraverit, iusiurandum illi quidem ad actionem, huic verò ad exceptionem proficiet, de qua utraq; pauca attingam. De actione ita loquitur Justinianus in §. item si quis, Instit. de aëtion. *Si quis, inquit, postulante adversario iuraverit deberi sibi pecuniam, quam peteret, neq; ei solvatur, ex iure iurando aëtio competit, ei qui iuravit, per quam non illud quaritur, an ei pecunia debeatur, sed an iuraverit.* Hæc aëtio in factum dicitur, l. sed si possessori, II. D. de iureiur. l. aëtori. C. de reb. cred. ob id opinor, quòd in

M ea qua-

ea quærat magis quod factum sit ritè, quàm
 quod factum sit rectè, id est, an juratum sit
 ita ut oportet, verè an falsò, nihil interest:
 eademq; utilis actio vocatur dict. l. sed et si
 possess. in fine, leg. si duo, 13. §. 1. l. Quod si
 juravi 29. Digest. de jurejurand. quoniam
 datur ad similitudinem judicati, ut loquun-
 tur Impp. in dict. leg. Actori, non tam ob
 id quòd jusjurandum vicem rei judicatæ
 obtineat, ut legitur apud Ulpian. in l. 1. D.
 quarum rerum act. non det. & actiones ad
 exemplum seu similitudinem aliarum in-
 stitutæ utiles dicantur, ut constat ex leg.
 locum, 17. in fine, Digest. de usufr. idcoque
 magis accommodari quàm dari putantur,
 l. quia actionum, 11. Digest. de præscription.
 verbor. l. 1. Cod. de inoffic. testam. quàm
 quòd actio judicati directæ detur ex senten-
 tia lata à judice in invitum, sententia au-
 tem ex jurejurando non in invitum, sed
 ad voluntatis partium placitum, leg. cum
 proponas, 6. Cod. de reb. credit. seu peti-
 tionem, ut loquitur Justinianus in lege pe-
 nult. §. sive autem. Cod. eodem. Sed an, si
 quis sibi ex causa aliqua deberi, aut rem su-
 am esse juraverit, ex eadem causa de qua ju-
 ravit

ravit actionem habebit? Ita quidem ple-
 rique sentiunt. Ego unam duntaxatactio-
 nem, nempe utilem in factum ex jurejuran-
 do competere existimo. Jurejurando enim
 exemplo judicati prior actio novatur, & u-
 nica causa cur debeatur superest hæc, nem-
 pe quoniam judicatum sit. Atque hoc tot
 locis confirmatur, quot dicitur, dato iure-
 jurando aliud non queri quàm an juratum
 sit: quod plenius tractavit Donellus in com-
 ment. de jurejur. cap. 8. num. 4. Huic tamen
 sententiæ tria valdè ob stare videntur. Pri-
 mum est l. si duo, 13. si quis juravit, & §. Mar-
 cellus, Digest. de jurejurando, ubi affirma-
 tur ei, qui juravit se emisse, dari actionem
 non quidem novam ex jurejurando, sed ve-
 terem ex emto: item ei qui juravit se pigno-
 ri dedisse, dari pignoratitiam. Sed distin-
 guendum est jusjurandum præstitum in ju-
 dicio ab eo quod præstitum est in iure. In
 iudicio præstitum, præstitum est actione
 jam data, ex quo est quasi iudicati actio: In
 iure præstitum, præstitum est actione non-
 dum data, imò iudicio nondum consti-
 tuto. Actio data novari potest, extin-
 gui potest: non etiam actio nondum data.

At verò nos accipimus id, quod dictū est, iureiurando p̄stito ex eo tātū actionem cōpetere de iure iurando quod in iudicio, non quod in iure p̄stitum sit. Verūm ex lectione d. §. si quis iuraverit, & d. §. Marcellus, liquidò apparet, actionem ullam nondum fuisse datam. Itaq; mirum non est, cū causa actionis sublata non sit p̄torem actionem ex emto petenti & iuranti se emisse, actionem dare ex emto secundum petitionem eius: quod idem dicendum est de eo qui pignori dedit. Alterum est l. sed si 7. §. si petenti. D. de public. in rem action. cuius species hæc est: Mihi petenti rem, quam possidebas, tanquam meam, tu iusiurandum detulisti: iuravi in iudicio meam esse, ait Jurisconsultus competere mihi actionem Publicianam in rem, nec ullam actionis utilis ad exemplum iudicati mentionem facit. Sed respondetur, actionem Publicianam non dari antequam res tradita sit, & postea amissa. Ut autem res tradatur, agitur in factum ex iureiurando: ut verò res ex causa iusiurandi tradita & postea amissa restituatur, tum demū Publiciana competit: adeoq; actor rem primū aufert actione in factum,

factum, tum deinde si eam amittat, recuperat Publiciana, quia ex iurisiurandi causa factus est non dominus, sed bonæ fidei possessor. Tertium est, l. illud. 25. §. 1. D. de constitut. pecun. unde vulgò colligunt, eum qui iuravit sibi constitutam fuisse pecuniam, de constituta pecunia nihilominus agere; ac proinde actionem veterem remanere, etiam si iuratum sit. Sed id ex illo paragrapho pessimè colligitur, cuius sensus genuinus hic est, non constitui, nisi quod debetur: at ex iureiurando deberi, de eo autem quod debetur dari actionem, cui consequens sit, ut id de quo actio est iurisiurandi rectè constituatur, atq; ad eò de eo actione constitutoria rectè agatur. Hoc postremum Donellus non attigit: priora duo una conciliatione absolvit d. c. 8. n. 4. ut actio quidem revera sit ex iureiurando, eò quòd solo conitatur, quia iuratum sit, sed nominatenus fieri ut dicatur esse ex emto, pignoratitia & publiciana. At verò cur ita nominaretur, nisi revera etiam esset? Verba propter res sunt inventa, atq; hæc quæ illis denotantur, non alias accipimus. Et Iurisconsultorum prudentia indignum est dicere, actionem ita

M 3 . nomi-

nominari, sed eam actionem non esse. Atque tam facile fuisset dicere, ex iureiurando actionem dari in factum vel utilem, atque dari seu competere actionem ex emto, pignoratitiam & Publicianam. Et de actore quidem, qui iuravit, haftenus: sequitur videre de Reo. Quod si igitur actor Reo iusiurandum detulerit, isq; se non debere iuraverit, omnis obligatio ipso iure perempta esse censetur, sive verè sive falsò iuraverit, eamq; ob causam actori aduersus iurātem, eiusvé heredem actio amplius non dabitur, nisi uno illo casu, si ambigatur, an iusiurandum datum, id est, praestitum sit, necne, ut tùm si agatur, Exceptio iurisiurandi praestiti opponatur, leg. nam posteaquam, 9. Digest. de iureiur. ad quem casum omnia illa, quæ in libris iuris de Exceptione iurisiurandi dicuntur, referenda esse arbitror. Ceterùm quin is actor, qui dominus est negotii de quo agitur, quiq; negotiorum suorum administrandorum ius habet atq; potestatem, Reo eiusmodi iusiurandum deferre possit, & quin Reus eo praestito aut remisso liberetur, non est dubium. At verò procuratorem, si neq; universorum bonorum

norum administrationem sustineat, neq; si idipsum nominatim ei à domino mandatum sit, neq; si in rem suam procurator sit, iusiurandum deferentem audiendum non esse, Julianus scripsit, quem Ulpianus refert in l. aliàs autem 18. D. de iureiur. Cur autem audiendus non sit, idem Ulpianus rationem subiicit hanc, *ne postea reus, qui semel iuravit, à domino conveniatur*. Nempe ad duo leges respiciunt, Unum, ne iuramentum præstitum sit sine effectu: & alterum, ne periuriis fenestra aperiatur, atque si periurium commissum sit, de eo amplius non quærat. At verò si ad delationem iurisiurandi à procuratore factam Reus iuraret, alterutrum horum fieri posset, nimirum ut aut iusiurandum sine effectu constituatur, siquidem negotii domino adhuc liberum sit agere, cum iusiurandum non sit delatum ab eo qui deferendi potestatem habuit, aut ut de periurio agatur, aut certè utrunque. Nam ut maximè Procurator de rato caverit, quid si dominus ratum habere nolit? Sanè domino liberum erit agere nihilominus:

M 4 quid

quid si dominus ea actione obtinuerit, Reus autem victus ex stipulatione contra procuratorem qui jusjurandum detulit, agere velit? sanè iudicio isto aliud nihil arguetur, quàm Reum jurasse quidem, sed pejerasse, quorum hoc turpe est, illud neq; ex auctoritate iudiciorum, neq; ex parte jurantis satis tutum. Non igitur audiendus est procurator iuramentum deferens, ne tùm quidem, cùm etiam cautionem de rato offert. Verùm ponamus, Reus ad delationem procuratoris iuraverit, sed à domino eadem de re omninò, de qua iuravit, conueniatur: an ipsi Exceptio iurisiurandi, seu quòd iuraverit, dabitur? quod mihi non est verosimile. Quomodo enim contra eum excipiet, qui iuramentum non detulit, qui deferri non mandavit, qui ratum non habuit, qui procuratori universorum bonorum administrationem non commisit? & quamnam iurisjurandi istius vires esse possint, quod perinde habetur, atq; si præstitum nunquam fuisset? Si tamen Reus omninò exceptione illa uti volet, licebit utiq;, ita tamen, ut cogatur docere liquidò se iurasse. At hoc modo Reus probandi onus, quod aliàs actoris erat,

erat, in se transfulerit. Consultius itaq; Reo fuerit, exceptionem ejusmodi non opponere, sed actionem à domino intentatam excipere, maximè quod verosimile sit ex eo, quòd procurator Reo jusjurandum detulerat, eum probationibus defecisse, cùm juramentum vix ac ne vix quidem quis delaturus sit, qui probationibus sese probè instructum & munitum noverit: atq; adeò ipsum etiam dominum probationibus defecturum, Reumq; absolutum iri. Et hoc est, quod Ulpianus dicit, si dominus petet, cogi docere reum se liquidò jurasse: sed an casu quovis? non opinor, sed eo duntaxat, quo opposita est domino exceptio jurisjurandi, quod Ulpian. mihi satis expressisse videtur verbis sequentibus, *posita scilicet exceptione*: quasi è contrario, si Reus exceptionem illam non opponat, non etiam cogatur docere liquidò se jurasse. Quod si commo jurisjurandi à se præstiti uti volet Reus, sanè leges hoc illi concedunt, hoc tamen incommodo, ut doceat liquidò se jurasse. Nam simpliciter docere se jurasse non sufficit, nec relevat, sed Exceptio ita demùm eum relevabit, si docuerit liquidò se jurasse.

Sed quid hoc est, *liquidò se iurasse*? Accursus exponit, *liquidò*, id est, *apertè, scilicet, quòd non debeat*: quam interpretationem confirmare videtur iste quem ex Demosthene locum citavit Cuiacius lib. 5. obseruat. cap. 33. ubi *αφῶς* dici videtur, quod hîc *liquidò*, id est, *clarè, dilucidè, perspicuè*. Hanc Accursii interpretationem sequuntur pleriq; omnes, ut sensus sit, cogi Reum docere *apertè & perspicuè* se non debere, quemadmodum etiam se minimè debere iuraverit: sed eam Fr. Duarenus lib. 1. disputat. cap. 2. exagitat, & mavult vocem, *liquidò*, idem significare quod *verè*, quod Eguinarius Baro in manual suis ita accipit, ut is qui *liquidò* se iurasse docet, id doceat iurasse se *verè* nec debitum fuisse, cùm ceteroquin domino deferente iusiurandum satis sit iuratum esse, nec quærat^r *verè* an *falsò*. Hanc Duareni expositionem Johan. Robertus lib. 3. sentent. cap. 2. Accursii glossam defendens improbat. Verùm enim *verò* utriusque illius expositionis diversitas in verbis magis quàm in re ipsa mihi esse videtur. Quid enim ad rem interest, *apertè* an *verè* iurasse dicatur, cùm in eo conveniat omnibus, Reum cogido-

gi docere se iurasse, quod revera non debeat? Nam quod ad verba attinet, absurdum non est, verum quid esse, quod tamen non sic apertum aut manifestum, sed verum esse probationibus apertum aut manifestum faciendum sit. Non autem satis est probare non deberi, sed oportet etiam id doceatur liquidò seu manifestò, ut ex probationibus evidentibus constet etiam, non ex iuramento duntaxat revera non deberi. Cogitur itaque docere Reus, liquidò se iurasse, id est, quòd non debeat, non tam ob id quòd se non debere iuraverit, quàm quòd ex probationibus legitimis constet, quòd omninò non debeat. Nihil enim impedit, aliquid nõ deberi propterea quòd iuratum sit, ut tamen idem revera debeatur, quandoquidem iuramento Ciivilis tollitur obligatio, quatenus civilis est, manente eo quod est naturale. Quare liquidò, id est, apertè iurasse, ad modum probandi debitum pertinet: sed liquidò, id est, verè iurasse ad debitum ipsum quod apertè & manifestò probandum sit. Ex quo non ineptè illi, qui utranque illam interpretationem coniunxerunt, & liquidò

jurare illud esse dixerunt, quod est jurare verè, & aperta ac manifesta veritate. Eandemq; Accursii mentem fuisse arbitror, eò quòd non simpliciter interpretatur, *liquidò, id est, apertè*, sed addit *scilicet quod non debeat*: Id verò est ita apertè jurasse, ut juraverit etiam verè. Qui autem vocem *liquidò* ad probandi duntaxat modum, qui apertè ac manifestò faciendus sit, referunt, næ illi interpretationem faciunt ejusmodi, ut ex ea vox *liquidò* potius conjungenda sit cum verbo *docere*, quàm cum verbo *jurasse*, idq; re ipsa faciunt, qui verba textus ita reddunt paraphrasticè, cogi reum docere apertè & perspicuè se non debere, quemadmodum & se minimè debere juraverit. At verò hoc præter mentem est interpretum. Nam communiter eò itum est, ut extra omnem dubitationem positum esse videatur, vocem *liquidò* cum verbo *jurasse* conjungendam esse. Non tamen ineptè meo quidem judicio tentaverit quis vocem *liquidò* conjungere cum verbo *docere*, ut post vocem *liquidò* ponatur distinctio, & post eam legatur se iurasse, sed an simpliciter se iurasse? minimè, sed iurasse sese, cum antea, nempe in processu illo, in quo

quo iuratum erat, exceptionem in iure fundatam actioni intentatæ opposuisset, eandemq; in factò probasset, ut ita vox *posita* cum effectu accipiatur, & sensus sit, ita demum reum qui ad delationem procuratoris iuraverat, absolvi ab actione à domino de novo intentata, si liquidò docuerit & probaverit duo, unum se iurasse, alterum se exceptionem à sese actioni oppositâ legitime probasse. Atq; utrunq; hoc si probaverit, quid mirum Reum absolvi? Non enim tam iuramentum spectatur quàm probatio Exceptionis, qua actio eliditur, cuius probatio tantò est fortior, quòd ad eam etiam iusiurandum accesserit. Imò verò ut iuramentum non accessisset, absolvi tamen Reus debuisset. Non ineptè, inquam, forsitan quis ita tentaverit, affirmare tamen hîc nihil auserim. Præterquam enim quòd formula illa *liquidò jurare* veteribus in usu fuerit, ac verosimiliter exinde huc translata, valde mihi suspecta est in Digestis phrasis illa *docere liquidò*, aut, *probare liquidò*, nec memini ullum locum in istis, quibus Iurisconsulti ita locuti sint, nisi quis manum Triboniani Ulpiano admotam esse, quod compluribus

locis aliis factū est, dicere velit. Nam Imp̄p̄
 & Triboniani tempore dictionem illam in
 multo usu fuisse ostendunt hi Codicis loci,
 l. 2. C. de petit. hered. l. 2. C. de jure dot. l. 1.
 C. de testament. milit l. 1. C. de privileg. fis-
 ci, & illi quibus *probatio liquida* dicitur, l. si
 quis testib. C. de testib. l. si tutor petitus C.
 de pericul. tut. & curat. l. 2. Cod. qui testa-
 ment. facer. possunt. In Digestis sanè *liquidò*
compertum est uno loco inveni in l. Divus
 Marcus 14. D. de officio præsid. sed sunt il-
 la constitutionis non Jurisconsulti verba, &
 præterea ad effectum probationis, non ad
 probationem ipsam, de qua nunc sermo
 est, directa. Sed ut maximè vocem *liquidò*
 jungamus cum verbo *inrasse*, idem ta-
 men omninò sensus non incommodè in-
 de elicietur, & tùm interpretationem Dua-
 reni Accursiana veriore esse apparebit, si
 utraq; inter se comparetur, & alterutra se-
 quenda sit. Quid enim sit *liquidò iurare*, ipse
 Ulpianus satis interpretatus videtur, ut li-
 quidò jurasse dicatur *posita scilicet exceptione*.
 sed quali? non utiq; jurisjurandi, sed exce-
 ptione ad elisionem actionis initio à procu-
 ratore, postea verò à domino intentatæ cō-
 para-

parata. Duo igitur Reus adversus dominum deducet, unum quod juraverit, alterum quod fecerit id liquidò, id est, quod præterquam quod juraverit, exceptionem à se oppositam etiam legitimè probaverit, atq; ita non opposuerit duntaxat, sed etiam posuerit & confirmaverit: quæ exceptio etsi confirmata & probata satis fuerit, jurejurando tamen etiam ex abundantì sit asserta. Ita liquidò jurasse se dicit, id est, juramentum esse præstitum, quod nitatur liquidis & legitimis probationibus, ut liquidò probare aliud nihil sit, nisi probatò jurare. Juravit igitur Reus super exceptione opposita, & legitimis probationibus deducta, quam exceptionem si liquidò probatam esse Reus docuerit, absolvetur, nō propterea quod juratū antea fuerat, sed quia exceptio erat probata, & probata jurejurando cōfirmata: sin minus, condēnabitur, ut maximè antea juraverit, quia exceptionē suā non probaverat.

Literas nescire quid sit. ubi explicatur l. 6. in fine. D. de excusat. tut. & §. similiter, Instit. eod.

CAPUT VIII.

MUnera publica detrectari, nec possunt nec debent. Id enim si liceat, non erūt,

qui munera necessaria in rebus publicis ob-
 eant, l. 1. D. de vacat. & excusat. mun. In eo-
 rum autem numero est tutela, l. οὐ μόνον. §. is
 qui. D. de excusat. tutor. l. Filiusfam. 9. D. de
 his qui sui vel aliē. iur. sunt. Cogi igitur quis
 potest, ut tutor sit, & tutelam administret, l.
 si quis magistratus, 9. D. de muner. & honor.
 l. 3. C. de suspectis. Sed quod ius detrectari
 noluit, ab eo concessit, ut sese quis excusare
 possit. Quibus autem modis, aut ex quibus
 causis à tutela quis se excusare possit, exposi-
 tum est sub rubr. ff. C. & Institut. de Excusa-
 tion. tutor. & curat. Inter eos modos an à
 iure relata sit ἀγανματία, qua voce Aelianus
 utitur, hoc est, literarum imperitia, aut, si
 per Latinos ita nobis loqui liceret, litera-
 rum penuria seu carentia, videndum est.
 Paulus Iurisc. relatus à Modestino in l.
 τὰρ δὲ, 6. in fine. D. de excusation. tutor. scri-
 psit, Eius qui se neget literas scire, excusatio-
 nem accipi non debere, si modò non sit ex-
 pers negotiorum. At Justinianus Imp. in §.
 similiter, Instit. eod. ait, eos qui literas ne-
 sciunt excusandos esse, Divum Pium rescri-
 psisse, quamvis & imperiti literarum pos-
 sint ad administrationem negotiorum suf-
 ficere.

ficere. Qui duo loci inter se collidi videtur,
 ut id quod in quæstione positum est, à Paulo
 & Modestino negari, à D. Pio & à D. Justinia-
 no affirmari videatur. Accursius & commu-
 nis Interpretum schola æquius esse putant,
 ut secundum Pauli sententiam D. Pii rescri-
 ptum intelligatur, nimirum ut illiterati excu-
 sentur non omnes indistinctè, sed qui ne-
 gociorum sint expertes, cogendis etiam iis
 illiteratis qui aliorum negocia aut sua rectè
 administrare cognoscuntur. Illiteratos e-
 nim si usu rerum periti sint, sufficere posse
 ad negociorum administrationem, Dd.
 communiter asseverant in l. certi. D. de ju-
 dic. per l. expertis, C. de decurion. & l. final.
 C. de jurisdic. omn. judic. Cujacius noster
 in comment. suo ad l. 6. in fine. D. de excu-
 sat. tutor. idem statuit, quòd illiterati excu-
 sentur negociorum expertes, negociorum
 periti non excusentur: veruntamen ab ea-
 dem sententia mox recedere videtur, dum
 ait, videri D. Pium illud mutasse in d. §. Si-
 militer, ut cum ante eum, sicut dixi, distin-
 gueretur, postea ex ejus constitutione indi-
 stinctè illiteratus quivis sive peritus sive ex-
 pers sit negociorum, excusationem merea-
 tur,

N tur,

tur, eò quòd necessaria sit literarum scientiã ad rationes cõficiendas, ut in paupere & rustico quidẽ distinctione utamur, nõ in illiterato: quam opinionẽ amplectitur doctissimus Gothifred. in suis ad §. final. notis, ubi cum in textu asseritur excusationẽ accipi nõ debere, ipse addit, hodie recipi per d. §. similiter. Verũ quò minus Cujacio assentiar facit, quòd Paulũ Jurisc. non ante, sed diu post D. Pii tempora sub Alexand. Imp. vixisse historiã me docuerint, ut è contrario dicendũ potius videretur, si omninò quid mutatum esse quis urgeat, id quod à D. Pio simpliciter rescriptum erat, postea mutatũ esse, & cùm ex Constit. D. Pii omnes illiterati excusarentur, successu temporis invaluerit, ut illiterati excusarentur quidem, sed non omnes & quivis, sed illi tantũ, qui negociorum etiã expertes essent. Atq; à D. Pio hac in re nihil esse immutatũ ipse Justinianus disertè satis expressisse videtur in d. §. similiter. Indistinctè enim dicit D. Pium rescripsisse illiteratum excusandum esse: atq; hæc est regula, ut Pacius Jurisc. doctissimus, amicus meus, annotavit. Exceptio autem regulæ huic protinus subjicitur, *quamvis & imperiti &c. quæ* exce-

exceptio non ex rescripto D. Pii est, sed ex
 sententia & distinctione Pauli supra relata
 desumpta, quam Justin. illis verbis approbat.
 Rescriptum ergo D. Pii non ex mente D. Pii
 sed ex mente Justiniani secundum distinc-
 tionem Pauli accipiendum est, & ineptè illi qui ex
 d. §. similiter, excusationem imperitiæ hodie
 recipi scribunt, cum eadem recipiatur ex d. §.
 sin. Ante Paulum igitur ex rescripto D. Pii illi-
 terati quivis excusabantur: tempore Pauli
 illiterati expertes literarum & negotiorum
 excusabantur, illiterati autem expertes qui-
 dem literarum, sed periti negotiorum non ex-
 cusabantur: eamque distinctionem Paulus in
 comment. suum retulit, & Justin. in compila-
 tione Digestorum & Institutio. approbavit.
 Ita D. Pius solam posuit regulam: Paulus
 solam exceptionem, Justinianus utraq;
 Qua interpretatione admissa Paulo cum Ju-
 stiniano perbellè convenit. Non ignoro
 Wesembecium virum præstantissimum in
 d. §. similiter, verba ista, *quamvis & im-*
periti literarum possint ad administrationem
negotiorum sufficere, ita interpretari, ac si
 Imperiti literarum, etsi negotiorum peri-
 ti sint, excusentur à tutela ipsa, quia in hac

confici inventarium & conscribi rationem
 necesse sit, veruntamen à procuratione ne-
 gociorum non excusentur, eoq; reliquistu-
 toribus velut administri adjūgi possint. Ve-
 rùm interpretatio illa, tanti viri pace hoc
 dixerim, nullo juris textu subnixa est. Nam
 quòd ad illius probationem affert l. Athle-
 tæ, 6. in fine. D. de excusat. tutor. ejusmodi
 est, ut interpretationem istam potius con-
 vellat. In loco enim modò dicto quæritur
 non de excusatione, quam habeant imperi-
 ti literarum à negociorum procuratione,
 sed de excusatione, quam habent tutores
 vel curatores dati à tutela vel cura, propte-
 rea quòd literarum imperiti sint: & de his
 dicit Paulus, quòd non excusentur, intellige
 à tutela vel cura, si modò non sint expertes
 negociorum, ut ex eo constet, quòd reli-
 quis tutoribus non velut administri adjun-
 gantur, qui negocia tantùm procurent, sed
 ipsi tutores sint & maneant excusatione nō
 accepta. Et sanè nisi hoc ita accipiatur, tutor
 vel curator illiteratus omni casu, sive peri-
 tus sive expertus sit negociorum, excusationē
 habebit à tutela vel cura, quod contra men-
 tem & verba est tam Pauli, quàm Justiniani,
 qui

qui distinctionem admittunt, quam Cujacius & Wesembecius perperam repudiant. Sed nec ratio quam uterq; attulit ejusmodi est, ut à sententia nostra nos dimovere debeat. Nam si omninò necesse est inventarium confici & rationem conscribi, eaq; est ratio, ut literarum imperiti sine ulla distinctione excusentur, cur non ob eandem rationem ipso potius jure tutela & cura non valet? Quid enim si imperiti literarum tutores vel curatores dati sese non excusaverint? annón eo casu fatebuntur illi, etiam imperitos literarum tutores vel curatores fore? Si autem tutores vel curatores esse possunt, ut esse possunt, si sese non excusaverint, ex ratione illa id quod volunt illi, non efficiunt: præsertim cùm rationi illi alia via satisfieri queat. Nam ut Inventarium quidem à tutoribus vel Curatoribus conficiendum sit, id tamen licet faciant ipsi per se vel per Notarium, qui eo casu imperitiam ipsorum peritia sua suppleat: ut autem rationes conscribi necesse sit, an ullo juris textu id probari possit, nescio, atq; ut omninò & istud necesse sit, cur non æquè fieri illud posset per aliū, siquidem confectio rationum tam diffici-

lis non sit, quàm negociorum procuratio?
 Nam valdè probo, quod Duarenus scribit
 lib. 1. disputat. cap. 3. imperitum literarum,
 sed negociorum peritum vicaria amicorū
 opera aut ministrorū in cōmentariis suis &
 ephemeridibus conscribendis uti posse, sic
 ut fit in Inventario ab herede faciendo per
 final. §. sin autem dubiū. C. de jure delib.
 sin autem quid ob imperitiam suam secus
 in conficiendo inventario aut conscriben-
 dis rationibus fiat, est quòd tutor vel Cura-
 tor sibi ipsi hoc imputet, cū eo ipso, quòd se
 non excusavit, industriā suā professus sit, aut
 certè peritiores cōsulere debuerit. Unde ve-
 rò probabitur imperitos literarū adjūgi pos-
 se tutoribus & curatoribus ut ministros?
 cur imperiti literarū adjungentur literarū &
 fortè etiam negociorū peritis, & cur nō peri-
 ti potius peritis adjungētur, si adiunctio ul-
 la hoc casu facienda est? & si omninò admi-
 nistri duntaxat sunt, cur æquè atque tuto-
 res & Curatores ipsi ex administratione &
 procuratione sua tenentur, neque meliori
 jure partim ob id quòd imperiti sunt, par-
 tim quòd sunt nudi ministri, & non tu-
 tores vel Curatores ipsi, utuntur? & cū
 adjun-

adjuncti illi non sint tutores vel Curatores, unde probabitur eos à negociorum procuratione sese excusare non posse? Nam si à tutela & Cura quis excusare se potest, quæ tamen munera sunt publica, cur non etiam à procuratione negociorum, quæ privati est muneris, ad cujusmodi munus ne invitus quidem cogi potest, ut adeò excusatione opus non sit. Et valdè, meo quidem judicio, ridiculum est, in tutore & Curatore cōstituendo majorem haberi literarum peritiæ rationem, quàm peritiæ administrationis, cùm potissima tutelæ & Curæ pars in recta negociorum administratione posita sit, minima aut ferè nulla in literarum peritia. Nam & aliàs, quàm inepti plerunque sint negociis administrandis literarum periti, notissimum est, ut non abs re Fr. Balduin. in d. §. similiter. scripserit, non ineptè fortassis nos dicturos negociorū imperitos excusari, quāvis literarum nō sint imperiti. Sic itaq; sentio, imperitos literarum tutores vel curatores esse posse. Si enim esse nō possent, quid excusatione illis esset opus? at eo ipso, quòd sese excusare necesse habēt Tutores vel Curatores esse possunt, cū si sese non

N 4 excu-

ton. Goveanus vir ingenii acutissimi lib. 1. lection. cap. ultimo, Citare dicit esse voce præconis vocari coram magistratu. Multò rectius dixissent, si simpliciter dixissent, Citare esse per præconem vocare, ut definivit Barn. Briffon. lib. 3. de verbor. significat. quandoquidem Citatio per præconem fieri possit etiam tùm cùm judicium quidem nondum est, futurum tamen esse speratur, ut cùm quis juris sui experiundi causa non ab ipso suo adversario, sed ad petitionem adversarii à præcone in jus vocatur, imò verò cùm judicium omninò nullum est, neq; futurum speratur, atq; omninò extra judicium, quod compluribus exemplis & ex nostris & ex aliis scriptoribus probatis comprobavit Johan. Robert. lib. 3. sentent. cap. 7. & Plutarchus in Gracchi vita, quod Latini Citare dicunt, ipse Græcis dicit esse ἀνακαλιῶσαι τῆ σάλπιγγι. At verò Citatio per præconem scriptura à magistratu emissã fiebat, quæ Citatio Plauto in Gurgul. libello fieri dicitur, Jurisconsultis nostris Edicto, ut in l. Senatus 15. §. divus Hadrian. conjunct. l. Arianus 42. in fine D. de jure fisci, l. 1. C. de assert. tollend. & passim, & quòd ternis literis Reū
 commo-

commonefactum scribunt Diocletian. & Maximian. Impp. in l. consentaneum C. quomod. & quand. jud. sentent. profer. deb. id fieri Paulus dicit trinis literis vel edictis lib. 5. sentent. tit. 5. §. trinis, & Hermogenian. tribus edictis l. contumacia 53. §. 1. D. de re judicat. *Literas vel edicta*, ait Paulus; erant nimirum illa, quod ad effectum citationis attinet, eadem, sed videntur mihi modo fuisse distincta, quippe quod edicta loco publico, unde recte legi possent, affixa fuerint, literæ verò ad reum ipsum trāsmiffæ, quod etiamnum usu receptum est. Itaque citatio omnis à præcone ejusq; ministerio expeditur, sed interdum ipsius voce, interdum vero edicto publicè affixo, jussu magistratus seu judicis, à præcone tamen, quò pertinet d. l. Senatus & l. inter 10. de publ. judic. & ea quæ notavit Cujac. ad d. l. penultimam. Non imperitorum igitur abusus est, ut putavit Duarenus, quod citationis vocabulū amplius, atq; ipse faciat, accipitur, sed peritorum usus, qui sub Imperatoribus, quorum cōstitutiones in conspectu positæ sunt, vixerunt, qui si constitutiones ipsi non descripserunt, at certè illis usos esse constat, &

E quò

est actio ad exhibendum, actio quod metu
 causa, interdicta. Corasius ibid. n. 9. & hanc
 & superiorem interpretationem conjungit.
 Verum interdicta, ut ab his incipiam, ad a-
 ctiones reales potius, quam personales refe-
 renda sunt, ut demonstrabitur à me alibi:
 actiones ceteræ, ut maximè in rem sint con-
 ceptæ, principaliter tamen personam respi-
 ciunt, & sub generali vocabulo *faciendi* con-
 tinentur. Quid enim aliud est exhibere, quàm
 facere? quid aliud restituere? quid aliud tra-
 dere? quid aliud reddere? Alios igitur quàm
 hos modos superesse necesse est. Qui verò
 illi? Zasius hinc n. 8. eumq; secutus Mynsin-
 ger. n. 5. intelligendos esse putant omnes
 eos, qui non competunt vel ad dandum,
 vel ad faciendum, & prout controversiæ
 varios habent status, ita varios esse causarum
 figuras per l. 1. D. de obligation. & action.
 Quod quidem ita in genere verum est, sed
 in specie non satis rectè explicant. Exempla
 enim, quæ afferunt, nihilominus, atq; illa
 quæ suprâ sunt allata, sub *faciendi*, cui op-
 ponitur non facere, comprehenduntur, ut
 ne sic quidem Commentatorum fatigatio-
 nes sint sedatæ, quod putavit Mynsingerus.

Sin

Sin autem dicamus, verbis istis intelligi actiones alio jure, quàm obligationis competentes, jure nimirum potestatis, omnis quidem meo judicio controversia sublata est. Hoc ut ita existimem verum esse, movet me primùm, quòd aliàs imperfectior erit hæc actionum descriptio, quæ interpretatione illa cõstituetur perfecta: deinde, quòd Justinianus non ait *aut aliis*, sed copulativè & *aliis*, quasi dicat, agere aliquem actione personali cum eo, qui obligatus est, & non cum eo tantùm, qui obligatus est, sed & aliis quibusdam modis, id est, formulis aliis, à formula illa, *si patet adversarium dare facere oportere*, diversis, & aliis nimirum illis, per quas quærat, an aliquis liber, an libertus sit, vel de partu agnoscendo, ut eas expressit ipse Justinianus in §. præjudiciales. Institut. de action. Alia nanq; formula est sive modus alius actionis personalis ex obligatione, quem in d. §. omnium, refert, alius actionis personalis ex potestate, quem in d. §. præjudiciales, notat Justinianus, quo tamen non minus atq; illo agatur in personam, vel de jure quod in persona sit. Atq; inde est, quod Justinianus in §. appellamus, Institut. de

G action.

action. actiones personales non omnes in genere dicit appellari Cōditiones, sed eas, quæ ita appellantur, restringit ad has, quibus dare facere oportere intenditur: quæ sane restrictione opus non fuisset, nisi idem etiam ipse Justinianus sensisset, esse præter illas actiones quasdam personales, in quibus formula ista nō usurparetur, quemadmodum in actionibus realibus, quæ una voce Vindicationes dicuntur, ejusmodi nullam restrictionē factam esse videmus. Quare ita de actione personali constituamus, quod sit actio, quæ personæ cohæret, eamq; ubi ubi est consecratur. Ut autem actio illa personæ cohæreat, necesse est, ejus esse causam aliquam. Ea causa est in personis ipsis, seu in ipsarum jure. Prout enim aliud & aliud personarum jus est, ita & actio personalis, licet in genere una sit, in specie tamen alia atque alia erit. Jus autem personarum, ut dixi, in potestate est, & obligatione. Hinc si cui actionem personalem causis suis describere libeat, suprâ dictæ definitioni addat hæc verba, *quæ persona vi potestatis aut obligationis cohæret.*

Inqui-

Inquiritur de duobus difficilibus locis, qui
occurrunt in §. æquè si agat quis, Institut. de
actionibus. CAP. V.

Sunt in eodem titulo Institut. de actioni-
bus, duo loci perquam difficiles in §. æ-
què si agat quis, de quorum intellectu vero
hïc aliquantò accuratius inquirere placuit.
Prior est in verbis illis, *veluti, si quis agat, jus
sibi esse aliùs ades suas tollendi*: posterior in il-
lis, *Quod genus actionis in controversiis rerum
corporalium, & quæ ibi sequuntur usq; ad fi-
nem paragraphi illius*. Quod ad priorem at-
tinet, Interpretes vulgò existimant ex verbis
istis nodum oriri inexplicabilē. Cum enim
naturalis libertatis jure liceat unicuiq; ædi-
ficare, tollereq; etiam in infinitum; l. cujus
24. D. de servitut. urban. præd. l. aliùs, C. de
servitut. & aqua, Justinianus & ociosè & ri-
diculè actionem in rem prodere videtur de
servitute quæ tamen non sit. Et magis auget
difficultatē, quòd paulò post ait, actionem,
qua intendo tibi jus non esse aliùs tollen-
di, esse negativam, cum tamen certum sit,
qui hoc modo agit, vindicare sibi servitu-
tem aliùs non tollēdi prædio suo debitam,
quæ natura est actionis Confessoria. Ac-
cursius, cùm hoc animadverteret, scripsit

G 2 actio-

actionem, qua quis intendit sibi jus esse al-
 tius tollendi, esse Negatoriam, & rursus a-
 ctionem, qua quis intendit adversario suo
 non esse jus altiùs tollendi, esse Confesso-
 riam, ideoq; hanc alieno loco positam esse
 inter exempla actionis negatoriae, & illam
 alieno loco inter exempla actionis confes-
 soriae: & jus altiùs tollendi interpretatur
 Accursius in eo casu, si eras in quasi posses-
 sione servitutis domus meae, ne mihi lice-
 ret altiùs tollere, ut si velim ædificare, agam
 actione negatoria, per l. si fortè 6. §. 1. D. si
 servit. vindic. Etsi enim verba affirmativa
 sint, actionem tamen vi ipsa intentari ne-
 gative, eò quòd domum meam tuæ domui
 servitutum debere nego, & per consequens
 jure naturali licere mihi altiùs tollere, asse-
 ro. Verùm hanc Accursii interpretationem
 pleriq; rejecerunt omnes, secuti sententiam
 Joan. Fabri. Hic enim cùm videret liberta-
 tem ædificandi altiùs non esse perpetuam,
 sed illam in civitatibus benè constitutis nō-
 nunquam statuto inhiberi, puta, ne ædes ul-
 tra viginti ulnas invito & contradicente vi-
 cino tollantur, existimavit, hoc casu rectè
 agi posse Confessoria altiùs tollendi, si fortè
 vici-

vīcinus ædificare permiserit, eamq; interpretationem confirmavit tribus juris textibus l. qui luminibus, 11. D. de servitut. urb. præd. l. 1. C. de servitut. & aq. & l. 1. C. de ædific. privat. quam diligenter exposuit & secutus est post alios Eguinar. Baro in §. prædiorum, Institut. de servitut. & Donellus post hæc scripta à me visus in d. §. æquè, n. 12. vers. Quando igitur hæc accidunt, & ab Jasonis impugnatione defendit Zasius in intellectu. suis singular. & Ludov. Gomez. in d. §. æquè. At restringendo hanc rem ad jus municipale, præter Jasonem, rectè animadvertit Coras in l. 1. D. de servitut. & lib. 3. Miscellan. cap. 24. violari & miserè constringi legumlatorum verba, quos de statutis locorum particularibus cogitasse verosimile nō est, cum primis in hoc juris compendio quo generalia magis traduntur, componendo, eamq; Fabri sententiam d. §. æquè nequaquā convenire pluribus confirmavit Bern. Walther. lib. 1. Miscellan. cap. 4. Jason omnem difficultatem sublatam arbitratur, si, quod in textu dicitur, *edes suas*, interpretemur, *edes vicini*, quod ipsum etiam Gomezio displicet, & verum non esse probatur

textu d. §. prædiorum, & l. hæc autem jura,
 6. D. de servitut. urban. prædior. Gomezius
 nihilo feliciter hanc rem expedivit. Quod
 enim assumit, in jure non esse infrequens,
 ut exempla alieno loco ponantur, quod in
 d. §. a què factum sit à Justiniano, hoc illud
 ipsum est, de quo quaritur, an Justinianus
 illud hoc loco fecerit necne, & verò ipsum
 non fecisse verosimilius est, præsertim quòd
 expressè subjungat, actionem altiùs non
 tollendi negativam esse. Waltherus d. cap.
 4. statuit Justinianum non hoc agere, ut a-
 ctiones confessorias à negatoriis distinguat,
 sed ipsum sine ullo discrimine confessoria
 negatoriaq; actionis primùm affirmativa,
 deinde negativa utriusq; actionis exempla
 recensere, aliudq; esse dicere actionem ne-
 gativam, aliud negatoriam, ac si actio alti-
 tiùs non tollendi negativa quidem sit, sed
 non negatoria. Sed hoc affirmare ut novum,
 ita falsum est. Præterquam enim quòd a-
 ctionem negatoriam à negativa distingue-
 re commentitium est, juris etiam textui in
 l. utifruj. D. si usufr. petet. in quo negativa
 actio absq; omni controversia nulla est alia,
 quàm negatoria, adversatur, neq; erat ut
 Walthe.

Waltherus ad illud suum vel præceptoris sui commentum comprobandum afferret I. 2. D. si servit. vindic. quoniam actio quidem illa quæ ibi confessoria opponitur, negatoria dicitur, sed quin eadē negativa dici possit, ibidem non negatur: & nimium assumit sibi Walther. quòd *proprie* actionem illam negatoriam dici scribit, cum vox illa in textu non reperiatur, nec ullus alius juris locus sit, ex quo illam negatoriam *proprie*, negativam *improprie* dici probari possit, ut præteream Gomezium eo ipso à Walthero refutatum esse, quòd Justinianus *expresse* subjungat, actionem *altius* non tollendi negativam esse, quam nisi de negatoria accipiat, refutatio ista sibi ipsi non constabit. Franc. Balduinus casum in d. §. æquè, ita poni mavult, ut si antea servitutem ædes *altius* non tollendi tibi constituisssem, eamq; servitutem mihi remisisses, ea remissione novum jus mihi quæsitum esse intelligatur, ut nimirum vi ac potestate illius, si velim, *altius* mihi tollere liceat, de quo jure, utpote remissione illa nova mihi servitute constituta confessoria detur, si quis *altius* tollentem me prohibeat. A qua sententia non videtur

G 4 detur

detur alienus esse Fr. Hotoman. qui eandem confirmat textul. si domus, 21. D. de servitut. urban. præd. & l. si mihi 20. D. de servitut. rust. præd. Sed ne hoc quidem modo difficultas illa mihi sublata videtur, quoniam remissa servitute altiùs non tollendi, non constituitur protinus nova servitus altiùs tollendi, sed naturalis illa altiùs tollendi libertas, quæ prius fuit, redit. Servitute enim remissa libertas pristina altiùs tollendi impedimento sublato quasi reviviscit, quæ erat quasi defuncta, propter servitutē altiùs ædes non tollendi prius constitutam, sicut de seruo manumisso ait Accurs. in l. manumissiones D. de justit. & jure, quòd manumissione nova libertas ipsi nõ obueniat, sed vetus, qua illi jure naturali frui licebat, detegatur. Neq; verò lex ulla est, in qua dicatur, eo casu jus altiùs tollendi, ut servitutem de novo constitutam esse, quin potius servitute sublata libertatem præstari disertè docet Paulus JC. in l. 4. in fine, D. de Usucapion. Loquitur enim eo loco Paulus de eo, qui, cum servitutem deberet altiùs non tollendi, tamen per legitimum usucapiendi tempus altiùs ædificatum habuerat, eod; casu

casu cùm libertas vetus redeat, quid impedit, quò minus pacto vel stipulatione aut ejusmodi aliquo actu servitute priori sublata, restituatur libertas pristina? præsertim cùm ipsi etiam Jurisconsulti ita senserint, atq; in his Ulpianus in l. 4. §. competit, D. si servit. vindic. & African. in l. si priusquam 15. D. de oper. novi nunciat. Et verò fatentur Interpretes, si hoc casu agatur, libertatem vindicari, non servitutem, quod tamen secus fieret, si remissa servitute altiùs nõ tollendi, constituta esset servitus nova altiùs tollendi. Atque hæc etiam ratio Corasium impulit, ut ab illa sententia, quam se etiam aliquando secutum esse fatetur ad d. l. 1. num. 14. recesserit, atque qui hanc amplecterentur non minus, atque priores illos in eodem luto hæcere dixerit in dicto capite 24. Ex quo ipse aliter distinguendum putavit. Scribit enim regulariter cuique liberum esse ædes suas altiùs tollere, idque cùm naturale sit, leges etiam permisisse cuique, dicta lege cuius, & dicta lege altiùs: at easdem leges casus quosdam expressisse, quibus id non liceat invito adversario, liceat si facultatem illam à vicino suo quæsiverit,

quo modo non jure suo seu libertatis, sed jure servitutis altiùs tollere possit: atq; ita altiùs quem tollere posse vel jure suo seu jure libertatis, vel jure servitutis; coq; casu, quo jure servitutis altiùs tollit, confessoria rectè agi, de quo intelligendus sit Justinianus. Casus autem, quibus jure servitutis quis altiùs tollat, quatuor recenset Corasius. Primus est, si quis velit ædificare juxta aream vicini, in qua frumenta conteruntur, & quidem ab ea parte, ex qua tantummodo area ventum habere potest, l. fin. §. fin. C. de servitut. & aqua. Alter est, si quis tollat altiùs obscurando lumina vicini, nec tamen ullam inde sentiat commodum, l. I. §. deniq;. D. de aqu. & aqu. pluv. arcend. Tertius est, in herede, qui omninò vult obscurare ædes legatas lumen penitus recludendo, l. Gaurus, 10. D. de servitut. urban. præd. Quartus & quidem potissimus est, si ædificans excedat formam atq; statum antiquorum ædificiorum, id est, modum usitatæ altitudinis, l. qui luminibus, II. D. de servitut. urbã. præd. l. I. C. de ædific. privat. Hos quatuor esse casus dicit Corasius, quibus altiùs tollere liceat, non jure libertatis, sed jure servitutis,

si vi-

si vicinus eam nobis constituerit. Quæ Corasii interpretatio ipsius nomine dissimulato, non displicet hîc Cujacio in utrisq; notis suis, in casu secundo & quarto; primum autem & tertium præterit, sed conjungit illi interpretationem Balduini & Hotomanni supradictam, atq; ita utranq; istam, sed eo, quod dixi, modo amplectitur. Sic enim in notis prioribus ait Cujacius: *Aut jure meo, aut jure servitutis alius tollo: jure meo* (id est, naturaliter) *si non vicino cessero jus mihi non esse alius tollendi: jure servitutis* (id est, jure impositio, non naturali) *si vicino jam ante cessero, jus mihi non esse alius ades tollendi, ut in l.egi tecum, D. de except. rei judic. l. si domus, D. de servitut. urban. prad. l. si mihi, D. de servitut. rustic. prad.* Et in hoc quidem Cujacio convenit cum Balduino & Hotomano. Verum, quod in unam partem peccavit Corasius in totum ab hæc sententia recedens, id mihi Balduinus & ceteri peccasse videntur in partem alteram, id in totum sequentes. Habet enim utraque sententia aliquid veri, si inter servitutem duntaxat remissam, & inter servitutē cessam distinguamus, quod ita ostendo. Certum est aliud esse remissio-

nem, aliud cessionem contrariæ servitutis; verbi causa si debeas mihi servitutum altiùs non tollendi, multũ interest, illam servitutẽ tibi remittã, aut cedam tibi servitutẽ altiùs tollendi. Nam si remittã tantũm servitutẽ, fundo tuo libertas vetus quæritur, atq; ut ita dicam, postliminio quasi recuperatur, & hujus servitutis remissæ intuitu Corasius ab illorũ sententia, mea quidem opinione, recessit rectè. At si cessero tibi contrariã servitutẽ altiùs tollendi, non tantũm remissã intelligitur Servitus altiùs nõ tollẽdi: sed præterea etiã acquisita nova servitus altiùs tollendi; atq; in hoc casu vera est Balduini ceterorumq; opinio, ut actio detur cõfessoria. In remissione igitur tantũm cõtinetur libertas à servitute; at in cessione, præter libertatẽ alia etiã & nova cõstituitur servitus; atq; hoc idẽ híc annotavit eximius ille Wesembecius, Jurisconsulto, & Germaniæ verum decus, & rectè, multoq; explicatius, quã alibi, tradidit Cuj. tract. 9. ad Afr. in d. l. si priusquã in fine; quam distinctionem cum Interpretes non animadverterent, factum est, ut ex hoc loco commodè sese extricare non potuerint. Pergit Cujac. in notis suis prioribus:

Jure

Jure meo, inquit, ades altius in immensum tollere possum: jure servitutis, vel usque ad certam altitudinem, vel in infinitum, dum tamen inferior vicinus ne gravetur, l. cujus D. de servitut. urban. prad. Aedificare igitur in genere & regulariter libertatis est naturalis: at aedificandi modus rectissime servitute constringitur vel ampliatur. Subjicit Cujacius: *Jure meo si ades sublatas habeo, in earum refectioe, antiquam formam servare non cogor: quod si jure servitutis, servare debeo formam antiquarum adium, quas ipse cum depressas haberem, vicino concessa servitute, is mihi porro concessit, ut altius tollerem: ergo, eisdem fundamentis & eadem servata crassitudine muri, eas reficere debeo, l. qui luminibus, l. servitutes, §. si sublatum, D. de servitut. urban. prad.* Quare si Cujacii & Corasii sententias conjungamus, dicta distinctione adhibita, nihil quidem puto dici posse, quod ad hanc rem attinet, verius: verum haud scio, an ut verè, ita etiam satis accommodatè. Vix enim est, ut Justinianus in Institutionibus illis suis, actionè sibi jus esse altius tollèdi, ad illos duntaxat casus restringere voluerit, idque eò minus, quòd ex inde difficilis admodum esset futura

interpretatio actionis illius, qua quis intendit, adversario jus non esse altiùs tollendi. Itaq; hanc rem accuratius mihi perpēdenti immeritò interpretatio Accursiana explorata esse videtur, qua affirmatur, actionem, qua quis dicit, jus sibi esse altiùs tollendi, exemplum esse actionis negatorix, & vicissim actionem, qua quis intendit, adversario jus non esse altiùs tollendi, exemplum esse confessorix; ac proinde temerè in contrariam vocatum, quomodo Confessoria detur ob servitutum altiùs tollendi. Neq; enim verum est, quod vulgus Interpretum ut verum assumit, Confessoriam affirmativis, & Negatoriam negativis verbis proponi. Quandoq; enim fit contrarium. Unde Interpretes meliores distinguunt, ut Confessorix & Negatorix quædam propriè tales sint, quædam impropiè: propriè, quæ & verborum figura, & vi ipsa sint ejusmodi: impropiè, quæ aliud verbis, aliud re ipsa demonstrent: quod omne hisce exemplis eleganter declarat Cujacius in paratit. D. si servitut. vindic. *Alia*, inquiens, *sunt figura verborum confessoria, veluti jus esse ad eas altiùs tollere jure naturali, vi ipsa negatoria; alia vi & verbis*

verbis confessoria, veluti, jus esse aedes alius tollere jure impositio. Rursus alia negatoria sunt figura verborum, vi ipsa confessoria, veluti non esse jus alius tollere: alia negatoria tam verbis, quam potestate, veluti jus non esse ire agere. Hæc Cujacius, ex quibus colligo, actionem confessoriam & negatoriam, quod ad alius vel non alius tollendum attinet, improprie esse accipiendam; ita, ut quæ actio jus sibi esse alius tollendi hinc ponitur inter confessorias, ea talis sit verbis, at vi ipsa negatoria. Cùm enim dico, jus mihi esse alius tollere, non servitutem sed libertatem vindico, ac proinde nego aedes meas tuis servitutem, quò minus eas tollam alius, debere. Et vicissim, ut quæ actio jus tibi non esse alius tollendi ponitur inter negatorias, ea talis quidem sit, quo ad verba, at vi ipsa confessoria, seu, ut Wesembecii verbis utar, implicatam habens confessoriam. Cùm enim ago, tibi non licere aedes tuas alius tollere, eo ipso assero, aedes tuas meis eam servitutem debere, quo minus eas me invito alius tollas. Atq; ita etiam sentire Cujacium apparet ex d. tract. 9. ad African. ubi idem confirmat autoritate

Theophili. Ceterum quod de servitute al-
 tius non tollendi haecenus dictum est, id
 non est ipsi proprium, sed commune aliis
 servitutibus omnibus, quæ in non facien-
 do consistunt, ut in servitute tigni non im-
 mittendi, atq; in eiusmodi aliis. Etsi verò ex
 his videri possit Tribonianum parum con-
 sideratè actionem de alius tollendo vel nō
 tollendo in hoc paragrapho admiscuisse,
 quo nomine etiam ab Accursio taxari vi-
 detur, putarim tamen Tribonianum de-
 fendi posse, ex eo, quod negari non potest,
 illam confessoriam, hanc negatoriam esse,
 quamvis utraq; minus propriè. Satis enim
 nobis ad hoc fuerit in genere ita dici posse,
 propriè an impropriè nihil interest, quæ
 quæstio speciei magis est, maximè cum Tri-
 bonianus videatur respexisse ad actionem,
 id est, ad formulam & conceptionem ver-
 borum, non ad vim ejus & potestatem: for-
 mula autem cum in illa affirmatiuis, in hac
 negatiuis verbis concepta sit, illa confesso-
 ria, hæc negatoria videbatur, ad quod facit
 d. l. si priusquam, & ibi Nicol. Cisnerus fol.
 (mihi) 60. l. 2. D. de oper. noui nūciat. l. loci
 4. §. fin. D. de servit. vindic. Atq; de contro-
 versia

Versa illius paragraphi priori haecenus: sequitur posterior, non minus, imò plus etiam & quod ad verba & quod ad eorum sensum divexata; de qua antequam dicam notandum esse putavi, in d. *verf. quod genus actionis* duas notabiles poni differentias inter vindicationem rei corporalis & rei incorporalis. Una est, quòd rei incorporalis vindicatio duplex est, Confessoria & Negatoria; rei autem corporalis vindicatio est unica. Negatoriae enim actionis in controversiis rerum corporalium genus proditum nò est, ejusq; ratio manifesta est. Nam in rei corporalis vindicatione quaeritur de rei dominio, de quo actio negatoria inutiliter daretur, si intentans illam rem possideret, si non possideret. Possidens enim, si agat hoc modo: Ajo hanc rem non esse tuam, formula illa nihil agenti proderit, sed eo ipso quod possidet, adversario suo est superior, agens verò repelletur exceptione, *Tu quod petis insus habes* l. i. C. de re judic. l. i. §. penult. D. uti possidetis. Quòd pertinet quod dicit Ulpian. in l. uti frui §. D. si ususfr. petet. de suo, non de alieno jure, quem agere oportere, hoc est: ut rem, quã petit, suam esse dicat, causamq;

H judi-

iudicio probet, non ut eam adversarii esse
 neget. Sanè si possidenti molestia in re fiat,
 complura sunt ipsi de jure prodita remedia,
 quibus adversarius molestiam faciens, re-
 pelli queat. Sed nec magis prodesset non
 possidenti. Si enim tu possideas, ego verò
 ita adversus te agam, *rem tuam esse nego*, ma-
 lè acturus sim. Neq; enim, si res tua non sit,
 ex eo consequens sit, meam esse. Quod meū
 est, tuum non est: at non si quid tuum non
 est, id meum est, cum possit esse alicujus ter-
 tii, l. si inter 15. D. de except. rei judic. Ut igitur
 maximè probavero rem tuam non esse,
 possessione tamē mihi propterea cedere nō
 cogeris, nisi simul illam meam esse proba-
 vero, l. fin. C. de rei vindicat. In pari enim
 causa ait regula juris, possessoris causa po-
 tior est. At in controversiis servitutum, in
 quibus illa locum non habent, non est in-
 utilis. Cū enim ago negatoria, tibi jus nō
 esse, sufficit si de jure tuo probem, & satis est
 de jure tuo causam decidi, ut ea decisione
 rei meæ libertas respectu tui asserta sit. Ve-
 rùm in hoc nulla est difficultas. In altera au-
 tem differētia maximam difficultatem pe-
 perit unus ille casus, cujus Justinianus paulò
 post

post mentionem injicit. Differentia verò illa hæc est, quòd actiones de servitutibus nò tantùm non possidenti, sed possidēti etiam dantur: rei autem corporalis nomine nulla est actio in rem possessori, sed rātùm in possessorem; non quidem quòd confessoria non possidenti, & negatoria possidenti datur, ut nonnulli sensitse videntur, sed quòd utraq; tam possidenti, quàm non possidenti competere possit. Expedit enim sæpè possidenti, ut agat: in confessoria quidem, cum usus possidentis à vicino interpellatur ad retinendam possessionem: tamen si aliquando satius sit, ut, qui possidet, non experiatur ultrò, sed actionem ab adversario potius excipiat propter onus probandi. Et si enim confessoria agens servitutem quasi possideat, probare tamen debet, sibi jus esse servitute uti, & possidere. Neq; enim si possideo, jure protinus possideo. Quare videatis, quì in possessione servitutis est, ut ipsius adversarius, qui non est in quasi possessione libertatis, agat negatoria, qui probet possessionem servitutis injustam esse, id est, violentam, clanculariam, vel precariam vel remissam. Alioqui confessoria agens sive possideat, si,

H 2 ve non

ve non possideat, semper servitutem seu jus,
 quod se habere prætendit, ab adversa autem
 parte negatur, probare debet, non is qui a-
 git negatoria, nisi eo casu, quem mododixi,
 atq; item illo, si figura tantum verborum
 sit negatoria, non etiam vi ipsa, quoniam
 confessoriam hæc sibi habet implicatã, atq;
 ita servitutis assertionem. In negatoria au-
 tem, etiã ei qui in possessione est libertatis,
 duplici ex causa expedit, ut agat, una, quòd
 cum possessor sit, libertatẽ probare necesse
 nõ habeat, quoniã omnis res libera esse præ-
 sumitur, quoad doceatur contrariũ; altera,
 quoniam is, qui se jus aliquod in re habere
 prætendit, jus illud probare cogitur. Atq; ita
 fit, ut idem sit petitor, idemq; possessor tam
 in confessoria, quàm in negatoria, l. etsi for-
 tẽ 6. §. sciendum. D. si serv. vind. non tamen
 in omni, sed in ea tantum, quæ in non fa-
 ciendo consistit. Nam in ea, quæ in patiẽdo
 est, id locũ non habere d. §. sciendum evin-
 cit, qui non simpliciter in servitutibus eun-
 dem & possessorem & petitorum esse juris
 affirmat, sed *in his*, nempe de quibus agit.
 Agit autem de his, quæ in non faciendo
 consistunt, cujusmodi est servitus ne altius
 tolla-

tollatur, ne luminibus officiat. Distinguendæ ergò sunt servitutes urbanæ à rusticis, & urbanarum faciendæ est ea distinctio, ut aliæ consistant in non faciendo, ut ne alitius tollatur, ne luminibus officiat, aliæ in patiendo, ut tigni immittendi, oneris ferendi, stillicidii, avertendi. In servitutibus rusticis non tam possessionis habetur ratio, quia in illis possessio minùs apparet, & hæ servitutes non solum possessione non retinentur, sed propriè loquendo ne possidentur quidem, cum sint incorporales, quam ob causam etiam eas non usucapi Juriscons. ait in lege 14. D. de servit. At in servitutibus urbanis secus est, quoniam eæ per superficiem possessione retinentur, ut puta servitus stillicidii per stillicidium avertum in arcam tuam, tigni immittendi, per tignum immissum, luminum, per apertas fenestras &c. Ideoq; aptius in iis quæritur, utrum possessori dentur an non possessori earum nomine actiones: atq; tum adhibenda est distinctio illa servitutum, ut si in patiendo consistant, separata sint jura possessoris à jure petitoris, aliusq; possessor sit, alius petitor. Verbi gratia, si tignum habeas immissum, possessor

sum seruitutis, & possessione ista tigni immis-
 missi cum vincam, confessoria in vicinum
 non ago, sed vicino Negatoria necessaria
 est, quia libertatem, eo ipso quod tignum
 immissum est, non possidet: Si verò tignum
 immissum non sit, vicinus meus possessor
 libertatis, nec indiget Negatoria, sed ut mi-
 hi tignum immittere liceat, id Confessoria
 consequar, l. s. §. sed si quæritur, D. si seruit.
 vindic. Sin autem servitutes in non facien-
 do consistant, is qui possessor est servitutis,
 nihilominus ejus potest esse petitor, puta,
 Debes mihi servitutem altiùs non tollendi:
 si nondum altiùs sustuleris, sum possessor
 servitutis, quam retineo per superficiem: sin
 autem altiùs tollere velis, & contra seruitu-
 tem facere, necessaria mihi fuerit Confesso-
 ria, ut te ædificare impediam, etiamsi pos-
 sessor sim servitutis. Nisi enim confessoria
 agam, teq; præveniam, possessionem serui-
 tutis amitto, quoniam in alieno nihil ha-
 beo, quo possessionem retineam. Et ut sum-
 matim dicam: Si sit servitus, quæ in non fa-
 ciendo consistit, tunc sive contra seruitu-
 tem quippiam innovatum sit, siue non, i-
 dem petitor est & possessor: quod si servitus
 sit in

fit in patiēdo, jura petitoris & possessoris separata sunt. Atq; hunc unum illum casum esse, quem in latioribus Digestorum libris apparere Tribonianus affirmat, facile crediderim, si casus ille accipiendus esset in vindicatione rerum incorporalium, & nisi idē etiam esset in confessoria & negatoria, quæ de Usufructu datur, ut textus est in l. penult. §. fin. D. si usufruct. petet. Ceterum ex hac inter vindicationem rerum corporalium & incorporalium differentia duplex in textu Justinianeo difficultas oboritur. Cū enim dixisset Justinianus, in controuersis rerum corporalium non esse proditum genus actionis negatiuæ, per quam quis neget rem esse actoris, quoniam in his agat qui non possidet; subjicit, *Sanè uno casu qui possidet nihilominus is actoris partes obtinet.* Ubi primum quæritur, quid sit illud, quod innuit, esse genus quoddam actionis, per quod quis neget rem esse actoris. Si enim rem actoris esse nego, præsupponitur, ut sit aliquis, qui ea de re aduersus me agat, aduersus quem vicissim mihi actio detur, qua rem petitam ipsius esse negem. Hoc cū absurdum esse videretur, quidam hoc intelligendum esse

