



# **Francisci Balduini Iuriscons. Commentarij. De Pignoribus et Hypothecis. ;**

<https://hdl.handle.net/1874/433441>

2

FRANCISCI  
Balduini Iuris.  
conf. Com-

*Idem* mentarij. *in hunc*

DE PIGNORIBVS ET  
Hypothecis.  
DE CONDITIONIBVS.

IDEM:

AD PAVLVM, DE DIVISIONE  
obligationum.

AD EVNDEM, DE CAUTIONE  
lecta in auditorio Papiani.

AD PAPINIANVM, DE EVI-  
sione, & duplæ stipulatione.

AD REGVLAM CATONIA-  
nam.

*Cum rerum & uerborum In-  
dice copioso.*

BASILEAE, PER IO.  
*annem Oporinum.*

FRANCISCI  
Balduni  
conf. Com.

*General* *instructio*

DE MEMORIALI ET  
DE CONDITIONE

COMITUM

AD RATIONEM DE VERTUTE  
obligationum

AD RATIONEM DE VERTUTE  
obligationum

AD RATIONEM DE VERTUTE  
obligationum

AD RATIONEM DE VERTUTE  
obligationum

AD RATIONEM DE VERTUTE  
obligationum

AD RATIONEM DE VERTUTE  
obligationum

# INDEX.

- conditio fraudis causa* 200  
*conditio honesta* 199. 212  
     *impossibilis* 194. 195. 197  
     *indivisa* 224. 230. 234  
*conditio ipsa conventionis qua-  
 litas, ut lex contractus* 152  
*conditio iuris facti* 171. 172.  
     173 *iurisiurandi* 202.  
     203. 204. 206. 207  
*conditio nominis ferendi* 205  
     *novissima, leuissima* 238  
     *personalis* 188. 189  
*conditio plurium rerum scindi  
 potest* 231. 232. 235  
*conditio prædiorum tributa-  
 riorum* 13  
*conditio prior* 237  
*conditio proprie quid* 152.  
     153. 172 *quæ dici non possit*  
     *fit* 156. 158  
*conditio retrahitur, & edi-  
 uerso* 276. 277  
*conditio substitutionis* 291  
*conditio tacita* 165 *turpis*  
     & *inhonestâ* 199. 200.  
     201. 202. 208. 212. 213  
*conditionis defectus* 170 *di-  
 uisio* 227. 229 *exempla*  
     170. 180  
*conditionis uerbû late patet* 152  
*conditionis uis* 378  
*conditionem implere* 230  
     *querere* 192. 193  
*conditione pendente, neq; ce-  
 dit neq; uenit dies* 265  
*conditiones affirmatiuæ & ne-  
 gatiuæ conceptæ* 194. 195. 208  
*conditiones coniunctæ* 239  
     *coniunctim datæ* 237  
*conditiones duæ alternatiuæ con-  
 ceptæ* 237. 238  
*conditiones extrinsecus uenien-  
 tes* 171. 173 *in præterita-  
 tum conceptæ* 284  
*conditiones mixtæ, fortuitæ*  
     152. 192. 251. 258. 260  
     *pendentes* 265. 266. 267.  
     268. 269. 279  
*conditiones quo tempore, &  
 quomodo rectè impleantur*  
     249. 250. 251. 252. 253. 254.  
     255. 256  
*conditiones tacitæ* 169. 171.  
     173. 178. 179. 183. 184. 185.  
     186  
*conditiones, uoluntas defuncti  
 regit* 174  
*coniectura pietatis* 174. 176  
*coniunctim* 239. 242  
*consumptio* 141. 142  
*conuentio nuptiarû* 199. 200  
*conuentiones tacite ualēt* 180  
*Crassus pollicitus est ius Ciuile  
 diffusum, in certa genera se  
 coacturum* 398  
*creditor corporaliter primum  
 pignus tenet, & naturali-  
 ter & ciuilitè possidet,  
 quia id iure habet* 93  
*creditor debet nomen debito-  
 ris, qui in solutione cessauit,  
 exprimere* 120  
     ccc 2 *credi-*

# I N D E X.

creditor emens quando cum fi deiuſſore æquiparetur	113	dies certus, incertus	160. 161 162. 163. 167
creditor hypothecarius	72	dies incertus uariè dicitur	165. 166
creditor onerosus non audien- sus	334	dies tacite interdum inesse in- telligitur	169
creditor pignus uedens officio boni patrisfa. fungi debet	119	dilatio aperturæ tabularum necessarij hæredis ius non mutat	386
creditor quando pignus distra- here possit	180	dilatio civilis	159. 160
creditor qui pignus capit, pi- gnorari dicitur	3	disiunctim	238
creditor suum ius pignoris uen- dere potest	109	distrahendi pignoris ratio de- scribitur	118
cuilibet	239	diuiduitas	298
culpa	149	diuisio indiuisa	297
		diuisio obligationum	ibid.
		dolus malus	149. 150
<b>D</b>		dominus actionem locati & hypothecariam habet	20
Dare, facere	293. 294	domo pignori data, dein com- busta, area manet obligata	142
datio animum requirit, et cons- tinet factum	295	donare coniunx coniugi nõ po- test	138
debitor	200	donatio causa mortis	204
debitor rectè potest rem ipsam suo fideiuſſori uendere	110	dotis & donationis propter nuptias causa fauorabilis	274
debitorum chirographarij	35		
debitor delicatus non audiatur	334	<b>E</b>	
debitum sub cõditione purum	167. 174	Egisse quis uideatur	316
definitio in iure periculosa	379. 369	emancipati liberi	259
depositio obſignata	132. 133	emolumentum	223. 231
dies ad conditionem ualde ac- cedit	156. 157. 158. 159. 161. 162. 163. 167	exceptio dicitur conditio	152
dies cedit & uenit	162. 163. 164. 166. 167	executor rem addicit pluris li- citanti	119
		executor solenniter uedere de- bet,	

I N T R A C T A T U M D E P I -  
gnorib. & hypothecis, De conditionib.  
atque alios præcedentes,

I N D E X.

<b>A</b> ceptilatio quare in uenta 135. 136	Arefcusa 171
acceptum ferre 135	arrabo pro pignore 4. 66
actio ex stipulatu 336. 343	arrae 5
actio hypothecaria 81. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 93. 131. 145 suas cõditiones habet 130	arra sponsalitiæ interdum vi- gnora uocantur 5
actio personalis 144. 148	inter Aritifices differentia 258. 260
actio pignoratitia propriè quæ 2. 14. 8. 149. 150	auditorium 326. 327
actio Publiciana 58. 96 Ser uiana 81. 82. 83. 140. 141	Auiola & Pansa consules tem pore Adriani 374
addicti 7. 67	Aut uocula non semper disium Etina 305
addictio 119. 120	auus nepotes suos amat 176
Adrianus Imp. constituit, ne qua domus dirueretur 374	<b>B</b>
æstimatio pecuniaria 311. 312	Bona fide omnia agēda 105
Albutius Rhetor 390	<b>C</b>
alienatio 72	Cadavera religiose sepelien da 66
Alexandria 193	calumniari Ius Ciuile nõ oportet 371
alluuiouis periculum non præ stat uenditor 358	capitatio 34
ambulatoria res 256	captatoricæ institutiones 154
ἀντίγνωσις 8. 63. 97. 98. 99. 149	captiosa conditio 102
Antinomia 392	Carthaginenses 162
ἀντιρροληψία 6	Cato 132. 321. 324
apocha 328	Cato, & Catoniana regula 366
ἀποτέλεσμα 317	Cato F. Pauli Emilij gener 367
Aratra an pignori dari possint 69. 70	M. Cato princeps Porciae fa- milie 365
	Catonis regula ad cõditionales institutiones non pertinet ccc 385

# INDEX.

385		<i>Chasma</i>	141
<i>Catonis regula an omnino ue-</i>		<i>chirographarius creditor, de-</i>	
<i>ra</i>	370.371	<i>bitor</i>	86.91
<i>Catoniana regula quid defini-</i>		<i>chirographum</i>	328
<i>at</i>	370	<i>Ciceronis locus</i>	164
<i>Catoni iniuria facta ab ineptis</i>		<i>ciuitates loco priuatorum ha-</i>	
<i>interpretibus Iuris</i>	397	<i>bentur</i>	35
<i>Catonnes, pater &amp; filius</i>	365	<i>ciuitates speciali priuilegio</i>	
<i>cauere, &amp; cautionum formu-</i>		<i>principum ius pignoris ha-</i>	
<i>las dictare</i>	332	<i>bent</i>	35.36
<i>cauillatio</i>	371	<i>Claudius</i>	261.262.263.264.
<i>causa falsa</i>	282.283		265
<i>finalis,</i>		<i>celibatam indicere an liceat</i>	
<i>impulsua</i>	287		209
<i>causa nos ad aliquid agendum</i>		<i>cenaculariam exercere</i>	19
<i>impellit, &amp; ad praeteritum</i>		<i>cenaculū, cenacularius</i>	ibid.
<i>ac futurū referur</i>	282.284	<i>colonus</i>	23.24.135
<i>causae coniectio</i>	240.368	<i>commissa fiducia</i>	101
<i>cautio quid</i>	328	<i>condicere</i>	179
<i>cautio iuratoria, fideiussio</i>		<i>condictio ob causam</i>	178
<i>ria, hypothecaria</i>	215	<i>conditio additionis</i>	265
<i>Mu-</i>		<i>cōditio ambulatoria</i>	255.256
<i>tiana</i>	207.209.210.214.	<i>conditio an scindi possit, an dis-</i>	
	215.216.217.218.219	<i>uidi</i>	219.229
<i>cautio optima quæ</i>	10.11	<i>cōditio arbitraria, siue promi-</i>	
<i>cautionis plus in rem, quam</i>		<i>scua</i>	152.189.190.191.251
<i>personam</i>	9	<i>cōditio certa, &amp; quæ diem ha-</i>	
<i>cautionis uerbum ad quæ refer-</i>		<i>bet, differunt</i>	158
<i>ratur</i>	11	<i>conditio contra bonos mores</i>	
<i>inter Cautionē fideiussoriam</i>			200
<i>&amp; hypothecariam ma-</i>		<i>conditio damnosa</i>	201
<i>gna similitudo</i>	10	<i>cilis</i>	196.198
<i>de Cautione</i>	316.327.328	<i>exiēs</i>	273
<i>&amp; per totum tractatum</i>		<i>conditio faciendi, non faciendi</i>	
<i>cautiones obscuræ pro debito</i>			219
<i>intelligendæ</i>	341	<i>conditio fortuita nobis uel inui-</i>	
<i>Celsi l. C. uerba in l. 1. de reg.</i>		<i>tis existit</i>	277
<i>Caton. quomodo intelligēda</i>		<i>condi-</i>	
	372.373		

FRAN. BALDVINVS D.  
CHRISTOPHORO PRO-  
bo Iurisconf. V. C.



*¶* In superioribus annis u-  
nam modò ad te Probe cla-  
riß. Regulam Catonianam  
dedissem: et si tu tibi cumu-  
latè satisfactum esse iudica-  
ueris, ego tamen minimè mi-  
hi satisfeci. & paulo pòst altera ueluti obligatio  
accessit, quæ me magis deuinciret. Ut igitur  
maius aliquod dem animi nec ingrati nec imme-  
moris testimonium atq; pignus: mitto nunc ad  
te de pignoribus & hypothecis, deq; conditio-  
nibus, & aliquot alijs huius Iuris nobilissimis ca-  
pitibus Commentarium, ex nostris prælectioni-  
bus conflatum. Nam & qualem in hoc nouali  
sementem faciam, quid (inquam) doceam, &  
quomodo doceam in hoc auditorio, in quo tu me  
collocasti, in primis scire debes. Utinã uerò tua,  
atq; etiam mea expectationi fructus ipse respon-  
deret. Tu quidem nunc operam das, cum alijs a-  
liorum Principum Legatis, ut Consilij in hoc  
Imperio summi sedes ea sit, quæ Iurisprudentiæ



## Epistola.

maiestatem tueri atque sustinere possit. Nos in Schola operam damus, ut Iurisprudencia sit, esse quæ debet: ut illius sedis dignitate nõ omnino indigna esse uideatur. Sed quo minus hic, in medijs dico ruinis, illa, quæ iacet, assurgat, multa etiamnum obstare uidentur. Vetus querela est, languere iuuentutem, neque perinde ut deberet, in laudis cupiditate uersari. Sed sunt præterea multa, quæ & eorum qui illam comouere & excitare debent, animos debilitent, cursumq; retardent. Quæ nam ea sint, nunc non dico: neq; sine aliquo dolore possem. Sed dicere profecto ingenue illud cogor, quod tamen sapientis esse negant, Nõ putarum. Quid igitur? Pergendum est tamen. Ego quidem cerie nondum de hac prouincia discedo, quam suscepi auctore te & D. Arnolde Obsopæo v. c. Cumq; uos principio habuerim sponsores, nunc etiam testes habere cupio meæ fidei atq; assiduitatis: & uerò hac obligatione ita me liberare, ut uos uestræ fideiussionis nunquam pœniteat: & obtrectatores, si quid habent frontis, aliquando pudeat suæ uanitatis. Interea has ad te nostras de Iure perpetuo disputationes tanto lubentius refe

Epistola.

ro, quòd earum index idoneus sis, qui huiusce  
iuris & vim acutè perspicis, & usum in Rep.  
prudenter explicas. Quid? An de Iure Civili  
ad militem aliquem scriberem? Tam ineptum  
profectò id esset, quàm si de re militari Episco-  
pos consulerem. Cum igitur Iurisconsultum hic  
aliquem appellare instituissem: neminem te po-  
tiores habui, quem in hoc genere appellare, atq;  
etiam auctorem laudare magis aut deberem  
aut uellem. Vale. Heidelb.

Calendis Iul.

# STUDIOSIS IURIS

*perpetui.*



A Iuris Romani conditio est, ut nunc dici possit multa continere, quæ facti magis quàm Iuris esse uideantur. Nam & continet multas antiquitates, quæ in historiarum locum referri possent: & mutata ueteris Reip. forma, Leges esse desierunt. Continet præterea multas de iure disputationes, sed quæ tam Iuris Ciuilis, hoc est, Romani sint, ut non nisi in Romano foro locum habuerint: & sint tam subtiles, ut cum Naturæ simplicitate parùm conueniant: proptereaq; sint ab alijs Gentibus repudiatæ. Sed inuerecundè profectò Cicero talè fuisse totam Romanæ Iurisprudentiam fingit, cum eam eleuare uellet, causam agens Murenæ aduersus Seruium Sulpitium Iurisconsult. Sapiens (inquit) existimari nemo potest in ea prudentia, quæ neque extra Romam usquam, neque Romæ rebus prolatis quicquam ualeat. Hic sanè præcipuam eius partem suppressit, quæ & extra Romam apud omnes gentes, & omnib. seculis ualuit, atq; etiam ualebit. Atque illud quidem est ius, quod perpetuum appellamus, & quod in Scholis propter usum præcipuè tractamus. Edictum suum perpetuum Iulianus collegerat ex Prætorum Edictis, quæ ( ut Vlpianus loquitur ) perpetuæ iurisdictionis erant: proptereaq; & Paulus perpetuum ius uocat actionem ex illo Edicto descendente, cap. 42. De act. empt. Sed cum & forma Iurisdictionis, & formula actionis sæpe mutetur, non potuit omnino dici perpetuum Ius, quod non nisi ad eam rem referebatur. Rectius uerò ita appellabitur Ius illud, quod eas regulas Iuris uniuersi dicat, quæ omnium propè sunt & temporum & locorū & gentium. Atque hæc illa est pars Iuris Ciuilis, quam ut esse utilissimam & in primis necessariam omnes fatemur: sic  
etiam

# INDEX.

usq; ad finem eius tractatus	separatim	238
regula Catonis in quibus locū	Sergius Aurata	364
habeat, & ediuerso 396.	Sertory dictum	319
397.398.399.400	seruitus ad tempus non consti-	
relatiuum uerbo futuri tempo-	tuitur	164
ris iuctū, quid opcretur 156	seruitus prædiorum	8
remissio	seruitus pro parte dari non po-	
271	test	311
remissio debiti, pignoris, hypo-	seruitus qualitas fundi	9
thece 138.145.146.147	seruitutem prædio communi	
representare debitum 164	pro mea parte imponere	
res aliena rectè sub conditione	non possum	302
pignori datur 55.56	seruitutes an pignori dari poss-	
res dotalis	sint	64
res eadē hæredib. stipulatoris,	seruitutes semel cōstitutæ à præ-	
quæ stipulatori debetur 309	dio separari non possunt 65	
res euicta quādo dicatur 340.	seruitutes urbanæ pignori dari	
349.350.351.352	non possunt	63.64
res indiuisa	seruus communis	229
297	seruo hæredis purè inutiliter	
res mea sub conditione legari	legatur, secus sub cōditione	
mibi potest	375	
res cognosci uix possunt, nisi a-	Statuliber	139
liqua uerborum intelligenz-	statuæ	247
tia sit	stellionatus crimine quis tene-	
res incorporales	atur	59.107
296	stipulatio hominis 304.305.	
res litigiosæ pignori dari non	307.315.318.319	
possunt	stipulatio turpis 201 pura	
53	169	
res quæ nō sunt in commercio,	stipulationes quare introdu-	
nō possunt pignori dari 66	ctæ	335.336
res publica propriet ipsius ur-	stipulatio seruitutis indiuidua	
bis dicitur	300.301	
35	stipulationis cōcernētis iter &	
reipub. interest fartas tectas	actum formula	319
esse domos		
37		
retentio		
78.79		
S		
eum Sacco adire quid		
159		
satisfactio		
11		
		Stipu-

I N D E X.

stipulationes omnibus conuen- tionibus atq; contractibus adiecte	329.	uia, itineris, actus pars in obli- gationem deduci non po- test	312
stipulationes pœnales, conditio- nales	292	uia promittere quis possit	312
stipulationes strictè accipiuntur	213	uidua infelices	211.
stipulationum uerbo quid con- tineatur	293. 294	uiduit. is	210. 211
stipulator	306	uindicanur seruitutes & iura prædiorum	81. 82
studiosi libros suos pignori da- re possunt	68	uindicatio	ibid.
Sulpitius Apollinaris	365.	ultimæ uoluntates adiuuanda	194
368. 369		uoluntas potius quàm uerba consideranda	174. 175. 178
Summaria	400	uoluntas testantium ambulato- ria	256
superficies in alieno solo posita, pignori dari potest	65	usuræ obligatio	291
superficiarius	ibid.	usuræ debentur sub conditione	22. 221
Syngrapha	328. 332	usuræ mutuæ pecuniæ ex con- uentione, cui stipulatio non accesit, peti nõ possunt	78
<b>T</b>		usuræ quinquunces & semisses	345. 346
Temperamentum	159	usuræ ratione moræ debentur	344. 345. 346
tempus conuentionis inspicitur	276	usuras pure stipulari licuit	346
tempus testamenti potissimum inspicitur	370. 386. 388	usuras singulis Calædis uel mens- sibus ueteres pendebant	311
Tertullianus	211	ususfructus diuiduus	301. 302
tradere quis possit	295	ususfructus pignori dari potest	62. 63
traditio corpore fit	295 fa	ususfructus pignori datus, po- test alteri pignori dari	62
Et est	293. 296	Utilitas publica, priuatorum rationibus præferenda	
tutoris auctoritas	70. 71		
<b>V</b>			
Venditio conditionalis	102		
uerba coniuncta	241		
uerba legum captada non sunt	338		
uia Salaria	248		

F I N I S.

# I N D E X.

pactio ualet, ne debitor pignus alij uendat	109	pignus creditor bona fide uendere debet	107
pactioni standum	108	pignus etiam nuda conuentione constitui 2 etiam tacita conuentione contrahi.	15.16.17.18.19.20.21.22.23.24.25.26
pactum de una re conceptum, ad aliam trahi non debet.	344	pignus habet suum iuris uinculum	7
pactum nudum, pactio nuda	342.343.344	pignus interdum ipsa actio pignoratitia dicitur	2
pacti beneficium	339.340	pignus, iuris uinculum	80
paganus	393.394	pignus legitimum & tacitum	28.29.34.
Papinianus I. C. princeps	359	pignus non est perpetuum	130.133
Papinianus I. C. & praefectus praetorio, eiusque auditores	327	pignus nullum est, si nulla eius sit persecutio	81
Papinianus magnae prudentiae et singularis iudicij uir	175.176.177.182.206.208	pignus proprie quid	2.4
patientia creditoris abuti non debemus	143.144	pignus propter contractus fidem deponi	9
patria potestas	253	pignus quando conualescat	56.
patrimonia pignoris loco haberi possunt	67	quando uendi possit	104.105.106.107.108
Paulus Aemilius	367	quo modo contrahatur	15
Paulus I. C.	382	quo modo finiatur	35.139.140.142.143.147
Pauli & Papiniani dissensio	392.393	pignus recte in solidum pure dari posse	101
pecunia soluta	131.132	pignus saepe fiducia dicitur	99
pensitatio principalis quid	13	pignus testamentarium	15
perceptio fructuum	192	pignus ubi confirmatur, confirmari quoque pignoris pignus	62
persecutio rei plus quam retentio	76	pignus unde dictum	2
pignus an sub publica auctione distrahi debeat	107	pignoris appellatione quid conueniatur.	ccc 5
pignus conuentionale, praetorium, uoluntarium, necessarium	14.40.41.42.60		

# I N D E X.

thieatur	2	prædes etiã dici pignora	4
pignoris causa indiuidua	105	prædes & prædia à præstari- da fide dicta	3.4
pignoris datio 11 descriptio 6.7		prædia rustica, urbana	23.24
pignoris & hypothecæ diffe- rentia	2.3	præfationes 181 quid opo- rentur	336
pignoris liberatio	134.221	præscriptio	143.144.148
remissio 145 luitio, & luere pignus	146.147	præstatio facti est	295.296
pignoris obsoleta genera	8	prætorica pignora	122.149
pignoris uerbo uariè Latini autores usi	2.3	prætoricæ satisfationes	12
pignori quæ res obligari pos- sunt 50.51.52.53.54.55. 56.58		primipilus quis	33
pignore dissoluto interdum ius retentionis manere	77	prior, potior est	122.123.126. 127.128
pignorum distractio præcipu- um ius hypothecarij credi- toris	103	Priscus Emesenus falsarius	148
pignorum diuisio	14	pruilegiarij creditores	121. 122.125.129
pignoratam rem debitor credi- tori donare potest	102	procurator	71
pignoratio	72	promissor hominis	309
pœna à defuncto promissa, quando in solidum commit- tatur	323	promissoris est electio in obli- gatione generis	304.305. 306
pœna in solidum committitur	226	promittere communi iure	119
Pomponius I. C.	365	publicanus, publicani	34.299
possessio corporalis, naturalis, ciuilis	93	<b>Q</b> (154.155.156)	
possessio creditoris pignus possi- dentis nuda	97	Quando conditio sit	153.
possessio creditoris pignus te- nentis qualis	93	quantitas aucta & imminuta discrimen habent	361
possessorium iudicium	81	quindecies sestertium	330
		<b>R</b>	
		Rationarius	81
		rationis ratio	370
		ratiocinatio à toto ad partem 360.361 ab una specie ad uniuersum genus	400
		recepticia bona uxoris	33
		regula Catoniana	365 & usque

## EPISTOLA.

etiam in his Scholis maximè explicandū esse putamus, & ex quibus auditores ad forum transire etiam solent, & ea quorum præsens indiget usus ( ut loquitur Poeta ) propterea requirunt. Non sunt certè aliæ partes conremnendæ. Imò uerò cum hac sic plerumq; commixte illæ sunt, ut hanc sine illis explicare uix possimus. Sed quid magis tamen agere debeamus, obseruandum est: & quid auditores expectent, cogitandum. Porro cum multæ illius Iuris perpetui partes sint: eam nunc suscepi, quæ primum est oblata: neq; tamen temerè prima se obrulit. De pignoribus & hypothecis quæstio tam frequens est, ut sit profectò assidua. Moses de ijs suas primùm leges quasdā tulit: tulere deinde & Aegyptij suas, quæ etiamnum legi possunt apud Diodorum Siculū. Athenienses quoq; de hypothecis certum ius habuerunt, cuius nō obscura uestigia supersunt in Orationibus Demosthenis. Sed Romani diligentissimè, quicquid huius loci est, complexi sunt. De pignoribus quippiam in ipsis quoq; XII Tabulis scriptum fuisse, conijcere aliquis posset ex Caij Commentarijs, cap. 2; 7. De uerb. signif. Sed Prætores, deinde Iurisconsulti, postremò Impp. tam copiose, tamq; diligenter descripserunt formulam ( ut appellant ) hypothecariã, ut huius actionis uim & causam & conditionē totam præcipuè explicare uoluissent uideantur. Sed & Iustinianus suum uigesimum quartum librum Pandectarum, qui de pignoribus & hypothecis agit, appellat librum singularem ad formulam hypothecariam: eumq; se præcipuè collegisse ait ex responsis Papiniani, ut eum librum tanto magis nobis commendet. Quod enim est Papiniani, magnum quippiam & excellens est, & dignum quod singulari studio colatur. Quid? Quo tempore Iuris studiosos Papinianæ celebrare patitur, dicij; etiam Papinianos, in hoc iure hypothecario totos esse uult: & quam in eo attentionem requirat, uel inde estimari potest, quòd cum secundo studiorum

Civilium



## EPISTOLA.

Civilium anno uelit perlegi integram Pandectarum,  
uel secundã de Iudicijs, uel tertiam de Rebus partem,  
cum aliquot alijs singularib. libris. Tertio demum an-  
no ad hypothecas & pignora accedendum esse statuit:  
tantumq; in ijs negocij esse putat, ut satis superq; esse  
iudicet, si eo anno toto ex quarta Pandectarum parte  
hic tractatus, cum duob. sequentibus titulis, qui sunt  
de Euictione & de Usuris, perlegatur. Oportet profe-  
ctò rem esse magnam, & alijs multo maiorem, cuius  
cognitio præ cæteris tantum operæ studijs  
requirat.

FRANCISCI BALDVI-  
NI IURISCONSULTI COM-  
mentarius De pignorib. & hypo-  
potecis.

De significatione Pignoris & hypo-  
thecæ. CAPVT I.



Ulpianus ait cap. 1. Si cer. pet. è  
re esse, de significatione uerbo-  
rum aliquid principid dicere.  
Nam et si ex reru cognitione,  
uerborum uis magis intelligen-  
tur: res tamè cognosci uix pos-  
sunt, nisi si aliqua uerboru intelligentia sit. Mar-  
tianus cap. 5. §. ult. De pignorib. scribit, inter pi-  
gnus & hypothecam tantum nominis sonu dif-  
ferre. Est itaq; utriusq; uocis eadem significatio,  
licet nõ eadè pronuntiatio sit. Ulpianus tamè u-  
triusq; uerbi proprietatem atq; originem respi-  
ciens, cum de pigneraticia actione tractat: Pro-  
priè (inquit) pignus dicimus, quod ad credito-  
rem transit: hypothecam autem, cum non transit  
possessio ad creditorem. l. 9. De pign. act. Caius  
id confirmat, cum pignus appellatù esse ait à pu-  
gno: quia res quæ pignori dantur, manu tradan-  
tur. ideoq; uerum esse, quod quidam putant, pi-  
gnus propriè rei mobilis constitui. cap. 237. De  
uerb. signif. Sed Iustiniani distinctio rem hanc  
totam magis illustrat, in tit. De actionib. Fatetur  
pignoris appellatione eam propriè rem contine-  
ri, quæ simul etiam traditur creditori, maximè si  
mobilis sit: eam uerò quæ sine traditione, nuda

cōuentione tenetur, ppriè hypothecæ appellatione contineri. Sed in actione hypothecaria nihil interesse, etiã fatetur. De ea certè agebat Marrianus, cum dixit, hæc uerba sono magis quàm significatione differre. Hoc enim scripsit in libro de Formula hypothecaria. Vlpianus uerò differentiam ex proprietate uerbi rectè notauit, cum pigneraticiam actionem tractaret. Huic enim locus esse nō potest, nisi res tradita sit. Datur enim ea actio, cū debitor rem repetit. Repetere qui posset, si non tradiderit? Rectè itaq; hanc actionem Iuriscōsulti appellarunt propriè pigneraticiam: ut eã quæ creditori datur ad rē persequendã, uocant hypothecariam. Cæterum tam morose hoc discrimē nō obseruant, quin aliquãdo pigneraticia appellēt hypothecariã, cap. 9. Quib. mod. pig. uel hyp. sol. cap. 41. De pig. act. Nã & pignus & hypothecã sepe cōfundūt, & ijs uerbis pmiscè utūtur, uel etiam ( si quis malit ) abutūtur. Nã & nuda conuentione pignus sine traditione cōstitui dicunt, cap. 1. De pign. act. cap. 33. De usurpat. Et rerum immobilium, ueluti agrorum, pignora sæpe uocant, sicuti & Terentius & Cor. Tacitus. Ediuerſo Cicero hypothecam appellat, quæ creditori tradita est, lib. 13 Epist.

Pignus interdum dicitur ipsa actio pigneraticia, qua debitor pignus repetit. ut cum Vlpianus ait cap. 1. Si cert. pet. Prætorem sub titulo de reb. creditis edixisse de pignore. Certè tractatus alioqui De pignorib. & hypothecis, reiectus erat ad finem Ediçti perpetui, ut testis est Iustinianus ad Pand. Frequenter autem pignus dicitur modò de re ipsa obligata: unde tit. de distract. pigno. modò

DE PIG. ET HYPO. 3

modò de ipsa obligatione: unde tit. Quib. mod.  
 pig. sol. Nonnunquam & pro ipsa conuentione,  
 ex qua hæc obligatio descendit. cap. 1. §. ulti. De  
 pact. Sanè Iustinianus etiam dixit, pignus à pi-  
 gnatione liberari. l. ult. C. de iu. domi. imper.  
 Neque modò rem pignerari, quæ obligatur, dici-  
 mus: sed & creditor, qui pignus capit, pignerari  
 dicitur: sicuti debitor, qui dat pignus, uel rem o-  
 bligat, dicitur pignerare: & repignerare, cum pi-  
 gnus liberat. cap. 5. §. nunc uidendum. Commod.  
 Cicero in Verr. pigneratorem uocat creditore, qui  
 ius habet pignoris capiendi. Pigneraticium  
 creditorem uocat Ulpianus cap. 15. §. si qua sint.  
 De damno infect. Hypothecarium Papinianus,  
 cap. 1. §. sciendum. De separat. Scio quàm uariè  
 utantur pignoris uerbo Latini auctores. Sed id  
 Grammaticis relinquo. In iuriconsultorum li-  
 bris nunc me contineo: in quibus illud ex anti-  
 quitatis memoria repetitum, quod huius loci est,  
 etiam obseruaui, apud Papinianum prædia dici  
 pignora. Inquit Papinianus cap. 32. De neg. gest.  
 Fideiussor imperitia lapsus, alterius quoque cõ-  
 tractus, qui personam eius non contingebat, pi-  
 gnora uel hypothecas suscepit, & utranq; pecu-  
 niam creditori soluit, existimans indénitati suæ,  
 confusis prædijs, cõsuli posse. Hic certè Papinia-  
 nus confusa prædia uocat, dissoluta pignora, uel  
 extinctas hypothecas. Nam sine ijs existimabat  
 fideiussor satis sibi esse præsidij in actione manda-  
 ti, etsi non id solum soluisset, pro quo interueno  
 rat: sed & aliud, quod debebatur, & pro quo e-  
 tiam pignus uel hypotheca cõtracta fuerat. Ipse  
 certè Varro, ut prædes, sic prædia dici docet, à præ-

standa fide. Imò uerò & prædes dici ipsa pignora, quidam putant: cum Cicero ait Philippica sua secunda, Plancum prædes suos uendidisse. Certè Cicero Verrina tertia, prædib. prædijsq; Populo caueri dixit, cū sponsores pignoraq; datur. Et Lilius lib. 32. loquens de danda ex ærario pecunia mutua, similiter ait, prædib. ac prædijs cauendum esse Populo. Porro fiduciã pro pignore dixisse etiã Cicero uidetur in orat. p Flacco, loquens de eo qui pecuniã sub fœnore, accepta fiducia, credidit. Sed & noster Paulus lib. 2. Sentët. tit. 12 & 13. frequëter hoc uerbo ita utitur. Ita autè propriè pignus appellari uidetur, quia creditori ea lege datur, ut debito p̄soluto restituatur debitori. Sic enim esse potest fiduciaria pignatio, ut est mancipatio fiduciaria. Isocrates, cum de hac magis quàm de illa ageret, *ὑποθήκε τῆρ δόσιμ*, dixit: quasi mancipatio fiduciaria, non nisi quædam hypotheca esse uideatur. Illud postremò adijcio, quod Tertullianus in lib. De idolol. Pecuniã (inquit) mutuantes sub pignoribus fiduciati, iurati cauent, &c. Nihil hic repetam ex uulgaribus commentarijs. Locos tantum insignes, & uulgo tamen ignotos, nunc noto. Fidei quoq; uerbum ad pignus interdū referri, obseruandum est. Curtius sponsonum fideique pignora dixit. Gellius lib. 16. cap. 10. ait, rem pecuniamque familiarem, obsidis uice, pignorisq; apud Remp. uideri, amorisque in patriã, fidem quandam in ea firmamentumq; esse. Est & illud insolens, quod Terentius in Heautontim. arrabonem dixisse uidetur pro pignore. Nam cum de mutuo agit, ait filiam adolescentulam arraboni relictam esse pro argen-

DE PIG. ET HYPO. 5

ro. Arræ quoq; mentio frequēs est in libris Iuris Ciuilis. Sed Iuriscōsulti abs pignore multū eam differre sentiunt. Cæsares tamen arras sponsaliti-  
 tias, pignora uocāt. sed ab ijs petēda nō est pprie-  
 tas uerborū ciuiliū. Est illa pfectō uox Hebraica,  
 qua & Moses uidetur usus p pignore, Genes. 39.

Hypothecam satis constat uocem esse Græ-  
 cam. *ὑποθήκας* uocant etiam Græci præceptiones  
 quasdam. Nam & noster Iustinianus Nou. con-  
 stit. 26. *ὑποθήκας* appellat mandata Præsidium. Et  
 Cicero ad Atticum lib. 2. *ὑποθήκας* (inquit) adfer,  
 quemadmodum me geram. Sed sæpius ad ius  
 pignoris uox ista refertur. Nam & Cicero lib. 13.  
 Epist. Philotes (inquit) *ὑποθήκας* Cluuius dedit.  
 Velim cures, ut de hypothecis decedat, &c. Ori-  
 go uerbi est *ὑποτιθέναι*, quod simpliciter est suppo-  
 nere. Apud Demosthenē simplicius etiā dicitur  
*τίθειναι*. Nostri id uidetur imitati. Latini sæpe rem  
 pignori oppositā dicunt. Scæuola, pignori pone-  
 re, cap. 38. De leg. 3. Cæsares in Codice cōstitutio-  
 nū, supponere pignori. Iustinianus etiā suppone-  
 re simpliciter dixit, l. ult. C. quæ res pig. obl. pos.  
 Sed & apud Demosthenē, bona pignori obligata  
 dicuntur *ὑποτιθέμενα*. Interdū etiā *ἀποτιμῆ*, quod res  
 estimatæ darētur pignori. *ὑποτιθέναι* quoq; dicit nō  
 solum Demosthenes, sed & Iustinianus Nou.  
 const. 72. Et res creditori obnoxias esse, quæ o-  
 bligatæ pignori sunt, sæpe legimus. Apud De-  
 mosthenē *ἑγγυος ὀνομα* dicitur: ut & Martialis ait,  
 agrum oppigneratum spondere pro debitore.  
 Obscurius est, cur appelletur *ὀνομα ἀποτιμῆ*. Sed  
 aiunt, apud Græcos olim moris fuisse, ut in præ-  
 dijs oppigneratis erigerētur *ἄροι*, indices ipsius o-  
 bliga-

bligationis. Certè & in libris Iuris Ciuilibus, res subfignatæ dicuntur, quæ obligatæ sunt: cap. 5. §. conductores. De iure immuni. l.ulti. C. de admittut. Porrò singularis unus in Pádectis locus est, ubi legitur pignoris hyperocha. l. 20. Qui pot. in pign. Alij hypothecam legunt: sed Pandectæ etiam Florentinæ habent hyperocham. Videturq; ita appellari secundum quosdã pignus, in quantum res pluris est, quàm priori creditori debeatur. Nam & uox ipsa Græca potest ad talem aliquam significatiõem accommodari. Deniq; & *ἐν ὑποθήκῃ* frequens est mentio apud Iustinianum in Nou. const. 52. ubi agitur de quadam ueluti prætoria oppigneratione personarum uel rerum, quibus manus iniicitur, alieni debiti causa. Græci appellabant *ἀνδραποδία*, ut ostendit lex Draconis apud Demosthenem in Orat. contra Aristocratem. Dionysius Halicarn. lib. 7. dicit *πίσται κατὰσχέρον*.

Descriptio pignoris. CAP. II.

**V**T ad rem, de qua nunc queritur, propius accedamus: Obligatio aut personarum est, aut rerum: & utriusque generis est uel principalis, uel (ut uulgò loquuntur) accessoria. Accessoria est, quæ, ut ait Scæuola, sequere locum obtinet. l. si duo rei. De solut. Ea itaque aut personarum est, aut rerum. Personarum, ut fideiussoria: rerum, ut hypothecaria. Ac interdum quidem personæ hic obligantur, ut res. Fideiussorum aut sponsorum obligatio ciuilibis est, qualis esse solet ciuium, liberorúq; hominum. Sed interdum homines obligantur propè ut serui: ut etiam eorum corpora pignore ueluti obstringantur, Sic obfides

des erant plusquam fideiussores. Nam & tenebantur, ut captiui. l. Diuus. De iu. fisci. l. obsides. De testam. Itaque & Cicero, obsidis, ut pignoris uoce frequenter utitur. Sed & qui olim nexi uel additi erant & dicebantur, arctius obligati erant, quam qui simpliciter aliquid debebant. Denique redemptus ab hostibus, sic obligatur suo redemptori, ut licet seruus non sit, tamen pignoris uinculo teneatur, donec restituerit precium suae redemptionis. l. senatus. §. ulti. De lega. 1. l. qui testamento heres. §. 1. De testam. l. 15. De capti. l. 2. C. de postli. reu. Sed siue personarum, siue rerum obligatio sit, & qualiscunq; tandem ea sit, semper est tamen diciturq; Iuris uinculum. Nimis enim ridiculi crassique & inepti sunt, qui hic somniant aliquas tantum compedes corporis. Certè Vlpianus l. penult. In quib. cau. pig. tac. cum traderet, seruos inquilinorum, generaliter & tacite obligatos, magis obligari, si & eos locator includeret: ait, derisum fuisse Neruam Iuriscons. qui per fenestram liberari posse dicebat. Nos itaque meminerimus, pignus habere suum quoq; Iuris uinculum, quod & fugientem sequatur atq; teneat. Ius retentionis, de quo postea quoque agemus, proximè accedit ad ius pignoris: & modò quasi pignus, modò etiam pignus appellatur abs Iurisconsultis. l. 13. §. ulti. De furt. l. 13. §. offerri. De act. empti. l. 5. De dote præleg. l. hæreditatis. De hæred. uel act. uend. Sed minus tamen quippiam est, quam pignus. Iure enim pignoris non modò rem obligatam retinere, sed & persequi possumus. Hypothecæ tacitæ sæpe etiam dicuntur quasi pignora, & ueluti pignora esse.



Sed quæ earum sit conditio, postea magis intelligemus: audiemusq; esse interdum plus quam pignora, & ad ius domini proxime accedere. Sed & *artipignoris*, de qua suo quoque loco dicam, plus quam pignus esse uidetur. Mitto obsoleta illa imaginarij pignoris genera, quorum meminit Iustinianus in Nou. constit. 53. Nondum fortassis, quid pignus sit, satis descripsi. Sed perfecte intelligi uix potest, nisi si totum pignoris ius & describatur, & intelligatur. Nexum prædiorum uocant Honorius & Arcadius Imp. l. ulti. C. si res alie. pig. Sed qualis sit hic nexus, quale uinculum, tunc intelligetur. Seruitus prædiorum, est plus quam obligatio, aut pignus. Interdum tamen minus quippiam esse uidetur. Ius seruitutis, principale quoddam ius in re est, & est perpetuum: proptereaq; appellatur qualitas à Iurisconsultis, tribuitq; ius utendi re aliena. Nihil est tale in pignore. Sed qui ius seruitutis habet, patitur interea dominum nihilominus rem suam possidere. Qui uero habet ius pignoris, totam possessionem auocat, etsi ea non utatur. Itaq; modò plus modò minus quam seruitus, dominio detrahere pignus uidetur. Certe si quis fundum legat, seruientem alioqui & pignori obligatum, hæres liberum à pignore tradere debet, eumq; luere: non etiam à seruitute liberare. l. 66. §. 4. De lega. 2. Legatarius enim seruiete uti poterit: obligato non poterit, creditore possidente. Sanè prædia quæ uel seruiunt, uel obligata sunt, neque optima conditione, neque optimo iure esse dicuntur. Sed libera tamen dici possunt, quæ sunt pignori obligata: non etiam quæ  
ser-

seruiunt. Cicero contra Rullum, optimo iure ea prædia esse ait, quæ optima conditione sunt: libera meliore esse, quàm serua: soluta, meliore in causa esse, quàm sint obligata. Quid nostri Iurisconsulti? Aiunt hæc uerba VTI OPTIMVS MAXIMVSQ; VE FVNDVS EST, significare liberum esse fundum, nulliq; seruire. l. penult. De euct. l. qui, uti. De uerb. sig. Liberum hic intelligere possumus, & solutum, ut Cicero loquitur. Nam & apud Modestinum l. 26. §. pater. De pign. cum queritur, an Seius domum iure optimo possideat, intelligimus quæri, an domus pignori obligata non sit. Sed cū simpliciter dicimus fundum esse liberum, omnino quidem dicimus non seruire. Solutum etiam, hoc est, nõ obligatum, propterea non præstamus. Seruitus enim qualitas est fundi: simplex obligatio, qualitas dici uix potest, cum facile dissoluatur, & alterius principis obligatio accessio tantum quædam sit, ab ea que pendeat.

Ulpianus l. 1. De fideiuss. ait, solere homines accipere fideiussorem, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit. Caius l. 1. §. 2. De obligat. & act. Plerūq; (inquit) ab eo quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur, dum curamus, ut quod in obligationem deduximus, tutius nobis debeat. Eandem esse causam pignoris accipiendi, dicere nunc possum. Sanè Paulus ait, pignus deponi apud creditorem propter contractus fidem, & restituendæ rei debitæ uinculum. l. legata. §. ult. De supell. lega. Sed & ipsa Iuris regula dicat, plus cautionis esse in rem, quàm in personam. l.

25. De reg. iur. Neq; uerò solent homines bene cauti cuiquã temerè credere sine pignore. Nam quod scitè Martialis scribit de quodam Thelesino, scribi de plerisque potest. Elegans est hoc Martialis epigramma libro 12.

*Cum rogo te numos sine pignore: Non habeo, inquis.*

*Idem, si pro me spondet agellus, habes.*

*Quod mihi non credis ueteri Thelesine sodali:*

*Credis colliculis, arboribusq; meis.*

Agrum oppigneratum lepidus poeta nō inep̄tè sponforem uocat. Sanè Præses quoq; pro uinciae iubetur prospicere, ne publicæ pecuniæ credantur sine pignoribus. l. 33. De usur. Et antea diximus moris fuisse, ut prædibus prædijsq; Populo tūc caueretur. Paulus ait, si neq; fideiusfor, neque pignora accepta sint, non uideri paritum mandato, quo continetur, ut idonea cautio exigatur. l. 59. §. ulti. Mand. Ergo & fideiussio, est idonea cautio: & plerumq; cum pignore cōparatur, & Reip. satis cauere intelligitur, l. 9. De Publica. l. 3. §. 1. De adm. rer. ad ciuit. pert. l. 3. C. de omni agro def. Creditor, qui hypothecas habet, tam securus esse creditur, tamq; bono loco, ut etsi maior pars aliorum creditorum consentiat de parte debiti remittenda hæredi, quo magis adeat, non cogatur eorum exemplū sequi. l. 10. De pact. Paulus, de eo qui fideiussorem habet, idem iudicat, l. 58. §. ulti. Mand. Magna certè similitudo est inter cautionem fideiussoriã & hypothecariam: & plerūq; ab altera ad alteram ducitur argumentum. l. 28. De pignor. l. 2. Quæ res pign. Sed est tamen etiam magna dissimilitudo & modò illa, modò hæc utilior est. Optima uerò cautio

cautio est, quæ & pignora & fideiussores habet: proptereaque & olim Populo cauebatur prædi- bus, prædijsq; . Sed & licet tutor satisdet, hoc est det fideiussores: tamen quo magis pupillo cau- tum sit, lex iubet bona quoque tutoris hoc no- mine obligari. Ac si quandoque satisfactio tu- tori remittatur, manet hæc tacita hypotheca. Sicuti & licet maritus fideiussores dotis causa da- re non cogatur, recusare tamen non potest, quin sua bona doti obliget. Qui fideiussores dare cogi- tur, subit aliquam satisfactionis ignominiam, ut loquitur Ulpianus l. testamento datos. De tes- tam. tut. In pignoris datione nihil est tale. Ne- que tunc alterius personæ fides, fidei tuæ præfer- tur. Sanè creditor interdum fideiussorem ma- uult, quàm pignus: quia hoc perire possit, & dili- gentem custodiam requirat. Plerunque uerò de- bitor dare pignus, quàm fideiussores, facilius po- test: & quia honestius est, mauult. quod intelli- gi etiam potest ex ea epistola, quâ recitat Scæuo- la, l. penult. De pignor. Est & illud memorabi- le, quod Scipio princeps Corneliæ gentis, cum empto fundo, uel filia data marito, sponsores ab eo solenniter poscerentur, asinam cum pecuniæ onere produxit in forum, quasi pro sponsores præsens pignus, ut scribit Macrobius. Itaque & Asinæ cognomentum Cornelijs Scipionibus da- tum est. Verbum cautionis tam ad pignora quàm fideiussores refertur: Satisfactio uerò de fi- deiussoribus magis intelligitur. l. i. Qui satisfactio. Cum itaq; iussisset Prætor ita fieri collationem, ut rectè cauereetur: responsum est, rectè de colla- tione cauere & pignoribus & reis: hoc est, præ- dijs

dijs prædibus ue, ut ueteres loquebantur. l. 1. §. iubet. De collat. bon. Hic itaque si quis pignora, quàm fideiussores, dare malit, audietur. Sed Prætoriae satisfationes, personas fideiussorum interuenientium desiderant: neque in uicem satisfationis pignoribus fungi quis potest, ut ait Ulpianus l. 7. De prætor. stipul. Fungi pignore dicitur, qui pignus dando satisfacit: sicuti fungi collatione dotis dicitur, qui dotem rectè confert. l. 3. De coll. dot. Sed & cum Edictum ut legatorum nomine caueatur, satisfationem requirat, fideiussores magis esse dandos apparet: l. 1. Ut leg. no. cau. Si tamen pater sit hæres, & filio eius sit legatum sub conditione, filiusque emancipatus petat sibi satisfdari: responsum est, melius esse per mediocritatem ita rem dirimere, ut satis sit hypotheca rerum paternarum. l. 7. Ut legat. no. cau. Si cautio quæ accedit, non sit idonea, nihil propterea decedere principali obligationi, satis constat. l. 28. Si cert. pet. Sed neq; ipsius rei quæ pignori datur, æstimatio potest quicquam imminuere. non enim ex eius quantitate æstimatur quantitas principalis obligationis, quæ modò maior modò minor est. Vnde cum tibi centum aureos mutuò roganti, eorum loco tradidissim equum, tanti inter nos communi consensu æstimatum; & tu mihi uestem tuã pignori dedisses, quæ non nisi octoginta fortè aureorum est: non poteris postea obtendere, equum ipsum pluri non fuisse, & eius estimationem ad pignoris estimationem reuocare. l. si pro mutua. C. si cert. pet.

Dixi, solere tam hypothecariã quàm fideiussoriam cautionem accedere & ad iungi principi  
alteri

alteri obligationi: ut creditor possit eligere, an fideiussorem omisso pignore, an uerò fideiussore omisso pignus conueniat. l. inter. §. creditor. De fideiuss. l. 2. l. omisiss. C. de fideiuss. Solet (inquam) utraque esse accessio aliarum obligationum. Fit tamen interdum, ut fideiussor accedat pignori, uel pignus fideiussori. Nam & accessio accessionis in obligationibus esse potest. Interdum fideiussor accipitur in id solum, quod ex pignore seruari non poterit. l. amissi. De fideiuss. l. omisiss. C. de fideiuss. Atque id etiam aliquando actum esse intelligitur, ubi tamen alioqui non est expressum. l. 64. De fideiuss. Sed & fideiussor fideiussoris esse potest. E diuerso, ut & pignus pignoris esse potest: sic etiam à fideiussore, ut abs reo principali, pignus rectè datur. Imò uerò tacitè quoque aliquando obligantur bona fideiussorum.

Cæterùm ut fideiussor ita interuenire potest, ut solus obligetur, & alio liberato fiat reus principalis, & expromissor magis quàm fideiussor appelletur, l. 4. De cond. cau. da. l. 8. Ad sen. Vell. sic & res aliqua potest ita obligari, ut sola & principaliter obligetur. Quæ conditio esse uidetur prædiorum tributariorum. Nam in tributis non personas, sed fundos obligari, rescriptum est l. Imp. De publican. Cicero contra Rullum, posteaquam prædia libera seruis, soluta obligatis opposuit: immunia, ijs quæ pensitant, tertio loco tandem opponit. Differunt itaq; & pensitaria prædia ab obligatis: & est pensitatio principalis quædam qualitas, sicuti seruitus. Huiusque generis fuisse uidetur & ille fundus, cui uestigal  
impo-

impositum fuisse, ut tricena annua millia penderet, narrat Plinius libro 7. Epist. ad Caninium Rufum.

*Diuisio pignorum. CAP. III.*

**P**roximum est, ut posteaquam pignus in uniuersum descripsi, & ab ijs quæ uel similia uel affinia uideri alioqui possent, distinxim: nunc exponam species pignorum, sicuti definitioni diuisio subiungi solet. Iustinianus primam hanc diuisionem notat: Pignus aut esse conuentionale, aut Prætorium. Ait enim in l. 2. C. de Præt. pig. du plum genus hypothecarum esse. unum, quod ex conuentionibus & pactis hominum nascitur, uocaturque Conuentionale. alterum, quod à Iudicibus datur, diciturque Prætorium. Idem tamen Iustinianus l. 1. C. commu. de lega. adijcere uideatur tertiam quandam speciem hypothecarum, quam ait nullo uerbo præcedente induci ab ipsa lege. Sed & Ulpianus cum loqueretur de pignore quod iussu magistratus constituitur, adiecit, testamento quoque pignus constitui posse l. 26. De pign. act. Sic quatuor essent genera pignorum. Ego, ut omnia complectar, dicere soleo, pignus aut uoluntarium esse, aut necessarium. Voluntarium uoco, quod ex conuentione expressa uel tacita descendit: aut ex uoluntate testatoris, expressa quoque uel tacita. Necessarium, quod Lex ipsa constituit, aut Prætor Iudex uel capi iubet. De singulis speciebus suo ordine uideamus: & in primis de conuentionali, ut Iustinianus appellat.

*De hypotheca ex conuentione. CAP. IIII.*

**C**um quæritur, quomodo pignus contrahatur: rectè respondemus, cōsensu contrahi.

hi. Nam & Ulpianus pignus refert inter conuen-  
 tiones Iuris gentium, quæ in proprium nomen  
 contractus transferunt. l. 1. §. ulti. De pact. Ac licet  
 olim traditio pignoris interuenire soleret, ut su-  
 præ dixi: tamen & sine traditione contrahi & cõ-  
 stitui posse placuit. Itaque Papinianus ait, perse-  
 cutionem pignoris sola conuentione cõstitui. l.  
 44. §. non mutat. De usurpat. Ulpianus autem  
 l. 1. De pigner. act. Pignus (inquit) contrahitur  
 non solum traditione, sed etiam nuda conuen-  
 tione, etsi non traditum est. Caius quoque l. 4.  
 De pignorib. ait, cõtrahi hypothecã per pactum  
 conuentum: nec ad rem pertinere, quib. fiat uer-  
 bis: sicuti est in ijs obligationibus, quæ consensu  
 contrahuntur. Itaque nemo dixerit, stipulatio-  
 nem ad contrahendã hypothecæ obligationem  
 esse necessariam: quanquam ad fideiussores obli-  
 gandos plerunque requiratur. l. blanditus. C. de  
 fideiuss. Cum dicimus, traditionem hic non re-  
 quiri, significamus etiam eum cui res prius obli-  
 gata est, eo potiorem esse, cui prius est tradita. l.  
 creditor. §. ulti. Qui pot. in pig. Cum dicimus sti-  
 pulationem non esse necessariam, indicamus, &  
 inter absentes pignoris obligationem posse con-  
 trahi. l. 12. §. 1. De pigno. Nã & per epistolã uel nũ-  
 ciũ cõsensus interuenire potest, & cõuentio. l. 2.  
 De pact. Sanè aliud est pignori rē dare, & ita cõue-  
 nire: aliud, pacisci de re pignori dãda. sicuti aliud  
 est uedere, aliud pmittere uedere. Sed tamẽ etiã  
 obligatur, qui promissit dare pignus. Neq; solũ ex  
 constituto tenetur, qui cõstituit sese soluturum:  
 sed & si quis prius constituit pignus daturum.  
 Nam tale constitutum, postquam utilitas pigno-  
 ris



ris irrepfit, admitti, ait Vlpianus l. 14. §. 1. De constit. pec.

*De hypotheca testamentaria. CAP. V.*

**C**onventionali pignori rectè nunc adiungemus testamentarium. Vt enim illud duorum consensu contrahitur, sic unius uoluntate hoc constituitur. Testamento pignus constitui, dixit Vlpianus l. 26. De pign. act. Et alio loco meminit agri in alimenta legata, testamèto obligati: l. 8. §. idem est. De transact. Paulus quoq; meminit testatoris, qui cū alimenta libertis legasset, posteriore parte testamenti cauit, obligatos eis esse, ob causam fideicommissi certos fundos: huncque testatorem pignoris iure prædialibus uerbis obligasse respondit. l. 12. De annu. lega. Sed & Papinianus l. fundus. De annu. lega. mentionem facit cuiusdam fundi, quem paterfa. legatorum nomine, quæ in annos singulos reliquit, pignori esse uoluit. Denique Iustinianus l. 1. C. comu. De lega. Hoc (inquit) iure nostro increbruit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento, quibus uoluerit, dare. Et quis tandem id fieri posse mirabitur, qui meminerit, dominia quoq; rerum transferri posse sola testatoris uoluntate? Imò uerò qui cogitabit, etsi testator nihil de hypotheca dixerit, tamè hypothecam tacitam nasci? Quod nunc latius dicendum est.

*De tacitis hypothecis. CAP. VI.*

**N**on solum expressa conuentione, sed & tacita, pignus cōtrahitur. Iustinianus l. una. C. de rei uxor. act. In multis (inquit) Iuris articulis tacitas hypothecas inesse accepimus. De his,

his ergo uideamus. Paulus l. 4. De pact. ait, quia pacta etiam tacite ualent, placere, in urbanis habitationibus locandis inuecta & illata pignori esse locatori, etiam si nihil nominatim conuenit. In hac specie nulla uerba sunt, quæ ita conuenisse significant. Sed ex re ipsa, hoc est, illatione, & talis conventionis consuetudine, conijcimus subesse tacitam aliquam huius generis obligationem. Eo (inquit Neratius) iure utimur, ut quæ in prædia urbana, inducta, illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite conuenit. l. 4. In quib. cau. pign. tac. Sanè Martialis libro duodecimo Epigram.

O Iuliarum (inquit) dedecus Calendarum:

Vidi Vacerra sarcinas tuas, uidi,

Quas non retentas pensione pro bina

Portabat uxor. — Sed ut rem hanc paulo diligentius explicemus: Magna olim Romæ turba & multitudo erat pauperum inquilinorum, atque (ut Iurisconsulti etiam loquuntur) cœnaculariorum, qui in alieno & conducto habitabāt, neque præter necessariam & curtam supellectilem quicquam habebant: utpote opifices, qui manu & artificio quotidiano uictum quæritabāt. Qui ijs, ignotis alioqui & peregrinis, edes aut cœnacula locabant, ut sibi cauerent, solebant pacisci, ut inuecta & illata saltē pignori essent pro mercede habitationis, siue pensione. Nam & Romæ magno hospitium quoque miserabile cōstabat, ut Iuuenalis ait: & pensio tamen non nisi calendaris Iulij, finita iā locatione, solui solebat. Nō solebant itaq; domini ijs locare sine aliquo pignore. Pignus esse solebat ipsa saltem supellex. Hoc

cum in more esset, & esset etiam iustum, ut occurreretur ingratorum hospitem perfidiæ, & locatoribus cōsuleretur: placuit, ut haberetur pro cauto & conuento, etsi fortasse in locatione expressum non fuisset. Nam & quæ moris & consuetudinis sunt, etsi de his nihil nominatim cautum sit, tamen ex fide bona habetur pro expressis. l. quod si nolit. §. quia assidua. De ædil. ed. Fa-teor equidem generali hypotheca non comprehendere supellectilem, quam uerisimile non est aliquem obligare uoluisse. l. 6. De pignor. Sed in proposito uerisimile est, de eius obligatione actum fuisse, & hanc ueluti conditionem locationis fuisse. Hoc ius non nisi in Vrbe, hoc est, Romæ, propter eam, quam dixi, causam receptum est, ut moribus erat introductum: & hoc exemplo deinde Constantinopoli, uixque tandem in prouincijs. Sancimus (inquit Iustinianus) de inuectis à conductore rebus, & illatis, quæ domino pro pensionibus tacitè obligantur, non solum in utraq; Roma & territorio ius hoc locum habere, sed etiã in nostris prouincijs. Tali enim iusta præsumptione etiam omnes nostros Prouinciales perpotiri desideramus. l. ult. C. in quib. cau. pig. tac.