H 4 puta-

putarunt de auctore, cui facultas quidem agendi est, neq; tamen agit: quod valde est infirmum. Opponit enim Justinianus inter se possidentem, & non possidentem. Non possidenti actionem dari affirmat aduersus possidentem: possidenti autem, aduersus quem non possidens agit, non dari vicissim actionem, qua neget rem agentis esse. Eadem infirmitate laborat, quod aliquando credidit Franc. Hotomanus, pro *auctoris* legendum esse *auctoris*, cum lectio hæc diuinatoria sit, nec ullo vel manuscripto vel edito exemplari confirmetur. Altera ipsius conjectura mihi multò est verosimilior, ut nimirum hic locus accipiatur de formulis vindicationum, quæ non possidenti sint proditæ, nullæ possidenti eo modo, ut dicat, At ego rem tuam esse nego, quæ Cujacio etiam hîc probari videtur. Hoc demonstrat oppositio vindicationis rerum corporalium & rerum incorporalium. Rerum incorporalium vindicatio duplex est, qua seruitutes nobis vindicamus, aut aduersario deberi negamus. Cum enim in his non de rebus ipsis, sed de rerum iuribus agatur, rectè negare possum tibi jus aliquod in re, quæ mea est, competere, idq;

re, idq; ad eum effectum, ut res mea libera esse censeatur. At rerum corporalium vindicatio simplex est, nec ullus ejus foret effectus, etiamsi rem tuam non esse probaui, ut supra ostensum est. In hac igitur non aliter obtineo, quàm si rem meam esse probaui: in illa obtineo, si aduersus eum, qui jus aliquod in re mea sibi deberi asserit, probaui id jus ei non deberi, aut certè si ipse asserens jus suum præsumptum non probauerit. Itaq; si agam negatoria, semper præsuppono actorem, hoc est, asserentem sibi jus seruitutis, etiamsi reuera non agat, contra quem rei meæ libertatem vindicem, etiamsi eam possideam, ut ne possessione excidam: at si rem corporalem possideo, ineptè egero, si dixerò rem non esse actoris, id est, ejus qui dicit se rei dominum esse, quandoquidem possessio mihi pro dominio sit, & actore non probante sim absoluendus. Deinde hîc à commentatoribus omnibus sollicitè inquiritur, quis sit unus ille casus, quo qui possidet, nihilominus actoris partes obtineat, & cùm Justinianus ad latiores Digestorum libros nos remittat, in quo vel libro, vel titulo vel lege, casus ille quaerendus &

inveniendus sit. Hic verò tot ferè sunt sententia. quot sunt capita, nec sufficit varietatem esse in sensu, sed præter illam etiam est in lectione. Vulgarem esse hanc lectionem, *sanè uno casu qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet*, cōcedunt omnes, strenuè certè propugnant Anton. Cont. lib. 1. lection. cap. 1. Joan. Robert. lib. 1. recept. lection. cap. 18. Ludov. Charond. lib. 3. verosimil. cap. 2. & 3. & in notis suis ad hunc locum in Institut. quam notam Pacius in suam etiam editionem retulit; verane sit, multi magni nominis Jurisconsulti dubitant; quidam omninò negant; & hi textum emendandum censuerunt, neq; tamen illi eodem modo, sed ex illis alii negationem addiderunt, alii affirmativam quidem retinuerunt, sed ut ad sensum suum detorquerēt illum, alia verba supposuerunt. Aemilius Ferretus primus, quod sciam, autoritate libri cujusdam manuscriptori negationem addidit, ut legeretur, *sanè non uno casu*, quem insectatur Contius d. cap. 1. defendit autem & sequitur Hugo Donellus in commentario suo ad hunc locum, posteaquam hæc scripsissem à me viso n. 35. asseverans aliter legi nec posse nec debere,

bere, quàm *sanè non uno casu*, aut, *sed nec uno casu*, ex quibus tamen illud optimum sit, *sanè non uno casu*, eandemq; negationem etiam idem Donellus intulit Theophilo, apud quem cùm hætenus lectum sit *ἐν ἑνὶ δὲ μόνῳ δέματι*, ipse pro *ἐν* reposuit *οὐκ*. Eandem negativam placuisse Ant. Goveano lib. 1. lect. cap. 41. dicit hoc loco Wesembec. sed Goveanum lectionem non hanc negativam sed vulgarem, secutum esse, ille ipse locus d. cap. 41. ostendit, in quo diversarum lectionum, nedum negativæ ne mentionem quidem facit. Affirmativam retinet Eguin. Baro, sed pro *sanè uno casu*, legit *sanè in hoc casu*, quam lectionem sibi placere dicit Cujacius hoc loco in notis prioribus, atq; melius ita legi notavit hoc loco Crispinus, & post eum Jul. Pacius. Hotomano probabilior videtur hæc lectio, *sanè illo casu*, quam sequitur Wesembecius Gothifredus, & nuper in notis suis posterioribus Cujacius. Idem Cujacius in notis suis prioribus nō abhorruit ab hac lectione, *sanè hoc uno casu*, (quam etiam probavit Ludov. Vitalis lib. 2. lection. cap. 12. n. 2) & præter has ibidē retulit duas alias, *sanè in uno casu*, & *sanè unoq; casu*, quas lectio-

nes omnes Codicum autoritate confirmari testatur. Mihi certè à vulgari lectione, ut aliàs, ita hoc etiam loco recedere religio est, præsertim cùm plurium Codicum autoritate confirmetur, & similis omninò apud eundem Justinianum sit locutio in §. si finium. Institut. de offic. judic. & apud Theophilum etiam Græcum Institutionum paraphrasten in omnibus exemplaribus constanter ita legatur, ad eò ut hætenus illi, præter unicum Donellum, manus admovere ne unus quidem tentaverit. Ceterùm hanc lectionis varietatem fecit sententiarum varietas, de quibus, ut quam quisq; amplexus est, ita textum vel retinuit, vel verba ad sententiam illam torquere & accommodare conatus est. Nam, ne quid ad difficultatem desit, ne in eo quidem inter commentatores convenit, utrùm casus ille de rerum corporalium an incorporalium vindicatione intelligendus sit, & iterum neq; in hac neq; in illa satis convenit, quousq; & de qua specie. Theophilus casum hunc posuit in vindicatione rerum corporalium, ut, cùm regulariter illa non detur possidenti, unus tamen casus sit, quo detur: quis autem ille sit, non
 expli-

explicat. Accursius cùm de eo esset incertus, pro uno duos annotavit, uter autem huc pertineat in medio relinquit, unum nimirum in judiciis duplicibus, videlicet familię exerciscundę, cõmuni dividundo, & finiũ regundorũ, quem Dynus amplectitur, & post eũ Jason, atq; post hunc Schneid. n. 49. alterum in exceptione qualibet proposita à reo possessore, in qua partes sive onera actoris ipse sustineat. Sed dubios lectores Accursi. ut accepit, ita dimittit, quæq; ab ipso afferuntur nec speciẽ veri habere Donell. hinc 27. scribit, ut ne refutatione quidẽ illa digna esse censeat. Petrus de Bellapertica, Faber, Angelus & Zasi. casum illum unũ, de quo Justinianus loquatur hũc esse existimãt, si libertus, qui in possessione est ingenuitatis, cõveniatur, atque is in se probãdi onus se ingenuũ esse utrò suscipiat, per l. circa 14. in fi. D. de probatio. Quod probabiliter dici scribit Donell. n. 30. fateturq; exẽplũ sæpẽ sese movisse, sed tamen re diligẽtius expẽsa animadvertisse, totũ illud dici probabiliter & in speciẽ magis, quàm verẽ. Ante Donell. Coras. li. 3. Misc. c. 23. exemplũ hoc divinatoriũ esse, nec ad verba textus, qui de casu proprio & in Digestis

latius tractato loquatur, referri posse scribit. Placentinus casum istum asserit esse in actionibus præjudicialibus, quem secutus est Mynsingerus, nec displicuit omninò Corasius. Quod si verum est, non satis cautè Justinianus, qui ad Digesta, atq; illa quidem latiora nos remittat, cum de actionibus præjudicialibus in his ipsis Institutionibus, imò in hoc ipso titulo in §. præjudiciales agat expresso, & Justin. videatur hîc loqui de ejusmodi actione, quæ ultrò & principaliter, non incidenter aliis actionibus intentatis objiciatur, secundum l. fundum 16. D. de exception. Atq; hoc cum animadverteret ipse Corasius, verosimilius illi esse videtur in d. §. æquè. & in d. cap. 23. Imperatorem de interdicto uti possidetis sensisse, in quo is qui possidet, actoris vices sustinet, nō autem de actione aliqua, idq; per l. 1. §. fin. D. uti possidet. quam sententiam falsam & planè ineptam esse hoc loco n. 27. Donellus docuit, & mihi displicet. De interdictis enim peculiaris est titulus in Institutionibus, ut ad latiores Digestorum libros nos remittere necesse non fuerit, & loquitur hoc loco Justinianus de actione, quæ ab interdicto diversa est,

sa est, quemadmodum etiam doctrina de actionibus & de interdictis, titulis suis distincta est. Videri etiam possit casum hunc unicum repetendum esse, qui l. Papinianus 8. §. si filius. D. de inoffic. testament. in qua dicitur filium exheredatum, etsi in possessione sit hereditatis, si scriptus heres hereditatem petat in modum contradictionis, querelam de inofficioso inducere, quemadmodum ageret, si non possideret. Verum cum hoc casu filius non propriè agere videatur, rectè Goveanus d. cap. 41. eum casum hinc removendum esse existimavit. Quam ob causam cum recentioribus videretur hic casus in actione de re corporali instituta locum habere non posse, communi ferè calculo in eam sententiam concesserunt, ut sit inquirendus in actionibus servitutum nomine competentibus; in quo tamen ipso etiam illis inter sese non satis convenit. Quidam enim indefinitè eum casum accipiunt de controversiis servitutum, atq; ita in confessoria & in negatoria, voluntq; Justinianum relegando nos ad latiores Digestorum libros respexisse titulum *si ususfructus petetur*, & titulum, *si servitus vindicetur*. Justiniano

enim in more positum esse, ut, cùm ad *Pandectas* seu *Digesta* nos relegat, non legem aliquam aut caput unum, sed semper titulũ aliquem sive librum intelligat, affirmat hoc loco *Cujacius* exemplo §. rursus. *Instit. de action. in quo relatio fiat ad tit. D. ex quib. caus. major. & §. item si de dote. Instit. cod. in quo relatio fiat ad titulum D. de impens. in rem dotal. fact. & §. hæc exempli Instit. de exception. in quo innuatur tit. D. de exception. & §. fin. Instit. de publ. judic. in quo significetur universus ille judiciorum publicorum tractatus, qui sit in *Digestis*. Atq; de controversiis servitutũ casum illum unum accipiendum esse tam audacter sentit *Cujacius*, ut in d. tract. 9. ad *Afric. ad d. l. si priusquam scribat*, casum alium, præter casum servitutum quærendum non esse, eumque apparere in *Digestorum* locis innumeris; nec recessit ab hac sententia in notis suis ad hunc locum posterioribus, & sequitur *Ludov. Vital. d. c. 12.* Sunt qui casum illum restringendum putent ad actionem negatoriam, ut qui possidet, ita agere possit, ut rem adversarii esse neget, alioqui si ad res corporales respiciamus, non uno casu receptum esse,*

esse, ut qui possidet actoris partes sustineat, & interdum actor sit, ut hoc loco exponit Eguin. Baro, cui consentit Fr. Hotoman. qui idem confirmat per l. utifruī §. §. fin. D. si ususfr. petet. l. et si fortè 6. §. 1. D. si servit. vindic. & Anton. Govean. d. cap. 41. Atq; hanc Baronis sententiam se secutum fatetur Anton. Contius lib. 1. lection. cap. 1. tandiu, quamdiu probabiliorē repetire non potuerit; postea verò, ut maximè crediderit casum illum unum reperiri in actione negatoria indistinctè, animadvertisse sese eum non reperiri in omni. Interdum enim negatoria agere eum, qui non possidet, puta, si, postquam ædificatum sit, agam tibi jus non esse altiùs tollendi. Casum autem illum unum idem Contius sibi reperire visus est in d. l. si priusquam, in postrema legis parte, cùjus sensus hic sit, priusquam ædificassem, agebam adversus te Confessoria, jus mihi esse altiùs tollendi; te non defendente, judex jussit cavere, nec novum opus nunciaturum, nec ædificio obfuturum, priusquam ultrò ageres, jus mihi non esse altiùs tollendi, atque à judicio recessum est: postea autem cùm intellexisses, me ædificare

I velle,

Velle, & jam cum fabris agere, ultrò agere cōpisti negatoria jus mihi non esse altiùs tollere; Hoc casu tu possessor es; tandiu eum possides, quandiu ædificatum non est, nihilominus tamen de jure tuo, id est, prædii tui libertate probare debes, quod aliàs facere nō debuisses, sed in eo puniris ob contumaciã, qua prius non defendisti cū ageretur confessoria. Verùm Cujac. hanc Contii opinionẽ in d. l. si priusquam, valde exagitat, negatq; eũ, qui agit negatoria, possessorem esse; sicut enim antea Reus erat, sed postea Actor factus est, ita vicissim ex possessore factus est nō possessor. Agnoscit quidẽ hũc n. 29. Donellus cū casum, in quo, qui possidet, actoris partes obtinet: sed nō minùs & hoc accidere in iis casibus, quos jã antè proposuisset, adjicit, ut inde appareat, ne hũc quidẽ esse unũ casum, in quo id accidat. Etsi verò Wesembecius d. l. si priusquam, malè huc detortã scribat, vix tamẽ intelligas, quid ipse revera senserit. Interpretatur enim utranque lectionem & negativam & affirmativam, atq; id quidem satis obscurè, tametsi ex eo, quòd lectionem illam sanè illo casu, quæ Hotomanni est, non, ut ipse scribit, Baronis, rectiorem esse existimat,

animat, appareat ipsum Wesembecium tum
 quidem approbasse sententiam Cujacii, à
 qua tamen recessit in notis suis ad Com-
 mentarium Schneidvini hoc loco num,
 49. placet, inquit, *magis exemplum ex l. of-
 ficium 9. D. de rei vindicat. cum dominus &
 possessor à depositario, commodatario, & simi-
 libus, qui non possident quidem, attamen rem
 tenent, & restituendi facultatem habent, rem
 suam vindicat*, quod etiam exemplum ante
 Wesembecium videtur nō displicuisse Fr.
 Balduino hic n. 20. & omninò probat Jo-
 han. Robert. lib. 1. lection. cap. 18. atq; post
 illum Ludov. Charondas in notis suis ad In-
 stit. quem sequitur ibid. Pacius JC. excellē-
 tissimus. Quicquid verò tandem sit, recen-
 tiores Jurisc. pleriq; omnes hunc casum in
 cōtroversis servitutum ponūt; quod mihi,
 dicā ipsorum venia, non placet. Sum enim
 cū Theoph. & nonnullis aliis interpretibus;
 in eā sententia, casum unum, de quo Justi-
 nianus hīc agat, de rei corporalis vindica-
 tione accipiēdū esse. Quod evincit primū
 utriusq; vindicationis antithesis, ut vindi-
 catio, quæ rei est corporalis, detur nō posses-
 sori; quæ est rei incorporalis detur possessori

I 2 atq;

atq; etiam, non possessori; quod utrunque cum esset regulare, subiecit Justinianus exceptionem in vindicatione rei corporalis, ut in ea unus casus sit, quo etiam rei vindicatione instituta, is qui possidet nihilominus actoris partes obtineat. Quid enim, cum de controversiis servitutum id regulare esset, opus erat dicere, unum casum esse, quo qui possidet, actoris partes obtineat? absurdum quippe fuerit, quam posuisti regulam, eandem mox ponere exceptionem. Neq; verò hoc loco de vindicatione quæstio est in genere, quatenus sub se utranq; vindicationem contineat, habeatque nonnulla utriq; illi communia, sed de vindicationibus in specie, quomodo & quatenus illæ à se invicem sint distinctæ. Sanè si in genere de illis dicere Justiniano fuisset propositum, quod tamen secus esse ipse textus satis ostendit, nõ fuisset de nihilo, dicere, in illis casum esse unum, quo qui possidet, agat, nimirum si controversia incidat de servitutibus. Deinde ipsa textus series hoc evidenter demonstrat. Cum enim Justinianus prius de servitutum vindicatione dixisset, opponit illi vindicationem rerum corporalium in eo, quòd

quòd hoc actionis genus, (nimirum quod in controversiis rerum incorporalium proditum est,) æquè in cōtroverſiis rerum corporalium proditum non eſſet, quod explicatur mox his verbis: *Nam in his* (intellige, in controversiis rerum corporalium) *is agit, qui non poſſidet, ei verò, qui poſſidet, non eſt actio pro dita per quã neget rem actoris eſſe;* quibus exceptio protinus ſubjungitur, *ſanè uno caſu, &c.* de qua apparere debeat ex Digefſis latioribus. Quòd ſi enim de vindicatione rerum incorporalium caſus ille intelligendus, fuiſſet ille utiq; mox ſubjiciendus doctrinæ illi, quæ erat de vindicatione rerum incorporalium, quod cùm Juſtinianus non fecerit, atq; ut feciſſet, ineptè exceptionem poſuiſſet, quæ eadem ferè linea poſita erat regula, ei omnino eſt conſequens, ut exceptio hæc ſive unus ille caſus ſit in vindicatione rerum corporalium. Quare prudenter quidem illi, qui legendum cenſuerunt: *Sanè illo caſu,* quaſi hæc verba referenda ſint, non ad caſum proximè præcedentem, ſed ad caſum illum priorem, qui erat de ſervitutibus: ſed imprudenter in eo, quòd non animadvertenter, ſi caſus ille ad ſervitutem

controversias referatur, illud ipsum de servitutibus dici exceptivè, quod dictum erat regulariter, & rursus quod dictum erat distinctivè, id hoc modo rursus confundi, imprimis verò, quod dicit Imperator, *nihilominus is actoris*, &c. Quod si ex me nunc quæras, quàmnam ex sententiis illorum, qui casum hunc in vindicatione rerum corporaliū intelligunt, maximè probem, ingenuè fateor, ea de re me valde dubitare. Facilius enim hîc dixeris, quis casus ille nō sit, quàm quis sit. Et sanè si negativè legeretur cū Ferreto & Donello, omnis protinus difficultas sublata est. Ex lectione affirmativa, quæ etiam vulgata est, omnis est difficultas, & tamen propterea illa non tam facilè abjicienda est. Istorum sententia, qui casum hunc ponendum censent in depositario commodatario & similibus personis, haud displiceret, nisi ex ea casus qui hîc dicitur unus, constituerentur plures. Non ignoro Robertum contendere casum illum unū esse, qui quidem si multos complectatur, ut tamen illi omnes in unum reducantur, nimirum in hunc, cū quis ita possidet, ut ipse tamen rei non insistat, remq; detineat; quòd
in ju-

in jure sit usitatissimum, unum simpliciter id dici, quod cum in genere unum sit, in alia tamen multa diducatur. Sed mihi ista conciliatio per omnia non satisfacit. Semper enim manet illud, & fatetur Rober. casus plures esse, aut certe si unus ille casus est, unius illius casus casus esse plures, quod Justiniano non satis convenit. Sententiam Fabri, aliorumque; qui eam amplectuntur non improbarem, si de illo nobis esset sermo, in cujus arbitrium conferretur, utrum actoris partes sustinere velit nec ne; quod tamen vix est, ut quisquam credat, cum malit quisque; ut maxime justissimam causam foveat, onus probandi, propter dubium litis eventum, & quod probationes sunt arbitrariae atque adeo periculosa; in aduersarium transferre, nec presumatur quis se eo, quod necessarium non est, oneraturus esse. Adhuc igitur omnium maxime placet, & placebit, donec de veriori edoctus fuero, sententia Accursii posterior, ut dicamus casum, cujus mentionem hic facit Justinianus, intelligendum esse de eo, qui, cum adversus ipsum, ut possessor rei corporalis, instituta esset rei vindicatio, ejusmodi aliquam exceptionem objecit, quae ut

maximè actor dominus sit rei petitiæ, obsta-
 re tamen possit, quò minus pro ipso pronũ-
 cietur. Etsi enim aliàs actori incubuisset
 probatio, tamen cùm exceptio ejusmodi
 objiciatur, quæ si probata sit, impediatur a-
 ctionem, exceptio illa à Reo omninò pro-
 banda fuerit, ut domini probationem ab
 actore factam irrelevantem esse appareat.
 Dominiũ enim ut maximè probetur, pro-
 batio tamen irrelevantis fuerit, atq; ita nul-
 lius ponderis, si exceptionem suam Reus
 probaverit. Meritò igitur Reus, nisi suc-
 cumbere velit, in ejusmodi exceptione, a-
 ctoris partes obtinebit, id est, etiamsi in pos-
 sessione sit, exceptionem tamen objectam
 probabit, haud secus atq; si in possessione
 non esset, ipseq; ageret, quandoquidem nisi
 eam opponat, atq; probet, simplex possessio
 ei bono non fuerit, sed pro actore dominiũ
 probante pronuncietur. Hoc igitur vult
 Justinianus, Ei qui non possidet, opus esse
 actione in rem, ut rem obtineat; at possidẽ-
 ti actione illa opus non esse, quippe quod
 sufficiat ei, ut ait Ulpianus in l. i. §. interdi-
 ctum, D. uti possidet. quod possideat; at ve-
 rò uno casu fieri, ut licet quis possideat, ne-
 cessa-

cessariò tamen actoris partes obtineat, si modò in causa superior esse velit, qui electione Digestorum observari possit; illum autem casum esse ejusmodi, ut, cum quis in possessione est & convenitur, certum autè sit ipsum dominum non esse, actori objiciat se jure possidere, etiamsi dominium ipsius sit actoris. Ut hoc credam, movet me imprimis, quod Ulpianus in d. §. Interdictũ distinctionem faciens inter interdictum uti possidetis, & inter actionem, quod utrunq; prædii nomine datur, expressè affirmat, interdictum tueri possessorem fundi, id est, eum qui possidet experiri interdicto; at actionem nunquã dari ultrò possessori, quasi dicat Ulpianus, eum qui possidet, non debere agere actione in rem, sed interdicto potius retinendæ possessionis, quoniam hoc possessori detur, illa nunquam, si nimirum actionem quis ultrò intentare velit, secus si non ultrò. Hoc enim verbo, *ultrò*, quod frustra positum non est, Ulpianus limitat regulam illam, quemadmodum illam hoc loco limitat Justinianus, ut existimem, quem hic unum casum vocat Justinianus, eum Ulpianum exponere voce *ultrò*. Quid autem

aliud est ultrò agere, quàm volens & sponte sua agere, ad judiciũ ipse primus provocare, actionem principaliter intentare? & quid aliud, nō ultrò agere, quàm invitus agere, reum esse, atq; si obtinere velit, defendere sese exceptionibus, per quas affirmãdo ipse cùm principaliter reus esset, fiat actor, vel, ut Justin. loquitur, actoris partes obtineat, vel ut actor fiat, sed non ultrò; atq; ita quidem actor fiat, non quidem, quòd propriè actor sit, (quoniam non agit ultrò, sed, nolens) sed quòd sese defendendo illa agat, quæ aliàs actoris sunt propria, id est, probandi onus in se suscipiat, atq; illud etiam, nisi succumbere malit, suscipere cogatur. Hac ratione rectè dicitur uterq; & actor & reus agere, sed ille volens, hic invitus; ille ultrò, hic non ultrò; ille propriè, hic nō propriè; ille agendo, sed non probãdo, quod probare illi necesse non sit; hinc excipiendo simul, & exceptionē oppositã, haud secus, atq; si ipse esset actor, probãdo, ut nisi probet, ipsi sit succumbendũ. Atq; hanc vocem *ultrò*, ut significet sua sponte vel prior, ita frequenter usurpari, præterquam, quòd proprietates vocis per sese satis arguat, ipsæ etiam leges docent, ut in lege-

cũm

eum quis 37. §. nuptura, D. de legat. 3. l. 1. in fi.
 D. de usur. l. 3. D. de condic. caus. dati. lege 2.
 D. de lege Rhod. de jactu, l. si in emtione 34.
 §. item si emtor, Digest. de contrahen. emti.
 d. l. si priusquam, 15. D. de oper. novi nunci-
 at. idemq; locis infinitis alijs tam ex legibus,
 quam ex oratoribus cōprobavit Barn. Briss.
 in suo Lexico. Quomodo etiā doctissimus
 Cujacius vocem illam *ultrò* in d. §. interdi-
 ctum accipiendam esse docet li. 3. observ. c.
 2. circa medium his verbis: *Ultrò autē, id est,*
prior, ut in l. 1. §. interdictum, D. uti possidet. A-
CTIO, inquit, NUNQUAM ULTRO
POSSESSORI DATUR, id est, posses-
sor nunquam prior agit. Prius enim expectare
debet, ut secum agatur, quam ipse de jure suo
experiat. Livius libro primo: Latrones ca-
ptum regi Amulio tradidisse, ultrò accusan-
tes; ultrò, id est, priores, cum ipsi potius latro-
nes accusandi essent. Quod & in illo Terentii
loco, sed his ultrò arrideo, Donatus adnotavit.
 Hæc rectissimè Cujacius, ex quibus colli-
 go, unum illum casum reperiri totidem
 locis in Digestis, quot locis probandi onus
 in actione reali incumbit Reo possessori,
 qui non ultrò, id est, non prior ad judicium

provocavit, sed conventus est, ut de jure suo experiri, non ultrò & spontè, sed invitus experiri cogereetur; Justinianumq; quasi digitum in d. §. interdictum intendisse, in quo casum illum unum eum esse dicit, *SI NON ULTRO AGAT*, qui casus cum multis exemplis in Digestis declaratus sit, non immeritò à Justiniano factum, quòd casum illum unum ex latioribus Digestorum libris repetendum esse existimaverit. De multis illis pauca; & videtur unum esse in exceptione rei judicatæ vindicationi opposita, l. in exceptionib. 19. §. fin. D. de probation. item in exceptione legatarii, quòd defunctus rem alienam esse sciverit, l. verius 21. D. eod. item in exceptione voluntatis mutatæ, l. eum qui 22. D. eod. item in exceptione donationis factæ ab eo, qui jus donandi habuit, l. si ve possidetis, C. de probat. item in exceptione dilatoria, l. in exception. 19. D. eod. item in exceptione scripturæ suspectæ, l. jubemus, C. eod. & ejusmodi multis aliis, quæ in Digestis atq; etiam Codice hinc inde dispersæ leguntur. Ad quod pluribus confirmandum, benè notandum est, quod Justinianus hinc non ait, *sanè uno casu, is qui possidet ni-*

det nihilominus est actor, sed ita, *nihilominus is actoris partes obtinet*. Verissimū enim est, siue rem ipsam spectes siue verba, aliud esse actorem, & aliud actoris partes obtinere, quicquid etiam Cujacius sentiat in d. l. Si priusquam, distinctionem istam exhibilans, sed sine ulla ratione. Actor enim is est, qui ad iudicium prior provocavit: actoris autē partes in probando obtinere potest etiam is, qui ad iudicium prior non provocaverit; quod tot locis comprobatur, quot dicitur Reus actoris partibus fungi. An enim si probandi onus Reo incumbat, ex Reo continuo factus est actor? an, ut simili hoc declaratur, emancipati & nati ex filia, quod iura suorum nanciscuntur, §. Emancipati, Institut. de hereditat. quæ ab intest. defer. propterea fiunt sui? an soror uterina, item filius vel filia sororis tam uterinæ quàm consanguinæ quod jus agnatorum consequuntur, §. hoc autem addendum Institut. de legit. agnat. success. ex eo; Agnati protinus facti sunt? Quid igitur est, ut actor ille esse dicatur, qui ad iudicium prior provocaverit? & quid est, ut iudicium in invitum dari, & Reus fugere dicatur? Negari non potest, quin

Reus probando id faciat, quod principaliter partium suarum, sive officii non est, sed actoris. Nam actori probationem incumbere, omnia jura, quæ de probationibus agunt, clamant; adeo ut Martian. J. C. scripserit, necessitatem probandi semper incumbere ei, qui agit, in d. l. verius & l. frustra C. de probat. nisi forte quis malit, eundem & actorem & reum dicere, omniaque jura accuratissimè, ut res ita appellationes, distinguantia confundere; quam confusionem etiam quotidiana fori consuetudo atque usus improbat. Quin & ipse Ulpianus Cujacio adversatur in d. l. in exceptionibus, affirmans, in exceptionibus Reum partibus actoris fungi oportere, id est, de jure suo probare, probare exceptionem à se propositam, atque ita præstare illud, quod aliàs regulariter ab actore præstandum fuerat. Hoc enim esse petitoris seu actoris, partes sustinere manifestissimis verbis docet Africa. in d. l. si priusquam, in fi. & Ulp. in l. si. D. si liber. ingen. esse dicet. eademque phrasi utitur Scævo. in l. quæritur, § 4. D. de Carb. edict. san. ut partib. suis fungi, est fungi suo munere & officio, l. tut. qui repertorium, § si tutor. D. de administ. tut.

ita

ita ipse, qui revera actor est, nunquam dicetur partibus actoris fungi, quoniam qui partibus alicujus fungitur, hic ab eo, cujus partibus fungitur, est alius: At Reus cum probat, recte dicitur non suis partibus fungi, sed actoris cujus probare proprium est, partibus ipsius in Reum translatis. Non movet me, quod nonnulli scribunt, Justinianum hoc loco tractare de actionibus, non de exceptionibus, de quibus peculiari titulo mox egerit, quasi verosimile non sit, ipsum voluisse aliud excipere, quam quod fuit in regula; cum regula fuerit proposita rei vindicationem non dari possessori, a qua regula fiat exceptio, uno casu dari, scilicet actionem, non exceptionem. Nam si penitus rem totam attendamus, videbitur exceptio illa, *sanè uno casu*, non tam esse facta a regula, quam a ratione regulæ, imò ita etiam a regula ipsa, ut cui ratio insit. Ratio autem cur in rerum corporalium vindicatione actio non detur possessori, hæc est, quod possessori possessio sua sufficiat; quæ ratio, cum valde esset generalis, videbatur hoc inducere, nunquam possidenti quidquam præstare necesse esse, quasi ipsum semper & sine ulla

distinctione sua tueretur possessio, quod se-
 cus esse Justinianus innuit quidem, sed non
 explicat; Nam esse casum unum, quo is et-
 iam qui possidet actoris partibus fungatur,
 & præterquam quòd possidet, probare ne-
 cesse habeat, possessionem illam suam esse
 ejusmodi, ut à se invito illa avocari omnino
 vel eo tempore nequeat. Assumemus igitur,
 ut si possessio non sufficiat, possessori
 non detur quidem actio, quia dum contro-
 versia ipsi non movetur, actione ulla opus
 non habet, sed exceptio, qua intentionem
 adversarii actoris fundatã elidat & perimat,
 quod ut faciat, actoris partes in probando
 obtineat. Antequam enim constet de re
 cõtroversiam esse motam, sciri non potest,
 an possessio possessori ad obtinendum vi-
 ctoriam sufficiat, nec ne. *Nunquam autem,*
 ut dixit Ulpianus, *possessor eam ultrò movebit.*
 Etsi verò peculiaris de exceptionibus à Ju-
 stiniano propositus sit titulus, in eo tamen
 tractatur de natura & vi exceptionum, atq;
 ad eò, quatenus, ut ita dicam, sunt in seipsis:
 hoc autem loco Justinianus exceptionem
 quandam rei vindicationis actioni objici-
 endam attingit, ut sciatur, cuinam in actio-
 ne ab

ne ab auctore intentata probandi onus incumbat, ipsi né agenti an verò reo, quæ res ad naturam actionis intentatæ, quin etiam regulæ istius qua possessio sufficere dicitur, explanatione pertinet. Et cum regulariter incumbat probandi onus agenti, nõ Reo, cui possessio sufficit, utpote quæ ipsi loco probationis sit, si tamen illa non sufficit, fortè q̄ in confessio aut aliunde certum sit, auctorem dominum esse, de jure suo, ut possessionem suam retineat, excipiet, eandemq; exceptionem probabit, quod dum facit, etsi possideat, nihilominus tamen auctoris partes obtinebit. Atq; hic mihi etiam num videtur esse unus ille casus à Justiniano hoc loco notatus, in quo si fortasse minus rectè sentire cuiquam videbor, is meminerit, in ejusmodi controversiis. quæ omnium ingenia torserunt & exagitarunt, per quã esse difficile invenire, quod pbabile sit, nedũ statuere, quod sit certum.

Ad l. l. D. de edendo. CAP. VI.

Quid sit edere, exposuit Ulpianus in l. l. D. de edendo. Inter alia verò ex Labconis sententia scribit, eum edere qui producat adversarium suum ad album, & demon-
K stret,

stret, quod dictaturus est. Ita constanter legunt Pandectæ Florētinae & Haloandrinae, utcunq; nonnulla exemplaria, teste Angelo Politiano in miscellaneis suis, pro *album* habeant, *alium*, nempe, ut ineptè Accursius interpretatur, advocatum vel fidejussorem, & *dicturus*, pro *dictaturus*, quam lectionem Politianus refutat rectè. Sed Alciato constans illa Pandectarum lectio nō probatur. Contendit enim lib. 2. disjunction. cap. ultimo, non *adversarium suum*, sed, *adversaria sua*, legendum esse, quoniam ex lectione vulgata nullus sensus elici possit, nisi is ex verbis extorqueatur. At verò si *adversaria sua* legatur, sensum esse manifestum, & quidem ejusmodi, ut Labeo existimaverit eum edere, qui ad album prætoris adversaria producat, & demonstret rationes illas summam & per notas in eis descriptas, quemadmodum in Calendariis seu libris rationum sit extensurus, etiamsi non omnem rationem, quæ in adversariis annotata est, velit in Calendarium referre, sed aliquam partem tantum: atq; ita Ulpianum interpretatur, quasi edens non Reum quem vult convenire, sed rationum Codicē producat. Quem intel-

Intellectum dum idem Alciat. lib.8. parerg. cap.7. à quorundam argumentis defendere vellet, videtur omninò vulgatā lectionem retinuisse, & *adversarium* in numero singulari accipere pro chartis tumultuariè, & ad memoriæ subsidium confectis, quæ aliàs *adversaria* in numero multitudinis dicātur. Inde Alciatum reprehendendi occasionem suusit Duaren. sed defendendi eum Robertus. Quæ utriusq; contentio cujusmodi sit, ex vero Ulpiani sive Labeonis intellectu probè constabit. Ulpianus edictum de edēdo interpretaturus pro more suo edictum ab æquitate commendat, ejusq; edicti summam hāc proponit, quod omnis qui actione aliqua agere vult, eam edere debeat, ut sciat reus utrum cedere an contendere ultrā velit. A commendatione illa pergit ad interpretationem vocis *edere*, in qua omnis vis edicti erat posita, & qua intellecta facilius etiam intelligeretur quid esset actionē edere. Nam cum non actiones tantum edantur, sed rationes etiam & instrumenta, observandum est, Ulpianum non de omni, sed de ea tantum editione, quæ actionis est, in hoc paragrapho agere voluisse. De instru-

K a mento.

mentorū enim editione est proximè subsequens §. editiones, & de editione rationum alter illum insequens §. rationes. Ex suo autem ingenio Ulpianus cum actionem edere dicit, qui copiam (intellige, actionis, quam allegabat) describendi faciat, vel in libello complectatur & det, vel d. n. q; dicet (ex libello, ut opinor, & dicet adversario suo, qui Reus futurus est). Sed quid illud est, quod dicet aut complectetur & dabit, aut cuius describendi copiam faciet? Actio: ut videlicet acturus vel det facultatem describendi actionem libello comprehensam, vel det ipse actionē à se descriptam, ne Reus eam describere opus habeat, vel deniq; ut acturus voce sua actionem dicet adversario, eandemq; adversario ex ore ipsius excipiat. Ita Ulpianus ex ingenio suo: sed ex ingenio Labeonis addit, eum quoque (ubi particula *quoq;* satis indicat Ulpianum de editione actionis tantum loqui, quod idem animadvertit Accursius ex verbis *vel dicendo* paulò post sequentibus) edere, qui producat (pro quo ex eodem Ulpiano in l. si quis 6. D. de edendo, Stephanus Forcatulus in cupidine jurisperito cap. 17. legit, *perducat*,
 sentu

sensu eodem) aduersarium suum (id est, Reum) ad album, (id est, ad tabulam illam dealbatam, quam eo anno prætor in publico proposuerat, edictis suis in ea descriptis, ut constaret, de quibus causis & quomodo eo anno prætor jus dicturus esset) & demonstrat quod dictaturus est (vel ut Cujacius lib. 8. obseruation. c. 2 p. 15. ex Basilicis legit, & *demonstret ex quo edicto acturus sit*). Hæc Cujacii lectio sensum habet planissimum, sed nec vulgata habet incommodum, atq; in unum sensum utraq; recidit. Edens enim aduersario ad album producto demonstrat, quodnam dictaturus sit, id est, quam actionem illi movere velit, quomodo dictare actionem dicitur à Paulo in l. non distinguemus, 32. §. illud D. de recept. qui arbitr. & ab eodem, dictare iudicium, in l. si seruus depositus, 22. §. final. D. de noxalib. action. ut ita non ille duntaxat ad effectum edendi dictare dicatur, de quo Ulpianus antea dixerat, qui non producto aduersario in publicum priuatim ipsi actionem dicit, sed etiam is qui aduersarium suum simpliciter ad album producit, albumq; ei demonstrando, digito etiam quasi commonstret, quod (intellige,

edictum) dictaturus sit, id est, ex quo edicto sive edicti parte in albo descripti actionem judiciũmve sit dictaturus. Hac ratione ex vulgata lectione, edictum vel edicti pars dictatur, ex Cujaciana dictatur actio ex edicto vel edicti parte: inter quam utranq; lectionem nihil quod ad sensum attinet est, cum utraque idem dicat, sed Cujaciana propriè, vulgata per Metonymiam effectus. Edictum enim actionis causa est, actio edicti effectum, ut cum ex edicto actio dictari propriè dicitur, Metonymicè dicatur edictum ipsum dictari. Ceterum cum Labeo existimaret non esse opus acturo, ut Reum ad album ipsum produceret, atq; ibidem digito demonstraret, ex quo edicto acturus esset, subjicit, *vel id dicendo, quo uti velit*: quo, intellige, edicto, repetendo illud ἀπὸ τοῦ κοινού; plenius ita, *vel id dicendo, quo edicto, uti velit*. Duobus itaq; modis actio editur adversario ad album producto, uno, si demonstrat digito, quo uti velit, altero si dicat tantum, non etiam demonstrat. Hæc si attendisset Rævardus, non necesse habuisset libro protribunal. singular. capite quarto, unum Edictorum, & alterum formularum, atq;

atque ita duplex album confingere, cum
 rêvera unum fuerit, in quod & edicta & a-
 ctiones interdîctaquę relata fuerint, & li-
 citum fuerit acturo vel ipsam formulam
 vel edictum, ex quo formula peteretur, ad-
 versario demonstrare. An edere dicatur et-
 iam is, qui dicit quo edicto uti velit, etiamsi
 adversarium ad locum, ubi album erat, pro-
 positum non produxerit, negare non au-
 sim, quoniam fortasse solenne ita erat, ut ad
 album deduceretur, & Labeo voluisse vide-
 tur non dici edidisse quem, nisi adversario
 producto, si ordinem verborum spectemus.
 Sin autem rem ipsam spectemus, quid vetat,
 quo minus etiam in alio quam in eo loco,
 ubi album erat propositum, acturus dice-
 re potuerit, quò Edicto, quavé formula uti
 velit? Verum enim verò ad universum hoc
 quid adversariis ab Alciato confictis hoc lo-
 co opus est? imò quomodo illa huic loco
 convenient, si vel cum sententia vel cum
 verbis Ulpiani conferantur? Adversaria
 enim dicuntur scripturæ siue Codices tu-
 multuariè & sine ordine memoriæ causa
 facti, ut postea illa, quæ in eis perscripsi-
 mus, in ordinem redigamus, & in tabulas

referamus: summamq; & caput rei memorandæ continent, tabulæ autem rei illius explanationem per causas & circumstantias suas, & illa propter has fiunt, his factis illa ut fiant opus non est, aut si facta sunt, contemptim & promiscuè habentur. Et cùm memoriæ causâ fiant, ut sint quasi admonitoria & indices ejus quod memorandum esse putamus, non malè ex causâ finali doctissimo Turnebo lib. 2. adversar. cap. 11. & lib. 29. cap. 36. dicta esse videntur ab advertendo, sicut Demostheni contra Aphobum dicuntur ὑπομνήματα. Advertere enim quandoq; idem est quod admonere, ut apud Livium lib 4. *advertit ea res Vespasianum*, & lib. 1. ex emendatione doctissimi Lipsii, *Advertatq; ea res etiam Sabinos tanti periculo viri*, & apud Cornel. Tacitum lib. 2. annal. *Octo aquila petere sylvas visa advertere imperatorem*, & ibidem Lipsius in commentario. Coelius tamen Rhodiginus lib. 12. antiquar. lectio. cap. ultimo, Adversaria ex eo dicta esse putat, quòd adversa parte etiam scriptis impleverentur, & per trāsversum quoq;, quod idem etiam probabile est, sed Turnebo magis assentior, quòd & ea sit advertendi significatio,

ficatio, quam dixi, & quòd nemo sit qui neget adversaria in eum usum & finem, quem dixi, primitus comparata fuisse, & hoc utrunq; omnibus adversariis commune sit & ἀνὰ ὅμην, scriptio autem illa etiam adversa parte & per transversum non sit necessaria, ut quæ adversaria dicantur, cum ejusmodi descriptione etiam non facta adversaria nihilominus sint & dici possint, Cujacius sane d. observat. 15. ingenuè fatetur, adversariorum notationem se non habere satis compertam: verùm ut satis comperta non sit, quid interest eam quæ probabilior est eo usq; amplecti, donec certior afferatur, præsertim cùm Turnebi notatio ejusmodi sit, quæ nullam in se habeat difficultatem? Ut autem adversaria illa rectè produci dicantur, non video cur ad album sint producenda. Ad quid enim illa ad album productio? & cur ita potius si ad album producantur, produci rectè dicentur, & non etiam modo alio? aut unde tandem illi, qui adversaria ita demùm rectè produci affirmāt, si ad album producantur, hoc ita esse probabunt? aut quis effectus ejusmodi ad album productionis fuerit? Non dices, id eò fieri, ut acturus

ostendat instrumenta, quibus usurus sit in iudicio. Id enim esset instrumentum edere, non actionem. At verò de actionis editione in hoc paragrapho, in subsequenti autem de instrumentorum editione Jurisconsultum loqui, supra monui. Deinde aliud est actionem edere, aliud documenta, quibus id quod in actione edita & intentata positum est, probetur proferre. Illud enim ad processum formandum pertinet; hoc autem ad causæ ipsius, super qua actio est proposita, merita spectat: atq; illud semper natura prius est, ut plurimum, dixerim ferè semper etiam tempore, hoc posterius, istiusque consequens: atque illud fieri potest etiam extra jus vel iudicium, hoc non nisi in iure vel iudicio. Non negaverim, si ab acturo in actionis editione adversariorum siue instrumentorum mentio fiat, quin illa unà cum actionis editione etiam edenda sint & proferenda, ut Reus eò rectius intelligat, cederene debeat an contendere. Illa enim adversariorum siue instrumentorum editio, non fit principaliter ob ipsa instrumenta, aut ad eum effectum ob quem proferri potissimum solent, nimirum ad proban-

probandum id quod in actione deducitur, sed ob ipsam actionem ejusque editionem plenam, aut ut in foro hodie loquimur, *Die Klage damit zuergenzen*. Ex quo fit, ut processu ad probationem usque deducto, ipsa, nisi in vim probandi repetantur, nihil omninò probent, perindeque habeantur, nimirum quod ad probandi effectum attinet, atque si prolata nunquam essent. Ex eadem causa etiam illud est, ut instrumentorum exempla, sive, ut vocant, *Copias* ad plenioram actionis editionem proferre sufficiat, cum in puncto probationis exempla instrumentorum proferre satis non sit, sed ipsa omninò *Instrumenta*, sive ut vocant, *Originalia* sint proferenda. Quæ cum ita se habeant, rectè quidem *Duarenus* libro primo disputation. cap. 13. *Alciati* sententiam improbavit, sed eam non satis rectè confutavit. Suprà enim ostendi, *Alciatum* legisse *Adversaria*, non *Adversarium*. Quòd enim in *Parergis* legitur *Adversarium*, id vel typographi vicio accidit, ut putat *Robertus* lib. 3. sentent. cap. 13. vel ipsius *Alciati* incuria, quem *adversaria*, non *adversarium*, scripsisse aut certè scribere voluisse, ex eo

satis colligitur, quòd se ibidem ad emenda-
 tionem in disputationibus factam, ubi *ad-
 versaria* scribitur, retulit. Accidit sæpè viris
 etiam non indiligentibus, ut quid ipsi in-
 vitis aut insciis excidat, quod sine calumnia
 accipiendum sit, & interpretandum ex iis
 quæ aliàs scripserunt & senserunt. Quòd au-
 tem à Classicis etiam autoribus instrumen-
 ta produci dicantur, satis comprobavit Ro-
 bertus supradictò c. 13. & usus fori approba-
 vit, ut illis quidquã adjicere necesse non sit.

De jurejurando notabilia quædam.

CAPUT VII.

Jurisjurandi definitiones Interpretes tra-
 diderunt varias, sed quæ partim naturam
 jurisjurandi non exprimant, partim ad om-
 ne jusjurandum non pertineant: quas om-
 nes & singulas, examinare nunc mihi nō est
 integrum. Et sanè cūm alia veteribus fuerit,
 alia nobis jurisjurandi præstandi ratio, diffi-
 cile est jusjurandum omne una definitione
 generaliter complecti. Sed valde placet illa
 Ciceronis, quæ est ad finem libri tertii de of-
 ficiis, qua jusjurandum dicitur esse affirma-
 tio religiosa: quam etiam Cujacio non dis-
 plicuisse video. Distributio veteribus fuit
 duplex,

duplex, nobis hodie una est. Veterib. enim jusjurandum una divisione fuit verum vel quasi, altera Judiciale & Extrajudiciale: nobis hæc posterior sola relicta est, illa verò quæ ad Ethnicorum religionem pertineret, nobisq; aliud juramentum, quàm quod per *Deum* fiat, cognitum non sit, desit. Juramentum autem verum erat, quod fiebat cum obtestatione divina per *DEUM*, quem nos unicuique quidem agnoscimus, Ethnici autem multiplicem habebant, atq; ad eum per plures variosq; *DEOS* jurabant, cujusmodi formulas recensuit Barn. Briffon. lib. 8. de solenn. pop. Rom. formul. Jusjurandum quasi dicebatur juramentum illud, quod per rem aliam quàm per Deum aliquem fiebat, cui tamen ipsi etiam obtestatio divina inerat, quia per rem quidem illam, at respectu & intuitu divini alicujus numinis jurabatur, puta *per salutem suam*, l. qui per salutem 33. D. de jurejur. *per salutem liberorum suorum*, Plin. lib. 2. Epistol. ultim. Senec. controvers. lib. 9. cap. 4. & per vitam suam *ita vivam* Valer. Max. lib. 9. cap. 14. Cicero 2. Epist. famil. 13. & 5. Epistol. ad Attic. 15. per caput suum & liberorum l. ait prætor. 3. §. ult. & l. 4. D. de

jurejur. Ovid. lib. 5. trist. eleg. 8. Martial. lib.
 9. Epigramm. Apulej. lib. 3. de asino aur. per
 oculos suos, Plaut. in Menechm. Scen. ult.
 Ovid. lib. 2. amor. eleg. 16. & lib. 3. amor. eleg.
 2. Propert. lib. 1. eleg. 15. Tibull. lib. 3. eleg. ult.
 Oppressa verò postea à Cæsaribus Republ.
 inualuit mos jurandi per Genium, seu, ut
 Alexand. Imper. loquitur in l. 2. C. de reb.
 cred. per venerationem principis, item per
 salutem principis, quod post cædem Julii
 Casaris à Senatu decretū esse testis est Dio,
 historiæ suæ lib. 44. & Genium quidem *τύ-
 χη* vocat, salutem verò *ὕψιστον*, quod antiquis-
 simis etiam temporibus, & Aegyptiis, ut per
 vitam Pharaonis jurarent, usitatum fuisse
 historia sacra testatur. Atq; juramenti hujus
 meminit Ulpian. in l. si duo, 13. §. ult. D. de
 jurejurando, Tertullian. non uno loco ad
 Scapul. & in Apologet. suo, cap. 28. Apulej.
 lib. 9. de asin. aur. Euseb. lib. 3. histor. Eccle-
 siast. cap. 14. & longè præstantissimum jus-
 jurādum haberi ceptum, quod per salutem
 & genium principis fieret, refert Alexand.
 ab Alexand. dier. genial. lib. 5. cap. 10. Geni-
 um autem Bartolus interpretatur principē
 ipsum, quem Jason sequi videtur ex Bartolō
 sum.

summarium d. 6. ultim. repetens, & probari videtur ex l. 2. C. de reb. credit. ubi jusjurandum per Deum conceptum, & conceptum per venerationē principis sibi invicem opponuntur, ut cūm juramētum per genium seu venerationem principis præstari dicitur, sensus sit, jurari per principem, utpote per majorem, quem juramento nostro colere, & ut Deum venerari voluerimus. Imperatoribus enim olim diuinos honores exhibitos historiā Augustalis testis est, ideoque Caligulam, cūm pro Deo se cōdi vellet, plerosq; honesti ordinis deformatos prius stigmatum notis ad metalla & bestias condemnasse, quod nunquam per genium suum dejerassent, Sueton. in vita ejus cap. 27. autor est, & paulò antè cap. 15. scribit Caligulam voluisse, ut omnibus sacramentis adjiceretur, *neq; me liberosq; meos cariores habeo, quàm Gajum & sorores ejus*: quod idem in historiā suam retulit Dio lib. 15. Accursius tamē mavult genium intelligi Deum principis, quæ expositio Pratejo in Lexico suo videtur nō inepta, eò quòd antiquitas cuiq; homini nato duos Deos quasi connasci fingeret, eosq; geniales, qui Genii dicti sint,

quòd ex lib. 6. cap. 4. dierum genial. Alexād. ab Alexand. satis liqueat, quomodo in d. l. 2. veneratio principis actiue capienda esset, nempe ut juratum sit per eos Deos quos princeps venerari soleat. Id verò ex eo etiam confirmatur, quòd Christiani cum ab ipsis juramentum per salutem principis usurparetur licite, eò quòd siue quis per suam siue per principis salutem juraret, salutis autorem, id est, *DEUM* appellarent, abstinuerint tamen à juramēto per Cæsaris genium, ut testatur Tertullian. in Apologet. cap. 32. quòd didicissent neq; per Deos alienos & fictitios, neq; per creaturam jurare licitum esse, eò quòd jusjurandum esset pars cultus diuini, qui non nisi uni & soli *DEO* præstandus esset. Quam ob causam Arcad. & Honor. Imp. Christiani in l. si quis major. C. de transact. mentionem faciūt ejus duntaxat jurisjurandi quod fit invocato *DEI* omnipotentis nomine, & ejus quod fit per salutem principis, ut qua nominata nominari etiā intelligatur salutis illius autor, qui solus Deus est. Cū autē postea Carolus Magnus etiam per salutem principis jurari vetuisset, unicum illud jusjurandum quod per

DEUM

DEUM fieret, in usu remansit, atq; eo solo etiamnum utimur, ut annotavit **Wesembec.** in comment. in Digest. sub tit. de jurejur. nu. 6. Ut igitur veteribus jusjurandum aliud **Verum**, aliud **Quasi** fuerit, unicum tamen nos quod verum ipsis dictum, fuit, agnoscimus, & ex eo divisio quæ in speciebus est oppositis, nulla superest, quæ in usu sit, vestigiis tantum aliquibus de ea à **Justiniano** in libris juris **Civilis** relictis. Ita restat nobis distributio unica, quæ tamen in ullo textu juris nusquam expressè traditur, nisi quod ex rub. **D. de jurejur.** animadvertimus, jusjurandum esse vel **Voluntarium**, vel **Necessarium**, vel **judiciale**; quas appellationes **Triboniani** & **Compilatorum**, non veterum juris autorum esse cum **Cujacio** & **Donello** sentio. Sed an satis logicè jusjurandum ita distribuatur nescio. Species enim sub eodem genere positæ, ita sibi invicem opponuntur, ut una de altera dici nec possit nec debeat, quod tamen in speciebus illis fieri, ex iis quæ post dicentur manifestum evadet. Sed & definitiones specierum illarum variè ab Interpretibus divexatæ sunt, ut hæc quæ de jurejurando apud **Jurisconsultos**

L

sultos

fultos est quæstio, facta sit difficilior, quod
 idem & Oldendorpius Classe i. action. 9. §.
 ut autem, in princ. animadvertit, scribens,
 Interpretes juramentorum genera obscure
 magis quàm utiliter tractasse. Idq; verum
 est. Nam prout alii ad causam litigiosam, a-
 lii non ad litigiosam duntaxat, sed etiam nõ
 litigiosam de jurejurando doctrinam retu-
 lerunt, ita aliter atq; aliter species illas defi-
 niverunt. Ad causam litigiosam sive con-
 troversam (nunc enim his vocibus æquè u-
 timur) qui respexerunt, voluntarium jusju-
 randum ita definiunt, quod defertur à parte
 parti extra judicium, addunt Græci vel in ju-
 dicio: Necessarium, quod à judice defertur
 in causis dubiis, vel ut Græci malunt, quod
 pars cui delatū est, refert delatori. Judiciale
 quod defertur à parte parti in judicio judi-
 ce delationem confirmante: vel, ut iidem
 Græci malunt, quod à judice defertur. Atq;
 hi juramentum ad res controversas coar-
 ctarunt, idq; ex usu magis juris Civilis quàm
 Canonici moti sunt. Cùm enim ad eam
 quæ de jurejurando in jure Civili instituitur
 disputationem oculos cõvertimus, apparet
 ex collocazione tit. D. & C. de jurejur. eam
 insti-

institui ob id quod in lite versatur. Et sanè initium tit. D. de jurejur. ejusmodi est, ut eo affirmetur, maximum remedium expediendarum *LITIU M* esse jurisjurandi religionem, qua vel ex pacto ipsorū *LITIGATORUM*, vel ex autoritate *JUDICIS DECIDUNTUR CONTROVERSIÆ*: neque ulla omninò sub hoc titulo lex est, quæ non pertineat ad jusjurandum; illud duntaxat quod circa lites sit siue controuersias; adeò ut ne illud quidem cujus mentio fit in l. jusjurandum. 17. in princ. D. de jurejur. ad aliud quàm ad idem illud trahendum sit, utcunq; magni nominis jurisconsulti diversum sentiant: Eodem autem jure Civili in causis extra controversiã positivis vix est ut iurisiurandi habeatur ratio ulla, siquidem actus cui additur si nullus sit, eo nō confirmetur, nec ei qui valet iure, quidquam per id addatur. Unus casus est quo iurte civili ex iureiurando est obligatio, nempe si libertus patrono operas, donū & munus se præstaturum iurauerit, nisi quis cum Cuiacio eam ex stipulatione esse malit: Pactioni autem, quæ aliàs valet, iusjurandum, robur addit duobus casibus, qui uterq; ex

iure constitutionum est, nimirum in trans-
 actione, ex l. si quis maior. C. de transaction.
 & in contractibus minorum, per Authent.
 Sacramenta puberum. C. si aduers. vendit.
 & l. 3. C. si min. se maior dixer. Vis enim iu-
 ramentorum reliqua omnis iuri ciuili in-
 cognita ex iure Pontificio repetenda est. Et
 ad utrunq; illud ius respexerunt Interpretes
 illi, qui supradictas tres iuramenti species ex
 omnibus causis indistinctè definiunt. Vo-
 luntarium enim illud esse dicunt, quod pars
 parti sine iudice defert contractus confir-
 mandi vel controuersię transigendę causa:
 idemq; vocant Extraiudiciale. Judiciale il-
 lud, cū in iudicio pars parti iudice approbā-
 te iuramentum defert. Necessarium quod
 iudex defert parti. Oldēdorpius loco præal-
 legato voluntarium seu extraiudiciale eo-
 dē modo definit: sed id quod in iudicio est,
 dicit exigi vel ad præparationem cognitio-
 nēve iudiciorum rectè exercendam, ne
 quid per fraudem eorum qui in iudicio ver-
 santur incidat, quod euertat veritatem, ut
 est iuramentum calumnię, testimonii di-
 cendi, cautionis, iudicis vel advocati & simi-
 lia, quod iuramenti genus iudiciale & neces-
 sarium

farium rectè appellari potest: vel ad decisionem litium, quod Decisorium iuramentum est. Neutri placet. Utrique enim in extremis sunt, priores quidem illi deflectendo nimis ad theoriam iuris civilis, hi verò posteriores praxin cum theoria ineptè confundendo, non distinguentes ea quæ distingui & debuissent & potuissent. Oldendorpius autem nullam theoriæ aut iuris civilis, sed usus duntaxat rationem habuisse videtur. Rectè igitur à nobis fiet, si ea quæ theoriæ sunt iuris Civilis retineamus, cum ea autem ius Canonicum & usum ita coniungamus, ut utrique sua constare possit autoritas. Res autem ita se habet, ut sub eo titulo qui in jure Civili est de iurejurando, iuramentum consideretur, ad eum duntaxat effectum, quatenus controversiæ inter duos pluresve eo deciduntur. Hoc omnes illæ leges, quæ sub eo titulo & in Digest. & in Cod. collocatæ sunt, evidenter arguunt, in quibus multoties verbo decidendi jurisconsulti & Imperatores utuntur, atque ita ex Gajo Jurisconsulto quamprimùm in lege prima Digest. de iurejurando iurisjurandi religione decidi controuersias affirmatur,

L 3

non

non quidem iuramenti cuiusuis, sed eius tantum de quo sub eo titulo dicturus erat Justinianus. Atque ad hoc iuramentum pertinet illa iuramenti definitio à Clemente Alexandrino proposita, qua iusiurandum dicit esse certam definitionem litis, quæ fit cum obtestatione diuina. Quàm angustè igitur iuramentum sub eo, quem dixi, titulo accipiatur, nemo non videt. Sed plerique iuramentum illud de re quauis controversa, siue in ius aut iudicium deducta sit, siue non sit deducta, intelligi volunt. Quid verò si tentauerimus iuramentum illud non de quauis controuersia, sed de eâ tantum quæ in iure vel iudicio iam sit, & propriè lis dicitur, accipiendum esse? Tum enim lis propriè est, cum in ius seu iudicium deuentum est, antequam eò deueniatur, controuersia potius est quàm lis. Nam lis omnis controuersia est, non vicissim. Varro lib. 6. de lingua Latina, res, ait, quæ in controuersia est, lis dicitur. At litium expediendarum causa iurandi religio introducta est, & cum auctoritate iudicis controuersia deciduntur, necesse est eas in iure vel in iudicio versari, & obseruavi in legibus semper mentionem fieri

fieri litis seu litigatorum, controuersia autem nunquam, aut certè ut in d. l. l. cum ejusmodi aliqua adiectione, ex qua appareat controuersiam non intelligi promiscuè quãvis, sed eam quæ in jure seu judicio iam versetur. Quin & edictum prætoris de hoc jurejurando conceptum ejusmodi erat, *SI IS CUM QUO AGETUR CONDITIONE DELATA JURAUERIT*. Atq; ita profectò est, ut si leges sub hoc titulo colligas, omnes de juramento circa rem in jus seu judicium deductas loqui animadvertas, excepto initio d. l. jusjurandū 17. quod de juramēto extra judicium delato, atq; ita de eo quod circa rem, non quidem litigiosam, attamen controuersam interponi solet, loquitur. Ceterum hoc juramentum Digestorum Compilatores fecerunt triplex, Voluntarium, Necessarium & judiciale: Gajus duplex, ut unum sit ex pactione litigatorum, alterum ex auctoritate judicis d. l. l. D. de jurejur. melius quàm illi. Nam sub eo quod ex pactione litigatorum venit, rectè utrunque illud Voluntarium & Necessarium comprehenditur. Verùm tamen diuisione accomodanda generi accom-

L 4 modis

modata est speciei, quod in arte viciosū est, ut Logici docent. Sunt enim præter eam juramēti speciem, qua lites deciduntur, complures aliæ, quæ non minus juramenta esse possunt volūtaria aut necessaria aut judicialia, atq; illud. Quæ in jure quidem civili ejusmodi sunt, ut non nisi in litibus locum habeant, lites tamen iis non deciduntur, sed vel processus judiciorū, vel quæstio, quæ in judicium deducta est, & merita causæ, ut loquūtur, continet, informentur. Inter ea autem principem locum obtinet juramētum calumniæ, quod & propter calumniam dicitur, ideoq; peculiaris ei in Codice assignatus est titulus, & forma ejus aliqua in Digest. etiam descripta est in l. de die, 8. in fin. D. qui satisd. cog. cautio juratoria, juramentum testium, juramentum personarum judicii, juramētum in litem, quod ipsum etiam suam propriam habet rubricam in Digestis proximè rubricæ de jurej. subiectā. Eadem etiam juramēta ius Pontifi. agnoscit, quod præterea introduxit iuramentum malitiæ, iuramentum purgationis, iuramentū super taxa expensarum & liquidationis, iuramentum dandorū & respondendorū, & generalissimè iura-

juramentum quodvis quod non in iudicio tantum, sed etiam extra iudicium, & non de re controversa tantum, sed etiam de re non controversa interponi possit. Juramentum igitur quod jure civili valde angustum erat, jure Pontificio factum est latissimum, & quod jure civili non nisi litibus accommodabatur, id jure Pontificio accommodatur promiscue negotiis omnibus, ut his quæ non valent, robur addant, illis autem quæ valent confirmationem. Ex quo vulgatum illud Canonistarum, ut iuramenta omnia quæ citra dispendium salutis æternæ servari possunt serventur. Usus igitur iuramenti qui est de iure Civili, idem est de iure Pontificio, non vicissim omnis iuramenti usus qui est de iure Pontificio, etiam est de iure civili. Jus civile iuramentum regulariter in litibus duntaxat agnoscit, ius Pontificium etiam in litibus ea agnoscit, sed præter eas in negotiis etiam quibusvis aliis: Juramentum de iure Civili adiunctum est iudiciorum, de iure Pontificio etiam non iudiciorum: & tamen omnia illa eiusmodi sunt ut sint voluntaria, vel necessaria, vel iudicialia. Ut igitur iuramenta omnia,

quantum ejus fieri potest, ad certa genera redigantur, & suo quæq; loco collocentur, jusjurandum unum de causa non controversa, aliud de causa controuersa interponi solitum dico. Hæc mihi summa videtur esse ex utroq; jure distributio. Nam distributio ista qua judiciale unum, aliud extrajudiciale dicitur, meo quidem judicio propria est juramenti eius quod de re controuersa interponi solet. De re enim non controuersa interpositum judiciale non est, quia ad judiciorum constitutionem aut meritorum approbationem nihil facit, atq; adeò neq; Extrajudiciale dicitur, eò quòd privatio præsupponat habitum. Id enim iuramentum solùm extrajudiciale est quod de re interponitur, quæ & ipsa in iudicio deduci possit. Juramentum itaq; de re est non controversa, vel de re controuersa. Quod de re est non controuersa, est interpositum de negotio aliquo quod geritur gestumve est, estq; vel confirmando, ut sunt iuramenta conventionibus apposita pleraq;: vel personas fide astringendo, quod est in iuramento subiectionis à subditis siue in pace siue in militia, & in iuramento fidelitatis à vasallis ex usibus

bus feudorum præstando. Verùm hæc iuramēta, ut dixi, ferè iuris sunt Pontificii & feudalis, & sunt voluntaria simpliciter vel quodammodo. Simpliciter voluntaria sunt illa, quæ adhibentur Conventionibus: quodammodo illa, quæ à subditis & vassallis præstantur. Hæc enim aliquam habent iuris necessitatem, illa nullam omninò. At ius civile id potissimum agnoscit, quod de re est controuersa: Controuersa autem in iure quæ litigiosa est, ut dixi, vel extra ius. Extra ius controuersa deciditur iuramento quod semper est voluntarium. Distributio igitur ista iuramenti ad causam duntaxat pertinet litigiosam, quæ in iure est, hoc est, quæ controuertitur apud prætorem vel apud iudicem à prætore datum. Ex quo est ut iuramentum iudiciale hîc non opponatur Extraiudiciali, sed Voluntario & Necessario. Omne autem hoc in iure spectatur. Quid autem sit in iure esse aut fieri ex capite primo repetendum est. Controuersiæ itaq; quæ in ius sunt deductæ deciduntur iuramento. Et effectus quidem communis est, sed causa iuramenti præstandi eadem non est semper. Ut enim ex Gaiō supra retulimus, una ex pa-

ctione est litigatorum, altera ex autoritate
 iudicis. Pactio igitur vel autoritas iudicis
 post juris autoritatem, quæ summa semper
 est, litem decedit, adhibito medio seu instru-
 mento, nempe iurejurando. Ita decisio ef-
 fectus est, causa efficiens jus, cui subordina-
 tur pactio partium vel autoritas iudicis, cau-
 sa efficiens instrumentalis, jusjurandum.
 Atq; hoc loco tētari posset, an non, ut maxi-
 mē iuramenti & jurisjurandi appellationes
 promiscuè usurpentur vulgo, ex usu juris di-
 stinguendæ essent, ita, ut iuramentum dica-
 tur quodvis aliud super re non controversa
 interpositum, jusjurandum interpositum
 super re controversa, cō quòd hoc decidan-
 tur causæ merita, nēpe quid juris sit, hoc est,
 ut quis juret de jure suo, quod cōmune est
 juriurando de quavis re controuersa inter-
 posito: at de litigiosa præterea etiam, quòd
 in iure apud prætorem, vel in iudicio apud
 iudicem iuretur. Quod ex eo confirmatur,
 quòd sub titulo Digest. de iureiurando nus-
 quam iuramentum, sed semper iusiuran-
 dum dicatur, iuramentum illud, de quo
 sub titulo illo tractatur, quod ita Iuriscon-
 sulti veteres proprietatis vocabulorum stu-
 diosi

diōsi accuratè obseruarunt, & ut ex Constitutionibus Imperatorum sub tit. C. de reb. cred. positis apparet, etiam Imperatores ipsi, excepto Justiniano nostro, qui in l. penult. C. eod. ea cōfudit, quod idem postea à Pontificibus factum est. Omne igitur iusiurandum iuramentum fuerit, non iuramentum omne iusiurandum. His fundamentis positis iusiurandum unum Conuentionale facit, aliud Iudiciale: utrunq; ita ex causa efficienti, atq; ex eadem etiam utrunq; definiendum & æstimandum, non ex loco. De hoc enim iam dictum est, nempe quòd iusiurandum omne, de quo nunc quærimus, in iure præstetur; atq; adeò hîc, ut ita dicam, locus utriq; iurijurando & Conuentionali & Iudiciali communis est. Itaq; valdè ineptiunt Interpretes, qui Conuentionale illud esse volunt, quod extra iudicium præstetur, atq; ex eo etiam volunt Extraiudiciale dici: Iudiciale quod aduersarius aduersario deferat in iudicio: Et tamen necessarium non ex loco sed ex causa definiant, ut sit id quod à iudice deferatur parti. Nam ut ex supradictis manifestum est, sermo est Iurisconsultis nostris potissimùm de eo iureiuran-

do quod in iure præstetur, atq; id ipsum faciunt illi duplex, ut dixi, nempe Conventionalis & Iudicialis, & utrunq; ipsi definiunt ex causa, non ex loco. Ex eorum enim sententia Conventionalis iusiurandum illud esse dicemus, quod ex pacto ipsorum litigatorum venit: Iudicialis, quod venit ex autoritate iudicis, quæ definitiones totidē verbis à Gajo Jurisc. expressæ sunt in l. 1. D. de iureiur. Quod verò Gaius ait, *ex pacto ipsorum litigatorum*, id Antoninus Imp. in l. 1. C. de reb. cred. ita exprimit, *iurejurando ex consensu utriusq; partis vel adversario inferente, delato & præstito, vel remisso*; quibus verbis Conventionalis iusiurandum luculenter describitur; & contra Interpretum opinionem ei tribuitur, quod ipsi alias tribuunt iuri iurando iudiciali. Et iudicialis quidem simplex est, utpote quod causa cognita per iudicem alterutrius partium litigantium alterutra vel etiam utraq; in vita ob inopiam probationum defertur, l. in bonæ 3. C. de reb. cred. At Conventionalis est duplex, unum Voluntarium, alterum Necessarium. Voluntarium est iusiurandum à parte cui id delatum est præstitum, vel ei cum præstare pa-

se paratus esset, remissum. Necessarium est iusjurandum ab eo cui delatum est, relatum adversario qui detulit. Ita voluntarium est delatum, necessarium delato relatum, utrunq; tamen Conventionale, quoniam neutrum à iudice est, sed utrunq; à litigatoribus, & utrunq; ex conventionem originem habens. Neq; quòd hoc necessarium est, cōventionale esse desinit. Necessarium enim refertur ei qui detulit. At in arbitrio huius erat deferre vel non deferre. Cùm verò semel detulerit, imputet sibi quòd huic necessitati sese obstrinxerit; cùm sciret; aut certè scire deberet, iusjurandum à se delatum sibi ab adversario referri posse. Ita hinc idem fit; quod in Conventioibus aliis, ut quod ab initio erat voluntatis, conventum sit necessitatis, quod tamen origine spectata Cōventionale est, imò voluntarium. Qui enim vult antecedens, idem etiam consequens velle existimatur. Hinc esse puto, quod Compilatores nostri utrāq; illam Conventionalis iusjurandi speciem distinctè in rubrica Digest. exprimere maluerint, nempe ut vel hoc ipso intelligeretur, ex pacto seu consensu litigatorum iusjurandum non

semper esse idem, sed quandoq; merè voluntarium, quandoque verò necessarium. Ceterùm si ad antiqua ista tempora, quibus Iurisconsulti illi, ex quorum plenissimis Cōmētariis Digesta sunt composita, vixerunt, eorundemq; usum advertamus, verosimile est, omnem illam quæ de jurejurando super re controversa interponendo fuit quæstio, maximè apud prætorem in jure agitatum fuisse. Nam quòd iudicis mentio non nunquam fit, cuius autoritate iusiurandum præstetur, id interpretabimur de prætore, per ea quæ suprà cap. 1. dicta sunt. Prætor enim ita edicebat, *EUM A QUO IUS, JURANDUM PETETUR, SOLVERE AUT JURARE COGAM*, l. Iusiurandum 34. §. ait prætor, D. de iurciuran. Reus igitur aut iurabit, aut si iurare nolit, solvere cogetur, sed à quo? an à iudice? non, sed à prætore. d. §. ait prætor. imò verò etiã à iudice, l. de lata 9. C. de reb. cred. sin autem Reus iusiurandum retulerit aëtori, hic verò iurare nolit, prætor iudicium denegabit. Sanè in iudicio etiam iusiurandum locum habebat, & interponebatur: sed quoniam eo præstito vel remisso Reus condemnabatur vel

tur vel absoluebatur, dubium non erat, nullam amplius superesse actionem, cum sententia in rem iudicatam transierat: At cum iuramento præstito aliquando quærat de actione actori aut exceptione Reo danda, id omne ad iusiurandum in iure præstitum referendum est. Itaq; in iudicio iureiurando ita controversia deciditur, ut sententiam iudicis saltem declaratoriam accedere necesse sit: in iure verò etiam sine sententia. Utroq; autem controversia omnis perimitur, sed, ut iam dixi, modo non eodem. Ita autem perimitur, ut ex iureiurando quasi quædam novatio introduci videatur. Sive enim actor sive Reus iuraverit, iusiurandum illi quidem ad actionem, huic verò ad exceptionem proficiet, de qua utraq; pauca attingam. De actione ita loquitur Justinianus in §. item si quis, Instit. de action. *Si quis, inquit, postulante adversario iuraverit deberi sibi pecuniam, quam peteret, neq; ei solvatur, ex iureiurando actio competit, ei qui iuravit, per quam non illud quaritur, an ei pecunia debeatur, sed an iuraverit.* Hæc actio in factum dicitur, l. sed si possessori, II. D. de iureiur. l. actori. C. de reb. cred. ob id opinor, quòd in

M ea qua-

ea quærat^r magis quod factū sit ritè, quàm
 quod factum sit rectè, id est, an juratum sit
 ita ut oportet, verè an falsò, nihil interest:
 eademq; utilis actio vocatur dict. l. sed et si
 possess. in fine, leg. si duo, 13. §. 1. l. Quod si
 juravi 29. Digest. de jurejurand. quoniam
 datur ad similitudinem judicati, ut loquun-
 tur Imp. in dict. leg. Actori, non tam ob
 id quòd jusjurandum vicem rei judicatæ
 obtineat, ut legitur apud Ulpian. in l. 1. D.
 quarum rerum act. non det. & actiones ad
 exemplum seu similitudinem aliarum in-
 stitutæ utiles dicantur, ut constat ex leg.
 locum, 17. in fine, Digest. de usufr. ideoque
 magis accommodari quàm dari putantur,
 l. quia actionum, 11. Digest. de præscription.
 verbor. l. 1. Cod. de inoffic. testam. quàm
 quòd actio judicati directæ detur ex senten-
 tia lata à judice in invitum, sententia au-
 tem ex jurejurando non in invitum, sed
 ad voluntatis partium placitum, leg. cum
 proponas, 6. Cod. de reb. credit. seu peti-
 tionem, ut loquitur Justinianus in lege pe-
 nult. §. sive autem. Cod. eodem. Sed an, si
 quis sibi ex causa aliqua deberi, aut rem su-
 am esse juraverit, ex eadem causa de qua ju-
 ravit

ravit actionem habebit? Ita quidem ple-
 rique sentiunt. Ego unam duntaxatactio-
 nem, nempe utilem in factum ex jure juran-
 do competere existimo. Jurejurando enim
 exemplo judicati prior actio novatur, & u-
 nica causa cur debeat superest hæc, nem-
 pe quoniam judicatum sit. Atque hoc tot
 locis confirmatur, quot dicitur, dato iure-
 jurando aliud non queri quàm an juratum
 sit: quod plenius tractavit Donellus in com-
 ment. de jurejur. cap. 8. num. 4. Huic tamen
 sententiæ tria valdè obviare videntur. Pri-
 mum est l. si duo, 13. si quis juravit, & §. Mar-
 cellus, Digest. de jurejurando, ubi affirma-
 tur ei, qui juravit se emisse, dari actionem
 non quidem novam ex jurejurando, sed ve-
 terem ex emto: item ei qui juravit se pigno-
 ri dedisse, dari pignoratitiam. Sed distin-
 guendum est jusjurandum præstitum in ju-
 dicio ab eo quod præstitum est in iure. In
 iudicio præstitum, præstitum est actione
 jam data, ex quo est quasi iudicati actio: In
 iure præstitum, præstitum est actione non-
 dum data, imò iudicio nondum consti-
 tuto. Actio data novari potest, extrin-
 gui potest: non etiam actio nondum data.