Sed & cum olim Romæ multi exercerent cœnaculariam, nec tã ipsi inhabitarent domos quas conduxerant, in eas ue aliquid inferrent, quam alijs per partes iterum locabant: placuit, secundi quoque conductoris res tacitè obligari domino, primo locatori, saltem quatenus esset pensio ipsius cœnaculi, perinde atque si dominus ipse utrique locasset: & secundus non minus à domi  
no,

no, quam abs priori conductore cœnaculum haberet. Itaque & domino rectè soluit, ut & eate- nus liberetur, perinde atque si soluisset ei à quo conduxit. Nam & ei prodest solutio. Rectè itaque Vlpianus l. ii. §. solutam. De pign. act. Si (inquit) domum conduxeris, & eius partem mihi locaueris: egoque locatori tuo pensionem solue- ro: pignoratitia aduersus te potero experiri. Nā Iulianus scribit, solui ei posse. Planè in eam dur- taxat summam inuenta mea & illata tenebuntur, in quam cœnaculum conduxit. Non enim credi- bile est, ut ad uniuersam pensionem insulæ friuo- la mea teneantur. Videtur autè tacitè & cum do- mino ædium hoc conuenisse: ut non pactio cœ- nacularij proficiat domino, sed sua propria. Hæc Vlpianus. Cuius postrema uerba cōtinent quã- dam anthypophorã. Ne obijciat cœnacularius, sese cum domino nihil conuenisse: neq; ex alte- rius contractu ius ei quesitum esset. Vlpianus re- spondet, dominum ex sua conuentione potius id habere: quasi cum locaret priori, secūdo etiam locauerit. Friuola constat apud Latinos dici, uilem supellestilem: qualis esse solet eorum qui in cœnaculis habitant. Cœnaculum autem pro- priè appellari superiorem partem domus, siue in- sulæ. Cœnacularium Iurisconsulti uocant, non solum locatorem, sed & conductorem cœnaculi: sed & pensionem cœnaculi cōducti, ut solarium quod pro solo penditur, cœnacularium neutro genere appellant, & ita in proposito Vlpiani lo- co quidam accipiunt. Cœnaculariam certè exer- cere dicuntur, qui cœnacula locare solent. l. si ue- rò. §. idem erit. & §. sed & si. De his qui deiec. uel

effud. Sed quid si cœnaculum gratis inhabitem?  
 Pomponius l. 5. In quib. cau. pig. tac. ait, si gratui-  
 tam habitationem conductor mihi præstiterit,  
 inuecta à me, domino infulæ, pignori non esse.  
 Certè dominus plus iuris habere non debet in  
 me, quàm is qui cœnaculi habitationē mihi con-  
 celsit. Quid si dominus ipse non locauerit do-  
 mum, sed gratis inhabitandam alicui tradiderit?  
 Certè cum nulla hîc merces aut pēsio debeat,ur,  
 nulla eius nomine esse potest tacita hypotheca.  
 Sed obseruandum est, ius istud taciti pignoris e-  
 tiam dari, si domus deterior facta est. Magna est  
 profectò causa, cur faueamus domino, debitam  
 pensionem ædium exigenti. Sed non minus ad-  
 iuuari debet, cum damnum ædibus datum iniu-  
 ria, persequitur. Iustinianus existimauit, non mi-  
 nus fauorabilem esse pēsionis illius exactionem,  
 quàm rei depositæ repetitionem. Nam in Nou.  
 constit. 88. eodem modo eos coercet, qui uel il-  
 lius solutionem, uel huius restitutionem aliqua  
 denunciatione temerè interturbant. Sed damni  
 iniuria dati, præsertim ædibus, quas factas rectas  
 reddi æquissimum est, quæstio, nō minus quàm  
 pensionis exactio, digna fauore est. Itaque Pom-  
 ponius l. 2. In quib. cau. pig. tac. fatetur quidem  
 ex locato esse actionem, si culpa sua inquilinus  
 deteriorem domum fecerit: sed nihilominus hoc  
 nomine teneri inuecta & illata. Habet & domi-  
 nus actionem locati, ut pensionem petat. Sed ni-  
 hilo minus habet hypothecariã. Illa in personã,  
 hæc in rem est: & hæc illius tãtum accessio quæ-  
 dam est, maioris cautionis causa. Porrò cum di-  
 cimus inuecta & illata teneri, res intelligimus ita  
 inuectas

inuectas aut illatas, ut satis appareat illatas fuisse, ut in prædio essent, atque manerent cum inquilino. l. 7. §. 1. In quib. cau. pig. tac. Id autem ex qualitate & conditione ipsarum rerum aestimari facile potest. Quid igitur, si inquilinus res alienas intulerit? Nam & sæpe utitur aliena supellectile. Respondeo, dominum eas nihilominus repetere semper posse. Nam neq; expresso pignore teneri & obstringi res aliena posset. Quid aut, si inquilinus ipse efferre uelit, nec pensionem tamen soluat? Si appareat pignoris causa intulisse, etsi pignus non ualeat, tamen aduersus eum retentio cõpetit. Si uerò simpliciter intulit rem alienam, ut alienam: nulla retentio est. l. 1. §. penul. De migran. Quid si rem suam, quam intulit, & tacite obligauit, deinde abalienet? Abalienat obligatam. nam ius pignoris eam sequitur. Alia tamen est causa mercium. Si taberna generaliter obligata sit, merces, quæ ea continentur, obligari, fatetur Scæuola: sed significat tamen uendi posse, & uenditione liberari: illas uerò quæ earum loco reponuntur, obligari. l. 34. De pignor. Nempe, mercium ea cõditio est, ut sæpe mutantur, distrahantur, reparantur: & nihilominus eadem ueluti uniuersitas conseruetur. Eadem itaque & cõditio est obligationis earum, ne impediatur negociatio. Si tamẽ locator iure sui pignoris, mercibus quibusdam manum iniecerit, easq; ueluti includerit, ut specialiter iam obligatas teneat: certè merces esse desinunt: & si deinde uendantur, obligatione manent. Hæc tam manifesta mihi uidetur, ut longiori probatione opus non habeant: tantoque propterea magis miror, eruditum aucto-

rem Commentariorū iuris ciuilis hæc non satis discernere. Sed adijciā tamen confirmationis causa quippiam, quod & huius loci est, & est tamen ab aliis interpretibus parum animaduersum. Vlpianus l. pen. In quib. cau. pign. tac. ait. esse differentiam obligatorum propter pensionem, & eorum quæ ex cōuentione manifesta pignoris nomine tenentur: quia manumittere m̄cipia obligata non possumus: inhabitantes aut̄ manumittimus, scilicet antequā pensionis nomine præcludantur. Tum enim pignoris nomine retēta mancipia nō liberabimus. Hic obseruanda duo sunt. Primū, differentię, quā notat Vlpianus, causam nō esse, q̄ aliud sit pignus tacitū, aliud expressū: sed potius, quod aliud sit generale, aliud speciale. Cum tacitē obligantur inuecta & illata ab inquilino, non est specialis hypotheca unius alicuius rei: sed cuiusdam potius uniuersitatis. Cum autem locator manum iniicit certis quibusdam rebus illatis & inuectis, tunc ueluti nouo & speciali pignore rursus eas sibi obstringit. Iam uerō fauore libertatis illud singulariter placuit, ut generalis hypotheca non impediatur manumissionem serui: specialis tamen eam impediatur, l. 2 & 3. C. de seruo pig. da. l. licet. In quib. cau. pig. tac. Sed cum dicimus, singulari iure hoc tribui libertati, ut inquilinus non prohibeatur seruum manumittere, prius quā locator manum ei iniicit: satis apparet, res alias ab inquilino liberari abalienando non posse. Quæ autem manus iniectio uel inclusio facit, ut & serui manumissio impediatur, facit etiam, ut mercium distractio libera esse desinat. Postremō singulare religionis ius est, propter

fauorabilem funeris causam: quod Pomponius l.14. §.1. De relig. & sumpt. fu. ait, si colonus uel inquilinus mortuus sit, ex inuectis & illatis eum funerandum esse: & si quid superfluum remanserit, pro debita pensione teneri. Quod de colono dicit, significat, ne expresso quidem pignore funus impediri. Neratius l.2. In quib. cau. pig. tac. posteaquam dixit eo iure nos uti, ut quæ in prædia urbana sunt inducta aut illata, pignori esse credantur, quasi tacite id conuenerit: adiecit, in rusticis prædijs contra obseruari. Quid igitur in his obseruatur? Magna certe interpretum uel inscitia uel impudentia fuit, qui idem obseruari dixerunt, & discrimen toties tamque disertè in libris Iuris ciuilibus traditum aut non uiderunt, aut suppressere uoluerunt. Sed quid in rusticis obseruetur, uideamus. Pomponius l.7. In quib. cau. pig. tac. ait, in prædijs rusticis, fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelligi pignori esse domino fundi locati, etiam si nominatim id non conuenerit. Hic certè idè obseruari uidetur in rusticis, quod in urbanis: & ut dictum est, secundi quoque conductoris res tacite obligari, sic est responsum, obligari fructus domino, siue percipiantur ab eo cui dominus locauit, siue ab alio qui à primo colono conduxit. l.23. §. si colonus. l.35. Loc. Sed ut aliæ res colonorum obligentur, necessaria est expressa cõuentio. l. potior. §. si colonus. Qui pot. in pig. l.1. De sal. interd. Ac si colonus, qui ita conuenit nominatim, locet deinde alteri fundum, res posterioris conductoris domino nõ obligantur sine alia cõuentione. l.23. §. si colonus. Loc. Sed cur in rusticis non idem obseruatur, quod in



urbanis. Certè quæ causa fecit, ut ab inquilinis inuecta & illata obligentur, in colonis non habet locum: & uerò rursus in his aliquid est ediuersò, quod omnem taciti pignoris coniecturam tollat. Vt qui locant ædes, cauere sibi solent pignoribus rerum illatarum: sic qui locant agros, pignorib. fructuum. Nam & fructus propriè res sunt, quæ in prædia rustica inuehi solent, cum & hæc prædia non tam habitationis, quàm fructuù seruandorum causa habeantur. Vtrunque pignoris genus tacitè seruetur, ex bona fide. Sed ut præterea obligentur, quæ fortasse coloni intulerint, nulla ratio est. Nam neque id domini exigere solent, neque coloni concedere. Nec denique concedi facile posset, sine aliquo Reip. incommodo. Tota propè colonorum lupellex, si qua in prædijs rusticis sit, est rerum ad rem rusticam & agriculturam pertinentium: quas res non temerè pignori obstringi, postea dicam. Illud nunc teneamus, quod dico. Solent in prædia rustica inferri fructus, & horum nomine illa conducuntur, & ij solent esse non minoris precij quàm pensio. Sit igitur domino satis, eos habere obligatos. Si non fructuù causa prædium habeatur, iam certè pro urbano habebitur, ut inuecta & illata obligetur domino, cui cautum alioqui non esset. Sed ubi fructus sunt, eorum hypotheca cõtentus dominus sit. Certè de aliarum rerum, quàm quæ inferri solent, pignore uel cogitatum, uel tacitè actum esse, dici non potest. Superest, ut intelligamus, quid sibi Alexander uoluerit, cum rescriptis, certi Iuris esse, ea quæ uoluntate dominorù, coloni in fundum induxerint, pignoris iure teneri.

neri. Cum autem domus locatur, non esse necessariam in rebus inductis scientiam domini. l. 5. C. de loc. Non est dubium, uoluntatem & scientiam hic eodem modo accipi, ut & alibi sæpe. Hic autem accipi pro expressa conventionione de pignore, Iuris ratio monet. Sed quid, si tantum conuenierit nominatim, ut colonus certas res inferret, neque de earum pignore expressum præterea sit quicquam? Certè cum dominus ait, uelle se ut colonus eas inferat, & ea conditione locat: non obscure uideretur de earum pignore conuenire. Quorsum enim alioqui id paciscitur? Cum igitur satis appareat hoc actum esse, placet, quod quidam sentiunt, tali conventionione contineri pignus.

Secundum taciti pignoris genus commodè nunc adijciam, quod Ulpianus notat, l. 13. §. qui impleto. Loc. Ait, colonum, qui impleto conductionis tempore remansit in conductione, in annum saltè proximum reconduxisse uideri: eandemq; pignorum obligationè durare. ut quemadmodum taciturnitate, ueluti consensu utriusque, domini & coloni, renouatam eandem conductionè existimamus: sic & pignora quæ prius nominatim contracta erant, tacitè repetita uideantur. Nam & alioqui non omnino eadem esset renouatæ huius conductionis conditio, quæ prius fuit.

Interdum expressa quidem est conuentio, sed confirmatio quæ necessaria est, non exprimitur. Itaque Martianus l. 5. §. ulti. In quib. cau. pig. tac. inter tacitas hypothecas refert, si cum ego rem tuâ obligassem creditori meo, tu pro me hdeiuss-

feris. Nam eo ipso quod fideiubes, uideris etiam approbare rei tuæ obligationem: ut & quod tu præstabis, res quoque tua præstet. Sic apud Modestinum, cum pater rem filij sui pignori daret, & filius à patre rogatus conscripisset instrumentum pignoris, intelligitur filius consentire obligationi, propterea que pignus ualet. l. 26. §. pater. De pignorib.

Porro cum conuenisset, ut tu rem meam distrahere siue uendere posses: respondit Papinianus, pignus intelligi contractum. l. 4. §. ul. Qui pot. in pig. Sicuti ediuerso, dixit rem distrahi non posse, cum significaret, pignori obligatam non esse. l. 1. §. seruo. De pign. Qui ius habet pignoris, ius distrahendi habere solet. Itaque conuentione distrahendi, illud includitur, quod præcedit, nempe ius pignoris. Neque tamé, ubi uerba ambigua sunt, uel obscura, temerè interpretari debemus, pignoris obligationem significari. Cum Titius promississet ex suo fundo dare centum modios, fundumq; deinde uendidisset: negauit Scæuola, emptorem teneri. l. ult. §. ult. De contrah. empt. Sic profectò negauit fundum fuisse obligatum, non teneri emptorem actione personalis ex tali promissione, nemo dubitat. An teneretur hypothecaria, quasi fundum obligatum possideret, quæsitum est. Negat Scæuola: quia nulla fundi huius sit obligatio.

Vt autem ex conuentione non solum expressa, sed & tacita, pignus constituitur: sic etiam ex ultima uoluntate, aut eius cōiectura. Solebant olim testatores cum aliquid legarent, quo magis legatario cautum esset, reliquas illi res suas  
hoc

hoc nomine testamento nominatim obligare. Papinianus ait, Legatarios in ea tantum parte, quæ de bonis seruari potest, habere pignoris causam. l. 4. De separat. Intelligit, prius deduci æ alienum. sed nõ exprimit, an in reliquis bonis habeant ius pignoris, etsi expressim datum illis testamento non sit. Certè non existimo, id temerè ijs tacitè dari, Iurisconsultis placuisse. Sed cum nouum non esset, ut liberalis interpretatio ultimæ uoluntatis fiat, & multa quæ expressa nõ sunt, tamen ex coniectura intelligentur: Iustinianus statuit, ut & si testator de hypotheca nihil nominatim cauisset, tamen intelligeretur, ei, cui quid legat, obligasse eo nomine omnia sua reliqua bona quæ ad eum, à quo legat, ex testamento peruenirent. l. 1. C. commu. de le. Non igitur obligatæ intelliguntur aliæ res uel hæredis, uel eius qui legatû præstare debet, si eas aliunde habeat. quamquam propter moram non præstantis legatum suo tempore, missio fieri possit in possessionem omnium eius bonorû. l. certa. C. ut in posses. leg. Sed & si ab hærede res duas duobus separatim testator legauerit: nõ uidebitur, quod uni legat, alteri obligatum pignori esse uoluisse. Id ex eo colligo, quod Hermogenianus l. si fideicommiss. Ut in posses. lega. respondit, si legatorum seruandorum causa missus in possessione teneas rem, quæ mihi est relicta: æquius esse me eam habere, cui est relicta, quàm te, qui alterius legati nomine ingressus in eam es. Illud porrò singulare habet tacita hypotheca ex testamèto descendens, quòd eam Iustinianus inter hæredes diuidat: sicuti & inter hæredes plures diuiditur ipsa in personam

sonam actio, quo legatum petitur. Non enim singuli tenentur, nisi pro qua parte hæredes sunt, si in personam agatur. Pro ea itaque parte etiã tantum obligabuntur, quæ ad hæredes præterea pervenerunt: cum tamen alioqui actio hypothecaria, indiuidua esse soleat, & in solidũ detur etiam aduersus eum, qui partem rei obligatæ possidet. Sed uidit Iustinianus hypothecam, de qua nunc agimus, non tam hæreditariam esse, quàm rebus iam diuisis inter hæredes primũ imponi: & cum ijs simul diuidi, quando constituitur. Non dissimilis est diuisio pignoris, in l. 2. C. de debit. ciuit.

*De pignore legitimo. CAP. VII.*

**D**iximus de duobus pignoris uoluntarij generibus, conuentionali & testamentario, siue expressim siue tacitè constituentur. Proximum est, ut de necessario dicamus, quod uel legitimum est, uel prætorium. Legitimum nunc appello, quod lex ipsa introducit, inuito etiam domino. Nam etsi interdum tacitè id subesse interpretetur, quia dominus nõ noluisse uideatur: tamen id ab eius uoluntate pendere nõ patitur. Tacitum dici quoque potest: sed legitimũ nunc appello, ut magis illustretur. Huius generis speciem primam, esse dicam hypothecam illam, quam Iustiniani cõstitutio introduxit dotis causa, uel dandæ, quæ promissa est: uel restituendæ suo tẽpore, si data fuerit. Solebat certè olim hæc cautio nominatim adijci dotalibus instrumentis: tantoq; propterea magis Iustinianus sese eã habere pro adiecta interpretatur, præsertim cum & fide bona in dotis causa uersandum sit. Verũ & illa ratio iustissima fuit, quod nimis iniquum indi-

indignumq; sit, aut dotem promissam non dari, aut datam amitti. *Damus* (inquit *Iustinianus*) ex utroque latere hypothecam, siue ex parte mariti pro restitutione dotis, siue ex parte mulieris pro ipsa dote præstanda, & pro rebus dotalibus cuius: siue ipsæ principales personæ dederint dotem, uel promiserint uel susceperint, siue aliæ proijs: & siue dos aduenticia, siue aduenticia sit. l. una. §. & ut plenius. C. de rei uxor. act. Primum ergo marito, cui dos promissa est, tacite hoc nomine obligantur bona promittentis, donec dos detur. Singularia profectò multa sunt præcepta, dotis non solum constitutæ, sed & constituendæ causa. Singulare illud certè est, quod dicitio dotis pro promissione habeatur, & nuda pactione pro stipulatione. l. ad exigendam. C. de iure dot. Alterum nunc priuilegium est, quod & ea obligatio suâ habeat hypothecam. E diuerso ubi dos data est: quemadmodum eius suo tempore restituendæ stipulatio semper interuenisse fingitur, sic & eo nomine, mariti, qui dotem accepit, bona obligari pignori intelliguntur. *Iurisconsulti* in *Pandectis* meminerunt & mulieris, & aliterius pro muliere dotem datis, simulq; hoc nomine pignus accipientis, l. 7. §. si uxor. De donat. inter uir. & uxo. l. 1. Qui pot. in pig. Quo exemplo & fideiussorè pro dote abs marito rectè posse dari, plerisque placet. Imperatores tamen ei remiserunt necessitatem huius satisfactionis. l. unica. C. ne fid. dot. den. Sed *Iustinianus* hypothecam tanto magis astrinxit, & semper subesse interpretatus est. neq; solum dotis ipsius nomine, sed & τῶν παρεργῶν: ut si præter dotem mu-

lier

lier marito nomen aut cautionem dederit, maritus quod exegerit etiam restituat, & interea eius bona tacite obligata propterea sint. l. vlti. C. de pact. conuen. tam sup. dot. Hic ergo duas tacitas hypothecas habemus: ex parte scilicet uiri, & ex mulieris parte. Sed ubi dos repetitur abs muliere, uel eius hærede, hypotheca altero quoq; priuilegio subnixa est. l. asiduis. C. qui pot. in pig. Quod suo postea loco latius dicam. Iurisconsulti non nisi personale priuilegium exigendi, tribuerant mulieri. Sed ut maior meliorq; esset cautio, accessit Iustiniani beneficiũ hypothecarium.

Secunda legitimi pignoris taciti & necessarij species, superiori non dissimilis est, quod tutoris bona pro administratione pupillo tacite obligentur. Pupillo in hac causa constat olim datum fuisse priuilegium exigendi. Sed altera cautio opus erat. Cum autem multis tutoribus satisfactio facile remitteretur, ut non darent fideiussorem, rem pupilli saluam fore, saltem retinenda fuit altera in rem cautio hypothecaria. Demosthenes *ναρὰ δὲ υἱῶν*. non obscure significat, moris olim fuisse apud Athenienses, ut & uxoribus, pro dote, bona maritorum, & pupillis, tutorum obligarentur. Idem agnosco fuisse in moribus ueterum Romanorum. Sed quid si nominatim nõ accesserit huius obligationis cautio? Certè Iurisconsulti, uxoribus non dabant ius tacitæ hypothecæ. Huius enim beneficij primus auctor fuit Iustinianus. Pupillis tamen, & eorum hæredibus dedisse uidentur, & singulari etiam interpretatione conseruasse. Id uulgo non satis animaduertunt; quia Scæuolæ responsum, ex quo id colligi potest,

potest, aliò detorquent. Cùm pupilli hæres cū hærede pupilli transegisset, & eius residuæ quantitatis, quæ debebatur, pignus nominatim accepisset: respondit Scæuola, in ueterem cōtractum iure res obligatas esse. l. ult. In quib. cau. pig. tac. His uerbis Scæuola significat, pignus aliquod tacitum prius fuisse, illudque durare, sicuti & ueterem obligationem tutelę. Nihil enim transactione noua peremptum esse, quia nondū ea impleta sit, hoc est, residua aut reliqua quantitas adhuc debeat: nec sit persoluta, licet eius nomine pignus datum sit. Vtilius itaque esse sentit, ueterem obligationē cū ueteri sua hypotheca retinere. Ineptum est, quod Accursius interpretatur iure res obligatas manere, ut earum retentio tamen sola competat, sicut ob chirographariam pecuniam retinentur. Id hoc loco ineptè dici, alij quoque uiderunt. Verū hi alia reprehensione digni sunt, quòd nō uideāt Scæuolā loqui de ueteri pignore: sed confingant nouam hęc quandam hypothecam, occasione transactionis tantē competētem: quasi quicumque transigit, eo ipso bona sua obligare intelligatur, donec præstiterit quod conuenit. Multo certè probabilius est, tutoris bona fuisse obligata, quia tantē quoque obligentur pro administratione. Quod certè Constantinus ita cōfirmat, ut ius uetus potius quàm nouū tradere intelligatur. l. pro officio. C. de admi. tut. Pro officio (inquit) administrationis, tutoris uel curatoris bona, si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibimet uindicare minimè prohibentur. Idem est, etsi tutor uel curator res minorum



rum non administrauit. Quid igitur, si tutor bona sua uendiderit? Et si in fiscum transferantur, cum sua causa transferuntur, & ius pignoris ea sequetur, ut Seuerus Imp. rescripsit. l. una. C. rem alie. ger. Seuerum cum hic nomino, rursus confirmo quod paulo antè dixi, Iurisconsultorū nostrorum tempore receptam fuisse hanc tacitā hypothecam. Illud præterea magis singulare est, quod Theodosio placuit, si mulier suscepta liberorum tutela, iterum nubat priusquam aut ijs tutorē petierit, aut reliqua perfoluerit: ipsius quoque mariti bona ijs tacitè obligari. l. penult. In quib. cau. pig. tac. l. 2. C. quando mul. tut. offic. De rebus, quæ pupillari pecunia ab aliquo emptæ, pupillis tacitè saltem obligantur, dicam postea. Nūc magis huius loci est, quod Iustinianus statuit, l. cum oportet. §. non autem. C. de bonis quæ lib. si pater in administratione bonorū aduenticiorum filijfa. aliquid malè gesserit, bona paterna hoc nomine, saltè ut patre mortuo impeti possint, tacitè obligari, & quidem obligata intelligi abs tempore susceptæ administrationis. quod & de bonis tutoris dici potest. Sed & si pater uel mater secundas nuptias cōtrahat: omnia eius bona filijs ex priori coniugio susceptis tacitè obligari ad lucra ijs conseruanda, quæ ex prioribus nuptijs descendunt, constitutum est. l. hac edictali. §. penult. l. si quis prioris. §. penult. & ult. C. de secun. nupt.

Porro rescriptum est l. 4. C. in quib. cau. pig. tac. satis notum esse, & ratione constitutum, non solum bona primipilorū obligari fisco, sed & mulierum, quæ ijs nuptæ sunt, dotes. An id satis  
nunc

nunc notum sit, nescio. Certè qua ratione sit constitutum, adhuc quæritur. Est enim ualde nouū & singulare exemplum taciti pignoris legitimi, cui quidē & dos ipsa summittatur. Audio equidem, quod alio loco traditum est, utilitatem publicam præferendam esse priuatorum rationibus, ut probetur, prius fisco satisfaciendum esse ob causam primipili, quàm doti. l. 3. C. de primip. Sed quæ nā illa publica ratio hîc sit, rursus quæritur. Primipilum facillè intelligimus, Legionis fuisse ueluti principem. Scribit autē Viçtricius de Re militari lib. 2. cap. 8. eum, tanquam caput, consècutum esse totius legionis merita & præmia. Itaque & Papinianus meminit commo-  
dorum ex ratione primipili, l. 23. De adim. leg. Fortasse ad eius quoque curam pertinuit diuisio militaris annonæ inter milites distribuendæ: quam ut meliori fide erogaret, placuit, ut si aliquid interuenteret, & eo nomine fisco esset obnoxius, fiscus posset nō modò pignoris iure in eius bona manum iniicere, sed & si uxorem habeat, in res dotales. Solet quidem dos separari, publicatis mariti bonis. Sed in hac causa confunditur, saltem in subsidium. Reliqua tamen uxoris bona, ueluti recepticia, separantur. Sic enim accipio illud Antonini Imp. ad Eutropiam: Si bona mariti tui ob reliqua administrationis primipilariæ à fisco occupata sunt: res, quas tuas esse li-  
quidò probaueris, ab alijs separatè tibi restituantur. l. 1. C. de priuil. fisci. Sanè quæcunque fuerit hæc administratio primipilaria, hoc etiam habet singulare, ut ex ea filij teneantur, etsi hæredes non sint patris sui primipili. l. 4. C. de primip.

Si ullum est frequēs pignus tacitum & legitimum, est illud quod fisco tribuitur. Hermogenianus ait, fiscum semper habere ius pignoris. l. 46. §. fiscus. De iure fisci. Hoc uerè dicitur, si fisco ita aliquid debeat, ut nec damnum accipiat potius quàm ne lucrum consequatur, is laboret. Paulus ait l. 2. De reb. eor. qui sub tut. Si pupillus à fisco emat, dubitationem non esse, quin ius pignoris saluum sit. Sed & Antoninus Imp. l. 2. C. In quib. cau. pign. tac. rescripsit, certum esse, eius qui cum fisco contrahit, bona ueluti pignoris titulo obligari, quamuis specialiter id non exprimitur. Idem loquens de eo, cui fiscus uestigal locauit, ait, hoc pacto uniuersa quæ conductor habet, habuit ue eo tempore, quo ad conductionem accessit, pignoris iure fisco teneri. l. 3. C. de priuil. fisci. Denique in l. 1. C. In quib. cau. pign. tac. scribit, uniuersa bona eorum qui censentur uice pignoris, tributis obligata esse. Ego uerò tributaria prædia huc non referam, quia nõ simpliciter pignori tenentur, sed pensione potius onerata principaliter sunt. Itaque & Cicero contra Rullum, prædia pensitantia ab obligatis discernit, distinguitque. At si capitatio debeat, rectè dicemus, eius causa obstringi pignore omnia bona capitecensi. Certè Cicero Verr. 5. loquès de decumis, Publicanum uocat pigneratorem. Cæterum si propter delictum fisco multa aliqua debeat, in eius pœnæ persequutione fiscus iure communi utetur: tantum abest, ut tunc ullum habeat ius hypothecæ tacite. l. 37. De iure fisci. l. una. C. pœn. fisc. cred. præf. Rectè itaq; Ulpianus dixit, esse quosdã casus, in quibus fiscus hypo-

hypothecas non habeat. l. rescriptum. De pact.

Porro Martianus l. 10. ad Municip. Simile (inquit) priuilegium fisco, nulla ciuitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id à principe datum sit. Sic Antoninus Imp. ait, causam Reip. nõ separari à cæteris creditoribus, qui habent personalem actionem, si neque beneficio sibi cõcesso ius pignoris naçta est, neque specialiter in obligatione pignoris sibi prospexit. l. 2. C. de iure Reip. Sane remp. Rom. habuisse ius pignoris, sicuti fiscu Principis id habere dixi, non dubitò: tamen olim sæpius fiebat, ut populo expressim cauertur prædibus & prædijs, ut antea etiam annotauit. Ac Respublica quidem propriè dicitur ipsius Urbis: cum ciuitates aliæ, loco priuatorum magis habeantur, ut ait Caius l. 16. De uerb. signif. Itaque & de Rep. Romana rectè accipietur, quod Paulus simpliciter ait, Remp. creditricem omnibus chirographarijs creditoribus præferri. l. penult. §. 1. De reb. auçt. iud. possid. Nam & si aliàs Respublica aliarum quoque ciuitatum eodè iure uti dicatur, quo utitur pupillus, l. 3. C. de iure Reip. tamen ciuitates non habent ius pignoris, sicuti pupillus. neque temerè est quòd Præsides iubentur, cum earum pecuniam credunt, de pignore expressim conuenire. l. si bene. De usur. Verum multis ciuitatibus singulari & speciali Principum beneficio tributum olim fuit ius pignoris, sicuti & priuilegium exigendi: ut hoc priuilegio præferri possent omnibus chirographarijs creditoribus, illo iure etiam in rem agerent. Plinius in Epist. ad Traianum Imp. quod exigendi priuilegium uocant Iurisconsulti, *πρωτεροπραξια* appel-

appellare uidetur: multisq; scribit ciuitatibus datum fuisse, multas etiam consuetudine quadam id esse consecutas, & lege ueluti sua sibi sumpsisse. Sed de pignoris iure, quod maius est, nunc querimus. Certè illud rectè curant ciuitates cum altero coniungi: neque qui illud habent, hoc amittunt. l. Antiochensium. De reb. auct. iud. possid. Sed ne nihil in uniuersum ciuitatibus tributum hîc esse uideatur, Constantinus ciuitatibus omnibus mutuam pecuniam credentibus concessit ius aliquod ueluti medium inter ius pignoris & priuilegium exigendi: propius tamen accedens ad ius pignoris, & exigendi priuilegio maius. Statuit enim Constantinus, ut si ciuitas mutuam pecuniam crediderit, & debitor soluendo esse desinat: debitoris huius bona in alios iam translata, quodammodo teneantur, ut possessores saltem pro rata parte rerum, quas possident, conueniri possint. l. 2. C. de debit. ciuit. Constantinus ait hoc casu res illas esse ciuitati obnoxias. Sed nemo existimet, plenam esse oppignerationem. Si uerum pignus subesset, in solidum conueniretur partis quoque possessor. Esse enim sollet indiuidua hypotheca. Sed quemadmodum illam diuidi dixi, quæ tacitè tribuitur legatarijs: sic & ista, quæ ciuitatibus. Cumque hanc rursus restringat Constantinus ad causam pecuniæ creditæ, cuius & alioqui multa singularia præcepta esse dicuntur, non ausim hoc beneficium latius interpretando, aliò producere atq; protrahere.

Vt persequamur reliquas species legitimi pignoris, Papinianus ait: Senatusconsulto, quod sub Marco Imp. factum est, pignus infulæ creditori

tori datum esse, qui pecuniam ob restitutionem  
 ædificij mutuam dedit. l. 1. In quib. cau. pig. tac.  
 Tribus alijs Pandectarum locis legimus, huic cre-  
 ditori datum esse priuilegium exigendi. l. 25. Si  
 cer. pet. l. 1. De cels. bon. l. 24. De reb. auct. iud. pos.  
 Sed & duobus locis traditum est, eum qui nauis  
 fabricandæ, uel instruendæ, uel armandæ, uel e-  
 tiam emendæ causa credidit, priuilegium habe-  
 re. l. 26 & 34. De reb. auct. iud. possid. Præterea Vl-  
 pianus ait, Si nauis fuit obligata, & ad armadam  
 eam uel reficiendam ego credidero, potio rem me-  
 esse prioribus creditoribus, quia mea pecunia sal-  
 uam fecerit totius pignoris causam. l. 5 & 6. Qui  
 pot. in pign. Postremò Iustinianus Nou. const.  
 97. scribit, creditores, qui pecuniam crediderunt,  
 ut uel nauis ematur, extruatur ue, aut reficiatur:  
 uel ut domus exædificetur, uel etiam ager aut a-  
 liud quippiam comparetur, priuilegio hypothe-  
 cæ omnibus præferri. Hæc mihi ualde obscure  
 & confuse dici uidentur, & perturbatè inuolui.  
 Nos, si fortè illustrari ab interprete, explicarique  
 ordine aliquo possint, & euolui, primùm uidea-  
 mus de creditore, cuius pecunia domus aut na-  
 uis, aliæue res debitoris refecta cōseruataque est.  
 Deinde de eo, cuius pecunia res confecta, compa-  
 rata, aut empta est. Quod ad priorè quæstionē at-  
 tinet, audio nominatim hîc fieri mentionem do-  
 mus & nauis: neq; nescio, aliquid in ijs reb. singu-  
 lare uideri, quòd & interesse Reip. dicatur, factas  
 rectas esse domos, quibus publicus aspectus or-  
 netur: & multas bene instructas esse naues, ad u-  
 sum commerciorum & annonæ. Nam & Sueton-  
 ius scribit, Claudium Imp. cum annonæ prospici-

ceret, magna commoda proposuisse ijs qui mercaturæ causa naues fabricarent. Sed non uidentur tamen hîc Iurifconfulti moueri singulari aliqua huius generis ratione. Eo certè in ea non hærent, sed aliam adferunt, quæ & in alijs rebus locum habet: & tamen ualet non solum ad ius pignoris dandum, sed & ad hoc pignus nouo quodam & singulari priuilegio promouendum. Vlpianus l. 5 & 6. Qui pot. in pig. posteaquam dixit, interdum posteriorem creditorè potiorè esse priore: de ea specie se loqui significat, ubi ad rem conseruandam impêsum est, quod sequens credidit. & hoc exemplum adfert: Si nauis fuit obligata, & ad armandam eam uel reficiendam ego credidero. Tum uerò hanc rationè adijcit: quòd sequentis creditoris pecunia, saluam fecit totius pignoris causam. Hæc ratio diligenter obseruanda est: quæ plura certè in recessu habet, quàm præ se ferre uideatur. Vlpianus in proposita specie plusquam commune pignus dari, non obscurè significat: hoc est, tale pignus, quod etiã prioribus aliorum hypothecis præferatur: & interea tamen indicat, alio modo minus quippiam esse quàm pignus: hoc est, nõ nisi aduersus alios creditores ualere. Ait, ubi credidi ad reficiendam rem, quæ alijs iam erat obligata, me ijs præferri, quia mea pecunia saluam fecit totius pignoris causam. Iustissima hæc ratio est. Nisi credidissem, res oppignerata periisset. Si cõseruauit, & ita alijs profui, nõ debeo interea in damno esse. Sed emptori non uideor profuisse. Nam etsi rem ita conseruatam emerit, suo precio emit. Si integrũ ius pignoris esset, rem nihilominus sequeretur. Sed

Vlpianus

Vlpianus aliud innuit: & in eo hærendum esse, pluribus uerbis contendit Connanus.

Alter hic quæstio est, de ijs quorum pecunia debitor rem aliquam cōparauit, quam prius non habebat. Vlpianus, posteaquam dixit potiozem esse creditorem, qui ad rem conseruandam credit, adijcit: Idem esse, si ex numis pupilli res fuerit comparata: ac, si fuerint duorum pupillorum numi, ambos in pignus concurrere pro ijs portionibus, quæ in precium rei fuerint impensæ. l. 7. Qui pot. in pig. Idem Vlpianus l. 3. De reb. eor. qui sub tut. ait, Si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus comparatus sit, pignoris obligationem eum habere, cuius pecunia fuit emptus. Sed hoc rursus pignus, plusquam pignus esse uidetur, & ad ius dominij magis accedere. Certè Vlpianus ipse l. 2. Quam. ex fac. tut. Si (inquit) tutor uel curator, pecunia eius, cuius negocia ad ministrat, prædia in nomen suum emerit, utilis actio ei, cuius pecunia fuerit, datur ad rem uindictandam. Si tamen rem nolit, potest pecuniã cum usuris condicere. l. 3. C. arb. tut. Sed & militi, cuius pecunia aliquis suo nomine prædium emerit, utilem uindicationẽ dari, ait Philippus Imp. l. 8. C. de rei uind. Talis certè uindictio magis dominij, quàm pignoris ius subesse significat. Sed & si uxor marito pecuniam donauerit, ex eaque prædium maritus emerit, mulieri datur utilis in rem actio, saltem quatenus dedit. non enim prædium, si plaris sit, totum uindictabit. l. 55. De don. inter uir. Sed quid si neque pupilli, neque militis, neq; uxoris pecunia fuerit? Nullam rei emptæ uindicationem, nullumq; in eam ius



raciti pignoris esse, respondeo. l. si ea. C. de rei vind. l. quamuis. C. de pign. Nam & Vlpianus l. 5. §. planè. De tribut. non obscure significat nihil in eam rem iuris esse, nisi fuerit creditori nominatim pignorata, Cæterum ubi expressim pignorata est, iam certè nõ erit simplex pignus: sed omnibus, etiam prioribus, hypothecis præferetur. l. licet. C. qui pot. in pig. Hic facile agnoscit lector ingeniosus, etsi paucis agam, nihilque ambitiose iactem, tamen hæc singulariter obseruanda esse.

De pignore Prætorio.

CAP. VIII.

**V**T genera pignorum absolua, superest altera necessarij pignoris species, nempe pignus Prætorium. Vlpianus l. 26. De pign. act. ait, ex quacunq; causa Magistratus in possessione aliquem miserit, pignus constitui: non aliàs tamen iussu Magistratus id constitui, nisi uentum fuerit in possessionem. Aulus Gellius notat, ueteres dixisse Pignoris capionem. Sed in hoc genere pignoris capio fuisse maximè uidetur. Sic enim pignus dicebatur id, cui Magistratus iniiciebat ad coercendam alicuius contumaciam. Frequens est hæc in edictis Prætorum clausula, PIGNORIBUS CAPTIS COMPELLAM. Sic senatores cogebantur multa & pignoribus uenire in senatum, ut Gellius scribit, & Cicero Philip. 1. Idem Cicero lib. 3. de Orat. scribit, Philippum Cos. instituisse, pignoribus ablatis coercere L. Crassum Senatorem. Sed de Prætorio pignore Iurisconsultos audiamus. Ut sit tale pignus, est necesse, ut & magistratus iusta autoritas, & rei quædam ueluti apprehensio interueniat. Si pignus in causam iudicati ex autoritate eius qui iubere potuit,

rit, captū sit, pignus cōstitui ait Vlpianus l. 10. Qui pot. in pign. Idem Vlpianus l. 3. §. 1. De reb. eor. qui sub tut. Pignori (inquit) capi iussu magistratus uel Præsidis, uel alterius potestatis, & distrahi fundus pupillaris potest. Sed & in possessionem rerum pupillarum mitti à Præto- re quis potest, & ius pignoris contrahitur: siue legatorum seruandorum causa, siue damni infecti. Tandem adijcit, tales obligationes non ex uolū- tate iudicis fieri, sed ex magistratuum auctorita- re. Quid, quantumque olim inter iudicem, qui priuatus alioqui homo esse solebat, & Præto- rem, quem Magistratum appellamus, interfue- rit, satis, ut opinor, nunc notum est. Porrò mul- tæ sunt causæ, ex quib. quis in possessionē mitti- tur. Vice autem cautionis in possessionem mit- ti, ait Vlpianus l. 15. §. si quis damni. De damno inf. Iure Prætorio esse ueluti pignus, ait Seuerus Imp. l. 3. C. ut in posses. leg. Non erat tamē olim pignus omnimodo. Nulla enim hoc nomine e- rat actio hypothecaria ad rem persequēdam, ne- que sine possessione consistebat durabat' ue hoc pignus. Sed Iustinianus effecit, ut pignus Præ- torium, uteretur communi iure pignorum, & perfectum pignus esset: hoc est, ut ex eo daretur persecutio hypothecaria, si quis fortè possessionem amisisset. l. ult. C. de Præt. pig. Ac Papinia- nus quidem respōderat, misso legatario in pos- sessione, res pro emptore usucapi, salua Præto- rij pignoris causa. l. 12. Pro empt. Sed ab hærede ita usucapi posse significat, ut interea legatarius, quandiu in possessione manet, ius pignoris ha- beat. Si is possidere desisset, Papinianus respon-

disset, simul desinere pignus illud Prætorium, quod cum possessione quis nactus erat. Sed (ut dixi) Iustinianus uoluit, ut non solum ius rei retinendę ex hoc pignore competeret: sed aliorum pignorum exemplo, ius quoque esset persequendę. Certę qui in possessionem mittitur, quia damni infecti non cauetur, hoc est, quia neque debitor repromittit, neque creditor satisfacat, tale pignus consequitur, quod priores creditorum hypothecas etiam infringat. Nam aduersus talem possessorem non dari alij persecutionem pignoris, singulariter responsum est à Iurisconsultis. l. 15. §. si qua. De damno inf.

Scio equidem uulgo dici, aliud esse pignus Prætorium, aliud Iudiciale. Sed Iurisconsulti iudiciale non nominant, neque interpretes id confixissent, si quid Iudiciale dici rectę possit intellexissent. Simus ergo contęti simplici, quę & generalis & propria est, appellatione pignoris Prætorij. Erat & illa uetus Græcorum *αὐτορρηψία*, cuius & antea memini, & rursus mentio postea fiet, quędam ueluti Prętoria pignoris capio. Sed iure Romano comprobata non est.

*De hypotheca generali & speciali.* CAP. IX.

**C**ommemorauī hactenus quatuor genera pignorum, duo uoluntaria, ex conuentione uel testamento: duo necessaria, à lege uel magistratu. Et quia non solum expressim, sed & tacitę pignora contrahantur, id quoque explicui. Superest altera pignorū qualitas, q̄ aut specialia illa sint, aut generalia. Ait Papinianus, cōuentionem generalem in pignore dando bonorum  
uel

uel postea quæditorū receptam esse. l. 1. De pign.  
 Exemplum generalis hypothecæ, qua quis obli-  
 gat omnia bona quæ habet, habiturus uel est, sæ-  
 pe in Pandectis occurrit. l. obligatione generali.  
 l. Paulus. l. penul. De pign. l. ulti. Qui pot. in pig.  
 l. si qui mihi. De iure fisci. Ac ne quis obijciat,  
 quod dici solet, creditorem, si hypothecaria ue-  
 lit agere, probare debere ré fuisse debitoris cum  
 pignori ab eo data est: l. ante omnia. De probat.  
 Caius occurrit, admonens id tårum dici, ubi spe-  
 cialis est hypotheca unius alicuius rei, non etiã  
 si sit generalis omnium bonorū. l. 15. §. 1. De pign.  
 Quid enim? Possum sanè rem alienam dare pi-  
 gnori sub hac conditione, SI MEA FACTA FVE-  
 RIT: At talis conditio inest obligationi generali  
 bonorum futurorum, sicuti & fructuum nasci-  
 turorū. quod Caius eodem respõso complexus  
 est. Imò uerò Iustinianus statuit, ut si quis sim-  
 pliciter obliget omnia bona sua, intelligatur &  
 ea obligatione complecti quæ postea acquirat. l.  
 ulti. C. quæ res pig. obl. poss. Fatetur alio loco,  
 moris fuisse, ut futurorum bonorū mentionem  
 nominatim facerent generales hypothecæ. l. ul-  
 ti. C. de remis. pig. Verùm & si ea fortè expref-  
 sa non sit, tacitè tamen intelligi uoluit. De lega-  
 to aut donatione non idem fortasse diceretur.  
 Nam Paulus l. si ita. De auro & arg. leg. ait, si le-  
 gauero uestem meam, eam tantum uideri lega-  
 tam, quæ testamenti tempore fuisset: quia hæc  
 demonstratio MEAM præsens, non futurum tem-  
 pus ostèdat. De donatione inter uiuos, uel uen-  
 ditione, idem dicemus. Sed hypothecam, quia  
 minoris est momenti, liberali interpretatione fa-  
 cilè

cilè producimus. Sanè cum Iustinianus impro-  
 bat pactû, de eius qui adhuc uiuit bonis hæredi-  
 tarijs cōceptû: & donationes & hypothecas eius  
 quoque generis improbat. l. ult. C. de pact. Sed  
 loquitur de speciali potius quàm de generali hy-  
 potheca. Nempe cum quis eâ ipsam rem, quam  
 ex alterius hæreditate sperat, obligaret. Verùm  
 si quis generaliter, quæ habiturus etiam est, ob-  
 ligat: nihil obstat, quin & ea comprehendan-  
 tur quæ ex hæreditate fortè postea obuient.  
 quod & ipse Iustinianus fatetur, l. ult. C. Quæ res  
 pig. obl. poss. Porrò interesse quidã dicunt, utrum  
 quis præsentia bona cum futuris, an futura tan-  
 tum obliget: quòd priori casu futurorum obli-  
 gatio retrahatur ad tempus conuentionis, poste-  
 riori non itè: id ego auctori qui hoc probandum  
 suscepit, nunc relinquo. Illud certius est, quod  
 Iustinianus statuit l. ult. C. de remiss. pig. rem ge-  
 nerali obligatione semel exēptam, consensu cre-  
 ditoris in eam postea non temerè recidere: hoc  
 est, si quid ex bonis meis cōsensu creditoris, cui  
 generaliter obligaueram omnia, uendidero, &  
 postea redemero, id rursus nō obligabitur: si mo-  
 dò nihil dolo malo fecero. Nam si qua eius suspi-  
 cio sit, purganda hæc esset. l. sicut. §. superuacuū.  
 Quib. mod. pig. uel hyp. sol. Præterea ad restrin-  
 gendam hypothecam generalē pertinet, quod  
 Paulus respondit, non includi ea quæ ab hære-  
 de eius qui obligauit, ex alia quàm hæreditatis  
 causa, quæ sita sunt. l. 29. De pign. & quod placuit  
 etiam ea non contineri, quæ uerisimile est quæ-  
 quam specialiter obligaturum non fuisse. l. 6. 7.  
 8. De pign. l. 1. C. Quæ res pig. obl. poss. Quid i-  
 gitur,

gitur, si quis generaliter bona sua obligat: an merces, quas habet uenales, comprehendit? Certe comprehendit, quatenus eas habet. Nam ita obligasse non uidetur, ut etiam distrahere amplius non posset. Legato generali non temere continentur. l. 31. §. uxor. De usufr. leg. l. pediculis. §. 1. De au. & arg. leg. Sed iam dixi, facilius interpretatione produci hypothecam, quia minus detrahat. Sanè cum seruus domini uoluntate, omnia eius bona obligasset: responsum est, eum quoque ipsum seruum comprehendere. l. 29. §. ulti. De pign.

Generali hypothecæ per similes est hypotheca alicuius uniuersitatis, ueluti gregis, aut tabernæ. Si grex totus renouatus fuerit, summisis nouis capitibus in locum demortuorum: ut idem grex durare intelligitur, sic & eadè hypotheca. l. 13. De pign. Si tabernæ alicuius merces omnes distractæ sint, sed reparatæ sint, & aliæ illarum loco substitutæ: eadem & taberna & tabernæ hypotheca esse intelligitur, sicuti ostendit Scæuola l. penult. De pign. Idem Scæuola l. 122. §. 1. De uerb. oblig. narrat, quendam Callimachum nominatim obligasse merces, quas haberet, quasque ijs distractis repararet: sicuti & Demosthenes πρὸς λαὸν, παράγορ. non dissimilis cōventionis meminuit. Sed necesse non est illius reparationis mentionem exprimere. Cæterum si non aliqua rerum uniuersitas obligata principio fuisset, sed certæ potius quædam species: hæc demum obligatæ intelliguntur, non etiam quæ earum deinde loco substitutæ uidentur. Vnde cum prædia cum mancipijs, quæ in ijs erunt, oppignerata fuissent: responsum est, non obligari quæ ijs mancipijs defunctis

functis summissa essent. l. fideiussor. §. ultri. De fideiuss.

Vbi tacita est hypotheca, solet esse generalis, præsertim ubi legitima est: sicuti ediuersò specialis hypotheca sæpius est expressa. Itaque sæpe legimus, rem expressim obligari, quæ specialiter obligatur: & ediuersò, specialiter obligari, quæ expressim. Papinianus l. 1. De pign. significat specialem esse hypothecam, cum in speciem unius alicuius certæ rei confertur conuentio. Verùm & si species plures nominatim obligentur, specialis semper esse dicitur hypotheca. Ac solebant quidem ueteres maioris cautionis ergò hypothecam specialem cum generali cõiungere, ut indicat Caius l. 15. §. quod dicitur. De pign. Nam & utilior, modò specialis, modò generalis est. Obseruauit tamen, aliquando creditori utilius esse, generaliter tatum bona debitoris obligari: quàm & generaliter omnia, & nihilominus specialiter quædam. Si tantum generaliter sint creditori obligata, nihil detrahitur, si deinde una aliqua species alteri obligetur. l. 2. Qui pot. in pign. At si præter generalem hypothecã, quædam res specialiter nominatimque pignori obligentur: quandiu ex his satisfieri potest, prior creditor nõ potest impetere reliqua bona, quæ alteri fortasse deinde sunt etiã obligata. l. 2. C. de pignor. Sanè tamé interdum generalis hypotheca, minus quàm specialis, rem obstringit. Non enim manumissioni obstat, ut & antea dixi, & intelligi potest ex l. 2. & 3. C. de ser. pign. da. l. penult. In quib. cau. pign. tac. l. generaliter. Qui & à quib.

**P**ORRò nulla est tā specialis hypotheca rei ali-  
 cuius, quin & ad eius rei accessiones ptraha-  
 tur atq; pducatur. Itaq; si fundus obligatus sit,  
 erit & alluionis accessio obligata. l. si fundus.  
 De pig. Sed & si sola pprietas sit pignori data, u-  
 fr. postea cōsolidatus, pignori quoq; esse in-  
 telligitur exēplo alluionis, ut Paulus ait. l. si cō-  
 uenerit. §. 1. De pig. act. Deniq; obligatorū uel pre-  
 diorū fructus, uel pecorū fectus, uel mācipiorum  
 partus, pignori obligatiōi accedūt. l. grege. l. Pau-  
 lus. §. si mācipia. De pign. Sed & si area aliqua fue-  
 rit oppignerata, & deinde domus in ea exēdifi-  
 cetur: hanc quoque obligari constat. l. si fundus.  
 §. si res. De pignor. Verū an pignus sortis no-  
 mine datum, usurarum quoque nomine tene-  
 tur? Constat, posse ita conuenire, ut in sortē tan-  
 tum, uel in usuras duntaxat teneatur. l. solutum.  
 §. si in sortem. De pign. act. Sed quid si debitor  
 simpliciter pignus dederit? Scæuola l. 18. Qui  
 pot. in pign. respondet, datum uideri tā pro sor-  
 te, quā pro usuris, ijs etiam quæ postea debe-  
 buntur: adeo ut si priusquam hæ commissæ sint,  
 alteri deinde res eadem obligetur, tamen usura-  
 rum quoque postea commissarum nomine po-  
 tior sit prior hypotheca. l. 18. Qui pot. in pign.  
 Sed nihil ne hic interest, utrum usuræ ex stipu-  
 latu, an uerò ex mora tantum ueniant? In alijs  
 causis discrimen magnum est. Hic nullum esse  
 uidetur: quia pignus dari uideatur in id omne,  
 quod deberi potest. Proptereaque & si pœna ac-  
 cedat, uel ex delicto debitoris, ueluti contuma-  
 cia aut inficiatione, crescat obligatio principa-  
 lis.



lis, pignus simul eo nomine obstringi teneriq;  
existimo. Fideiussoris tamen aliam esse causam  
scio. Sed non est obscurum, cur pignoris quam  
fideiussoris obligatio facilius augeatur atque  
producat.

*De conditionali hypotheca. CAP. XI.*

**C**um hypotheca, quæcunque tãdem, sit ac-  
cessio alterius obligationis: huius etiam  
obligationis qualitates ueluti induit. Si itaque  
principalis obligatio sit conditionalis. erit & hy-  
potheca. Sed fieri etiam potest, ut puræ obliga-  
tioni accedat hypotheca conditionalis, si ita no-  
minatim conuenerit. Vtrumque casum Martia-  
nus complexus est, simulque discrimen notat,  
» l. 13. §. penult. De pign. Inquit: Si sub conditione  
» debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendũ  
» est ante conditionem non rectè agi: cũ nihil in-  
» terim debeatur. Sed si sub conditione debiti con-  
» ditio euenerit, rursus agere poterit. Si præsens  
» sit debitum, hypotheca uerò sub conditione, &  
» agatur ante conditionem hypothecaria: uerum  
» quidem est pecuniam solutam non esse, sed au-  
» ferri hypothecam iniquum est. Ideoq; arbitrio  
» Iudicis cautiones interponendæ sunt, si condi-  
» tio extiterit, nec pecunia soluat, restitui hypo-  
» thecam, si in rerum natura sit. Hæc Martianus.  
qui primo loco agit de debito sub conditione,  
hoc est, ubi principalis obligatio est conditiona-  
lis, & per consequens hypotheca. Cum dicit,  
nihil interim deberi, rationem reddit, cur dixe-  
rit, non rectè agi ante conditionem: nec tamen  
si agatur, quicquam consumi. Itaque eueniente  
postea conditione debiti cõditionalis, rursus agi  
posse.

posse. Alterum deinde casum exponit Marti-  
 anus, cum principalis obligatio pura præsens  
 est, hypotheca uerò expressim sub conditione  
 concepta. aitque, posse quidem statim peti quod  
 debetur, sed ante conditionem non posse agi hy-  
 pothecaria. Interea tamen posse creditorem pete-  
 re aliam cautionem à possessore rei ita obliga-  
 tæ, ne rem hanc interea amittat, aut deteriorem  
 faciat: quemadmodum & Papinianus ait l. in om-  
 nibus. De iudic. In omnibus bonæ fidei iudi-  
 cijs cum nondum dies præstandæ pecuniæ ue-  
 nit, si agat aliquis ad interponendam cautionem,  
 ex iusta causa condemnationem fieri. Ulpianus  
 scribit, idem dici, si ante conditionem cautio ta-  
 lis petatur. l. inter omnes. Qui satisf. cog. Quid  
 igitur, ubi euenit conditio hypothecæ, ex quo  
 tempore contracta hypotheca intelligitur? Cer-  
 tè si conditio fuit in potestate debitoris, non ui-  
 debitur illa contracta, nisi ex quo primò die con-  
 ditio impleta est, nam & tum primùm apparet,  
 debitorem uoluisse rem obligari. Sed si conditio  
 sit fortuita, quando cunque euenierit, retro trahit  
 tur ad tempus conventionis, ne interea sit in po-  
 testate debitoris hypothecam eludere. De con-  
 ditionibus in uniuersum dixi aliàs fusius. Quod  
 nunc dico, Caius scripsit l. 11. §. 1. Qui pot. in pign.  
 Sed & Africanus l. 9. §. 1. Qui pot. in pig. loquens  
 de iure hypothecæ conditionalis, primùm ait,  
 sub conditione creditorem tuendum esse aduer-  
 sus eum, cui posteaquam quicquam deberi cœ-  
 pisset: si modò non ea conditio esset, quæ inuito  
 debitore impleri non posset. Deinde adiicit: Sed  
 & si hæres ob ea legata, quæ sub conditione data  
 dd erant,

erant, de pignore rei suæ conuenisset, & postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditâ pignori dedisset, ac deinde cōditio legatorum extitisset: hic quoque tuendum eum, cui pignus prius datum esset, existimaui. Sanè conditiones contractuum, cum eueniūt, retrotrahi, ad tēpus conuentionis: legatorum uerò conditiones non retrotrahi, sed ex eo primū die legata deberi, quorum conditio extitit, sæpe traditum est. Sed pignoris legatorum causa dati ab hærede conditio, uidetur conditio alicuius contractus & conuentionis. Deinde cum ipsius legati conditio euenit, quòd interea in fraudem legatarij heres de re legata statuisset, ueluti si eā alienasset, aut obligasset, rescinditur. Itaq; & pignoris testamentarij conditionem retrotrahi dicam, ut occurratur fraudi hæredis, rem legati nomine obligatâ interea alienantis, aut obligantis. Porro cum do pignori, rem alienam sub hac conditione, SI MEA FIAT: an retrotrahatur hæc conditio, paulo pòst dicam, cum de alienæ rei pignore dixero, quod inde instituo. Multa iam dicta sunt, quæ ad pignus constituendū pertinent: sed nondum dicta sunt omnia. Quæritur enim adhuc, quæ res pignori dari possint, & qui rem possint pignori obligare. Hæc supersunt capita duo exponenda, ut quæ in constitutione pignoris requiruntur, teneamus.

*Quæ res pignori obligari possint. CAP. XII.*

**P** Rincipiò dicere solemus, rem planè alienam pignori dari nō posse. Sed hæc definitio ualde periculosa est. Certè cum id dicitur, longa explicatio est necessaria. In primisque distinguen-  
dum

DE PIG. ET HYPO. 51

dum uidetur inter eum qui sciens dat rem alienam pignori, & eum qui ignorans. Sciens, tenetur etiam crimine stellionatus, qui creditoré ignoranté sefellit. l. 16. §. 1. De pign. act. Ignorans, saltem tenetur in id quod creditoris interest. l. 6. C. si alie. res pig. Pignus certè nullum est, quod ad ipsius rei dominum attinet: siue is possideat, siue petat rem suam. Sed alioqui non est omnino inanis conuentio huius pignoris. Nam & hypothecaria creditor poterit conuenire debitorem possidentem, & debitor persoluta pecunia rem repetere abs creditore actione pigneraticia. l. 5. C. de seruo pig. da. l. si. rem. §. pen. l. si pignore. §. si prædo. De pig. act. Rectè itaq; Vlpianus l. 21. §. 1. De pignorb. Si (inquit) debitor seruum, quem à non domino emerat, pignorauit, & teneat, Seruianæ locus est: & si aduersus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet. Sed & si debitor rem alienam, quam pignori dedit, surripuerit creditori, & uendiderit: emptor usucapere poterit. l. 4. §. si rem. De usurpat. l. si rem. Pro empt. Ipse tamen debitor, furti tenebitur creditori: sed res quasi redierit in domini potestatem, desinit esse furtiua.

Interdum, qui rem pignori dedit, eius rei ita dominus esse desinit, quasi nunquam fuisset. Interdum cum dominus non esset, fit deinde dominus. Videamus in utraque causa, ecquid de pignore statuendum sit. Primùm constat, si dominus in rei suæ uindicatione uictus sit, licet per iniuriam: tamen si deinde rem pignori det: rei iudicatæ exceptionem obstare quoque pignori: ut Papinianus Vlpianusque scribunt. l. 3. §. ult. De

pignorib. l. si mater. §. ult. De except. rei iud. Sed  
 iisdem locis adiiciunt, si ante sententiam ille pi-  
 gnori rem dedisset, nondum scilicet litigiosam  
 exceptionem illam pignori non obstare. Id ue-  
 rò longiori explicatione & distinctione opus ha-  
 bet. Nam & Papinianus alio loco ait, tunc non  
 nocere creditori, si eo non admonito, debitor de  
 dominio rei causam egerit, & contrariam senten-  
 tiam acceperit. l. iudicate. §. ult. De excep. rei iud.  
 Et rursus rescriptum est, tunc quoque id non o-  
 besse, si debitor in creditoris fraudem per collu-  
 sionem uinci se passus sit: aut non causa cognita,  
 sed præscriptione temporis superatus sit. l. Præ-  
 ses. C. de pignor. Nam & in usucapione, separata  
 esse dicitur quæstio pignoris ab intentione do-  
 minij: saluoque iure pignoris res usucapitur. l. 1.  
 §. cum prædium. De pign. l. iusto. §. non mutat.  
 De usurpat. l. misso. Pro empt. l. 2. Pro hæred. l. u-  
 sucapio. C. de pignorib. Itaque & si debitori u-  
 sucapio adimat dominium, creditori non detra-  
 hit propterea hypothecam. Sed quando dice-  
 mus, amisso per sententiam iudicis dominio, &  
 condemnato debitore, rei iudicatæ exceptione  
 perimi creditori hypothecam? Certè si de propri-  
 etate rei pignori datæ, cōtra debitorem, qui eam  
 rem pignori dederat, sententia lata sit causa co-  
 gnita, sine collusione: fueritque pronunciatum,  
 debitorem non esse dominū, sic ut ne tum qui-  
 dem cum pignori daret, fuisse intelligatur: & cre-  
 ditor admonitus, sciensque passus sit debitorem  
 pignoris sui auctore ita condēnari, neq; prouoca-  
 uerit: tūc certè dicemus, hypothecā quasiã nō do-  
 mino datā euanescere, & exceptione rei iudicatæ  
 perimi.

perimi. Sic enim Marcellus docet l. sæpe. De re iud. modò is locus emendatè legatur. nam corruptus & mendosus uulgò circumfertur, ut aliàs satis ostendi. Denique si res ita nostra esse desinat, ut iam tum, cum pignori daretur, in ea causa esset ut desineret, frustra in alterius fraudem obligatur. Veluti rem sub conditione legatam, hæres, etsi dominus interea sit, non ita potest pignori obstringere, quin legatarius eueniente cõditione liberam & solutam consequatur, desinente pignore cum hæredis dominio. Quod & ueteres Iurisconsulti senserunt, & Iustinianus magis atque magis exposuit, l. ult. C. commu. de lega. & Nou. constit. 39. Sanè cum rem ita donassem, ut nondum tamen tradidissem, hoc est, cum donare promississem: Scæuola iudicasse uidetur, me quia sum adhuc dominus, rectè & utiliter pignori eam dare posse. l. ult. §. pen. De donat. Sed Iustinianus non idem sensisse uidetur: magis autè donatario cauisse. Nou. consti. 170. Lex Iulia etsi fundum dotalem à marito permetteret alienari consentiente muliere, obligari tamen non permittebat: sicuti neque permittit Iustinianus obligari res immobiles donationis ppter nuptias, quantumuis mulier consentiat: Nou. consti. 61. Denique & res litigiosas Martianus refert inter eas, quæ pignori dari non possunt. l. 1. §. ult. Quæ res pign. Nam & res non omnino nostræ esse uidentur, quæ ita pendent, ut uel restitutioni obnoxix sint: uel in ea sint causa, ut earum amittendarum præsens periculum immineat.

Nunc ediuerso uideamus, an pignus conualescat, si quis rem pignori dederit, cū dominus nõ

esset, sed dominus postea eius rei factus sit. Papinianus l. 1. §. 1. De pignorib. In speciem (inquit) alienæ rei collata conuentione, si non fuerit ei qui pignus dabat, debita: postea debitori dominio quæsito, difficilius creditori, qui nõ ignorauit alienũ. utilis actio dabitur: sed facilius erit creditori possideti retetio. Difficilius ait dari actionẽ, dari tamẽ nõ negat. quanquã ignorati facilius datur. Certẽ Paulus simpliciter ita respõdit: Rẽ alienã pignori dedisti: deinde dominus eius rei esse cœpisti. datur utilis actio pigneraticia creditori. Additq;: Cũ cõueneris de pignore, ut ex tuo mēdacio arguaris, improbè resistere te, quo minus utilis actio moueatur. l. 41. De pigne. act. Scio Paulum ibi magis agere uideri de contraria pigneraticia, quæ in personam datur. At saltem significat pignus aliquod subesse, & conualuisse, dominio postea quæsito. Deinde exemplo huius pigneraticie, dari hoc casu utilẽ hypothecariam, apertè rescripsit Diocletianus, l. cùm res. C. Si res alie. pig. Si res (inquit) quæ necdum debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis eius esse incipiat: ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est: sed tamẽ æquitas facit, ut facile utilis persecutio exemplo pigneraticie detur. Sed & Papinianus l. 56. Ad Trebel. Cum filia fratribus restituere hæreditatẽ iussa esset, & interea fratres distraxissent res alienas, uel pignori dedissent, hæreditate postea restituta: constitit (inquit) ex eo facto uenditiones & pignora confirmari. Ac ne quis in eo hæreat, quod res illę hæreditariæ iam saltem fratribus erant debita: adijciam quod Ulpianus ait l.