At verò nos accipimus id, quod dictū est, iurando p̄stito ex eo tātū actionem cōpetere de iure iurando quod in iudicio, non quod in iure p̄stitum sit. Verūm ex lectione d. §. si quis iuraverit, & d. §. Marcellus, liquidò apparet, actionem ullam nondum fuisse datam. Itaq; mirum non est, cū causa actionis sublata non sit p̄torem actionem ex emto petenti & iuranti se emisse, actionem dare ex emto secundum petitionem eius: quod idem dicendum est de eo qui pignori dedit. Alterum est l. sed si 7. §. si petenti. D. de public. in rem action. cuius species hæc est: Mihi petenti rem, quam possidebas, tanquam meam, tu iusiurandum detulisti: iuravi in iudicio meam esse, ait Jurisconsultus competere mihi actionem Publicianam in rem, nec ullam actionis utilis ad exemplum iudicati mentionem facit. Sed respondetur, actionem Publicianam non dari antequam res tradita sit, & postea amissa. Ut autem res tradatur, agitur in factum ex iure iurando: ut verò res ex causa iurisiurandi tradita & postea amissa restituatur, tum demū Publiciana competit: adeoq; actor rem primū aufert actione in factum,

factum, tum deinde si eam amittat, recuperat Publiciana, quia ex iurisiurandi causa factus est non dominus, sed bonæ fidei possessor. Tertium est, l. illud. 25. §. 1. D. de constitut. pecun. unde vulgò colligunt, eum qui iuravit sibi constitutam fuisse pecuniam, de constituta pecunia nihilominus agere; ac proinde actionem veterem remanere, etiam si iuratum sit. Sed id ex illo paragrapho pessimè colligitur, cuius sensus genuinus hic est, non constitui, nisi quod debetur: at ex iureiurando deberi, de eo autem quod debetur dari actionem, cui consequens sit, ut id de quo actio est iurisiurandi rectè constituatur, atq; adeò de eo actione constitutoria rectè agatur. Hoc postremum Donellus non attigit: priora duo una conciliatione absolvit d. c. 8. n. 4. ut actio quidem revera sit ex iureiurando, eò quòd solo conitatur, quia iuratum sit, sed nominatenus fieri ut dicatur esse ex emto, pignoratitia & publiciana. At verò cur ita nominaretur, nisi revera etiam esset? Verba propter res sunt inventa, atq; hæc quæ illis denotantur, non alias accipimus. Et Iurisconsultorum prudentia indignum est dicere, actionem ita

M 3 . nomi-

nominari, sed eam actionem non esse. Atque tam facile fuisset dicere, ex iureiurando actionem dari in factum vel utilem, atque dari seu competere actionem ex emto, pignoratitiam & Publicianam. Et de auctore quidem, qui iuravit, haec tenet: sequitur videre de Reo. Quod si igitur actor Reo iusiurandum detulerit, isque se non debere iuraverit, omnis obligatio ipso iure perempta esse censetur, siue verè siue falsò iuraverit, eamque ob causam auctori aduersus iuramentum, eiusve heredem actio amplius non dabitur, nisi uno illo casu, si ambigatur, an iusiurandum datum, id est, praestitum sit, necne, utrum si agatur, Exceptio iurisiurandi praestiti opponatur, leg. nam posteaquam, 9. Digest. de iureiur. ad quem casum omnia illa, quae in libris iuris de Exceptione iurisiurandi dicuntur, referenda esse arbitror. Ceterum quin is actor, qui dominus est negotii de quo agitur, qui que negotiorum suorum administrandorum ius habet atque potestatem, Reo eiusmodi iusiurandum deferre possit, & quin Reus eo praestito aut remisso liberetur, non est dubium. At verò procuratorem, si neque universorum bonorum

norum administrationem sustineat, neq; si idipsum nominatim ei à domino mandatum sit, neq; si in rem suam procurator sit, iusiurandum deferentem audiendum non esse, Julianus scripsit, quem Ulpianus refert in l. aliàs autem in §. D. de iureiur. Cur autem audiendus non sit, idem Ulpianus rationem subiicit hanc, *ne postea reus, qui semel iuravit, à domino conveniatur.* Nempe ad duo leges respiciunt, Unum, ne iuramentum præstitum sit sine effectu: & alterum, ne periuriis fenestra aperiatur, atque si periurium commissum sit, de eo amplius non quærat. At verò si ad delationem iurisiurandi à procuratore factam Reus iuraret, alterutrum horum fieri posset, nimirum ut aut iusiurandum sine effectu constituatur, siquidem negotii domino adhuc liberum sit agere, cum iusiurandum non sit delatum ab eo qui deferendi potestatem habuit, aut ut de periurio agatur, aut certè utrunque. Nam ut maximè Procurator de rato caverit, quid si dominus ratum habere nolit? Sanè domino liberum erit agere nihilominus:

M 4 quid

quid si dominus ea actione obtinuerit, Reus autem victus ex stipulatione contra procuratorem qui jusjurandum detulit, agere velit? sanè iudicio isto aliud nihil arguetur, quàm Reum jurasse quidem, sed pejerasse, quorum hoc turpe est, illud neq; ex auctoritate iudiciorum, neq; ex parte jurantis satis tutum. Non igitur audiendus est procurator iuramentum deferens, ne tùm quidem, cùm etiam cautionem de rato offert. Verùm ponamus, Reus ad delationem procuratoris iuraverit, sed à domino eadem de re omninò, de qua iuravit, conveniatur: an ipsi Exceptio iurisiurandi, seu quòd iuraverit, dabitur? quod mihi non est verosimile. Quomodo enim contra eum excipiet, qui iuramentum non detulit, qui deferri non mandavit, qui ratum non habuit, qui procuratori universorum bonorum administrationem non commisit? & quam iurisiurandi istius vires esse possint, quod perinde habetur, atq; si præstitum nunquam fuisset? Si tamen Reus omninò exceptione illa uti volet, licebit utiq; , ita tamen, ut cogatur docere liquidò se iurasse. At hoc modo Reus probandi onus, quod aliàs actoris erat,

erat, in se transtulerit. Consultius itaq; Reo fuerit, exceptionem ejusmodi non opponere, sed actionem à domino intentatam excipere, maximè quod verosimile sit ex eo, quòd procurator Reo jusjurandum detulerat, cum probationibus defecisse, cùm juramentum vix ac ne vix quidem quis delaturus sit, qui probationibus sese probè instructum & munitum noverit: atq; adeò ipsum etiam dominum probationibus defecturum, Reumq; absolutum iri. Et hoc est, quod Ulpianus dicit, si dominus petet, cogi docere reum se liquidò jurasse: sed an casu quovis? non opinor, sed eo duntaxat, quo opposita est domino exceptio jurisjurandi, quod Ulpian. mihi satis expressisse videtur verbis sequentibus, *posita scilicet exceptione*: quasi è contrario, si Reus exceptionem illam non opponat, non etiam cogatur docere liquidò se jurasse. Quod si commodo jurisjurandi à se præstiti uti volet Reus, sanè leges hoc illi concedunt, hoc tamen incommodo, ut doceat liquidò se jurasse. Nam simpliciter docere se jurasse non sufficit, nec relevat, sed Exceptio ita demùm eum relevabit, si docuerit liquidò se jurasse.

Sed quid hoc est, *liquidò se iurasse*? Accursius exponit, *liquidò*, id est, *apertè, scilicet, quòd non debeat*: quam interpretationem confirmare videtur iste quem ex Demosthene locum citavit Cuiacius lib. 5. obseruat. cap. 33. ubi *αφῶς* dici videtur, quod hìc *liquidò*, id est, clarè, dilucidè, perspicuè. Hanc Accursii interpretationem sequuntur pleriq; omnes, ut sensus sit, cogi Reum docere apertè & perspicuè se non debere, quemadmodum etiam se minimè debere iuraverit: sed eam Fr. Duarenus lib. 1. disputat. cap. 2. exagitat, & mavult vocem, *liquidò*, idem significare quod *verè*, quod Eguinarius Baro in manuali sua ita accipit, ut is qui *liquidò* se iurasse docet, id doceat iurasse se verè nec debitum fuisse, cùm ceteroquin domino deferente iusiurandum satis sit iuratum esse, nec quærat verè an falsò. Hanc Duareni expositionem Johan. Robertus lib. 3. sentent. cap. 2. Accursii glossam defendens improbat. Verùm enim verò utriusque illius expositionis diversitas in verbis magis quàm in re ipsa mihi esse videtur. Quid enim ad rem interest, apertè an verè iurasse dicatur, cùm in eo conveniat omnibus, Reum cogi do-

gi docere se iurasse, quod revera non debeat? Nam quoad verba attinet, absurdum non est, verum quid esse, quod tamen non sic apertum aut manifestum, sed verum esse probationibus apertum aut manifestum faciendum sit. Non autem satis est probare non deberi, sed oportet etiam id doceatur liquidò seu manifestò, ut ex probationibus evidentibus constet etiam, non ex iuramento duntaxat revera non deberi. Cogitur itaque docere Reus, liquidò se iurasse, id est, quòd non debeat, non tam ob id quòd se non debere iuraverit, quàm quòd ex probationibus legitimis constet, quòd omninò non debeat. Nihil enim impedit, aliquid nõ deberi propterea quòd iuratum sit, ut tamen idem revera debeatur, quandoquidem iuramento Ciivilis tollitur obligatio, quatenus civilis est, manente eo quod est naturale. Quare liquidò, id est, apertè iurasse, ad modum probandi debitum pertinet: sed liquidò, id est, verè iurasse ad debitum ipsum quod apertè & manifestò probandum sit. Ex quo non ineptè illi, qui utranque illam interpretationem coniunxerunt, & liquidò

jurare illud esse dixerunt, quod est jurare verè, & aperta ac manifesta veritate. Eandemq; Accursii mentem fuisse arbitror, eò quòd non simpliciter interpretatur, *liquidò, id est, apertè*, sed addit *scilicet quod non debeat*: Id verò est ita apertè jurasse, ut juraverit etiam verè. Qui autem vocem *liquidò* ad probandi duntaxat modum, qui apertè ac manifestò faciendus sit, referunt, næ illi interpretationem faciunt ejusmodi, ut ex ea vox *liquidò* potius conjungenda sit cum verbo *docere*, quàm cum verbo *jurasse*, idq; re ipsa faciunt, qui verba textus ita reddunt paraphrasticè, cogi reum docere apertè & perspicuè se non debere, quemadmodum & se minimè debere juraverit. At verò hoc præter mentem est interpretum. Nam communiter eò itum est, ut extra omnem dubitationem positum esse videatur, vocem *liquidò* cum verbo *jurasse* conjungendam esse. Non tamen ineptè in eo quidem judicio tentaverit quis vocem *liquidò* conjungere cum verbo *docere*, ut post vocem *liquidò* ponatur distinctio, & post eam legatur se iurasse, sed an simpliciter se iurasse? minimè, sed iurasse sese, cum antea, nempe in processu illo, in quo

quo iuratum erat, exceptionem in iure fundatam actioni intentatæ opposuisset, eandemq; in factò probasset, ut ita vox *posita* cum effectu accipiatur, & sensus sit, ita demum reum qui ad delationem procuratoris iuraverat, absolvi ab actione à domino de novo intentata, si liquidò docuerit & probaverit duo, unum se iurasse, alterum se exceptionem à sese actioni oppositâ legitime probasse. Atq; utrunq; hoc si probaverit, quid mirum Reum absolvi? Non enim tam iuramentum spectatur quàm probatio Exceptionis, qua actio eliditur, cuius probatio tantò est fortior, quòd ad eam etiam iusiurandum accesserit. Imò verò ut iuramentum non accessisset, absolvi tamen Reus debuisset. Non ineptè, inquam, forsitan quis ita tentaverit, affirmare tamèn hîc nihil auisim. Præterquam enim quòd formula illa *liquidò jurare* veteribus in usu fuerit, ac verosimiliter exinde huc translata, valde mihi suspecta est in Digestis phrasis illa *docere liquidò*, aut, *probare liquidò*, nec memini ullum locum in istis, quibus Iurisconsulti ita locuti sint, nisi quis manum Triboniani Ulpiano admotam esse, quod compluribus

locis aliis factū est, dicere velit. Nam Imp̄p̄
 & Triboniani tempore dictionem illam in
 multo usu fuisse ostendunt hi Codicis loci,
 l. 2. C. de petit. hered. l. 2. C. de jure dot. l. 1.
 C. de testament. milit l. 1. C. de privileg. fis-
 ci, & illi quibus *probatio liquida* dicitur, l. si
 quis testib. C. de testib. l. si tutor petitus C.
 de pericul. tut. & curat. l. 2. Cod. qui testa-
 ment. facer. possunt. In Digestis sanè *liquidò*
compertum est uno loco inveni in l. Divus
 Marcus 14. D. de officio præsid. sed sunt il-
 la constitutionis non Jurisconsulti verba, &
 præterea ad effectum probationis, non ad
 probationem ipsam, de qua nunc sermo
 est, directa. Sed ut maximè vocem *liquidò*
 jungamus cum verbo *inrasse*, idem ta-
 men omninò sensus non incommodè in-
 de elicietur, & tùm interpretationem Dua-
 reni Accursiana veriore esse apparebit, si
 utraq; inter se comparetur, & alterutra se-
 quenda sit. Quid enim sit *liquidò inrare*, ipse
 Ulpianus satis interpretatus videtur, ut li-
 quidò jurasse dicatur *posita scilicet exceptione*.
 sed quali? non utiq; jurisjurandi, sed exce-
 ptione ad elisionem actionis initio à procu-
 ratore, postea verò à domino intentatæ cō-
 para-

parata. Duo igitur Reus adversus dominum deducet, unum quod juraverit, alterum quod fecerit id liquidò, id est, quod præterquam quod juraverit, exceptionem à se oppositam etiam legitimè probaverit, atq; ita non opposuerit duntaxat, sed etiam posuerit & confirmaverit: quæ exceptio etsi confirmata & probata satis fuerit, jurejurando tamen etiam ex abundantì sit asserta. Ita liquidò jurasse se dicit, id est, juramentum esse præstitum, quod nitatur liquidis & legitimis probationibus, ut liquidò probare aliud nihil sit, nisi probatò jurare. Juravit igitur Reus super exceptione opposita, & legitimis probationibus deducta, quam exceptionem si liquidò probatam esse Reus docuerit, absolvetur, nō propterea quod juratū antea fuerat, sed quia exceptio erat probata, & probata jurejurando cōfirmata: sin minus, condēnabitur, ut maximè antea juraverit, quia exceptionē suā non probaverat.

Literas nescire quid sit. ubi explicatur l. 6. in fine. D. de excusat. tut. & §. similiter, Instit. eod.

CAPUT VIII.

MUnera publica detrectari, nec possunt nec debent. Id enim si liceat, non erūt,

qui munera necessaria in rebus publicis ob-
 cant, l. 1. D. de vacat. & excusat. mun. In eo-
 rum autem numero est tutela, l. οὐ μόνον. §. is
 qui. D. de excusat. tutor. l. Filiusfam. 9. D. de
 his qui sui vel aliē. iur. sunt. Cogi igitur quis
 potest, ut tutor sit, & tutelam administret, l.
 si quis magistratus, 9. D. de muner. & honor.
 l. 3. C. de suspectis. Sed quod ius detrectari
 noluit, ab eo concessit, ut sese quis excusare
 possit. Quibus autem modis, aut ex quibus
 causis à tutela quis se excusare possit, exposi-
 tum est sub rubr. ff. C. & Institut. de Excusa-
 tion. tutor. & curat. Inter eos modos an à
 iure relata sit ἀγραμμία, qua voce Aelianus
 utitur, hoc est, literarum imperitia, aut, si
 per Latinos ita nobis loqui liceret, litera-
 rum penuria seu carentia, videndum est.
 Paulus Jurisconf. relatus à Modestino in l.
 ταν δ' ο, 6. in fine. D. de excusation. tutor. scri-
 psit, Eius qui se neget literas scire, excusatio-
 nem accipi non debere, si modò non sit ex-
 pers negotiorum. At Justinianus Imp. in §.
 similiter, Instit. eod. ait; eos qui literas ne-
 sciunt excusandos esse, Divum Pium rescri-
 psisse, quamvis & imperiti literarum pos-
 sint ad administrationem negotiorum suf-
 ficere.

ficere. Qui duo loci inter se collidi vidētur, ut id quod in quæstione positum est, à Paulo & Modestino negari, à D. Pio & à D. Justiniano affirmari videatur. Accursius & communis Interpretum schola æquius esse putant, ut secundum Pauli sententiam D. Pii rescriptum intelligatur, nimirum ut illiterati excusentur non omnes indistinctè, sed qui negotiorum sint expertes, cogendis etiam iis illiteratis qui aliorum negocia aut sua rectè administrare cognoscuntur. Illiteratos enim si usu rerum periti sint, sufficere posse ad negotiorum administrationem, Dd. communiter asseverant in l. certi. D. de judic. per l. expertis, C. de decurion. & l. final. C. de jurisdic. omn. judic. Cujacius noster in comment. suo ad l. 6. in fine. D. de excusat. tutor. idem statuit, quòd illiterati excusentur negotiorum expertes, negotiorum periti non excusentur: veruntamen ab eadem sententia mox recedere videtur, dum ait, videri D. Pium illud mutasse in d. §. Similiter, ut cùm ante eum, sicut dixi, distingueretur, postea ex ejus constitutione indistinctè illiteratus quivis sive peritus sive expertus sit negotiorum, excusationem mereatur,

N

tur,

tur, eò quòd necessaria sit literarum scientia ad rationes cõficiendas, ut in paupere & rustico quidẽ distinctione utamur, nõ in illiterato: quam opinionẽ amplectitur doctissimus Gothifred. in suis ad §. final. notis, ubi cum in textu asseritur excusationẽ accipi nõ debere, ipse addit, hodie recipi per d. §. similiter. Verũ quò minus Cujacio assentiar facit, quòd Paulũ Jurisc. non ante, sed diu post D. Pii tempora sub Alexand. Imp. vixisse historiæ me docuerint, ut è contrario dicendũ potius videretur, si omninò quid mutatum esse quis urgeat, id quod à D. Pio simpliciter rescriptum erat, postea mutatum esse, & cum ex Constit. D. Pii omnes illiterati excusarentur, successu temporis invaluerit, ut illiterati excusarentur quidem, sed non omnes & quivis, sed illi tantum, qui negotiorum etiã expertes essent. Atq; à D. Pio hac in re nihil esse immutatũ ipse Justinianus disertè satis expressisse videtur in d. §. similiter. Indistinctè enim dicit D. Pium rescripsisse illiteratum excusandum esse: atq; hæc est regula, ut Pacius Jurisc. doctissimus, amicus meus, annotavit. Exceptio autem regulæ huic protinus subjicitur, *quamvis & imperiti &c. que* exc-

exceptio non ex rescripto D. Pii est, sed ex sententia & distinctione Pauli supra relata desumpta, quam Justin. illis verbis approbat. Rescriptum ergo D. Pii non ex mente D. Pii sed ex mente Justiniani secundum distinctionem Pauli accipiendum est, & ineptè illi qui ex d. §. similiter, excusationem imperitiæ hodie recipi scribunt, cum eadè recipiatur ex d. §. fin. Ante Paulum igitur ex rescripto D. Pii illiterati quivis excusabantur: tempore Pauli illiterati expertes literarum & negotiorum excusabantur, illiterati autem expertes quidem literarum, sed periti negotiorum non excusabantur: eamque distinctionem Paulus in comment. suum retulit, & Justin. in compilatione Digestorum & Institutio. approbavit. Ita D. Pius solam posuit regulam: Paulus solam exceptionem, Justinianus utraq;. Qua interpretatione admissa Paulo cum Justiniano perbellè convenit. Non ignoro Wesembecium virum præstantissimum in d. §. similiter, verba ista, *quamvis & imperiti literarum possint ad administrationem negotiorum sufficere*, ita interpretari, ac si imperiti literarum, etsi negotiorum periti sint, excusentur à tutela ipsa, quia in hac

N 2 confi-

confici inventarium & conscribi rationem
 necesse sit, veruntamen à procuratione ne-
 gociorum non excusentur, eoq; reliquis tu-
 toribus velut administri adjūgi possint. Ve-
 rùm interpretatio illa, tanti viri pace hoc
 dixerim, nullo juris textu subnixa est. Nam
 quòd ad illius probationem affert l. Athle-
 tæ, 6. in fine. D. de excusat. tutor. ejusmodi
 est, ut interpretationem istam potius con-
 vellat. In loco enim modò dicto quæritur
 non de excusatione, quam habeant imperi-
 ti literarum à negociorum procuratione,
 sed de excusatione, quam habent tutores
 vel curatores dati à tutela vel cura, propte-
 rea quòd literarum imperiti sint: & de his
 dicit Paulus, quòd non excusentur, intellige
 à tutela vel cura, si modò non sint expertes
 negociorum, ut ex eo constet, quòd reli-
 quis tutoribus non velut administri adjun-
 gantur, qui negocia tantùm procurent, sed
 ipsi tutotes sint & maneat excusatione nō
 accepta. Et sanè nisi hoc ita accipiatur, tutor
 vel curator illiteratus omni casu, sive peri-
 tus sive expertus sit negociorum, excusationē
 habebit à tutela vel cura, quod contra men-
 tem & verba est tam Pauli, quàm Justiniani,
 qui

qui distinctionem admittunt, quam Cujacius & Wesembecius perperam repudiant. Sed nec ratio quam uterq; attulit ejusmodi est, ut à sententia nostra nos dimovere debeat. Nam si omninò necesse est inventarium confici & rationem conscribi, eaq; est ratio, ut literarum imperiti sine ulla distinctione excusentur, cur non ob eandem rationem ipso potius jure tutela & cura non valet? Quid enim si imperiti literarum tutores vel curatores dati sese non excusaverint? annón eo casu fatebuntur illi, etiam imperitos literarum tutores vel curatores fore? Si autem tutores vel curatores esse possunt, ut esse possunt, si sese non excusaverint, ex ratione illa id quod volunt illi, non efficiunt: præsertim cùm rationi illi alia via satisfieri queat. Nam ut Inventarium quidem à tutoribus vel Curatoribus conficiendum sit, id tamen licet faciant ipsi per se vel per Notarium, qui eo casu imperitiam ipsorum peritia sua suppleat: ut autem rationes conscribi necesse sit, an ullo juris textu id probari possit, nescio, atq; ut omninò & istud necesse sit, cur non æquè fieri illud posset per aliū, siquidem confectio rationum tam diffici-

N 3 lis

lis non sit, quàm negociorum procuratio? Nam valdè probo, quod Duarenus scribit lib. 1. disputat. cap. 3. imperitum literarum, sed negociorum peritum vicaria amicorù opera aut ministrorù in cõmentariis suis & ephemeridibus conscribendis uti posse, sicut fit in Inventario ab herede faciendo per l. final. §. sin autem dubiù. C. de jure deliber. sin autem quid ob imperitiam suam secus in conficiendo inventario aut conscribendis rationibus fiat, est quòd tutor vel Curator sibi ipsi hoc imputet, cù eo ipso, quòd se non excusavit, industriã suã professus sit, aut certè peritiores cõsulere debuerit. Unde verò probabitur imperitos literarù adjūgi posse tutoribus & curatoribus ut administratos? cur imperiti literarù adjungentur literarù & fortè etiam negociorù peritis, & cur nō periti potius peritis adjungētur, si adiunctio ulla hoc casu facienda est? & si omninò administri duntaxat sunt, cur æquè atque tutores & Curatores ipsi ex administratione & procuratione sua tenentur, neque meliori jure partim ob id quòd imperiti sunt, partim quòd sunt nudi administri, & non tutores vel Curatores ipsi, utuntur? & cùm
 adjun-

adjuncti illi non sint tutores vel Curatores, unde probabitur eos à negociorum procuratione sese excusare non posse? Nam si à tutela & Cura quis excusare se potest, quæ tamen munera sunt publica, cur non etiam à procuratione negociorum, quæ privati est muneris, ad cujusmodi munus ne invitus quidem cogi potest, ut adeò excusatione opus non sit. Et valdè, meo quidem iudicio, ridiculum est, in tutore & Curatore cōstituendo majorem haberi literarum peritiæ rationem, quàm peritiæ administrationis, cùm potissima tutelæ & Curæ pars in recta negociorum administratione posita sit, minima aut ferè nulla in literarum peritiâ. Nam & aliâs, quàm inepti plerunque sint negociis administrandis literarum periti, notissimum est, ut non abs re Fr. Balduin. in d. §. similiter. scripserit, non ineptè fortassis nos dicturos negociorū imperitos excusari, quâvis literarum nō sint imperiti. Sic itaq; sentio, imperitos literarum tutores vel curatores esse posse. Si enim esse nō possent, quid excusatione illis esset opus? at eo ipso, quòd sese excusare necesse habēt Tutores vel Curatores esse possunt, cū si sese non

excusaverint, tutelæ & Curæ onera omnia atq; universa eos subire omninò oporteat. Atq; idem consuetudine, quæ legis interpret est optima, receptum est. Veruntamen imperiti ob imperitiam excusare sese possunt, per d. §. Similiter: sed an ob imperitiam solam? Ita quidem ex constitutione D. Pii: non æquè ex sententia Pauli & Justiniani, sed ex ea ita demùm, si præterquã quòd se literarum imperitos esse docuerint, simul ostenderint, se negotiorum administrandorum etiam imperitos esse, cùm vel maximè in tutoribus & Curatoribus periti negotiorum administrandorum requiratur. Hoc verò cùm constitutioni D. Pii deesset, Justinianus ex Paulo supplevit, his verbis: *quamvis & imperiti literarum possint ad administrationem negotiorum sufficere.* Hæc interpretatio glossæ cùm nihil habeat absurdi, nihil quod in juris principia impingat, nihil quod textuum contrarietatem, quæ omni semper studio qualicunq; etiam interpretatione admiscenda, vitanda est, inducat, non video cur sequenda non sit: cùm præter hæc omnia. l. expertes. C. de decurio. lib. 10. nos edocuerit, nihil prohibere literarum

rum imperitos, Decurionis etiam munera peragere, si modò rerum sint periti. Sicut enim in decurionibus facultates magis spectamus, quàm eruditionem literarum, ut ibidem annotavit Cujacius, ita in tutoribus & Curatoribus peritiam administrandorum negotiorum potius spectamus, quàm peritiam literarum. Quin autem literas nescire in d. §. final. & in d. §. similiter. intelligendi sint illi, qui prorsus literas neque legere neque scribere norunt, id puto esse extra controversiam. Nam idem etiam demonstrat vox Græca ἀχάμματο, qua utitur Modestinus. in d. §. final. quæ si verbum ex verbo exprimas, Illiteratum significat, id est, cum qui omninò rûdis est, omniumq; literarum expertus, quam Justinian. Nov. 44. c. 1. vocat χαμμάτων ἀναπισήμονα, & Nov. 74. c. 8. χαμμάτω οὐκ ἀπισήμονον: eodemq; sensu literarum ignorantia & literas ignorare in l. sed si pupillus. II. §. proscribere. D. de institor. action. accipitur. Est tamen cùm literas nescire dicitur is, qui scribere nescit, sciat autem legere, ut in l. 3. §. item subscribere. D. de accusation. quod alii quidem interpretantur de eo qui literas omninò nesciat, verùm ut ultra eum

qui scribere nesciat, extēdamus ad eum qui etiam nesciat legere, necesse non est, neq; ut id fiat, pro ratione subjēctæ materiæ opus est quemadmodum etiam literas nescire dicitur qui scribere nescit, in l. hac cōsultissima. C. de testam. atq; ita literarum imperitum accipio in l. jubemus, & in l. nostram. C. de testam. & literarū imperitos in d. l. hac cōsultissima, & in Authent. sed novo. C. si cert. pet. & literarum ignarum in l. final. §. sin autem dubius. C. de jure deliber. vel ignorantem, in l. final. C. de testam. & in d. l. hac cōsultiff. Ceterū in his qui literas nesciūt opponuntur literas scientes, sive illiteratis literati: est tamen in ea oppositione aliqua diversitas. Literati enim dicūtur, qui utrunq; sciunt, & legere nimirū & scribere, non etiā qui alterutrū tantū. Nam vix est, ut qui peritus est scribendi, non etiā sit peritus legendi, adeoq; qui legendi quidē est peritus, sed scribendi imperitus, literarū imperitus dicitur. Literarū igitur peritus est is qui præterquàm quod legere potest, potest etiā scribere. Atq; is literas scire dicitur in d. l. 6. §. final. & in l. discretis, C. qui testam. fac. poss. & literatus, d. l. hac cōsultiff. & d. l. final. C. de testam.

& li.

& literas edoctus, in Authēt. quod sine subscript. C. cod. & literarū sciens, in d. l. finali, atq; de hac literarū scientia accipiēda est in l. pater quoties 93. §. 1. D. de acqui. vel omitt. hered. & peritia literarū in d. l. final. C. de testam. Verum enim verò cū illi, qui studiis liberalioribus operam dederunt, opponuntur his, qui legere & scribere quidē sciūt, sed istorum rudes sunt & ignari, rectè etiā literarū imperiti dicuntur, verūm id non omnino & simpliciter, sed cōparatione duntaxat ad illos facta. Illi enim cū præterquā quòd literas legere sciūt & scribere, studia etiā literarū calleant, hi ad illos cōparati literas nescire putantur, quēadmodū si hi, qui legere tantū possunt & scribere, conferātur cum istis qui neutrū possunt literarū periti rectè dicuntur. Qui igitur legere & scribere tantū possūt in medio positi sunt inter illos qui neutrum possunt, & qui utrunq; quidem possunt, sed cū utroq; illo studia etiā literarū conjunxerūt. Quòd si nunc quærat de curatore & tutore dato, sed literarū imperito, respōdeo imperitū literarū quocunq; modo tutorē vel curatorē datum sese excusare nō posse, si modò negociorū administrādorū pitus sit :

quod si literarum imperitiæ conjuncta sit imperitia negotiorum administrātorum, ipso quidem jure tutorem vel Curatorem esse, sed excusationem suam ob hanc imperitiam si legitimè proponat, admittendam esse. Inter ea verò munera quæ literarum peritiam requirāt, nusquam Tutela vel Cura relata est: consultius tamen est tutores vel Curatores ejusmodi constitui, qui & negotiorum administrandorū & literarum eam quæ in legendo & scribendo sit peritiam habeant. Sunt autem munera sive officia, in quibus obeundis ut quis maximè summam negotiorum administrandorum peritiam habeat, literarum peritia sublimior etiam requiratur. Ita in assessore peritia literarum desideratur l. i. D. de officio assess. l. i. C. eod. ita in magistris studiorum & doctoribus, l. Magistros, 7. C. de professor. & medic. lib. 10. ita in patronis, l. 2. C. de postulando. An etiam in judice? Quod Accursius & post eum Doctores cōmuniter negant in l. certi juris. C. de judic. per textum illum. Johan. Faber autem ad d. §. similiter. affirmat, contēdens literarum imperitum & ignarum juris atq; legum judicem esse non posse, quem sequitur

tur Johan. Corasius lib. 5. Miscellan. cap. 19. idemq; ferè docuit Johan. Robert. lib. 3. sentent. cap. 3. tametsi quod generalius illi in extremis statuerant, hic distinctione quadam judicum temperat, quam desumpsit ex Nov. 82. & est distinctio illa hujusmodi, ut si judices sint, quibus ex magistratus suscepti officio non tantum controversias & lites dirimere, verum etiam alia multa Reipubl. administrationi conducentia exequi incumbit, iis legum imperitis esse liceat, quòd alia magis in re, quæ magistratui illi annexa esset, utiles esse crederentur: sin autem sint judices, quibus hoc duntaxat oneris imponitur, ut controversias & lites dirimant, iis imperitis esse non liceat. Eandem distinctionem secutus est Cujacius in expositione d. Novel. 82. & magistratum quidem judicem esse posse imperitum existimat, sed vult ut is adhibeat assessores peritos *νόμων κὶ πείρας*, judicem verò pedaneum indistinctè omnem peritum esse debere legum & morum. Franc. Hotomanus quæst. illust. 26. in fine distinguit paulò aliter, ut judex quidem major imperitus judicis officio fungi possit, si consiliarios adhibeat, judex autem etiam

pedaneus literarū imperitus adhiberi possit, si is à Jurisc. cōsiliū expetiisset. Cui distinctioni Hotomani Robert. nō assentitur, eò quòd Justin. nolit iudices pedaneos iudicādi formulas aliunde emendicare. Sed puto Hotomanū respexisse tēpus supradicta Novella Justiniani antèrius, quo in usu adhuc erat, ut iudices Jurisconf. responsa efflagitarent, quomodo ipse sese ad finem quæstionis illius 26 interpretari videtur: Robertum autem & Cujacium tempus quod Novella illa fuit posterius spectasse: atq; ea ratione tã illius quàm horum distinctionem esse verissimam. Quod idem attigit etiam Cujac. lib. 23. observ. c. ult. Qui in ea sunt sentētia, quòd prætor magistratūve populi Romani non iudicaverit ipse, sed iudicādæ rei iudicē semper dederit, nã isti distinctione hac uti nequeunt, aut si utantur, per cōsequens prætorem etiã magistratūve iudicē esse potuisse, imò verò etiã iudicasse fateantur necesse est, id quod primo capite effecimus. Est igitur ut in extremis hæreant, neq; video, qua ratione ex d. nov. 82. sese expediant. Nã ante Justin. Novell. constitutionē iudicem ex legibus & moribus approbatis sententiã ferre debuis-

debuisset, atque de ita judicando juramentum à iudice præstandum fuisse, §. 1. Institut. de offic. iudic. extra omnem est controversiam: cui hoc addo, licuisse iudici cuicumque; vel per se vel per alium sententiã ferendam concipere, quæ sententiæ jurisconsulti Responsa dicebantur, hodie Sapientũ aut prudentũ consilia. Quod cum ita sit, mirum non est, si ante Justiniani constitutionẽ iudicibus quibusvis imperitis esse licuerit, id quod ex l. 2. D. quod quisque; jur. in alium statuerit, colligitur, idẽque; apertissimẽ principium d. nov. 52. cõfirmat, ex quo constat, deputatos fuisse à Zen. Imp. iudices etiã legũ ineruditos, neque; causarũ habẽtes experimẽtum. At verò post Justiniani constitutionẽ ex ipsa iudex & secundum leges morẽsve iudicate, & sententiã concipere ipse debet, ac proinde legũ morũve imperitus esse non debet, quod ex eiusdem Novellæ principio luculẽter satis apparet, eo tamẽ cũ moderamine, ut si magistratus est, cujus iurisdictioni inest iudicare, is assessores habeat, qui peritia sua imperitiã ipsius suppleant, id est, ut assessorum, qui iudices ipsi non sunt, sed consilarii iudicum, peritia sit peritia iudicis: si verò iudex est pedaneus,

is per se ipsum peritus sit, aut ad iudicandi munus non admittatur. Tribuitur hoc magistratus dignitati & auctoritati, quæ in iudice pedaneo nulla est, ut cujus auctoritas omnis ab eo qui ipsum dedit dependet. Et verò magistratus Romanorum plerosque viros fuisse militares, antiquitates ipsorum & historiae edocuerunt. Nam quòd iudices militares à Civilibus in Codice distinguuntur, id non ex personis ipsorum sit, sed ex personis litigantibus, & causis de quibus apud hos vel illos litigabatur. Erant enim magistratum Civilium & militarium iurisdictiones ex causis suis distinctæ, quæ confundendæ non erant. Atq; ad militares illos duntaxat, non etiam ad Civiles pertinet d. l. certi juris, in qua iudicum illorum peritia juris non requiritur, sed facti: & fieri potest, ut diuturno rerum usu experientiaq; etiam is qui omninò rudis literarum aliàs est, rerum sit scientissimus. Non enim literarum peritiam Imperator desiderat, sed peritiam rerum. Ex quo Angel. Aretin. in d. §. similiter, n. i. infert, quòd nobiles & alii negotiorum ac rerum experti, licet sint ignari literarum, possint esse rectores terrarum, & habere ad-
mini-

ministracionem officiorum. Nam aliàs etiam, ut maximè literarū peritus quis esset, rerum autem imperitus ad judicandum nō admitteretur, quod ex d. l. certi juris, nō obscurè colligitur. Hinc est quòd inter eos qui judices dari prohibentur, nusquam reperitur referri illiteratos. Illud sanè facilè concesserim, eum qui omninò literarum imperitus fuerit, judicem esse non potuisse, ob id quòd judex sententiam per se ipsum ex periculo seu libello publicè partibus legere & recitare debuerit, quod præterquam jure civili sub eo tit. Codicis, qui est de sententiis ex periculo recitandis expressum est, jure etiam Pontificio approbatur in cap. final. de sentent. & re judic. in 6. Excipiuntur tamen præfecti prætorio & alii, qui illustrem administrationem gerunt, veluti quæsturam aut præfecturam urbi, aut magisterium, & omnes viri illustres, qui nullam in Republ. administrationem gerunt, sed fortè ad speciem aliquam à principe judices delegati sunt, qui per officialem suum aut præconem sententias recitare possunt l. 2. C. de sentent. ex peric. recit. ubi Cujac. in paratit.

O

Dec-

De emendatione leg. si is cum quo 20. D.
 communi divid. CAP. IX.

SI is cum quo, inquit Pomponius, *fundum communem habes, ad delictum non respondit, & ob id motu iudicis villa diruta est, aut arbuta succisa sunt, &c.* Ita Florentiæ legitur, cui lectioni primus omnium manus admovit Franc. Duarenus lib. 1. disput. c. 4. & pro *delictum* contendit legendum esse *delectum*, idq; aliquot exemplis illustrat. Joh. Robert. lib. 3. sent. c. 4. & ipse à lectione Florentina recedens, vulgatamq; quæ habet, *ad edictum*, defendens, emendationem illam improbat, quem sequitur Jac. Rævard. li. 1. var. c. 7. addens, si legendum non sit *ad edictum*, rectius tamen Florentiæ legi *ad delictum*, quàm ut Duaren. emendavit, *ad delectum*, quippe quòd ad delictum & ad edictum non respondere in effectu sint eadem. Cujacius Duareno assentitur lib. 13. observ. c. 29. nisi error aliquis typographi ibi infederit *delectum* pro *dilectum* scribentis, quod mihi verosimile fit ex eisdem Cujacii observ. li. 6. c. 7. ubi testatur in pandectis Florentin. *dilectum* non *delectum* scribi, idq; approbat, omnesq; omnium autorum libros manuscriptos sic habere semper, & Festum confirmare ait. Quæritis, quid sentien-

tien-

tiendum sit; Id nimirum quod maximè est verosimile. Nam ad summam rei nihil interesse puto, quomodocunq; legeris. Quævis enim lectio sensum habet non incòmodum, secundū eas, quas assertores cujusq; afferunt interpretationes. Maximè autē verosimilis mihi videtur Duareni lectio, qui magnum sibi habet *παράστασις* Cujacium. Constat utrunq; & Duarenum & Robertum à lectione Florentina recessisse: ea autē verosimilior est quæ ad eam proximè accedit, & quàm proximè à voce delicti abest. At ea est vox delectus, vel ut Cujac. mavult dilectus. In proclivi enim est literarum transpositio, quæ multis aliis locis accidit, earundémve inter se còmutatio. Si igitur delectum legas, mutatio est literæ unicæ, si dilectum literarum i & e transpositio, cùm secundum lectionem Roberti litera una prorsus tollatur, alia verò etiam immutetur. Atq; hujusmodi est lectio legis istius, sensus autem talis: Militiæ munus detrectare inhonestum habebatur. Itaq; apud veteres si militiæ causa citatus à Tribuno militis, ut opinor, qui, ut ex Livio constat, militū dilectū habere solebat, nō respōderat, in censum redigebatur,

O 2 id est,

id est, vendebatur & in servitutem redigebatur l. 4. §. gravius autem, D. de re militar. quò pertinet illud Ciceronis in ea pro Cæcina, *ubi jam, inquit, populus eum vendidit, qui citatus ad militiam non venit.* Qui enim patriæ libertatem, quantum in se erat, prodebat, is ut liber esset, dignus non erat. Quin & bona non venientis vendi solita ex Flori Epitomes lib. 14. didicimus. Neq; enim libertate dignus esse videbatur, qui, cū ad id munus, quod solis liberis hominibus defertur, vocatur, id detrectat, neq; etiam bonis ullis dignus esse, qui bona patriæ cōmunia quantum in se esset non tueretur. Quod si igitur bona ejusmodi contumacis imò ipse contumax vendi atq; adeò in servilem statum ob contumaciam insignenti, utpote quæ prodioni similis est, d. §. gravius, redigi potuit, mirum videri non debet, si villæ etiam non respondentis ad dilectum, & ædes dirui potuerunt. Id enim quandoq; factum esse, contrà quàm Rævarus existimat, docuit nos Dion. Halicarnass. lib. 8. Antiquit. Roman. quem ad id laudavit Cujacius d. obser. 29. Quid, quòd in causis etiam multo levioribus, & in quibus contuma-

sumacia etiam levior esset, demolitio ejusmodi fieri potuit, ut ex prima Philippica Ciceronis constat? Neq; obstat in jure nostro pœnam istam definitam non esse. Non enim erat pœna ista demolitionis ordinaria, sed extra ordinem à judice seu magistratu infligebatur, ex causis tamen ipsum ad severitatem istam moventibus. Quam ob causam non temerè in d. l. si is cum quo, additur *motu judicis* villam dirutam esse. Nam quòd Ræyardus ex notis errorem creatum esse dicit, & pro *motu judicis* legendum esse putat, *magistratus imperio*, Cujac. improbat d. c. 29. & vanum esse aliàs in eo libro, qui mihi est de erroribus ex notis creatis, ostendam planius. Motus autem ille judicis est indignatio, l. nullum, C. de testib. l. omnes. C. de offic. rect. provinc. quæ ejusmodi pœnæ infligendæ causas habet gravissimas. Eæ verò causæ cum jure definitæ non sint faciunt, ut judex pro arbitrio suo hanc pœnam quandoq; infligat, si necessitas & exemplum ita postulare videatur. Ceterum valdè miror Robertum in dubium vocare, an latinè satis dicatur, ad delectum seu dilectum respondere. Idem enim dictionis genus est in

d. §. gravius. Nō obstat quod lex dicit: Motu
 judicis villam dirui, delectum autem magi-
 stratum esse, non judicantium. Nihil enim
 est tritius, quàm ut judicem interpretemur
 magistratum, si res qua de re agitur & subje-
 cta materia, ut loquuntur, postulet quod cùm
 suprà c. i. satis sit confirmatū, in hunc locum
 referre pluribus necesse non est. Sed & il-
 lud quod assumitur id judicantium non ef-
 se, ut delectum indicant & contumacem
 puniant, ejusmodi est, ut nullo negotio re-
 fellatur. Fateor non esse illud judicium ci-
 vilium seu domesticorum: at hoc etiam cō-
 cedi necesse est, partes hæc delectus habendi
 judicium esse militare, qui iidem ma-
 gistratus sunt jurisdictioni militari præposi-
 ti. Nam in delectu habendo Tribunus mili-
 tum judex est, non etiam judex domesticus:
 ac proinde is judex militaris milites ad dile-
 ctum evocat, ad quem si evocatus non re-
 spondeat, hoc est, si præceptum tribuni mi-
 litis cōtemnat, & neq; compareat, neq; cur
 se non sistat causas legitimas proponat, jam
 judicis illius nempe tribuni militū evocan-
 tis motu villa evocati dirui potest, motu, in-
 quam, non temerè sed ex causis tribunum
 ccu

ceu judicem ad id faciendum moventibus. Is verò militum tribunus magistratus est: & sanè dilectum indicit ut magistratus, non respondentē ad dilectum punit ut judex, si-
 ve ut magistratus officiū suum exercens & jurisdictionē defendens poena inflīcta. Atq;
 hæc manifestissima est hujus nodi explicādi ratio, quem Robertus putat esse inexplica-
 bilem. Sed illud alterum Roberti multò est ineptius, quo quærit, quorsum ejus, qui cū dilectus haberetur, citatus ad nomen non respondit villam dirui dicamus, quoniam militiae detrectatio personam non etiam res detrectantis contingat. Si enim ita argu-
 mentari licebit, quid impedit quò minus quælibet bonorum publicatio subvertatur, & quorsum delinquentis bona, vel in totum vel pro parte publicantur, cū crimen commissum, ob quod bonorum publicatio sequitur, personam, non etiam res delinquentis contingat? At nihil absurdi est dicere, Eum qui crimen commisit non in persona duntaxat sua sed etiam in bonis puniri. Non enim dum in bonis punitur, bona puniuntur, sed ipse qui crimen commisit, per ablationem bonorum

O 4 puni-

puniri intelligitur, ut poena quæ in bonis
 fit, non minus personam contingat, atq; il-
 la quæ corpori infligitur. Excipies, At in bo-
 norum publicatione res vindicari fisco, in
 eo autem casu, de quo nunc nobis sermo est,
 corrumpi. Hoc verò jam in modo poenæ
 infligendæ, non in poena ipsa positum est, &
 ad victoriam contra Robertum pro Dua-
 reno & Cujacio satis est id obtinuisse, pœ-
 nam ob crimen delinquenti infligi, etiam
 in ipsius bonis, quomodocunque tandem
 illud fiat. Si nunc quærat, cur hoc casu
 hoc etiam modo infligatur, hoc est, cur vil-
 la diruatur, responsio in promptu est, id fieri
 in poenam non respondentis, & quidem in
 finem duplicem, unum quod ad ipsum de-
 linquentem, ut corrigatur reddaturq; me-
 lior, alterum, quo ad alios, ut cum res sit e-
 xempli pessimi in necessitatibus bellorum
 magistratui non obtemperare, alii severita-
 te poenæ à simili delicto perpetrando abster-
 reantur. Sunt quidem crimina ejusmodi
 omnia, ut publicus status illis lædatur, sed
 nonnullis hoc ita fit mediatè, nempe læso
 privato homine: at is qui ad dilectum evo-
 catus contumaciter emanet, immediatè in
 statum

statum publicum delinquit, estq; delictum istud eò gravius. Ut enim pro aris & focus a-
lii, idq; sacrum erat, ita contumax hic con-
tra aras & focos esse censetur. Nefarium igitur & execrandum facinus contumacis i-
stius, qui quantum in se est patriam prodit
ejusq; libertatem, d. §. gravius, & multò gra-
vius, quàm illud quo publica utilitas me-
diatè tamen læditur, ut, cùm in hoc bona
delinquentis sepe numero in fiscũ redigan-
tur, mirari Rævardus nō debuerit, si præter
pœnas alias, villa etiam ejus, qui ad dilectũ
non respondit, diruatur. Nam & domus ne-
farii hominis nefaria esse videbatur, ut tolli
etiam illa, atq; ad eò omnis proditoris istius-
modi memoria aboleri debuerit, quippe
quòd nec fiscus domũ aut bona ejus hoc, ut
ita dicam, honore digna existimaret, quæ in
publicum referenda essent. Veruntamen
Roberti expositio secundum lectionem eã,
quam ipse tuetur, absurda non est, sed quod
longius, meo quidem judicio, petita sit, &
legis sensum nimis angustum faciat, quo u-
troq; vicio lectio Duareni & Cujacii caret,
horum quàm illius lectionem verosimilio-
rem & probabiliorem esse adhuc existimo.

Quantitas quid significet apud Jurisconsultos. CAPUT X.

Aut inscriptio hujus capituli apud Duarenū li. I. disput. 6. plus promittit, quā præstet, cū ipse non nisi de numi quantitate sub illo agat, aut si ea fuit Duareni sententia, ut omnem quantitatem voluerit esse æstimationem seu valorem, vereor ut illa defendi possit. Sunt enim Jurisconsultis quantitates etiā aliæ quàm numi cognitæ, & sunt quætitates, quæ tamē in æstimatione seu valore positæ nō sunt. Neq; verò ullus mihi de quantitate philosophorū sermo est, quā ipsis relinquo, sed de ea, quæ jurisconsultis est propria. Primum itaq; quantitas opponitur corpori, ita ut in corpore substantiam & materiam ejus consideremus, in quætitate vim ac momentum, & corpus quidem sine quantitate subsistere possit, quantitas nunquā nisi in corpore aliquo ut in subjecto hæreat, à quo tamen distinctam habeat considerationem. Exēpli causā, Numus corpus quidē est, quatenus ex metallo aliave materia conflatus est, sed ex corpore illo suo non dicitur Numus, sed vel argentum vel aurū, vel modo alio, prout corporis est materia: quatenus
autem

autē forma publica percussus usum dominiūq; præbet corpus nō est, sed quātitas, l. nam etsi fur, 13. in fi. D. de reb. cred. quam utranq; numi significationem expressit Paulus in l. 1. D. de contrah. emt. *Eaq; materia, inquit, forma publica percussa usum dominiūq; non tam ex substantia præbet, quàm ex quantitate*, hoc est, in materia ista forma publica percussa duo spectantur, substantia & quantitas. Substantia quidem à natura est, quantitas autē materiæ istius est ex impositione legūlatorum: & rursus substantia quidem est in auro; argento, ferro & similibus, quantitas autem est Numus, quæ quantitas cūm ex lege sit numus, dicitur Latinis à Græco νόμος quod legem significat, eò quòd omnem suam auctoritatem ex lege sola habeat, substantia interim non ex lege sed ex qualitate sua naturali dijudicanda. Si nunc quærat, ex substantiāne sit, an ex quantitate, quòd materia ista usum dominiūque præbet hominibus, respondet Paulus ex quantitate id esse, quam quantitatem lex materiæ isti imposuerit, & ut credo quandoque in ea signaverit, ut ea res ceteræ æstimentur, atque ita

ejus vice rei quæ datur usus esse possit, & do-
 minium rei, quæ pro numo accipitur, tra-
 ditione ipsius transferatur. Non enim ma-
 teriam electã eam esse, quæ difficultatibus
 permutationum ante numum inventum
 subveniret, sed publicam materiæ istius &
 perpetuam æstimationem, quæ quantitatis
 æqualitate fiat, id præstare, Paulus apertè in
 d.l.i. affirmat, atq; inde infert, materiam nõ
 ex substantia præbere usum & dominium
 sed ex quantitate. Quod enim doctissimus
 Budæus pro *quantitate*, legit, *qualitate*, id ex
 contextu ipso satis refellitur, aut certè legen-
 dum fuerat, *æqualitate*, repetita voce ex præ-
 cedentibus, ut subintelligeretur, *quantitatis*,
 Hinc est quod Jurisconsulti nostri in numis,
 qui vulgò dicuntur, non corpus, sed quan-
 titatem spectaverint, & hanc illi opposue-
 rint, ut in l. si is cui, 94. D. de solution. l. pla-
 né, 34. §. sed si non corpus. D. de legat. 1. nu-
 mumq; in rebus incorporalibus habuerint,
 licet id in quo numus esset, esset corpus, l.
 qui heredis, 46. D. de condiçt. inde. l. quis-
 quis mihi, 95. D. de legat. 3. l. quod dicitur, 5.
 D. de impens. in rem dotal. fact. idq; pluri-
 bus confirmat Fr. Hotomanus quæst. illust.
 15. ubi

15. ubi eleganter illud declarat ex l. Titia, §7. D. de legat. 2. exemplo tessaræ frumentariæ legatæ, quam Paulus in quantitate magis, quàm in corpore consistere dicit. Ex his cōstat satis, quantitatem opponi corpori, sed nondum inde confectum est, quid quantitas sit aut significet, nisi id duntaxat, quod quantitas non sit corpus, sed incorporale aliquid, quod corpori alicui ex hominum instituto insit. Quid autem sit illud? Duarenus simpliciter affirmat esse valorem & æstimationem, cujus signum & nota sit character numo impressus, de quo Aristoteles 1. Politic. 6. τὸ μὲν πρῶτον, inquit, ἀπλῶς ὀνομαζόμενον μέτρον καὶ ἄριθμῳ, τὸ δὲ τελευταῖον καὶ χαρακτηριστικὸν ἐπιβαλλόντων, ἵνα ἀπολύσῃ τῆς μετρήσεως αὐτοῦ. ὃ δὲ χαρακτηριστικὸν ἐπέδη τοῦ ποσοῦ σημεῖον. Hæc Robertus 3. sentent. 6. non negat, putat tamen illam definitionem quantitatis non esse sufficiētem, quod idem & Hotomanus subindicat d. quæst. 15. cum ait, Jurisconsultos *plerunq;* quantitatis nomine pro valore & potestate usos esse. Nam si *plerunq;*, Non semper igitur. Et rectè dicitur, si valor est, & potestas, Quantitas igitur: sed non vicissim, si quantitas est, continuò valor erit aut potestas. Species enim

genus quidem suum affirmatò arguit, sed genus non protinus speciem, nisi negatò. Non igitur inter Duarenum & Robertum cōtroversia est, an quantitas sit valor & æstimationo: (de eo enim utrinq; constat) sed an quantitas præter valorem & æstimationem significet aliquid amplius; Atq; hoc cum Roberto contra Duarenum verius esse existimo. Quodnā igitur illud est, quod quantitas est amplius aliquid? Hoc nimirū ut distinguamus quantitatem numi à quantitibus aliis. In mutuum venire dicuntur res illæ, quæ in quantitate consistunt. In quantitate autem consistunt, res quæ numerantur, quæ mensurantur, quæ ponderantur, quæ cum specie à se invicem diversæ sint, genere tamen eadem sunt. Etsi verò ex his numus seu pecunia possit non numerari tantum sed etiam ponderari, in numero tamen tandem substitit: & sunt præter pecuniam res complures aliæ quæ numerum & pondus, quin etiam mensuram recipiant. Ponderus autem & mensura non minus est quãtitatis atq; est numerus, numerus tamen aliquantò, ut ita dicam, significantius & quasi *κατ' ἐξοχήν*. Numerus enim numi aut pecuniæ est ipsius valor

valor atq; potestas intrinseca, relatione ad aliud non facta. At verò absoluta ista numi consideratio nullius aut exigui certè momenti fuerit. Potissima itaq; ejus vis est relativa, ita nimirum, ut numus quantitas sit & activè & relativè, id est, non in se ipso tantùm, sed etiam extra seipsum, videlicet in eo quòd ex quantitate numi ceteræ res omnes quantitari, ut loquuntur, seu quantæ fieri, hoc est, æstimari possunt. Unde id quod vulgo dicitur, Numo omnes res, quæ in commercio sunt, æstimari, sed nō ipsum æstimari seipso. Numus igitur est quantitas, id est, valor seu potestas, qua ceteræ res omnes æstimentur. At mensura & pondus & ipsa quantitates sunt, sed intra proprios quantitatis terminos subsistunt, neq; eos egrediuntur, ut illis res etiam aliæ quantæ fiant, atq; adeò pro valore, potestate aut æstimatione habenda non sunt. Cùm itaq; hæc ita sese habeant, numus ferè solus in jure nostro quantitas dicitur, eò quòd quãtitatis istius usus sit major, frequētiior & expeditior, quod Robertus multis argumentis confirmavit, ut non abs re Hotomanus dixerit Jurisconsultos plerunq; quantitatis nomine

pro valore & potestate usos esse. Quæ eadem si fuit Duareni sententia, non video, quid ab eo Robertus dissentiat, nisi quòd Robertus magis perspicuè explicat, quod à Duareno propositum erat concisius & obscurius. Hinc difficile non est intelligere, quomodo accipiendum sit illud, quod ait Ulpian. in l. à Divo Pio, 15. §. si pignora, D. de re judic. addicenda esse pignora, quæ capta sunt, si emitorem non invenient, ea quantitate, qua debetur, id est, secundum modum debitz quantitatis, in quam debitor creditori est condemnatus. Cùm enim fieri possit, ut pignora in causam iudicati capta excedant quantitatem, in quam debitor condemnatus est, vel etiam minoris sint, tùm ne creditor vel debitor damno afficiatur, neq; ille plus aut minus accipiat, quàm ipsi debeatur, pignora capta sunt æstimanda, atq; ita numo ad quantitatem quasi redigenda, ut in illis nulla amplius corporis ratio habeatur, sed quantitatis tantum, id est, valoris & potestatis, quæ ex numo desumitur, & ad corpus accommodatur, ut æqualitas sit inter corpus & quãtitatem, & hæc istius locum subeat vicibusq; fungatur. Pignora ita æstimata

mata proscribuntur: si emptorem intra legitimum tempus non inveniunt, addicuntur creditori secundum eam quantitatem, inquam condemnatio facta est, aut ut loquitur Nov. 53. ca. 4. in fine, secundum mensuram declarati debiti, ita ut si pignora majoris sint, quod ex ipsorum æstimatione, sive ut barbarè mihi loqui liceat, quantitatione & taxatione apparebit, debitori, id quod plus fuit in æstimatione, quàm in debito, æstimatò refundatur, si minoris, debitor in eo obligatus maneat, haud secus, atque si pignus datum distractum fuisset, idq; est æquissimum, ut scribit Duar. i. disput. 6. Fr. Balduin. in tract. de pignor. c. 18. in fin. Atq; hac ratione pignus prætorium constitui, id est, quem mitti in possessionem pro modo debiti, alibi Justinianus affirmat. Nam olim quidem creditores mittebantur in possessionem omnium bonorum, l. 1. D. quib. ex caus. in possess. eaq; omnia ipsis distrahere licebat, ut ex ea pro Quinctio apparet, sed postea obtinuit, ut pro modo debiti duntaxat fieret l. fin. §. sed si. C. de his qui confug. ad Eccles. & d. Novell. 53. cap. 4. in fine. Atq; ita jus vetus hac Novella corrigi Interpretes

P com-

communiter sentiunt, quod falsum esse in expositione Novellæ illius Cujacius scribit, quoniam in Novella illa generaliter dicatur actorem in possessionem mitti bonorū & bona habere, & reversum dominū bona recipere. Quam in re Cujacio astipulor quantū ad missionem in possessionē attinet. Nam Justinianū Novella sua *missionem in universa bona* sustulisse non video, si nimirū ipsa nudè consideretur. At si ad effectum missionis istius oculos convertamus, qui in jure bonorum distrahendorum est positus, mihi quidem omninò videtur Justinianus ab antiqua observatione recessisse, atq; in eo illā correxisse. Antiquitus, ut dixi, ita in universa bona quis immittebatur, ut universorum istorū distrahēdi haberet facultatem: Ex Justiniani Constitutione in universa quidem ad huc immittitur, sed non universa distrahuntur, sed modus distractioni à Justiniano præfinitus est, nēpe hic, ut secūdum mensurā declarati debiti fiat. Videbatur enim antiqua ista observatio esse durior, ut creditori liceret omnia distrahere, atq; ita à debitore transferre, cū sepe fieret ut ex quarundam rerū distractione creditori satisfieri posset.