7. §. sed si filius fa. Si filius fa. rem patris pignori dedit, eam quidem non teneri: sed si patri hæres extiterit filius, & pignus persequatur, exceptione doli summoueri. Hic rursus fortasse excipiet aliquis, creditori quidem dari retentione, nõ etiam actionem. Replicare possem, quo iure petetem filium summouet exceptione doli, suã actionem tueri aduersus eum posse replicatione doli. Sed nunc adiungam quod Africanus l. 9. §. ult. Qui pot. in pign. significat, si res aliena pignori data sit, & dominus deinde, qui dedit, fiat, pignus conualefcere, saltem priori datum: & eo dimisso, sequentis, si res adhuc in dominio debitoris sit. Titia (inquit) prædium alienum Titio pignori dedit: post Mæuio: deinde domina eius pignoris facta, marito suo in dotem æstimatum dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Mæuij pignus conualefcere placebat. Tunc enim priore dimisso, sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inueniatur. In proposito autem maritus emptoris loco est. Atque ideo, quia neque cum Mæuio obligaretur, neque cum Titio solueretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inueniri, quo pignus Mæuij conualefcere possit. Hæc Africanus. Hic non dubitat, Titij pignus conualefcere: neque de eo quærendum esse putat: atque ita quidẽ conualefcere, ut à tempore conuentionis ualuisse uideatur: neq; in eius fraudem alienatio interea facta rata sit, significat. Dixi antea, conditiones pignorum retraheri. Res aliena recte datur pignori sub hac conditione, SI DEBITORIS FIAT. Sed & si hæc conditio non exprimatur, tacite tamen inesse intelligitur. Hic



(inquam) non hæret Africanus. Sed & si alteri quoque creditori secundo rursus eadem res pignori data sit, non dubitat, secundum hoc quoque pignus conualescere posse, si & debitor dominus fiat: & cum priori creditori soluit, dominus manet. quasi secundi huius pignoris triplex sit conditio: SI RES DEBITORIS FIAT: ET A PRIORI PIGNORE LIBERETVR: ET DENIQVE ADHVC IN BONIS DEBITORIS SIT, CVM PRIMVM PIGNVS DIS SOLVITVR. Quod si duobus simul rem alienam pignori dem, & dominus deinde fiam, utriusque pignus æquè conualescet: & concurret in hypotheca uterque creditor, etiam si uni generaliter tantum, alteri specialiter obligassem, & illic conditionem SI MEA RES FIAT, non expressissem, hic expressissem. l. 7. §. ulti. Qui pot. in pig.

Diximus pignus conualescere & confirmari, si qui rem alienam pignori dederat, eius rei dominus deinde fiat. Sed quid ediuersò, si dominus fiat hæres debitoris? Paulus d. l. 41. De pign. act. hunc casum à superiori planè separat, & non idè obseruari respondet. Non idè (inquit) dicendū est, si ego Titio, qui rem meam obligauerat sine mea uoluntate, hæres extitero. Hoc enim modo pignoris persecutio cōcedenda non est creditori. neque utique sufficit ad competendam utilem pigneraticiam, eundem esse dominū, qui etiam pecuniam debet. Hæc Paulus. Potestque sanè aliqua esse ratio huiusce discriminis, cum iam nō agatur de facto huius domini, qui rem pignori ipse non dedit: & licet debitoris hæres factus obligetur, rem tamen suam propterea etiam obligare non uideatur. At Paulo Modestinus aperte  
recla-

reclamare uidetur. Si (inquit) Titio, qui rē meā ignorante me, creditori suo pignori obligauerit, hæres extitero, & postfacto pignus directo quidem non conualescit, sed utilis pigneraticia dabitur creditori. l. 22. De pignorib. Ut ingenuè loquar, fateor, difficile esse tam contraria responsa pugnantiæque conciliare. Sed probabiliter tamē dicitur, non dari statim utilem pigneraticiā persecutionem pignoris, hoc est, hypothecariam in rem: sed dari posse in personam, hoc est, in hæredem, utilem pigneraticiam, ut pignus cōfirmet, & iam rem suam pignori esse patiatur.

Si res neque planè aliena, neque in solidum mea sit: sed sit mihi cum alio communis pro indiuiso: rectè possum partem meam indiuisam dare pignori: neque ius creditoris immutat diuisio, quæ postea fiet. l. unica. C. si commu. res pig. l. 2. C. cōmu. diuid. l. 7. §. ult. Quib. mod. pig. uel hyp. sol. l. 3. §. ul. Qui pot. in pig. Nā & si socio meo res tota adiudicetur, creditoris hypotheca manet. l. 6. §. si fundus. Commu. diuid. Ac si mihi res tota adiudicaretur, in solidum obligaretur, & cū meo dominio cresceret pignus creditoris. Quod si socius meus non me, sed creditorem prouocet ad diuisionem, sicuti potest: & res tota adiudicetur creditori soluenti æstimationem alterius partis: res tota erit in eadem causa, hoc est, tota erit obligata, ut totam luam & consequar soluto debito, & reddito partis precio, quod creditor dedit. l. 7. §. si debitor. Commu. diuid.

Sanè si quis rei quidem dominus propriè non sit, sed sit tamē in ea causa, ut iam Publiciana uti possit: quia domini loco habeatur, pignori etiā

dare rem poterit, ut qua conditione habet Publicianam, creditor habeat hypothecariam. l. 18. De Publiciana in rem act. Cum ex iusta causa, boná que fide rem alienam aliquádiu possedi, etsi nōdum usu ceperim: tamen si quis alius non dominus eam intercipiat, qui minus habet in eam iuris: ego eam possum tanquem meam, & abs me iam usucaptá, petere actione Publiciana. Eodem casu poterit & creditor meus iure pignoris eam persequi. Sed si dominus uerus eam possideat: neque mihi Publiciana, neque creditori hypothecaria competit. Sed & si alius non dominus, bona fide & iusta causa, ut ego possedi, possideat: in pari causa potior est conditio possidētis. Cum itaque hoc quoque casu Publiciana mihi non competat, neque competet creditori hypothecaria. Iulianus l. 9. §. si duobus. De public. in rem act. ait, si ab eodem non domino, duo separatim emerint, potiozem esse, cui prior res tradita est. Si à diuersis non dominis, meliorem esse causam possidentis. Hic autem ius hypothecæ estimare oportet, ex iure illius q̄ pignori dedit.

Porro rem non nostram quidem, sed nobis tamen debitá, ita pignori rectè damus, ut quandounque nostra fiet, pignus contractum intelligatur ex die conuentionis. Qua in re nihil difficultatis esse, Papinianus notat: l. 1. §. 1. De pign. Sed & interea nomen ipsum & obligatio rei debitæ, pignori esse intelligitur. De pignore nominis mox dicam. Illud nunc dico, rem meam alicui iam in solidum obligatam pignori, etsi duobus non sufficiat, posse me tamen alteri deinde rursus obligare, Sed inest huic secundo pignori duplex

plex conditio, SI PRIORI SATISFACTVM SIT, ET EO SOLVTO RES ADHVC MEA SIT: ut antea quoque dixi ex l. 9. §. ult. Qui pot. in pign. Est ergo secunda hæc hypotheca ualde infirma & incerta: ut iam taceam (quod postea suo loco dicā) priorem semper esse potiore. Vt autem crimine stellionatus tenetur, qui rem alienam sciens ignorantiam dat pignori: sic & is qui rem suam, sed iam alteri prius obligatam: præsertim si res sit, quæ utrique creditori non sufficiat. l. 36. §. 1. De pign. act. Sed & si debitor in dolo non sit, tamen tenetur contrario iudicio pigneraticio, in quantum hoc nomine interest secūdi creditoris. l. 16. §. 1. De pigner. act. Græci olim, cum pignus accipiebant, nominatim stipulabātur, solutum alioqui & ueluti intactum dari. Demosthenes *κατὰ δανεισθῆναι καὶ παρέξουσι τοῖς δανείσασιν τὸν ὑποθήκην ἀνένταφον.* Sæpe etiam pœnæ nomine propterea stipulabantur duplum. Demosth. *κατὰ δανεισθῆναι ἐὰν τις μὴ παρέξουσι ἐμφανῆ τὰ ὑποκείμενα καὶ ἀνένταφον, ἀποδοῦναι διπλάσια τὰ χρήματα.*

Stellionatus

Paulo antè dixi, si species aliqua mihi debeatur, quomodo eam pignori dare possim. Sed & si sit quantitas mihi debita, nomen hoc siue obligationem possum dare pignori. Nomen uocari, cum quid debetur, notū est. Debitor ergo meus, nomen sui debitoris rectè mihi pignori dare dicitur, cum pignoris titulo mihi dat ius sui crediti. Sic nomen debitoris pignori datum sæpe legimus, l. 13. §. cum pignori. De pign. l. 18. §. ut nomē. De pign. act. l. nomen. C. Quæ res pign. Interdū obligationem & actionem, interdum etiam cautionem pignori dari, eadem significatione legimus.

mus. l. 20. De pign. l. postquam. C. de hær. uel act. uend. Neque solum specialiter nomen dari pignori potest: sed & generali hypotheca bonorū comprehenditur. Neque ex cōuentione tantum obligatur: sed & in legitimum aut prætorium pignus cadit. Iustinianus l. 1. C. de præt. pign. ait, Prætorium pignus dari posse non solum in res mobiles & immobiles, sed & in actiones, quæ debitori competunt. In causam iudicati posse nomen pignori capi, præsertim si res mobiles uel immobiles non sufficiant, responsum est. l. 15. §. sic quoque. De re iudic. Denique & cum ciuitates condemnatæ sunt, nec quicquam corporale est Reip. quod possideatur, per actiones debitorum ciuitatis oportere agentib. satisfieri, traditum est. l. 8. Quod cuiusq; uniu. nom. Sed hypotheca nominis ecquid habet iuris? Certè ut nominis emptor, sic & pignerator habet utiles actiones ad exigendū. l. cū conuenit. De pig. l. 18. De pig. act. d. l. nomē. & d. l. postquā. Sed illud interest, quod emptor semper exigat totū quod debetur: pignerator uerò nō nisi quatenus sibi deberi pbat, etiam si is, cuius nomen obligatū est, plus debeat: uel si minus debeat, nō potest plus exigi, etiam si nominis pignerator plus sibi deberi pbet. d. l. nomē. Porro oportet illi debitori, cuius nomē est pignoratū, denūciare, ne suo priori creditori soluat, & certiorē eum facere de pignore nominis. Nam si ignorans, & bona fide illi alteri solueret, rectè solueret: neq; abs pigneratore amplius conueniri posset. d. l. nomen. Sic & cum simpliciter nomen ceditur, aut actiones mandātur: hæc denunciatio facit, ut cedens amplius exigere, aut debitor

debitor ei soluere non possit. l. 3. C. de nouat. Vnde intelligimus, quo modo accipiendum sit, quod Paulus ait l. 18. De pign. act. Si (inquit) cō- uenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit: tuenda est à Prætoꝛe hæc conuentio, ut & te in exigenda pecunia, & debitorem aduersus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum cōpensabis: si uerò corporis alicuius, id quod acceperis, erit tibi pignoris loco. Quod hic Paulus ait, Martianus dicere uidetur, & in pignore pignoris. l. 13. §. cum pignori. De pign. Sed de eo mox uiderimus. Illud nunc adijcio, ut bona futura, sic & futura nomina posse obligari. Nam & cum conuenisset, ut is qui ad refectionem ædificij credebat, de pensionib. iure pignoris creditum reciperet: respondit Ulpianus, etiam actiones utiles aduersus inquilinos eum accipere exemplo cautionis, quam debitor creditori pignori dedit. l. 20. De pignorib.

Porro ius pignoris creditor meus etiã pignori dare potest suo creditori: & quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori teneri. sed si dominus soluerit pecuniam, pignus periri, ait Martianus, l. 13. §. cum pignori. De pign. Sic & Papinianus: Si (inquit) pignus pignori dederit creditor, domino solvente pecuniam, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio. l. debitor. §. ult. De pig. act. Idem dicendum est, si centum quæ tibi debeo, propterea quæ rem tibi meam obligauit, tu Titio debeas, ei que pignus tuum pignori dederis. Nam & si ego illi soluero, ut & te & me liberarem, pignus utrunque

que soluitur. Si tamen non quantitas, sed species diuersa debeatur: quia non ita facile compensatur, sic secundum pignus extinguetur, ut tamen eius loco nascatur & succedat aliud pignus secundum. Quod Martianus exéplo nominis pignori dati probat, l. 13. §. cum pignori. De pignorib.

Itaque species soluta dissoluit quidem utrumq; pignus: sed interea ipsa pignori esse incipit secundo creditori, loco alterius pignoris dissoluti: & cum is tantum haberet pignori pignus, nunc eam speciem pignori habebit.

Iam uerò etiam obseruandum est, interesse inter eum cui pignus pignori datum est, & eum cui nomen est datum pignori. Nam ille sua denunciatione non potest impedire, quin debitor suo creditori soluat: hoc est, si tibi debeam centum sub pignore, & tu hoc pignus Titio tuo creditori obliges: Titius non potest facere, quin ego tibi rectè nihilominus soluam. Sed si illi nomen esset pignori datum, & mihi denunciaret, ne tibi solua: non rectè soluerem, ut paulo ante dixi. Nempe, cum pignus tantum datur pignori, propterea utiles actiones non dantur ad exigendum, sed persecutio pignoris tantum competit. Cæterum ut nomen pignori datum, non solum exigi, sed etiam uendi potest: sic & pignus pignori datum: & ex hac uenditione Iuris hypothecarij creditor secundus consequetur suum. Postremò obseruandum hic est, quod Scæuola respondit, ubi confirmatur pignus, confirmari quoq; pignoris pignus. l. 14. De diuers. temp. præscript. Sed & usus pignori mihi datum posse me alteri pignori dare, rescriptum est: l. 1. C. Si pig. pig. dat. Ipsum itaq; usum fru.

fru. posse pignori dari, dubium nō est: neque est  
obscurum, quale sit illud pignus.

Martianus in l. 11. De pign. primū agit de pi-  
gnore ususfructus: deinde de seruitutum pigno-  
re. Nos de utroque breuiter uideamus. Primū  
ait, non solum pignoris causa constitui usumfr.  
posse abs domino fundi: sed & iam prius cōstitu-  
tū posse pignori dari abs fructuario. l. 11. §. ususfr.  
De pig. Discrimen est tamen notandum. Cū  
dominus constituit mihi usumfr. Certē uerum  
usumfr. dat, & ego uerus fio fructuarius. Sed si  
abs fructuario accipiam, nō possum ipse esse fru-  
ctuarius. l. necessariō. §. ul. De peric. & commo.  
rei uend. Si ergo primo modo detur ususfr. pi-  
gnoris causa, quādiu hęc durabit, ego fruar. Si  
alio modo, morte fructuarij finiretur. Cum *uiri-*  
*gnoris* datur, uidetur etiam ususfr. constitui pigno-  
ris nomine. Sed de antichresi dicam suo postea  
loco. Nunc de pignore seruitutum uideamus, de  
quo ualde etiam quæritur.

Martianus l. 11. §. ult. De pign. ait: Iura prædio-  
rum urbanorum pignori dari non possunt. Igi-  
tur nec cōueniri potest, ut hypothecæ sint. Sub-  
ijcit Paulus, l. 12. eo tit. Sed an uia, itineris, actus, *cc*  
aque ductus, pignoris conuentio locum habeat, *cc*  
uidendum esse Pōponius ait, ut talis pãctio fiat, *cc*  
quādiu pecunia soluta non sit, his seruitutibus *cc*  
creditor utatur: scilicet si uicinum fundum ha- *cc*  
beat, & si intra certum diem pecunia soluta non *cc*  
sit, uendere eas uicino liceat. Quę sententia pro- *cc*  
pter utilitatem contrahentium admittenda est. *cc*  
Ex hoc Martiani Paulique loco colligere uul-  
gō solent, seruitutes urbanas pignori dari nō pos-  
se,



se, rusticas posse. Sed discriminē nō temerē admittō, ubi discriminis causam nullā uideo. Video e-  
quidem facilius rusticas posse pignori dari, q̄ ur-  
banas: quod illæ facilius, quàm hæ, uideātur alte-  
ri utiles esse: & rusticis alterius seruitutib. uti ma-  
gis possimus, quàm urbanis. Sed id perpetuū nō  
est: neque enim aut rusticæ aut urbanæ omnes  
sunt unius generis. Sed & quam rationem Pau-  
lus adfert, ut probet rusticas pignori dari posse,  
eādē trahere & ad urbanas possum: sicuti quod  
ediuerso de urbanis dicit Martianus, de rusticis  
quoque dici posse uidetur. Itaque non distin-  
guo, utrum urbanæ an rusticæ sint. Nam & au-  
dio in quibusdam codicibus Martiani locū sim-  
pliciter legi, *IURA PRÆDIORVM: nec addi, VR-  
BANORVM.* Quid igitur? Quærendum est gene-  
raliter, utrum seruitutes pignori dari possint? Si  
fundus, cui seruitus debetur, pignori detur: non  
est dubium, simul obligari seruitutem, eiusque  
seruitutis utilem petitionem creditori dari. l. 16.  
De seruitut. Sed ut sine fundo consistere seruitus  
non potest: sic sine eo dari pignori nō potest. Sic  
itaque iura prædiorum siue urbanorum siue ru-  
sticorū iam prædijs imposita, pignori dari nō pos-  
sunt sine prædijs. Hoc Martianus tradit. Sed nō ne  
cōstitui & imponi prædio seruitus potest, pigno-  
ris causa: hoc est, ut sit, donec debitor soluat pec-  
cuniam? Summo certē iure ne sic quidem possit.  
non enim seruitus constituitur ad tempus. Sed  
benignè tamen id admittitur propter utilitatem  
contrahentium, propter quam & pleraque alia  
aduersus subtiliorem Iuris disputationem ad-  
mitti, Iulianus ait, l. ita uulneratus. Ad leg. Aquil.  
Sic

Sic discrimen hîc erit, utrum de constituta, an de constituenda seruitute quærat. Dixi paulo antè, posse pignoris causa constitui usumf. abs domino: uel etiam prius constitutum, pignori dari abs fructuario. Sed ususf. personæ debetur, non rei. Seruitus uerò semel constituta, abs prædio se parari non potest. Ut igitur Vlpianus ait, neminem posse locare seruitutem: l. 44. Loc. sic neq; pignori dare posse, dicit Martianus. Sed ut ususf. rectè constituitur pignoris causa: sic Paulus admittit, seruitutè constitui posse. Et cur hoc tandem non admittet, cum etiam possit precario seruitus concedi? l. 2. De precar. & Prætor superficario permittat, ut seruitutè imponat. l. 1. De superfic. Scio equidè rarius fieri, ut aliquis sit usus urbanę seruitutis tēporarię. Esse tamè aliquis potest. Itaq; eam, exēplo rusticę, pignoris causa cōstitui posse credo. Postremò & superficiē in alieno solo positā, dicemus pignori dari posse. Superficiarius est, qui in nostro fundo aliquid in ædificatū habet nostro cōsensu, & id tanquā dominus possidet. Superficiē itaq; hęc suā qua cōditione possidet, eādē & uedere & obligare potest. l. 13. §. & in superficiarijs. De pign. l. etiā superficies. Qui pot. in pig. l. tutor. §. ult. De pign. act. Idem dici potest & de fundis uestigalibus & emphyteuticis: l. 30. De pignor. l. tutor. §. ult. De pign. act. Verum meminisse semper hîc debemus, finito iure uel superficiarij, uel emphyteutę, uel uestigalis, ueluti propter non solutum solarium aut aliam similem causam, simul finiri pignus, ut res libera & soluta committi intelligatur. l. 30. de pign. l. 17. De pign. act. Dixi de multis rebus, quę pignori

dari possunt, cum dubitaretur an possent. Nunc uideamus de rebus, quæ non possunt.

Satis constat, res, quæ nō sunt in commercio, non posse pignori dari: ut res sacras, aut religiosas. Sunt tamen quædam res ueluti sacræ, quæ in dominorum patrimonio priuatim manent, & sunt propterea in commercio. Tertullianus in Apolog. cap. 13. Domesticos (inquit) deos, quos Lares dicitis, domestica potestate tractatis, pignerando, uendendo, demutando. Monumenta religiosa non posse à quoquã obligari, dubiũ non esse, ait Antoninus Imp. l. 3. C. quæ res pig. obl. Narrant, Aegyptios, cum mutuum acciperent, olim solitos esse pignori dare cadauera suorum parentum: quæ & condire, ut diutius conseruarentur, solebant. Sed Romanæ leges cadauera uoluerunt religiosè sepeliri: neque ea modò, sed & eorũ sepulcra esse libera & soluta. Aliquando permiserũt, ut parens suũ filiũ & uendere & pignori obligare posset. Sed postea id prohibuerũt, l. qui filios. C. q̄ res pig. Atq; etiã creditore grauitè punierũt, q̄ tale pignus accipit. l. ult. quæ res pig. Certè Iustinianus Nou. cõst. 134. talem filiorũ oppignerationẽ uocat *ἀσέβεια*: & statuit, ut creditor, p̄pterea amittat ius suũ totũ, atq; etiam ipsi filio tantundem persoluat. Antiquum tamen & apud alias gentes olim receptum fuisse morem filiorum oppignerãdorum, ipsa quoque historia sacra ostendit, quæ quosdam Prophetarum filios propter æs alienum patris, creditori nexos fuisse, quos Elias liberarit, narrat. Sed & apud Terentiũ in Heautontim. legimus, filiam adolescentulam relictã esse arraboni pro argen-

argento. Notum est, qua ratione senatus Rom. sustulerit morem filiorum creditorum. ne extendorum. Sed postea in uniuersum etiam sublatum est totum ius nexus, & omnis addictio civium: & libera corpora pignore non obstringi placuit. Qui olim nexi, qui addicti dicerentur, dixi ad 12. Tab. & in Catechesi.

Sed ut Diodorus narrat Aegyptios olim cauiffe, ne debitorum corpora, sed patrimonia tantum pignori caperentur: & Solon eandem Athenis legem tulit: sic etiam tandem hoc placuit Romanis legumlatoribus. Potest sane aliquis, si uelit, in seruitutem se dare, & cum pro seruo patitur se uenundari, ut precij partem habeat, seruus fieri: sed uix est, ut pignoris titulo ad tempus sua conuentione possit seruus fieri. Sane qui ab hostibus redemptus est, sic liberatur, ut tamen donec redemptori suo satisfecerit, pignoris quodam uinculo ei obstringatur, etsi plane alioqui seruus eius non sit. l. senatus. §. ult. De lega. 1. l. qui testamento haeres. §. 1. De testam. l. si patre. De capiti. l. 2. C. de postl. reu. Leges Graecorum iuebant seruum redemptoris esse, donec precium redemptionis ei restituisset: ut testis est Demosthenes *πρὸς υἱοσφῶν*. Est & alia quaedam oppignerationis liberorum hominum, quam Athenienses appellabant *ἀνδροδικία*, & de qua exstat lex Draconis apud Demosthenem *ναὶ ἀνδρῶν*. Nec dissimilis illa fuit exulum Tarquiniorum postulatio, petentium ab Aristodemo Cumano regulo, ut frumentatoribus. Romanis, qui Cumis erant, manus iniiceretur, & pignoris loco habere possent, donec Romani bona exulibus restituisent. Postulabant (ut scribit Dionysius lib. 7.) *ἐνσὶα να-*

ταρχῆρ ἀντὶ τὰ σώματα. Sed Iustinianus uidetur  
 hæc oppignerationes, quas appellat *ἐνεχυριασ-*  
*μὸν*, improbasse, Nou. const. 52. Diodorus Sicu-  
 lus libro secundo scribit, Græcorum leges ante  
 Solonem, etsi permetterent militum etiam & a-  
 gricularum corpora pignerari: arma tamen & a-  
 ratra pignore obstringi noluisse.

In iure Ciuili legimus, milites puniri, qui ar-  
 ma sua alienant. l. 14. §. arma. De re mil. Sed aliena-  
 tionem alioqui aut oppignerationem eorum in-  
 utilem esse, non legimus. Certè & studiosi libros  
 suos pignori dare possunt. Vnde & Cicero pro  
 Sestio: Libelli ( inquit ) etiam pro uino sæpe op-  
 pignerabantur. Stipendia militum posse pigno-  
 ri capi ex causâ rei iudicatæ, si ei aliter nō possit  
 satisfieri, placuit. l. 4. C. de exec. rei iud. sed nō ne  
 ut nomina, possunt ex conuentione etiam ob-  
 stringi? Certè Alexander Imp. l. spem. C. quæ res  
 pign. rescripsit spem eorum præmiorû, quæ pro  
 coronis pensitanda sunt athleticis, non posse pri-  
 uata pactione obligari. Commodis tamen præ-  
 miorum, quæ propter coronas sacras præstantur,  
 posse interdici condemnato, & eam pecuniam in  
 re pignoris in causam iudicati capi, respondit Pa-  
 pinianus, l. 40. De re iud. Vitruuius libro nono  
 de architect. scribit, Athletas constitutis publice  
 uetigalibus, quandiu uiuerent, frui solitos esse.  
 Hæc uidentur fuisse coronarum præmia, quo-  
 rum meminit Papinianus. Sed quid de militijs  
 illis dicemus, quarum tam frequens est mentio  
 in iure Ciuili, quæcunque tandem illa siue Offi-  
 cia, siue Ministeria, siue Munera fuerint? Extrat  
 Iustiniani de earum pignore nobilis cōstitutio,  
 l. ult.

l. ult. C. de pign. Sed quadam distinctione opus est. Erant quædam militiæ priuati iuris, quæ & uendi & legari, & ad hæredes trãsmitti poterãt. Has potuisse pignori dari, dubium non est. Aliæ erant militiæ planè publicæ, quæ in priuatorum hominum commercio nõ ita erant, sed abs Principe conferebantur: & personis, quibus erant datæ, cohærebant: earumque morte finiebantur, & ad ius principis reuertebantur. Earum certè oppignatio non uidetur permissa fuisse. Addunt, quasdam tertij & ueluti mediij generis militias fuisse, quas Iustinianus appellat *EX CASU*: quas iam caducas factas, & ad potestatem principis reuersas, non sequebatur, si quod impositum prius fuisset ius pignoris, nisi si Princeps ex causa id creditorib. tribueret, ueluti quod ad eas emendas pecuniam credidissent. Iustiniani de ijs extat Nou. constit. 53.

Quod ad aratra agricolarum attinet, Quintilianus lib. 8. cap. 9. etiam cõmemorat quandam legem Rom. non licere aratrum pignori accipere. Sed quod ait, quæsitum fuisse, an liceret uerem: inanis cauillatio potius fuit, quàm seria quæstio. Ac ne ea quidem alioqui lex Romana extat, quam Quintilianus commemorat. Sed extant posteriorum Cæsarum, Constantini nempe, Honorij & Theodosij secundi, constitutiones, quæ uel aratrum, uel aliud quod ad agriculturã pertineat, pignori capi uerant: neque solum executores rerum iudicatarum, sed & comites sacrarum largitionum id eo nomine capere prohibet: ut etiam si de pecunia fiscali uel tributis agatur, hanc pignoris capionem prohibitam esse intelli-

gamus. l. executores. l. pignorū. C. Quæ res pig.  
 Non dissimiliter instrumentorū rusticorum li-  
 bertati cauisse ueteres Græcos legumatores, etsi  
 ipsorum agriculturalium corporibus manum iniici  
 paterentur, narrat Diodorus Siculus libro secun-  
 do. Ius nostrum ciuile & hæc & illa à pignoris ca-  
 pione liberat: sed non prohibet tamen alioqui a-  
 gricolas, si ultrò uelint, res suas pignori dare.

Pupillus etsi dominus sit, tamè ut alienare pro-  
 hibetur, sic & oppignerare. Sed & pupillo pi-  
 gnus capienti necessaria est tutoris auctoritas, pro-  
 pter metum pigneraticæ actionis, l. 38. De pign.  
 act. multo igitur magis, si pignori rem dare uelit.  
 Nam & si prædium ita emerit, ut quoad præcium  
 solueret, esset id pignori obligatum uenditori: pi-  
 gnus non ualet. l. 1. §. ult. De reb. eor. qui sub tut.  
 Quid igitur, an auctoritas tutoris sufficiet? Cer-  
 tè si mobilis sit res pupillaris, potest eam tutor  
 ex causa, sine Prætoris decreto, dare pignori: ue-  
 luti si pecuniam in rem pupilli mutuo accipiat.  
 l. 1. Quæ res pig. ob. l. 3. & penul. C. si alie. res pign.  
 Sed in prædiorum pupillarium ut alienatione,  
 sic & obligatione, tutor opus habet non solum  
 iusta causa, sed & Prætoris decreto. l. 1. De reb. eor.  
 l. lex quæ. C. de admi. tut. Quod si non agatur de  
 pignore uoluntario, ueluti cōventionali: sed ne-  
 cessario, ueluti Prætorio: cōstat, rem pupillarem  
 siue mobilem, siue immobilè, pignori capi pos-  
 se. l. 3. §. si pignori. De reb. eorum. Sed & tutor cum  
 satisdat iudicio fisci, rem pupilli etiam immobi-  
 lem obligat: quia sit hoc quoque pignus ueluti  
 necessarium. l. ulti. §. defensionē. C. de admi. tut.  
 Martianus posteaquam dixit, pupillum sine  
 tutore

DE FIG. ET HYPO. 71

tutore nō posse hypothecā dare: adijcit, si filiusfa. pro alio rem peculiarem obligauerit, uel seruus, eam non teneri, licet liberam peculiij sui administrationem habeant. l. 1. §. 1. Quæ res pignus ualeat: nam & res ita alienari posset. l. si cōuenierit. §. ult. De pign. act. Sanè ut filiusfa. prohibetur accipere mutuum, sic & pro eo pignus dare: quanquam pro alio non prohibeatur, sicuti nec fideiubere. l. item si filiusfa. Ad Maced. Sed & si pro mutuo prius accepto det pignus, cū iam est paterfa. ualeat. l. sed Iulianus. ad si. Ad Maced. Mulier pro alio intercedere prohibetur. Ergo & pro alio fideiubere, & pignus dare prohibetur. Pro se dare potest.

Procuratorem, cui mādatum est ut pignus daret, posse dare, dubium non est. Sed & si sine meo mandato res mea sit ab alio pignori data, & ratum habeam: pignus confirmatur, ut etiam ualeat intelligatur ex quo datū fuit. l. aliena. De pign. act. l. 16. §. 1. De pignorib. Si tamen hoc alteri capciosum esset, ueluti si dominus interea eā rem alteri pignori ipse dedisset, non retrahetur talis rati habitio. Si sit procurator, cui uniuersorū bonorū administratio permessa sit ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere: poterit pignori dare, perinde atq; si hoc ei mandatum esset. l. solutū. §. ult. De pign. act. Sed quid dicemus de administratore ciuitatis? Certè rem ciuitatis, si in commercio sit, rectè pignori dat. l. si is qui. De pign. Sed oportet pecuniā, quam mutuo accipit, in ré ciuitatis uerti. Nam nec alioqui ciuitas ex mutuo tenetur. l. ciuitas. Si cer. pet.



Nunc pro coronide rectè adijciam, quod Iustianus statuit, siue lex siue testator prohibeat, rei alicuius alienationem, siue conuenerit, ut nō alienaretur: non solum prohibitam intelligi dominij translationem, sed & hypothecam. l. ulti. C. de reb. alie. non alien. Sæpe olim abs testatoribus prohibebatur res extra familiam alienari, ac plerunque adijciebatur expressim, ut ne pignori quidem daretur extra familiam. l. 38. §. fundū. & §. seq. De leg. 3. Nunc Iustinianus statuit, etsi alienatio simpliciter prohibita sit, intelligi & pignorationem esse prohibitam. Sed & si iusta causa sit huius prohibitionis, tamen neque creditoribus neque fisco fraudi esse, ait Martianus, l. 114. §. Diui. De leg. 1. Quid igitur? non impiedetur propterea pignus necessarium legitimum aut Prætorium? Non uidetur. Sed uoluntaria demū alienatio aut pignoratio prohibita intelligitur. Propriè sanè pignoratio nō est alienatio, cū nulla sit dominij translatio. l. 67. De uerbo. sign. Manet enim pignus in debitoris dominio. neque creditor dicere suum potest, quod pignoratū habet: neque si bona sua legaret, pignus legare uideretur, l. 101. De lega. 3. l. legata. §. ult. De supell. leg. Ita que pœnalem conditionem *SI RES ALIENETUR*, non statim committi putarem, si pigneretur. Verū, quia creditor hypothecarius habet ius distrahendi, proxima est alienationi pignoratio: & cum illa fauorabiliter prohibetur, hæc quoque prohiberi uidetur. Ac interdum sanè hæc prohibetur, cum illa permittitur. Vt senatuscōsultum Velleianum prohibet mulierem pro alio res suas obligare: donare alteri res suas non prohibet. &  
lex

Lex Julia fundum dotalem non prohibuit alienari muliere consentiente: obligari tamen prohibuit. quanquam Iustinianus postea uoluerit & alienationem & obligationem fundi dotalis plane prohiberi. Sed ueteris Iuris ratio fuit, quod cum mulier natura satis abhorreat ab alienatione, non uideretur necessaria prohibitio. Ab hypotheca cum non ita abhorreat, quia re putat esse leuem: illi magis occurrendum fuerit. Alioqui tamen tenendum est, quod Caius l. 9. §. 1. De pig. ait, id quod emptionem uenditionemque recipit, etiam pignorationem posse recipere. Porro huius quoque loci est, quod Martianus l. 1. §. eam rem. Quae res pign. obl. poss. scribit, eum qui rem aliquam emere non potest, quia commercium eius rei non sit, iure pignoris accipere eam non posse. Sed quid est, quod Modestinus l. 24. De pign. respondit: In quorum finibus emere quis prohibetur, non prohiberi accipere pignus? Certè difficile est ex Rep. Ro. repetere exemplum talis prohibitionis. Sed illud dico: si quis aliquo loco simpliciter prohibeatur emere, quod prohibeatur ius dominij acquirere: non prohiberi propterea ius etiam pignoris habere. Si uerò prohibeatur emere, quia eo loco commercijs & negotiatione sit ueluti illi interdictum, prohibetur etiam pignus accipere. Praeses in suae puincia finibus prohibetur emere, sicuti & negociari, aut cum suis provincialibus aliquid habere commercij. Sed & pecuniam ijs mutuam dare: l. Principalibus. Si certpet. Ergo & pignus ab ijs accipere in provincia non poterit. Sed ut non prohibetur scae nebre pecuniam mutuo accipere, sic pro ea pignus dare

non prohibebitur. l. Præsidis. Si cert. peta. Quid multis? Si prohibetur uel permittitur principalis obligatio, prohiberi uel permitti uideretur eius accessio, nempe hypotheca: si eadem causa sit.

Multi dixi hætenus, quæ ad pignoris constitutionem pertinent. Sed illud postremò dicendū iterum est: quia pignus sit alterius obligationis accessio, non posse consistere si nulla alia sit obligatio. Accedit quidem pignus, ut fideiussor, omnibus obligationibus. Nam & si naturales tantū sint, quæ ualde sunt infirmæ: rectè ijs accedit, ut etiam ciuilitè teneatur. Sed aliquam saltem principalem obligationē subesse est necesse. Et uerò ut fideiussor ei demum obligari potest, cui is, pro quo interuenit, obligatur: l. 17. De fideiuss. sic & eidem pignus dari tantum debet. Martianus l. 5. De pignor. ait, rem hypothecæ dari posse pro quacūque obligatione: & enumerat multas species. Adde, quod Ulpianus l. 9. §. 1. De pign. act. addit non tantum ob pecuniam, sed & ob aliam causam pignus dari posse: ueluti si quis alicui pignus dederit, ut pro se fideiubeat. Sanè & pro pignore pignus dari, ut pro fideiussore fideiussor esse, potest, sicuti & antea dixi. Verùm memorabile est quod Caius l. 2. Quæ res pig. ait, si quis pro muliere, quæ intercessit, dederit hypothecam, aut pro filio fa. cui contra senatusconsultum creditum est: idem dicendum esse, quod in eorum fideiussoribus. Quid igitur? Fideiussor mulieris intercedentis nō tenetur. l. si mulier cōtra S. C. §. 1. Ad Vell. l. mulieré. C. ad Vell. Fideiussor filij fa. mutuum accipientis, tūc tenetur, cum donandi animo fideiubet, nec habet actionem  
manda-

mandati. l. sed si pater. §. non solum. Ad Maced.  
 Exceptio itaque Velleiani datur & fideiussori,  
 non etiam Macedoniani. Nam illud hoc agit, ne  
 quis in dāno sit: & licet creditor fideiussores cō  
 uenire non possit, suum tamen principalem de  
 bitorem habet obligatum. Macedonianum uerò  
 filiosa. solum consulit: eoque exempto, patitur  
 fideiussorem obligari, cum & alioqui nullus fu  
 turus sit debitor. Iam uerò cū pignoris eadem  
 hic causa sit, quæ est fideiussoris: sequitur, pignus  
 rectè dari pro filiosa. mutuū accipiente, nō etiam  
 pro muliere interueniente. Illud postremò hic  
 obseruādum est, quod Vlpianus l. ii. §. 2. De pign.  
 act. scribit, siue usuræ in stipulatum sint deductæ,  
 siue non: si tamen pignus & in eas obligatū fue  
 rit, quādiu hic ex his debetur, pigneraticiam ces  
 sare. Certum est, non posse peti usuras pecuniæ  
 mutuae ex conuentione, cui stipulatio non accel  
 sit. l. i. & 3. C. de usur. Sed hypothecaria tamen  
 competit actio: & creditor, cum pignus tenebit,  
 retinere id poterit, donec usuræ conuentæ, si a  
 lioqui licitæ sunt, soluantur, ut pacto compre  
 hensum est. Saltē enim naturaliter debentur. Sic  
 itaque per retentionē pignoris seruari poterūt. l.  
 per retentionem. C. de usur. Et nos similiter dice  
 mus, quod naturaliter debetur, seruari eodē mo  
 do posse. Nam etsi illud petere non possim, tamē  
 pignus persequi potero. Idque consecutus reti  
 nebo, donec solutum sit quod debetur.

## De iure retentionis. CAP. XIII.

**P**Riusquam de ui pignoris rectè constituti di  
 cam, occurrit Modestinus, qui ait, cum ui  
 tiose uel inutiliter contractus pignoris interce  
 dit,

dit, retentioni locum non esse: nec si bona creditoris ad fiscum pertineant. l. 25. De pignorib. Sed tam uitiosum, ut etiam inutile planè & nihili sit, nullaque non solum persecutio, sed ne retentio quidem cōpetat, pignus esse tum demū dicitur, cum aut res est quæ nullo modo potest pignori dari: aut is qui dedit, nullam planè habuit potestatem. Ceterum potest esse uitiosum quidem pignus, quod tamen non sit omnino inutile: hoc est, potest ita esse contractum, ut licet pignus nō sit, quasi pignus tamen esse uideatur: & licet eius persecutio non sit, sit tamen retentio. Nam & interdum licet inutile sit pactum, quo efficere uolumus plusquam pignus: tamen pignus saltem commune manet, ut cum lege commissoria accipitur. l. ult. C. de pact. pig. Sanè constat plus esse persecutionem rei, quàm retentionem: & hanc, quàm illam, facilius cōpetere, dubiū non est. Sic Papinianus l. 1. §. 1. De pignorib. cum res aliena data esset creditori, quæ postea debitoris facta erat, dixit difficilius actionem dari: sed faciliorem esse creditori possidenti retentionem. Quamquam eo casu & actionem dari posse, supra ostendi. Sanè si procurator meus sine ullo mandato rem meam pignori dederit, cum mutuum meo nomine acciperet: non omnino pignus contracti constat: eius tamen retentionem dari creditori, si pecunia, quam credidit, in rem meam uersa sit, rescriptum est. l. 1. C. si al. res pig. Sed & si pecunia mea liberauero pignus, quod tu tuo creditori dederas, pignus planè dissoluitur: neque mihi propterea rursus obligatur. Verum et si hypotheca mihi non competat, retinere tamen rem possum,

sum, donec mihi solueris, l. 1. Quib. mod. pig. uel hyp. sol. Interdum & dissoluto pignore, manet ius retentionis. Si mihi cētum debeas ex mutuo, & eorum causa pignus dederis: itemque ex empto mihi debeas quinquaginta: etiā si illa centū solueris, tamen pignus retinere possum, donec & reliqua quinquaginta sint persoluta. Vnde in Codice, tit. Etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse: Chirographariam uocant, quæ nullam habebat alioqui hypothecam. Sic & Chirographarius debitor appellatur, qui pignus non dedit. l. 5. §. idem deniq;. Commod. Denique si creditor unum aliquod ex pluribus pignoribus sic uendiderit, ut etiam promiserit præstare euictionem: quamuis ex precio consecutus sit quod debebatur, proptereaque totum ius pignoris dissolutum sit: tamen reliquas illas res quondam obligatas retinere adhuc potest, donec ei aliter caueatur, quòd euictionem promisit, indemnem eum futurum. l. 8. §. si pignori. De pign. act. Sed & rem uenditam, nondumque traditam, uenditori pro precio sic teneri, ut retineri possit, si emptor eam nec petat, nec precie soluat, responsum est: l. Iulianus. §. offerri. De act. empti. l. hæreditatis. De hæred. uel act. uend. Hoc modò pignus, modò quasi pignus appellatur. Pignus tamen propriè non est. Nam ea res adhuc est uenditoris. Sed pignus appellatur propter ius illud retentionis, quod cum pignore commune aliquid habere uidetur. Interdum cum rem uenditor ultrò tradebat, expressim paciscabatur, ut sibi obligata esset, donec precium solueretur. Atque hoc uerum pignus fuit, & uoluntarium,

rium, descendens ex cōuentione: propterea quæ  
 & pupillus non potest, cum rem emit, eā ita obli-  
 gare uenditori. l. 1. §. ulti. De reb. eor. Sanè si rem  
 sine tutore emit, ipse propriè nō obligatur eo cō-  
 tractu, si eo uti nolit. Sed si rem petat, nec preciū  
 offerat uenditori, saltem competit rei retentio. l.  
 si id quod purè. ad fi. De rescind. uend. Iam sex  
 casus enumerauī, in quibus est ius retentionis,  
 necessarium etiam & legitimum, hoc est, non ex  
 conuentione descendens, sed ex lege. Alios ad-  
 dam, qui & nunc mihi occurrunt. Si cum mihi  
 centum deberes, ducenta te debere putares, eoq;  
 errore fundum, qui ducentis æstimabatur, mihi  
 in solutum dederis: tu quidem condicere eū po-  
 tes: sed ego contrā possum eum retinere, donec  
 illa centum mihi soluas. l. 28. §. si centum. De cōd.  
 ind. Si in tempestate facta sit iactura quarūdam  
 mercium, detrimentum pro portione cuiusque  
 uectoris communicatur, ut à singulis farciatur  
 pro rata. Magister uerò naui potest hoc nomine  
 merces aliorū retinere. l. 2. De leg. Rhod. Fuit &  
 soluto matrimonio olim marito sæpe cōcessa re-  
 tentio rei dotalis, aut certę partis: & pignoris no-  
 mine retineri dicebatur, donec mulier, q̄ inuicē  
 præstare debebat, soluisset. l. 5. De dote præleg.  
 Retentio aut̄ hæc erat aut ppter liberos, aut ppter  
 mores, aut ppter impēsas, aut ppter res donatas,  
 aut ppter res amotas: ut scribit Vlpianus in tit.  
 De dotib. Sed hāc retentiōe dotis Iustinianus su-  
 stulit: quanquā in Pandectis, cōpensationū ex tra-  
 lib. causis exēpla reliquerit. Porro Paulus l. 15. §.  
 ulti. De furt. ait, ob impēsas, quas in rem cōmoda-  
 tam fecisti, retentionē eius habere te, adeò ut cū  
 ipso

ipso etiam domino, si eam rem tibi surripuit, habeas furti actionem: quia eo casu, quasi pignoris loco, res comodatario sit. Equidem ob aliam causam non temere existimo concedi retentionem rei commodatæ: præsertim cum & Diocletianus rescripserit, prætextu debiti, non probabiliter recusari restitutionem commodati. l. ult. C. de commod. Nam neque prætextu debitarum pensio- rum potest locator impedire restitutionem re- rum conductoris, quæ cum illatæ non erant in domum conductam, obligatæ non fuerunt. l. 5. C. In quib. cau. pig. tac. Et ediuerso, licet con- ductor dicat se dominum rei conductæ, tamen pri- us eam restituere debet, & postea de proprietate litigare. l. 25. C. de locat. Cæterum cum Iustinia- nus statuerit, si quis sine uicio re possideat, pos- se etiam in iudicijs in rem, excepta depositi cau- sa, uti compensatione. l. ult. C. de compensat. nõ temere dixerim, creditori, qui rem sui debitoris sine uicio habet, cõcedi retentionem, præsertim ubi quod sibi deberi ait, liquidum est, nec cõtro- uersum. Est enim hæc retentio, minus quippiam, quàm sit compensatio: & compensationem uelu- ti antecedit, cum nõdum res æstimata est, ut cõ- pensetur. Fateor hic excipi iudicia dotis & de- positi. Sed quod singulari fauore his tribuitur, ut retentionis aut compensationis exceptione non impediatur: non temere alijs actionib. cõ- municandum est. Sanè responsum est, ubi ali- qua iusta & rationalis causa est non reddendæ rei commodatæ, eum qui eam recusat reddere, non uideri possessionem interuertere, domino quo- eripere. l. si quis rem. De acquir. possess.



Ius retentionis de quo hactenus dixi, non nisi aduersus debitorem ualuisse uideretur. Olim sanè cum pignora non dicebantur, nisi quæ manu & ueluti pugno tenerentur: etsi persecutio hypothecaria fortasse non daretur, tamen retentio pigneraticia ea erat, quæ alios etiã creditores sum-moueret atque repelleret. Nunc cum persecutio detur, quæ plusquam retentio est: de retentio-ne minus laborant creditores hypothecarij. Interdum tamen qui in perfequendo potiores non essent, sunt in retinendo: ut magnum esse dicitur commodum possessionis. Sed id postea suo loco uiderimus, cum exponemus, qui potiores in pignore habeantur. Nunc de ui & iure & natura & utilitate, & denique potestate pignoris rectè con-sueti, uel hypothecæ utiliter contractæ uideamus. Hoc enim huiusce totius commentationis præcipuum caput est, quod est hoc loco tandem explicandum.

*De pignoris persecutione, & actione hypothecaria, siue Seruiana, Saluianoq; interdito. CAP. XIII.*

**C**VM ueteres Iurisconsulti scribebant de pi-gnorib. & hypothecis, scribere se profitebãtur de formula hypothecaria: ut ipsæ adhuc in Pandectis inscriptiones indicat. Erat autem hæc formula non tã contrahendæ hypothecæ, quàm perfequendi pignoris. Fuit enim actio in ré, quæ dabatur concepta formula à Prætore, posteaquã receptum fuit, ut pignus esset Iuris uinculũ, quò res, ubi ubi essent, obligarẽtur. Et certè ualde infirma & prope inanis fuisset cautio creditorum, & magna eorum captio, si cum possessione ius pigno-

pignoris amississent, nec nisi rem tenentes, illud tenuissent, nulla alioqui uel adipiscendæ uel recuperandæ possessionis, nulla rei persequendæ potestate hypothecaria communiti. Caius itaq; dixit pignus nullum esse, si nulla eius sit persecutio. l. 27. De noxal. Ac sæpe quidem fit, ut in pignore contrahendo nominatim etiam cõueniat, ut creditor sua auctoritate possit manum rei injicere. neq; est omnino inutile hoc pactum. Saltem enim creditorem, qui hoc fecerit, excusat, ne uim fecisse uideatur: sed multo tamen est cõfultius, ut per iudicem ius suum exequatur. l. 3. C. de pign. l. pignoris. C. de pign. act. Paulus nar- rat, quendam, qui ratiario crediderat, cū ad diem pecunia non solueretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuisse. Quæsitum autem fuisse, cum flumen creuisset, & ratem abstulisset, cuius esset periculum? Respondet, si creditor inuito ratiario retinisset, creditoris esse periculum. Sed si debitor sua uoluntate concessisset, ut retineret: culpam duntaxat ei præstandam esse, non uim maiorem. l. 30. De pigner. act.

Vt creditor iudicio ordinario possit rem pignori obligatam persequi, eiusque cõsequi possessionem, & interdictum & actionem Prætores dant. Interdictum hoc appellatur Saluiianum, actio uerò Seruiana. Qui sint auctores, certò affirmare non possum. Sed quidam nominant Seruium Sulpitium & Saluium Iulianum, duo profectò maxima columina iurisprudentiæ Romanæ. Nos de re ipsa potius uideamus. Vtrumque possessorium iudicium dici posset. Nam & actio hypothecaria solam nudamque possessionem

nem auocat, ut paulo post dicam. Verum quia in ea est necesse probare, eum qui pignori dedit, fuisse dominum: & de eius dominio hac ratione quaeritur: magis petitorium quam possessorium iudicium esse dicitur. Ideoque accessit Saluianum interdictum, quod merè possessorium est. Esse autè utilius, interdicto prius experiri, saepe proditum est. Sed quorsum actio Seruiana, si Saluiano interdicto potest facilius creditor consequi, quod persequitur? Certè interdum est difficilius probare possessionem, quam dominum. Quid enim, si is qui pignori dedit, non possidebat? Quid si iam possessionem suam ita amiserat, ut ne interdicto quidem ullo recuperare eam posset? et si is pignori obligasset bona omnia sua, nomina, iura & actiones: creditor tamen Saluiano interdicto non uteretur. Deinde non tam facile datur Saluianum interdictum aduersus omnes possessores, quam actio Seruiana. Propriè enim non nisi creditori aduersus conductorem uel colonum, qui res inuectas obligauit, directò dari dicitur. l. 1. C. de precar. sicuti & interdicta solent esse personalia. Dari tamen utiliter aliquando aduersus alios possessores rei obligatae, non nego. l. 1. De Sal. interd. Sed frequentior paratiorque est actio Seruiana.

Prima in rem actio, ciuilibis & directa, propriè est illa uindicatio, quae datur ei qui ex iure Quiritum dominus est. l. 1. §. 1. De rei uindicat. Vindicantur & seruitutes & iura praediorum. Sed propter simplex ius pignoris, in rem agi aduersus ipsum etiam dominum possidentem, nouum magis & insolens fuit. Placuit tamen hoc praetoribus,

ribus, ne inanis esset cautio hypothecaria.

Paulus l. 17. §. de pignore. De pacto ait, ex pacto de pignore actione nasci iure Honorario: Ac primum quidem Seruiana dicta est, quæ dabatur in rem ab inquilino illatam, & propterea obligata. Sed ad eius exemplum introductæ sunt & aliæ actiones hypothecariæ, ut Gordianus Imp. fateatur, l. 1. C. de precar. Iurisconsulti in Pandectis plerumque Seruianam uocant omnem hypothecariam, quam & non solum actionem in rem uocant, sed etiam uindicationem. l. 16 & 28. De pignorib. l. 12. Quib. mod. pig. uel hyp. sol. Nam & si creditor non dicat se ipsius rei dominum esse: eum tamen, à quo ius pignoris habet, dominum esse contendit, & eius dominio hypothecariam suam actionem confirmat: adeò ut si rem euincat, possit, qui pignori dedit, eius rei iudicatæ exceptione uti: & illum qui uictus abs creditore est, si se dominum nihilominus esse dicat & uindicet, repellere. l. ex sextante. §. 1. De rei iud.

Quod certè non posset, si in iudicio hypothecario, de sola possessione pronunciatum fuisset, neque esset de dominio quæsitum. l. exitus. De acq. qui. possess. Interea tamen creditor uindicans & euincens, solam nudamque possessionem auocat, ut Papinianus ait l. 66. De euict. & ego mox dicam. Illud nunc urgeo, ut intelligamus hypothecariã actionem in rem esse, & sequi atque impetere possessorem, cum alioqui obligationes ex contractu non nisi personam, quæ se obligauit, eius uel hæredem sequantur. Elegans est hac de re locus Vlpiani, l. 1. §. si hæres. ad Trebell.

Cum hæres præcepto fundo rogatus esset hæreditatem

diratē restituere, & is illi fundus in quartam imputaretur: hæres uerò obijceret, pignori oppositum abs defuncto esse: primū Vlpianus uisus est contemnere hanc hæredis obiectionem. Nec multum (inquit) facit, si fundus pignori datus est. Neque enim æris alieni actio personalis fundum sequitur, sed eum cui hæreditas ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est. Atqui, quod Vlpianus dissimulat, subijcere, iterumque excipere hæres rectè ita poterat: saltem actio hypothecaria fundum sequitur, & creditor eū hac ratione euincere poterit. Quid hic Vlpianus? Cedit, & hæredi consulendum esse tandem fateretur. Cur ita? Quia sentit, licet taceat, in proposito actionem aliquam subesse, quæ fundum persequetur, non eum cui restituta erit hæreditas.

Vt actionis hypothecariæ partes singulas diligentius explicemus, primū uideamus, cui nam illa detur. Constat dari creditori, cui obligata pignori res fuit, eius uel hæredi. Sed quid, si sint plures hæredes? Singulis datur in solidum. Est enim indiuisa, & aperte rescriptum est l. 1. C. si unus ex plurib. hæred. defuncto creditore multis relictis hæredibus, actionem quidem personalem inter eos ex lege 12 Tab. diuidi: pignus uerò unicuique in solidum teneri. Legem illam de diuisione obligationis hæreditariæ copiose exposui in Commentarijs ad 12. Tab. Sed non necesse est diuidi dominium inter hæredes ipsius domini, ut singuli non nisi pro sua parte rem uindicerent? Diuidit. Cur igitur similiter non dicimus, diuidi ius pignoris inter creditoris hypothecarij hæredes, præsertim cum & principalis ipsa obligatio

ligatio diuidatur? Causa hæc mihi esse uidetur, quod ius pignoris indiuiduum sit, ut ius seruitutis. Dominium habet suas partes indiuisas. Seruitus non habet, quia meri facti sit. Ius pignoris, ut non diuidatur, præterea hoc habet, quod non principaliter aliquid & purè persequatur, quod perpetuum propriumque teneat creditor: sed sub alternatione quadam, & sicuti sub conditione, atque etiam ad diem: hoc est, si non soluitur, & donec non soluitur, quod debetur. Indiuisam pignoris causam esse, ait Ulpianus l. 65. De cuius. Quæ res in hoc tractatu sæpe nobis est repetenda: nam latissimè patet. In proposita certè quæstione nõ temerè id dici nunc intelligimus: estq; singulariter obseruandũ, indiuisam illã esse tam ex parte creditoris agētis, q̄ possessoris conuenienti. hoc est, si ex parte sim hæres creditoris: etsi principaliter non agã in solidũ, tamẽ in solidum persequor pignus. Peto enim, ut possessor mihi cedat toto pignore, quod tenet: si quod mihi debetur, non soluat. Vel si quis possideat tantũ partem rei obligatæ, nihilominus creditor agit in solidũ, ut nisi ille possessione partis cedat, soluat creditori in solidũ. Porro actio hypothecaria datur etiã ei, cui creditor nomẽ sui uel pignoris ius pignori dederit. Et quidẽ qui nomẽ habet pignori, cum habeat utilem ad exigendũ principale actionem, habet & per consequens hypothecariam si qua accessit. Qui uerò habet pignori pignus, solum hypothecariam. Denique qui in ius hypothecarij creditoris succedit, non solum si hæres sit, sed & si alia ratione hoc consequatur, sicuti & multis modis id acquiri posse postea ostendã:

non est dubium, ei quoque dari hypothecariam. Vbi nullum pignus habet creditor, in res sui debitoris nihil habet iuris, quo eas persequatur. Itaque chirographarium hypothecario cedere debere dicimus. Chirographarium, ut debitorem, sic & creditorem, uocant Iurisconsulti, ubi personalis tantum est obligatio. Sed obseruauit beneficio separationis tamen fieri posse, ut chirographarius aliquando potior sit hypothecario. Veluti si defuncto aliquid crediderim sine pignore: hæres deinde alteri suo creditori rem hæreditariam pignori det. Ego si impetrauero separationem bonorum defuncti, potior nihilominus ero: utpote euerso alterius pignore. l. 1. §. sciendū. De separat.

Sed uideamus, contra quem detur hypothecaria. Ac uno quidem uerbo respondere possem, contra possessorem dari. Sed res longiorem explanationem requirit. Quid enim, si plures possideant: ueluti plures hæredes debitoris? Certè, non quia hæredes sunt, sed quia rem obligatam possident, conuenientur. Si non possident, aduersus eos non intendetur hypothecaria. Si possident, ita tenentur, ut etiam singuli in solidum cõueniantur. Non enim inter eos diuiditur hæc obligatio, quæ rei est, non personæ. Lex 12. Tabularum, inter hæredes debitoris diuidit hæreditarias obligationes personales, ut nõ teneatur nisi pro qua parte hæredes sunt. Sed ut non diuidit hanc in rem actionem inter hæredes creditoris, sic neque inter hæredes debitoris. Nam & si de dominio ageretur, solus teneretur uindicatione, qui possideret. Ius pignoris indiuiduū esse, paulo

paulo antè dixi. Sed tam hic etiã indiuisum est, ut & qui solam rei obligatę particulam possidet, non minus conueniatur hypothecaria, quàm si totam possideret. Hic itaque nõ queritur, quãtum quis possideat, sed an possideat. Vnde rescriptum est l. 2. C. de hæred. act. si intercedit pignus uel hypotheca, non teneri hæredes pro portionibus hæreditarijs, sed possessorem obligatę rei cõueniri. Diocletianus Imp. id etiam magis explicat l. 2. C. si unus ex plur. hæred. Ait, actionẽ quidẽ personalem inter hæredes pro portionibus scindi: pignoris autem iure multis obligatis rebus, quas diuersi possident: cum eius uindictio non personam obliget, sed rem sequatur: eos qui possident, non pro modo singularum rerũ quas possident, conueniri, sed in solidũ: ut uel totum debitum reddat, uel eo quod detinent cedant. Sed hic obseruãdi sunt duo singulares casus, ubi actionis hypothecarię uis non nihil infringitur, quorũ & antea mentionẽ fecisse me memini. Legatario tacitẽ obligãtur res hæreditarię. Sed hæc hypotheca diuidua est: diuiditurq; inter hæredes rerum illarum possessores, ut nõ nisi pro qua parte hæredes sunt, hypothecaria, sicuti & principali actione cõueniantur, l. 1. C. cõmu. de leg. Si ciuitas mutuan pecuniam dederit, debitoris bona saltem in subsidium obligantur. Sed hæc subsidiaria hypotheca diuiditur, ut eorum bonorum possessores non teneantur nisi pro qua parte possident. l. 2. C. de debitor. ciuit.

Porro est & ubi possessor rei obligatę nullo modo conuenitur. Nam si eam emerit ab hærede qui & inuentarij iure utitur, & rem hæreditariã



uendit, securus est. l.ulti. §. sine autem. C. de iure delib. Non adiciam, cum qui rem emit, creditore uenditioni consentiente, etiam non teneri. Tum enim potius dicendum est nullum esse pignus, quia remissum intelligatur. l. si eo tempore. C. de remis. pign. Sed dicam, eum qui abs creditore hypothecario priori emit, ab secundo non conueniri, à quo neque prior ille conueniretur. l. i. C. si antiq. cred. pig. uend. l. 12. §. sciendum. Qui pot. in pign. Postremò addam, quod responsum est l. 17. §. si qua. De dāno inf. si quis iussus sit possidere, quia damni infecti non caueretur, hoc est, neque debitor repromitteret, neque creditor satisficeret, pignoris persecutionem denegari. Qui potiores in pignore habeantur, suo postea loco dicam.

Proximum est ut uideamus, an creditor possit relicto reo principali, agere hypothecaria, & impetere statim possessorem. Certè Iurisconsulti olim hoc illi liberum esse uoluerunt. Nā & Scæpola meminit creditoris hypothecarij, qui cum posset debitoris hæredes idoneos conuenire, ad fundum tamen uenit. l. 19. Qui pot. in pign. Paulus singularem quendam casum excipere uideatur. Quædam (inquit) Moschis fisci debitrice ex conductione uestigalis, hæredes habuerat: à quibus post aditam hæreditatem Faria Semilla & alij prædia emerant. Cùm conuenirentur propter Moschidis reliqua, dicebant & hæredes Moschidis idoneos esse, & multos alios ex iisdem bonis emisse. Equum putauit Imperator noster, prius hæredes conueniri debere: deinde in reliquum, possessorem omnem. atque ita pronūciatit. Hęc Paulus.