Ista

Ista autem durities usurpabatur illis temporibus ad terrorem injiciendum hominibus, ne facile æri alieno se obstringerent, scientes fore, ut nisi solverent, omnia ipsorum bona distraherentur. Hanc duritiem Justinianus ad æquitatem quandam reduxit, & permisit missionem quidem universalem, quam cum ad terrorem injiciendum sufficere arbitretur, distractionem universalem sustulit. Hæc nisi Justiniani fuisset sententia, quid necesse fuisset ei, cum dixisset, *in possessione mittat actorem rerum ejus*, protinus subjicere, *secundum mensuram declarati debiti*? Id enim missioni fuisset consequens, si antea idem fuisset usurpatum. Et sanè antiquis temporibus consequens fuit, sed Justinianus consequens esse noluit, ut universa distraherentur, & quod infinitum erat finitum fecit, certumque modum ei adjecit. Ita si missio in possessionem bonorum universorum, distractio bonorum secundum mensuram debiti, & denique solutio ex distractione ista Creditori facienda distinguatur, in primo quidem Cujacis, in altero Interpretum sententiæ assentior. In capite autem tertio, quod solutionem concernit, video convenire Cujacio cum cæteris

nimirum, ut venditione facta portionem creditor ferat de pecunia ex venditione redacta, quæ ipsi debebatur.

De absentibus non accusandis vel condemnandis, & ea occasione de annotatione.

CAPUT XI.

DE absentibus non accusandis vetus jus esse, illa Gordiani Imp. constitutio, quæ Justinianus Imp. in Codicem suum retulit sub l. absentem 6 C. de accusatione ostendit, qua dicitur absentem capitali crimine accusari non posse, sed requirendum tantummodo annotari solere, si desit, vetus jus est. Secundum quod jus idem Gordianus anno constitutionem illam proximè præcedenti in casu adulterii rescripserat, uxorem alicujus, quæ antequam crimine adulterii accusaretur, provinciam excessisset, absentem accusari non posse. Cui consequens est, ut qui absentes accusari non possunt, iidem absentes etiam damnari nequeant. Crimen enim accusatione seu litis cōtestatione incoatur, ut Græcos & Latinos testari in l. adulterant 13. C. ad leg. Jul. de adulter. refert & probat Cujac. lib. 20. observat. cap. 21. perficitur damnatione, l. qui cum major 14. in fine. D. de bonis

bonis libert. l. 1. C. ubi de crimin. agi oport.
 Causa verò sublata, effectum, qui non nisi ex
 causa illa esse potest, tolli necesse est. Et sanè
 absentem in criminibus damnari non o-
 portere D. Trajanum Julio Frontino rescri-
 psisse ex Ulpiano didicimus in l. absentem.
 5. D. de pœn. & ita post Trajanum Divos Se-
 verum & Antoninum Magnum rescripsisse,
 ne quis absens puniatur, Martianus Juris-
 consultus meminit in princ. l. 1. D. de requi-
 rend. reis. & ibidem addit, hoc jure nos uti,
 ne absentes damnentur, eò quòd inaudita
 causa quenquam damnari æquitatis ratio
 non pateretur. Idemq; affirmavit Paulus
 lib. 5. sentent. tit. 5. § penult. his verbis: *In*
causa capitali absens nemo damnatur. Quam-
 ob causam Valentinianus, Theodosius &
 Arcadius Imp̄p̄ cùm apparitorum diligen-
 tiam excitare vellent, censuerunt, ne diu ap-
 paritorum prava admodum venalisq; per-
 fidia impunè in commoda publica desæ-
 viat, etiam in absentes eos pro competenti
 ultione debere consurgi. Verùm cùm ab-
 sents defendi possit, cur non & accusari pos-
 sit? Defensio enim accusationem præsup-
 ponit, cui ipsa opponatur, sicut actionem

exceptio. Defendi autem posse absentem
 textus est in l. servū. §. publicè, D. de procur.
 ubi Ulpianus disertè affirmat, publicè utile
 esse absentes à quibuscunq; defendi; cōpro-
 bans illud constitutione Alexandri Imp. sub
 quo Ulpianus vixit, quæ est in Codice Justi-
 niano posita sub l. reos, 3. de accusat. ubi
 Alexander rescripsit, Reos capitalium cri-
 minum absentes, etiam per procuratorem
 defendi leges publicorū iudiciorū permitte-
 re: cui conveniens est ejusdem Imperatoris
 responsum septem annis post Cōstitutionē
 istam datum, quod est sub l. exigendi, 12. in
 fine. C. de procurator. existimantis multò
 justius esse filium accusati, etsi ætatem legi-
 timam non complevisset, audire defenso-
 rem patris, quàm absentem quasi contu-
 macem & indefensum gravi condemnatio-
 ne afficere. Et defendi non tantum quoad
 allegandū absentia causas, sed etiam quoad
 causam principalem ejusq; merita iidem il-
 li textus evidenter arguunt. Utuntur enim
 verbo *defendendi*, quo, ut Cujac. lib. 20. obs.
 cap. 20. ait, plena defensio significatur, ad i-
 psam causæ merita pertinens, cum excusatio
 illa propriè sit & dicatur quæ ad absentiam
 perti-

pertinet, quomodo etiam verbum defen-
 dendi & verbum excusandi sibi invicem op-
 ponitur in l. penult. §. ad crimen. Digest. de
 publ. judic. & excusatio pro absente dici-
 tur in leg. inter. 10. Digest. de public. judic.
 quin & in dict. §. publicè, ex quo interpre-
 tanda est, dict. l. reos, agitur de absente
 damnando non ob absentiam sed ob cri-
 men, quod illa verba arguunt, quibus dici-
 tur, *pro eo* verba facientem, & excusantem
innocentiam audire æquum esse. Nocens au-
 tem vel innocens quis est, non quòd abest,
 sed quòd crimen aut delictum commisit,
 vel non commisit. Nam quòd Cujacius in
 notis ad sentent. Pauli libr. 5. titul. 16. §. Ne-
 que accusator, mavult legi *absentiam* potius,
 quàm *innocentiam*, autore caret, atque ipse
 etiam tacitè ab illa emendatione recessit
 dicta observatione 20. ubi interpretatio-
 nem vulgarem, qua defensio in textibus
 illis ad allegandas absentiaè causas rostringi-
 tur, quam tradidit Johannes vetus inter-
 pres, & post eum gl. in d. l. reos, ver. per pro-
 curatorem, & ibid. Bald. & Salic. per l. absens
 71. D. de procurator. & à meritis ipsius cau-
 sã ad innocentia rei facientibus excluditur,

Bartol. Bald. & alii in d. §. ad crimen, gloss. & Dd. in l. nihil. C. de procurator. Wesembec, Consil. 43. n. 166. part. 1. scribit, coactam nimis esse & improbabilem. Ut enim Interpretes illi textus suprà allegatos ex d. §. ad crimen interpretarentur, & ad absentiaè defensionem, quam tamen excusationem potius quàm defensionem Jurisconsulti appellassent, restringerent, non modò causam nullam habuerunt, sed multò magis ex eo, quod in d. §. ad crimen, dicitur excusationes absentium *ex Senatusconsulto* iudicibus allegari, in d. l. reos autem *leges publicorum iudiciorum* reorum defensionem permittere, intelligere debuerunt, defensionem illam, quæ permittitur in d. §. publicè, & in d. l. reos, longè esse aliam ab excusatione absentiaè, sicut *leges publicorum iudiciorum* alias esse à Senatusconsultis extra controversiam positum est. Nec movere illos debuerant verba in d. §. ad crimen, ab initio posita, in quibus cùm dixisset Papinianus, ad crimen iudicii publici persequendum frustra procuratorem intervenire, multoq; magis (intellige, frustra procuratorem intervenire) ad defendendum. Et si enim dubium

bium non sit, quin verba illa ad ipsa causæ merita, ad defensionem, vel ut Ulpianus loquitur, excusationem innocentia & depulsionem criminis pertineant, accipienda tamen sunt secundum distinctionem ab Ulpiano ibidem in d. §. publicè positam, ut vera sint in illis criminibus, ex quibus quis absens damnari non potest. Hoc cum ita Interpretes quidam animadverterent, senserunt procuratorem pro accusato vel inquisito ad innocentiam ejus allegandam & probandam intervenire posse, ut tenuit Bart. in l. i. §. si quis. D. de quæst. Castren. in d. §. publicè n. i. Rube. in d. §. ad crimen, n. 102. Hippol. in praxi crimin. §. sequitur, nu. 43. & 44. & alii quos recenset Jul. Clarus lib. 5. sentent. §. final. quæst. 33. vers. sed quod plus est, quæ sententia etiam si ibidem à Julio Claro rejiciatur, est tamen verissima, nec debuit eam excellentissimus Menochius de arbitrar. judic. quæstion. lib. i. quæst. 80. n. 59. tam angustè accipere, quasi interpretes illi ita sentiant, si apertè de innocentia possit statim constare. Quare omnis quæstionis illius. an absens defendi possit, necne definitio nõ ex distinctione absentia & meritorum cau-

ſæ, nec ex modo probandi innocentiam, utrum illa in continenti, aut ex intervallo fiat, ſed ex diſtinctione ipſorum criminum, utrum nimirum illa ſint ejuſmodi ut ex iis abſens aliquis dānari poſſit, an verò abſens aliquis ex iis damnari non poſſit, petēda eſt, ut in illis abſens defendi poſſit, in hiſ non æquè. Id demonſtrat d. §. publicè, ubi expreſſè Ulpianus ait, ubicunq; abſens quis damnari poteſt, ibi quemvis verba pro eo facientem & innocentiam excuſantem audiiri æquum eſſe. E cōtrario igitur, ubicunq; quis abſens damnari non poteſt, nulla æquitas poſtulat, ut pro eo verba faciens & innocentiam excuſans audiatur. Quæ æquitas ratione nititur. In hiſ enim criminibus, ex quibus abſenti damnatio metuenda non eſt, deſenſione opus non eſt, utpote quæ ad evitandam damnationem accuſationi opponi ſoleat. In illis autem, ex quibus damnatio, ut maximè quis abſens ſit, procedit, publicè utile eſt, omniumq; intereſt, abſentem defendi, ut qua ratione Ulpianus de provocatione credidit, humanitatis ratione omnem provocantem audiiri debere, etiamſi is qui damnatus eſt, perire feſtinans

festinans appellationem non admittat, l. non tantum. 6. Digest. de appellation. eadem ratione & quidem multò magis credere nobis liceat defendentem pro absente audiendum esse. Si enim tum cùm quis damnatus est, tertio appellare damnato etiam invito licebit ad suspendendam sententiæ executionem, cur non tertio liceret absentem defendere, ne sententia condemnationis in eum ferretur? Et cur non multò magis licebit, cùm id faciat legibus publicorum judiciorum permittentibus, is verò qui appellat nulla lege permittente sed nuda humanitatis ratione, & semper satius sit impunitum relinqui facinus nocentis, quàm innocentem damnare, ut optimus Trajanus Assiduo Severo rescripsit leg. absentem. quint. Digest. de poenis. Verùm enimverò quæ nam sunt Crimina illa ex quibus absens aliquis damnari potest & non potest? Ea definiisse videtur Ulpianus in dict. leg. absentem, poenæ genere, ut ista, ex quibus delinquens graviori poena quàm est relegatio puniri nequit, sint ex quibus absens damnari potest, illa autem ex quibus gravior poena quam

relegationis irrogatur, sint ex quibus absens quis damnari non potest. Idemq; tradidit Marcianus Jurisconf. in l. 1. §. 1. D. de requir. vel absentibus damn. Ex quo Doctores vulgò distinxerunt, ut in iis in quibus pœna relegatione levior imponitur, absens defendi possit, non solùm ob absentiam sed & ob crimen ipsum, in iis verò in quibus pœna relegatione gravior est, nō possit quo ad merita, possit quo ad absentiaē causas allegandas, quam receptam esse Doctorem sententiam Menoch. de arbitrar. judic. quæstion. cent. 3. casu 264. in princ. testatur, & ante eum Joan. Robert. lib. 2. sentent. cap. 3. At cum Alexandrum Imp. animadvertam loqui de reis capitalium criminum, & Ulpianum de capitalibus judiciis, atq; in iis uterq; defensorem admittat: rei autem capitalis damnatum idem Ulpian. in l. 2. D. de pœn. sic accipiendum esse doceat, ex qua causa damnato vel mors, vel etiam civitatis amissio, vel servitus contingit, quod idem ex Callistrato refertur in l. capitalium 28. D. de pœn. quas pœnas relegatione graviores esse nemo est qui neget, & rursus in l. miles qui 11. §. ea quæ D. ad leg. Jul. de adulter. cam

eam quæ inter reas adulterii recepta esset, absentem defendi non posse dicatur, cum tamen adulterii pœna relegatione gravior non fuerit ex lege Julia, ut scripsit Cujas. ad l. 8. D. de transaction. & libr. 20. observat. cap. 25. & libr. 21. observat. cap. 17. Briffon. lib. singul. de adulter. cap. 2 Justus Lipsius in eruditissimis suis ad lib. 4. Annal. Taciti commentariis, in verb. quanquam Lentulus Getulicus, vereor ut ad propositam questionem definiendam illa non satis appositè dicantur. Nec satisfacit mihi quòd afferri video distinctionem verbi *Capitale*, ut quavis illud propriè pertineat ad pœnas relegatione graviores, per quas caput eximitur è civitate Romana, quandoq; tamen latius accipiatur, ut complectatur etiam minores pœnas, veluti relegationem. Licet enim capitalis Latinè loquentibus omnis causa estimationis videatur, tamen appellatione capitalis mortis vel amissionis civitatis intelligendam esse Modestinus scripsit l. licet, 103. D. de verbor. significat. ubi disertè distinguit usum loquendi inter Latinos, id est, Oratores, qui multoties vocabulis abutuntur, & inter Jurisconsultos; & Latinis qui

dem vocē *capitalis* latius accipi ostendit, Jurisconsultis autē definiri morte & amissione civitatis. Unde etiam nullus in jure locus est, ex quo capitale pœnam, aut capitale iudicium appareat dici, ubi de morte amissionēve civitatis non intelligatur §. capitalia Inst. de pub. jud. Nā Modestinus impropriam illam capitalis significationē Oratoribus quidē tribuit, sed Jurisconsultis expressè adimit, ut mirer ad comprobationem distinctionis illius d. l. licet à nonnullis allegari. Non etiam video qua ratione probetur ista distinctio per l. sed & si quis, 4. D. si quis caution. cū ipse Jurisconsultus Rei capitalis cōdemnatum accipiat de eo qui morte exiliove coercitus est. Ubi exilium intelligi deportationem qua civitas amittitur arguunt verba paulò pòst subjecta, *aut si forte in exilium salva civitate abiit*, quod exilium ab exilio, cujus paulò antè mentio facta erat, separandum esse, ordo contextus clarè demonstrat, & probat Brisson. lib. 3. de verb. sign. in verb. à capite. Et verò ut in l. 1 §. removet D. de postul. eum qui capitali crimine damnatus est accipiamus eum etiam qui nec mortuus est nec civitatem amisit, & non

& non potius eo modo ut Jurisconsulti solent, ratio nulla est. Sed sit sanè ita, habeat verbum *Capitale* apud Jurisconsultos etiam significationem illam Latinorum: at unde efficient illi, crimina capitalia & capitalia judicia apud Alexandrum & Ulpianum improprie magis quàm proprie accipi, & cur non potius proprie, cùm alias voces proprie potius quàm improprie accipiendæ sint? Mirum utrunq; & Alexand. & Ulpian. cum Oratoribus potius quàm cum Juriscōsultis loqui voluisse, præsertim cùm uterq; proprietatis sermonis fuerit studiosissimus. Quinetiam non sine causa factum esse puto, quòd Ulpianus non simpliciter dixit, In capitalibus judiciis defensio datur, sed ita, *nam & in capitalibus, &c.* ut id, quod dixerat in genere, publicè utile esse, absentes à quibuscunq; defendi, ostēderet non tantùm locū habere in nō capitalibus judiciis, sed in capitalibus etiam, de quibus maximè dubitabatur, eò quod in illis rei præsentia requireretur d. §. ad crimen, l. i. D. an per ali. causæ appel. red. pos. Et verò manet illud, eam, quæ inter reas adulterii recepta est, absentē defendi nō posse, §. ea quæ, cui nō video respōderi nisi fortè

singulari jure id in adultera receptum esse dicere velint, quod tamen non probatur, qua de re paulò post amplius. Nihilò felicius sese ex historicis expedivit Brissonus. Nā quod libro singul. de adulter. cap. 7. in fine scribit his verbis : *Sed non omnia capitalia crimina judicii publici sunt : Igitur in privatorum criminum causis defensor rectè intervenit, in publicorum judiciorum criminibus non rectè intervenit*, nullo negotio refellitur. Utenim ea quæ suprā dicta sunt, atq; ad illud impugnandū partim afferri possunt, præteream, Brissonus terminos à se positos confundit, quos distinguere debuerat. Fatetur autem, ut ego quidem mentem ejus percipio, nisi quis verba ad vulgarem interpretationem accommodare malit, fatetur, inquam, Alexandrum & Ulpianum loqui de criminibus verè capitalibus, sed non de omnibus. Distinguit enim inter crimina capitalia quæ publici judicii non sunt, & ea quæ judicii sunt publici, quod ex eo colligo, quod dicit, non omnia capitalia crimina judicii publici esse: de cujus distinctionis veritate nunc non inquirō. Sed quid inde? *In privatorum criminum causis*, inquit Brissonus,

sonius,

sonius, defensor rectè intervenit. At de criminibus capitalibus sermo nobis institutus erat, non de privatis: nec si in privatum iudicium ea deducatur, capitalia esse desinunt, licet eorum persecutio capitalis non sit sed privata. Agendi enim modus criminis qualitatem non tollit, sed executionis modum distinguit. Et verò iudicio privato vel de privato crimine si agatur, ecquis unquã dubitavit procuratorẽ intervenire posse, ut necesse non fuerit vel leges publicorũ iudiciorũ id permittere, vel Alexãdrum de eo quod satis notum erat rescribere, & Ulpianum in commentarios suos referre? Pergit Brissonus: *In publicorum iudiciorum criminibus nõ rectè intervenit.* At cur Brissonus non ait, *In publicorum criminum iudiciis*; &c. sicut in membro superiori *in privatorum criminum causis*? aut cur non ibi potius *In privatorum iudiciorum criminibus*, ut oppositio, quæ inter eadem esse debet; sibi constitisset? Sed animadvertit, opinor, vir aliàs accuratæ diligentiæ; si vel isto loco privata iudicia dixisset, Ulpianum adversari, qui in d. §. publicè, non privatorum sed capitalium iudiciorum quæ semper publica sunt mentionem

Q facit,

facit, vel hoc loco publica crimina dixisset; adversari Alexandrum qui in d.l.reos loquitur de criminibus capitalibus, quæ publica sunt, & de criminibus publicis, quæ in judiciis publicis examinarentur, Alexandrū intelligendum esse, clausula rescripti ipsius, qua legibus *publicorum judiciorum* id permitti, ut defensor admittatur, affirmat. Si publicorum judiciorum legibus id permittitur, istæ autem de publicis criminibus lætæ sunt, non de privatis, concedet tandem Briffonius, crimina capitalia de quibus Alexander rescripsit, non esse ea quæ in iudicio privato, sed quæ in iudicio publico versarētur. Id verò ex collatione d. §. publicè, & d.l.reos apparet multò manifestius. Alexander enim ait, *reos capitalium criminum*. Ulpianus ait, *etiam in capitalibus judiciis*. Uterq; igitur de criminibus capitalibus, & ne distinctioni Briffonianæ locus ullus relinqueretur, Ulpianus optimus Alexandri interpret, de criminibus capitalibus quæ in iudiciis capitalibus versarentur. Judicia autem capitalia publica sunt, non privata; ut valdè mirer doctissimū virum in publicorum judiciorum criminibus procuratorem non rectè

rectè intervenire contra expressos textus d. § publicè, & dict. l. reos, affirmare ausum fuisse. Ait Ulpianus, etiam in capitalibus judiciis (quæ publica sunt) defensio datur, & Alexander, leges publicorum judiciorum id permittere ait. Briffonius negat: Ait enim, In publicorum judiciorum criminibus procurator non rectè intervenit. At Ulpianum & Alexandrum verè locutos quis dubitat? Falsum igitur Briffonius, & distinctio ab ipso posita legibus non consentanea. Jacobus Cujacius itaque aliter dict. §. publicè, & dict. l. reos, d. observat. 20. interpretatur, & monet observandum esse, textus illos loqui tantùm de capitalibus judiciis & de reis capitalium criminum, id est, de receptis inter reos capitalium criminum lite contestata, qui soli absentes damnari possint: receptos autem inter reos judicio publico nō capitali, veluti adulterii, defendi absentes nō posse per d. l. miles qui, 11. §. ea quæ. Distinguit Cujac. non inter crimina capitalia, ut Briffon. faciebat è modo ea in judiciū publicum vel judicium privatū deducendi, nec, ut vulgò interpretes, inter crimina capitalia propriè ita dicta, & impropiè ex pœna,

Q 2

sed

sed inter crimina capitalia & non capitalia; & de his quidem indistinctè affirmat, eos qui iis tenentur absentes etiam inter reos receptos defendi non posse: in capitalibus autem distinguit, ut cum quibus præsentibus eorum nomine lis contestata esset, si postea abesse coeperint absentes damnari possent, cum quibus contestata non esset, non possent. Quia etiam in distinctione nõ est de nihilo quod desiderari possit. Quod enim ad crimina non capitalia attinet, hoc est, in quibus poena est relegatio aut relegatione minor, Cujacius simpliciter negat absentes defendi posse; Interpretes simpliciter affirmant, ille per d. l. miles qui, §. ea quæ, cui addo l. i. vers. sed etsi ea causa sit D. an per ali. causæ appell. reddi poss. hi per l. absentem §. D. de poen. cui addo l. i. D. de requir. vel absent. damnand. Sanè si ex illis causis damnari quis potest absens, ut expressus text. est in d. l. absentem, quid ni & absens ex iisdem causis defendi possit; ex generali illa ab Ulpiano in d. §. publicè, tradita regula; quòd ubicunq; absens quis damnari potest, ibi etiam absens defendi possit. Ne dicas, in capitalibus duntaxat iudiciis regulam illam obtinere;

finere, non etiam in aliis. Ex eo enim quòd publicè utile est absentes à quibuscunq; defendi, & quòd ubicunq; absens damnari quis potest, defendi etiam potest, infert Ulpianus, idem fieri posse in judiciis capitalibus, argumento sumto à genere ad speciem. Et præterquam quòd Ulpianus generaliter id affirmat, de ceteris judiciis quæ capitalia non sunt, id, quasi quod in confesso sit, præsupponit, & vocula *ET* satis arguit idem esse dicendum in aliis etiam non capitalibus. Nisi enim id in omnibus judiciorum generibus locum haberet, viciosa esset Ulpiani collectio. An verò Cujacius ex eo, quod affert, adulterii exemplo id quod voluit probaverit, nescio. Nam Gordianus quidem Imper. in l. si quondam 15. C. ad leg. Jul. de adulter. si quondam, inquit, uxor tua antequam crimine adulterii accusaretur provinciam excessit, neq; absens accusari potest. Alexander autem Imper. in l. adulteram, 13. C. ad leg. Jul. de adulter. Adulteram, inquit, si posteaquam crimen contra eam incoatum est, provinciam excesserit, etiam absentem inter reos recipi posse explorati juris est. Nec obstat quod Alexander id toti-

Q 3 dem

dem verbis non expresserit, quòd adultera illa de qua loquitur etiã absens defendi possit. Satis enim est per bonam consequentiam ex ipsius rescripto hoc deduci, qua ipse Cuj. d. observ. 21. usus est. Adulterum absentem inter reos receptum absentem defendi posse negat Cujacius: ego contrà affirmo per d.l. adulteram hoc modo: Qui damnari potest absens, idem & defendi potest absens: Propositio est Ulpiani in sæpedito §. publicè. At adultera absens damnari potest. Assumptionem hanc si Cujacius negare volet, videat ne suo se ipsum jugulet gladio. Ita enim in d. observat. 21. ipse definit, qui inter reos recipi potest, idem & damnari potest. Assumo ego, imò assumit Alexander ipse in d.l. adulteram, at adultera si posteaquam crimen contra eam incoatum est, provinciam excesserit etiam absens inter reos recipi potest. Adultera igitur ejusmodi absens etiam damnari potest. Dices damnari, sanè possit, possit etiam inter reos recipi, non tamen potest defendi. At verò illa omnia ex collectione Ulpiani in d. §. publicè ita connexa sunt, ut si ponas unum, alterum ex ea poni necesse sit. Quid agitur est quod
in l.

in l. l. Digest. an per ali. caus. appellat. red-
 di poss. dicitur, sed etsi ea causa sit ex qua
 sequi solet poena usque ad relegationem,
 non oportet per alium causas agi, sed ipsum
 adesse auditorio debere sciendum est? &
 in dict. l. miles qui, §. ea quæ, ea quæ inter
 reas adulterii recepta est, absens defendi
 non potest? Tentari posset ex utroque Gor-
 diani & Alexandri rescripto conjuncto, eo-
 dem modo in criminibus non capitali-
 bus distinguendum esse, quo modo distin-
 xit Cujacius in criminibus capitalibus, ut si-
 quidem lis contestata nondum esset, absens
 accusari non posset, multò minùs defendi,
 quod distinctionis membrum Gordianus
 definiisset, at si contestata & crimen incoa-
 tum esset, absens inter reos recipi posset,
 quod cum effectu accipio, ita ut etiam da-
 mnari posset, quod definiisset Alexander.
 Quæ distinctio si vera esset, nullo negotio
 nodus iste explicari posset, ut dict. l. l. & dict.
 §. ea quæ, intelligerentur de absentibus,
 cum quibus lis nondum est contestata, ce-
 teræ leges in quibus absens damnari dicitur
 acciperentur de absentibus, cum quibus lis
 est contestata. Sed refragantur huic dict. l.

Q 4

absent-

absentem & d. l. i. de requiren. quas loqui de eo casu quo lis nondum est contestata, ex eo manifestum est, quòd in gravioribus criminibus absentem non damnari dicitur, qui tamen, ut paulò post dicitur, absens damnaretur, si lis esset contestata, ut ex opposito, quod de absentibus ex levioribus criminibus damnandis dicitur ibidem eodem modo accipiendum sit in casu litis non contestatæ. Dicere autem jure Codicis aliud in levioribus criminibus receptum, aliud jure Digestorum, periculosum est, non ob id tantum quod Alexander ait explorati juris esse, ut adultera absens post litem contestatam inter reos recipiatur, quod opponitur juri novè constituto, sed etiam quòd Justinianus omnia sua fecit, nec verosimile sit cum Alexander ante Justinianum multis annis cum imperio fuerit, atq; eo etiam tempore explorati illud juris fuerit, Papinianum tam fuisse incogitantem ut negaverit absentem inter reos adulterii receptam defendi posse, aut Compilatores tã facinorosos, ut quod Papinianus affirmasset, ipsi negantem fecissent. Verum omnem hanc quæstionem de criminibus non capitalibus accuratius mihi con-

hi considerati duo occurrunt, ex quibus illa definienda esse videtur, Unum ad receptionem inter reos, alterum ad modum absentiae refertur. Constat inter reos recipi criminofum non ex crimine capitali duntaxat sed etiam ex crimine non capitali: sed quando criminofus reciperetur jus vetus aliud est à jure novo, nimirum constitutionum, ut tradidit Cujac. d. observat. 21. Jure aut more veteri, inquit Cujacius, etiam lite non contestata reus absens postulari poterat, postulari nempe ut inter reos reciperetur, ut in l. vim, 39. §. in matrimonio, D. ad leg. Jul. de adulter. & in aliis autoribus sepe, quod quomodo fiat in dicto loco exposuit idem Cujacius: & non postulari tantum sed reipsa etiam in reos ante litem contestatam ad postulationem criminofum recipi solitum generaliter traditum est in l. hos accusare 12. D. de accusation. & in specie de adultero qui reipubl. causa abest in reos non referendo lege Julia cautum fuit, l. si maritus, 15. §. legis, D. ad leg. Jul. de adulter. ex quo intelligitur absentes ex alia causa licuisse inter reos referre & recipere. At verò ex jure constitutionum ante litem contestatam nemo

absens inter reos recipi potest. Qui autem inter reos receptus est, jure tam veteri quàm novo accusari & damnari vel absolvi potest. Hinc mirum non est dici, quem accusari & peragi de jure veteri, qui jure novo accusari vel peragi negatur. Gordianus in dict. l. si quondam, adulteram absentem accusari posse negabat, Papinianus in dict. §. ea quæ affirmabat, eo ipso quod absentem defendi posse negabat, sed ille ex jure novo, hic ex jure veteri loquebatur. Rursus Alexander adulteram post incoatum crimen inter reos recipi posse rescribebat, Papinianus quidem id non negabat, sed quod Alexander dicebat distinctè, hoc Papinianus dicebat indistinctè, hoc est, siue lis esset contestata siue non contestata. Et tamen tam Imp. quàm Papinianus rectè, & verosimile est tempore Papiniani, qui sub Antonino Caracalla multis annis ante Alexandrum & Gordianum vixit, jus illud novum nondum fuisse constitutum. Fuisse tamen jure etiam veteri distinctionem inter crimina capitalia & non capitalia in eo existimo, quod ob crimina non capitalia inter reos recepti absentes etiam re ipsa damnerentur.

rentur vel absolverentur, ob crimina autem capitalia non protinus peragerentur sed si absentiae causa justa esset, sententia differretur, usquequò reus rediisset. Sed quoniam ad omnem dubitationem quæ ex legum inter se oppositione oritur tollendam, ea quæ dixi per se sola non videntur sufficere, existimarem supradictis alterum illud quod absentiam criminosi respicit non incommodè addi posse, ut cum qui ita absens est, ut tamen ejus copia haberi possit, dicamus absentem causam suam per alium agere non posse, sed ipsum adesse auditorio oportere, idque indistinctè in causis tam capitalibus quàm non capitalibus. Hinc illud in l. i. Digest. de requirend. *ut copiam sui prestes*, & illud in d. l. absentem, *si sapius admoniti per contumaciam desint*, id est, absint. E contrario autem cum absentem cujus copia haberi nequeat, intelligamus absentem accusari & defendi posse, siquidem posteaquam quàm lis contestata est abesse ceperit. Ita dict. §. publicè, & dict. l. reos, interpretabimur de absente, cujus copia haberi nequit, lis tamen cum eo contestata est, at dict. l. absentem & dict. l. i. Digest.

an per ali. caus. appell. red. de absente, cuius copia haberi possit, neq; dum cum eo lis contestata sit, utrobiq; tamen juris veteris & novi distinctione observata. Ita etiam d. §. ea quæ, interpretabimur ex jure veteri, & simul absentem illam intelligemus, quæ ita abest ut tamen copia ejus haberi possit. Et hætenus quidem ostensum est quid in primo membro distinctionis Cujaciacenz, quoad crimina nō capitalia, desiderari fortasse possit, eademq; opera quid jure veteri in capitalibus receptum fuerit, ostensum est. Quod enim ad jus novum attinet, Cujacii sententia mihi videtur verissima, ut recepti inter reos capitalium criminum lite contestata absentes damnari possint. Ex quibus omnibus constat, id quod ab initio nobis quærebatur, ex causis tam capitalibus quàm non capitalibus absentem damnari posse, si cum eo lis contestata sit: sin autem lis cum eo contestata non sit, ex capitalibus causis absentem damnari non posse, ex causis autem non capitalibus jure novo non posse, posse jure veteri. Verùm consuetudine generali ab his juribus recessum esse, omnes affirmant, quod cujusmodi sit exponere

fiere loci est alterius, neq; usquequaq; est ex-
 peditum. An autem si quis absit neq; dum
 cum eo lis contestata sit, is omninò impunè
 feret? Nihil minus. Nam qui ita est absens ut
 tamen copiam sui præstare possit, ut se sistat
 à iudice seu magistratu cogi potest; cujus
 autem copia haberi nequit, is annotatur in-
 ter reos. Est verò annotare nihil aliud nisi
 absentē referre inter reos requirendum l. 1.
 l. 2. l. annus 4. D. de requir. vel absent. damn.
 l. 1. C. eod. l. qui cum uno. 4. §. reus capitalis
 D. de re milit. l. 1. §. Divus, D. de jure fisci. An-
 notati autem requirebantur edictis à iudice
 vel magistratu propositis; quibus reus ad ef-
 se jubebatur, aut literis ad magistratum loci,
 in quo reus consistebat, missis ut innotesce-
 re posset reo, se annotatum esse requiren-
 dum d. l. absentem, Auth. si verò criminis.
 C. ad leg. Jul. de adult. idemq; docuit Barn.
 Briffon. lib. 1. de verb. significat. per d. l. 1. §.
 præfides autem, D. de requir. vel absent. & d.
 l. annus. Interim bona annotati arbitrio ju-
 dicis obsignabantur ad eum effectum; ne
 fuga criminosi instrueretur; & ut tædio ob-
 signationis factæ, quia omnis bonorum suo-
 rum administratio ipsi suspendebatur, ad

redeundum magis permoveretur: & simul
 mandatis cautum erat, si annotatus intra
 annum rediisset, & se purgasset, bona resti-
 tuerentur ei, si autē neq; respondisset, neq;
 qui se defendant habuisset, tunc bona post
 annum in fiscum cogerentur, l. fin. D. de re-
 quir. vel absent. dān. l. i. C. eod. post lapsum
 autē anni audiretur quidē innocentia suam
 demōstrans, facultates nihilominus ejus pe-
 nes fiscū remanerent l. 2. C. eo. Ita quod ab
 initio poena non erat, ex postfacto poena cō-
 stituitur, nimirū si intra annum ad requisi-
 tionē sese criminofus, cujus bona erāt, non
 stiterit. Sed ex quo tempore iste anni lapsus
 cōputandus sit, videntur Constitutiones di-
 versum à jure Digestorū definiisse. Digesta
 enim annū ex die citationis cōputant l. 1. §.
 & ex hoc. & l. 4. D. de requ. vel absent. damn.
 Cōstitutiones ex die accusationis, l. 2. C. eo.
 Verūm puto distinguēdū esse cum adversus
 quē præsentem ab initio judiciū institutum
 est, ab eo qui antequā accusaretur abesse ce-
 pit, ut cum ille sciat se accusari, ut citatione
 ulla non videatur opus esse, ex die accusa-
 tionis, hic autem ex die citationis intra an-
 num comparere & se purgare teneatur, sci-
 turus

turus ni id faciat, bona sua fisco vindicatum iri sive compareat, sive non compareat post anni lapsum. Extra controversiam igitur est reos ipsos seu personas eorumve nomina annotari solita, atq; adeò non Latinis tantùm, sed & Jurisconsultis rectè dici *Annotare rem*, quibus etiam videtur hæc phrasîs fuisse propria. An & bona annotari dicantur, quæritur. Accursius in dict. l. i. in vers. adnotatus. D. de requirend. reis affirmat, quem plerique Interpretes sequuntur omnes, & quotidianus usus confirmat: unde frequens illa in foro bonorum annotationis mentio. Duarenus autem i. disputation. s. negat, concedens Reos annotari, bona verò describi & obsignari; quod si proprietatem sermonis ejusque usum apud veteres, præsertim Jurisconsultos spectes, verissimum est: nec in ullo juris nostri textu, neque etiam facilè in ullo alio autore probato bona annotari inveneris, ut Robertus 3. sentent. 8. Duarenum vellicandi causam justam non habuerit. Sanè quod ad rem attinet, quæ obsignatione bonorũ significatur, non diffiteor sicut personæ annotari dicuntur, ita & res seu bona annotari

dici posse, quoniam ea bonorum obsignatio, de qua dictum est, in consequentiam fit personæ: sed cur non eadem etiam ratione Rei seu personæ describi dicuntur? Verùm aliter quàm Jurisconsulti nostri fecerunt loqui, mihi esset religio, maximè si res de qua quæritur peculiarem habeat appellationem, & sit ab aliis distincta. Magis igitur Duareno assentior, quamvis Roberti etiam sententia ex usu loquendi à Doctorib. nostris usurpato & hodie approbato vera sit. Distinguenda enim illa potius sunt, quàm inter se committenda.

An Deportatione libertas amittatur: ubi explicatur l. cognitionum, §. §. consumitur, D. de extraord. cognition. CAP. XII.

Capitis appellatio naturalis est & civilis. Naturalis capitis appellatio hominibus omnibus communis est; quin & animalibus ratione non præditis; quod cum amittitur, homo vel animal aliud quodvis, cuius fuit, extinguitur. Non idem est in capite civili, cum fieri possit, ut homo qui illud habuit eo amisso homo nihilominus sit & maneat, sed id quod jure civili fuit ex capite illo, esse desinat. Caput autem civile statum hominis significat, ex quo statu est, ut is qui
jure

jure naturali erat & dicebatur homo, mox ex jure civili fit etiam & dicatur persona. Vox enim hominis juris est naturalis, vox personæ, juris est civilis, ut homo quidem aliquis esse possit, qui tamen persona non sit, cum aliàs persona nemo sit, quin idem sit homo. Ita fit ut homo capite naturali definiatur, persona capite civili, & à quo caput civile removeris, ab eodem eo ipso etiam appellationē personæ removeas. Unde personam in jure definimus hominem qui habeat caput civile. Id verò in tribus est: in libertate, in civitate & in familia, ex quo homo persona est, & ita liber, Civis Romanus, Agnatus. In his enim civilis hominis vita cōsistit, ac proinde sicut adempto capite hominis naturali, vita naturalis hominis desinit, ita adempta libertate, civitate & familia, vita civilis hominis omninò desinit: aut si unū ex illis tribus amittatur, illa saltem ex qua caput quod nunc amissum est habere dicebatur. Quæ capitis civilis amissio contingere potest capite atq; ad eò vita etiam naturali superstitē. Ceterùm ea capitis civilis amissio capitis minutio seu diminutio dicitur, quæ nihil est aliud nisi status, quem quis in

R capite

capite illo habebat, mutatio, in princip. Institut. de capit. diminut. l. 1. D. eod. l. 2. D. de in integr. restitut. Paul. 1. sentent. 7. Quæ ex triplici illo capite facta est à Jurisconsultis triplex, nimirū Maxima, Media & Minima: & Maxima quidem illa, qua omne caput civile, videlicet & libertas, & civitas, & familia amittitur: media, qua civitas & in consequentiam etiam familia, non libertas: & deniq; minima, qua familia duntaxat, civitate & libertate manente integra & incolumi, l. final. D. de capit. minut. Ita maxima ad libertatem, media ad civitatem, minima verò ad familiam refertur. Libertate enim sublata, quid reliquum fuerit? at civitate adempta, libertas utiq;, quæ juris est naturalis, salva manet, non itidem familia, quæ juris civilis est, cujus communionem non habet, nisi qui civis est: familia autem mutata, non tantum utraq; illa manet, sed status etiam ejus qui familiam mutat, ut plurimum fit melior. Nam ex filio familiæ fit paterfamiliæ, & qui in familia caput non habebat, caput habere incipit: quamvis ex contrario è patrefamiliæ fieri possit filiusfamiliæ, quod cum accidit, qui caput habebat caput habet.

habere definit. Sed familiæ mutatio beneficium plerunq; est, rarò poena: civitatis autè vel libertatis mutatio semper est poena, nūquam beneficium. Atq; hæc poena est quæ Jurisconsultis nostris est & dicitur poena capitalis, à capite nimirum, quæ capiti quidè naturalis mors est, capitis verò civilis, civitatis amissio. l. si qui reus, §. illud, D. de publ. jud. l. res uxoris, 24. C. de donation. inter vir. & uxor. Qui namq; civis esse desit, is civitatis mortuus esse intelligitur, eò quòd è civium numero sublatus est, perinde ut is qui mortuus est naturaliter, separatione animæ facta à corpore in numero hominum esse desit. Ita poenam capitalem definivit Modest. in l. licet, 103. D. de verb. signif. eodèq; modo judicia capitalia Ulp. in l. 2. D. de publ. jud. ex effectu nimirum, quòd ex illis mors, aut exilium est, atq; in quib. ad eò de capite hominis naturali vel civili agitur. Civitatis autem amissionis duntaxat à Modestino & exilii ab Ulpiano fit mētio, eò quòd his positis satis intelligeretur, multò magis libertatis amissionem sub poena capitali intelligi. Ita & Afric. rei capitalis damnatos eos intelligit, quibus poena mors, aut aquæ, & ignis.

R 2 inter-

interdictio est, l. edicto, 13. D. de bon. possess. & Terentius Clemens accusationem capitalem eam ex sententia Labeonis esse ait, cuius poena mors aut exilium esset, l. eum patronum, 10. D. de jure patron. cui consentit Ulpian. in l. qui cum 14. §. is demum, D. de bonis libert. Is demum, inquires, videtur capitis accusasse, qui tali iudicio appetit, cuius poena aut supplicium habuit (id est mortē) aut exilium quod sit vice deportationis, ubi civitas amittitur. Eodemq; modo capitis accusatio interpretanda est in l. si filius, 33. §. penult. D. de fideicomm. libertat. ubi Paulus cum prius speciem accusationis capitalis, nimirum, si quis alium in servitutem petierit, posuisset, subjungit protinus genus, ut ostenderet id quod de specie accusationis capitalis dixisset, verum esse de accusatione capitali omni, atq; ita & Ulpianus accusationi capitis conjungit petitionem in servitutem, in l. sed si hac lege, 10. §. si liberta, D. de in jus voc. & leges aliæ quas annotavit Briffon. lib. 3. de verb. significat. in verb. à capite, atq; etiam, l. 1. §. removet, D. de postul. ut capite superiori expositum est, ut maxime Briffonius eam de illo, qui damnatus est
co cri-

eo crimine, cujus pœna existimationem tantum minuit, accipiat. Veruntamen quod in d.l. si filius. §. pen. & in d.l. sed si hac lege, §. si liberta, accusatio capitalis distinguitur à petitione in servitutem, hoc eò pertinet, ut intelligamus petitionem in servitutem aliam esse ab accusatione capitali, qua quidem non petitur quis in servitutem, sed accusatur de crimine, de quo si accusatus cōvincatur, ex libero fiat servus. Petitio in servitutē civilis est, accusatio capitalis est criminalis, utraq; tamen de capite: sed hæc ut is qui caput verè habet, id amittat, illa ut is qui dicitur caput non habere, declaretur servus esse. Illa igitur servum non facit, sed servum qui est declarat, hæc eum qui servus non erat, servum facit. Quoniam autem tam hac quam illa causa capitis agitur, & utriusq; effectus idem est, inde est ut petitio in servitutem jungatur accusationi capitali, quæ criminalis est. Sed ut capitis naturalis diminutio mors est sive supplicium, quod modò securi, modò gladio, modò igni, modò aliis modis irrogatur, ita capitis civilis diminutio est libertatis vel civitatis amissio, quæ ipsa etiam variis modis contingit, quos Justinia-

R 3 nus

nus sub eo titulo Institut. qui est de capitis diminutione exposuit, & Compilatores ex commētariis Jurisconsultorum in Digesta retulerunt. Inter eos autem quibus civitas amittitur salva libertate, id est, qua media non maxima capitis diminutio inducitur, est ignis & aquæ interdictio, olim quidem, sed in cujus locum postea successit deportatio, §. minor, Instit. de capit. minut. l. 2. §. constat D. de pœnis l. Gallus 29. §. & quid si tantum D. de liber. & postum. l. amissione, §. D. de cap. dimin. l. 2. D. de pub. jud. l. pecularius. 3. D. ad leg. Jul. peculat. d. l. edicto. Nam jure civili hi quibus aqua & igni interdictum est accipiendi sunt pro deportatis, ut in l. liber homo, §. si heres, Digest. de hered. instituend. l. qui dolo, 10. in fine, Digest. ad leg. Jul. de vi public. l. final. Digest. de legation. Quòd autem deportati ab his quibus aqua & igni interdictum est in l. 1. §. hi quibus, D. de legat. 3. & deportatio ab aquæ & ignis interdictione in d. l. res uxoris, & in §. minor. Instit. de capit. dimin. distingui videtur, in eo juris antiqui vestigia animadvertimus. Antiquitus enim utraq; & aquæ atq; ignis interdictio & deportatio in usu fuit, sed

sed illa hac atrocior, hæc autem illa frequen-
 tior: deportatione siquidē sola olim civitas
 non amittebatur, nec civitatem quis unquā
 populi jussu amittebat invitus, ut ex Cicero-
 nis Oratione pro domo sua ad Pōtificates ap-
 paret. Ut autem deportati civitatem etiam
 amitterent, id quidem disertè non pronun-
 ciabatur, sed deportato simul aqua & igni
 interdicebatur, ut deportati duobus maxi-
 mē necessariis elemētis spoliati alterius civi-
 tatis jus quærere cogerētur, quo quæsito jus
 civitatis Romanæ amitterent. Ita aquæ & i-
 gnis interdictio deportationē ut plurimum
 consequi solebat, quandoq; tamen etiam
 aberat. Civitatis autem amissio non erat ef-
 fectus aquæ & ignis interdictiois, sicuti nec
 deportationis, sed potius effectus volunta-
 ris deportati, cui voluntati aquæ & ignis in-
 terdictio occasionem præbebat, non etiam
 deportatio. Hæc cum haberent ambages,
 visum tandem est Romanis, ut etiam sine
 condemnati voluntate, & antequam alte-
 rius civitatis ipse civis factus esset, civitas
 Romana protinus condemnatione sub cer-
 to pœnæ genere facta amitteretur, idque
 pœnæ genus esset deportatio, aquæ & ignis

R 4 inter-

interdictione, eò quòd supervacanea esse crederetur, & nomen esset tristius, sublata. Ita deportatio antiquitus pœna fuit, ut ita dicam principalis, aquæ & ignis interdictioni illi subordinata ad eum effectum, ut deportatus permoveretur ad aliis civitatis jus quærèdum, eòq; jus civitatis Romanæ atq; ipsam etiam civitatem amittendum. Posteris temporibus deportatio mansit, sed effectus hic ipsi tributus est, ut deportatus quæprimùm Civis Romanus etiam invitus esse desineret, eumq; aqua & igni deportato olim propterea interdiceretur, ut alia civitate quæsita Civis Romanus esse desineret, interdictioni illa rejecta est, & in ipsius locum ratione effectus illius, cui ipsa occasionem præbebat deportatio substituta. Nam quòd deportatio in locum aquæ & ignis interdictionis successisse suprà demòstratum est, id non ita est accipiendum, quasi deportatio tùm prius esse ceperit, cùm in locum aquæ & ignis interdictionis successit, sed quòd omnis aqua & ignis interdictionis natura, & quidem amplius in deportationem esset transfusa, haud secus atq; quod Senatusconsulti erat Pegasiani in Trebellianum trans-

transfusum est, quod ipse Justinian. noster satis luculenter expressisse videtur Nouell. 22. c. 13. cum ait, in deportationem migrasse antiquam aquæ & ignis interdictionem. Hinc non tantum promiscuus, ille appellationis utriusq; & deportationis, & ignis atq; aquæ interdictionis usus in legibus nostris remansit, sed ἐκ τοῦ πλειωνῶν utraq; interdum, ut in proximè allegatis duabus legibus, conjuncta est. Nam in d. l. res uxoris, & in d. §. minor particula *VEL* ἑρμηνευτικὴ potius est & correctiva, quā ut diversam rem aut qualitatem inducat, sicut & aliās Imperatores in constitutionibus suis πλατυτέρως locutos esse, nec tam de vocabulis eorumq; proprietatibus fuisse sollicitos, atq; fuerunt Jurisconsulti animadvertimus. Eadem περίληξις est in d. l. 1. §. hi quibus, sed non eadem ratione explicanda. Nam particula *ITEM* eo in loco posita diuersitatem omnimodò inducere videtur. Non ineptè fortassè quis dixerit ea verba, *ITEM DEPORTATI* esse imperiti alicujus descriptoris aut glossographi, qui cum ex aliis juris textibus didicisset deportationem in locum aquæ & ignis interdictionis successisse, ea margini

affcripserit, quæ in ipsum contextum postea
 irrepererint. In pandectis ad exemplar Flo-
 rentinum excusis verba illa virgulis sunt in-
 terlineata, quæ significant, posse illa pro o-
 missis aut non scriptis haberi, imò in non-
 nullis etiã exemplaribus non scripta esse. An
 ea respõsione aut explicatione defungamur
 nescio. Eiusmodi enim interlineatura in ip-
 so pandectarum Florentinarum archety-
 po nulla est, ut ex pandectarum ex Floren-
 tinis pãdectis repræsentatarũ editione, quæ
 Florentiæ apud Laurentium Torrëtinum,
 Anno M. D. LIII. prodiit, apparet. Si ad te-
 xtus emendandos proclivis essem, quod vi-
 cium nonnullis nimis est familiare, habe-
 rem, quòd dicerem non omninò improba-
 biliter, nempe ex notis errorem creatum ef-
 se, & pro *ITEM* apud Ulpianum scriptum
 fuisse *ID EST*, quod verbum διασητικόν
 est & explicativum, ut probat Brissonius lib.
 9. de verborum signification. in verb. Id est.
 Nec essem primus qui in his vocibus emen-
 dationem illam introducerem. Nam quod
 in Florentinis exemplaribus legitur *ID
 EST*, in leg. 14. Digest. de àctionibus em-
 ti & venditi. id in vulgatis legitur *ITEM*,
 & scx.

& sex locis *IDEM EST* scriptum esse pro *ID EST* notavit Cujacius lib. 9. observationum cap. 15. & lib. 13. numero 37. Et certè in proclivi est literarum illarum inter sese commutatio, & notissima illa literæ D pro T, & vicissim usurpatio. Nec difficile fuit ut in variis Pandectarum descriptionibus, ut maximè ab initio ex notis error nullus creatus sit, quod scriptum erat, *id est*, commutaretur in *Item*. Hac emendatione admitta, nihil à superioribus alienum in dict. §. hi autem, asseritur, sed quod dixerat Ulpianus, *hi quibus aqua & igni interdictum est*, nempe ex antiquo jure, id explicatius dicit, seipsum interpretando, *id est*, *deportati* ex jure novo, nempe quòd deportati non essent alii ab his quibus igni & aqua interdictum esset. Sed an satis tutò hæc ita affirmantur nescio, nec ausim dicere distinctionem illam jus vetus sapere, siquidem indistinctè Ulp. affirmat, & de deportatis & de his quibus aqua & igni interdictum est, quòd civitatem amittant, quod de jure antiquo non erat. Quid igitur dicendum? Hoc nimirum, ut Ulpian. affirmet mediam

capitis minutionem passos fideicommissum relinquere non posse, quomodocunq; tandem & quocunq; nomine appellentur deportati né an hi quibus igni & aqua interdictum est. Vis enim axiomatis Ulpiani omnis in eo est, ut ostendatur mediam capitis minutionem passos fideicommissum relinquere non posse: At hodie siue deportatos siue interdictos aqua & igni vocites, dubium non est quin civitatem amittant. Licebit tamen per me híc etiam ut & in aliis rebus controversis cuiq; in suo sensu abundare, nec tam his adhærebo, quin meliora afferenti certioraq; libenter sim assensurus. Deportatio autem est pœna exilii assignato certo plerunque loco, in quo condemnato manendum erat, quod cum ut plurimum fieret in insulas, ut præcideretur occasio fugiendi, quæ minor est in insulis quàm in mediterraneis, plenius dici solet deportatio in insulam. Quam deportationis appellatione inde natam esse doctissimus Adrian. Turnebus lib. 20. adversar. cap. 16. existimat, quòd Senatus censuisset milites eos, qui ex Cannensi acie fugerant, ex Italia in Siciliam deportandos esse, nec antè inde reportandos in

dos in Italiam, quàm Poenus Italia depulsus esset. Cui addo deportationem factam navibus additis custodibus, qui condēmnatos deportarent. Sanè quin civitas ea amitteretur, apud omnes Jurisconsultos, nullo prorsus excepto, erat, atq; etiamnum est extra controversiam. Sed an libertas etiam? De eo itidem inter omnes constitisset, libertatem deportatione nō tolli, nisi unicus Calistratus scrupulum iniecisset, qui est in l. cognitionum, s. §. consumitur, D. de extraordin. cognition. Nam quod ad idem Cujacius in expositione Novellæ 22. vers. & consequenter deportatione, allegat l. 4. §. ultim. D. de gradib. & affinib. fit præter Modestini, ex cujus pandectis lex illa desumpta est, mentem & sententiam, qui docuit cognationes & affinitates amitti, sive maximam sive mediam capitis diminutionem quis pateretur, & mediam quidem illis verbis: *Is cui aqua & igni interdictum est*, designavit, maximam verò verbis proximè subsequētib; *aut aliquo modo capite diminutus est, ita, ut libertatem & civitatem amitteret*, & utranq; illam apertius distinxit, quàm ut dubitari debeat an aquæ & ignis interdictio species sit, aut

modus, quo capite quis ita minuitur, ut libertatem & civitatem amittat. Unicus igitur Callistratus hanc nobis disceptationem peperit in dict. §. consumitur, cum ait, *Consumi existimationem, quoties magna capitis diminutio intervenit, id est, cum libertas adimitur, veluti cum aqua & igni interdicitur, qua in persona deportatorum venit.* Rectè quidem illud, quòd magna capitis diminutione libertatem adimi affirmat. Sed quid illud est, quod in deportatis exemplum subjicit, quasi iis unà cum civitate libertas etiam adimatur? An quòd à revera sit, ut deportatio sit maxima capitis diminutio? quòd scripsit Boëtius ad Ciceronem in Topicis. At verò novum non est, ut Philosophi, cujusmodi fuit Boëtius, verbis Jurisconsultorum utantur pinguius, & affirmare illud fuerit contra communem Jurisconsultorum Scholam, quin etiam expressà & diserta Justiniani Imperatoris verba in dict. §. minor. An verò quòd Callistratus revera ita senserit, atq; in eo à ceteris Jurisconsultis dissenserit omnibus? quòd Græci innuere vidètur hanc rem inter *ἐναρτοφάνη* referentes, veruntamen inexplicatam relinquentes. Sed Callistratū
in eo

in eo quod erat notissimum à ceteris differ-
 tire voluisse veritati haud est consentane-
 um, & ut maximè dissenserit, enormis Cō-
 pilatorum juris negligentia ea in re argue-
 retur contrarietatem tam manifestam in
 Digesta referentium, quam ex mandato Ju-
 stiniani tollere debuerant: aut si ab illo faci-
 nore Compilatores vindicare voluerimus,
 quod utiq; faciendum est, cū Justinianus
 omnia sua fecerit, subtilis aliqua ratio inve-
 nienda est, ut Callistratus cum Jurisconsul-
 tis ceteris, aut potius Justinianus sibi ipsi
 concilietur. Jacobus Ræuardus lib. 3. varior.
 cap. 5. scribit, Callistratum idem sensisse cū
 ceteris, sed responsum ipsius mendosum ef-
 se, & pro eo quòd legitur, *veluti cum*, legen-
 dum, *velutiq; cum*, ut ita sub magna capitis
 diminutione intelligatur non ea duntaxat,
 qua libertas amittitur, aliasq; maxima dici
 solet, sed illa etiā, quæ aliàs dicitur media, &
 civitatem tātūm adimit, adeoq; appellatio
 magnæ capitis diminutionis communis sit
 utriq; & maximæ & mediæ. Sanè est illa Ræ-
 vardi cōjectura non omninò nova, quādo-
 quidē Accurs. in gl. testatur, quosdam *vel le-
 gere p veluti*: sed præterquā quòd emēdatio

ista nulla exemplaris alicujus autoritate nititur, solent mihi emendationes esse suspectæ, nec ad eas facilè decurrendum est, si alia interpretandi ratio, si non omninò necessaria, at probabilis saltem & commoda haberi possit. Tantò verò minus illam hoc loco admittendam censeo, quòd verosimile non sit Callistratum tanta præposteratione usurum fuisse, ut cùm dixisset, libertatem magna capitis diminutione adimi, subjecerit exemplum, quo non libertas sed civitas tantùm adimeretur, & tum demum exemplum, quo adimeretur libertas, cujusmodi est damnatio in metallum, vel in opus metalli, ut constat ex l. aut damnum. §. §. est pœna, l. sunt quidam, 17. l. in metallum, 36. D. de pœnis. l. 3. D. de his quæ pro non script. habent. Ita enim postea quæ suprà sunt posita verba Callistratus subjicit, *vel cùm plebejus in opus metalli vel in metallū datur*: quæ verba ad præposterationem illam evitandam, si Callistratus ita, sicut vult Rævardus, scripsisset, proximè subjici debuissent verbis, *Cùm libertas adimitur*, ut sibi cohæsisent. Fr. Zoanettus multò audacius cap. 17. restituit ad pandectas, pro *magna*, contendit legendum

dum esse *media*, & pro, *id est*, legendum esse, *idem est*. Quomodo aptius quidem verba textus sibi cohærebunt, ut singula exempla respiciant singulas capituli minutiones, eo ordine posita quo ipsæ minutiones positæ erant, & sensus sit, existimationem consumi *media* capituli diminutione, atq; ita amissione civitatis, cujus exemplum sit in eo, cui aqua & igni interdictum est, quod eveniat in deportatis: sed idem esse, hoc est, existimationem etiam consumi, si libertas sit adempta, hoc est, si quis maximam capituli diminutionem patiatur, quod eveniat in damnatis in opus metalli, vel in metallum: sed præter omnium exemplarium fidem emendationes factæ si promiscuè admittantur, quid tandem in libris juris salvi fuerit, ingeniosis hominibus oppidò inventientibus, quod probabiliter emendent? Nec video hoc loco cur Callistratus non maluerit singulis speciebus sua exempla subicere, quod facilius quàm illud facere potuisset. Sed quando Rævardo & Zoanetto hætenus impunè licuit textum pro arbitrio suo emendare, eamq; emendationem pro certa venditare, licebit, opinor, & mihi non asseverare sed