Paulus. Vnde intelligimus, hypothecam fisci ueluti subsidiariam esse. Quòd emptor causabatur multos alios emisse, ut saltè diuideret hypothecariam actionè, non uidetur admissum fuisse. Nà indiuisam esse pignoris causam, còstat. Sed quod ad differendam hypothecariam actionem obijciebat, prius conueniendos esse reos principales, æquis auribus exceptū est. Hoc uerò exemplo Iustinianus uidetur & de omnibus hypothecis, sicuti & de fideiussoribus, idè statuisse, Nou. constit. 4. An possit fideiussor ante reum conueniri, dubitatum olim fuisse, ipse quoque Cicero significat, lib. 16. ad Attic. ubi de Dolabella & eius sponzoribus loquitur. Posse tamen, Iurisconsulti postea constanter responderunt, & Cæsares rescripserunt: l. iure. l. alienam. C. de fideiuss. Iustinianus ita demum id admisit, si reus absens esset. Si adesset, uoluit hunc prius excuti, ut si non soluendo esset, tunc fideiussor conueniretur. Quamdiu autem duret actio hypothecaria, postea dicemus, cum quæretur, cuius temporis præscriptio tolli possit. Certè durat diutius, quàm uindicationes dominiorum: interdum etiam diutius, quàm actiones in personam.

Vbi actioni hypothecariæ nihil obijcitur, & ea rectè intenditur, ecquæ tandem eius uis & uictoria est? Vlpianus l. 36. De noxal. act. ait, posse Seruiana rem auocari à possessore etiam domino. Ius seruitutis etsi dominum inturbet in rei suæ usu, tamen possessorem eum esse patitur. Sed ius pignoris possessionem illi totam ueluti eripit: & propterea plus quippiam quàm seruitus detrudere domino uidetur. Quod & supra nota-

ui: & inde consequi dixi, quod responsum est l. 66. §. fundo. De lega. 2. Certè dicitur res euinci non solum si dominus eam uindictet, sed & si hypothecarius creditor auferat. l. 1. §. si heres. Ad Trebel. l. 65. De euct. tuncque etiam committitur actio de euictione, & stipulatio duplæ. l. 34. §. uli. De euct. Sed meminerimus interea, quod Papi nianus ait, hac actione hypothecaria nudam tantum possessionem auocari. l. 66. De euct. Nudam uocat, quæ & euicta manet nuda atque sola. Cum dominus rem suam uindictet, possessionem etiam auocat: uerum ea tunc coniungitur cum dominio. Sed & fructuarius cum rem uindictet, possessionem petit: uerum eam consecutus, nudam non habet. Utitur enim, & fruitur. Creditoris uero hypothecarij nulla est talis possessio. Interea tamen, ut fundum obligatum, sic & seruitutem ei debitam suo iure uindictet: & ne ei uicinus noceat, rectè nunciat nouum opus. Nam & creditoris interest conseruari & augeri potius, quam imminui rem pignoratam. Quod tamen dixi de uindicatione seruitutis, & nunciatione noui operis, opus habet maiori explicatione. Ei, cui fundus pignori obligatus sit, dari utilem seruitutis uindicationem uel petitionem, Iulianus scripsit. l. 16. De seruit. l. unica, ad fi. De remis. Existimauerat idem Iulianus, eandem & fructuario dari. Sed magis placuit sententia aliter existimantium. l. 1. Si ususfr. peta. Hic itaque hypothecario creditori plus tribuitur, quam fructuario: quasi ad dominij causam propius accedat, & eius magis intersit. Qui seruitutem uindicare potest, potest & nouum opus nunciare. Iulianus itaque & credito-

ri pigneratio & fructuario hanc nunciationem dedit. l. 9. De oper. no. nunc. l. unica. De remis. Sed ut superior in creditore fuit recepta hæc illius sententia, in fructuario repudiata. l. 1. ad fi. De ope. no. nunc.

Quæ & qualis sit possessio creditoris pignus tenentis, & quæ huius possessionis utilitas sit, di cam paulo post. Nunc illud dicendum est, qualiscunque tandem ea sit, tamen creditorem iure pignoris nõ tam præfractè eam petere, quàm sub quadam ueluti cõditione, aut alternatione. Diocletianus Imp. quasi conciperet formulam hypothecariam, ait, hoc peti, ut possessor uel totũ debitum reddat, uel eo quod detinet cedat. l. 2. C. si unus ex plur. hæred. Ergo creditor rem ita petere, si possessor nolit soluere, uidetur: & possessori liberum est, si soluere malit, non cedere creditori. Nam & si non possideret, tamè offerèdo quod debetur, infringit totum ius pignoris. Sed magna quæstio est, quid statuendum sit, si hic possessor, offerens creditori quod debetur, petat etiam ius pignoris sibi cedi? Scæuola l. 19. Qui pot. in pig. respondit, iustum possessore creditori, quod debetur, offerentem, non iniuste postulare ius etiam nominis ipsius sibi cedi. Si hoc nomen habeat adiunctum ius pignoris, & illud simul trãfferri dubium non est. Verùm adhuc quæritur, quis nam ille iustus possessor sit? An bonæ fidei emptor, an alius etiam Chirographarius creditor? Illud certum est, non omnibus rei obligatæ possessorib. creditori debitum offerëtibus cedendum esse aut ius nominis, aut ius pignoris. Omnibus tamen licet tali oblatione repellere agentem

rem creditorem, eiusque etiam hypothecam dissolueret. Itaque Paulus ait, creditores à uindicatione rei, quam pignoris iure persequuntur, remoueri solere, si qualiscunque possessor offerre debitum uelit. Neque enim debere queri de iure possessoris, cum ius petitionis remoueatur soluto pignore. l. 12. §. ult. Quib. mod. pig. uel hyp. sol. Verum et si soluenti, pignusque liberati, propterea non detur in eandem rem ius pignoris: aliquod tamen ius retentionis datur. l. 1. Quib. mod. pig. uel hyp. sol. quod & supra notauimus. Sed ut exitum & executionem actionis hypothecariae semel finiamus, repetendum est quod Martianus docet l. 16. De pig. Ait, in uindicatione pignoris queri, an is cum quo actum est, possideat rem de qua est actum. Si non possideat, nec dolo fecerit, quo minus possideat, absolui debere. Si possideat, & aut pecuniam soluat, aut rem restituat, aequè absoluendum esse. Si neutrum horum faciat, condemnationem sequi. Sed & si dolo desijt possidere, proptereaque rem restituere non possit: condemnari, quanti actor in litem iurauerit, sicut in ceteris in rem actionibus. Sed & si restituere possit, nec uelit, in litem iurari propter talem contumaciam existimo, exemplo aliarum in rem actionum. Martianus tamen ait, si pluris condemnatus sit debitor non restituendo pignus, quam computatio sortis & usurarum faciebat, & postea soluere uelit, quantum debebat, audi, ut id soluendo, hypothecam liberet. Hic itaque non ualde urgetur re iudicata: sed ex aequo & bono habetur eo loco, in quo ante condemnationem erat. quanquam summo iure res iudicata nouam actionem daret. Verum et si simplex fuerit

tit condemnatio rei restituendæ: creditoris hypothecaria actio non nouatur. Inquit idem Martianus: Creditor hypothecã sibi per sententiam adiudicatam, quemadmodum habiturus sit, queritur. nam dominium eius uindicare nõ potest. Sed hypothecaria agere potest: & si exceptio obijciatur à possessore rei iudicatę, replicet *SI SECUN-  
DVM ME IUDICATVM NON EST.*

*Qualis sit possessio creditoris pignus tenentis. CAP. XV.*

**A**Gè uerò, consecutus est rem creditor iure pignoris, eamque tenet & possidet: quid tum? Dixi antea ex Papiniano, nudam esse hanc possessionem. Non est tamẽ inutilis. Dicerẽ possem, naturalem magis quàm ciuilem esse: uel potius, esse corporis magis quàm animi. Sed Iurisperiti uariè appellant possessionem corporalem, naturalem, ciuilem: & propterea confuse & obscure loqui uidentur. Fructuarium possidere & non possidere dicunt. l. 6. & 12. De acqui. poss. Non possidet animo domini. Sed corporaliter tamen possidet: & ita rem tenet, ut etiam comoda & fructus possessionis consequatur tanquam dominus. Diciq; & naturalis & ciuilis eius possessio potest, quæ & corporalis & iusta & ipsi utilis est. Creditor corporaliter primum pignus tenet, & naturaliter, & denique ciuiliter possidet: quia iure id habet, non tamen tanquam dominus, neque animo aut nomine domini: sed non inutiliter tamen. non quòd utatur fruatur, ut fructuarium: sed quòd tamen huius suæ possessionis quedã comoda cõsequatur. Agamus apertius & explicatius. Satis constat, non esse inanẽ pignoris

ris persecutionem. Quæ utilitas sit, uideamus. Principio, communis regula dicitur, tutius semper esse rei incumbere, quàm actionem habere. Et qui pignus possidet, non metuit illam interea præscriptionem temporis, quæ hypothecariæ actioni obijci dicitur & opponi. Deinde sæpe in pari causa creditorum, melior est possidētis cōditio. l. 10. De pign. l. 14. Qui pot. in pig. Certè possidenti facilius dari retentionem, ubi actio etiam non daretur, superius ostendi. Denique si rem pignoratam uendere uelit, & uenditam ( ut fieri solet ) tradere, quī poterit, si eam ipse non habet? Sed & ea est creditoris pignus tenentis possessio, ut actione in rem ueluti uindicatione, aut ad exhibendum rectè conueniatur, si alius agat quàm qui pignori dedit. Si tamen in tali uindicatione condemneretur creditor possidens, debitoris dominio non nocebit res iudicata. l. sæpe. De re iud. Denique talis est hæc possessio, ut etiam aduersus dominum debitore creditor furti agere possit, si rem ille suâ surripiat. Saltem enim furtum facit naturalis & alienæ possessionis. Sed res tamen propterea non tam fit furtiua, quin usucapi possit. Imò uerò etsi debitor dominus non esset, sed fortasse fuisset rei possessor bonæ fidei, & rem pignori datam subtraxisset atque uendidisset, furtum quidem facit: sed res ita furtiua nō est, quin ab emptore usucapiatur. nam & hic debitor pro domino est: & cum res in eius potestatem peruenit, ut desinat furtiua esse, & deinde usucapi possit, uidetur in potestatem domini reuerfa: quasi hic qui furtum facit, alia ratione furti uitium tollat. Certè non est necesse, ut in creditoris potesta-

tem

tem res reuertatur. l. 4. §. si rem pignori. De usurpat. l. si rem. Pro empt. Quanquam ea de re olim dubitatum sit. cum alioqui dubium nunquam fuerit, quin si in creditoris potestatem reuersa sit, multo magis desinat esse furtiua, & possit usucapi. l. ult. De usurpat. Sed quid est, quod Philippus Imp. rescriptis l. 6. C. de usucap. Pro empt. rem pignori obligatam, & postea à debitore distractam, non posse quasi furtiuam usucapi? Id, qui subtiliores sunt, dictum accipiunt, ubi rem creditor non tenebat. Quid igitur? an tunc multo magis furtum facit debitor? & quale tandem hoc furtum est?

Certè hic quoque furtum possessionis esse potuit. Quid enim si creditor rem illam debitori locauerat aut precario dederat? Certè etsi non teneat, possidere tamen tunc per debitorem, ut per conductorem aut colonum, intelligitur. l. 37. De acqui. poss. l. 33. §. ulti. De usurpat. Sed cur saltem non censetur hic purgatum furti uitium, ut in casu superiori? Quia postquam est contractum, non est reuersa in domini potestatem. Imò uerò cum res transferretur in alium, primum est contractum furti uitium. Iam illud obseruandum est, ut hic creditor per debitorem tanquam per conductorem intelligitur possidere, sic ediuerso debitorem per creditorem pignus tenentem multo magis possidere, ut usucapiat. Iulianus l. 36. De acqui. poss. ait, eum qui pignoris causa fundum tradidit, intelligi possidere: neque creditoris possessione impediri usucapionem. Imò uerò ad usucapionis causam uidetur debitor adhuc possidere rem, alioqui corporaliter datam pignori, ut Paulus ait, l. 1. §. per seruum corporaliter. De acqui. poss.



fess. Certè creditor cum animo domini non possideat, sed alieno potius nomine: si possidet, sibi non propriè, neque omnimodo possidet. Itaque & Paulus: Rem (inquit) pignori acceptam, quia pro alieno prorsus possidemus, nō ufucapimus. l. 13. De usurpat. Ufucapiunt autem, qui eam nobis pignori dederunt, quia per nos, ut per conductores aut commodatarios, adhuc possidere uidentur. Paulus d. §. per seruum, ait, ad hanc unam ufucapionis causam debitorem possidere, hic intelligi: sicuti & Iauolenus l. 16. De usurpat. ait, eū qui pignori dedit, ad ufucapionem tantum possidere: quantum uerò ad reliquas omnes causas pertinet, eum qui accepit, possidere. Ne quis hic fallatur, quæ nam hæ causæ sint, antea notauimus. Certè quod ad causam dominij pertinet, nullo modo possidere intelligitur, qui rem pignori tenet. Et ut non potest utucapere, sic neque uti Publiciana. Caius ait, iustas quidem esse pignoratias & precarias possessiones: sed ex ijs tamen nō competere Publicianam actionem: quia neque creditor, neque is qui precario rogauit, eo animo nasciscatur possessionem, ut credat se dominum esse. l. 13. §. 1. De public. in rem act. Non dissimiliratione Paulus probat, noxali actione non teneri eum qui pignori seruum accepit, uel precario rogauit: sed dominum, in cuius adhuc potestate seruus esse intelligitur, sicuti & si depositus aut comodatus esset. Licet enim (inquit) iuste possideant, non tamen opinione domini possident. l. 22. §. 1. De noxal. act. Deniq; cum receptum esset, possessores rerum immobilium non compelli satisfacere iudicio sisti: adiectum est, creditorem qui

qui pignus accepit, possessorem nō esse, tamen si possessionem habeat. l. 15. §. creditor. Qui satisd. cog. Quid igitur? Ipse dominus, qui pignori dedit, in eo adhuc casu pro possessore habetur, ut non satisdet. Porro adeo nuda est possessio creditoris pignus possidentis, ut nullo modo possit uti pignore: & si utatur, furti teneatur. l. 56. De furt. Et tamen in re adseruanda non solum præstat dolum, sed & culpam. Potest rem sibi obligatam locare. l. 23. De pignor. Sed merces erit domini: sicuti & fructus omnes pignoris, non creditoris sunt, sed eius qui pignori dedit, siue dominus rei sit, siue possessor bonæ fidei.

De Antichresi. CAP. XVI.

**F**It tamen aliquando, ut maior utilitas pignoris sit: & creditor rem obligatam non solum teneat, sed & propè ut fructuarius possideat: hoc est, ea utatur fruatur. Non fit hoc quidem ex natura pignoris, sed fieri potest ex conventionione & pacto. neque propter huius utilitatis accessione pignus esse desinit. Iurisconsulti appellant *usurarium*: nempe cum convenit, ut pecunia debitor utatur fruatur, & creditor loco usurarum percipiat fructus pignoris, eoque interea similiter utatur fruatur. Papinianus l. 1. §. pacto. De pignorib. meminit cuiusdam pacti, quo placuit, ut creditor fructus hypothecarum, usuris compensaret fini legitimæ usuræ: talemque conventionem utilem esse ait. Modestinus quoque mentionem facit similis conventionis, ut creditor pignus in pecuniæ suæ cōpensationem certo tempore possideat, & fructum capiat. l. 39. De pigner. act. Denique Paulus meminit pignoris, quod in usu cre-

ditoris est, uoluntate debitoris. l. 9. §. ult. De sit-  
 pell. leg. Sed & in rescriptis Principum legimus,  
 interdum possessionem ea lege creditori obliga-  
 ri, ut fructus in uicem usurarum consequatur. I-  
 tem, pecuniâ ea pactione mutuo dari, ut uice u-  
 surarum creditor domum debitoris inhabitaret.  
 l. si ea lege. l. si ea pactione. C. de usur. Martianus,  
 scribens de formula hypothecaria, duobus locis  
 hanc pignoris cōventionem appellat *ἀρτίχρησις*:  
 l. ii. §. i. De pignor. l. si pecuniam. De pigner. act. &  
 pignus nihilominus dici posse ait, & hypotheca-  
 riam actionem competere: & soluto debito, pi-  
 gneraticiam actionem. uideturque *ἀρτίχρησις* e-  
 tiam describere, cum ait ita dici, ubi creditor reti-  
 net possessionem, donec illi pecunia soluatur, &  
 in uluras interea fructus percipit. Non est absur-  
 dū, ut usura alterius rei sit & generis, quàm fors  
 ipsa. Sed multo erit iustior ratio *ἀρτίχρησις*, si ad  
 modum & ( ut Papinianus loquitur ) finem legi-  
 timę usurę reuocetur. Quid enim alioqui, si cum  
 centum aureos mihi mutuo dederis, fundum pi-  
 gnori acceperis, qui quotannis solebat fructum  
 uiginti aureorū reddere? Certè iniusta esse *ἀρτί-  
 χρησις*, & in fraudem legitimæ usuræ contracta,  
 uideri posset. Quanquam propter incertum fru-  
 ctuum leges patiantur, ut si fortè fructus excedat  
 modum usurarum, nihilominus creditor eos ha-  
 beat, tanquam periculi precium: cum etsi minus  
 fructuum nasceretur, eo tamen cōtentus esse de-  
 beret. l. si ea lege. C. de usur. Sanè Cicero secun-  
 da sua in Catilinam oratione quosdam Catilina-  
 rios reprehendit, qui cum in magno ære alieno  
 essent, sed maiores tamen possessiones haberēt,  
 nihil

nihil ex his uendere uolebant, quo se liberarent; sed certarent cum usuris (ut ait) fructibus prædiorum. Hoc stultissimum fuisse ait. Si fructus prædiorum multo maiores esse soleant fœnore debito, stulta est *de fructibus*. Sed alioqui non est iniqua. Cæterum certas usuras promittere, & in solutum fructus ita dare, ut quod superest fœnoris etiam soluatur, uel sequētium annorum fructus semper oneret: hoc uerò stultissimum est. Illud postremò est memorabile, quod obseruauit in Iustiniani Nou. Const. 120. partim esse pignus merum & simplex, partim *de fructibus*. Iubet Iustinianus, ut domus Ecclesiastica debitis obnoxia, cum alioqui ex mobilibus rebus Ecclesiæ dissolui æ alienum non potest, ita creditori detur pignori, ut fructus partim imputet in sortem, quæ debetur: partim in usuras, sed quadrantes tantum.

*De pignorum lege commissoria.* CAP. XVII.

**I**VS & utilitas pignoris augetur, ut dixi, pacto & conuentione *de fructibus*. Sed ut etiam dominium occupet captiosa aliqua conditione, ferendum temerè non est. Dixi antea, pignus sæpe appellari fiduciam, cum ea lege detur, ut debito soluto restituatur. Nihil est captionis in ea fiduciaria pignoratione. Sed si creditor paciscatur, ut si ad diem pecunia non soluatur, fiducia illa destinatur, & pignoratione pro mancipatione sit, hoc est, res sit creditoris pro eo quod debetur: non est obsecra in tali pacto captio. Legem aut conuentionem commissoriam sæpe Iurisconsulti uocant, cum rem ea conditione tibi uendo atque trado, ut si intra certum diem precium non soluas, res sit inempta, eamque mihi restituas. Hæc dici etiam

riam posset quædam fiduciaria mancipatio, ut  
 ueteres loquebantur. Nostri, ut dixi, uocant pa-  
 ctionem cõmissoriam. Imperator Alexander uo-  
 cat commissoriam uenditionem. l. 4. C. de pact.  
 inter empt. & uend. Nam committedi uerbo u-  
 tuntur, quoties quid alicui adimitur, & alteri da-  
 tur: quia quippiam uel factum non sit, quod de-  
 buit: uel factum, quod non debuit. Sed & com-  
 mitti conditionem dicunt, cum euenit. Hanc au-  
 tem siue legem siue conditionem uenditionis,  
 SI AD DIEM PRECIUM NON SOLVERIS, REM  
 UT INEMPTAM RESTITUES, tolerant. Fatetur  
 aliquando esse odiosam. l. Aemilius. De minorib.  
 Sed iniquam non esse putant. neque certè captio-  
 sa est. Nam & ediuerso emptor ita pacisci potest,  
 SI AD DIEM NON TRADIDERIS FVNDVM VEN-  
 DITVM, TVA DOMVS EIVS LOCO MIHI EMPTA  
 ESTO. l. 2. C. de pact. pign. Est enim hæc principa-  
 lis quædam conuentio legitimæ cuiusdam uelu-  
 ti permutationis, sub conditione contracta: ut  
 fundus purè, domus sub conditione uendi intel-  
 ligatur. Sed si creditor pignus ea lege accipiat, ut  
 si ad diem pecunia non soluatur, suum id faciat,  
 propriumque habeat: iniquam & captiosam pa-  
 ctionem esse dicimus, quã pro pignore dominiũ  
 quærat: uocamusque commissoriam, neque  
 patimur tali commisso tolli fiduciam, hoc est, pi-  
 gnus fieri creditoris. Paulus libro secundo Sen-  
 tent. cum titulum proposuisset de lege commis-  
 soria, non nisi de fiducia & pignore tractat. For-  
 tassis fiduciam appellat, cum pignus ea lege da-  
 tur, ut si ad diem pecunia soluatur, lui possit, po-  
 stea non possit. Possetq; etiam dici talis conuen-  
 tio,

tio, lex commissoria. Certè aliquam legem cõmissoriam in pignoribus receptam fuisse, Paulus eo loco significat, & ex Isidoro colligi potest. Et uerò Cicero lib. 13. Epist. ad Att. & in Orat. pro Flac. commissam fiduciam dicit. Sed, ut ingenuè loquar, quid hic ueteres senserint, obscurum est. Constantini hæc constitutio est. Quoniam inter alias captiones cõmissoriæ pignorû legis crescit asperitas, placet infirmari eam. l. ult. C. de pa. pig.

Nos hoc constitui interpretamur, ubi conuentio ita concepta est, ut si ad diem pecunia non soluatur, pignus sit creditoris. Certè talis lex cõmissoria est captiosa, cum & debitor rem suam amittat præter spem, nec eam iusto precio uêdat, sed p debito cogatur ueluti in solutû dare. Quid igitur? Iurisconsulti ante Cõstantinum tale pactum non improbauerant? Non existimo probasse. Sed obscurè, quid hic sentiret, significarât: & interea creditores abutebantur eorum ueluti patiëntia. Sanè cùm stipulanti uxori uir spopõdisset, dirempto matrimonio, prædia, quæ doti erât obligata, in solutum dare: respondit Vlpianus, uirò nihilominus integrû esse, dotis quantitatem offerre, & prædia sua liberare atque retinere. l. 45. De solut. Rectè sanè potest maritus ea prædia uxori uendere iusto precio, sicuti idem Vlpianus fatetur, l. 7. §. si uxor. De donat. inter uir. & uxor. Sed iniquum esset, eum cogi in solutum pro dote ea dare, cum & pignus soleat esse maius debito: & iniquum etiam multo magis fuerit, talem obligationem descendere ex hac conuentione, Si ad diem pecunia debita non soluatur. Rectè sanè pignus in solutum dari purè potest, cum ita

placet debitori atque creditori. l. si prædium. C. de euis. l. 1. C. de pignor. Nam & rem pignoratâ, si uelit, potest debitor donare creditori. Potest & purè uendere: neque integrum postea erit, uenditionem rescindere, etsi offerat quod antea debebat. l. 34. De pigner. act. Sed & sub hac conditione, Si ad diem non soluat debitum, potest uendere, modò iusti tunc precij ratio habeatur. Captiosa uerò ea conditio est, cum sub ea pignus in solutum daretur. Martianus l. 16. §. ulti. De pignorib. Potest (inquit) ita fieri pignoris datio, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptionis possideat rem iusto precio tunc aestimandam. Hoc enim casu uidetur quodâmodo conditionalis esse uenditio. Hanc uenditionem obseruamus iustâ etiâ esse, neq; temerè in ea fieri mentionem iusti precij. Scaeuola l. ult. De cõtrah. empt. meminit debitoris cû suo fideiussore, qui pignus alioqui nõ rectè sibi emeret à creditore, paciscētis sub tali cõditione ut pignus emptû habeat. Sed intelligamus emptû iusto precio, nõ etiâ ea pecunia quam creditori soluerit debitoris pignorisq; liberâdi causa. Illud ergo dicimus, creditore posse fieri dominû pignoris, si iustè & sine captione id emat. Eum posse abs debitore pignus emere, simpliciter rescriptum est: l. rescriptû. De distract. pign. Sed & si executor pignus in causam iudicati captum uendat, creditor, ut alius quiuis, ad licitationem admittetur. l. 2. C. si in cau. iudic. pig. quanquã si ipse uendat, sibi uendere nõ possit, ac ne quidem per suppositam personam emere. l. ei qui. C. de distract. pig.

**L**ocus nunc postulat, ut de distractione pignorum uideamus. Nam & hoc præcipuum ius est hypothecarij creditoris. & cum re pignori obligatam uendit, dicitur ius suum exequi. l. 7. §. 1. De reb. eor. Et iure creditoris, legeque pignoris uendere, cum ita uendit. l. 10. De dist. pig. l. 59. §. creditor. Mand. Primum ergo hic agemus de creditore, deinde de debitore pignus uendente. Ac creditor quidem interdum non tam re ipsam uendit, quam ius suum: sicuti & ius pignoris potest pignori dare, & ipsum principale nome etiam uedere. Quod ubi sit, emptor re non consequetur, ut dominus eius fiat. neque tanquam suam uindicabit: sed tantum hypothecaria actione persequetur ut obligatam. Verum potest etiam creditor ipsam rem alienam quidem, sed sibi obligatam, uendere. Quid quantumque intersit inter hanc & superiorem uenditionem, paulopost latius dicam. Certè tantum, quantum inter re ipsam & ius pignoris interest. Nunc illud tantum dico, facultatem rei quoque distrahendæ creditori dari. dependetque etiam hæc potestas & descendit ex iure pignoris, ut huius quoque accessio quedam uideri possit. Certè cum Papinianus negare uellet rem pignori obligatam fuisse alicui, dixit hunc frustra rem distrahere. l. 1. §. 1. De pignor. Et ediuerso, ex pacto rei distrahendæ colligit, tanquam antecedens, rem pignori obligatam esse. l. 3. §. alti. Qui pot. in pign. Aded ius hoc distrahendi, cum iure pignoris coniunctum est. Itaque & cum Prætor ex causa permittit rem pupillarem obligari, simul intelligitur creditori ius deinde



uendendæ eius rei dare: neque in eius alienatione nouo Prætoris decreto est opus. l. 7. §. 1. De reb. eor. qui sub tut. Sanè quòd attinet ad pignus illud Prætorium, quod in causam iudicati capitur iussu magistratus, nō potest ipse creditor priuatim id uendere: sed ab ipso executore, eiusdè Prætoris mandato, publicè distrahitur. l. 2. C. si in cau. iudic. Verùm alia pignorum genera creditor iure suo uendit. Ac moris quidem fuit, ut in contrahendo pignore nominatim quoque pacisceretur de eius uendèdi potestate, si ad diem pecunia non solueretur. Itaque & Imp. Alexàder, pactum hoc uulgare fuisse ait, l. 4. C. de pign. act. Nec dissimilis cōuētio extat apud Demosth. *περὸς λανίε*. Verùm etsi nominatim hoc non conuenit, tamen pro conuento habetur, & pignoris iure includitur. Imò uerò etsi expressim conuenisset, ne creditor pignus uenderet: tamen subest tacita ueluti cōditio, si debitor interpellatus soluat: sicuti & cum pactus est locator, non expellere conductorem. Et profectò nulla propè utilitas pignoris esset, si creditor semper id seruare debitori teneretur: nec unquam distrahere, ut debitum consequeretur, posset. Quid igitur? Etsi tale pactum interuenerit, tamen Vlpianus pignus uendi posse significat, si ter interpellatus debitor in mora sit. l. 4. §. ulti. De pign. act. Quo etiam loco, cum dixisset creditorem furti obligari si uendat, cum conuenit ne uenderet: addit hanc conditionem atque exceptionem, nisi debitori ter fuerit denunciatum. Vnde intelligi potest, quomodo sit accipiendum, quod alio loco simpliciter dixit, fruit eū teneri si uendat. l. 75. De furt. Cæterum  
Iusti-

Iustinianus etiam adiecit, post triplicem illā denunciationem, expectandum esse biēnium. l. ult. §. sancimus. C. de iure dom. impet. Sanè & cum soluendæ pecuniæ dies pacto confertur (inquit Papinianus) conuenisse uidetur, ne prius uendē di pignoris potestas exerceatur. l. 4. De distract. pig. CONFERRI dixit, pro DIFFERRI. Sic & ubi dies soluendæ sortis, nouo pacto profertur atque diffunditur, dictum in Papiniani auditorio fuit, dilatam quoque uideri diem usurarum committendarum. l. lecta. Si cert. pet. Sed ubi debitor in mora est, creditor, qui pignus persequi potest, potest id etiam uendere: quanquam rursus iubeatur cum uēditurus est, illud ipsum de uenditione, debitori denunciare, & omnia bona fide agere. l. 4. C. de distract. pign. Impediri uerò quominus uendat, nulla uel appellatione, uel denunciatione, uel pœnæ comminatione, uel testamentaria denique intercessione, aut debitoris, aut alterius creditoris, potest. l. 1. & 2. C. debit. uendit. pign. imp. non poss. l. ult. §. ult. De appellat. recip. Vna est ratio impediendæ huius uenditionis, si quod creditori debetur, in solidum offeratur.