S . . . tenta

tentare ingeniosisq; cogitandum relinque-
 re, an non, si omninò textus emēdandus ef-
 set, multò probabilius atq; ab istis factum est
 emendari posset alterutro horum modorū?
 Uno, ut dicamus verba illa, *id est, cū libertas
 adimitur*, esse imperiti alicujus glossographi
 qui cū existimaret nullam esse magnam
 capitis diminutionem, nisi qua libertas a-
 dimiatur, simulq; intelligeret aquæ & ignis
 interdictione libertatem non adimi, margi-
 ni ascripserit vel textui superscripserit, *id est,
 cū libertas adimitur*, ut antinomia, quæ i-
 ipsi aliàs cōmitti videbatur, tolleretur, quæ
 verba postea in descriptione in ipsum con-
 textum irrepserint. Idq; non est inverosimi-
 le, & si vel unius manuscripti autoritate ni-
 teretur, omninò ita factum esse affirmarem.
 Eo enim nihil esset planius, thesi nimirum à
 Callistrato posita, existimationem consumi-
 quoties magna, sive maxima illa sit sive me-
 dia, capitis minutio interveniret, cujus utri-
 usq; capitis minutiois exempla illustratio-
 nis causa protinus subjicerentur. Altero, ut
 si verba illa omninò Callistrati sunt, dica-
 mus à Callistrato, nō ut pandetæ hodie ha-
 bent, sed ita scriptum fuisse, *id est, cū libertas,
 adimi-*

adimitur, vel civitas veluti cum aqua & igne interdicitur, &c. errore nimirum ex notis creato & ab ipsis Compilatoribus commisso, vel cum ipsi rectè integrum locum descripissent, ab aliis eo, quod scriptum erat, omisso. Et ex notis quidem error ipsorum Compilatorum ejusmodi esse potuit, ut eum apud Callistratum pro antiquo scribentium more scriptum esset i. e. c. l. a. V. C. a. c. i. i. & notas V. C. repetere debuissent, semel tantum eam scripserint. Ex pandectis enim literas majusculè scriptas, nisi una pro alia sit posita, repetendas esse nemo ex omnibus qui libros juris intulatus est, ignorat. Priori autem loco V. C. erat, *vel civitas*, posteriori erat, *veluti cum*. Omitti autem potuerunt, ut maximè à Compilatoribus essent scripta verba illa *vel civitas*, vel quòd ab imperito aliquo interprete essent expuncta, qui existimaverit, non esse illam magnam capitis diminutionem si libertate salva civitas amittatur, vel ex descriptoris incuria & negligentia, quod ob vicinitatem literarum, quæ est in verbis *vel civitas* & *veluti cum*, facilimè fieri potuit, nec ulla inter illa est differentia,

nisi in duabus duntaxat syllabis, *as* & *um*, & literarum transpositione exili. Qua ratione in contextu nihil hiulcū fuerit, nihil inconueniens, nihil quod cum jurisconsultis ceteris pugnet. Verūm cūm hæc in conjecturis meris sint posita, nolim temerè quid affirmare aut immutare, præsertim quòd interpretationem non incommodam afferri videam, per quam textus sustineatur & Callistratus cum ceteris concilietur: Ea autem est Duareni lib. i. disputat. c. 9. Antonii Goveani lib. 2. lectionum, c. 11. & Jacobi Cujacii in notis suis ad d. §. minor, in verb. libertas verò retinetur, quam idem repetiit lib. 3. observation. cap. 10. & in expositione d. Novel. 22. qua sentiunt, deportatione quidem etiā libertatem adimi, sed non omnem. Libertas duplex est, una jure naturali competens, quam omnes omninò homines habent natura; altera est competens jure Quiritium, quæ non omnibus est communis, sed Civium Romanorum propria: haud secus atq; patria quædam potestas est omnibus gentibus communis, quædam verò Civium Romanorum propria, §. 2. Institut. de potestat. patr. Hæc juxta dicitur, illa quodammodo

inju-

injusta, non simpliciter sed comparatione facta ad jus Romanum, quo effectus ejus ferè nullus est, aut certè non is qui est libertatis justæ, ex quo etiam simpliciter dicitur naturalis, l. unica, in prin. C. de Senatusc. Claudian. toll. & nuda, nempe à jure civili ejusq; effectibus, l. unic. C. de mulier. quæ se propr. seruis junxer. & imperfecta nempe quòd rudis sit, nec à jure civili agnita aut informata, l. unica, in princ. C. de latina libert. tollend. Justa enim libertas ita à natura est origine sua, ut à jure civili etiam sit approbata & informata, omnesq; juris effectus secum trahat, atq; adeò ipsum etiam jus civitatis & indenon sicut illa nuda & imperfecta dicitur, sed plenissima, l. unica, §. sin autem, C. de commun. servo manumiss. & vera libertas, d. l. unica, §. similiq; modo si dominus, C. de latin. libert. tollend. nec sicut illa naturalis tantùm, sed etiam legitima, d. l. unica, §. i. C. de commu. servo manum. & Romana libertas, d. l. unica, §. similiq; modo, C. de latin. libert. tollend. Hanc libertatis distinctionem Jurisconsultos etiam veteres, ex quorum commentariis Digesta nostra confarcinata sunt, agnovisse, vel ex eo manifestũ

S 3 satis

satis esse potest, quòd ipsorum tempore ser-
 vi manumissione quidem liberi fiebant, ac
 non omnes æqualiter, sed alii ita ut plenam,
 absolutam & justam consequerentur liber-
 tatem, hoc est eam, quæ ciuium Romano-
 rum erat propria, unde per manumissionẽ
 ita fiebant liberi, ut pròtinus etiam fierent
 cives Romani, alii non prorsus plenam, hoc
 est nudam illam & imperfectam, juri natu-
 rali dũtaxat cognitam, qui ob id etiam non
 fiebant cives Romani, sed aut Latini, qui
 viuentes quidem liberi erant, & se pro li-
 beris gerebant; sed mortui pro seruis habe-
 bantur, aut dedititiorum numero habe-
 bantur, qui seruili, ut ita dicam, propemo-
 dum libertate utebantur, ut constat non
 solùm ex titulis Codicis de Latina liberta-
 te tollenda, & de dedititia libertate tol-
 lenda, item ex l. 2. C. de fideicõmiss. libertat.
 l. si Rufinus, 4. C. de testam. milit. & §. final.
 Institut. de libertin. sed etiam ex Digestorũ
 legibus, ut l. generaliter. 29. D. qui & à quib.
 manumissi. l. si fideicommissorum, 11. D.
 ut in possession. legat. l. cogi poterit, 16. in
 fin. D. ad Senatusconf. Trebellian. cum si-
 milibus. Agnoverunt verò eandem distin-
 ctionem

Et nonem alii etiam autores Latini. Ita enim Cicero in ea pro Cæcina, *nihil, inquit rationis affers, quamobrem si libertas adimi nullo modo possit, civitas possit. Nam & eodem modo de utraq; re traditum nobis est, et si semel civitas adimi potest, retineri libertas non potest. Qui enim potest iure Quiritium liber esse is, qui in numero Quiritium non est?* Livius historiae suae libr. 22, ait: *liberi atq; incolumes desiderare patriam: desiderate dum patria est, dum cives eius estis; Sed nunc desideratis diminuti capite, ab alienati iure civium.* Et Seneca in libr. de beata vita scribit: *Homnibus praeesse natura iubet, servi liberi vè sint hi, ingenui an libertini, iusta libertatis, an inter amicos data.* Sic & Suetonius de Augusto in vita ejus memoriae prodidit, quòd *servos non contentus multis difficultatibus à libertate iusta removit.* Sed multò apertius Seneca eam libertatem, quæ ex jure naturæ est, distinxit ab ea, quæ est ex jure Quiritium, libr. 3, natural. quæstion. his verbis: *Quid est precipuum? In primis liberum animum habere, hac res efficit, non è iure Quiritium ut sit liber, sed ex iure natura.* Idem ex recentioribus plenè demonstravit Alexander

ab Alexand. dierum genial. lib. 4. cap. 10. Justus Lipsius in comment. ad lib. 13. Annal. Cornelii Taciti, in verb. manumittendi duas species. Ita igitur statuendum est, de portatione ciuitatem amitti, id quod extra controuersiam est, neq; negat Callistratus. At ciuitate amissa omnia simul amitti, quæ ciuitati sunt consequentia, nemo est qui dubitet. Hinc communio juris ciuilibis ciuitate amissa amittitur, & quod ad eius communionem attinet deportati mortuorum loco habentur, quoniam ciuitati Romanæ ejusq; juri mortui esse putantur sublatis à numero & quasi à uiuis ciuium Romanorum, l. actione, 65 §. publicatione, D. pro socio. l. 1. §. quidam, D. de bonor. possess. contra tabul. d. l. edicto, & d. l. 3. D. ad leg. Juli. peculat. Neq; enim per omnia deportatos mortuorum loco haberi, subindicat l. ex facto, 17. §. ex facto, D. ad Senatusconf. Trebellian. l. sed si mors, 13. §. 1. D. de donation. inter vir. & uxor. l. intercidit, 59. §. 1. D. de condition. & demonstration. & explicat Cujacius ad l. 121. D. de verbor. obligation. His consequens est ut ciuitate amissa, deportatus etiam libertatem, quæ jure Quiritium competit, id est, justam,

justam, legitimam, Romanam perdat, sed non eam quæ ex jure naturæ competit, quæ tum demùm cùm quis maximam capitis diminutionem patitur, amittitur. Quæ interpretatio per distinctionem Callistratum cum aliis conciliat, neq; est improbabilis. Sed videamus an ea Callistrato satis conveniat. Nam ipsum de ejusmodi libertatis distinctione ne somniasse quidem Rævardus supra dicto capite affirmat. Quî hoc? *Quia si dixeris*, inquit Rævardus, *sic libertatem accepisse Callistratũ, necessum erit, ut mihi concedas, quod nunquam concessurus es, aliam quoq; libertatem nullam adimi servis pœna. Unam enim libertatem ita interpretatus est Callistratus ut illam eandem, quam servis pœna adimit, deportatis quoq; adimere videatur.* Acutè, sed non satis logicè. Primùm enim, non si libertas jure Quiritium competens deportatione amitti dicitur, eademq; dicitur amitti dånatione in opus metalli vel in metallum, ex eo sequitur, damnatione in opus metalli vel in metallum nullam aliam amitti libertatem, quàm eam quæ jure Quiritium competit. Nam uno disparatorum posito, non protinus remouetur alterum, sicut fit in positio-

ne contrariorum : & si quid alteri in aliquo simile est, inde non sequitur ut quod in uno non est, propterea etiam non sit in altero. Et verò multò magis, si damnatione in opus metalli vel in metallum libertas etiam de jure naturæ competens amittitur, amittetur etiam ea, quæ competit de jure Quiritium. Naturalis enim libertas sine Romana esse possit, cujusmodi est in peregrinis, at non vicissim Romana sine naturali. Deinde attendendum est, Callistratum ipsos libertatis amittendæ modos inter sese non comparare, nimirum quatenus his vel illis modis libertas Romana aut naturalis amittatur (id enim extra propositum est) sed existimationem consumi etiam, non minui tantùm ostendit, si libertas sit adempta, quocunque modo sit adempta, sive eo quo non omnis amittitur, sed Romana tantùm, qui est deportatio, sive eo quo omnis amittitur & naturalis & Romana, qui est damnatio in metallum, seu opus metalli. Nam ad summam ejus quod Callistrato erat propositum, parum intererat, quomodo libertas amitteretur, saltem ut amitteretur, cùm aliàs etiam rarum non sit, ut quod generale

nerale est, pro ratione subjctæ materiæ restringatur. Propositum erat Callistrato dicere de minutione & consumptione existimationis, nimirum quando illa minuta tantum, quando consumpta etiam dicenda esset. Utranque autem & minutionem & consumptionem definit fieri ex delicto, non tamen ex delicto simpliciter, sed auctoritate legum, hoc est, quatenus ex delicto jus existimationem minui aut consumi voluit. Nec enim ex eo quod delictum est minutio aut consumptio ista sequitur, sed ex eo & quod delictum est & quod jus ex eo delicto effectum illum consequi voluit. Effectus est minutio seu consumptio existimationis, causa est jus, eaque principalis, delictum autem est causa instrumentalis, per quam jus effectum illum producit. Id igitur de quo Callistratus agit existimatio est ejusdemque privatio, quibus modis illa contingat. Existimationem autem Callistratus ibidem definit, quod sit dignitatis illæ status, legibus ac moribus comprobatus. Sive igitur ipsam existimationem spectes sive dignitatem, juris civilis eam esse manifestum est.

Cùm autem nihil tam sit naturale, quàm ut quo quidq; modo colligatum est, eodem dissolvatur, existimatio sive dignitas jure civili tollitur non naturali, jure autem civili ob delictum accedente pronũciatione magistratus sive judicis, non quidem ut necesse sit disertè id exprimi minutam seu consumtam esse existimationem, sed quòd statuat quid à judice, cui effectum illum minutionis aut consumptionis jus velit esse cõsequens. Id verò contingit inter alios modos etiam in adẽrione libertatis, quæ quot quibũsve modis accidat, alibi exponitur. Libertatis, inquam, quæ jure etiam tantum Quiritium competat, quando quidem ea, quæ naturalis est, sublata, non dubitabatur, quin existimatio protinus etiam minuatur seu consumatur. Quin de libertate quæ jure Quiritium competit monuisse videbatur satis esse, quippe si hac sublata privatio illa existimationis cõsequitur, multò magis sublata naturali, & nisi naturalis sit, Romana esse nequeat. Atq; cùm deportatio in eo similis sit damnationi in opus metalli vel in metallum, ut utraq; illa libertas Romana sive iusta adimat, concedimus Ræyardo Callistratum

stratum unam libertatem ita interpretatū esse, ut illam eandē quam servis poenæ adimit, deportatis quoq; non adimere solūm videatur, sed revera etiam adimat, nempe libertatem Romanam, de qua sermo erat, non naturalem, sine cujus mentione, id, quod Callistrato erat propositum, etiam efficitur. Ceterū ut Rævardi illud telum evitaretur, Johan. Robertus lib. 3. sentent. c. 9. cautius quā ceteri hoc *ἐναρτοφάνης* dissolvere voluisse videtur, eò quòd supradictæ libertatis distinctioni alteram etiam Accursii interpretationem conjungit, quæ ejusmodi est. Dicitur est supra ex l. final. D. de capit. minut. à Jurisconsultis tres constitui species capitis minutionis, prout tria sunt in quibus caput ciuile consistit, unde etiam triplex illa capitis diminutio ab Ausonio inter triadas relata est, ut annotavit Barn. Brissonius lib. 3. de verbor. signifi. Verūm duarum interdum specierum duntaxat mentio fit in legibus, Magnæ nimirum & Minoris, ut in l. i. §. si filius, D. de suis & legitim. ut sub appellatione magnæ capitis diminutionis utraq; illa, quæ alias distinguitur, maxima nimirum & media comprehendatur d. §. si

filius, l. i. §. capitis, D. ad Senatusc. Tertyl-
 lian. l. t. D. de usufruct. legat. quomodo et-
 iam nonnullis videtur à Boëtio deportatio
 dicta esse maxima capitis diminutio, cum
 ipse revera deportationem mediam esse ca-
 pitis diminutionem intellexerit. Hujus bi-
 membris distributionis exemplum apud
 Callistratum esse existimat Robertus, ita
 ut magnam capitis diminutionem intelli-
 gere debeamus non eam duntaxat, quæ a-
 liâs maxima sive major dicitur, sed illam et-
 iam quæ aliis & Justiniano sit media. Sed
 vereor ut hæc interpretatio huic loco non
 satis conveniat. Præterquam enim quòd
 Callistratus ea ratione omnia cõfusius pro-
 posuisset, est etiam illa superflua, quãdoqui-
 dem ex supraposita libertatis distinctione i-
 dem illud quod Robert. sentiebat cõsequi-
 tur, ut quod per unum fieri potest, nõ sit ne-
 cesse expedire per plura. Non tamen est de
 nihilo quod in distinctione illa libertatis
 Callistrato accommodata desiderari possit.
 Si enim mediam capitis diminutionẽ Cal-
 listratus intelligebat per magnã, tã faciliè illi
 fuerat dicere mediam quàm magnam, &
 quid erat ut protinus seipsum quasi inter-
 pretan-

pretado subiceret, *id est cum libertas adimitur?* ut interpretatio Roberti ex hoc fundamento non sit omnino inverosimilis, si ita eam accipiamus, ut magnā capitis diminutionē Callist. atus utranq; & magnam & mediam intellexerit, & rursus libertatē utranq; & naturalem & Romanā, atq; ita orationis compendio usus fuerit, cūm utranq; illam utrinq; iidem appellationibus cōplecti posset. Idq; constat ex proximè subjectis exēplis, nimirū ut aquæ & ignis interdictio respiciat mediā capitis diminutionē, qua civitas Romana & per consequens libertas jure civitatis Romanæ competēs adimitur, damnatio autem in opus metalli seu in metallū respiciat maximā capitis diminutionē, qua jam non civitas duntaxat & jure civitatis jura cōpetentia adimantur, sed libertas etiā naturalis, hoc est, ea etiam quā non cives Romani tantum habent, sed etiam peregrini, modò nō sint servi. Quomocunq; igitur & quacunq; libertas amittatur, ejus qui eam amisit existimatio consumitur, quoniam existimatio à jure civili dependet: Juris autem civilis communionē amittit tam is qui civitatem duntaxat amittit, quàm is qui amittit

libertatem naturalem, & hic quidem omnem, ille verò juris civilis Romani: protinus enim cùm alterius Reipubl. civis esse incipit, ejus etiam juris communionem adipiscitur. Qui autem libertatem naturalem amittit, is servus efficitur, adeò ut ne alterius quidem Reipubl. civis fieri possit. Servitus enim constitutio est juris gentium. Qui Romanam amittit duntaxat, is liber manet naturaliter, & respectu quidem Reipubl. Romanæ servus dici potest, sed respectu Reipubl. alterius servus non est, quia non qui alienus est à jure Romano, confestim à jure alterius Reipubl. removendus est, si quidem illi se subjecit. Hinc est ut qui libertatē Romanam, id est jus utendi legibus & jure Romanorum amisit, non dicatur servus sed peregrinus, atq; inde est ut in metallum damnati dicantur servi fieri, deportati non servi sed peregrini, vel ut est in l. sed etsi, 10. §. si per pœnam, D. de in jus vocando, ad peregrinitatem redigi, quod cujusmodi sit exposuit doctissimus Briffon. lib. 1. antiquit. select. cap. 13. hoc nimirum ut ex eo qui civis erat Romanus fiat peregrinus, ut cùm statum antea haberet civitatis, statum nunc habeat

habeat peregrinitatis. Hinc peregrinum dicimus eum qui civis Romanus non est, l. sed et si 6. §. solemus, D. de hered. instituend. quæ peregrini definitio Jurisconsultis est certissima. Græci Barbaros vocabant, Hebræi Gojim, id est gentes. Nam quòd peregrinus dicitur quòd quasi peregrè extra patriam propriam agens in aliena existat quam peragret, quomodo peregrinus accipitur in cõstitutione Friderici incipiente, Omnes peregrini, vulgi est & Grammaticorum non jurisconsultorum, & hic peregrinans rectius ab eo, quòd peregrinetur, dicitur quàm peregrinus, quomodo in Constitut. Friderici incipiente, Habita, scholares peregrinari dicuntur. Ita vox peregrini juris est, vox peregrinantis est facti: & civis Romanus nunquam est peregrinus, sed peregrinans esse potest, & verò sepe numero etiam est: atq; peregrinantis appellatio & civi Romano & peregrino communis est, peregrini appellatio nullius est nisi hominis liberi, qui civis Romanus non sit, adeò ut cùm is qui civis est Romanus, civis esse desinit, libertate naturali salva, protinus peregrinus esse incipiat. Sicut enim qui peregrinatur à patria pe-

T regre

regre abest, ita qui peregrinus est abest à jure, quod civium Reipublicæ Romanæ proprium est. At cùm peregrinū dicamus quem, nempe respectu Reipubl. Romanæ, inde fit ut qui ita peregrinus est, civis tamē esse possit, nimirum Reipublicæ alterius, cujus Reipubl. cives habituri essent vicissim Romanos pro peregrinis, quod cùm per se ipsum satis pateat, pluribus exponere supervacaneum est.

Utile & inutile, civile & incivile quid sit in jure. CAP. XIII.

IN proclivius est, ut voces utile & civile, inutile & incivile inter sese & ob literarum, & ob rerum viciniam commutentur, quæ cōmutatio ut fiat, sepe numero parum aut nihil interest, idq; tantò magis in jurisconsultorum libris, quantò illi in Stoicis imitandis fuerunt diligentiores. Stoicis autem vix quidquam fuerit utile, quod idem non sit civile, & vix quidquam civile, quod idem non sit utile, & rursus vix quidquam inutile, quod non incivile & vicissim. Civile enim aliquid dicitur ab eo quod sit civium Reipubl. alicujus, eorumq; vel publicè omnium, vel privatim singulorum: at illud propterea
est ci-

est ciuium, & ab ipsis receptum, quod ipsis publicè vel privatim utilitatem afferat. Jura enim ob hominū utilitatem cōstituta sunt. Inciuile igitur est, quod utilitati Reipubl. repugnat, adeoq; vel expressè est prohibitum, & in transgressores vindicta constituta est, vel non quidem prohibitū, neq; tamen etiam approbatū. Pactum, exempli gratia, nec ciuile est nec utile, quoniam non videbatur interesse reipublicæ, ut ex quouis pacto promiscuè quis obligaretur: & tamen nihil tam naturali æquitati est cōueniens, quàm ut ea de quibus conuenit custodiantur, l. i. D. de pactis, l. i. D. de Constitut. pecun. Inciuile igitur est, inutile est. Et si enim quæ juris sunt naturalis, prima facie videantur esse utilia, & ejusmodi etiam sint, si simpliciter & per se spectentur, fieri tamen potest, ut pro ut forma Reipublicæ alicujus constituta est utilia non sint, & quia non utilia, non etiam recepta ab his qui Rempublicam istam constituerunt & informarunt, & quia non recepta, juri naturali relicta sint, nec facta ciuilia. Ita quæ in jure Romano leguntur pleraq; juris sunt naturalis siue gētium, sed quòd profutura esse credebātur Reipub.

T 2

Roma-

Romanæ à civitate Romana recepta sunt, eaq; receptione facta sunt civilia: multa verò etiam recepta non sunt, quoniam non videbantur fore utilia Romanis, ideoq; incivilia sunt, hoc est, à civitate vel à civibus Romanis non recepta. Ex eo igitur quòd aliquid utile erat futurum, factum est civile: quod inutile erat futurum, id incivile remansit, non quòd civile fieri non potuerit, sed q̄, cum inutile esset, Reipublicæ factum non est. Poterat omne pactum indistinctè à Romanis approbari, atq; ita fieri civile, sed non approbarunt omne, quia videbant non omne pactum fore utile: & approbatum civile eo ipso factum est, non approbatum non quidem factum est incivile, incivile tamen eo ipso quòd approbatum non est, esse intelligitur. Quare si quæ inter utile & civile est differentia, ea omnis meo quidè iudicio in eo cõsistit, ut utile civili prius sit, civile utili posterius, adeò ut quod est inter causam impulsivã, & effectũ, idem sit inter utrunq; illud, ut verè dicere liceat, esse quidem omnia civilia etiam utilia, sed non vicissim omnia utilia esse civilia, videlicet si conferas hæc inter sese in genere nō accommoda-

modata ad certam aliquam Rempublicam. Aliàs enim quod ad Rempubl. Romanam attinet, in jure ad ipsam publicè vel privatim pertinēte nihil utile fuerit, quod idem civile non sit, & nihil ciuile quod idem non sit utile. Itaq; perinde est in l. i. §. cum exigēte D. depositi, utrum legas, *inutile*, ut pandectæ Florentinæ exhibent, an verò *inciuile*, ut legit Haloander, quam lectionum varietatem agnovit etiam ibidem Accursius, & utranq; interpretatus est, ut neq; Duareno Haloandrinam, nec Roberto Florentinam lectionem tantoperè exagitare necesse fuerit, illi lib. i. disputat. cap. ii. huic lib. 3. sentent. cap. ii. Absurdum tamen non est ut quod in republ. una ciuile est, id in altera sit inciuile, vel quod in altera illa id receptum non sit, vel disertè prohibitum. Ob circumstantias enim diuersas, imprimis verò locorum, temporum & personarum, fieri non potuit, ut omnium omninò hominum jus esset unum & idem: cùm in eadem gente accidat, ut quod placuit aliquando, rursus displiceat, & quod displicuit, placeat, atq; ita jus jure tollatur, & quod ciuile fuit, fiat inciuile, aut vicissim quod inciuile fiat ciuile. Ex

T 3 eadem

eadem Stoicorum schola est, quod Juriscō-
 sulti nostri nihil utile esse existimarūt, quin
 idem esset honestū. Cū igitur omnia quæ
 in jus Romanum relata sunt, utilia sint, om-
 nia etiam illa ex consequenti fuerint hone-
 sta. Sicut autem non omne utile factum est
 ciuile, ita non omne honestum factum est
 ciuile. Civilium enim appellatio angustior
 est, ad ea duntaxat pertinens, quæ ex utilibus
 & honestis selecta, Romanorum facta sunt
 propria, eorumq; Reipubl. accōmodata. Sa-
 nè omne quod ciuile est, etiam honestū est,
 etiam utile est, & omne quod honestum est,
 est utile, & omne quod utile est, est honestū:
 in Republ. etiam Romana, omne quod u-
 tile est, ciuile est, & omne quod honestum
 est, ciuile est. Verū si per se illa & in genere
 spectentur, non omne quod utile est, ciuile
 est, nec omne quod honestum est, ciuile est.
 Multa enim in se utilia, multa in se honesta
 non ab omni & quauis republica recepta
 sunt: & ciuile aliquid est ex impositione ho-
 minis, honestum & utile natura, quod quid
 ciuile est & dicitur, id extra ipsum est, quod
 honestum & utile in ipso est. Ipsum autem
 tale quid est & esse potest, etsi quod extra
 ipsum

ipsum est, ipsi non accedat: quamprimùm autem cùm ipsi accessit, illa inter sese in illa Republica in qua accessit, reciprocantur, & ultrò citroque commutantur. Utile igitur & honestum valde latè se diffundit: civile autem intra terminos coercetur, & hoc coërcitum utrunq; etiam illud utile, & honestum coërcet. Quod idem etiam ita sensit Duarenus dicto cap. 11. statuens sine honestate nihil omninò posse esse utile, & non omne quicquid honestum est jure ac legibus præcipi. Quam Duareni sententiam non satis affecutus est Johan. Robert. lib. 3. sentent. cap. 12. cùm scripsit, nonnullos existimare, (tacitè Duarenum taxans,) multa quæ honesta non sunt, legibus permitti, à quo tamen ipse Duarenus seipsum satis vindicat in l. Justitia, Digest. de justit. & jure & in l. 1. Digest. de pactis, ex cujus utriusq; legis commentario à se edito, id quod ad finem dicti cap. 11. ea de re scripsit, voluit intelligi, qui cùm in studiosorum manibus versetur, non puto opus esse Robertum ad Duarenum reprehendendum nonnūquam nimis pronum pluribus refutare.

Mutui datio consistit in his rebus, quæ pondere, numero, & mensura consistunt, quoniam earum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie, ait Paulus in l. 2. §. mutui datio, D. de reb. cred. si cert. petat. Quærunť Interpretes quid sit illud, quod dicit Jurisconsultus functionem recipere. Alciatus in commentario suo ad d. §. mutui datio, n. 2. functionem dicit esse usum, utilitatis vè ipsius effectum, & æstimationem, quæ pro re alia fit, ut creditori satisfiat. Unde functionem recipere nihil fuerit aliud, quam recipere usum æstimationem-ve utilitatis ipsius, quomodo in lib. 2. paradox. cap. 20. exposuisse videtur, cum scribit in mutui datione non censerī obligatam speciem seu rem, quæ data est, sed si tantum solvas, te liberatum iri. Zasius cum Alciato functionem dicit esse usum promiscuum, & functionem in mutuo magis attendi in eo, quòd ritè & rectè solvatur res accepta, quam ut attendatur similitudo speciei, quasi dicat, quantumcunq; res fungibiles

biles sint similes & invicem communicentur, tamen si non fiat ritè & formaliter solutio, tunc non consistere mutuum. Vacinius à Vacuna lib.3. declarat. 46. n.5. functionem interpretatur finem & interitum, ut functionem recipere nihil sit aliud, quàm rem mutuò datam usu absumi, & penitus interire, ut eadem illa in specie quidem, non tamen in genere restitui possit. Duarenus lib.1. disputat. 14. neutram harum interpretationum amplectitur, sed functionem dicit esse præstationem ipsam siue solutionem, ac proinde res quæ in mutuum veniunt dici recipere functionem, non quòd ejus sint naturæ, ut una species alterius vicem subire possit, sed tùm cùm dantur ad usum, & cùm solvuntur, atq; adeò ut non res ipsa functionem recipiat ex se, sed potius ex hominis factò. Quam Duareni interpretationem Robert. lib.3. sentent. cap. 14. impugnat, eundemq; ad d. §. mutui datio Donellus, tametsi Duareni studiosissimus sequitur: uterq; rectè. Nam ex contextu satis apparet Paulum functionem ita interpretari, ut in re ipsa sit posita non tam in factò hominis. Etsi enim negari non possit, quin factum in functione

illa interveniat, id tamen destinatum est ad aliud, ita ut non ex facto hominis sit, quòd functionem res habeant, sed ex eo, quòd res functionem illam in se habent, ejusmodi hominis factum interuenire possit. Fūctionem igitur Robertus & Donellus rectè mihi videntur interpretari satisfactionem & ex ea contingētem liberationem, quā affert rerum earum præstatio: atq; adeò functionem recipere ita accipiunt, quòd his rebus quæ pondere, numero & mensura consistūt, soluendis planè satisfiat creditori, ut injuriam sibi in eo fieri cōqueri non possit, quippe quòd ejuscemodi sint, ut singulæ ejusdē generis singularū vicē solutione æqualiter subire possint, sicq; pro aliis aliq̄ solui corpore quidē, sed non qualitate aut æstimatione, ut quāuis non eadē, quę datæ fuerunt species reddātur, tantundē tamen solutū, equalisq; omninò, ac propemodū eadē res reddita dicatur. Sed Fr. Hotomano li. 1. de usur. c. 2. hæc interpretatio displicet. Verùm attendendū est à Jurisc. opponi res eas, quæ pōdere, numero & mensura cōsistunt, rebus quibusuis aliis: atq; in illis quidem mutuum consistere dicit, eò quòd in genere suo functionem

tionem recipiant per solutionem magis, quàm specie, has non æquè, quia aliud pro alio invito creditori solui non possit. Quoniam autem contrariorum contrariæ sunt rationes, perinde est, cum dixit Paulus illas functionem recipere, ac si dixisset, res illas propterea mutuo dari posse, quoniam una pro alia rectè solvatur, atq; solui etiam possit, & rursus cum dixit has non venire in mutuum, quia aliud pro alio invito creditori solui non possit, perinde est, atq; si dixisset, eas functionem non ita recipere, ut recipiunt illæ. Totum verò hoc explicandum est ex natura mutuo, ceterisque contractibus à jure data. Mutui natura ea est, ut in illo non usus tantum rei, sed etiam ipsum rei dominium transferatur. Jam verò regulariter ea omnium contractuum est natura, ut aliud pro alio nō solvatur, sed illud ipsum quod in contractum venit atq; ex eo debetur. At cum in mutuo transferretur etiam rei dominium, collidebant duæ illæ juris regulæ, ut aliud pro alio non solueretur, & ut qui dominus rei est factus, eandē illā rem ex cōtractu invitatus p̄stare cogeretur. In mutuo igitur nulla omninò res absq; alterutri⁹

illius regulæ incommodo venire potuisset. Quamobrem rectè animadverterūt legum-latores, res in illud venire non promiscuè quasuis, sed rem ejusmodi, quam non eandem omninò in specie, cujus facta esset, restituere cogeretur, neq; etiam aliud pro alio sed idem creditori solveretur: ex quo nullæ res aliæ in mutuū venire poterunt, nisi quæ essent ejusmodi, ut una specie pro altera soluta eadem omninò species reddita esse videretur, atq; adè una alterius vice ad liberandum debitorem à creditore fungeretur, quod in nullis rebus aliis nisi in his, quæ pondere, numero & mensura consistunt, contingit.

De dolo, culpa & casu fortuito in contractibus præstando, & in specie de culpa levissima in contractu locationis conductionis nō præstanda, & in contractu quasi negotiorum gestorum præstanda. CAP. XV.

Semper in stipulationibus, & in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est, ait Ulpianus libro XLV. ad edictum, & refertur in l. semper 34. D. de regul. jur. aut si non pateat, quid actum sit, erit consequens, ut id sequamur, quod contractus natura, quam ex jure obtinet, postulat. Ita etsi contractus
semper

semper ex hominum consensu sive conventionione proficiscatur, non tamen semper conventio legem dat contractui, sed vel conventio hominum, vel jus ipsum, hoc est, contractus, qui initur, formam & naturam suam accipit vel ex speciali contrahentium conventionione, vel ex generali natura, quæ contractui illi à jure est indita. Sed jus quidem semper certum est, nisi in more regionis sit positum, id est, in consuetudine; conventio autem incerta semper est & singularis, utpote quæ meri sit facti, & in contrahentium arbitrio posita, quæ tum demum certa esse incipit, cum in esse, ut vulgò loquuntur, deducta est. Veruntamen ex conventionione quod est, non minùs ex jure est, atq; illud quod sine conventionione ipso jure in contractu inito receptum est; modò illud quod ex conventionione est, juri non sit contrarium. Conventionem enim jus permittit, sed sibi conformem, imò illam etiam, quæ præter jus sit, sed non juri contrariam; atq; ita conventionem ejusmodi permittit, ut eam naturæ contractui à se datæ præferri voluerit, ut, si de contractu aliquo controversia incidit, primùm omnium quærat quid

actum sit, hoc est, quòd inter contrahentes convenerit, atq; si id non appareat, tum demum, quid juris sit. Quæ ratio est, ut Jurisconsulti scribant, cùm de contractu quæstio est, primùm omnium spectandū esse, quid actū sit, aut si contractus ejusq; natura ex jure definitur, ut exceptionem hanc addant, *nisi aliud actum sit*, vel, quod idem est, interesse quid actum sit, l. cum in lege, 33. D. de contrahen. emt. l. si quis vina, 4. D. de commo. & peric. rei ven. l. si. D. qui sine manum. ad libert. perven. Sed cùm, ut dixi, quæ conventionis sunt, sint facti, adeoq; infinita, de istis jure nihil etiam certi definiri potuit: de his autem, quæ & natura contractuum à jure ipsis indita, præstanda veniunt, passim in libris juris nostri agitur, prout species vel casus incidit; sed in genere eam rem attigisse videtur Ulpianus lib. XXIX. ad Sabinum, ut apparet ex l. contractus 23. D. de reg. jur. Docet enim isto loco, contractuum quosdam recipere dolū malū duntaxat; quosdā dolū & culpā; nonnullos dolū, culpam & diligentiam; casum autem fortuitū à nullo præstari; ibidemq; cōfirmat quod, de cōvensione modo dictū est, his verbis, *sed hac ita*, inquit, *nisi*

nisi si quid nominatim cōvenit, vel plus vel minus in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit; legem enim cōtractus dedit. Contractus, id est, conventio, quomodo cōtractus sepè accipitur, nisi quis p̄cōtractus malit legere *contractui*, quo tamē opus nō est. Sed ex eo quod Ulp. dicit, casum fortuitum à nullo præstari, videbitur fortassis Ulp. non omninò in genere de cōtractibus locutus esse, sed de his tantùm, quæ ultrò citroq; sunt obligatorii, ut idē Ulp. eos accepit lib. XI. ad edictū, quod constat ex l. Labeo 18. D. de verb. signifi. siquidē in contractu mutui, qui ex una tantùm parte est obligatorius, casus fortuitus præstandus venit. Sed ut Ulp. appellationem contractus in d. l. cōtractus acceperit, nobis quidē sermo est de contractibus in genere, qui definiuntur rectè cōventiones cum causa; non qui ab effectu describuntur, seu distribuuntur potius, quæ *μονόπλευροι* quidam sint, quidam *διπλευροι*. In his si quid secus fiat, quàm fieri debebat, ex mente Ulpiani dicemus fieri uno horū quatuor modorum, vel dolo, vel culpa, vel sine diligentia, vel casu fortuito: aut ut idē Ulp. docet in l. 5. §. 2. D. cōmod. uno ex his tribus modis

vel dolo, vel culpa, vel casu fortuito, quem
 ibi appellat periculum. Non ignoro Doctores
 vulgò hos in quinq; modos diffecare ad
 l. quod Nerua 32. D. de pos. nimirum in do-
 lum, culpam latam, culpam leuem, culpam
 leuissimam & casum fortuitum: nonnullos
 etiam in plures, sed legum vestigiis insiste-
 re puto esse tutius. Hoc autem omne, meo
 quidem iudicio, non incommodè ad hæc
 duo capita reuocari potest, si dicamus, quod
 si quid in re fiat secus atq; fieri debebat, id
 fiat vel factò contrahentis, vel sine factò ipsi-
 us; factò, nimirum dolo vel culpa; sine factò,
 id est, casu fortuito: tametsi malim illud om-
 ne etiam, quod factò hominis contingit,
 dicere contingere culpa, ut appellatio culpæ
 intelligatur esse generalior, & definiatur ne-
 gligentia hominis, qua quid fit, quod fieri
 non debuit, & rursus quid non fit, quod fieri
 debuit, secundum Cujac. lib. 19. obseruat.
 cap. 24. Mart. Anton. Delrio ad d. l. contra-
 ctus, in princ. Quæ culpa duplex sit, Malitiæ
 una, altera imprudentiæ, quæ distributio
 probatur per l. si seruum 91. § 1. D. de verbor.
 obligat. quarum illa dicatur Dolus, hæc spe-
 cialem acceperit appellationem, quæ al.às
 est ge-

est generis. Dolus est culpa malitiosa decipiendi alterius causa adhibita, l. 1. §. dolum D. de dol. malo. l. 7. §. sed si fraudandi, D. de pact. Paul. 1. sentent. 8. unde etiam fallacia & dolus conjungitur in l. rei 45. & in l. merito 51. D. pro socio, item dolus & calliditas in l. consilii 47. D. de regul. juris, & dolus vocatur consilium callidum in l. sed etsi 7. §. prætor ait. D. de public. in rem act. Dolo fraus inest, d. l. 7. §. sed si fraudandi: indeq; fraudem quibusdam locis accipimus pro dolo, l. si culpa 63. D. de rei vindicat. l. impuberibus 7. §. si fraus; D. de suspect. tutor. sed & alibi utrunq; & dolus & fraus conjungitur, l. 3. in fine D. pro soc. l. parens, 5. in fine D. de obsequ. parent. l. si procurator, C. de procurat. Neq; verò ex hoc putandum est fraudem & dolum idem esse, siquidem fraus sine dolo esse potest; ut docet Cujac. in d. §. sed si fraudandi, distinguunturq; quodam modo ut causa & effectus. Fraus enim damnum illud est; quod ex dolo provenit, tametsi ex eventu etiam fraus esse possit, ubi dolus nullus præcessit. Hæc cum ita se habeant, manifestum est, dolum opponi bonæ fidei, d. l. 3. in fine, D. pro soc. l. & hæc distinctio 35. D. loca-

V ti, cum.

ti, cum infinitis aliis, quæ notavit Briffon, lib. 2. de verb. significat. in verb. Bona fides alias. At bona fides cum cōtractibus omnibus, etiam si non eodē modo, adesse debeat, consequens hisce est, ut si quid ab alterutro contrahētium circa contractum dolo actū sit, id alteri, qui ex eo damnum sensit præstetur; adeò, ut etsi conventum sit ab initio, ne dolus præstetur, istamen nihilominus præstandus sit. Pactum enim vel conventio de dolo non præstādo bonis moribus contraria est, cum eò illa pertineat, ne bona fide in contractu agatur, quod præter Ulpianum in d. l. contractus scripsit etiam Paulus in l. si unus, 27. §. illud. D. de pact. l. in commo-
 dato 17. in princ. D. commod. & idem Ulpian. in l. 1. §. illud non probabis, D. depositi. Culpa in specie est culpa desidiōsa cum imprudentia seu imperitia conjuncta, l. focius 72. D. pro socio. Quæ iterum duplex est, lata & levis, quomodo distribuit eam Del-Rio in d. l. contractus, per l. cum res 47. §. culpa autem. D. de legat. 1. refutans ibidem quinque illas culpæ species à veteribus cōfictas, & post eum Dion. Gothifr. in notis suis ad l. quod Nerva. Lata culpa, (quæ vulgò ita dicitur, alibi

alibi etiam culpa latior, ut in d. l. quod Nerva, comparativo usurpato pro positivo, ut ad illam Zasius & alii notarūt, item lata negligentia in l. tutor 7. §. competet. D. de administr. tutor. d. l. impuberibus, §. si fraus, & magna culpa, in l. magna 226. D. de verbor. significat.) est summa & dissoluta negligentia atq; ignoratio, cū quis non intelligit, quod intelligunt omnes, l. 1. §. quia enim D. de oblig. & act. l. si fidejussor 29. D. mandata l. cum sex 55. D. de ædilit. edict. l. latæ 223. D. de verbor. significat. In hac culpa is est, qui vel omittit, quod nullus sanæ mentis omisurus erat, vel fecerit, quod nemo facturum erat, idq; per ignorantiam quodammodo, quoniã sic faciendum vel non faciendū putabat, & rē melius non intelligebat, l. si servū 91. D. de verb. obligat. Hæc culpa lata in contractibus dolo æquiparatur, eiq; est proxima, d. §. si fraus, l. si fortuito 11. D. de ruin. incend. naufr. l. mulier 22. §. sed enim. D. ad Senatuscons. Trebellian. l. 1. §. culpa, D. si is qui testam. liber esse juss. l. 1. §. lata culpa, D. si mentor fals. mod. dixer. quod si effectū spectes verissimū est. Cū enim culpa lata esse possit, ubi malitia nulla sit, dolus ipsa revera

V 2 non

non est, nisi ex præsumptione. In delictis autem effectu etiam ipso à dolo separatur, l. in lege Cornelia 7. D. ad leg. Cornel. de sicar. l. 1. juncta l. dolo malo 3. cum l. seq. D. de servo corrupto. l. in furti actione 50. in fine, D. de furtis, quod omne valde eruditè exposuit Del-Rio in d. l. cōtractus. Culpa levis est, qua quis nō ad eum modum, quem hominum natura desiderat, est diligens, d. l. quod Nerva, Del-Rio & Petr. Faber in d. l. contractus. Hæc neq; dolo, neq; casui fortuito est proxima; atq; ex eo ut plurimum sine ulla adjunctione alia simpliciter culpa dicitur, adeò ut in dubio, cùm in legibus culpæ sit mentio, ea de culpa hac levi sit accipienda l. in venditionem 8. §. de tempore, & l. seq. §. est præterea D. de reb. autorit. judic. possidend. l. si servus 108. §. cum quid D. de legat. 1. l. si filiofam. 25. §. maritum, D. soluto matrim. cū multis aliis: tametsi Del-Rio hoc ita procedere existimet, si subjecta materia aliud non suadeat, quod fit in l. imperitia 174. D. de regul. jur. & in §. imperitia. Instit. ad legem Aquil. Etsi verò dolus magis & minus non recipiat, tamen cùm custodia & diligentia, quæ huic culpæ exponitur, magis & minus

minus recipiat, inde fit, ut quot sunt gradus diligentiae, totidem etiam sint gradus culpae. Sunt autem diligentiae gradus duo, summus & medius. Et si enim tertius etiam, nō pē infimus poni posse videatur, tamen quoniam is diligentiae est minimae, & penē nullius, quae opponitur culpae latae, inde est, ut nusquam in legibus infimus ille gradus diligentiae nomen mereatur, multò minus, ut nomē aliquod habeat proprium. Summus diligentiae gradus est vehementissima & exactissima diligentia, & veluti curiositas, cui opponitur culpa levissima, l. nec supina 6. D. de jur. & fact. ignor. l. in lege 44. D. ad leg. Aqu. l. 1. §. 1. D. de obligat. & act. Medius gradus est diligentiae exactae, ejus nimirum, quae opponitur culpae leui, §. si. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. Sed hic magis propriè custodia dicitur, summus generis nomē retinet; & sicut bona fides opponitur dolo, ita diligentia culpae levissimae, l. qui injuriae, 13. §. qui alienis, D. de furt. qua de re plenius Pet. Faber in d. l. cōtractus. Ex quo illud est, quòd quotiescunq; diligentia ab aliquo requiritur, is levissimam culpam praestare debeat, ad quod Del-Rio allegat d. l. cōtractus. l. si ut

certò §. §. nunc videndum, l. in rebus is. D. commod. l. 2. §. custodiam & l. seq. D. de pe- ric. & commod. rei vend. l. cum res 47. §. cul- pa D. de legat. 1. nisi fortè ex adjunctis appa- reat, levem culpam excludi, ut in l. magistra- tus 6. D. de administr. rer. ad civit. pertin. vel nisi materia subjecta, qua de agitur, aliud postulet, ut in l. 1. D. de tutel. & ratiõ. distrah. & in §. fin. Instit. quib. mod. re contrah. ob- lig. Ceterùm culpa levissima non caret is, qui non facit, quod facturus fuit optimus quisq; ac diligentissimus paterfamiliàs, ut non sufficiat ei, qui illam præstare tenetur, eam diligentiam adhibere, quam in rebus suis adhibet, si alius diligētius custodire po- tuerit; custodia autē culpæ levi opponitur, quod manifestum est, non ex illis duntaxat locis, quibus custodia & diligentia simul cõ- junguntur, ut apud Paulum 2. sentent. 4. §. servus, & in d. §. nunc videndum, verùm et- iam cùm sibi invicem opponuntur, ut in d. l. cum res §. penult. ubi mentio fit primùm culpæ, quæ dolo est proxima, hoc est, culpæ latæ; mox culpæ levis; & tùm demum dili- gentiæ, quam cùm nominat Jurisconsultus perinde est, atq; si culpam levissimam no- minat.

minasse, ut ex eo manifestum sit plus esse
 in diligentia quàm in custodia. Hinc est, ut
 diligentia interdum dicatur custodia qui-
 dem, sed cum adjectione aliqua, puta, custo-
 dia plena l. 2. §. custodiam, Digest. de peric. &
 commod. rei vend. & custodia diligens, d.
 l. si ut certo §. custodiam, quasi custodia illa,
 quæ propriè custodia dicitur, non sit omni-
 bus suis gradibus & numeris perfectè diligens,
 sed illa demum perfectà sit, quæ opponitur
 culpæ levissimæ. Quòd si nunc singulas con-
 tractuum species percurramus, inveniemus
 dolum & latam culpam præstari in omni-
 bus atq; singulis; sed in quibusdam nihil ni-
 si dolum & latam culpam, ut in deposito &
 in precario: Casum fortuitum præstari in
 nullo præterquam in mutuo; in ceteris con-
 tractibus etiam tum, si in restituendo præces-
 sisset culpa, vel mora sine justa ratione facta,
 quod permultis legibus comprobavit Del-
 Rio in d. l. contractus, in interpret. pragma-
 tica. Cur autem in mutuo casus etiam for-
 tuitus præstetur, ratio in promptu est, quo-
 niam mutuum sine re non cõtrahitur, sine
 re, inquam, data & tradita, quæ protinus
 ubi accepta est, fit accipientis jure dominiis;

V

4

atres

at res domino tuo perit, non alii. Præter dolum & culpam latam præstatur etiam culpa levis, sed non levissima in pignore, in emptione venditione, in locatione conductione, in societate, in tutela, in rei comunione, in contractu quasi familiæ exercisundæ. Sed præter illa etiam culpa levissima in comodatō, in mandato & in negociis gestis. Et ne quis fortè vel id quod de diligentia dictum est, opponi nimirum illam culpæ levissimæ, falsum esse existimet, vel ex eo consequi dicat in vendito, pignori accepto, locato, & dotis datione, etiam culpam levissimam venire, eò quòd Ulpianus in d. l. contractus, cùm dixisset *dolum & culpam recipere mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis dationem, tutelam, negocia gesta*, mox subjecit; *in his quidem & diligentiam*, notandum est lectionem vulgarem, *in his quidam & diligentiam*, multò esse Florentina meliorem, & hanc ex illa emendandam esse, ut jam pridem monuit Eguin. Baro in comment. ad tit. Institut. de societate. non procul à fine, & post eum Cujac. in tract. ad African. §. in l. 108. §. cum quid tibi. D. de legat. 1. & post hunc in d. l. contractus Del-Rio,

ncc

nec improbavit Lud. Charondas, & post eū
 Pacius. Et verò sensus verborum istorum
 hic est, cū sint contractus quidam, qui do-
 lum & latam culpam tantū recipiant, qui-
 dam & dolum & culpam, intellige leuem,
 esse etiam quosdam de enumeratis, qui præ-
 ter dolum, culpam latam & leuem recipiant
 etiam diligentiam, id est, culpam leuissi-
 mam, quales sunt commodatum, negocio-
 rum gestio & mandatum. Nisi enim ita le-
 gatur, & diligentia, pro plenissima custodia
 seu diligentia exactissima accipiatur, vana
 est eius, quod jam ante dictum erat, repeti-
 tio, nempe ut cū dictum esset culpam præ-
 stari, subiceretur præstari etiam diligen-
 tiam; vana etiam atq; nullius momenti esset
 manifesta culpæ & diligentia separatio in l.
 5. §. 3. D. commod. præsertim cū negari
 non possit, esse inter contractus istos enu-
 meratos nonnullos, qui extra omnem con-
 trouersiam recipiant culpam leuissimam.
 Veruntamen sunt de his, quæ dixi, nonnul-
 la non admodum expedita, de quibus pau-
 cis videndum est. Et principio quidem in
 disputationem trahi video, utrum in con-
 tractu locationis conductionis culpa leuissi-

ma ex ipsius contractus natura atq; ita citra conventionem, an verò ex convētionē tantum præstetur; quam controversiam facit §. fin. Instit. de locat. in quo à conductore talis custodia desideratur, qualē diligentissimus paterfamiliâs rebus suis adhibet. Accurcius & communis interpretum schola existimat culpam levissimam à conductore non præstari ex natura contractus, sed ut præstetur illa conventionē opus esse. Pro regula enim ponitur, ut cùm in contractu aliquo utriusque partis contrahentis utilitas versatur, tunc præstetur dolus, lata & culpa levis; si alterutrius tantum, & quidem actoris ejusvè qui contractui dedit initium, dolus tantum & culpa lata; si ejus, qui convenitur præter dolum, culpam latam & levem, culpa etiam levissima: at contractum locationis-conductionis utriusq; contrahentis causa iniri, est manifestissimum. Doctissimus Cujacius etiam ex contractus hujus natura citra ullam conventionem culpam levissimam in hoc contractu præstari autumat; quæ opinio confirmari videtur primùm per d. §. si qui in conductore desiderat custodiam diligentissimam patrisfamiliâs. Deinde per l. si merces

merces 25. §. penult. D. locati, in qua Gajus affirmat, culpam tum demum abesse, si omnia facta sint, quæ diligentissimus quisq; observaturus fuisset. At custodiæ diligentissimi patrisfamiliâs opponitur culpa levissima, quâdoquidē ejus qui est diligentissimus vix possit esse culpa alia, quā levissima. Terriò Dioclet. & Maximian. Impp. in l. in judicio C. de locat. expressè rescripserunt constare in judicio tam locati quàm conducti dolum & custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire, ut cū nihil nisi casum fortuitum exceperint, culpam utiq; levissimam sub regula comprehendere voluisse videantur. Atq; ita hæ duæ Cujacii & cōmunis opiniones inter se in extremis colliduntur. Quidam media via ingrediuntur, distinguendo inter locationem usus rei, & inter locationē facti, ut in illa quidem non præstetur culpa levissima, nisi ex conventionē, in hac præstetur citra conventionem ex contractus natura; quam sententiam Wesenb. in d. §. si. communi Dd. opinioni quasi exceptionem subjicit: atq; ante illum Angel. Aretinus docuit, levissimam culpam ex natura contractus præstari, si operæ locatæ

sint ejus hominis, qui suscipit industriam
 certæ rei, & artificem sese profitetur, qua
 professionis jactatione veluti proscriptio
 neminem falli justum sit, l. 11. §. 1. & seqq. D.
 de institor. & act. ex ratione assignata in §. 3.
 Instit. ad leg. Aquil. cui stipulatur Fr. Bal-
 duin. in d. §. fin. n. 4. Ex his tribus opinionio-
 bus nulla est, quæ non suas habeat difficul-
 tates. Primæ enim obstant textus manifesti
 pro secunda opinione allegati; secundæ ob-
 stat regula ad confirmationem opinionis
 primæ allata; tertiæ cum primis obstat d. §.
 fin. in quo non de locatione facti, sed de lo-
 catione usus rei agitur, ut verba illa, *qui pro
 usu vestimenti*, indicant, & nihilominus in
 illa etiam locatione diligentissimi patris fa-
 miliæ custodia desideratur. Scio glossam &
 Doctores in supradictis textibus, diligentis-
 simum interpretari diligentem, superlativo
 nimirum posito pro positivo; quemadmo-
 dum vice versa non rarò fiat, ut positivus
diligens usurpetur pro superlativo *diligentis-
 simus*. Nam quæ Justiniano in §. item is cui,
 Instit. de obligat. quæ re contrah. exacta di-
 ligentia vocatur, illa Gajo est exactissima in
 d. l. 1. §. 1. D. de obligat. & act. & quam Ulpia-
 nus re-

His requirit custodiam diligentem in d. l. si
 ut certo, §. quod verò senectute, eam Paulus
 dicit esse diligentissimam in l. in rebus 18. D.
 commod. & officium exactum in l. in re C.
 de mand. interpretandum esse exactissimum
 putat Joannes & Bulgarus, idemq; in d. l.
 contractus probat Pet. Faber. Hoc autem
 omne ob eam causam fieri scribunt inter-
 pretes, quòd juxta cujusq; materiæ naturam
 ejusmodi vocabula indefinita accipienda
 sint, quæ sint exigenda ad suprapositam cõ-
 tractuum regulam. Verùm assumunt illi, ut
 confessum, quod probandum fuerat: *Dili-
 gentissimus*, inquit, accipitur pro *diligens*.
 Hoc verò quomodo probet, equidem non
 video. Similitudinem afferunt, quæ rem, si
 de ea prius constitisset, declarare potuisset;
 tametsi & illa sit ἀουλόγιστος. *Diligentissimus*,
 inquit, accipitur pro *diligens*, sicut dili-
 gens quandoq; pro *diligentissimus*, & sicve
 positivus ponitur pro superlativo, ita quan-
 doq; vice versa superlativus pro positivo.
 Sanè inest quidẽ positivus superlativo, sed
 superlativum positivo inesse nego. Neq; e-
 nim naturæ repugnat, ut is qui majus dicit,
 dicat etiam minus, & qui exactissimam de-

bet diligentiam, is etiam debeat exactam; siquidem exactam diligentiam qui dicit, is id quidem quod minus est ponit, sed propterea id quod majus est non removet, neque tamen etiam illud esse dicit; quem doctissimum dico, eundem rectè dixero doctum, sed non vice versa, quem doctum, eundem continuò doctissimum; & quem doctissimum dico, eundem etiam doctum dico, doctum verò doctissimum esse nec dico nec affirmo. Ita quem diligentissimum dixero, dixero quidem etiam diligentem, sed non quòd diligentem dixero, diligentissimum etiam esse dixero vel negavero. Quare glossema istud superlativum pro positivo usurpari mihi displicet. An igitur dicemus levissimam culpam præstandam esse ex natura locationis conductionis? At ne hoc quidem. Obstat enim supraddicta regula. In opinionè tertiam esse proclivior, si quis esset Alexāder, qui nodum istum quem habet, nobis dissecaret. Cùm nullam istarum opinionum rectè defendi posse videam, dicam quid sentiam. Regulariter arbitrò conductore levissimam culpam ex natura contractus præstandam non esse, quemadmodum

modum nec casus fortuitus præstatur; atq;
adeò opinionem primam, rectè quidem as-
seri, sed non satis rectè defendi. Defenditur
autem rectè, si, quæ illi solent opponi, rectè
repellâtur. Sunt autem textus potissimum
tres, ex quibus illa impugnatur, unus est in
§. fin. Instit. de locat. alter in d. l. si ut merces
§. penult. & tertius in d. l. in iudicio. Duo il-
li priores in unum recidunt, cùm in utroq;
urgeatur vox *diligentissimus*: atq; hos duos
duntaxat interpretes attingunt; tertium si-
lento prætereunt. Quod igitur ad duos illos
priores textus attinet, non magis sententiæ
huic obstare videntur, quàm exceptio ob-
stat suæ regulæ. Neq; enim nego fieri posse,
ut levissima culpa ex natura conductionis
etiam præstetur, quod utroq; isto textu ex-
pressum esse arbitror, tametsi casibus non
omninò iidem. Casus unus est in d. §. fin. in
quo diligentissimi patrisfamiliâs custodia
desideratur, atq; adeò culpa levissima præ-
standa venit, si, ut quandoque usu venit, lo-
catoris omninò nihil intersit rem suam lo-
care, intersit autem conductoris eam con-
ducere. Tunc enim si non ad motum loca-
toris proprium, sed ad preces conductoris

urgentis & instantis contractus locationis
 conductionis celebretur, non utriusq; sed
 conductoris tantum gratia contractus ini-
 tur, qui præterea beneficii loco habebit,
 quod rem conductò acceperit. Nam etsi
 rem ipsi locatam esse revera beneficium nõ
 sit, eò quod locator à conductore merce-
 dem accipit, officium tamen locatoris est
 non exiguum, quod cum locatori esset per-
 inde sive locaret sive non locaret, interesset
 autem conductoris omnimodo, rem suam
 locavit, neq; fortasse conductor illam sibi
 gratuito locatam, hoc est, commodatam
 esse veilet. At dictum est supra, juris esse re-
 gulam, ut cuius gratia tantum contractus
 est initus, is præstet non dolum tantum cul-
 pam latam & levem, sed etiam levissimam.
 Itaq; pro hoc officio à locatore ipsi præstito,
 conductor meritò præstabit id omne, quod
 diligentissimus quisq; paterfamiliàs præsta-
 re debebit, & quod is, qui rem omninò gra-
 tuitò utendam accepit præstiturus esset; aut
 si id præstare ipsi animus non erat, locatori
 rem suam relinquere, neq; eam conducere
 debuerat. Cur hunc casum ita ponam mo-
 vet me contextus istius series atq; ordo. In
 illis

illis enim verbis, *Conductor autem omnia secundam legem conductionis facere debet*, regulam poni censeo, cujus sensus sit, conductorem illa omnia facere debere, quæ vel ex natura hujus contractus jure ei data, vel ex conventionione sunt facienda: Talis enim cujusque contractus lex est, qualem vel jus vel contractuentium conventio juri conformis esse voluit. Huic regulæ mox subjungitur exceptio in illis verbis: *Qui pro usu vestimentorum, aut argenti, aut jumentum mercedem aut dedit, aut promisit: ab eo custodia talis desideratur qualem diligentissimus paterfamilias rebus suis adhibet*, cujus sensus hic sit, esse quidem istam conductionis legem jure constitutam, ut conductor dolum præstet culpam latam & levem, non etiam levissimam: at verò *AB E Ø* (hæc nota exceptionis est, quasi dicat aliud servari in eo conductore, de quo nunc dicitur sit, quàm de conductore regulariter) qui pro usu vestimentorum, aut argenti aut jumentum, mercedem aut dedit, aut promisit, custodiam *TALEM* (& hæc vox indicat peculiarem quandam custodiã ab hoc conductore præstari, quæ aliàs regulariter à conductoribus aliis non præstetur) desiderari;

X

QUA:

QUALEM diligētissimus paterfamiliās
 suis rebus adhiberet. Sed cur *AB EO*, po-
 tius, & non etiam à conductore *QUI OVIS?*
 nimirū quòd regulariter cōtractus locatio-
 nisconductionis utriusq; contrahentis cau-
 sa initur, & utriusque in eo versatur utilitas,
 ideoq; in eo non diligentissimi patrisfami-
 liās custodia requiritur, sed diligētis sufficit;
 in hoc autem casu ab hac regula propterea
 recedimus, diligentissimiq; patrisfamiliās
 custodiam desideramus, quòd in antecede-
 tià regula locationiscōductionis recessum
 sit, nimirū in eo, quòd hoc casu nō utriusq;
 contrahentis, sed conductoris solius utilitas
 versetur. Conductoris autē utilitatē dunta-
 xat hoc casu versari, ex hoc colligi posse vide-
 tur, quoniā Justin. casum dirigit in cōducto-
 rem, qui *mercedem dederit aut promiserit*, quo
 innuitur, dedisse cōductorē cōtractui initiū,
 ut qui à locatore primus rei usum petierit; &
 vel maximè ejus interfuisse, atq; ob necessi-
 tatē etiā instituisse apud locatorē, ut locaret,
 adeò ut antequā etiam re usus esset mercedē
 daret, aut certò pmitteret (quā promittēdi
 vocē puto habere emphasin, quasi cōductor
 pterquā quod mercedē ex conducto debuis-
 set,

set, etiam illam stipulatione promittēdo firmasset) quò facilius locatorem ad contrahendum secum induceret. Puto verò etiam non incommodè dici posse, si fortè quis in his, quæ modò dicta sunt, acquiescere nolit, cōductorem adhibere custodiam, quam diligentissimus paterfamiliās adhibere solet, nō ut exigamus custodiam eam in abstractō ad summum custodiæ gradum, quam qui adhibet, is diligentissimus dici possit, sed ad diligentiam summam illius, qui conduxit, ut videlicet quam summā ipse adhibet custodiam in rebus suis, eandem adhibeat in re conducta; ut ita conductor non cōparatione cū aliis diligētib. hominibus, sed quasi secū ipso, diligentissimus esse intelligatur, si eam rei conductæ adhibeat diligentiam, quam adhibet rebus suis, quasi dicat Justin: ea in conductore requiritur diligentia qualem ipse conductor adhibet rebus suis, cūm est diligentissimus. Hoc vidētur velle verba *suis rebus adhibet*, & confirmatur per §. sicut autē is. Inst. de obl. quæ quasi ex cōtract. nasc. in quo, cūm à negociorum gestore exactissimam diligentiam in rebus alienis gerēdis Justinianus desiderasset, ne quis existimaret

id interpretandum esse eodem modo, quò hoc loco, expressè subjunxit, non sufficere talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quæ adjectio aut supervacanea est, cùm jam ante dixisset exactissimam, quod tamen verosimile non est, aut certè Justinianus eo ipso testatum facere voluit, exactissimam diligentiam quandoq; interpretari nos posse, de ea diligentia exactissima, quam quis in rebus suis adhibet, ut diligentia exactissima illa esse dicatur, quam quis rebus suis, si exactissimè diligens sit in illis administrandis, adhibet, etiamsi alius diligentiùs eas administraturus fuisset. Similis est locutio in §. item is cui. Instit. de obligat. quæ re contrah. in quo cùm affirmasset Justinianus commodatarium exactam rei diligentiam præstare juberi, (de quo tamen dubium non est, quin teneatur de culpa leuissima) mox subjecit: *nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modò alius diligentior poterat eam rem custodire*; ex quibus Justiniani verbis idem hoc apparet, esse quidem cuiusq; hominis exactam quandam diligentiam in rebus suis, ad quam tamē examinanda non

da non sint illa quæ de commodato & similibus dicuntur, cum fieri possit ut illa etiam negligentia sit, si nimirum comparetur abstractè cum diligentia illa, quam diligentissimus paterfamiliàs adhibere debet. Quam ob causam si Justinianus hoc etiam in casu existimasset non sufficere diligentiam talem, qualem quis rebus suis adhibere solet, opinor, ut ibi, ita hîc etiam ipsum hoc expressurum fuisse; certè si mens ipsius hæc fuit, omninò etiam debuit. Atq; de sensu d. §. fin. hætenus plus satis: casus alter est in d. l. si ut merces §. penult. qui est de operis, si videlicet quis operam suam offerendo eam conduci patiatur; quomodo interpretes eum paragraphum accipiunt rectè. Qui enim sese offert, is peritiam suam profitetur ita ut si quid fecerit minus peritè, eo nomine meritò etiam de levissima culpa teneri debeat, ut Wesemb. & Angel. Aretin. & ceteri in eo paragrapho rectissimè tradiderunt. In specie enim illius paragraphi, conductorem operas suas obtulisse, ostendunt verba ista, quibus dicitur, conduxisse columnam transportandam, item conduxisse dolia vel lignum transportandum, quibus significa-

tur initium contractus à cōductore factum.
 non à locatore. Quod fieri videmus non ra-
 rō in mercatibus & nūdinis, ubi sunt qui trās-
 portandis aliorum rebus operam dant, atq;
 se penumerō sua se sponte illis, qui ejusmodi
 transportatoribus & bajulis opus habēt, offe-
 runt & ingerunt. Ut autem is qui sese offert
 in plus teneatur quàm is qui sese non offert,
 omnibus cōtractibus cōmune est. Quod ad
 tertiū textum d. l. in judicio attinet, est ille
 paulò difficilior; sed observandum est, in
 constitutionibus à Justiniano in Codicem
 suum relatis haud rarō fieri, ut Imperatores
 ad facti quæstionem ipsis propositam, quem-
 admodum illa suis terminis & circumstan-
 tiis definita est, respondeant, atq; ad eam
 hypothesein se accommodent, responsuri
 de jure multò plenius, si de eo in genere si-
 ve in thesi interrogari fuissent. Hoc autem
 cū sit, non est existimandum, ad positio-
 nem unius excludi cetera, de quibus idem
 dici posset. Jam pridem enim annotatum
 est, argumentum à contrario sensu tūm de-
 mūm procedere, si contrarium non sit ju-
 ris dispositioni ejusvé rationi, ut multis præ-
 ter alios probavit Nicolaus Everhardus in
 loco

loco legali, A contrario sensu nu. 8. & seq. Quam ob causam Impp. de dolo, & de custodia & de casu fortuito consulti, de illis duntaxat responderunt; de culpa levissima respondere necesse non habuerunt, quoniam de ea fortasse interrogati non erant: adeoq; ut de culpa levissima, vel de diligentia, quæ illi opponitur, nihil affirmarunt, ita nec negasse illos de ista quippiam invenio. Ut igitur ex constitutione illa probare nolim, culpam levissimam non præstari, ita vicissim non admiserim, si quis ex ea culpam levissimam præstandam esse probari dixerit. Quòd si nunc aliquis instet, venire in iudicio tam locati quàm conducti custodiam; præstandam igitur esse culpam levissimam, huic responsum volo, plus isto argumento concludi, quam fuerit assumtum. Assumebatur enim *custodiam venire*, cui aliud nihil est consequens, quàm teneri conductorem de culpa levi. Nam paulò antè contestum est, custodiam culpæ levi opponi, non etiam levissimæ, huic autem opponi diligentiam: atque in diligentia plus esse, quàm sit in custodia, & à quo diligentia & culpa levissima præstanda sit,

ab eodem præstandam esse, & quidem multò magis, custodiam & culpam levem, non vicissim à quo custodia & culpa levis, ab eodem etiam protinus diligentiam & culpam levissimam. Inest enim diligentia etiam custodia, non etiam custodia diligentia, Quibus consequens est, ut, si Imperatores dixissent, in iudicio tam locati quàm conducti venire dolum & diligentiam, tum rectè inde inferretur, culpam etiam levissimam venire; quæ si mens ipsorum fuisset, tam fuisset facile dicere *diligentiam*, quàm dicere *custodiam*, & sanè ita omninò dicere debuissent, ut omnia illa complexi fuissent, siquidem diligentiam dicendo dixissent utiq; etiam, etsi verbis non expressis, tamen per interpretationem ipsamq; rei naturam & vocum proprietatem, etiam custodiam. Custodiam autem velle interpretari diligentiam Jurisconsulti non admittunt, ut abunde ex his, quæ supra dicta sunt, constare potest. Quæ cum ita se habeant, nihil video, quid obstet, quò minus dicamus verissimam esse communem illam Doctorum opinionem, qua asseritur, Regulariter à conductore custodiam quidem præstari, sed non diligenter

gentiam ex natura contractus, hoc est præstari dolum, culpam latam & leuem, non præstari culpam levissimam & casum fortuitum. Sed veritas, quæ fecit, ut in contractu locationis conductionis communem illam sententiam defenderim, facit ut in contractu quasi negotiorum gestorum in questione culpæ levissimæ præstandæ vel non præstandæ à communi Doctorum opinione recedam. Communiter receptum est, negotiorum gestorem ex natura contractus illius teneri de dolo, culpa lata & levi; non etiam de levissima, nisi ex conventionem, & nisi alius quis sese ad gerendum obtulisset, atque adeò ipse culpa ista vacare potuisset, ut tradunt gl. & Dd. in §. 1. Institut. de obligat. quæ quasi ex contractu, per l. si negotia II. D. de negot. gest. & l. si pupilli 6. §. fin. D. eod. & l. tutori, C. eod. Et sanè quin negotiorum gestor de dolo, culpa lata & levi teneatur, nullum est dubium: sed ut de culpa levissima ex natura hujus contractus, non nisi prædicto casu, teneatur, mihi nondum satis constat; tamen ut de levissima etiam culpa teneatur, mihi videatur esse verius. Primùm enim video Justinianum in d. §.

I. disertis verbis ita scribere: *Sicut autem is, qui utiliter gessit negocia, dominum habet obligatum negociorum gestorum, ita & contra iste quoque tenetur, ut administrationis reddat rationem; quo casu ad exactissimam* **QUISQUE** *diligentiam compellitur reddere rationem: & ne quis superesset scrupulus utrū exactissima illa diligentia accipienda esset de ea, quam conductor, cū ipse est diligentissimus, rebus suis adhibet, ut eam accipi in dict. §. fin. Institut. de locat. supra dictum est, mox subjicit: *nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet; si modò alius diligentior, eo commodius administraturus esset negocia.* Unde colligo, voluisse Justinianum regulam proponere, satisq; ipsi fuisse vel solius diligentiae & illius quidem exactissimae mentionem facere, cui culpa levissima opponeretur, quasi cū hæc præstanda sit, multò magis præstanda sit dolus, culpa lata & levis. Ad hoc autem ut intelligeretur culpā levissimam præstandam esse, sufficiebat vel diligentiae absolutè sine adjectione ulla mentionem factam, ut eò minus dubium esse debeat, quin culpam levissimam præstari voluerit Justinianus, cū præ-*

præterea epitheton illud *exactissimam* addiderit, & præterea pluribus verbis istam mox interpretatus fuerit. Accedit, quod Justinianus dicit, *QUIS QUE compellitur*, quæ vox nota est regulæ, utpote sub qua non hic vel ille tantùm, sed omnis omninò negotiorum gestor contineatur. Atq; ut hoc eò magis credam, facit ipse Justinianus, cui in institutionibus siue elementis juris summa duntaxat rerû capita, & præcepta regulasq; generales exponere propositum fuit, §. his igitur. Institut. de justit. & jure; & licet interdum specialia nonnulla admisceantur atq; exceptiones; observavit tamen illud ubique accuratè, ut regulas præmitteret, & exceptiones illis subjiceret, aut certè notas aliquas exceptionibus adderet, ex quibus exceptiones illas esse intelligeretur, ut vidimus paulò antè factum esse in dict. §. final. Institut. de locat. At nec regula alia in negotiorum gestore proposita est, quàm cujus ante mētionem feci, nec ullæ notæ sunt, ex quibus colligi possit à Justiniano exceptionem ibi fuisse propositam. Interpretari autem exactissimā diligētiam *exactam*, verèor ut nimis sit diuinatoriū, & natura ipsa

ut Grammaticam taceam, id non patiatur, ut ex his quæ paulò antè dicta sunt, constare potest manifestius. Si quæras, utrum negotiorum gestor regulariter teneatur præstare diligentiam exactissimam, respondebunt interpretes, ad exactam teneri ipsum, non ad exactissimam; at Justinianus ad exactissimam etiam ipsum teneri claris verbis decidit. Dicere autem exactam illam esse interpretandam, præterquam quod verosimile non est, eam fuisse Justiniani mentem, qui eodem labore & quidem facilius scribere potuisset *exactam*, quo scripsit *exactissimam*, nimis, ut dixi, est diuinatoriū. Sane non nego ab eo, qui exactissimam debet diligentiam, desiderari etiam exactam; sed ut de eo qui exactam debet, dici possit, quod debeat exactissimam pernego. Semper enim inest positivus superlativo, non vicissim; semperq; manet illud, si exacta tantum debeat, negari id quod Justinianus dicit deberi exactissimam. At exactissima debetur; non igitur exacta tantum, atq; adeò exactissimam interpretari non debemus exactam, quasi exacta illa ita debeat, ut non simul etiam debeat exactissima. Quinimò si

imò si *exactam* Justinianus scripsisset, *exactissimam* tamen intelligendam esse ipse Justinianus in supradictis verbis, *nec sufficit eadem diligentiam* &c. satis declarat, tantum abest, ut cum *exactissimam* scripserit ea ad *exactam* restringi debeat aut possit. Quod mihi nunc quidem tantò est verosimilius, quòd videam Eguinar. Baronem Jurisconsultum doctissimum in §. fin. Instit. de locat. interpretatum esse vocem *exactam*, quam Justinianus à commodatario præstandam esse scripsit in d. §. item is cui, *exactissimam*, ex eo, quòd Justin. ibidem subjiciat, *si modo alius diligentior*. Verba Baronis sunt hæc: *Nam licet exactam dixerit, ita tamen post declarat, ut constet exactissimam intellexisse: si modo inquit, alius diligentior, &c.* Secundò, negotiorum gestorem teneri etiam de culpa leuissima, videtur textus esse expressus in l. si mater C. de usur. ubi rescripsit Philippus Imp. matrè, quæ negocia filii gessisset **OMNEM DILIGENTIAM** præstare debere; non igitur custodiam tantum, (tametsi si & hanc dixisset, imò si simpliciter diligentiam, intelligenda esset nihilominus culpa etiam leuissima) sed, ut Justinianus dicebat in d. §.

t. exactissimam, adeoq; culpam non leuē duntaxat, sed & leuissimam. Si enim negotiorum gestor tenetur ad diligentiam quod constare video omnibus; si ad diligentiam omnem, ut loquitur Philippus Imp. si ad exactam, ut Paulus lib. 1. sentent. in princip. si ad exactissimam, ut Justinianus in d. §. 1. Insti. de oblig. quæ quasi ex contract. quidni etiam ad culpā leuissimam? præsertim cum videam nonnullos in d. l. contractus ex eo, q̄ Imp. in l. à curatore, C. mandat. à procuratore dolum & *omnem culpam* præstandam esse volunt, intulisse præstandam esse culpam non leuem tantum sed etiam leuissimam; & regula sit, eum qui dicit omnia, nihil excludere, quæ doctrinæ etiam Logico-rum est consentanea. Quod si etiam mater, si foemina ad omnem diligentiam tenetur, in quo casu loquitur Philippus Imp. quanto magis extraneus, & quanto magis masculus? In foeminis enim aliàs tantam accuratationem non desiderari, quanta esse debet in masculis, notum est; neq; tam stricta inter necessarios, maxime verò inter parentes & liberos, esse solet observatio, quanta est inter extraneos, argum. l. 3. §. interdum. D. de negociis.

negō.gest. Tertiò id ipsum etiam sensisse videtur Pomponius Juriscons. in d. l. si negocia, si, inquit, *negocia absentis & ignorantis geras, & culpam & dolum prestare debes*, ubi culpæ appellatione, non levem tantum, ut plerunque, sed levissimam etiam culpam contineri, argumento sunt verba in textu sequentiā: *sed Proculus interdum etiam casum prestare*. Ut enim sub casu culpam levissimam intelligamus, quis feret, si quidem casui opponitur culpa indistinctè, atq; ad eò nō levis tantum, sed levissima etiam? Multò minus ferendum est, si dicatur, culpæ levissimæ omninò mentionem factam non esse, ac ne implicitè quidem, ut loquuntur. Effet enim hoc contra mentem Pomponii, cui extra controversiam propositum fuit docere de negociorum gestore in genere, quid ipsi doli, culpæ & casus fortuiti nomine præstandum vel non præstandum esset. At distinctionis membrum aliquod, cujusmodi est culpa levissima, prætermittere viciosum est; quod viciū ut à Pomponio removeatur, omninò dicendum est, culpæ appellatione intelligi non levem tantum, sed etiam levissimā, atq; ad eò non minus hanc,

quàm illam à negociorum gestore præstari-
 dam esse. Apparet sanè ex l. heredes 25. §. non
 tantum. D. famil. ercisc. Jurisconsultos anti-
 quos, cùm docuerunt, dolum & culpam
 præstari, appellatione culpæ non levem tan-
 tum sed levissimam etiam intellexisse, nisi
 circumstantiæ aliud postularent. Nisi enim
 hoc ita esset, quid opus fuisset Paulo in d. §.
 non tantum, posteaquam dixisset, cohere-
 dem, non dolum tantum sed etiam culpam
 præstare debere, ut subjecisset, non tamen
 diligentiam eum præstare debere, qualem
 diligens paterfamiliás, id est, non culpam
 levissimam? Nam exceptio non fit nisi à re-
 gula, atq; adeò cùm ibi fiat à culpa, culpæ ap-
 pellatione levissimam etiam intelligi ma-
 nifestò inde apparet. Neq; verò est legum in
 Digestis positarum ratio eadem, quæ Con-
 stitutionum in Codice. Sunt enim in Dige-
 stis jura tractata plenius, & ut ita dicam, in
 thesi vel in abstracto, sine ulla facti alicujus
 propositi circumstantiis suis facta determi-
 natione, ut si quæ omittantur ad rem perti-
 nentia, ea omittantur viciosè; in Codice au-
 tem concisus, & ut ita dicam, in hypothesi
 vel in concreto, juribus generalibus ad spe-
 ciale

Etiale factum accommodatis, atq; accom-
 modatis illis non omnimodò, sed prout fa-
 cti propositi circumstantiæ id postulabant
 definitè, ut si quid dicatur aut respondeatur
 extra factum, plus dictum aut responsum
 esse videatur, quàm dici aut responderi de-
 buerit. Quartò idem confirmatur ratione,
 quæ desumitur ex l. in re mandata, C. man-
 dati. Ibi enim Constantinus Imp. sic scri-
 bit: *Aliena negotia exacto officio geruntur; nec
 quidquam in eorum administratione neglectū
 ac declinatum culpa vacuum est.* Assumemus:
 At negotiorum gestor aliena negotia gerit;
 quæ assumptio certissima est. Sequitur igitur
 ut exacto officio illa gerere debeat, nec si
 quidquam in eorum gestione neglexerit ac
 declinaverit, culpa vacuum sit. Atqui debet
 illa gerere officio ita exacto, ut etiam exactis-
 simo, sicut rectissimè interpretatur Petr. Fa-
 ber in d. l. contractus. Ut ita hoc interprete-
 mur, suadet primùm oppositio à Constans-
 tino Imp. in constitutione illa facta, inter
 eum qui sua propria gerit negotia, & eum
 qui negotia gerit aliena. Nam ut quisq; rei
 suæ arbiter & moderator negotia sua ex pro-
 prio gerit animo, hoc est; prout placuerit
 Y ipsi,

ipsi, etiam dissolutissimè & negligentissimè in illis versando; ita gerens negocia aliena nō ex animo proprio illa geret, sed exactissimè & diligētissimè. Quò pertinet, quod scribit Cicero in ea pro Roscio Amerino, *In privatis rebus*, inquit. *si qui rem mandatam, non modò malitiosius gesserit, seu questus aut cōmodi causa, verum etiam negligentius, is admittit summum dedecus. Quid enim recipis mandatum, si aut ad tuum commodum conversurus, aut neglecturus es? cur mihi te offers, ac meis cōmodis officio simulato officis & obstas? Recede de medio, per alium transigam, suscipis onus officii, quod te putas sustinere posse.* Deinde suadet idē vox, **QUID QUAM**; quicquid enim neglectum fuerit aut declinatum culpa vacuum non est, ita nimirum ut si neglectum aut declinatum quid fuerit, quomodo-
 docunq; etiam illud fiat id præstandum sit; id autem fit culpa non minus levissima, quā levi. Et verò est ratio illa non propria mandatarii, sed omni alieni negotii gestori communis, sive mandato illud gerat sive sine mandato; imò verò si locum illa habet, ut habet, in mandatario, qui ad gestionem accedit, præcedente negotii domini rogatione

tionē atq; mandato, multò magis locū habebit in negociorum gestore, qui sponte sua non etiam rogatus ad negocia gerenda accessit, & se illis obtulit, atq; offerendo industriam suam in gerendo siue administrando professus est. Quintò in hoc contractu negociorum gestorū culpam levissimam etiam præstari, ex illo mihi rectè colligere videor, quod Interpretes nostri in d. §. si. Institut. de locat. pro regula statuūt quod quotiescunq; quis sese gestioni siue administrationi offert, toties ille culpam levissimam præstare teneatur. At verò negociorum gestor gestioni siue administrationi negociorum semper se offert, quoniam certissima est hujus contractus natura, quòd negocia aliena gerens spontè non rogatus ad ea gerenda accedat, atque adeò semper sese offerat. In arbitrio enim ipsius est ab initio negociorum gestionem suscipere; susceptam autem pro arbitrio suo negligenter administrare, liberum ipsi non est. Nisi enim ipse suscepisset, alius fortasse ipso diligentior in sese recepisset; culpamque suam agnoscat, cur se rei ad sese non pertinenti temerè immiscuerit, per l. culpa est, 36. Digest.

de regul. jur. Nam potest negligenti gestori idem dici, quod mandatario negligenti dici posse ex Cicerone supra meminimus: *Quid recipis gestionem, si aut ad tuum commodum conversurus, aut neglecturus es? cur mihi te offers, ac meis commodis officio simulato officis & obstas? Recede de medio; per alium transigam; suscipis onus officii, quod te putas sustinere posse.* Quid ni enim negociorum gestori, & quidem multò meliori jure hoc ita dici possit, quàm mandatario, cùm mandanti imputari possit, quòd elegerit hominem negligentem, cui sua negocia mandarit, maximè cùm sciret; imò verò etsi talem esse ignoraret, quoniam de conditione ipsius prius, quàm ipsi mandaret, inquirere debuisset: in eo autem cujus absentis vel ignorantis negocia geruntur, ejusmodi culpa nulla sit, ut quid tale imputari ipsi possit. Accedit hisce autoritas excellentissimi hujus ætatis Jurisconsulti Cujacii in notis ad lib. 1. sentent. Pauli 4. in princip. Non obstat l. tutori C. de negoc. gest. ex qua culpa leuissima non videtur prestanda esse, cùm Imperatores in illa doli tantùm, culpæ latæ & leuis mentionem faciant. Jam supra enim dictum est,

in Con-

In Constitutionibus Imperatorum in Codicem relatis non proponi juris regulas, ut in Digestis & in Institutionibus, nisi evidenter appareat ex circumstantiis regulas proponi; sed rescribere Imperatores ut plurimum ad casus certos, siue, ut loquuntur, facti species certis circumstantiis limitatas, de quibus amplius, quàm quod ipsis fuit propositum, definire opus non fuerit; Quod idem in d. l. tutori accidisse, ut de culpa levissima quæstio nulla fuerit, atq; adeò nec decisio subsequuta fuerit, affirmare, nihil video quod impediatur. Argumentari autem ex Imperatorum constitutionibus à contrario sensu, item ab inclusione unius ad exclusionem alterius, & è contrario ab exclusione unius ad inclusionem alterius, valde est periculosum, & nescio an non, si id concedatur, parum absit, quò minus certissimæ atq; extra omnem controversiam positæ juris nostri regulæ pleræq; subvertantur. Quòd si sunt, quibus hæc conciliatio displicet, liceat mihi sanè idem, quod illi sibi ex d. l. tutori, probare licere putant, culpam levissimam à negotiorum gestore non præstari, contrarium ejus ex l. negotium gerentes C. cod.

quæ una interjecta mox d. l. tutori sequitur, corundemq; est Imperatorum, probare, & quidem ratione eadem culpam leuissimam præstandam esse. Argumentum illorum est huiusmodi: Is qui ultró negocia administravit (hic autem est negociorum gestor) non tantum dolum & latam culpam, sed & culpam leuē præstare necesse habet. Non igitur culpam leuissimam, non casum fortuitum. De casu fortuito assentior, quoniam & leges disertè de casu fortuito hoc exprimunt, & ratio contractuū omnium suadet: sed per d. l. tutori, hoc probari, nego: aut si probari hoc inde omninó contendūt, quia Imp. ibidē non dicant, casum fortuitum præstari, concedant mihi & hoc ex d. l. negociū præstari culpā leuissimam præstandam esse, ex ratione eadē, quoniā in ea de casu fortuito duntaxat, non etiā de leuissima culpa dicatur, quòd negocium gerentes casum fortuitū præstare non cōpellantur. Quod si non concesserint, animaduertant tandē, nec illud, quod ipsi sibi assumunt, concedi posse. Non etiam obstat, quod Papinian. in l. fidej. 32. D. de neg. gest. dicit, in actione negociorū gestorū culpā æstimari satis esse, nō etiā casum. Nā si ita stri-
ctè vox

Etè vox culpæ eo loco accipiatur, ne dolus quidē præstabitur, aut si dolus ea cōtinetur, quod impedit, quò minus culpa etiā leuissima illa contineatur, quā non minus atq; dolū, etiā si non tantā, culpā esse ipsa culpæ levissimę appellatio satis arguit? aut si culpę appellatione culpa leuissima cōtineri nō debuit, quid est cur Papinian. non æquè culpā levissimā, atq; casum exceperit, cū de illa major, de hoc minus dubitari potuisset? Est quidē culpa leuissima casui fortuito vicina, sed est illa culpæ multó vicinior, ex quo etiam culpa, quamuis non lata nec levis, dicitur. Scio culpam absolutè positam significare culpam levem, sed id non esse perpetuum, supra monui. Suadet enim interdum oppositio quæ fit inter culpā & casum fortuitum, ut culpam interpretemur culpam omnem, quæ & dolus sit, & culpa lata, & culpa levis, & culpa levissima, ut in d. l. fidejussor, & in l. si procuratorem §. 5. proinde si sibi, D. mād. interdum etiam idē suadet subjecta materia, de qua agitur mentione culpæ in illa facta, quemadmodum circa contractus mandati causam notavit Petr. Faber in d. l. contractus, quod nimirum in illo appellatione

Y 4

culpæ,

culpæ, non levis tantùm, quæ propriè culpæ dicatur, sed levissima etiam comprehendatur, ubicunq; absolutè culpæ mentio fiat, ut in l. etiam si C. mandat. d. l. si procuratorem 8. §. proinde si tibi. l. idemq; 10. l. inter causas 26. §. sed cum servus, C. cod. Objicitur etiam l. si pupilli 6. §. fin. D. de negot. gest. in qua Julianus Jurisconf. disputat, si is qui negotiorum administrationem susceperat, quædam duntaxat gerat, quædam omittat, atq; alius, qui non illa tantùm sed hæc etiam gesturus erat, propterea non gessit, quod alium administrationem eorum suscepisse videbat, an, inquam, is negotiorum quorundam gestor teneatur, ob id quòd quædam non gessit, ex quo damnum fortasse sensit negotiorum dominus. Respōdet Julianus verius esse, ut teneatur. De culpa levissima ut nō affirmat, ita nec negat, ipsum teneri. Est sanè eo casu negotiorum gestoris culpa non levissima tantùm, sed levis etiam, in eo, quòd se alterius negocia gerere simulat, neq; tamen illa gerit omnia. Simulasse enim gestorem, quis non videt? Nam propterea alter ille, quòd existimaret negocia omnia ab isto geri, gestionem non suscipiebat,

bat, quod ut existimaverit, necesse non est, manifestum fuisse, quod non gesserit, sed pro eo habitum fuisse, qui gereret. Est quidem ratio illa Bartoli, aliorumq; Interpretum, cur negociorum gestor ex contractus natura de culpa levissima teneri non debeat, valde speciosa. Quod si enim de levissima culpa se teneri quis sciverit, si ad negociorum gestionem accesserit, equis erit, qui hoc facturus sit? qua ratione non solum maximæ sepè absentium commoditates intervertentur, sed negocia etiam indefensa relinquentur. Sed est in conjecturis illa ratio magis posita, quam in jure; & verò non est verosimile, eum cujus negocia gesta sunt ab amico, de culpa levissima, si præsertim cetera utiliter gesta sint, adversus negociorum gestorem facile acturum esse, & quamvis de jure actio eo nomine competat, æquitas tamen fortasse eam esset inhibitura arg. l. 3. §. interdum D. de negot. gest. Esset enim illud hominis ingrati, & profectò non admodum humani. Jura autem certis rationibus constituta, ex ejusmodi dubiis eventibus æstimare, aut ad illos accommodare, legislatoris non est prudentis nec sapientis. Multò

speciosius illud est, quod contractuum natura in genere ita definita est, ut is, cuius nulla utilitas in contractu versatur, dolum præstet duntaxat & latam culpam: si utriusq;, dolum & culpam: si alterutrius, is etiam levissimam. Sed ita negotiorum gestor nihil nisi dolum & culpam latam præstabit, neq; præter illa quidquam aliud mandatarius, si in rem suam procurator non sit; quæ manifestò falsa sunt. Repetendum autem hîc est illud ex superioribus, quòd is qui mandatum suscipit, & multò magis, qui ad negotiorum gestionem accedit, sese offerat, atq; offerèdo industriam suam profiteatur; quã cùm non habet, imputet sibi cur accesserit, cur susceperit, cur inde ab initio negocia non intermiserit; aut certè si habet, multò magis imputet sibi, cur eam non fideliter adhibuerit, aut si adhibere noluit, cur non inde ab initio administrationem omiserit, aliumq; diligentiorè ad eam admiserit.

Quid enim recipis, inquit Cicero, mandatum, adde negotiorum gestionem, si aut ad tuum commodum conversurus, aut neglecturus es? cur mihi te offers, ac meis commodis officio simulato, officis & obstas? Recede de medio,

medio, per alium transigam, suscipis onus officii, quod te putas sustinere posse. De tutore idem scribit Harmenopulus, quem refutavit Petr. Faber in d. l. contractus, quæ de re dicitur loco commodiore.

De obligatione minorum sui juris.

CAPUT XVI.

DE minorum sui iuris obligatione hoc capite nonnulla attingere mihi visum est. Quæstio autem de illa apud Jurisconsultos duplex est: prior de minoribus impuberibus, posterior de minoribus ita dictis specialiter. Etsi enim ætas in genere minor illa sit & dicatur, quæ est inde ab initio usq; ad annum vigesimum quintum, atq; inde non minus impuberes, quàm puberes minores dicantur, ut apparet ex l. 2. D. qui petant tutor. l. fin. C. si major fact. alien. in specie tamen distinguitur, ut alia prima sit, alia secunda, per leg. final. §. ubi autem, & §. sin autem, Cod. de bon. quæ liber. l. fancimus in curat. C. de episcop. audien. Novel. LXXII. & CLV. de quibus illa continetur annis à primo ortu maris, quatuordecim; à primo ortu sceminæ, duodecim, §. 1. Institution. quibus modis tutel. finit.

I. à qua ætate, **D.** qui testament. fac. poss. **I.**
fin. C. quand. tutor. esse desin. intra quam æ-
 tatem qui est, infinitis propemodum juris
 nostri locis impubes dicitur: hæc verò est ab
 ætate prima completa tam in foemina quã
 in mare ad annum usq; **XXV.** ex qua, qui
 impubes ante erat, fit pubes, qui & adoles-
 cens dicitur, ut plurimum verò **Minor**, atq;
 hic quidem specialius. Est verò quæstio illa
 secundum ætatem istam distinctam, ita di-
 stincta, quoniam de obligandis minoribus
 impuberibus & minoribus puberibus idem
 jus non est. Nam ut natura illos distinxit æ-
 tate, cui postea leges certam formam dede-
 runt, ita jus distinxit eosdem potestate, ut illi
 quidem sub tutoribus essent aut certè esse
 deberent, hi verò sub curatoribus, quamvis
 hoc non ita necessariò; quin etiam effectu
 eosdem distinxit, siquidem plurima à mi-
 noribus puberibus solis rectè fiant, quæ à
 minoribus impuberibus solis omninò fie-
 ri nequeant. Sanè, quod ad præsentis quæ-
 stionis disceptationem attinet, in eo utrisq;
 convenit, quod obligando sibi alios condi-
 tionem suam possint reddere meliorem et-
 iam sine tutorum autoritate, aut consensu
 cura-

curatorum; siue habeant illos, siue non habeant: idq; extra controversiam est, in contractibus ex quibus obligant ipsi sibi alios sine ullo alio suo facto, non autem sese aliis per regulam, qua placuit, licere pupillis meliorem suam conditionem facere etiam sine tutorum autoritate, quæ refertur in princip. Institut. de autorit. tutor. l. contra jûris, 28. D. de pact. atq; adeò multò magis minoribus sine consensu curatorum. Quin & illud extra controversiam est, obligationibus hereditariis utrosq; non minus teneri, atq; tenentur hi quibus successerunt & à quibus causam suâ habent, etiamsi obligatio è re & commodo ipsorum non sit, §. non autem omnes. Instit. de perpet. & temporal. action. l. ex contractu, 49. D. de oblig. & act. cum similibus, atq; ubi ex re venit actio, utrosq; etiam sine tutoris autoritate vel sine curatore obligari, etiamsi obligatio ab ipsis incipiat, nec sit ipsis omninò commoda. l. furiosus 46. D. de obligat. & act. l. heredes, 25. §. non tantùm. D. famil. ercis. l. si mancipiis 17. §. si impubes, D. de institor. act. l. si quis, 29. D. commun. divid. l. 3. §. etsi furiosi. D. de negot. gest. Atq; ne de hoc quidem dubitatur,

quin minores illi obligentur, si contractus autoritate tutorum interveniente vel cum consensu curatorum ineantur; l. in negociis 5. D. de regul. jur. Verùm de illo omnis est quæstio atq; disputatio, An minores impuberes vel puberes ex contractibus suis à se sine autoritate tutorum, vel curatorum consensu, suo consensu initis & celebratis, obligentur; quæ quæstio in duas alias, ut dixi, discedit, quoniam in hac idem de utrisq; jus non est. Hæc autem disputatio, quò rectius intelligatur, de obligatione ejusq; natura quædam præmittenda esse putavi. Res verò ita se habet; ut Jurisconsulti tria universi juris subiecta cōstituerint, ad quæ omnia, quæ de jure dicerentur, seu dici possent, tanq̃ ad summa sua principia referrentur, nimirum, Personas, (quas tamen generaliori vocabulo Homines dici malim) Res, & actiones, quæ eadem generalius etiam judicia, quorum pars sunt actiones, l. 1. D. de statu homin. §. fin. Instit. de jure natur. gent. & civil. secundum quæ tria Justinianum institutionum suarum juris methodū conformasse, ipsa librorum & titulorū dispositio atq; series demonstrat, quod pleriq; ita factū esse scribunt,

bunt, ut lib. 1. tractatū sit de personis, earundemq; jure; lib. 2. 3. & bona parte 4. de jure rerum; & demū de actionibus à titulo sexto libri quarti usq; ad finem. Et certè hæc eadē videtur mēs & animus fuisse Justiniani, idq; cōmentatores pleriq; omnes sequuntur. Accursius tamen in d. §. fin. eumq; secuti quidam alii in princip. Instit. de obligation. obligationum doctrinā nō ad res, ut illi, sed ad actiones retulerunt, quia obligatio gignat actionem, ejusq; habeatur quasi mater, l. licet 42. §. ea obligatio. D. de procur. Probo Accursiū, quòd de obligationibus doctrinam à rebus separaverit; quòd eam ad doctrinā de actionibus retulerit, improbo, quia non illa sola actiones gignit, sed actiones tantū personales, atq; ne has quidē omnes, sed illas tantū, quæ ex contractu sunt vel ex delicto; actiones autē reales ex possessione sunt & ex dominio; ut ex hac ratione Accursii omnia omninò q̄ de jure dicuntur, ad actiones referenda essent, quoniā quæ de personis & de rebus in jure docentur, omnia eò p̄tinēt, ut actionū naturam, & quatenus illæ ex jure personarum & jure rerū proficiantur, atq; adeò per illas, cuique suam tribuatur, intelligi possit.

Interpretibus autem illis, qui doctrinam de obligationibus, ad doctrinam rerum retulerunt, ut olim, ita ne nunc quidem assentiri possum; quod supra etiam cap. IV. me attingisse memini. Obligatione enim nullum jus homini sive personæ in re constituitur, sicut fit dominio; sed omne illud jus quod ex obligatione proficiscitur; etsi id fiat contemplatione rerum, inhæret duntaxat personis, ut non res rei vel res personæ exinde obligari dicatur, sed personæ persona, sive res in contractu quamprimùm interveniat, ut sit in obligationibus, quæ re contrahuntur, sive non interveniant, ut in obligatione literarum, in stipulationibus, & iis, quæ consensu fiunt, potissimùm verò in his, quæ ex delictis originem habent; utpote in quibus plerunq; ne rei quidem ulla fiat mentio. Ita obligatio sine re esse potest, dominium sine re nunquam; atq; hoc quidem est jus quod persona habet, sed non in personam, sed in rem semper, illa autem ita jus est personæ, ut in rem sit nūquam, semper sit in personam. Utrum autem ad jura personarum aut ad jura rerum quid pertineat, id non ex eo qui jus illud habet, sed ex eo, in quod jus habetur

tur æstimādum est, ut si jus habeatur in personam, jus sit personæ; si in rem, jus sit rei: Alioquin enim, cūm jura nemo habeat, nisi persona, jura omnia personarum esse dicendum esset, ex quo magna principiorum juris sequeretur confusio, quam non evitabimus, nisi hæc, ut dixi, ita distinguantur. Non obstat obligationes in numerum rerum referri à Justiniano in tit. Instit. de reb. corpor. & incorpor. Nihil enim est, quod generalissima illa rerum significatione comprehendendi non possit, quomodo actiones etiam res sunt, neq; tamen quisquam dixerit, doctrinam de actionibus, ad eam quæ est de rebus pertinere. Nec sequitur, ut si quid res est & dicitur, id protinus sit etiam & dicatur jus rei. Dices, si obligatio nec ad res, nec ad actiones pertineat, relinqui igitur, ut pertineat ad personas, earumq; jus. Ita sanè est. Hoc enim omninò requirit natura & proprietas obligationum, qua *PERSONAE* ligantur ad solvendum, non *RES*. Quod ipsum etiam confirmat definitio obligationis à Justiniano proposita, in princ. Inst. de obligation. qua dicitur esse juris vinculum, quo necessitate *ASTRINGIMUR* ali-

Z cujus

cujus rei soluendæ &c. Idem effectus obligationis arguit duplex, unus, quòd per obligationē hic constituitur creditor, ille debitor, at non res, sed personæ sunt, quæ credūt & debent: alter, quòd ex obligatione actio oritur psonalis, non ut ex dominio realis. Nec dubium mihi est, quin Jurisconsulti, si obligationes ad jus rerum retulissent, ex iisdem actiones reales concessuri fuissent, ut è contrario statuendum sit, cùm & natura obligationū hoc desideret, & Jurisconsulti disertè ad unū omnes scripserint, ex obligationibus oriri actiones psonales, omninò antiquos in illa fuisse sentētia obligationē jus esse psonarū non rerum. Nec ut aliud sentirēt, movere debuit interpretes methodus Justinianea in compositione Institutionum adhibita. Etsi enim methodus in Institutionibus multò sit accuratior, quā in ullo alio juris Justiniani volumine, sunt tamen in iisdem loci non pauci, in quibus meritò desiderari possit melior, ut ob solā doctrinæ obligationū collocationem ipsi à ratione juris certissima discedere nō debuerint. Effet sanè hīc arguēda non levis Triboniani negligentia, si id quod ad doctrinam de personis perti-

pertinebat, retulisset ad doctrinā de rebus; sed cū aliam mihi rationem collocationis illius habuisse videatur, ut doctrinæ obligationum doctrinam rerum præmitteret, nimirum, quòd in obligationibus occurrerent non pauca, quæ cognitionem rerum præsupponerent, arguenda potius est interpretum negligentia, quòd rationem illam methodi Justinianæ non attenderint, intraq; suos limites coercuerint, quò minus præter & contra mentem Triboniani quid aliud inde extrueretur, vel si attenderunt vituperanda ipsorum oscitantia, quòd veram collocationis causam prætermiserint, falsam posuerint, cōmittendo paralogismum, ut vulgò vocant, non causæ ut causæ. Hæc continuationis doctrinæ de obligationibus in Institutionibus ratio, meo quidem iudicio, est verissima, qua & Tribonianus à nota negligentia, (in qua ipsi impingenda sunt nonnulli nimis faciles) vindicatur, & principia fundamentaq; juris facta tecta custodiuntur. Sit igitur hoc ita loco primo nobis positum, obligationem jus esse personæ, nō rei, quod cū sine ullo interprete à me affirmari hæctenus crediderim, cōmmodè hisce

Z 2 diebus

diebus dum essem totus in edendis his disceptationibus, accidit, ut inciderem in tractatus Petri Lorioti de arte juris, quos ad hanc usq; diem non videram, in quibus sub titulo de pactis, tractat. 17. axiom. 2. doctissimum virum jam pridem idem sensisse & docuisse reperi. Alterum deinde sit hoc, causam obligationis efficientem summam & principalem esse jus. Est autem hæc causa omnium juris effectuum communis, puta acquirendæ potestatis patriæ, constituendæ tutelæ, acquirendi dominii, actionum introducendarum, atq; in summa omnium eorum quæ de jure sunt prodita; quæ si à jure aberrant, ab eodem excludentur, ut pro nullis habeantur. Sed est quidem causa illa unica, effectus autem idem nō est, sed multiplex & varius. Quemadmodum enim natura omnium eorum, quæ fiunt & generantur, communis est, effectus autem ejus diversi sunt, & prout medium seu instrumentum adhibetur modò hunc, modò illum effectum producit: ita & jus, uniforme quidem est, sed prout ipsum aliis atq; aliis utitur instrumentis, ita interdum dat potestatem patriam, interdum constituit tutores, modò
acqui-

acquirit dominium, nōnunquam introducit obligationes, & id genus effectus producit alios. Sunt autem modi illi à Jurisconsulto accuratissimè semper distinguendi, ut sciat qui ad hos vel ad illos effectus producendos de jure comparati sint. Sicut enim naturâ non fit quidvis ex quovis, ita jure nō ex quovis modo quivis effectus promiscuè producitur. Quare rectè monent Interpretes animadvertendum esse, ne modi acquirendi dominii confundantur cum modis acquirendæ obligationis: eoq; pertinet quod docet Paulus Jurisc. li. 2. institutionum suarum, *Obligationum substantia*, inquit, *non in eo consistit*, (sicut in eo consistit substantia dominii) *ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut ALIUM NOBIS* (quæ particulæ ad confirmationem etiam ejus, quod suprâ dixi, obligationem personarum esse nō rerum, cum primis notandæ) *obstringat, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel prestandum*, l. obligationum 3. in princip. D. de obligat. & act. & quam distinctionem modorum acquirendæ obligationis à modis acquirendi dominii ibi fecit Paulus, eandem in modis acquirendi dominii

minii à modis acquirendæ obligationis fecerunt Impp. Diocletian. & Maxim. in l. traditionibus D. de pact. his verbis: *traditionibus & usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*; ubi nuda pacta rectè exponunt, nuda à traditione, vel quæ traditione destituantur, ut quæ Paulo dicebantur obligationes, eæ hoc casu Imperatoribus sint & dicantur pacta nuda. Hæc distinctio nō animadversa facile in errorem aliquem induxerit; quam tamen rem maximum habere momentum in actionibus rectè instituendis ex hoc exēplo intelligi potest. Si rem tuam abs te emerim, emtio est, & ex ea obligatio, neq; tamen propterea in me rei dominium translātū est, nisi eam rem, quam abs te emi, mihi etiā tradas. Traditio enim modus est acquirendi dominii, §. per traditionē, Inst. de rer. divis. emtio modus est acquirendæ obligationis, tot. tit. de emt. & emtio traditionē quasi p̄parat. Itaq; priori casu si res quidē emta sit, sed nondū tradita, non agā rei vindicatione, q̄ soli domino cōpetit, quia dominus nondū factus sum, quippe re mihi, ut p̄supponitur, nondū tradita, sed agā ex emto actione p̄sonali ut res mihi tradatur:

tur: posteriori autē casu, si rem ita emerim, ut etiam mihi sit tradita, postea verò rem illam amittā, actio in rem dabitur, non quòd illam emerim, sed quòd illa mihi sit tradita. Hęc distinctio in contractu mutui est manifestissima, siquidem in eo concurrat modus acquirendæ obligationis & acquirendi dominiū, ita ut unus idemq; actus utrunq; inducat, q̄ re ipsa quidē unus est, ratione verò sit distinguendus. Datio enim mutui, obligationē inducit, & simul dominium transfert, sed hoc quatenus res, quæ mutuo datur, traditur, illa, quatenus in dationem illam hic consensus, ut mutuū contrahatur, incurrit. Qui autē modi sint acquirendi dominiū, & q̄ sint modi acquirendæ obligationis, pluribus hoc loco exponere, instituti nostri ratio nō patitur. Porrò quemadmodū jus, quod causam obligationis dixi esse efficientem summam & principalem, duplex est, naturale quod & gentiū est, vel civile, ut docet Just. in Instit. sub titul. de jure natur. gent. & civil. & in §. singulorum, & in §. venditæ. Instit. de rer. divisione, ita prout obligatio causam habet jus naturale, vel jus civile, vel utrunque, ita ipsa est naturalis, vel civilis tantum,

Z 4 vel

vel ex utraq; illa mixta; quam distributio-
 nem ad *διχοτομίας* ita revoco, ut dicam, obli-
 gationem aliam esse simplicem, aliam mix-
 tam: & simplicem iterum naturalem tan-
 tum vel civilem tantum, mixtam autem quæ
 sit naturalis & civilis simul. Quæ species om-
 nes sub hac generali obligationis defini-
 tione comprehenduntur, si illa dicatur esse
 juris vinculum, quo quis astringitur ad sol-
 vendum id quod debet. Sicut enim, qui ob-
 ligatus est civiliter, astrictus est vinculo juris
 civilis, hoc est, ut civiliter solvere teneatur
 quod civiliter debet: ita vicissim in suis ter-
 minis qui naturaliter obligatus est, astrictus
 est vinculo juris naturalis, ut non minus ex
 æquitate naturali solvere teneatur, quod
 naturaliter debet, atq; ex æquitate civili te-
 netur is, qui debet civiliter. Itaq; naturalem
 obligationem non ineptè definiveris vin-
 culum juris naturalis, quo quis astringitur
 ad solvendum id, quod debet naturaliter; l.
 cum amplius 84. §. 1. D. de reg. jur. quod vin-
 culum Papinianus valde eleganter appella-
 vit *vinculum æquitatis, quo solo naturalis illa
 obligatio sustineatur*, in l. Stichum 95. §. natu-
 ralis D. de solution. sicut è contrariò obliga-
 tionem

tionem civilem tantum, vinculum juris civilis, quo quis adstringitur ad solvendum id, quod debet civiliter tantum. Civilis & naturalis simul est, quæ utroq; jure quem adstringit ad solvendum id, quod simul & naturaliter debet & civiliter. Atq; de civili tantum, vel de civili & naturali simul accipienda est illa obligationis definitio à Justiniano proposita, propter verba illa, *secundum civitatis nostræ jura*. Non assentior illis, qui obligationem naturalem improprie obligationem esse scribunt, eò quod ex ista necessitate solvendi quis non adstringatur, arg. l. in vendendis, C. de contra. emt. Etsi enim illa eisdem, quos habet obligatio civilis, effectus non habeat, in suo tamen genere non minus est obligatio, atq; civilis, siquidem naturam cujusq; rei æstimamus non tam effectib. suis quàm causis, notumq; est qualitatibus substantias rerum non immutari. Contractuum hæc est natura, ut ex his contrahentes ultrò citroq; obligentur, l. Labeo 19. D. de verb. significat. non tamen contractuum omnium, cum sint, ex quib. alteruter contrahentium duntaxat, ut mutuum, stipulatio, & quidam alii, obligetur, quos ta-

men non minus rectè dixeris contractus esse propriè atq; illos. Est quidem ita, ut obligatio naturalis ad actionem producendam efficax non sit, quoniam in terminis naturæ relicta est, l. si pupillus. 127. D. de verb. obligat. habeat tamen effectus naturales à jure ciuili approbatos aliquos, ut sit non omninò inutilis, de quibus Coraf. in l. frater à fratre 38. in prin. n. 36. D. de condiçt. indeb. Sufficit enim illa ad excipiendū. l. juris gentium 7. §. quinimò D. de pact. & ad impediendam atq; remouendam soluti veluti indebiti cōditionem, l. 3. §. fin. D. quod quisq; jur. l. fidejussor obligari 16. §. naturales. D. de fidejus. l. naturales 10. D. de oblig. & act. l. naturaliter 13. D. de condiçt. indeb. & ad cōpensationē atq; ad eò ad indebiti per errorē soluti repetitionem prodest, l. etiam 6 & l. si ambo. 10. D. de compens. Hinc naturalē obligationem non ex eo duntaxat æstimari voluerūt Jurisconsulti, si obligatio quidē sit, sed tamē non detur actio, sed ex hoc etiam, si ex obligatione illa debitū solutū sit, neq; id repeti possit; quæ duæ obligationis notæ ita simul sunt expressæ ab Ulp. in d. l. fidej. §. naturales, & à Paulo in d. l. naturales. Sanè si ex-
tra

tra Rempubl. Romanam egrediamur, non minus ad soluendū adstringit obligatio naturalis, atq; ciuilis in repub. Romana: & semper æquū est, ut, qui debet, soluat, etiā si ejus nomine jure ciuili non detur actio, qua cogi possit, ut Paulus luculenter affirmauit in d.l. cum amplius, *Is natura debet*, inquit, *quem jure gentium dare oportet*. Verbum autem *oportet* esse necessitatis docent lexicographi. Quare quòd eos, quibus natura duntaxat debetur, Ulpianus dicit non esse loco creditorum in l. creditores. 10. D. de verb. significat. id accipiendum est de jure ciuili hujusq; effectibus, quoniam crediti appellatio in jure ciuili eā tantū pecuniam demonstrat, quæ potest peti; non etiam eam, quæ petitionem quidem non habet, solutione autem facta repeti non potest, quibus verbis posterioribus describitur pecunia ex sola obligatione naturali debita, in l. si is 94. §. si. D. de solut. Neq; .n. qui creditores sunt, aut debitores, eodē modō omnes creditores sunt aut debitores, sed qualis est obligatio, talis etiam est debiti soluendi necessitas. His ita positis intelligitur, in utroq; illo disceptationis ppositæ mēbro quæstionē esse

de obligatione naturali tantùm, vel civili simpliciter aut mixtè. Nam ad hanc rem quod attinet, obligationem civilem tantùm, ab ea quæ mixta est, civilis & naturalis simul, non distinguo, sed quod de illa affirmatur aut negatur, idem de hac etiam affirmari aut negari sciendum est. Ceterùm de minore impubere, quòd civiliter non obligetur sine autoritate tutoris sui, extra controversiam est per l. obligari 9. D. de autor. tutor. Disputatur an saltem naturaliter? Sūt enim leges, quæ hoc videntur negare, l. pupillus 59. D. de obligat. & act. l. quod pupillus 41. D. de condict. indeb. quædam affirmare, l. 1. D. de novation. l. si pupillus 127. D. de verb. obligat. l. si pupillus 21. D. ad leg. Falcid. l. fin. D. de jurejur. l. in numerationibus 44. l. Stichum 95. §. naturalis. D. de solut. l. cum illud 25. §. heres. D. quand. dies legat. ced. l. si ejus 64. D. ad senatusc. Trebell. Accursius in d. l. quod pupillus distinguit inter pupillum infantem, & pupillum eum, qui pubertati est proximus, ut infans quidem naturaliter non obligetur, obligetur autem pubertati proximus; quem secutus est Bart. in d. l. 1. D. de novat. & ceteri ferè omnes.

Dec.

Dec. in l. pupillus 199. D. de regul. jur. & hanc sententiam frequentiore calculo à vetustioribus juris interpretibus cōprobatam fuisse, sibiq; videri probabiliorem scribit Jo. Rob. lib. 2. recept. lect. c. 17. & ante eum communem esse dixit Jaso. in l. interdum. n. 5. D. de cond. indeb. adducens text. l. si. D. de jure ju. & in l. ejus qui, §. quas verò. nu. 41. D. si cert. pet. eamq; tuetur Alciat. lib. 5. paradox. c. 16. in fin. Fateor magnum esse istius distinctionis in multis juris articulis usum: sed eam supra dictis legibus, quę in speciem inter se pugnare videntur accommodare, non videtur mihi magnis illis Jurisconsultorum nostrorum ingeniis satis dignū esse. Ut enim omittam illud vulgatum, ejusmodi distinctionibus utendum non esse, cū leges ipsę non distinguunt, sicut nō distinguūt, in quęstione hac proposita, quis credat, si de infante Jurisconsultis sermo fuit institutus, voluisse ipsos pupilli mentionem facere, cū æquē in proclivi esset appellatio infantis, atq; illa pupilli? Infantem si dixissent, quis dubitat posita specie, positum etiam genus? neq; tamen quod de specie una affirmatur aut negatur, idem protinus affirmabitur aut ne-

gabitur de specie altera ipsi opposita; neq; quod est speciei, universaliter generis est ita, ut speciei etiam oppositæ conveniat. De infante verò nemo dubitavit unquam, ipsum ne naturaliter quidem obligari, usq; adeò ut ne quidem accedente tutoris autoritate id fieri possit; §. pupillus Instit. de inutil. stipul. l. in negociis §. D. de regul. jur. ut Jurisconsultis in commentarios suos, & præsertim Licinio Rufino in regulas suas id referre, & Compilatoribus ex illis non semel repetere, sed bis etiam inculcare, & bis non incidenter sed ita ut peculiare inde leges factæ fuerint, ponere necesse non fuerit. Eoq; magis nunc in hisce acquiesco, quòd etiam excellentissimum Juriscōf. Donellum in d. l. si pupillus n. ii. iisdem rationibus Accursii interpretationē refutasse, posteaquam hæc ita ex ingenio scripsissem, animadverti; ex quo præterea & illud didici, quod non minus rerum, de quibus in d. l. pupillus & in d. l. quod pupillus agatur, quàm verborum conditio Accursio repugnet, quò minus eorum locorum autores de infante senserint. *Nam in priore, inquit Donellus, agitur de pupillo, qui mutuam pecuniam acceperit; quod infanti*

fanti non rectè convenit. Nemo enim facile tam stultus reperitur, qui soleas soli infanti mutuum pecuniam dare. In altero definitio est de pupillo, qui quid stipulanti promiserit; hoc verò infanti tribui non potest, quem certum est natura promittere verbis non posse, cum loqui non possit, l. 1. §. fin. Digest. de obligat. & act. Huc accedit quòd utroque in loco questio est, an pupillus sine tutoris autoritate naturaliter obligetur ex contractu. Hac questio ex sententia loquentium ad eas personas accommodanda est, in quas cadat eiusmodi dubitatio; alioqui definitio sit supervacua & inepta, proinde referenda ad pupillum, qui fari potest, & qui pubertati sit proximus, & quæ ibi sequuntur latius. Eguinario etiam Baroni conciliationem istam non placuisse apparet ex eo, quod ad leg. naturaliter 13. §. fin. Digest. de condi. inde. alia distinctione eam rem explicat, non desumpta ex persona pupilli, sed ex natura obligationis, qua fiat, ut alia sit merè naturalis, de qua intelligendæ sint leges illæ, quæ pupillum naturaliter obligari asserunt, alia ita naturalis, ut sit jurisgentium, qua pupillus non obligetur. Sed ne in obligatione

quidem naturali ejusmodi distinctionem Jurisconsulti fecerunt in prædictis legibus & aliâs in d. l. cum amplius, §. fin. expressè Paulus confundit obligationem naturalem & jurisgentium, unamq; pro alia accipit. *Is natura debet, inquires, quem jure gentium dare oportet, ubi rectè Petr. Faber, Valeant, inquit, qui separandam ab obligatione jurisgentium naturalem, sine ullo juris argumento vel autorum testimonio existimant, atq; auditoribus tradunt, quod plenius persequitur in l. jure naturæ 206. D. de regul. jur.* Vim autem Baro hac sua expositione textibus facit. Cùm enim Jurisconsultus ait pupillum non obligari naturaliter, item pupillum natura non debere, Baro exponit, natura illum debere, sed non jure gentium; quod non est interpretari, sed negare id quod Jurisconsultus affirmavit. Quod si hoc etiam dixerimus, jus naturale idem esse cum jure gentium, & vicissim, secundum §. venditæ, & §. singulorum. Instit. de rer. divis. & infinitos alios juris nostri locos, verum dixerimus, quod cujusmodi sit dicendi locus est alius. Bologninus in rub. D. si cert. petat. n. 23. solum mutui contractum excipiendum. putat, quo pupillus
 non

non obligetur naturaliter. Sed præterquam quòd cur hic potius excipiatur quàm alii rationem nullam assignat, refragatur ipsi d. l. quod pupillus, quæ loquitur de stipulatione, atq; ex hac etiam pupillum natura non debere ibi dicitur; non igitur ex solo mutuo: imò ex mutuo etiam pupillum naturaliter obligari textus sunt, qui in casu mutui loquuntur, expressi in d. l. si ejus, & in d. l. cum illud. Sunt qui putent, pupillum, si tutorem habeat, eoq; inconsulto contrahat, naturaliter non obligari, si non habeat, obligari; distinctione vana & diuinatoria, nec ullius textus verbis comprobata, neq; juris rationi consentanea, ut observavit Coras. lib. 6. Miscellan. c. 22. Nihilo tamen felicius se eodem loco inde expedit Corasius, quàm superiores. Est quidem illa, quã affert, distinctio valde subtilis, quam facit inter obligari jure naturali, & obligari naturaliter, illudq; putat esse quid amplius, quàm hoc; unde si quæretur, an pupillus naturaliter obligetur, respondendum sit, obligari, sin autem quæretur an obligetur jure naturali, respondendum sit, non obligari. Sed est illud figmentum hominis ingeniosi causas & effecta ipsa-

a rum

rum non conjungentis. Obligationem naturalem supra dixi esse ex jure naturali, ut effectus est ex causa sua efficiente, cui non video, quomodo consequens non sit, si jure naturali quis obligatur, ut non etiam obligetur naturaliter, haud secus atque is qui obligatus est civiliter, ita obligatus esse non potest, nisi obligatio illa sit à jure civili. Hoc res ipsa docet, & doctrina conjugatorum apud logicos ex postulat. Omnis qui naturaliter debet, necesse est ut debeat ex jure naturali, ex quo nisi hoc sit, naturaliter deberi ne intelligi quidem potest. Raphaël Fulgosius solertissimus aliàs antinomiarum juris conciliator, cum non videret, quid certi de hac re affirmaret, ingenuè confessus est absque manifesta violentia leges illas inter se conciliari non posse, in d. l. quod pupillus. Memnisse autem debuerat vir eruditissimus constitutionis Justinianæ præfixæ Digestis de eorum confirmatione, in qua in §. contrarium Justinianus dicit, contrarium aliquod in Digestis non inveniri, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiat, sed esse aliquod novum inventum vel occultè positum, quod dissonantiæ querelam dissolvat, & aliam natu-

naturã inducat discordiæ fines, effugientẽ. Nõ sunt artis nostræ præcepta Geometrica, quæ in tabula depingantur, & ex certitudine sua, in qua constant, confirmantur: ideoq; debet studiosi animus sepe numero acquiescere in his quæ probabilia sunt, etsi ex rationibus certis demonstrari nequeant; quod nisi fiat, multa sepe, quæ certa sunt, in jure subvertentur. Quam ad rem ingenium requiritur non sophisticum, sed candidum, non ambitiosum & rixandi cupidũ, sed modestũ, quodq; probabilibus acquiescat potius, quã ut contrarietatem legibus inducat. Sunt enim leges sine calumnia discendæ & accipiendæ. Hugo Donellus ad d. l. si pupillus n. ii. pupillum scribit obligari naturaliter, si res spectetur, non obligari, si ipsius persona. Verba ipsius hæc sunt: *Obligatur pupillus naturaliter, si res spectetur, in re enim, obligatio est ex eius consensu, qua secundum naturam rei gesta, non minus tenetur ipse, quàm eius accessiones. Dicitur idem non obligari, nec naturaliter, habita persona eius ratione, quia obligatio in persona eius est sine effectu, non propter conditionem obligationis qua aliqui verè subest, sed propter personã pupilli, cui hoc tribuitur,*

ne obligatio ei ullo modo noceat. Quæ quidem, acutissimè ita ab ingeniosissimo viro scripta sunt, sed ingenuè fateor, ut maximè verba perspicuitatem aliquam præ se ferant, nõ tamen mentem illorum satis me assequi, aut ut assequar, certè neque hæc pugnæ nostræ conciliatio satis sibi constare videbitur. Primùm enim non intelligo, quid sit obligationem in re esse, neq; tamen eam esse in persona. Nam obligationem, quæ in persona non sit, nullam agnosco, & aliquoties memini obligationem ad jus personarum referri, non ad jus rerum: si quæ verò omninò in re etiam ponenda sit, nunquam ista sola fuerit, sed præsupposuerit semper obligationem in persona, in qua illa quasi sustineatur. Obligationem esse in persona, in confesso est; obligationem in re esse, nego, atq; ut sit aliqua, nunquam tamen est sine illa. Ita si obligatio in re est ex contractu pupilli, est etiam in persona; aut si hæc non est, neq; illa fuerit. Deinde quæstio est nobis de obligatione pupilli, an nimirum ipse obligetur, necne; in re an obligatio fiat necne, nulla est disputatio. Et de pupillo respondetur in quibusdam legibus, quòd obligetur,
in aliis

in aliis quòd nō obligetur naturaliter. Nul-
 lii verò vel apex ullus est distinctionis istius
 à Donello allatæ, ut mihi quidem religio sit
 istam legibus inferre. Verum est non diffite-
 ri Donellum in persona pupilli esse obliga-
 tionem, sed esse eam respectu pupilli sine ef-
 fectu, at respectu aliorum nō esse illam sine
 effectu, cūm prosit debitori, & noceat fide-
 jussoribus ceterisq; accessionibus. Sed obli-
 gationem esse in persona pupilli, neq; tamē
 in eadem effectum habere, perinde est atq;
 si causam, ex qua necessariò effectus sequa-
 tur, ponamus sine effectu. Sanè si obligatio
 est, effectum etiam suum habet, cumq; ta-
 lem, qualis est ipsa, naturalis nimirum natu-
 ralem, & civilis civilem; atq; sicut cūm po-
 nimus pupillum obligari civiliter, cum au-
 thoritate tutoris effectus inde sequuntur ci-
 viles, ita etiam si naturaliter sine autoritate
 illa, naturales etiam poni necesse est: atque
 ita obligatio sine effectu est nunquam, aut
 si sine effectu ponatur quamprimum inde
 ab initio, ponitur id esse, quod non est, adeo-
 que quomodo illa prosit aut noceat aliis,
 non video. Debitori prodesse illam ad libe-
 randum, si concedam, dicam id exinde fie-
 ri, quod

ri, quod ad liberandum proniores sumus
quàm ad obligandum vulg. l. Arianus, D. de
obligat. & actio. ut mirum non sit actum,
qui ad obligandum est inutilis, eundem ad
liberandum utilem esse. Neq; tamen pro-
pterea necesse est, ad hoc ut liberetur debi-
tor, pupillū obligatum esse quomocūq;.
Quid enim obstat, quò minus liberatio hoc
actu inutili contingere possit, etiam si pu-
pillus nec hoc nec illo modo dicatur obli-
gari? præsertim cùm liberatio contingat, nō
quòd alius prius obligetur, eoq; obligato-
rūm alter ille liberetur, sed quòd jus ita vo-
luit liberationem contingere per actum,
qui novatio revera esset, si à persona idonea
factus fuisset, novatio autem nō est, eò quòd
factus est à pupillo, pro novatione tamē ha-
betur suppletionem juris, quippe quòd sup-
pleat id quod pupillo deest, non quidem ad
ipsum obligandum, sed ad liberandum de-
bitorem, per text. in §. præterea. Institut.
quibus modis obligat. tollat. Atque hoc
quidem extra controversiam est; illud verò
ex hoc constare potest, quòd si à jure supple-
retur defectus pupilli quod ad ipsum obli-
gandum, non jam naturaliter duntaxat,
sed

sed civiliter etiã obligaretur. Omnis nanq; obligationis ratio ex jure repetenda & æstimanda est. Imputet verò sibi creditor, qui sciebat aut saltem scire debebat conditionem pupilli, cur ejusmodi actũ cum pupillo celebraverit, per quem & pupillus non obligaretur, & debitor prior omninò liberaretur, haud secus atq; si novatio jure facta fuisset. Eadem est ratio fidejussorum acceptorũ. Non enim illis nocet obligatio pupilli, quæ sit, sed sua ipsorum. Nam prodesse illis non debet fraus sua, dum fidejussisse, in speciem tamen magis id facere voluisse videntur. Cùm enim intercederent pro pupillo, absq; dubio creditoris mens atque animus is fuit, ut cùm à pupillo debitum exigere nequeat, exigat à fidejussoribus, præsertim cùm jure veteri in arbitrio esset creditoris, utrũ debitorẽ principalem, an fidejussorem primũ conveniret. Et verò eadem fuit mens atq; animus fidejussorum, aut certè si non fuit, eũ tamen esse verbis suis, quibus statuerunt, ut fide sua juberent à pupillo mutuò acceptum. Jam dolo facerent fidejussores, qui si convenirentur, defenderent se ex p̄sona pupilli, vel ex eo, quòd pupillorũ

obligatio nulla fuisset. Imputent enim sibi cur fidejusserint; nec est, quod hoc casu creditor sibi imputet, quòd cum pupillo contraxerit, cujus conditionem sciebat aut certè scire debuerat. Nam nisi fidem suam fidejussores interposuissent, ipse crediturus non fuisset, ut ita creditor non pupilli, à quo sciebat se debiti exigendi jus nō habere, sed fidejussorū magis fidem secutus esse intelligendus sit. Quæ res facit, ut in pari quodam modo statu creditoris & fidejussorū, creditoris cōditio habeatur melior; ne creditor ex bona fide damnum sentiat, fidejussores autem dolum sive deceptionem suā impunè ferāt. Martinus unus ex antiquis juris nostri glossatoribus Alciat. in l. pacta quæ contra n. 23. C. de pact. convēt. Govean. in l. i. §. id quod D. ad leg. Falcid. Franc. Duarenus sub tit. de oblig. & act. c. 2. & ad d. l. si pupillus, ibidemq; Cujacius, quos sequitur Jul. Pacius Cent. 4. ἐναυτοφ. quæst. 10. scribūt pupillum regulariter sine autoritate tutorum nō obligari naturaliter. Rationem afferunt ætatem lubricam, & rei benè gerendæ consilii inopem, ob quam semper præsumitur, sicut non se ipsum, ita multò minus bona & negocia sua tueri

tueri & administrare posse. Hoc ita regulariter verum esse apparet ex inscriptione d. l. pupillus, quæ desumpta ex Licinii Juriscons. lib. VIII. regularum; & verò idem suadet ratio juris. Quæstio omnis de obligatione est; obligatio autem jus est personæ, & jus est personæ non tantum si jus civile respicias, verum etiam si jus naturale; & rursus utroq; illo jure æquum est, ut qui seipsum per ætatē defendere nequeunt, defendantur ab aliis: quibus consequens est, ut neutro jure illa pars defensionis sive tuitionis quæ est in obligando, sine autoritate tutoris expediri possit, aut si illa non adhibeatur, neutro jure quidquam actum esse censeatur, atq; adeò obligatio pupilli sine autoritate tutoris nec civili nec naturali jure subsistat. Quod si ita est, sequitur, ut pupillum sine tutoris autoritate ne naturaliter quidem obligari dicendum sit, secundum d. l. pupillus, & d. l. quod pupillus, in qua utraq; proponitur regula. In ceteris igitur legibus, quæ id affirmare videtur, necesse est poni exceptionem à regula ista. Hæc autem exceptio est, ut pupillus sine tutoris sui autoritate ita demum obligetur naturaliter, si ex contractu, quem iniit, ipse

factus sit locupletior, cujus exceptionis mē-
tio fit in l. pupillus 5. D. de autorit. tutor. l. 3.
D. commod. l. 3. §. 1. l. si pupilli 6. D. de neg.
gest. Locupletior autem sum demum factus
esse intelligitur, cum ex eo contractu plus habet
quam alioqui habiturus fuisset. Cur hic ca-
sus exceptus sit, rationem assignat eleganti-
ssimam Pomp. in l. nam hoc natura 14. D. de
cond. indeb. quod natura æquum sit neminem
cum alterius jactura locupletari. Ut verò hoc
natura æquum est, ita jus naturalem illam æ-
quitate approbavit, ne quis læderetur. Hinc
si jactura utriusque, de quo quæritur, versetur,
sequi solemus id quod est minimum, vulg. l.
semper in obscuris. D. de regul. jur. Exemphi
causa, Sēpronius pupillo mutuos dedit cen-
tum aureos: si Sempronius eos repetere non
possit, erit utique in damno; & vicissim si pu-
pillus imprudenter eos consumpserit, vel a-
lea commiserit, & ad restitutionem urgeretur,
æquè erit in damno, quoniã consumptione i-
sta rem suam reddidisset deteriorem, & quæ esset
restituturus, id de bonis ipsi decederet. Itaque
uterque & Sēpronius & pupillus certat de da-
mno evitãdo, in quo utriusque concursu cau-
sa pupilli est favorabilior, & jã ante sciebat,
aut

aut certè scire debebat Sēpronius conditionē pupilli, ut quodāmodo fraudulēter fecisse videatur Sempronius mutuā dādo pecuniam illi, cui sine autoritate tutoris dandā illam non esse intelligebat. Quòd si verò pupillus ex mutuatione ista locupletior factus fuerit, atq; ita pecū reddiderit conditionē suā meliorem jam favemus potius Sempronio damnum evitāti, quàm pupillo lucrum captanti, l. nō debet 41. in fi. D. de reg. ju. Abfuturū enim est Sempronio, q̄ plus aderit pupillo, sicut priori casu utriq; abfuturum est. Hoc autem casu sicut natura iniquū est pupillū cum alterius dāno locupletari, ita natura eadē æquū est, ut q̄ pupillo plus adest, id creditori restituatur; quæ æquitas obligationem inducit, sed naturalem, ut ipsa naturalis est; quæ per se ad actionē aliquam de jure civili producēdam efficax non est. Hæc obligatio cū semper fuerit naturalis, facta est postea Constitutione Divi Pii etiam civilis. Quod enim ante constitutionem D. Pii in sola naturalis æquitate erat positum, id constitutione ista, quæ pars est juris civilis approbatum & confirmatum est, ut obligatio hæc post constitutionem illam

In terminis naturalis obligationis non sub-
 stiterit, sed civilis facta fuerit. Neq; tamen
 propterea sequitur, ineptum esse respōsum,
 cūm quæritur an pupillus obligetur natura-
 liter, & respondetur non obligari, nisi factus
 sit locupletior, quia ante constitutionem D.
 Pii exceptio illa regulæ quadrabat quàm o-
 ptimè, post illam ita, ut dicamus tantum ab-
 esse ut non obligetur naturaliter, ut etiam
 obligetur, quod plus est, civiliter. Nō etiam
 probo illorum sententiam, qui existimant
 D. Pium non effecisse, ut obligatio hæc ef-
 set civilis. Ut enim disertis verbis civilem il-
 lam appellandam esse non expresserit, est ta-
 men id ipsum constitutioni consequens, ut-
 pote quæ juris civilis pars est, nec ullū alium
 præterquam civilem effectum & nomē ha-
 bere potest. Appellatur quidem illa etiam
 naturalis in l. 3. in princ. D. commod.
 sed viciosa est illatio, naturalem dici, esse igitur
 naturalem tantum, non etiam civilem.
 Inclusio enim unius non est exclusio alteri-
 us, si utrunq; inter se sit, ut vulgò loquūtur,
 cōpatibile. Nam ita nec obligationes, quæ
 sunt ex contractibus juris gentium, civiles
 fuerint, siquidem interdū illæ etiam dicun-
 tur ef-

tur esse juris gentium sive naturales. Cùm igitur ante D. Pium ex obligatione ista nulla daretur actio, D. Pius fecit, ut actio etiam ex illa daretur, quæ appellatur actio utilis, l. 3. §. pupillus D. de negot. gest. ut mihi verissima esse videatur emendatio l. cum illud 25. §. heres D. quand. dies leg. ced. qua particula *NEC*, quæ circumscripta reperitur in pandectis Florentinis, tollatur, quam post alios observavit Cujac. lib. XVII. observat. cap. IV. & novissimè Jul. Pacius d. quæst. 10. cæt. 4. Convenitur autem pupillus in tantum, quantò factus est locupletior; quod supradictæ juris hujus rationi est consequens, tametsi contrarium affirmari videatur in l. Stichum 95. §. aditio, D. de solut. in qua creditor, qui sine autoritate tutoris pupillo credidit, & postea heres pupilli extitit, solidum retinet, quod alioqui non nisi quantò factus est locupletior, retinere deberet ex his quæ paulò antè dicta sunt. Sed animadvertendum est multa retineri posse, quæ acquiri nequeunt; atq; ita facilius in proposita specie creditor retinet, id quod jam habet, quã ut consequatur, quod non habet. Quod si creditor hereditatem non adiisset, non

plus, quàm quo pupillus ex mutuidatione factus erat locupletior, actione cōsecuturus fuisset; cùm autem hereditatem adiisse præsupponatur, atq; ita solidum teneat, cur non etiam solidū retineat? Atq; hoc ex ipsis Papiniani verbis in illa lege satis manifestum est, eo quòd verba *CONSEQUENDI & RETINENDI* inter sese opponit. Qua de re plura dici possent, sed studiosè nunc illa aliò rejicio. Haud levior est de his qui propriè & in specie in jure nostro Minores dicuntur disceptatio: An sine curatoribus obligari possint. Disceptationem illam fecit l. puberes 101. D. de verb. obligat. & l. si curatorem, C. de in integ. rest. minor. Illa enim indistinctè puberes ex stipulatu obligari sine curatoribus suis affirmat; sed hæc distinguere videtur, ut si curatorē habentes contrahāt, contractus ipso jure nullus sit; si non habeāt, ipso quidē jure valeat, sed rescindatur per restitutionē in integrum: in qua tamē distinctione & illud viciū esse videtur, ut quod affirmavit Modestinus, idē negetur ab Imperatoribus. Ait enim Modestinus minores obligari sine curatoribus; Imperatores dicunt contractū servari non oportere, nisi forte d. l. puberes, inter-

interpretari quæ malit, de puberibus curatorẽ non habentibus, quomodo interpretantur Doctores antiqui, & quidã ex recentioribus quæ scribunt d. l. puberes, accipiendam esse de puberibus, qui cū curatores habere possent & deberent, & verò habere etiam solerent, non tamen habēt. Hac enim interpretatione admissa videtur casus d. l. puberes, idẽ esse cū casu d. l. si curatorẽ, in postremo ejus mēbro, atq; adeò omnis antinomia sublata esse. Cujacius è contrario puberes obligari indistinctè sive habeant, sive non habeant curatores, affirmat. Atq; de eo quidem pubere, qui curatores non habeat, cōtroversia non est, quoniam contrahendo obligari possit: at de eo, qui habeat curatores, omnis est disceptatio. Communioni Dd. sententia non obligatur; Cujacii sentētia obligatur, modò obligatio non sit cum rei alienatione conjuncta, ut declarat ipse lib. XIX. observat. cap. XXXIII. & sub nomine Anton. Mercatoris lib. I. notat. ad animadvers. Roberti cap. XII. Sunt tamen inter illos, qui minorem puberem naturaliter saltem obligari existiment, de qua obligatione intelligenda sit d. l. puberes, sed omninò nō civiliter. Sed obstat ipsis

illa ipsa l. puberes, in qua puberes dicuntur posse ex stipulatu obligari, quæ juris est non naturalis sed civilis, quod pluribus ostendit Joh. Rob. li. 1. animadv. c. 12. atq; eisdem etiam improbat Accurs. in d. l. puberes hoc argumento, quòd si naturaliter obligarentur non etiam civiliter, non opus haberent restitutione in integrum. Cujacio obstat d. l. si curatorem, quam tamen etsi ipse accipiendam esse putet de venditione cui conjuncta sit traditio, atq; ita alienatio, est tamen subauditio illa nimis divinatoria, atq; jam pridem à Donello & Roberto confutata est rectè. Neq; tamen propterea à Cujacii sententia in disceptationis hujus decisione recedo. Ita enim omninò statuendum esse existimo, ut puberes minores ex quocunq; cōtractu sive curatores habeant, sive non habeant obligari dicantur. Hoc probatur per expressum text. d. l. puberes, quæ loquitur quidem de stipulatione, ita tamen ut intelligenda sit de contractibus etiam aliis, quod in jure nostro rarum non est, ut contractus notètur appellatione stipulationis, eò quòd stipulatio per se sola non sit, sed contractibus aliis imò conventionibus quibusvis
 conjun-

tōjungatur, ut quàm latè sese in jure diffun-
 dūt conventiones, tam latè diffundatur do-
 ctina illa quæ est de stipulationibus. Quòd
 si ex stipulatione minores obligantur sine
 curatoribus suis, quæ juris est civilis, multò
 utiq; magis ex contractib. obligabuntur, qui
 sunt juris gentium, cùm facilius quis oblige-
 tur contractibus à jure gentium originem
 habentibus, & à jure civili approbatis, quàm
 à jure civili primùm adinventis. Ex his au-
 tem Modestinus dicit puberes obligari pos-
 se sine curatoribus suis, de quo cùm non du-
 bitaretur si curatores non haberent, intelli-
 gendum est Modestinum loqui de puberi-
 bus curatores habētibus, ut ita quæstio quæ
 magis videbatur esse dubia, decisa intelliga-
 tur. Et nisi de his puberibus lex ista accipia-
 tur, quid est, quod Modestinus dicit *curato-
 ribus suis?* Quibus enim curatores non sunt,
 de his dici non potest, quòd sine curatoribus
 suis hoc vel illud agant. Idem verò præ-
 ter textum istum suadet etiam juris ratio.
 Cura rectè definitur jus curandi ejus, qui ne-
 gocia sua tueri non potest; quæ tametsi per-
 sonam etiam respiciat, res, tamen & nego-
 cia potissimum contingit. Ex quo Interpre-

b

tes in-

tes inter ceteras tutelæ & curæ differentiâs hanc etiam collocarunt, quòd illa personæ sit, hæc rei. At verò obligatio jus est non rei, sed personæ. Quemadmodum igitur pupillus quod ad sui obligationem pertineat, nihil potest facere sine autoritate tutorum, ita è contrario minor pubes omnia illa, quæ personâ suâ concernunt, sine curatoris consensu rectè expedit, quod multis exemplis in d.l. puberes confirmavit Cujacius, & post illum in notis Gothifredus. Nec vidèo ad hoc quid intersit, curatoremne habeat an non. Multum quidem interest, si de rerum alienatione quæstio incidat, quæ à pubere minore fit, an curatorem habeat nec ne, èò quòd, sicut dictum est, curator principaliter datur in hoc, ut administret res & negotia minoris: sed si quærat de obligatione, quæ per se considerata cum re nihil habet commercii, sed ad solam personam pertinet, nihil interest. Ex quo unico, ceu certissimo-juris fundamento & principio ut maximè nullus ad eam rem textus esset, hæc, quâ posui, defendi posset sententia. Sed valdè adhuc obstat d.l. curatorē. Dixi jam antè, conciliationem Cujacii mihi non probari.

Quid

Quid igitur dicendum? Omnis hæc res ex vera & genuina legis istius explicatione mihi dependere videtur, quam ego contra interpretum omnium, quotquot ego quidem viderim, interpretationem puto esse huiusmodi. Attianus minor XXV. annis, cum haberet curatorem, vendidit Mævio fundum suum: is Attianus, cum se læsum animadverteret, consuluit Imperatores, utrum contractus iste emtionis venditionis servandus esset necne. Fortasse enim Attiano molestia fiebat aut lis movebatur à Mævio ex contractu isto, ut fundum venditum traderet, atque ita emtionem venditionem jam ante perfectam in seipsa, traditione etiam consummaret. Respondent Imperatores, non, quod contractus nullus sit, sed quod servari non debeat; quo ipso innuunt contractum valere, sed efficaciam illius non esse, ut ex eo possit exigi. Ineptè enim diceretur contractum illum servandum non esse, qui ipso jure esset nullus, cum non entis nullæ sint qualitates, atque servari vel non servari dicatur de eo, quod ipso jure valeat, non quod nullum sit. Hæc prior legis illius pars est: sed nondum constabat, quid agendum esset Attiano,

b 2 ut con-

ut contractus ille non servaretur. Nemo enim est, qui non intelligat duplicem esse quæstionem, An contractus servandus sit necne, & si servandus non sit, quomodo id fieri debeat, qua quæstione posteriore opus non est, si contractus præsupponatur ipso jure nullus esse. Subjiciunt igitur Imperatores, cum respondissent, contractum initum validum quidem, sed non servandum esse, atq; idem illud etiam definiunt, ut si Attianus ejusmodi contractum sine curatore cõstitutus, id est, cum curatorem haberet, sed illum non adhibuisset, fecisset, non sit servandus, sed impugnari possit per restitutionem in integrum. Non sunt opposita, *curatorem habere, & sine curatore constitutum esse*, quoniam curatorem quis habere potest, ut tamen idẽ sine curatore constitutus aliquid agat. In hac explicatione nihil est, quod cū juris principiis non conveniat quàm optimè, nihil quod juris rationi non sit consentaneum, nihil quod vel menti vel verbis Imperatorum repugnet. Duo sunt, quæ si è medio removeamus, non video, quid obstare possit amplius: Unum est particula adverbativa *VERO*, quæ disjungendi naturam habet,

bet, ea quæ inter sese diversa sunt, ut Imperatores duos diversos casus, quorum alter incipiat à verbis, *si verò sine curatore constitutus*, &c. in d. l. si curatorem proposuisse videri possint. Sed respondendum est particulam illam, *VERO*, sicut particulam *AUTEM*, quæ cum illa in significatione est omninò eadem, Jurisconsultis non semper esse ad-versativam, sed id ipsum quod ante dictum sit quandoq; confirmare, ut docet Petr. Faber ad l. 56. D. de reg. jur. Ita enim *AUTEM* accipitur pro *ENIM* in l. intra quatuor 10. §. fin. D. de divers. tempor. præscript. & pro *IGITUR* in l. legatis 63. §. pecoribus D. de lega. 3. in quarum significationû alterutra si accipiatur in d. l. si curatorem, particula *VERO*, res est expedita, ut vel ratio posterioribus illis verbis reddatur cur servandus non sit, nimirum quia restitutio in integrû minori competat, vel ex prioribus inferatur, cùm dictum sit contractum, qui ipso jure subsistat, servandum non esse, in integrum restitutionem, quæ tum datur cùm contractus subsistit, nec ullo alio modo impug-nari potest, imploranda esse. Nec ineptè quis dixerit, esse in particula ista *VERO* quæ-

b 3

sionis

stionis posterioris decisionis notam aliquā. Prior quæstio erat, an contractus ille à minori pubere factus, valeret; Et respondetur, quòd contractus iste servari non debeat. Eā quæstionem posterior ponè excipit, an ipso jure contractus ille non sit servandus, an restitutione in integrū; Et respōdent Imperatores, restitutione in integrū. Ita fit ut legis istius casus unus sit, nō duo, sed casus illius unus q̄stio sit duplex. Et q̄s credat Imperatores respondisse de casibus duobus, cū sine dubio nō consulerētur nisi de uno? Attianus enim curatores habuit vel non habuit. Si non habuit, jam extra controversiā erat ipsum obligari, neq; erat dubium, quin læso succurreretur restitutione in integrū, ceteris quæ ad restitutionem minorū pertinerent, concurrentibus, atq; adeó fuisset supervacaneū Imperatores consulere de eo quod juris erat indubitati; aut si omninò consulti de eo fuissent, ut aliās ita hīc etiam, id juris esse certi, vel indubitati, vel explorati respondissent, cujusmodi tamen in hac lege nihil est omninò. Consuluit igitur Attianus Imperatores in eo duntaxat casu, quo habebat curatores, ad quem casum ipsi respondent, & nō
ad a-

ad alium, & quidem ita ut rescribant contractum illum servandum non esse; sed quomodo? nempe per restitutionem in integrum. Ipso igitur jure contractus valebat, quia restitutio in integrum contractus validitatem semper præsupponit, ita ut cum contractus nullus est, ne restitutio quidem in integrum locum habere possit. Atq; hoc idem est, quod in effectu dicit Modestinus in dict. l. puberes. Dicit enim puberes sine curatoribus obligari: sed an ita ut ex obligatione efficaciter conveniri possint, ut non tantum aduersus ipsos agi, sed etiam quod petitur actione, exigi possit? Hoc Modestinus non determinat, sed sufficit ipsi dicere, *obligari*. Fortè idem determinauerat Modestinus, sed à Compilatoribus omissum fuit, de quo constare nobis posset certius, sicut & de infinitis aliis juris nostri locis, si elegantissimi illi Jurisconsultorum commentarii, ex quibus Digesta congesta sunt, ad nos pervenissent. Quod igitur Modestino deest, id supplendum est ex constitutione Imperatorum, qui & ipsi non quidem verbis expressis, in effectu tamen affirmant, puberes sine curatoribus suis

b 4 obli-

obligari, sed præterea dicunt obligationem seu contractum servandum non esse, si restitutio in integrum petatur; sin autem illa nõ petatur, ex obligatione ista non agi tantum sed exigi etiam potest. Sive igitur aduersus minorem agatur, sive ipse se ab obligatione illa liberatum ultrò cupiat, oppidò illi in iure est prospectum. Si enim aduersus ipsum agatur, exceptio, qua in integrum restituitur, ipsi accommodabitur, quæ exceptio, ut & aliæ exceptiones, olim dicebatur præscriptio; quod hoc loco diligenter notari velim, siquidem id, quod dico, confirmatur ex inscriptione d. l. puberes, quæ est desumpta ex Modestini libro, quem scripsit de præscriptionibus, quas olim nihil fuisse aliud nisi exceptiones, argumento est rubrica D. de exception. & præscriptionibus. Sin autè minor ipse se ab obligatione liberatum cupiat, nullum aliud ipsi ad hoc, præterquam restitutionis in integrum affulget remedium. Neq; rarum hoc est in iure nostro, ut quis obligatus sit ex contractu aliquo, sed non cum effectu, si nimirum opponatur exceptio legitima, qua ommissa, obligatio sit efficax. Cautè igitur Modestinus, quòd dixit puberes ob-

res ob-

res obligari, sed non dixit, ex obligatione ista adversus ipsos dari actionem, ut ea exceptione restitutionis in integrum elidi nequeat. Dicit Modestinus puberes obligari; id Imperatores non negant: dicunt Imperatores, obligationem non esse servandam, si imploretur restitutio in integrum; id Modestinus non diffitetur. Conveniunt igitur inter se bellissimè, & stat adhuc immotum illud, quod ab initio dictum est, minores puberes sive curatores habeant, sive non habeant obligari ex cōtractibus suis sine curatorum consensu. In alienatione rerum dictum jam antè est, aliud esse, cūm curatorum inter sit res minorum sine suo consensu non alienari, de quarum administratione rationes ipsi reddere cogantur. Verūm ut aliā est obligatio ab alienatione, ita aliud est quærere, an minores obligari possint ex cōtractibus suis, & aliud, an res suas alienare possint sine curatoribus. Et quamvis in plerisq; contractibus hoc agatur, ut res alienetur, sunt tamen omnia in hujusmodi subtilitatibus investigandis diligenter causis suis distinguenda, ut ita semper meminerimus, alios esse modos acquirendi dominiū, qui ad alienationē

pertinent, alios acquirendæ obligationis; qui contractus respiciunt, atq; in disquirendis causis intra terminos manendum, neq; illos inter sese confundendos esse. Alterum quod obstare videtur sententiæ huic, est cōparatio illa, quæ fit inter puberem & eum; cui bonis interdicitur. Dixi enim contractum à minore sine curatore celebratū ipso jure subsistere, at constat prodigi contractū sine curatore, quem habet, initum ipso jure non valere, l. is cui bonis 6, D. de verb. oblig. Aut igitur comparatio illa viciosa est, aut de minore sine curatoribus contrahente idem dicendum est, q̄ de prodigo, ut contractus initus nullus sit. Fateor hanc rem diu me in suspensio tenuisse, sed juris ratio pervicit tandem, ut à sententia non discederē, & de qualiquali aliqua interpretatione, qua ista inter sese cōponerentur cogitarem, quam tamen non tam amplector mordicus, ut, sicut in aliis ita hīc etiam, rectius monentē sequi nolim. Est autē illa hujusmodi. Querēbatur de contractu ab Attiano sine curatorib⁹ suis inito, utrū servandus esset necne: respōdent Impatores, servandum non esse. Ipse nē jure servandus sit nec ne, in priori legis parte non
 deci-

decidunt, sed in posteriori demum. Cur autem servandus non sit, rationem afferunt quòd minor curatorem habens absimilis non fit ei, cui bonis interdictum est: aut potius id quod responderant contractum servandum non esse, declarant exemplo ejus cui bonis interdictum est. Cōtractus ab eo cui bonis interdīctum est, sine curatore initus servandus non est: Minor curatorem habens non est absimilis ei, cui bonis interdīctum est; cui consequens est, ut contractus à minore curatorem habente initus sine ipsius consensu servandus non sit. Sed consequens huic non est, ut eo modo contractus minoris servandus non sit, quo modo non servatur cōtractus ejus, cui bonis interdīctū est: & comparatio illa nihilominus in eo quod neutrius contractus servādus sit, consistit, etsi non extendatur ad modū non servandi. Et attendēdum est comparationem adhiberi nō posteriori quæstioni, quæ est de modo contractū non servandi, sed substantiæ, ut ita loquar, ipsi. Jam verò non est absurdum, ut in substantia duo inter se conveniant, quæ in modo à se invicē multū differant. Ita conuenit minori & ei cui bonis est

interdictum in hoc ut contractus non servetur, & Imperatores huic rei comparationem illam addiderunt, quæ est verissima: non convenit in hoc, si quæretur quomodo non sit servandus; quæ etiam causa fuit ut Imperatores comparationem illam in posteriori legis parte non repetierint, imò ne debuerint quidem. Hisce accedit, quòd Imperatores non dicunt de contractu quòd nullus sit, sed quòd non sit servandus. Contractum autem nullum esse, & contractum non esse servandum, non sunt eadem, si quidem contractus aliquis ipso jure validus esse possit, qui tamen propterea servandus non sit, cujus passim in legibus nostris extant exempla,

Conciliatur l. si Titio 22. D. de pignor. cum
l. rem alienam: 41. D. de pignor. actione.

CAPUT XVII.

SI res aliena data sit pignori à debitore creditori, pignus nō valet, nimirum ad hoc, ut ejus nomine detur actio hypothecaria. Est enim actio illa realis, quæ rem persequitur, quisquis tandem possideat: at cujus res non est, ejusmodi jus, cujus vi rei persecutio instituat, cōstituere alteri non potest. Ve-
runtan-

fundamen quod actionem pignoratitiam attinet, quæ personalis est, nihil video, cur ejus respectu obligatio subsistere nequeat. Est enim obligatio illa personæ, non rei, atq; personalis ex illa datur actio, quæ personam sequitur, non hypothecaria, quæ rei est persecutoria. Etsi verò quantum ad actionem hypothecariam attinet, illa pignoris in re aliena cõstitutio omninò inutilis esse videatur, distinguendum tamen est inter creditorem, qui rem alienam sciens sibi hypothecari passus est, & inter creditorem, qui rem alienam esse ignorabat. Si enim ignoraverit creditor alienam esse, censent actionem ipsi dari hypothecariam, non quidem adversus dominũ, sed adversus quemvis possessorem alium, sive debitor ipse possideat, sive creditor posterior, sive quisvis alius, ut probavit Cujac. tract. VIII. ad African. fol. (mihi) 197. lit. C. & ad id textus sunt expressi in l. tutor 16. §. contrariam, l. cum debitore 32. D. de pignorat. act. Multò verò magis creditori ignoranti, si possideat, dabitur exceptio retentionis per regulam vulgatam quæ dicimus, quòd ei cui damus actionem, multò magis demus exceptionem, Quibus

hanc exceptionem addendam esse puto, nisi possideat rem creditor aliquis, cui eadem res hypothecata erat à domino vero. Sed & scienti creditori retentio dabitur, non etiam actio, quoniam in causa pari possidētis conditio est melior, l. i. D. de pignor. & valde improbè fecerit debitor, si ex mendacio suo se iuvari velit, ut dicto loco plenius exposuit Cujacius. Idem multò magis dicendum est, si debitor rei antea alienæ in hypothecā datæ, postea factus sit dominus. Tùm enim pignus, quod antè non valuit, cōualescere dicitur, non quidem jure stricto, sed ex æquitate, l. 5. C. si res alien. pign. data sit. l. item 6. §. sed etsi filius. D. ad Macedon. l. filiam 16. D. ad Trebellian. l. qui balneum 9. §. final. D. qui potior in pign. An igitur dabitur retentio? id quod extra controversiam est, siue creditor rem alienam esse sciuerit, siue ignorauerit. An actio etiam? sanè nec sciēti nec ignorantī stricto jure dabitur, quādoquidem est regula juris, qua dicitur, quòd id quod ab initio viciosum est, tractu temporis conualescere non possit; atq; ad eò omnis hīc deficit actio directā, seu, ut Impp. in dict. l. 5. loquuntur, ordinaria. Veruntamen cū iniquum

quum fit creditorem decipi à debitore, qui nunc rei in pignus datæ factus est dominus, accommodatur creditor ex æquitate utilis persecutio exemplo pignoratitiæ, id est, utilis actio hypothecaria exemplo hypothecariæ directæ l. rem alienam, 41. in princ. D. de pignor. act. persecutio enim ad actiones magis reales pertinet, quàm ad personales, præsertim cum in d. l. 5. affirmetur actionem esse super pignore, id est, re quæ est hypothecata, cum ea, quæ pignoratitia est, sit super persona. Verùm cum d. l. 5. indistinctè loquatur, quæritur, an actu illa utilis perinde datur creditori scienti alienam, atq; datur ignorantibus. Nisi enim scienti etiã datur, non apparet, quidnam amplius ex convalescètia ista sequatur, atq; tum cum nondum convaluisset. Nam cum nondum convaluisset, dictum est utriq; fuisse datam retentionem, ignorantibus verò etiam actionem. Quod si igitur scienti etiam ex convalescentia actio non datur, nihil amplius ex convalescentia ista est, quàm erat antè, cum nondum convaluisset. Est verò illud certum, pignus quod antè non valuit, ex æquitate convaluisset, quoniã qui dominus non erat, dominus factus est, resq; in casum cum

devenit à quo incipere potuit, nec æquum est ut debitor ex mēdacio suo lucrum ferat. Atq; hoc quidem ita nonnulli statuunt, ut nimirū dominio debitori quæsito pignus ita convalescat, ut creditori etiam ei, qui tēpore contractus hypothecarii rem debitoris non esse sciebat, actio hypothecaria detur utilis, eamq; sententiam confirmant responso Papiniani, quod est l. i. in princ. D. de pign. in quo verba illa, *difficilius dabitur* interpretatur, non quòd Papinianus actionem dari neget, sed quòd detur utrique & scienti & ignoranti, sed facilius huic, illi difficilius; pluribusq; approbavit Fr. Balduin. in tract. de pignor. cap. 12. & Joan. Robert. 2. recept. lect. cap. i. sed sententiā contrariam, quòd nimirum eo casu ne utilis quidē scienti detur actio, strenuè propugnat Donellus in tract. de pignor. cap. 7. quæ etiam sententia est Accursii, eamq; cōmunius placuisse Doctōribus testatur Gabriel Mudæus in l. 1. verb. *difficilius*, D. de pignor. tametsi Donellus omninò non dari sensisse videatur, Accursius autē & ceteri hanc rem ita temperent, ut non quidem detur contra alios, detur tamen contra debitorem, eòsve qui à debi-

debitore causam habent. Quam distinctionem paucis quidem, sed valde perspicuis verbis explicavit Julius Pacius J.C. doctissimus, Centur. IV. ἐναρτιοφαν. quæst. LII. quæ pro jure amicitiae illius, quæ inter nos est, ipse facilè patietur, ut huc transcribam. Sic autem ait: *Verbum DIFFICILIUS apud Papinianum accipi debet, non pro negatione, (quomodo Duaren. lib. I. disputat. cap. II. & Donell. d. c. 7. accepisse videntur) sed in propria significatione; (& hæcenus in verbi istius expositione sequitur Balduinum) ut sensus sit creditorem posse retentione uti adversus quæcunq; agentem; (de quo convenit inter omnes) actione autem non posse uti, (indistinctè quidem secundum Donellum, sed secundum Doctores alios communiter sub ea distinctione, quæ nunc à Pacio subjicitur) nisi contra debitorem, aut eum, ad quem debitor post dominii acquisitionem rem, possessionemve trās tulit. Contra debitorem, quia si hac defensione uti volet, quod non fuerit dominus tunc cum pignora vit, venit contra factum suum, & doli mali replicatio ipsi obstabit, l. si inter 21. §. 1. D. de pignor. arguetur enim de suo mendacio, quia rem quasi suam pignora vit, d. l. rem alienam.*

6

Item

Item contra eum qui à debitore domino effecto causam habet, quia debet auctoris sui iure uti. Contra alios autem possessores hac dici non possunt: proinde agenti creditori rectè obijcient, rem non fuisse in bonis debitoris tempore conventionis: qua allegatione debitor, & qui ab eo causam habent, uti nequeunt, ob eam rationem quam exposui. Ceterum in casu converso disceptatio est multò, quàm in superiori, acrior. Quod si enim debitor aliquis rem alienam creditori pignori obligaverat, atque is cujus res ea est, postea heres existat debitori illi, quæritur an creditori contra dominum pignoratæ rei nunc heredem factum pignoris persecutio cõcedatur. Quæstionem illam fecerunt duæ inter se pugnâtes leges, quarum una l. si Titio 22. D. de pignorat. ex Modestino, altera l. rem alienam 41. D. de pignorat. act. ex Paulo desumpta est. In illa enim Modestinus affirmat pignus ex postfacto directò quidē non convalescere, attamen utilem pignoratitiã dari creditori: in hac verò Paulus contrariū profus respõdet, nimirū quòd pignoris persecutio creditori cõcedenda nō sit. Accursius pmore in d. l. si Titio plures cõciliationes accumu-

cumulat, quas tamen & ipse cùm plerasque nullas esse dicat, videtur in hac acquiescere, ut Paulus de hypothecaria, Modestinus de pignoratitia utili contraria, quæ personalis est, & datur vel ad interesse vel ad æquè bonum pignus, accipiatur: quam communius Doctoribus placuisse testis est Gabr. Mudæ. in d. l. 1. verb. dominio debitori quæ sito, n. 16. & placuisse non veteribus tantùm sed recētioribus etiam, apparet ex his quæ scripsit Fr. Connan. lib. 4. comment. cap. 13. Donell. d. cap. 7. de pignorat. non procul à fine, & Franc. Balduinus d. cap. 12. de pigno. ubi etsi idem Balduin. ingenuè fateatur difficile esse tam contraria responsa pugnantiæque inter se conciliare, probabiliter tamen dici existimat, ut dict. l. si à Titio, accipiatur de pignoratitia actione personali contraria, non actione reali hypothecaria, in id nimirum ut heres pignus confirmet, & jam rem suam pignori esse patiatur, aut si id nolit, condemnatur. Verùm hanc interpretationē absurdā esse, & à Jurisconsultorū mente alienam dicit Lud. Charond. li. 1. verosim. c. 20. & jam olim multirationibus impugnavit Fulgos. in d. l. rem alienam, nu. 12. & multò plenius

in d. l. si Titio, paulò post principium, quibus partim responsum esse ab aliis, & in primis à Saliceto in d. l. si Titio, sed levioribus râtum scribit Mud. in d. l. l. n. 16. sed addit n. 17. aliis difficilioribus responsum non esse, nec videre se, quid facillè responderi possit. Et revera ita est, ut sive vel verba ipsa spectes sive mentem legis & rem ipsam, rationibus istis responderi non posse videatur. Quod enim ad verba legis attinet, assumunt quidè illi Modestinum loqui de actione pignoratitia utili personali, sed verba illa, *pignus directò quidem non convalescit*, apertissimè demonstrant, ut Mudæi verbis utar, de hypothecaria locutum esse Modestinum: quasi dicat, quòd si cùm jam per successionem est factum, ut idem debitor sit & dominus rei obligatæ, censerì posset ob id pignus convalescere, nulla esset dubitatio, quin pignoratitia (scilicet de pignore convento) id est, hypothecaria dari posset, utpote subsistente nunc sufficiente materia, ex qua detur: at cùm pignus non convaluerit, videri deesse materiam actionis pignoratitiæ, id est, hypothecariæ, sed nihilominus utilem actionem dari adversus heredem debitoris, eundemq;

demq; dominum rei obligatæ. Deinde non est de nihilo, quod quidam urgent collocationem utriusq; istius legis, quippe quòd d. l. si Titio, si de pignoratitia personali accipienda erat, collocanda potius fuerat sub titulo de pignorat. act. quàm sub titulo de pignor. & vicissim d. l. rem alienam, sub illo potius quàm sub hoc titulo. Sed & juris ratio interpretationem istam evertit. Ad quid enim actione pignoratitia contraria utili opus est, cum directam eo nomine competere appareat ex d. l. tutor §. contrariam, & d. l. cum debitore? Jus enim successoris æstimatur ex jure antecessoris activè & passivè. Cū igitur antecessor directam contrariam non utili contraria conveniri potuerit, quid ni etiam heres l. si rem alienam, 9. D. de pignor. act. ? aut quænam est ratio, ut contrarium judicium, quod in antecessorem dabatur directò, in successorem nunc detur utiliter? nec video quidquam afferri ab interpretibus, cur cum utrobique mentio fiat actionis pignoratitiæ, ea in d. l. si Titio accipienda sit de contraria, & in d. l. rem alienam, de hypothecaria. Alciatus cum hæc intelligeret, neq; tamen rationem sese ex difficultate ista expediendi

diendi videret lib. 7. parerg. c. 14. textum d. l. rem alienam, immutandū esse censuit, ita, ut cū Florentiæ & in vulgatis codicibus legatur, *non est idem dicendum, si ego Titio &c.* legendum sit negatione detracta interrogativè, *num est idem dicendum, &c.* quasi priori loco sic interrogādo tentare voluerit, num posset dici in ea specie non esse concedendam eam actionem creditori; sed tandē cōtrā definiat, eam esse concedendam, in vers. *sed si cōvenisset de pignore &c.* propterea quòd ea ratio, quæ subjicitur, semper subsit, & autor meus de pignore conuenerit, cujus mēdaciū redarguens improbè resisterem. Sed hæc emendatio, cū ne unius quidem manuscripti autoritate confirmetur, tantò minus est admittenda, quantò difficilius etiam tū cū diversa lectio aliorum codicū autoritate probari potest, à Florentinis pandectis recedimus: eamq; ob causam Alciatus à Joanne Roberto lib. 2. lectio. cap. 1. reprehensus est. Gabriel Mudæus in d. l. l. n. 21. scripsit tres casus in dict. l. rem alienam, à Paulo J. C. esse propositos, quorum primus decidatur in principio illius legis, cujus sententia hæc sit; quod si debitori ipsi, qui rem alienam obli-

obligavit, dominium rei supervenerit, utilem esse actionem hypothecariam adversus quoscunq; possessores; alter, in illis verbis, *non est idem dicendum* &c. ut si dominus rei obligatæ successerit debitori, & hoc modo ceperit esse debitor, qui tamen non convenit de pignore, neque consensit in pignus rei suæ, hoc non sit satis, ut utilis pignoratitia, hoc est, hypothecaria detur creditori, scilicet, adversus quoscunq; possessores: tertius in illis verbis, *sed si convenisset*, &c. quæ tamen ipse immutanda esse existimat, ut legatur ita, *sed qui convenisset de pignore, ne ex suo mendacio arguatur, improbè resistit, quò minus utilis actio moveatur*; quorum sensus hic sit, quòd is qui de pignore convenit, cum res ipsius non esset tempore conventionis, si postea rei illius possessor factus sit, indistinctè conveniri possit actione hypothecaria, quoniam si ipse conventus resisteret, & sese opponeret, ne utilis actio ei moveretur, improbè id faceret, & tã improbè, ut argueretur ob id ex suo mendacio, collata negatione, quam nunc faceret actioni resistens, cum ea confessione, quam fecisse visus est, cum eam rem ut suam, creditori obligaret.

Ita casus duo priores ponuntur in possessore quocunq; cum quibus d. l. si Titio nihil habet commune, posterior tertius in debitore ipso, qui ipse convenit, quem casum Modestinus in d. l. Titio à debitore ipso produxerit etiam ad ejus heredē, quod & hic utilem actionem hypothecariam non possit effugere, si fortē ipse sit dominus rei, quam defunctus, cui successit, alienam obligavit, quāvis non sic convalescat pignus, ut in propriā suam naturā veniat, & detur adversus quoscunq; actio hypothecaria, quo tamen modo convalesceret, si debitor factus esset dominus rei, quam obligaverat. Cū autem animadverteret Mudæus vir eximii judicii & eruditionis reconditæ, emendationem illam fieri præter omnium Codicum fidem, subjunxit ibidem in fine n. 21. quòd eadem hæc sententia Pauli constare sibi possit, etiam si ne minimum verbum ex responso illo immutetur, videlicet ita, *sed si convenisset,* scilicet ille ipse qui nunc iudicio convenitur, *de pignore,* id est, si ipse rem alienam obligasset, utique etiam si dominus non sit factus, *improbe resistit quò minus utilis actio moveatur,* & ob id quidem improbè, quòd sic faciat,

faciat, ut arguatur ex suo mēdacio. Hæc Mudæus, & quæ ibidem latius sequuntur; acutè quidem illa, sed fortasse nimis coactè. Si enim attendatur contextus d. l. rem alienam, extra controversiam est, quæri in illa de re aliena pignori data, an eo nomine actio creditori competat, si res in eum casum deveniat à quo incipere poterat. Devenit autem in casum illum alterutro horū modorum, vel quòd debitor rei illius ab initio alienæ obligatæ postea fiat dominus, vel quòd dominus rei succedat debitori, qui rem illam pignoraverat. Nam de casu illo, quē Mudæus tertium facit, non erat, meo quidem iudicio, Jurisconsultis dubium, quò minus adversus debitorem possessorem rei alienæ à sese pignoratæ actio hypothecaria moveri posset, atq; illa quidem non directæ, utpote quæ datur, si rei oppignoratæ dominus erat debitor, sed utilis, nimirum ad similitudinem, sive exēplum illius comparata. Deinde particula *SED* arguit casum illum, qui incipit in verbis, *non est idem dicendum*, distinguere magis, quàm ut in fine casus ponatur alius, quod cōstare etiam potest ex verbis *sine mea voluntate* & quæ illis in fine opponuntur,

si convenisset, ut ex post dicendis constabit apertius. Franc. Duarenus lib. 2. disputat. annuvers. cap. 4. & qui illum in notis suis sequi videntur, Russardus & Pacius, non multò felicius, quàm superiores illi, hãc rem explicarunt. Existimavit enim Duarenus tempore Pauli, vel ut ipse scripsit, Papiniani simpliciter actionem ullam hypothecariam in casu nobis proposito datam non fuisse; sed postea, nimirum post Pauli tempora, temporibus Modestini, ex æquitate hoc etiam receptum fuisse, ut hoc casu daretur creditori utilis actio ad exemplum hypothecariæ, quia æquum sit, quòd defunctus pepigit, heredem facere ratum; quæ eadem est sententia doctissimi Cujacii lib. XIX. observat, cap. XXVI. dicentis, Pauli tempore differentiam inter utrunq; illũ casum à Paulo in d. l. rem alienam propositum obtinuisse; Modestini, qui Paulo fuit diuturnior, fuisse sublatã. At verò docuit me Justinianus, sese omnia fecisse sua, ut non tam quid Paulus aut Modestinus senserit spectandum sit, quàm quid Justinianus in libros suos juris referri voluerit. Dicam enim utranque istam legem esse Justiniani, non Pauli, non
 Mode-

Modestini: dicam etiam utranque illam ex tempore non quod fuit ante Justinianum, sed ex tēpore, quo vixit Justinianus, & quod post insecutum est, æstimandum esse. At videmus Justinianum in d. l. rem alienam disertè pignoris persecutionem non concedere, concedere in d. l. si Titio. Utrum igitur sequemur? an arguemus hîc Compilatorum negligentiam, qui quod erat tempore Modestini sublatum, ex commentariis Pauli nihilominus in Digesta retulerint? Huc quidem nonnulli nimis temerè confugere solent, cùm aliam conciliandi antinomias rationem, quam afferant, non inveniunt. Sed memini ego Justinianum velle subtili ratione potius esse investigādum, ne quid contrarium in legibus relictum esse videatur, quàm ut eò deueniamus; ut eorum laborem, qui in horum capitum explicatione versantur, non esse inutilem sentiam cum Lud. Charond. i. verosi. XX. Et verò ex quo etiam p̄babunt illi tempore Pauli actionē datā non fuisse, quæ postea tēpore Modestini data fuerit. Nam ne unus q̄dem est apex in legibus nostris, ex quo immutatio illa juris doceri possit, ut rectè dixerit

Joan. Robertus d. cap. i. esse hæc ab omni parte commentitia. Verùm Robertum difficultatem hanc rectius explicasse, ut ipse sibi jam dicto loco visus est, affirmare ego nõ ausim. Placet, quod fatetur utrunq; & Paulum & Modestinum de eadem hypothecaria aëtionereali locutum esse: sed vereor ut longius repetitum sit illud, quod scribit distinguendum esse hoc casu inter creditorem ignorantem & creditorem scientem rem alienam sibi pignori obligari, ut huic quidẽ aëtio non detur, illi detur, & detur non directò sed obliquè, nimirum ita, quòd creditori adversus debitorem competat aëtio personalis pignoratitia contraria, quæ ipso debitore defuncto contra ipsius heredem locum habeat, in quo concurrant simul jura domini, quæ aëtio cùm adversus heredem detur in hoc, ut illam ipsam rē pignori supponat, jungendarum aëtionum celeritate fiat, ut in locum pignoratitiæ detur utilis hypothecaria. Vereor, inquam, ut hoc longius petatum sit. Nam est quidem distinctionis istius usus, si queratur de ipso debitore postea rei alienæ domino factò, quam accommodare casui etiam alteri vix liceat, cū
in neq-

in neutra lege ullum illius appareat vestigium. Nec video, quomodo interpretatio illa comprobetur per d. l. 5. C. si res alien. pign. data sit. Loquitur enim illa de casu, quo debitor rei obligatæ factus est dominus, à quo inferre ad casum, quo dominus rei obligatæ debitori fit heres, non est jura interpretari, sed confundere, quæ jurisconsulti, cum primis autem Paulus tam accuratè in utroque illo casu distinxerunt, ut ita quod in illo est, non sit ad hunc trahendum, præsertim cum tam expressè Paulus utrunq; illum casum ita inter se opponat, ut quod in casu priori concessit, id disertè neget in posteriori. Non diffiteor fieri quandoque ut duæ actiones una earum occultata jungantur, & qui inutiles alioqui forent circuitus rejiciantur: sed an idem in præsentis quæstione fiat controvertitur, quod Robertus affirmat, ego nego. Similitudine aliarum conjunctionum rem istam declarare potuisset, si prius probasset, atq; ad eò constitisset ejusmodi conjunctionem hoc etiam casu fieri; sed cum hoc factum non sit, mera illa est, ut loquuntur, principii petitio. Sanè dicuntur quidem illa valde probabiliter, sed nusquam ullus

est textus, in quo dicatur, pignoratitiam ita cōpetere, ut tamen detur utilis hypothecaria occultata pignoratitia: existimari autē ejusmodi occultationem nunquam admitti, nisi cū lex disertè illā admitti voluit. Quod autem Robertus idem cōprobare conatur ex d. l. i. D. de pig. eo quod ibi dicitur, *difficilius creditori, qui non ignoravit alienam utilē actionem dari*, vellem animadvertisset vir eruditissimus, Papinianum loqui eo loco nō de domino debitoris heredefacto, sed de debitore ipso, cui rei dominiū postea quæsitū est, quos duos casus, ut antè dixi, Jurisconsulti distinxerunt, neq; sunt illi, quos voluerūt ipsi distinguendos esse, à nobis confundendi. Cū igitur nulla ex istis interpretationibus omnibus sit, q̄ nō suas patiatur difficultates, quod partim textū corrumpāt, partim distinctiones alienas illis inferāt, partim etiā nimis temerariè divinent, quod dixerim pace excellentissimorum illorum, & ob eruditionem singularem, atq; egregiū acumē, quin etiam operam maximam in jurisprudentiæ nostræ fundamentis eruēdis præstitam nunq̄ satis laudatorū Jurisconsultorū, quos insectari mihi animus nunquam fuit, neq;

neq; etiamnum est, sed quicquid hujus à me fit & inquiritur, id omne fit & inquiritur unico veri studio & amore; si quis quærat, qd ego sentiam, respōdebo fateri me, videre me qdem, quid non dicatur rectè, sed quid rectè dici possit, me non satis pervidere. Fecero tamen juris studiosis fortasse rem non ingratam, si meas conjecturas etiam hoc loco in medium afferam, quas sequentur quidem illi, si volent, ita ut per me ab hisce dissentire ipsis etiam liceat. Sic autem sentio, in d. l. si Titio casum unum proponi, in d. l. rem alienam, duos. Casus dict. l. si Titio este jufmodi: Sempronius mutuos dabat Titio aureos centum: in hujus debiti securitatem Titius pignori obligat Sempronio fundum Cornelianum, qui est Gaji, Gajo ignorante; moritur Titius, eique heres est Gajus, quæritur, an Sempronius contra Gajum heredem Titii de pignore isto experiri possit. Sanè si ex contractu pignoris agatur, quin actio inde detur personalis contra Gajum, nullum est dubium, quoniam obligationes ex contractibus profectæ transeunt in heredes activè & passivè: sed de eo dubitabatur, utrum daretur

actio hypothecaria, quæ realis est, cōtra Gajum, quod non videbatur. Nam si creditori ignorantī data sit res aliena pignori, jam ante dictum est, competere creditori actionē hypothecariam adversus possessorē rei quēvis, excepto domino: At Gajus hic est dominus & possidere præsupponitur: cui consequēs est, ipso jure Gajum actione hypothecaria non teneri, quoniam quod ab initio inutile est ex postfacto convalescere nequit; verūm cū æquum sit heredem præstare factū defuncti, æquitas illa jus ipsum quod erat directum, facit obliquum, ut quod jure summo non valebat nec convalescebat, id convalescat ex æquitate, actioq; hypothecaria, quæ directò non competebat, ex jure cōpetat obliquè ex æquitate. In d. l. rem alienā, dixi duos esse casus, unus est, si debitor qui rem alienam pignori dederat factus sit heres ejus, cujus res erat; de quo casu constat satis ex his, quæ ab initio hujus capituli dicta sunt. Sed cū de altero casu, si dominus rei factus esset heres debitoris, non constaret, cum Paulus decidit, ut dicat non esse concedendam pignoris persecutionem creditori. Quòd si hic casus omninò omnibusq; suis

fuis circumstantiis idem est cum casu d. l. si Titio, nulla inter leges tam pugnantes conciliationis superest ratio: si diversus, quid mirum si diversitas casus inducat diversitatem decisionis? Diversa autem quæ esse possint, quæ non sint contraria. Et certè ita est, ut utrobique casus non sit idem. Nam in d. l. si Titio res aliena pignori erat obligata domino prorsus ignorante; at in d. l. rem alienam, pignori erat obligata res aliena domino non ignorante, sed cum sciret ipse rem suam obligatum iri expressè reclamante & monente utrunque; & creditorem & debitorem, ne res sua pignori obligaretur. Dicit enim Paulus non simpliciter, *si ego Titio qui rem meam obligaverat heres extitero*, sed addit, *sine mea voluntate*, hoc modo *si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero*, quæ additio omnem illum casus diversitatem inducit, estque accipiēda cū effectu. Idem autem esse ignorante domino obligari, & obligari sine voluntate domini, non admitto. Ignorante domino obligari potest res aliena, ut dominus propterea dicendus non sit, nolle obligari, quemadmodum è contrario dici nequit, quòd obligari velit;

d velit;

velit: atq; adeò cùm dubium sit dominus ignoret an consentiat, præsumtio est quod consentiat non simpliciter, sed cum limitatione ista, si postea heres fiat; cui consensus præsumptioni accedit nunc etiam hoc, quòd hereditatem obligantis adit, atq; ita tacitum istum consensum resuscitat novo illo consensu postea accedente, coq; satis superq; ipso facto declarato. Sed si oppignoratio fiat sine volùtate creditoris, mirum non est, creditori actionem non dari, cùm creditor ea de re esset admonitus, dominusq; voluntatem suam, aut potius suam, ut ita dicam, noluntatem declarasset. Atque ut verba ista, *sine voluntate mea* ita interpretantur faciunt etiam verba hujus legis finalia, *sed si convenisset de pignore*, &c. quæ non refero ad casum primum, quod voluit Durenus & Robertus; (quoniam si de pignore in primo casu convenisset, jam ante definitum erat hoc Paulus in principio istius legis utilem actionem dari, ut id in fine & quidem in casu diverso repetere necesse non fuerit) sed ad hunc casum nostrum, ut sensus sit, si pignus datum sit ab alio quàm domino, nõ tamen sine voluntate domini, sed cum ejus
volun-

voluntate & patientia, cùm sciret rem suam pignori obligari, nec contradiceret, improbè eum resistere, si aduersus se utilem actionem dari nolit, ut ex mendacio suo arguatur, hoc est, cùm non possit negare se scivisse rem suam pignori obligari, neq; se contradixisse, atque adeò mendacii argui possit, si dicat aduersus sese actionem dandam non esse, ut qui rem suam pignori obligari nesciverit. Ita fit ut casus posterior distinguatur, non ex creditoris vel domini scientia & ignorantia, sed ex domini, cuius res est, voluntate, quæ obligationi adjicitur vel non adjicitur, ut ita teneatur vel non teneatur ex suo contractu. Si enim cùm sciret repugnauit, quis putauerit æquum esse actionem aduersus ipsum dandam esse, cùm non sufficiat dominum ipsum esse, adeoque requiratur aliquid amplius ad hoc ut actio competat, nimirum ut ipse consenserit, aut aliàs oppignorationem fieri passus fuerit, nec, cùm posset, contradixerit? at si idem dominus de pignore conuenit, id est, oppignorationi consensit vel expressè vel illam, cùm impedire posset, fieri patiendo, quis iterum non dixerit

d a actio-

actionem adversus ipsum jure competere? Protestatio enim omnem actum ab illo removet, conventio hunc necessitate astringit, ut improbè resistat, si quod ab initio ipsi placuit, nunc displiceat, atq; contra actionem, quasi ea non teneatur, excipiat. At Modestinum loqui de domino non sciēte sed ignorante, apparet ex ipsius d. l. si Titio contextu, in quo Modestinus expressè dicit, *ME*, id est, domino rei, qui postea heres fito, *IGNORANTE*, quo casu actionem dari etiam mirum non est, propter illam cōsensus præsumptionem, de qua suprà dictum est. Ita uterq; quidem & Paulus & Modestinus loquitur de domino rei, qui debitori postea heres extitit, sed ille de eo qui rem suam pignori obligari scivit, hic de eo qui ignoravit: atq; in hoc nō distinguitur à Modestino, sed simpliciter datur adversus ipsum actio utilis pignoratitia, id est, hypothecaria; in illo distinguitur à Paulo, ut si quidem repugnaverit obligationi, non teneatur, etiamsi heres extiterit; teneatur, si de pignore etiam consenserit. Hæc conciliatio legum illarum in specie inter se pugnantium, cū ex ipsis textuū verbis apud Paulum his, *sine voluntate mea*, & mox,

& mox, *sed si convenisset de pignore, & apud Modestinum his, me ignorante, desumpta sit, omnibus istis superioribus mihi videtur esse verosimilior, & videbitur, quousq; de meliori edoctus fuero. Neq; enim ullam meliorem antinomiarum conciliandarum rationem esse arbitror, quàm est illa, quæ ex ipsius contextuum verbis desumitur.*

Ad l. 1. §. item Juliano. Digest. de remission.

CAPUT XVIII.

NUnquam mihi placuit, atque ne nunc quidem placet illa conciliandi ratio, quam interpretes quidam nonnullis legibus in speciem inter sese dissidentibus accommodant, quasi hæc vel illa proponantur *isomoniis* tantùm & narrativè à Jurisconsultis, non etiam approbentur. Memini enim Justinianum in constitutione sua Digestis præfixa velle, omnia ista quæ in Digesta relata sunt, perinde æstimari atq; si à sese essent perfecta, non ex mente autorum, ex quibus illa desumpta sunt: quod idem facit, ut non tam sit accusanda Compilatorum negligentia & imprudentia, qui certè viri fuerunt multi, atq; illi valde eruditi, quàm inquirenda subtilis aliqua ratio, qua lex cum lege concilietur,

d. 3 tur,

tur, ne ad antinomias confugere necesse sit, ad quas sunt quidā plus æ quo nimis proclives. Quamobrē probare non possum, quod doctissimus Cujacius li. i. observ. c. XVI. ait, referri quidem ab Ulpiano in l. unica §. itē Juliano. D. de remission. sententiā Juliani, nō etiam probari, eoq; minus illam probare possum, quòd sententia Juliani non in illo tantum paragrapho refertur, sed etiam in peculiarem legem quæ est l. 2. D. de oper. nov. nunciat. relata est, ut cū à Justiniano non semel tantum relata sed bis etiam repetita sit, ex eo satis intelligatur eandem à Justiniano etiam approbatam esse. Sunt autem duo, in quibus Iulianus à ceteris Iuriconsultis dissensisse videtur. Unum est, An usufructuarius habeat jus servitutum prædio fructuario de bitarum vindicandarum; & alterum, An usufructuarius opus novum nunciare possit: videtur, inquam, ab aliis dissensisse, sed quod reuera dissenterit mihi verosimile non est. Quod enim ad prius illud attinet, quis credat Iulianū tam fuisse juris imperitū, ut ad ipsa juris principia impegerit? At si usufructuario simpliciter dedisset servitutū vindicationē, manifestum est, quòd
per

per consequentiam quandam servitutis servitutē esse statuisset. Nunquā enim negavit usumfructū esse servitutem. Unde si usufructuarius servitutes fundo fructuario debitas vindicaret, essent illæ servitutes ususfructus, quod manifestò falsum est. Qui autē negat consequens, is utiq; & antecedens, cui illud consequens est, negaverit. Non igitur fuit Julianus in ea sententia, usufructuario servitutū vindicandarū jus esse. Quid igitur est, quod Ulpianus in d. §. item Juliano, Julianum ita sensisse totidē verbis affirmavit, idemq; apparet ex princ. l. i. D. si usufr. petar. in qua Marcellus dicitur apud Julianum probare sententiam Labeonis & Nervæ, quasi eo ipso improbaverit sententiā Juliani, ut cū miserint illi, usufructuarium servitutes vindicare non posse, Julianus contrarium sensisse videri possit? Hoc nimirum, quod puto Julianum ita quidem locutum esse generaliter, ceterosque sententiam ipsius fortasse minus rectè accepisse, cū eam ita expressius Juliani mente interpretari debuissent, quod usufructuarius jus habeat servitutum vindicandarum, οὐχ ἀπλῶς ἀλλὰ κατὰ π, haud aliter, atque is qui habet viam, dici potest,

d 4

jus

Jus habere vindicandi actus & itineris, non
 ut ipsum actum & iter vindicet, sed quod eo
 ipso quod vindicat viam, per consequentiã
 etiam & actũ & iter vindicet, utpote quæ viæ
 insunt, eaq; consequitur, non tamen ut ser-
 vitutes peculiariter cõstitutas, sed ut servitu-
 tis constitutæ consequentia, & vindicat eas
 actione confessoria non in iter & actũ, sed in
 viam directã. Eodem modo existimaverim
 Julianum sensisse, usufructuarium vindica-
 re actione confessoria servitutes fundo fru-
 ctuario debitas, non ut confessoria hæc diri-
 gatur in eas servitutes, sed in usumfructum,
 quandoquidem qui usufructuario in servi-
 tutibus molestus est, idem molestus esse in-
 telligitur in usufructu, quod Julianum sen-
 sisse locuples testis est idem Ulpian. in l. uti-
 fru! s. s. utrum. D. si usufruct. petet. his ver-
 bis: *Utrum autem adversus dominum dunta-
 xat in rem actio usufructuario competat, an et-
 iam adversus quẽvis possessorem, quaritur: &
 Julianus libro septimo Digestorum scribit hanc
 actionem adversus quemvis possessorem ei com-
 petere. Nam etsi fundo fructuario servitus de-
 beatur, fructuarius non servitutem, sed usum-
 fructum vindicare debet adversus vicini fundi*
 domi-

dominum; quæ aliorum etiam Jurisconsultorum fuit sententia, ut apparet ex verbis l. 1. in prin. D. si ususfr. petet. *usumfructum vindicaturum, ac per hoc* (id est per consequens, & non simpliciter, sed secundum quid) *si non patiatur cum ire agere teneri ei, quasi non patiatur utifrui*. Non obstat quod in d. l. 2. & in d. §. Item Juliano, simpliciter dicitur quod usufructuarius adversus vicinum agere possit, non esse ei jus ædificandi altiùs, quoniam effectum Julianus respexit, non causam, aut si causam etiam respexit, illam tamen non aliam, nisi quæ causæ usufructus subalternata sit. Quid enim causæ est, ut vicino altiùs ædificare non liceat? non quod usufructuario servitus illa constituta sit, sed quod habet usumfructum, qui altiùs tollendo fieret deterior. Atque hoc Julianum voluisse, colligere mihi videor ex eo, quod posteaquam dixisset, fructuario servitutem vindicandarum jus esse, proximè subjecit, *secundum quod*, intellige jus, *opus novum nunciare poterit vicino*, ut sensus sit, fructuarium, sicut vindicat servitutes, ita etiam opus novum nunciare quodammodo suo nomine, ut dū confessoria agit ad usumfructum, & agendo

ad usum fructum etiam ad jus altius nō tollendi, atq; eo modo ne novum opus fiat, opus novum nunciare intelligatur. Nam cū ita nunciat, in effectu hoc etiam intendit, non esse ei jus ædificandi altius. Idem colligere mihi videor ex d. l. i. §. fin. D. de remission. ubi idē Iulianus tribuit creditori, quod antea tribuerat usufructuario, ut nimirum creditori detur petitio, ut Cujac. legit lib. l. obseruat. cap. XVI. seruitutis, non ut petat seruitutem actione confessoria, quæ aliās ob seruitutem comparata est, sed hypothecaria, quæ cū intentetur ratione juris creditori à debitore in re hypothecata constituti, per consequens etiam in omne id datur, quo minus jus illud saluum & incolume ipsi sit. Ubi hoc etiam notandum referri & de creditore ab Ulpiano Iuliani sententiam, neque eam expressè probari, de qua tamen nemo dubitaverit, quin sit verissima, ut eadem ratione, quæ de fructuario ex Iuliano relata sunt, etsi expressè approbata non sint, propterea tamen pro improbatis habenda non sint. Cujacio enim in dict. cap. XVI. affirmanti in creditore quidem hoc obtinuisse, in fructuario autem

tem Iuliani sententiam explosam esse nul-
 latenus assentior. Quod ad posterius caput
 attinet, nemo ex omnibus Iuriscōsultis fuit,
 qui negauerit, usufructuarium novum o-
 pus nunciare posse: sed hoc negabant om-
 nes, quòd id posset nomine suo; affirmabāt,
 ꝓ posset nomine procuratorio. Hinc distin-
 guitur inter dominū novum opus facientē,
 & vicinum non dominum novum opus fa-
 cientem. Aduersus vicinum usufructuarius
 duo habet remedia ex sententia Iuriscōsul-
 torū, nimirū vel petitionē ususfructus vel o-
 peris noui nūciationē, atq; hāc nomine do-
 mini, non suo: aduersus dominū non habet
 operis noui nūciationē, nec suo nec alieno
 nomine, sed habet petitionē ususfructus. Vi-
 deamus an Iulianus ab hac certissima Iuriscō-
 sultorū sententia recesserit. Sanè si cōfe-
 ratur l. i. §. si. & l. 2. D. de op. noui nunciat. & l.
 i. D. de remiss. apparebit Iulianum ab ea ne-
 quaꝓ recessisse. Nā ꝓ Iulianus senserit à fru-
 ctuario posse opus novū nunciari vicino ex-
 pressè affirmatur in d. §. itē Iuliano: ꝓ etiam
 petitionem habeat ususfructus, etsi expres-
 sum non sit, nunq̄ tamen negasset Iulianus:
 quòd domino nunciari nequeat, idem cō-

stat ex d. §. item Juliano, & d. l. 2. Cur autem usufructuarius suo nomine novū opus nunciandi jus non habeat, ratio hæc ex Ulpiano in d. l. 1. §. jus habet, afferri potest. Dicit ibi Ulpianus, Jus habet nunciandi, qui aut dominum aut servitutem habet; cūm autem nunciatio fiat contemplatione & rei illius in cuiusdamnum opus novū fit, & rei quæ ædificatur, servitutem aliam ibi accipere nō possumus, quā quæ realis siue prædialis vulgò dicitur, non etiam personalis: at verò quin ususfructus sit servitus personalis, extra omnem est controversiam. Et de servitute reali Ulpianum accipiendum apparet ex d. §. item Juliano, nimirum ex ipsa particula *ITEM*, quæ adjungit casum in neutro mēbro antedicto comprehēsum. Cūm autem ususfructus sit servitus, & in d. §. jus habet, Ulpianus servitutis mētionem fecerit, manifestum est in d. §. jus habet, servitutem accipiendam esse de reali, maximè quòd aliàs etiam servitutis appellatio simpliciter prolata, ut plurimum capiatur de servitute reali, quod annotavit etiam Cujac. in paratit. utpote per quam fiat, ut ipsa duntaxat, non etiam re utamur, in personali verò re ipsa.

Atq;

Atq; hæc causâ est, cur tractatus de servitutibus personalibus libro VII. Digestorum cōclusus, doctrinam de servitutibus, quæ libro VIII. proponitur, antecedit. Hinc Jurisconsultus respondit, omne hoc quod ad novi operis nunciationem attinet, ex persona nūciantis æstimandum non esse, l. non solùm 8. §. morte D. de oper. nou. nunciat. quoniã morte nunciantis, item alienatione extinguitur non quidem jus nunciationis, sed nūciantis personale, quod ipsum etiam docetur in l. si. D. eod. Quæ autem ad d. l. unicam §. item Juliano de remissione utili & inutili magna contentione disputantur à Cujacio d. obseruat. XVI. & li. IX. cap. XVII. & lib. XVI. cap. XXXI. & sub nomine Ant. Mercatoris lib. II. not. ad animaduers. Roberti, cap. XXXI. & Joanne Robert. lib. II. recept. lect. cap. XII. & lib. II. animaduers. cap. XXXI. & lib. II. notat. ad notas Ant. Mercat. cap. XXXI. & Immanuele Soar. lib. I. observ. cap. XX. & à Fr. Hotom. lib. 2. amicab. resp. c. 16. expedientur à nobis, si Deus & ocium & vitam dederit, lib. 2. cōtrovers. quæ sunt inter Cujacium & Hotomanum, in quo hæc de re dicendi locus nobis erit proprius.

Distinguendum esse inter res & inter jura
in rebus constituta. CAP. XIX.

NON animadversa ab interpretibus distinctionio facienda inter res & inter jura in rebus constituta, multas nobis in juris disciplina difficultates peperit, quæ illa custodia nullo negotio tolli potuerant. Rerû verò appellatione latissima etsi jura etiam cõtineantur §. incorporales. Inst. de reb. corpor. & incorp. sunt tamen illa ejusmodi, ut non nisi rei alicui, potissimû verò corporali, sive mobilis illa sit sive immobilis, inhæreant, ut res hæ videantur esse quasi subjecta, à quibus jura, ut adjuncta sustineantur, aut saltem sustineri intelligantur, inter quæ cùm mutua sit relatio, non rarò accidit, ut res ipsa pro jure capiatur nominata re ipsa, cùm jus potius nominari debuerit, quod fit metonymicè. Hoc in compluribus juris partibus est manifestissimum. Aliud est hypotheca, aliud res, quæ hypothecæ data est. Res esse quidè possit, etiamsi jus hypothecæ in ea constitutum non sit, sed ut res dicatur hypothecata, hoc jus, quod hypotheca appellatur, in re constituatur necesse est, quo sublato res quidem ipsa salua & incolumis manere possit, sed

sed non amplius res à jure illo denominata. Ita aliud res est, aliud dos, hoc est jus in re marito constitutum ad sustinenda onera matrimonii; tolle jus, dotem quidem sustuleris, interim re manēte salua, cui hoc abscedit, quod non amplius, ut antè, cū jus illud etiam num̄ duraret, dicitur res dotalis. Sic aliud est res immobilis vel ei æquipollēs, aliud feudum, hoc est ususfructus ille in re immobili sub fidei conditione constitutus, tolle feudum, jus quidē sustuleris à re, sed propterea rem ipsam non confeceris, quæ cum ante feudalis esset, & à jure illo diceretur, jure isto abscedente, feudalis esse desinat. Ex quo fit, ut cū aliquid dicitur esse fundus siue p̄dium, id substantiam denotet ipsam, quæ à natura est vel artificio; q̄ dicitur feudale, dotale, hypothecatū, id demū sit ex jure; & sicut citra p̄dii vel fundi corruptionē, abesse ab eo potest feudū, dos, hypotheca, ita necesse est, ut hæc jura sint p̄ter rei substātiā accidentia. Quod si igitur res cū jurib. cōfundantur, obscuras inde disputationes sequi necesse est, q̄ distinctis illis futuræ erant q̄ ligidissimæ. Mirantur multi, quid sit, quòd creditor, cū dominus non sit rei hypothecatę, ejus tamē

distrahendæ, si fors ita tulerit, facultatem
 habeat, quod illis *παράδοξον* videtur. Ego verò
 multò magis miror, non attendere illos hoc
 jus rem distrahendi creditori vi hypothecæ
 constitutæ jure concessum esse. Rei hypo-
 thecatæ est dominus debitor; hypothecæ,
 hoc est, juris in re cõstituti dominus est cre-
 ditor: at dominus rem suam lege permitten-
 te distrahendi habet potestatem. Et creditor
 igitur, jus illud suum quod habet, & speciali-
 ter etiam rem, sine qua transferri illud non
 potest. Ita rei in dotē datæ domina est mu-
 lier, sed dotis ipsius, hoc est, juris dominus
 est maritus l. 23. l. licet 27. l. in reb. C. de jure
 dot. qua distinctione posita, quæ est verissi-
 ma, per se patet illa plurimis paginis dispu-
 tata, & verborum involucris obscurata quæ-
 stio, utrum dotis dominus sit maritus, an
 verò mulier. Sic dominus rei in feudum da-
 tæ est senior, non vasallus; sed feudi ipsius,
 hoc est juris dominus est vasallus, nō senior.
 Hujus distinctionis ignoratio aut negligenti-
 a introduxit posterioribus temporibus il-
 lam domini directi & utilis distinctionem,
 veteribus & sincerioribus Jurisconsultis a-
 liâs incognitam. Verum hoc quod dixi, rem
 dota-

dotale esse à dote aliam, & quod hujus quidē dominus sit maritus, illius verò mulier, videtur repugnare ei, quod Justinianus in l. in rebus C. de jure dot. constituit, ut mulier soluto matrimonio possit agere rei vindicatione vel actione hypothecaria. Qui enim rei vindicatione agit, is quidem agit in rem propriam, sed qui hypothecaria, is non agit in rem propriam, sed in eam, in qua ipsi jus duntaxat aliquod constitutum est. Neque enim possum rei esse dominus, eādēq; habere jure hypothecæ. Aut igitur non datur utraque actio mulieri, aut non est mulier omnium rerum, quas in dotem dedit, domina, quod paulò antè affirmasse visus sum. Sed sciendum est, res quæ in dotem dantur, non esse omnes uniusmodi, cùm quædam dotales revera sint, quædam revera dotales non sint. Verè dotales sunt, quæ simpliciter dantur in dotem non æstimatò: non verè dotales sunt æstimatò datæ. Res siue incorporales sint siue corporales, & siue mobiles siue immobiles, dantur in dotem vel æstimatæ vel inæstimatæ, vel partim æstimatæ partim inæstimatæ. Quæ æstimatæ dantur, habentur pro venditis, quia æstimatò

e tiopre-

tio precium est, ubi autem precium est, ibi est venditio, l. 12. D. de jure dot. l. 5. C. eod. atq; ita actio esse potest ex emto, l. cum dote, C. eod. Quare cum res traduntur æstimate, earum rerum dominium traditione marito acquiritur, ideoq; mariti periculo percunt, l. 51. D. solut. matrim. l. plerunq; 16. D. de jure dot. Quare ratione æstimatio succedit in locum rei, atq; est in dote, non res ipsa. De his rebus Imperator loquitur in actione hypothecaria. Etsi enim res hæc propriè fuerint mariti, tamen si etiamnum extent, tacite ex ipsa lege mulieri sunt oppignoratz, l. 21. C. de jure dot. Oppignorari enim poterant, cum jus ipsarum transferit. Ceterum in rebus non æstimate uxor naturaliter manet domina, maritus dominus non est, quoniam rei ejusdem duo in solidum domini esse nequeunt. Soluta itaq; matrimonio uxor in re sua vindicanda est potior. Ita uxor vindicat res non æstimate, hypothecaria agit de æstimate, quæ vera mens est Justiniani.

De perceptione fructuū quæ fit à malæ vel à bonæ fidei possessore. CAP. XX.

INter accessionis species est etiam fructuū perceptio, qua is qui bona fide rem ex justo ti-

fito titulo à non domino accepit, fructus qui
 ex re illa proveniunt, percipit, eorundemq;
 fit dominus. Quod si is qui rei est dominus
 ex titulo ad dominium transferendū habili,
 rem in alium transferat, is qui rem accipit,
 rei istius fit dominus, atq; hic fructus ex re
 illa provenientes, jure suo, hoc est, jure do-
 mini percipit, l. 2. & l. 6. D. de acquir. rer. do-
 min. siue ex suo siue alieno semine fructus
 nascantur, l. qui scit 25. D. de usur. atq; de hoc
 casu nullum est dubium. Si verò is qui rem
 transfert, ejus dominus non est, dominium,
 quod non habet, in alium transferre nequit,
 l. nemo 34. D. de regul. jur. Cùm igitur neq;
 is qui dedit, neq; is qui accepit, rei translatæ
 fit dominus, videntur fructus rei indistinctè
 neutrius esse, sed ejus potius, qui rei est do-
 minus, ex regula in accessionibus vulgata,
 quòd adjunctum cedat subjecto, id est, qd is,
 qui rei est dominus, sit etiam dominus eius,
 quod rei istius occasione provenit. Verùm
 hoc non est ita simpliciter affirmandum, ut
 omnes uno ore fatentur interpretes, sed di-
 stinguendum. Hæc autem distinctio petitur
 partim ex fructibus ipsis de quorū pceptio-
 ne quaeritur, partim ex psona accipiētis, ita

c a ut in-

ut inquiratur, bonæ fide an mala, is qui rem accepit, acceperit. Etsi verò interdum fructus appellationē latius accipiamus pro omni commodo utilitateque rei, ut cū à Jurisconsultis dicuntur in actionem confessoriam venire fructus, ut in l. etsi forte 6. §. veniunt D. si seruit. vindic. & in l. videamus 19. in fine D. de usur. fructus tamen hīc intelligimus quicquid utilitatis vel ex ipso rei corpore vel occasione ejus provenit, l. item si 9. l. arbores 59. D. de usufr. l. in frumentū 42. D. de usufr. leg. Qui occasione rei proveniunt, dicuntur civiles, qui ex ipso rei corpore, Naturales. Illius generis sunt usuræ, pensiones, mercedes, vecturæ jumentorum, aliæque obventiones, quæ cū non natura proveniant, neque sint ex ipso corpore, sed percipiuntur jure & ex obligatione, siue cōventionē partium, l. si navis 62. D. de rei vindicat. l. usura 121. D. de verb. significat. fructus propriè non sunt, nec in fructu esse putantur, ut est in d. l. usura, sed fructuum vicē obtinent, l. usuræ 34. D. de usur. l. quod his verbis 83. D. de legat. 3. l. mercedes 39. D. de hered. petit. & ab illis distinguuntur ut in l. cum de modo 11. D. de donat. Naturales fructus

Fructus iterum sunt duplices, nimirum naturales in specie & Industriales. Naturales sunt qui ex corpore rei sine ullo facto hominis à sola natura proveniunt, ut pomum, l. fructus 45. D. de usur. etsi fortè factum aliquod hominis ab initio interuenisset circa implantationem, quod postea omninò cessat. Industriales sunt, quos natura quidem etiam ex corpore rei producit, sed accedente labore & industria hominis, ut sunt segetes & fruges d. l. fructus, qui propterea ab illis distinguuntur, quod in his industria magis quàm natura spectetur, in illis natura magis quàm industria d. l. qui scit §. in alieno. Porro sunt fructus illi naturales in genere vel in rerum natura, vel non sunt. Qui in rerum natura sunt rursus dividuntur in pendentes vel stantes & perceptos. Pendentes definiuntur qui terra adhuc continentur, quiq; terræ aut solo adhuc cohærent, l. fructus 44. D. de rei vindicat. l. arboribus 12. §. Julianus, l. si pendentes 27. D. de usufr. l. fin. §. non solum D. quæ in fraud. credit. l. idem etiam stantes appellantur, l. 7. §. interdum D. solut. matrim. l. si apes 26. §. fin. D. de furt. sed quoniã definitio illa fructuum pendentiũ siue stantium

tium aliquantò est angustior, utpote quæ
 pertineat tātum ad fructus qui ex terræ cor-
 pore proveniunt, cùm res quamplures sint
 aliæ ex quibus non minus quàm ex terra
 fructus nascuntur, puta animalia, malim
 definitionem poni aliquantò amplius, ut
 fructus pendentés, sive stantes sint, qui ad-
 huc corpori cohærent, sive qui re adhuc
 continentur. Cur enim non æquè pendere
 vel stare dici debeāt fructus in corpore quo-
 vis alio, quàm in solo siue terra? Percepti
 sunt, qui terra teneri desierunt, vel potius,
 qui à corpore, ex quo provenerunt, separa-
 ti sunt, neque dum amplius eo continen-
 tur, l. si ejus 78. D. de rei vindication. l. 13.
 D. quibus modis ususfruct. Fructus qui in
 rerum natura non sunt, hi vel extiterunt ali-
 quando, vel sunt futuri. Qui extiterunt, di-
 cuntur consumti, quibus opponuntur ex-
 tantes, l. 3. Cod. de condition. ex lege. l. cer-
 tum. Cod. de rei vindicatio. l. si pignore 22.
 §. si prædo el. 2. Digest. de pignorat. act. sive
 percepti hi sint sive non percepti: futuri au-
 tem sunt, qui nondum extiterunt, extituri
 tamen sperantur, cujusmodi sunt fruges an-
 norum insequentium; l. quod in rerum 24.
 D. de

D. de legat. I. l. interdum 73. Digest. de verbor. oblig. Atq; hi fructus omnes in ea causa sunt, ut cùm percepti nondum sunt, percipi tamen possint, qui ex eo dicuntur fructus percipiendi, & definiuntur fructus, quos tam petitor quàm possessor percipere potuisset, l. senatus 62. Digest. de rei vindic. In persona rem accipientis dixi esse distinguendum, bonæ an malæ fide rem à non domino quis acceperit. Bona autē fide accepisse is intelligitur, qui rem alienam esse ignoravit, & illius, à quo accepit, esse putavit, aut saltem ipsum jus distrahendi habuisse, l. bonæ fidei 109. Digest. de verbor. signification. l. quæcunque 13. in fine. Digest. de public. in rem action. E contrario malæ fide ille, qui scivit rem non esse ejus à quo accepit. Ille bonæ fidei, hic malæ fidei possessor dicitur. Et hic quidem in ea causa est, ut bonæ fidei possessor ex isto titulo nunquam fieri possit; ille verò ita bonæ fidei possessor est, ut postea malæ fidei possessor fieri possit. Quod si nunc quærratur, Utrum is qui rem alienam possidet, fructus ex re provenientius suos faciat jure possessionis, an verò illi sint domini rei

jure domini; respondendum est, quòd malæfidei possessor fructus omnes, cunjuscunq; illi sint generis perceptos & percipiendos, extantes & consumptos, industriales & naturales, & civiles, siue locupletior factus sit, siue non sit locupletior factus, suos non faciat, sed eos domino rei restituere teneatur, §. etsi hereditas, Inst. de offic. judic. l. fructus 33. l. si navis 62 D. de rei vindicat. l. illud 40. §. prædo, l. sed etsi 25. §. quod autem l. si possessor. 52. D. de hered. petit. l. domum, l. certum C. de rei vindicat. atq; hoc indistinctè siue aliquem possessionis suæ titulum habeat, siue non habeat, l. ait prætor 10. §. per hanc D. quæ in fraud credit. d. l. si navis §. fin. & extantes quidem rei vindicatione, consumptos verò conditione d. l. 3. C. de condiçt. ex lege. Atq; in hoc cõsentiunt omnes nisi quòd in fructibus percipiendis Accursius in l. ex diverso D. de rei vindicat. distinguendum existimat, ut malæfidei possessor, qui titulum non habet, de percipiendis teneatur; non teneatur, qui possessionis suæ habet titulum, quomodo conciliandum esse putat dict. §. etsi hereditas, cum l. si fundum. C. de rei vindicat. Nam quòd in d. §. etsi heredi-

reditas, Justinianus dicit malæ fidei possessorem teneri de his quos culpa sua non perceperit, id Accursius accipit de eo qui titulum non habet, quod verò in d. l. si fundum, Imperatores affirmant malæ fidei possessorem teneri de fructibus quos mala fide eum percepisse probatum fuerit, accipit de eo qui titulum habet. Sed assentior illis, qui scribunt indistinctè malæ fidei possessorem de fructibus percipiendis teneri, ad quod textus sunt expressi in l. fructus 33. D. de rei vindic. & in l. 1. in fine C. de petit. hered. & in l. 2. C. de fruct. & lit. expens. quod idem confirmatur per d. §. etsi hereditas. Nam quòd Imperatores in d. l. si fundum, de fructibus perceptis loquuntur, non etiam de percipiendis, ei consequens non est, ut percipiendos non etiam restituendos existimaverint. Etsi enim argumentum à contrario sensu desumptum in jure non sit momenti exigui, locum tamen non habet, cùm illi expressi juris textus aut ratio repugnat; & præsertim si desumatur illud ex legibus Codicis siue Imperatorum Constitutionibus, de quibus jam ante monui, quòd factæ sint, prout casus circumstantiis suis definitus Imperato-

ribus fuit propositus: quomodo & hoc casu de perceptis duntaxat Imperatores consultos fuisse arbitror, quòd ex respòso appareat, in supplicatione sive precibus suis Sabinum & consortes suos narrasse, fundum, quo de agitur, suum esse, & possessorem malæ fidei fructus ex eo jam percepisse, cùm utrunque illud Imperatores à Sabino & consortibus probandū esse rescripserint, quod idem absq; omni dubio ex certo jure de fructibus percipiendis respondissent, si de iis etiā consulti fuissent. Quod autē ad bonæ fidei possessorem attinet, de eo duo sunt valde controversa; unum respectu ipsorum fructuum, & alterum, quo tempore is qui bonæ fidei possessor est ab initio, postea possessor malæ fidei fieri incipiat. De fructibus industriali- bus, hoc est, qui cura & factu ipsius provenerunt, video convenire omnibus, bonæ fidei possessorem illos facere suos, idque indistinctè, sive titulum habeat, sive non habeat, per gl. in l. ex diverso D. de rei vindicat. quam in hoc benè dicere ibi notat Bartolus. De naturalibus idem statuendum esse textus est in l. bonæ fidei 48. D. de acquir. rer. domin. l. in pecudū 28. l. qui scit 25. §. 1. D. de usur. si modo sint

dō sint consumti, ad hoc nimirū ut absolutè
 & plenè bonæ fidei possessoris fiant §. si quis
 à non domino, Instit. de rer. divis. l. 4. §. lana
 D. de usua. Ita fit, ut fidei possessor indistin-
 ctè fructus tam naturales quàm industriales
 suos faciat. Quod ipsum etiam confirma-
 tur ratione duplici desumpta ex d. l. qui scit §.
 l. etsi enim Julianus casum ponat in bonæ
 fidei emtore, subdit tamen postea in genere
 de quovis bonæ fidei possessore, q̄ fructus
 suos faciat non facta ulla inter fructus natu-
 rales & industriales distinctione. Ita enim
 ait: *Porrò bona fidei possessor in percipiendis fru-
 ctibus id juris habet, q̄ dominis prædiorū tribu-
 tū est; præterea cū ad fructuariū ptineāt fructus
 à quolibet sati, quātò magis hoc in bona fidei pos-
 sessoribus recipiendū est, q̄ plus juris in percipiendis
 fructibus habet?* Ex quibus verbis ita infero, pri-
 mūm, Quoscunq; fructus dominus prædii p-
 cipe, suosq; facere potest, eisdē percipere suosq;
 que facere potest bonæ fidei possessor. Ratio
 est, q̄ bonæ fidei possessor idē habeat jus, q̄
 tributū est dominis prædiorū in fructibus per-
 cipiendis, ut Julianus dicit. Assumo: At do-
 minus prædii indistinctè fructus omnes, &
 naturales & industriales percipere, suosque

facere potest; qui effectus est domini unus extra omnem dubitationem positus. Sequitur igitur ut bonæ etiam fidei possessor omnes indistinctè & naturales & civiles percipere suosq; facere possit. Rursus: Quod jus habet fructuarius in percipiendis fructibus, idem & quidem multò fortius habet bonæ fidei possessor, dicit Julianus. At usufructuarius omnes omninò fructus & naturales & industriales percipere suosq; facere potest, l. utifruui 7. l. item si fundi 9. D. de usufr. atque illa est usufructus natura. Non minus igitur, imò multò magis bonæ fidei possessor omnes omninò fructus & naturales & industriales percipere suosq; facere potest. Bonæ igitur fidei possessor fructus percipiendo ex re aliena suos facit, non tantùm eos qui diligentia & opera ejus pervenerunt, id est industriales, sed omnes, id est, naturales etiam, sed facit illos suos *interim*, id est, ut ego interpretor, dum bonæ fidei possessor est & manet, quoniam quod ad fructus attinet, loco domini penè est ut dicitur in d. l. bonæ fidei. Non enim est dominus revera, quoniã rei unde fructus isti percepti sunt, ipse dominus non est: adjunctum autem cedit sub-
jecto.

jecto. Quòd si malæ fidei possessor esse ceperit, quod fit litis contestatione, ut post dicitur, interim fructus suos non facit, hoc est, sive extant sive consumantur: post litem, contestatam percepti non sunt malæ fidei possessoris. Ante litem contestatam percepti fiunt ipsius perceptione interim, sed consumptione absolutè: atq; ita interim perceptione ipsius fiunt, ut dum bonæ fidei possessor est, ipsi liceat omnes sive naturales sint sive industriales consumere, quomodo interpretandū est, quod in d. l. in pecudum Gajus dicit: *pleno jure* sunt bonæ fidei possessoris, non ut sit quamprimum dominus, sed ut habeat facultatem fructus consumendi, haud aliter atq; si pleno jure esset dominus. In suspenso ergò hæctenus est, ut dominus sit revera, ideoq; lex dicit eum dominum esse penè, quod ad fructus attinet, nō etiam plenè, quo ad rem nec penè nec plenè. Nam rei nec plenè est dominus, nec penè. In suspenso, inquam, hoc est, quoniam cū ab illo possideat, qui rei transferendæ jus non habebat, ab illo qui rei est dominus vindicari res poterit, atq; tum si fructus adhuc extēt, etiam ipsi unâ peti, vel officium judicis im-

plorari; qui fructus si consumti essent, non restituerentur, l. certum C. de rei vindic. l. 4. §. post litem D. fin. regund. Et ut summatim dicā, fructus stantes sive pendentes non sunt bonæ fidei possessoris, sed domini rei; sunt enim pars rei: fructus perceptos bonæ fidei possessor suos facit interim vel penè perceptione; absolutè & plenè consumptione, vel usucapione, atq; adeò extantes cujuscunq; illi sint generis restituit, consumptos cujuscunque etiam illi sint generis non restituit: atque hoc idem ita sensit Wesembecius in dict. §. si quis à non domino, num. 10. & post eum Anton. Faber lib. 1. conjectur. cap. 17. qui etsi primus videatur sibi differentiam illam ab interpretibus, quod ad hanc rem attinet, inter fructus naturales & industriales factam sustulisse, meminerunt tamen auditores mei me antequam vel Vitalem vel Wesembecium, aut ullum alium interpretem, qui idem sensisset, vidissem, ex cathedra in Academia Marpurgensi in enarratione Institutionum Imperialium ad d. §. si quis à non domino, anno Domini M. D. LXXXII. atque ita annis fermè quatuor ante Antonium Fabrum, idem docuisse. Sed
inter-

Interpretes ad unum fermè omnes secuti Accursium in bonæ fidei possessore distinguendum esse existimarunt, inter fructus naturales & industriales, ut hos quidem bonæ fidei possessor suos faciat, illos non æquè, moti autoritate Pomponii, qui in leg. fructus 45. Digest. de usur. ita ait: *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen quos suis operis acquisierit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit vel ex sylva cadua, non fit ejus, sicut nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris, quia non ex factō ejus is fructus nascitur.* Sunt qui putent, à ceteris juris autoribus in hac quæstione dissensisse Pomponium, cumque distinxisse, quod ceteri distingui noluerunt: sed his nihil aliud respondendum esse existimo, quàm quod responsum est in superioribus aliquoties, Justinianum hæc omnia, quæ in Digesta referri fecit, fecisse sua, ut illa non jam ex Jurisconsultorū, sed ex Justiniani autoritate æstimanda sint, ideoq; non minus sententiam Pomponii esse sententiam Justiniani, atq; ceterorum Juriscōsultorū sententia est ejusdē Justiniani sententia. Arguere etiam Compilatores negligentiz, qui in

Digesta antinomias non referendas retulerint, satis tutum non est, cùm subtili potius aliqua ratione, quæ sibi contraria esse videntur, concilianda sint, quàm contrarietas in legibus admittenda, quod idem voluit Justinianus in constitutione sua. Bartolus in d. l. ex diverso, scribit bonæ fidei possessorem naturales fructus suos facere, si titulum habeat, hunc si non habeat, non facere suos, secutus Jacob. de Arena & Oldradū atq; post hos Jason in addit. ad Christ. Porcium in d. §. si quis à non domino, & in eodem Joan. Faber. eandemq; sententiam communiter modernos hodie sequi dicit Panormit. in c. gravis de restitut. spol. sed indistinctè Gajus in d. l. in pecudū, foetum, lac, pilum, lanam, agnos, hoedos, vitulos statim pleno jure bonæ fidei possessoris fieri dicit, quos omnes fructus esse naturales in specie definitio fructuum naturalium suprà posita edocuit. Quam ob causam rectè scripsit Loriothus tract. 4. de apicib. juris axiom. 47. hanc Bartoli conciliationem esse divinatoriam. Sed nihilo felicius hanc rem expedivit ibi idem Loriothus, cùm dixit, bonæ fidei possessorē naturales fructus suos non facere, nisi bonæ fidei

fidei emtor esset: quasi illa sit regula, hæc exceptio: atque exceptionis attulit rationem hanc, quòd bonæ fidei emtor majus privilegiū habeat, propterea quòd & contractus & traditionis tempore bonam fidem eū habere oporteat, cū in aliis sufficiat contractus tempus habere, l. 2. in pr. D. pro emt. Nam accōmodatur quidem illa ratio usucapionibus à Jurisconsultis: accommodari etiam aliis & imprimis fructibus non memini uspiam me legere; ut ita quod leges non accōmodarūt, nos accōmodare non debeamus. Deinde in d. l. in pecudum, de quovis bonæ fidei possessore, quòd fructus naturales suos faciat, Gajus loquitur, quod cū per se ipsum pateat, eò quòd nullam facit distinctionem, tum verò manifestū esse potest ex eo, quod Gajus ibidem subjicit, & *fructuarii*, quæ vox subindicat æquiparari quoad hoc bonæ fidei possessorem & fructuarium, cū tamen cujusvis bonæ fidei possessoris, non tantum ejus qui bona fide emit, jus sit fortius quàm fructuarii, d. l. qui scit §. 1. Et si verò in plerisque legibus, in quibus fructus naturales dicuntur bonæ fidei possessoris fieri, mentio fiat bonæ fidei emtoris, tamen existimandum non

f est,

est, quod de bonæ fidei emtore affirmatur, id de aliis bonæ fidei possessoribus negari, cum in jure nostro rarum non sit, ut exempla sive species referantur, non ut regula restringatur, aut excludatur species altera, sed ut ea declaretur. Præterea non de bonæ tantum fidei emtore, sed indistinctè de quovis alio, qui ex justa causa bona fide rem accepit, affirmat Justinianus in d. §. si quis à non domino, naturali ratione placuisse fructus quos bonæ fidei possessor percepit, ejus esse pro cultura & cura; ut ita contra expressum textum bonæ fidei emtor à ceteris bonæ fidei possessoribus. quod ad hoc distingui, & quod omnibus hisce tributum fuit, illi soli tribui à Lorio non debuerit. Atq; hinc idē textus facit, quo minus in hujus *ἐναρτορα-
ρῶν* conciliatione assentiar doctissimis viris, tametsi multò rectius quàm Lorio locutis, Lud. Vitali in li. i. lect. c. 19. n. 6. & Julio Pacio in notis suis ad d. l. fructus, & Cēt. §. *ἐναρτορα-
ρῶν* qu. 45. quibus locis uterq; distinguit inter eū, qui possidet titulo lucrativo, ut ex causa donationis aut legati; & eū qui possidet titulo oneroso, ut ex causa emtionis aut permutationis, quasi hic lucretur fructus omnes, ille indu-

industriales tātūm ratione culturæ & curæ. Nā in toto illo paragrapho nihil aliud Justiniano propositū est, quā docere quatenus & quousq; bonæ & malæ fidei possessor fructus suos faciat; & sicut indistinctè de malæ fidei possessore, in verl. *Ei verò, qui alienū*, affirmat, eū cū fundo etiā fructus, licet cōsumti sint, restituere, ita in principio ejusdē paragraphi de bonæ fidei possessore affirmat indistinctè, naturali ratione placuisse fructus, quos pcepit, ejus esse. Non latebat Justinianū distinctio inter fructus industriales & naturales, q̄ si illa bonæ fidei possessori accommodāda erat, ita ut illos lucraretur indistinctè, hos tūm demū si ex oneroso titulo fundū possideret, sanè præceptoris instituentis non boni officio Justinianus functus est, qui omisit, q̄ omitti omninò nō debuerat, imò in quo totius illius q̄stionis decisio posita erat. Nā ex Vitalis & Pacii sententia locutus est Justinianus duntaxat de fructibus industrialibus, non etiā naturalibus, quod jam pridem etiam placuit Cujacio in utrisque notis suis ad supradictum paragraphum, & Hotomano in tract. de usur. sub cap. de fructibus. Quod si verum est, ut Justinianus

f 2 de in-

de industrialibus tantum responderit, quòd percepti sint bonæ fidei possessoris; ecquid igitur respondit de naturalibus? si enim in principio istius paragraphi de iis nihil est responsum, nihil omninò respõsum est, quod mihi verosimile non est, nec tam angustè accipiendi textus, ut quæ illis commodè includi possunt, imò verò etiam à textu auctoribus inclusa sunt, interpretatione inde excludantur. Non nego in mox sequente §. in pecudum, naturalium fructuum mētionē fieri, sed in quo definiatur in specie duo, primum quid sit in fructu pecudum, & alterū cuius sit id quod in fructu est, proprietariinē an fructuarii: Sed de bonæ fidei possessore in isto paragrapho disertè nihil: quod si tamen de illo etiam quærat, an id quod in fructu pecudum est ejus sit, si percepit, disertè respondet Gajus, vel potius sub nomine Gaji Justinianus in d.l. in pecudum, quòd lac & pilus & lana, & agni & hoedi & vituli statim pleno jure sint bonæ fidei possessoris, & fructuarii. Et verò si fructuarii illi sunt, multò magis erunt bonæ fidei possessoris, cujus jus fortius esse ex d. l. qui scit §. 1. jam antè comprobavimus, ubi Julianus eodem argu-

argumento utitur, ut si quid receptum est in fructuario, id multò magis recipiendum sit in bonæ fidei possessoribus, quos plus juris habere in percipiendis fructibus, quàm habet fructuarius, ibidem expressis verbis asserit. Nec mirum, cùm de bonæ fidei possessore idem Julianus eodẽ loco dicat, quòd in percipiendis fructibus id juris habeat, quod dominis prædiorum tributum est. At verò usufructuarium jus habere percipiendi fructus quosvis tam naturales quàm industriales, extra omnem est controversiam. Et bonæ fidei possessor igitur. Hoc etsi Justinianus totidem verbis non expressit, tamen afirmando genus, *FRUCTUS QUOS PERCEPIT*, omnes ejus species affirmasse intelligitur. Hoc nisi ita affirmetur, nihil de naturalibus, ut dixi, Justinianus definiisse videbitur: aut si quid definiit disertè in fructuario, idem intelligi voluit de bonæ fidei possessore, jam effectum est, affirmari igitur à Justiniano, quod Interpretes illi negant. Si excipias, eo ipso, quod Justinianus dixit quemcunq; bonæ fidei possessorem, sive oneroso sive lucrativo titulo rem acceperit, fructus industriales suos facere, satis in-

telligi, non quemcunque bonæ fidei possessorem fructus naturales suos facere, responsio in promptu est æquè incertos lectores dimittere Justinianum, atq; eos admisit. Nam superest adhuc ista quæstio, quis ille bonæ fidei possessor sit qui faciat, & quis sit qui non faciat fructus naturales suos. Et certè hæc, cùm ejusmodi distinctionem, ut illi volunt, reciperet, definienda potiùs fuerat à Justiniano, quàm illa, si omninò unam omittere de illis voluit, præsertim cùm de industrialibus fructibus minus, quàm de naturalibus, ob æquitatem illam, quam Pacius d. cap. 45. ponderavit, dubium esset, quòd isti bonæ fidei possessoris fierent. Minus autem dubium, omisso eo, quod magis erat dubium, definire voluisse Justinianum, mihi non est verosimile, nec instituto Justiniano admodum consentaneum. Cui consequens est, ut credendum non sit à Justiniano id omissum esse, atque adeò d. §. si quis à non domino, accipiendum esse de quovis bonæ fidei possessore, & de quibusvis fructibus indistinctè, sive industriales illi sint, sive naturales. Neque quò minus ita sentiam, movent me verba illa textus, *pro cultura*

tura & cura. Etsi enim non ignorem Cujacium in utrisq; notis suis ad illum locum, Ludovic. Vital. dict. cap. 19. num. 7. & nonnullos alios existimare iis verbis significari fructus industriales, non naturales, cùm cultura ad agros pertineat, cura ad pecora, plantas & arbores l. fructus 7. §. non solùm, Digest. soluto matrimon. & fructus naturales eandem curam atque culturam non requirant, rectius tamen sensisse mihi videtur Wesembecius dict. num. 10. & Antonius Faber dict. cap. 17. ut his verbis omnes fructus complexus esse Justinianus dicendus sit, tam naturales, quàm industriales. Quòd si enim penitus ad mentem Justiniani attendamus, apparebit ipsum non distinguere inter fructus, sed rationem potius reddere, cur naturali ratione placuerit, ut bonæ fidei possessor percipiat fructus non industriales tantùm, sed etiam naturales, nimirum quia coluit, quia curavit fundum illum vel rem illam, ex qua fructus illi provenerunt, ut ita cultura & cura non ad fructus, sed ad rem illam, unde fructus sunt, referatur. Et profectò ita est, ut non fructus,

f 4

sed

sed res ipsa coli aut curari dicatur. Hinc est quòd Justinianus non dicit, fructus quos percepit *EX* cultura & cura, sed *PRO* cultura & cura. Jam verò & naturales fructus provenire non solùm meliores, sed sua etiam sponte, si terra excolatur, si elaboretur, quis est, qui dubitet? Etsi verò haud inficier industriales propriè ex cultura provenire, id tamen impedimento non est, quò minus naturales etiam ex cultura & cura provenire rectè dici possint. Cujacius tract. VII. ad Africanum in l. quæsitum 40. D. de acqu. rer. domin. in ea quidem etiam est sententia, ut putet, bonæ fidei possessorem quemvis sine distinctione fructus naturales suos non facere secundum d. l. fructus: at verò quod in ceteris legibus contrarium dici videtur, id accipiendum esse, ut interim, id est, quandiu res evicta non fuerit, prout illam vocem *interim* ex d. l. qui scit §. fin. interpretandam existimat, eos etiam suos faciat, quoniam aliud sit fructus absolutè fieri suos, ut in d. l. fructus, aliud fructus fieri suos interim, id est, eousq; quoad res evicta sit, nisi fortè fructus sint usucapti, adeò ut si res evincatur, & fructus percepti sint consumpti, illi etiam in restitu-

stitutionem veniant; atq; hoc illud est quod in notis suis prioribus ad d. §. si quis à non domino, scripsit Pomponiū exitū finemq; iudicii inspexisse, ceteros jurisconsultos antecedentia. Sed turpiter eos, qui ita sentiūt, errare, dissimulato Cujacii nomine, scribit Ant. Faber d. c. 17. eò quòd nusquam scriptū sit, fructus naturales consumptos à bonæ fidei possessore restitui, quod contra Cujacium notavit etiam Vitalis d. c. 19. nu. 9. imò non restitui nisi extantes, atq; ex quibus bonæ fidei possessor locupletior factus sit l. sed si lege 25. §. consuluit D. de heredit. petit. si quidem id quo locupletior factus est non consumptum sed extare etiamnum putetur, aperte locis supradictis scriptum esse: & verò secundum hanc interpretationem non aliter de industrialibus, quàm de naturalibus judicandum esse, siquidem Paulus de omnibus loquatur, cum fructus bonæ fidei possessoris interim fieri ait. Præterea loquitur Julianus in casu longè alio, quàm Paulus, ut quod Paulus dixit *interim*, ex Juliano qui dixit, *quandiu evictus fundus non fuerit* interpretari Cuacius nō debuerit. In eo quidem conveniunt, quòd uterq; loquitur de bonæ

fidei emtore, & uterq; quærit an fructus perceptione is suos faciat: sed Julianum loqui de bonæ fidei emtore, qui cognovit fundū alienum esse, antequam fructus perciperet, expressa textus verba demonstrant, & *antequam fructus perciperet, cognovit fundū alienū esse*: Paulū verò loqui de bonæ fidei emtore, qui hoc nōdum cognovit, arguit oppositio quæ in §. in contrarium, ejusdem l. bonæ fidei, subjicitur, in qua dicit Paulus, *in contrarium quaritur, si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse &c.* At interpretari casum ejusq; decisionem ex casu opposito non est interpretari leges, sed cōfundere, præsertim cūm quæstio nobis jam sit de bonæ fidei possessore, qui ejusmodi adhuc omninò est, atq; simpliciter: & verò tantò minus hoc admittendū est, quòd de fructibus non industrialibus, sed naturalibus nunc omnis sit disputatio, Julianus autem agat non de naturalibus, sed industrialibus, ut apparet ex initio d. §. fin. *bonæ fidei emtor SEVIT*, & idem omninò jus in istis statuatur, quod illi statui volunt in naturalibus; cui consequens nihil aliud sit, quàm quod jus est bonæ fidei possessore.

fessoris in percipiendis industrialibus, idem
 sit in percipiendis naturalibus; quod nos
 volumus. Acutissimi ingenii vir Antonius
 Goveanus lib. 2. lection. var. cap. 15. Pompo-
 nium accipit de fructibus naturalibus per-
 ceptis duntaxat, ut bonæ fidei possessor sola
 perceptione illos suos non faciat, ceteros
 Jurisconsultos de fructibus naturalibus cō-
 sumtis; quem sequitur diligentissimus &
 doctissimus Dion. Gothofredus in notis ad
 dict. l. certum, in verb. extātes, *sed repugnant,*
 inquit Anton. Faber dict. cap. 17. *dict. l. bona*
fidei, & d. l. in pecudum, qua de sola perceptione,
non etiam de consumptione loquuntur. Et in d.
§. lana, non requiritur consumptio ad acquisitio-
nem, ut constat ex illis verbis, SED STATIM
EMTORIS FIT, sed uti ne eos fructus bo-
na fidei emtor restituere teneatur domino quan-
docunq; rem suam vindicanti. Quemadmo-
dum enim si usucapti essent, petere eos dominus
non posset, ita nec si fuerint consumti. Ceterum
ante consumptionem erunt nihilominus bona fi-
dei possessoris, ita tamen, ut, nisi ante evictionē
vel consumti vel usucapti sint, domino restituā-
tur, idemque ante Fabrum sensit Wesemb.
in d. §. si quis à non domino, nu. ii. ubi urget

illa textus verba, *percipiendo suos facit*. Ego vero addo etiam Gajum, in d. l. in pecudum, qui præterea dicit *statim PLENO JURE sunt bona fidei possessoris*, quod cujusmodi sit ex supradictis intelligi potest plenius. Cùm igitur animadverteret Ant. Faber nullam ex omnibus illis conciliationibus superesse, quæ non pateretur suam difficultatem, ipse duas alias conjecturas in d. cap. 17. attulit, à quarum tamen posteriori, quæ est, ut ea quæ de naturalium fructuum acquisitione dicta sunt, de iis duntaxat fructibus intelligere debeamus, quibus conservandis curâ aliquam bonæ fidei possessor impenderit, tametsi vix ulla res sit, quæ sine cultura aut cura aliqua fructum ferre possit, cùm & naturales ipsi curentur, l. fructus §. non solum D. solut. matrim. ipse recedit, ut in ea diutius immorari operæ precium non sit. Prior autem valde est arguta & expedita, quæ uno icu omnem hunc nodum dissolvit, sed vereor, ut sit nimis violenta. Manus enim textui adhibet, ut cùm in omnibus exemplaribus legatur constanter, *sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris*, ipse textum emendandum & legendum esse putet, *sicuti cujuslibet bonæ fidei posses-*

possessoris. At verò aliquoties monui, debere nos ab emendationibus textus, præsertim Florentini, abesse quàm longissimè, etiam tùm cùm lectio alia & diversa aliorum codicum manuscriptorum autoritate confirmari potest, multò verò magis tùm cùm omnium Codicum lectio est constans atque eadem, & interpretatio afferri potest ejusmodi, per quam juri sua constare possit autoritas; quod hoc loco fieri posse ex sequentibus erit manifestius. Sanè si de bonæ fidei possessore Pomponius ageret, esset is locus pro confirmanda communi ista opinione valde singularis, & apprimè notandus. Jam verò in hoc, quod illi ponunt pro certo, mihi cum illis non convenit. Quòd Pomponius disputet de fructibus, quos maritus ex re ab uxore donata percepit, utrinq; in confesso est: an maritus bona fide fructus istos percipiat controversia est, quod illi præsupponunt, ego nego, negat etiam Ant. Fab. d. c. 17. quem idem sensisse cõperi, posteaquam ex cathedra anno LXXXII. hoc ita docuissim. Cur autem negem, ratio est in promptu, quia donationes inter virum & uxorem de jure regulariter sunt prohibitz, t. t. D. & C. de

donat. int. vir. & uxor. Si ergo donatio est
 modi inter maritum & uxore intervenisset,
 maritus bona fide non possideret. Quod e-
 nim cōtra jus fit, id contra bonā fidem fieri
 necesse est. Nā ad bonā fidē requiritur justus
 titulus & justus error d. §. si quis à nō domi-
 no, qui error justus facti tātūm est, non juris;
 at juris error est, non facti, si maritus rem ab
 uxore sibi donatam se justè possidere existi-
 met, qui ipsum à mala fide non removet,
 cūm quilibet jura scire teneatur. Possidet i-
 gitur maritus rem sibi donatam mala fide.
 Hinc dicunt jura nostra, quòd illud, quod u-
 xor viro, aut vir uxori donavit, p possessore
 possideatur, l. quod vir 16. D. de acquir. vel a-
 mitt. poss. l. nec ullā 13. §. 1. D. de her. pet. pro
 possessore autē prædo possidet l. pro herede
 11. D. eod. hic verò malæ fidei est. Hinc etiam
 Gajus scripsit in l. quia quod 6. D. de dō. int.
 vir. & uxor, quòd id, quod ex non cōcessā do-
 natione retinetur, *id aut sine causa aut ex in-
 justa causa* retineri intelligatur, & Paulus in l.
 per servum 57. D. de acqu. vel amitten. poss.
 scripsit ex sentētia Juliani per servum dona-
 tum à marito, ne ex re quidem ejus cui do-
 natus est, acquiri posse, & rationē addit hanc
 quod

quod hoc in eorum persona concessum sit, qui *bona fide* serviunt, quod idem affirmavit Julianus in l. si uxor 19. D. de donat. int. vir. & uxor. ibi, *hoc enim bona fidei possessoribus concessum est*. Quod si ita est, ut maritus malæ fidei possessor sit, ut certissimū est, malæ fidei aut possessor fructus quos percipit indistinctè suos non faciat, ut supra ostensum est, sequitur ut maritus percipiēdo fructus ex re sibi ab uxore donata, eos suos nō faciat indistinctè. Argumētum est à genere ad speciē. Non obstat, quod in d. l. fructus maritus dicitur fructus industriales suos facere, quod malæ fidei possessori denegatū esse, supra dictū est. Nā non improbabiliter responderi potest, id quod dicitur malæ fidei possessorem nullos fructus suos facere, verū esse summo & stricto jure; Pomponiū autem sicut & Ulpianum in l. de fructib. 17. D. de dona. int. vir. & uxor. fructus industriales marito vel uxori concedere ex benignitate: quæ benignitas etsi aliquo juris textu cōprobari nequeat, potest tamen desumi ex l. planè 38. D. de her. petit. in qua Jurisconsultus loquitur de impensis in rem alienam à malæ fidei possessore factis, quod de se quæri debeat, quod sciens in rem alienam impenderit,

ita in nostro casu maritus de se queri debet, quòd in rem alienam contra jus sibi ab uxore donatam, curam, industriam & operam suam impendit, ut aliquos inde fructus, qui sine facto ipsius nascituri aliàs non erāt, perciperet, de se queratur, cur hoc fecerit, cùm sciret aut certè scire debuerit, se eam in rem alienam, utpote donatione de jure invalida, impendere. Sed quemadmodum in casu d. l. planè benignius, in prædonis quoq; persona habetur ratio impensarum, ita hoc etiam casu benignius fiet, si fructus industriales marito relinquuntur. Cùm enim utrobique eadem sit ratio, cur non idem etiam jus? In prædone ratio impensarum habetur, quia petitor non debet cum aliena jactura fieri locupletior, l. nam hoc natura 14. D. de cond. indeb. idem est in malæ fidei possessore contemplatione fructuum industrialium, qui ex facto ejus nati sunt. Naturales fructus cur non sunt malæ fidei possessoris? Respondet Pomponius, quia non ex facto ejus is fructus nascitur. Ergò à contrario si ex facto ejus nascatur, ejus etiam fiet, nō jure stricto, sed ex æquitate. Quòd si malæ fidei possessoris curæ, diligentia, operæ & cultura ratio

non

non habenda esset, sine dubio afficeretur damno, quoniam interim, dum illa curat & colit, alia sua negligit; atq; ita summo jure jacturam faceret, lucrum autem acciperet dominus fundi: at regula est generalis, sub qua speciem hanc comprehendere possumus, quòd semper magis faveamus repetitioni, quàm adventitio lucro. L. non debet 41. §. I. D. de regul. jur. Atq; hanc æquitatem ita in genere in omni malæfidei possessore locum habere posse tùm dicebam: sed posteaquam in manus meas pervenerunt tres libri posteriores cōjecturarum Antonii Fabri, quod factum est primùm anno superiori tempore verno, reperi virū longè doctissimum & acutissimum, specialem quandam in marito & uxore rationem assignasse, cur ex re donata fructus industriales perceptos suos faciant, non obstante generali illa juris regula, qua dicitur malæfidei possessorem nullos omninò fructus, atq; ad eone industriales quidem suos facere, quæ ratio si ad æquitatem istam accommodetur, ut maximè in quovis malæfidei possessore locum non habeat, in proposito tamen casu, mihi videtur esse verissima, omnemque

g

illam

illam dubitandi rationem quàm optimè
dissolvere. Cùm enim modò dicta jurisre-
gula obstare videretur, eleganter his verbis
Faber hanc rem explicavit: *Verùm, inquit, re-
sponderi elegãter potest, meliorem esse mariti,
quàm ceterorum mala fidei possessorum, quos
prædones dicimus, conditionem, quòd is rem
sibi ab uxore donatam possidet, non contra u-
xoris voluntatem sed contra legem, quæ tamen
donationem hætenus duntaxat improbat, qua-
tenus ex ea pauperior mulier fiat, l. si sponsus s.
§. cum igitur, l. sed etsi 25. l. sed si vir 31. §. quod
legaturus, Digest. de donation. inter virum &
uxorem.* Nimirum duo sunt, quæ Faber ur-
get rectissimè, ut ostendat aliam esse mari-
ti & uxoris conditionem, quàm ceterorum
malæ fidei possessorum, unum, quòd mari-
tus vel uxor rem donatam possideat, contra
quidem legem, attamen secundum volun-
tatem mariti vel uxoris, cùm ceteri malæ
fidei possesores res possideant & contra le-
gem, & contra domini voluntatem: alte-
rum, quòd maritus vel uxor rem donatam
possideant contra legem, non simpliciter,
sed *quæ tamen*, nimirum si alteruter ex donatio-
ne ista fiat pauperior, adèò ut si pauperior
non

non fiat, donatio, si cetera adsint, non tantum non sit contra, sed etiam secundum legem; cum ceteri malæ fidei possessores indistinctè contra legem possideant, neq; quo casu ipsorū possessio justificari queat. Quæ cum ita se habeant, nemini mirū videri debet, si ex his diversitatis rationibus circa fructus industriales amplius aliquid tribuatur marito & uxori, quàm ceteris malæ fidei possessoribus, atq; æquitas illa quam paulò antè accommodavi malæ fidei possessoribus, multò magis accommodanda sit marito & uxori. Verum enim verò ut maximè prædii donatio inter maritum & uxorē de jure non subsistat, videbatur tamen de fructibus secus dicendum esse per l. ex annuo 15. §. 1. & l. de fructibus 17. D. de donat. int. vir. & uxor. in quibus dicitur fructus ut usuras donationē habere licitā; ut q̄ diximus donatarium malæ fidei possessorē esse, id accipiendū videatur de donatario prædii, non etiam de donatario fructuum. Sed respōdendū est ex ejusdē Ulpiani libro 32. ad Sabin. eā demum donationē impediri solere, q̄ & donantem paupiorē, & accipientē faciat locupletiorē, d. l. si sponsus, §. concessa. Hoc autē axioma est copulatū, ad

eius veritatem necesse est utranq; ejus partem veram esse, quod explicavit Ulpian. in eadem lege §. cùm igitur. Nunc si quærat de fructibus & usuris, an earum donatio valeat, necne, æstimandum illud est ex regula, quam jam modò posui. At verò fructus & usura, quarum mentionem facit Ulpian. in d. §. 1. & in d. l. de fructib. ejusmodi sunt, ut etiamsi maritus ex illis locupletior factus sit, uxor tamen propterea non sit facta pauperior. *Non enim, inquit Faber, tam ex re donata, quàm ex opera & industria sua percepisse existimandus est, cùm fieri poterat, ut etiam non facta donatione eos fructus, easq; usuras mulier parva fortassis, aut nullius industria nunquam percepisset.* Et fructus apud Ulpianum intelligendos esse industriales, satis apparet ex eo, quo dicit *fructus quoq; ut usuras licitam habere donationem.* Ut enim comparatio inter fructus & usuras instituta subsistat, necesse est intelligamus fructus ejusmodi, qui usuris sint similes. Sunt autem fructus illi, qui donatarii industria & opera, non rei ipsius donatæ natura & sponte provenerunt. Nam si de naturalibus fructibus quærat, ratio, quæ rei donationē impedit, eadem in fructibus

bus quoq; locum obtinet, nec magis pauper fit mulier in ea re, quam donat, quàm in fructibus, quos ei vel ignoranti & nihil curanti natura ipsa dedisset. Sed an idem illud, quod de industrialibus fructibus hæctenus dictum est, dicendum de naturalibus? Non ita, quia diversitas rationis in his, inducit diversitatem juris ab illis. Hoc Pomponius in illis verbis, *sicut nec cujuslibet bonæ fidei possessoris*, concisis quidem, non tamen admodum obscuris, si vis argumenti ponderetur, proponit. Argumentum à minori hujusmodi est: si non cujuslibet bonæ fidei possessoris sunt fructus naturales, qui tamen regulariter omnes suos facit, multò minus fructus naturales erunt ejus, qui possidet mala fide. Quin enim fortius jus sit bonæ fidei possessoris quàm possessoris malæ fidei, nemo est, qui ambigat. Assumit Pomponius, At naturales fructus non sunt cujuslibet bonæ fidei possessoris. Sequitur igitur ut multò minus sint malæ fidei possessoris. Quod argumentum non probat tantùm, sed illustrat etiam propositionem argumenti principalis, quod tale est, Malæ fidei possessor naturales fructus suos non facit: Talis est vir cui

uxor donavit: fructus igitur naturales suos
 non facit. Propositio eadem locum habet
 in fructibus industrialibus: sed cur in propo-
 sito locum non habeat, paulò antè demon-
 stratum est. Quod autem ad assumptionem
 prioris argumenti attinet, quam Pompo-
 nius expressè posuit, eam sic puto explican-
 dam esse. Qui ab initio mala fide possidet, is
 in ea causa est, ut nunquam dici possit bo-
 næ fidei possessor esse, nisi fortè possessio-
 nis titulo legitimè mutato: qui autem ab
 initio bonæ fidei possessor est, sed postea per
 litis cōtestationem malæ fidei possessor fit,
 is nihilominus potest nōnunquam dici bo-
 næ fidei possessor esse, ratione nimirum ha-
 bita initii possessionis, & rei ipsius quam
 possidet, non etiam fructuum & usurarum.
 Ex distinctione igitur bonæ fidei posses-
 soris distinguitur etiam ratio percipiendorum
 fructuū, ut qui ab initio fuit atq; adhuc est,
 fructus percipiendo suos faciat; qui ab initio
 fuit, sed amplius non est, is fructus percipiat
 quidem, sed non faciat suos, licet respectivè
 & sit & nominetur adhuc bonæ fidei pos-
 sessor. Scio Wesembecium in d. §. si quis à
 non domino, num. ii. distinguere inter bo-
 næ fi-

nã fidei possessorem titulum habentem & non habentem: Vitalem item dict. cap. 19. num. 10. Pacium d. quæstio. 45. inter bonã fidei possessorem possidentem titulo oneroso & lucrativo, ut ille fructus suos faciat, hîc non item; sed sunt illa profligata in superioribus. Stat igitur etiamnum immota illa sententia, Bonã fidei possessorem omnes fructus tam naturales, quàm industriales, quos percepit & consumpsit, ita facere suos, ut repeti nequeant: sin verò extant, possint. Quòd si verò bonã fidei possessor erat, postea fiat possessor malã fidei, tum omnes fructus ab eo tempore quo malã fidei possessor factus est, tam extantes, licet eos ante malam fidem supervenientem perceperit, quàm eos quos postea percepit, aut honestè percipere potuit, restituere cogitur. Sed quando is qui bonã fidei possessor est, mala fide possidere incipiat, ingens est inter juris interpretes disceptatio, quam Eguinarius Baro sine manifesta calumnia conciliari non posse arbitratur. Julianus enim post litem demum contestatam malam fidem incipere putat, etiamsi ante contestatam illam rem

g 4 alic-

alienam esse cognoverit, quam ab initio bona fide accepit l. quæsitum 91. §. fin. D. de legat. 1. cui consentire videntur Impp. in d. l. certum. Ulpianus verò etiam ante litem cōtestatam, protinus atque quis rem alienam esse resciverit, l. qui bona fide 23. §. tandiu D. de acquir. rer. domin. & Paulus in d. l. bonæ fidei §. in contrarium. quib. consentit African. in l. quæsitum 40. D. eod. Martianus in d. l. qui scit §. 1. usq; ad finem litis extendisse videtur, et si scientia rei alienæ superveniat. Quòd si ante, multò igitur magis post litem contestatã, & multò magis post evictionem; atq; id Ulpianus, Paulus Africanus & Martianus non negarunt: non etiam, qui affirmant post litem contestatam illud fieri, protinus affirmabunt fieri ante illam, tamen si non videam hoc ab illis negari. Nec si verum est post litem contestatam quem fieri malæfidei possessorem, consequens illi est, non etiam fieri ante. Est enim hoc argumentum à contrario sensu, quod non procedit, si leges sint in contrarium, ut hoc loco. Sane si possessor certò resciverit rem, quam possidet, alienam esse, eandemq; nondum usuceperit, non video quid obstet, ut in mala fide

la fide illum, quoad omnia, constitui dicamus; si certò id non resciverit, non etiam video, quid obstet, quo minus illum in bona fide, ut erat, ita manere dicamus. Verùm si illo casu lis ipsi moveatur, quis dubitabit, cùm semel in mala fide cõstitutus sit, quòd nunc multò magis dicendum sit, ipsum in mala fide constitutum esse, cùm ad extrajudicialem illam scientiam nunc etiam accedat judicialis? sin hoc casu lis moveatur, per litem cõtestationem malæ fidei possessor fieri incipit, quoniam de possessione sua nunc amplius certus esse non potest, eò quòd lis ipsi mota est, & ejus eventus est dubius. Atq; hoc est quod vulgò dicitur, post litem contestatam nullam esse differentiam inter bonæ fidei & malæ fidei possessorem, sed vulgò non satis rectè accipitur. Quòd enim hoc per omnia verum non sit, duobus exemplis demonstrabo. Finge, homo, de quo lis contestata est, paulò post moritur, an qui bona fide ante litem contestatã possidebat, & post litem contestatam malæ fidei possessor factus est, ejus nomine damnabitur? Minimè. Bonæ fidei enim possessor, etsi malæ fidei possessor factus sit, mortalitatis casum non

præstat, & tamen is qui inde ab initio, atque
 ad eò semper malæ fidei possessor fuit, ca-
 sum istum præstare debet, l. illud 40. D. de
 hered. petit. l. utiq; 16. D. de rei vindicat. Itē
 quod post litem contestatam bonæ fidei
 possessor acquirit ex re sua per servum, qui
 petitus est, id non venit in restitutionē, quod
 tamen malæ fidei possessor restitueret, l. præ-
 terea 20. D. de rei vindic. Quare si leges ac-
 curatius inter se conferamus, oppidò con-
 stabit, non esse simpliciter unam eandemq;
 rationē ejusq; ab initio bonæ fidei possessor
 fuit, posteaq; malæ fidei possessor factus est,
 & ejus qui ab initio malæ fidei possessor fuit.
 Hic omnes omninò fructus solet cū re ipsa
 præstare: ille universos etiam post litem conte-
 stationem præstat, acquirit autē omnes, co-
 usq; quousq; res evicta fuerit atque abs ipso
 auferretur, haud secus atq; antequam malæ fi-
 dei possessor fieret, sed lucratur consumptos
 ante litem contestationem, non lucratur post
 illam consumptos; atque hoc habet ex ma-
 la fide judicialiter ipsi superveniente, illud
 ex bona fide, quam inde ab initio habuit.
 Ita fit ut qui resciverit rem alienam esse,
 eo non obstante jus fructus percipiendi
 tandiu,

tandiu, quandiu in possessione rei est retineat: Tandiu autem in possessione est, quādiu fundus evictus non fuerit, id est, possessor ad restituendum fundum condemnatus, isq; ab ipso ablatu non fuerit; atq; adeò quo ad hoc jus fructus percipiendi non intelligatur malæ fidei possessor factus esse. Quod autem ad jus fructus perceptos suos faciendi sive consumendi attinet, non intelligatur malæ fidei possessor factus esse, quousq; lis contestata fuerit, ab ipsa contestata talis factus esse existimetur, atque hoc propter præstationem, vel ut Julianus loquitur, propter repræsentationem fructuū, quos perceptos & percipiendos post litem contestatam condemnatus restituit indistinctè, antè perceptos non æquè, sed ita ut bonæ fidei possessor; quod idem mihi sensisse videretur Eguin. Baro in d. §. si quis à non domino, dum ita scribit, *Bonæ fidei possessor fructus perceptos à quolibet & consumptos suos facit, & ideò domino rem vindicanti fructus ejusmodi aut eorum æstimationem restituere non tenetur, NISI POST LITEM CONTESTATAM CONSUMSERIT,* nisi paulò antè verba illa scripsisset, else

illa inter sese ita contraria, ut sine manifesta calumnia conciliari non possint. Sed controversia hæc eo, quo dixi modo, nimirum perceptione, & consumptione, atq; hac propter præstationem sive restitutionem, distinguenda & componenda esse videtur.

HER-



HERMANNUS VULTEJUS

LECTORI S.

SI à juris nostri interpretibus & antiquioribus & recentioribus, viris longè præstantissimis, & de Iurisprudentia nostra optimè meritis, in hisce atq; illis, quæ fortasse sequentur juris disceptationibus, liberius interdum dissensisse cuiquam videbor, is sciat existimasse me semper, atq; etiamnum existimare, plus textui jurisvè rationi, quàm autoritati, quantumvis etiam consultissimi viri tribuendum esse. Etsi enim autoritas ipsorum apud me longè sit maxima, nunquam tamen illa oculos meos ita præstinguere potuit, ut per eam à jure me abduci passus fuërim. Fecerunt idem & alii ante me, ut tantò minus mihi hoc vitio vertendum sit. Vt autem juris studiosi cogitationes meas qualescunq; cum cogitationibus illorum eruditissimis conferre possent tantò facilius, locos, in quibus illi rem eandem disceptarunt, annotavi in capitibus singulis nominatim. Qua in re si quid à me peccatum est, studiosorum juris, qui operam hanc à me efflagitarunt, amore peccatum est. Itaq; & alii mihi condonabunt, si quid in perplexis hisce difficultatibus, à me secus, quàm oportuerit, scriptum esse invenerint. Vt verò ego aliorum ab ipsis dissentiendo honori peperci, ita per me quidem cuiq; à me dissentire licebit, modò id faciat, ut virum decet ingenuum & modestum, sincerè & sine existimationis mez læsione. Neq; tam ego illis addictus sum, ut si meliora & rectiora monstrentur, relictis illis hæc non sim protinus secuturus, atque comiter viam monstranti gratias acturus. Vale.

INDEX CAPITVM DISCEPTATIONVM *num juris, quae hoc libro continentur.*

1. De in jus vocando. Caput I. fol. 5
2. Citare quid sit. Cap. II. fol. 31
3. Explicatur natura actionum præjudicialium ad Justinianum, in § præjudiciales. Insti. de actionibus. Cap. III. fol. 35
4. Examinantur descriptiones actionum personalium, quarum unam retulit Ulpian. in l. actionum 25. D. de obligat. & action. alteram Justinianus in § omnium. Inst. de actionibus. Cap. IV. fol. 45
5. Inquiritur de duobus difficilibus locis, qui occurrunt in § æquè si agat quis. Instit. de action. Cap. V. fol. 50
6. Ad l. 1. D. de edendo. Cap. VI. fol. 73
7. De jurejurando notabilia quædam. Cap. VII. fol. 78
8. Literas nescire quid sit, ubi explicatur l. 6. in fin. D. de excusat. tut. & § similiter. Institut. eod. Cap. VIII. fol. 96
9. De emendatione l. si is cum quo 20. D. commu. dividun. Cap. IX. fol. 105
10. Quantitas quid significet apud Jurisconsultos Cap. X. fol. 109
11. De absentibus non accusandis vel condemnandis, & ea occasione de annotatione. Cap. XI. fol. 114.
12. An de portatione libertas amittatur: ubi explicatur l. cognitionum 5. § consumitur. D. de extraord. cognit. Cap. XII. fol. 128
13. Utile & inutile, civile & incivile quid sit in jure. Cap. XIII. fol. 145
14. Ad l. 2. § mutui datio. D. de reb. cred. si cert. pet. Cap. XIV. fol. 148
15. De dolo, culpa & casu fortuito in contractibus præ-

- præstando, & in specie de culpa levissima in
 contractu locationisconductionis non præ-
 standa, & eadem in contractu quasi negocio-
 rum gestorum præstanda. Cap. XV. fol. 170
16. De obligatione minorum sui juris. Cap. XVI.
 fol. 174
17. Conciliatur l. si Titio 22. D. de pigno. cum l. rem
 alienam 41. D. de pign. act. Cap. XVII. fol. 198
18. Ad l. 1. § item Juliano. D. de remis. Cap. XIX.
 fol. 211
19. Distinguendum esse inter res & jura in rebus
 constituta. Cap. XIX. fol. 215
20. De perceptione fructuum, quæ fit à bonz vel
 malz fidei possessore. Cap. XX. fol. 217.

F I N I S.

Corrigenda.

In præfatione, pagina 1. b. lin. 10. pro effugerem, lege effugiam.
 pag. 13. a. lin. 5. pro, persuasum est, lege, persuasum non est. pag.
 44. b. lin. 8. post verb. collocatorum, pone, series. pag. 64. a. lin. 4.
 pro qui, lege, ex. pag. 87. a. pro facit, lege facio. & facie b. lin. 19.
 pro in vita, lege invita. pag. 90. a. lin. 7. pro, judicatum, lege ju-
 ratum. pag. 92. a. lin. 18. pro constituatur, lege constitueretur, &
 lin. 22. pro agatur, lege ageretur. pag. 101. a. lin. 17. pro quam, lege
 quem. pag. 103. a. lin. 9. pro multa, lege munia. pag. 104. b. lin. 10.
 pro fit, lege fit. pag. 152. a. lin. 14. pro pane, lege parte. & lin. 15.
 pro ut, lege ut ut. pag. 154. b. lin. ult. pro exponitur, lege oppo-
 nitur. pag. 195. a. lin. penult. pro imploranda, lege imploradam.
 pag. 200. a. pro actu, lege actio.