Sed alioqui si summo iure agere is uelit, potest pro minima etiam debiti parte reliqua, rem pignori obligatam totam distrahere: & ex multis etiam deligere, quam uēdere potissimum uelit. l. 8. De distract. pign. Id uerò, quia durum uideri posset, paulo diligentius excutiamus. Dixi antea, indiuiduam esse pignoris causam ex utraque parte: hoc est, etsi mihi pars tantum debeat, ueluti si pro parte sim hæres creditoris ex multis

unus, uel tu partem solùm aliquam rei obligatæ  
 possideas: tamen sic in solidum agi, ut & qui rem  
 integram possidet, ea mihi cedere tota debeat, ni  
 si quod mihi debetur persoluat: & tu, qui partē  
 tantum possides, ab eo cui debetur solidum con  
 ueniaris, perinde atque si etiam possideres totū  
 pignus. Iam uerò qualis est persecutio pignoris,  
 talis & distractio esse solet, & hanc cum illa con  
 iungere solemus. Vbi igitur possum persequi to  
 tum pignus, possum & uēdere totum. Nam etsi  
 plus ex precio consequar, quàm mihi debeatur:  
 quod superfluum est, debitori reddam: sicuti si  
 minus cōsecutus essem, reliquum nihilominus  
 ab eo peterem. l. 3. C. de distract. pign. Sed si plu  
 res sint res pignori obligatæ, an æquè potero u  
 niuersas & persequi & distrahere? Certè si mea  
 interfit, non est dubium me posse. Si una potest  
 mihi satisfacere, iniquum esset omnes distrahi.  
 Quid igitur, an saltē deligere possum, quam pu  
 to commodius mihi esse ut uendam? Dixi, me  
 posse: & Modestinus hoc dixit, l. 8. De distract. pi  
 gno. Sed & interdum ne persequi omnes qui  
 dem possem. Nam si unam aliquam rem tuā spe  
 cialiter mihi obliges, & deinde generaliter om  
 nia bona tua, si ex illa una possum consequi uni  
 uersum debitum, reliqua auferre non possum. l.  
 2. C. de pignor. Porro non solum priores, sed &  
 posteriores creditores possunt pignus uendere.  
 Nam ut illis cessantibus, hi rem persequi nō pro  
 hibentur: ita, quam consecuti sunt, uendere pote  
 runt, sine illorū tamen fraude, quibus integrum  
 erit emptorem possidentem persequi. Itaque fa  
 teor longè tutius esse emere à priori creditore, ut  
 mox

mox dicam. Sunt & quædam in uenditione pignoris obseruanda, quæ tamen ad uenditorem magis pertinent, quàm emptorem. Iubetur creditor bona fide uedere pignus: l. 4. C. de distract. pign. Si tamẽ dolo malo aliquid tunc faciat, ipse tenebitur, non autem emptor bonæ fidei. l. si cesante. C. de distract. pign. Sed si emptor fraudis conscius colludat cum uenditore, saltem in subsidium tenebitur domino debitori. l. 1. & 3. & ulti. C. si uend. pign. aga. Et quidem ut creditor uendens de dolo tenetur debitori, sic & executor distrahens rem captam in causam iudicati. l. si pignora. De euis. l. 3. §. si executor. De nego. gest. Sed quid bona fides hic postulat? An ut pignus publica auctione & licitatione tanquam sub hasta distrahatur? Certè si ab executore rei iudicatæ uendatur, ita uendi solet. Sed si sit pignus priuatim contractum, satis est creditorem uendere, ut bonus paterfa. uenderet. Sanè in conuentione distrahendi pignoris olim apud Athenienses illud nominatim cauebatur, ut creditor iusto precio uenderet. Nam formula pacti quæ apud Demosthenem extat, meminit *ὕνασχομένους τιμῆς*. Sed id satis intelligi potest, contineri bona fide. Quàm & sæpe apud Romanos quoq; hic mentio fieret precij iusti. l. si fundus. §. ulti. De pignorib. Porrò quæritur, an quemadmodum uendere pignus creditor potest, ita etiam possit debitor rem suam, licet alteri obligatam, uedere? Dixi antea, si uendat, & alteri tradat, cū tradere potius creditori deberet, furtum committere uideri. Sed & crimine stellionatus tenetur, si emptorem fefellerit: hoc est, dissimulàs rem obligatam esse. uediderit.

diderit. Verùm quæstionem & furti & stellionatus nunc mitto. nō enim ea perpetua est. Quid igitur, an saltem sine alterius fraude rectè uēdet? Certè poterit. Nam & si creditor rem possideat, nec uendere ipse uelit (non enim cogi potest) cogitur eam saltem exhibere debitori uendere uolenti: præfertim, cum hoc agatur, ut ex precio satisfiat creditori. l. 6. De pign. act. Sed quid si nominatim conuenerit, ne debitor pignus uenderet? Martianum respondentem audiamus, l. 7. §. ulti. De distract. pig. Queritur (inquit) si pactū sit à creditore, ne liceat debitori hypothecam uēdere, uel pignus, quid iuris sit: & an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque uenire possit. & certum est, nullam esse uēditionem, ut pactio stetur. Hic Martianus iudicat non quidem talem pactioem, sed ipsam potius uēditionem nullam esse. Fuit tamen olim inter nos Interpres dubitatum de huius loci lectioe: diciturque Bartolus Pisas misisse, qui cōsulerent archetypum, quod tunc illic erat, nunc Florentiæ adseruatur. Sed dubium iam non est, in eo ita legi, & legi etiā ita debere. Dubitationem fortasse faciebat, quod Pomponius scribat, neminem paciscendo efficere posse, ne uicino inuito prædium alienet. l. penult. De pact. Sed Iustinianus interpretatus est, id accipiendum esse, ubi sine causa tale pactū fieret, & ubi uicini paciscentis non interesset. l. ult. C. de pact. inter empt. & uendi. Interesse autem creditoris, ne ad alium debitor rem obligatam transferat, quis dubitat? Nam etsi semper rem sequatur hypothecaria, tamē facilius est aduersus debitorem ipsum uictoria. De  
inde,

inde, cum hîc dicimus ualere pactionem, ne debitor pignus alij uêdat, ciuilitè id interpretamur, cum creditor ipse uêdere, aut abs debitore emere suo tempore non recusat. Nam si neutrum uelit, & interpellatus recuset utrumque: æquius est, concedere debitori uenditionem, ut aliquando se liberet. Nô dissimilis interpretatio pactionis non uendendi est in l. 122. §. cohæredes. De uerb. oblig. & antea dixi, cû debitor paciscitur, ne creditor uendat: hoc intelligi, si debitor interpellatus sepius quæ admonitus soluat.

Dictum est hætenus de uenditoribus pignorum. De emptoribus nunc uideamus. Ac principio quidem distinguendum est, utrum debitor, an uerò creditore uendente emât: Et utrû debitor uendat creditore expressim cõsentiente, an uerò sine hoc eius consensu. Et rursus, si sit debitor hypothecarius, qui uendit: uidendû est an prior, an uerò posterior sit. Denique, utrû suû ius pignoris, an uerò rem ipsam uendat. Sed & qualis emptor sit, considerandum est, quia si esset alius creditor hypothecarius, uel debitoris fideiussor: aliquod ius singulare est. Ac superius quidem dixi, multum interesse, utrum creditor ius sui pignoris, an rem ipsam distrahat. Id nunc diligentius repetendum est, & primo loco expediendû: dabimus quæ operam, ut & reliquas distinctiones suo ordine exponamus atque cõplectamur. Creditor suû ius pignoris, sicuti & nomê ipsum, liberè, cui & quando uult, uendere potest. Rem ipsam non ita semper potest. Illud sæpe cogitur, cedere offerenti debitum: hanc nulli uendere cogitur. Illius emptor, non domini, sed creditoris

uen-

uendentis locum occupat. Huius uerò emptor,  
 debitoris dominiū consequitur. Ex hisce dif-  
 ferentijs multa præterea dependent, quæ mox  
 occurrent. Cùm debitor ipse uendit, certum est  
 rem ipsam uendi. Sed utilius est plerūq; eā eme-  
 re ab ipso creditore hypothecario, præsertim pri-  
 mo. Cum debitor uendit, uendit obligatam: nisi  
 si creditor nominatim consenserit. Tum enim ra-  
 li eius cōsensu potest intelligi pignus remissum,  
 ut postea dicam. At cum creditor uendit, non so-  
 lum uendit liberam à suo pignore, sed & à poste-  
 rioribus hypothecis. Nam tunc emptor cum de-  
 bitoris dominio consequitur ius ipsius credito-  
 ris, ad summouendas posteriores hypothecas. Si  
 tamen ipse debitor pignus ita uēdat, ut ex precio  
 soluat priori creditori, emptor ab hoc creditore  
 quidē emisse uidebitur: sed ius pignoris potius  
 quàm rem ipsam, hoc est, simpliciter in eius cre-  
 ditoris locum successisse, sic ut posteriorem alte-  
 rius hypothecam summouere possit: sed recusa-  
 re non possit cedere posteriori debitor offeren-  
 ti, sicuti neque creditor ipse prior id recusare po-  
 tuisset. Porro debitor rectè potest rem ipsam uen-  
 dere suo fideiussori. l. ulti. De contrah. empt. Cre-  
 ditor non item posset: neque fideiussor rectè ab  
 eo sibi emeret. Liberare enim magis debet, ut de-  
 bitori reddat. & huius potius negociū gerere in  
 hoc genere, quàm suū: sicuti etiā spopōdisse uide-  
 tur. l. indebitam. De cond. ind. Nam & debitor  
 intelligitur ei mandasse, ut soluat. Et ideo ultro-  
 citroq; mandati iudicium hīc competet. l. 2. De  
 pignor. l. 59. §. 1. Mand. hoc est, debitor mandati  
 iudicio rem abs fideiussore, qui redemit, repetet  
 cum

cum ipsis etiã fructibus: & fideiussor cõtrario iu-  
 dicio reperet precium quod dedit, cum usuris,  
 quales alioqui debebantur creditori uendenti. l.  
 Paulus. De fideiuss. Nam & in eius locum hic fi-  
 deiussor simpliciter successisse intelligitur: & ius  
 pignoris quidem ipsum habebit, ius uerò domi-  
 nij nullum. Paulus ait, non esse habendum simi-  
 lem extraneo emptori. d. l. 59. §. 1. Sed neque per  
 omnia similis est ipsi creditori. Non enim ius do-  
 minij tandem impetrat, sicuti creditor. l. 20. De  
 pignor. Satis superque est, si fideiussori consula-  
 tur atque caueatur, ut nihil amittat. Rem ipsam  
 præripere debitori, pro quo intercessit, nullo mo-  
 do debet. Imò uerò eam debitori custodire dili-  
 genter debet, non minus quàm creditor ipse, &  
 eandem culpam præstare. l. 2. De pignorib. Quid  
 multis? Non potest nõ improbè, rei, quã habet,  
 restitutionem, cum ipsis etiam fructibus, recusa-  
 re. Si recusat, fidem datam se fefellisse ostendit, &  
 propterea etiam de dolo teneri potest. l. 1. C. de do-  
 lo. Sanè si cohæres unus fundũ aliquẽ hæredita-  
 rium adhuc cõmunem, abs testatore obligatum,  
 emat à creditore: rectè sibi emit, ut proprium ha-  
 beat: neq; ipsi societati aut cõmunioni redimere  
 intelligitur, aut liberare. l. cohæredes. Commu-  
 diuid. l. 26. §. quod pro empt. Famil. ercisc. Emere  
 autem cum tota re etiam nostram nõ rectè emamus.  
 l. 40. De pign. act. l. 13. De in diem addict. Sic plus  
 iuris habet hic cohæres, ut rem communem sibi  
 cõparet, quàm fideiussor ut rem debitoris emat.  
 Sed minus tamen iuris habet hic cohæres, quàm  
 alius emptor extraneus. Cohærede ita, ut dixi, e-  
 mente,



mente, non extinguitur ius fideicommissi. Nihilominus enim potest fideicommissarius, si precium datum illi offerat, rem consequi: quam tamen alio emente, petere non posset. l. ult. §. quatuor. De lega. 2. Quanquam tunc possit hæredes ipsos conuenire, neque planè peremptum sit ius totum illius fideicommissi. Nam etsi ij non teneatur rem illà abs testatore obligatam luere, l. 58. §. ult. Ad Trebell. tenetur tamen præstare quantitas pluris fuit quàm ad creditore peruenire oportuit. l. 78. §. Titia. Ad Trebell. Sed ad fideiussorem redeo: eumque in hac causa rectè comparari posse puto cum administratore rei alienæ, uel procuratore: qui etsi sua pecunia rem abs creditore emat, liberare intelligitur, ut domino precium restituenti reddat. Hoc enim bona fides postulat. Quid autem si non debitor dominus, sed secundus hypothecarius creditor fideiussori, qui emit abs priori creditore, offerat precium?

Cerrè si appareat fideiussorem emisse rem ipsam, retinere poterit, & huius creditoris oblationem repudiare. Non enim tenetur eius negocium gerere. Sed si ius pignoris aut nomen tantum emerit: non minus ei, quàm illi qui uendit, rectè offert secundus, ut in eius locum succedat. Et quidem si obscurum sit, quid uenditum sit, & fideiussor simpliciter emerit: facilius interpretamur, nõ tam rem ipsam, quàm ius creditoris uendentis, uenditum emptumque esse: quasi ultrò hic fecerit creditor, quod ut faceret, cogi abs fideiussore etiam poterat. Si fideiussor offerat creditori debitum totum, pro quo pignus tenetur, tenetur creditor ius suum totum in eum transferre: ius dico

dico pignoris, & actiones omnes personales, quas  
 habet cōtra debitore, uel alios fideiussores. l. 2.  
 C. de fideiuss. l. Stichū. §. ult. De solu. l. fideiussores.  
 §. idem respondit. De fideiussorib. Sed ut Paulus  
 respondit, fideiussorem, in quem pignora à con-  
 fideiussoribus data translata sunt, non emptoris  
 loco substitutum uideri, sed eius qui pignora ac-  
 cepit. l. Paulus respondit fideiussorem. De fidei-  
 iuss. sic etiam dicemus, si ab eo emerit, non tã rei  
 ipsius, quàm iuris quod is habebat, emptore esse  
 uideri. quod & Papinianus respondit, cum fidei-  
 iussor conuentus, officio iudicis adsecutus esset,  
 ut emptionis titulo prædium pignori datum su-  
 sciperet. Nihilominus enim alteri creditori facul-  
 tatem esse offerendæ pecuniæ: quia huiusmodi  
 uenditio transferendi pignoris causa necessariò  
 fieret. l. 2. De distract. pign. Non cogitur creditor  
 rem ipsam uendere. Si quid itaque uendere cogi-  
 tur, nomen ipsum & pignoris ius uendere in-  
 telligitur.

Porro in hac causa creditorem ementem cum  
 fideiussore Iuriscōsulti comparant. Martianus l.  
 5. §. ult. De distract. pign. Si (inquit) secūsus cre-  
 ditor uel fideiussor soluta pecunia pignora susce-  
 perint, rectè eis offertur: quamuis emptionis ti-  
 tulo ea tenuerint. Sed & Modestinus respondit,  
 cum posterior creditor à priore pignus emit: nõ  
 tam acquirendi domini, quàm seruandi sui pi-  
 gnoris causa, intelligi pecuniam dedisse, & ideo  
 offerri ei à debitore posse. l. 6. De dist. pign. Hinc  
 intelligimus, creditorem ementem, nõ tam rem  
 ipsam emere uideri, quàm ius alterius credito-  
 ris uendentis. Sed si expressim hoc actū esse ap-  
 parcat,

pareat, ut rem ipsam emeret: non uideo cur emere non possit, & dominium cōsequi. aliter quàm in fideiussore, qui nullo planè modo potest rem sibi emere, quia teneatur potius gerere negociū debitoris, pro quo intercessit.

Vbi creditor rectè rem uendidit ei qui emere potuit, constat emptorem cum iure uendentis consequi dominium eius qui pignori dedit: neque alijs integrum esse illi offerre precium, ut res euincatur. l. 2. De distract. pign. l. 1. 2 & 3. C. si antiq. cred. l. si à creditore. C. de dist. pign. Nam & si res non tam debitoris fuisset, quàm ipsius creditoris, euinci abs creditore tanquam domino nō posset, quæ ab eo tanquam creditore distracta est. l. 10. De distract. pign. quāquam re ab alio euicta, cum non fuisset eius qui pignori dedit, creditor qui uendidit, de euictione non teneatur. l. 1 & 2. C. cred. euict. non deb. Cum enim iure pignoris bona fide rem uendat, uendit qualem pignori accepit. Cum quis rem uendit tanquam suam, teneri de euictione non est dubium. Sed cum uendit iure creditoris, & ut sibi obligatā: aliena quodammodo fide uendit. Sic idem erit, uendere lege pignoris, & iure creditoris. l. 10. De distract. pign. l. 59. §. creditor. Mand. & utrouis modo creditor uendiderit, euictionem non præstat. Si euictionem præstare nominatim promiserit, certè præstabit. sed debitor indemnem eum præstare debet: eique etiam hoc nomine ni caueat, creditor ius habet retentionis. l. 8. §. si pignori. De pig. act. Sed & si duplā euictionis nomine creditor promississet, cum alioqui rem commodè uendere nō posset: debitor creditori tantundem præstabit. l.

22. §. ult. De pig. act. Neque sanè interea liberabitur, et si precium creditor receperit, quamdiu incertum est, an id retinebit. l. 12. §. ult. De distract. pig. Sed & fideiussorum obligatio suspendetur, quanquam Paulus de ea re consultus, uix audeat id affirmare. l. 59. §. si creditor. Mand. Quærebatur, cum creditor pignus uendidisset, & euicta esset possessio emptori, an regressum creditor ad mandatorem habere posset: & an intersit, creditoris iure uendiderit, an communi iure promiserit. Qui uitiosam eius loci interpunctionem nuper emendauit, notat, interesse utrum creditoris iure uendat, an lege pignoris. quasi lege pignoris uendere, sit, quod hic dicitur communi iure promittere. Ego uerò existimo, lege pignoris uendere nihil aliud esse, quam, iure creditoris uendere. Nam neque teneri de euictione creditorem lege pignoris uendentem, respōsum est: l. 10. De distract. pig. Sed communi iure promittere dicitur creditor, qui euictionem præstare promittit: sicuti uenditores promittere solent, uel qui tantquam rem suam uendit. Certè tunc cōmune ius est, ut euictio præstetur. Quid autem Paulus ad quæstionem propositam? Si (inquit) ex precio pignorum debitum consecutus non sit, mandatorem liberum non uideri. Audio, si euictione secuta precium restituere coactus sit, regressum habere ad mandatorem. Sed quæstio erat, quando euictione secuta non retineat precium: & quid ante euictionem statuendum sit? Certè respondendum apertius fuisse uidetur, si iure creditoris uendiderit, de euictione non teneri, & propterea mandatorem statim liberari. Si uerò communi

( ut dixi ) iure promiserit, euictionem præstare: neque solum ea secuta regressum habere aduersus mandatorem, sed neq; hunc interea liberari, cum immineat euictionis periculū. Nam & propterea responsum est, in suspenso esse ipsius debitoris liberationem. l. 12. ad fi. De distract. pig. Verùm superiori Pauli responso illud tantum colligi potuit, quod ipsis quoque Pandectis adscriptū est: si euictionis nomine creditor non teneatur, proficere eam rem ad liberationem.

Sanè interdum creditor expressim conueniebat, ne de euictione teneretur. l. 12. §. 1. De dist. pig. l. 68. De euict. Sed etsi ita non conuenierit nominatim, si tamen iure suo uendat, hoc est, tāquam creditor distrahat pignus, nō tenetur de euictione, ut dixi, ac ne precium quidem restituit. l. 11. §. denique. De act. empt. Præstat tamen pigneraticiam saltem actionem contrariam, quam contra debitorem, qui rem non suam pignori dedit, habet. l. 38. De euict. Quod de euictione non præstanda hic dicimus, locum habet & cum Prætorium pignus publicè distrahitur. Non enim de euictione teneretur executor, qui pignus in causam rei iudicatæ captum uendit. Sed de precio ager emptor aduersus eum, cuius nomine res est distracta. l. 50 & 74. De euict. l. si ob causam. C. de euict. Denique si fiscus creditor iure pignoris prædium obligatum uendat, euictionem non debere, quia & priuatus creditor eodem iure utatur, rescriptis Alexander Imp. l. 1. C. cred. euict. nō deb. Sed & si fiscus suo nomine uendat, uix est ut nūc euictio ulla esse possit. l. bene. C. de quad. præscrip. atque ubi euictio erat, ad summum tamen

men ille non præstabat nisi simplam, etsi eius procurator uendens promississet duplam. l. 5. De iure fisci.

Si pupillo res obligata sit, non dubium est rectè abs tutore uendi: quia debitoris sit, non pupilli. l. 5. §. si pupillo. De reb. eor. Sed etsi res pupillaris rectè fuerit obligata, uendi abs creditore potest. Si uerò res pupilli erat cum pignori daretur, talis distractio rescindi poterit per in integrum restitutionem. Si abs patre pupilli data fuisset, non rescindetur: quia tunc cum pupillo nihil gestum esse uideatur. Vtrunque expressum est duobus Diocletiani rescriptis, l. 1 & 2. C. si adu. uend. pig. Verum & antea hoc dixerat Paulus in auditorio Caracallæ: licet quod uolebat, non potuerit aliud id trahere. l. 38. De minorib. Imò uerò oratio Seueri Imp. in senatu recitata, de prædijs pupillariibus sine decreto non distrahendis, hanc habet exceptionem: Si creditor, qui pignori agrum à parente pupilli accepit, ius exequatur, nihil nouandum censeo. l. 1. §. 1. De reb. eorum.

Sed neque ea oratio impedit, rem pupillarem pignori captam ex causa iudicati distrahi. l. 3. De reb. eor. l. 1. C. de præd. min. Et licet minor 25 annis facile restituatur aduersus priuatam uenditionem eius pignoris, quod ipse dederat, abs creditore distracti: non restituitur tamen aduersus publicam distractionem pignoris Prætorij, quod rei iudicæ executor distraxit, nisi aliquando ex magna & singulari causa. l. si ex causa. De minorib. Ac utile est sanè diligenter conferre distractionem pignoris, quam priuatim creditor, & quàm publicè executor facit. Multa enim & similia &

diſſimilia ſunt. Præcipuè autem deſcribitur ratio diſtrahendi pignoris in cauſam rei iudicatæ capti, in l. 15. De re iudic. Iubetur executor primùm bona mobilia, deinde immobilia, poſtremò iura & nomina capere & diſtrahere: neq; immobilibus manum iniicit, ſi mobilia ſufficiant. Nam & ſæpe aliàs, cum de diſtrahendis alicuius bonis agitur, humaniter & benignè hic ordo ſeruetur, ut primùm diſtrahantur mobilia: ut quàm minimo domini incommodo fieri poteſt, alteri fiat ſatis. l. ſi quis ſepulcrum. §. ulti. De relig. l. 1. §. diminutio autem. De uent. in poſſeſs. mitt. l. ulti. §. ſin autem. C. de bon. quælib. Sed non legimus creditorem, qui pignori habet mobilia aut immobilia, teneri illa, prius quàm hæc, diſtrahere. Imò uerò eius arbitrio relinquitur, ut in hoc genere faciat, quod ſibi commodius eſſe putabit. l. 8. De diſtract. pign. Sed & antea dixi, priuatim poſſe uendere. Executorem uerò magis ſolenniter uendere, & publica auctione ueluti ſub hafta; & creditorem quoque ipſum, cuius res alioqui agitur, licitatore tunc eſſe poſſe, & emptorem. l. 2. C. ſi in cau. iud. licet alioqui ipſe ſibi uendere non poſſet. Præterea executor priuſquam uendat, iubetur audire intercedentes, tum eos qui ſe rei ipſius dominos eſſe contendunt, negantque eum eſſe dominum, qui condemnatus eſt: tum creditores alios, qui eam rem ſibi prius obligatâ eſſe aiunt. Sed illorum interceſſio (quam uulgò uocant oppoſitionem) remoratur & impedit interea diſtractionem, horum non item: quia hi hoc tantum agere uideantur, ut ex precio ei prius ſatiſſiat, cui res prius obſtricta eſt. Vendere autem

tem executor iubetur pecunia præfenti. Nam & cum post additionem definat tota eius potestas & officium, non potest fidem habere de precio. Vnde & apud Plautum in Menæch. in formula præconij auctionarij est:

*Omnia uenibunt, qui qui liccbunt, præfenti pecunia.*

Sed neque procuratori, cui simpliciter mandatum est ut rem uendat, liberum est, fidem de precio habere. l. si procurator. De iure fisci. Sed cum creditor pignus uendit, satis est eum facere quod bonus paterfa. faceret: etsi nulla eius culpa fiat, ut precium rei uenditæ & traditæ recuperari non possit, periculum debitoris, cuius res erat, erit. l. 9. De distract. pign. Executor rem addicit, pluris licitanti. Sed si aut iustum precium nemo offerat, aut nullus occurrat emptor idoneus: tandem rem dat in solutum ipsi creditori, cuius res agitur. Hæc etiam addictio appellatur: sed non tam uenditionem ueram, quam dationem in solutum cõtinet. Cæterum existimo rem ipsam ex uero estimandâ esse: ut si pluris sit, quam id quod debetur, reliquum reddatur domino: sin minoris, in reliquum creditori integra sit aduersus debitorem actio. quod etiam dicitur, cum creditor pignus uendidit l. 3. C. de distract. pign. l. 9. De distract. pign. l. 24. §. si uendiderit. De pignerat. act. Scio equidem Iurisconsultos non omnino id exprimere, cum loquuntur de hac, de qua loquor, ad dictione. l. 15. §. si pignora. De re iudic. Sed nemo negare potest iustissimum illud esse, ut & debitori & creditori consulatur. Certè Iustinianus Nou. constit. 4. ita etiam statuit re æstimandam esse, cum pecuniæ creditæ loco res datur in solu-



tum creditori. Iam uerò ut illa addictio fit, si pignus in causam iudicati captum commodè uendi non potest: sic & cū creditor pignoris, quod distrahere uult, nullum idoneum emptorè inuenit, tandè sibi ius dominij impetrare ipse potest. Scaeuola l. 101. De leg. 3. meminit pignoris in proprium creditoris patrimonium redacti, cessante debitore. Et Vlpianus mentionem facit creditoris impetrantis, ut fundum pigneratū possideat iure dominij. l. 5. §. 1. De reb. cor. Quo loco etiā docet, quamuis à tutore uendi possit quod pupillus pignori habet: non posse tamen, si pupillus uel eius pater impetrauerit, ut iure dominij possideat: quia iam non debitoris, sed ipsius pupilli prædium fit. Idè que esse, etsi fuerit ex causa damni infecti iussus possidere. Sanè cum quis ex aliqua causa mittitur abs Prætorè in bonorum possessionem, contrahi pignus Prætorium, supra dixi. Si aduersarij contumacia perseueret, tandem etiam qui missus est, impetrat ius dominij ex secundo decreto. l. 15. §. postea. De damno infec. l. 2. §. ult. Si ex nox. cau. l. 5. cōm. diuid. l. 1. De fun. dor.

Porro creditorem, qui dominij iure pignora possidere desiderat, debere exprimere nomen debitoris qui in solutione cessauit, & solennia peragere, rescripsit Alexander Imp. l. 1. C. de iure dom. impet. Qualia sint ea, Iustinianus diligentius exponit, qui & totam hanc impetrationem & eius condiciones copiose describit l. ulti. C. de iure dom. impet.

*Qui potiores in pignore habentur. CAP. XIX.*

**H**actenus pignoris rectè cōstituti uim & utilitatè descripsi: qualis eius persecutio sit, qualis

qualis creditoris possessio, qualis ueditio pignoris, & denique dominij tandem impetratio. Sed cum plerumque res eadem multis obligetur, (ut obligari posse supra diximus) & inter eos magna saepe sit contentio, & ueluti conflictus, uidentur nunc est ad quem ordinem reuocentur, & quis quem praecedat. Vbi sunt creditores chirographarij, quaeritur inter eos quis priuilegiarius sit, hoc est quis habeat priuilegium exigendi, quod Plinius ad Traianum uocat *πρωτοεργασιον*. Ac si sunt plures priuilegiarij, quis potior sit, ex causa magis quam ex tempore aestimatur. l. priuilegia. De reb. auct. iudic. poss. Sed priuilegiarijs omnibus constat praeferi hypothecarios in re obligata. l. eos qui. C. Qui pot. in pign. Ac sane cum disceptarent creditores, an debitoris cessionem bonorum acceptarent, an uero quinquennales illi potius inducias darent: & Iustinianus statuisset, maioris partis creditorum sententiam praeualere: adiecit, nihil tunc interesse inter hypothecarios aliosque creditores. l. ult. C. qui bon. ced. poss. Sed ubi de re maiori quaereretur, non eadem esset confusio. Constat, si haeres debitoris nolit adire hereditatem nisi pars aliqua debiti remittatur, quam partem maior pars creditorum censuerit remittendam, alios probare debere. excipiuntur tamen hypothecarij, non etiam priuilegiarij: quia etiam non adeatur haereditas, illis satis prospectum sit, non etiam his. l. 7. §. ult. & l. 10. De pact. Ac Paulus quidem in hac causa uidetur aliquando idem tribuere uoluisse priuilegiarijs, quod hypothecarijs tribuitur: sed ab ea tandem sententia recedit, & Vlpiano tacite cedit. l. 58. §. ult. Mand. Porro

multa hic repeti possent de actione *Tributoria*.  
 Sed quod instat, agamus: & ubi inter plures hy-  
 pothecarios quæstio est de ordine & prælatione,  
 quid statuendum sit, breuiter uideamus. In pri-  
 mis autem occurrit uulgaris illa regula, Priorè esse  
 potiorè. Eam in libris *Iuris Ciuilis* sæpe uarieq;  
 repetitâ lego: Potiorè esse in pignore, qui prius  
 credidit pecuniâ, & accepit hypothecâ. l. 11. Qui  
 pot. in pign. Fortiorè esse priuilegijs temporis. l.  
 10. Qui pot. in pig. Tempore esse potiorè. l. 2. C.  
 qui pot. in pig. Præualere, qui præuenit: & potio-  
 rem esse, qui prior est. l. licet. C. eod. Priorè tem-  
 pore, potiorè esse in iure. l. 3. C. eod. Deniq; potio-  
 rem ratione tēporis. l. 4. C. ad Maced. Sed eadem  
 semper regula est: pertinetq; etiâ ad Prætoria pi-  
 gnora, uel quæ in causam iudicati capiuntur. d. l. 10.  
 Nâ & in causa rei iudicatæ occupâtis est melior  
 conditio: ut licet antè pignora capta considere-  
 mus, cui quis prius condemnatus sit: tamen ubi  
 illa capta sunt, eum in ijs potiorè esse, cuius cau-  
 sa prius capta sunt, dicimus. l. 19. & 61. De re iudi.  
 Sed & si unus, quæ in possessione à Prætore missus  
 sit, ius pignoris habeat: & alter, quia ex causa iu-  
 dicati pignora capta sint: eadē regula locum ha-  
 bebunt. l. 2. C. qui pot. in pign. quemadmodum &  
 ubi pignus unum Prætorium esset, & alterum ex  
 conuentione. l. 3. C. ut in possess. leg. Deniq; idē  
 dicemus, etsi prior hypotheca generalis sit, & po-  
 sterior specialis. l. 2. Qui pot. in pig. l. si generali-  
 ter. C. eod. tit. Ac quidem si tam illa generalis sit,  
 ut & bona futura complectatur: horum obliga-  
 tio sæpius retrahetur ad diem conuentionis,  
 sicuti & de hypotheca conditionalis supra dictū  
 est.

est. Sed est singulare quod Papinianus respondit, l. si qui mihi. De iure fisci. Si qui mihi obligauerat quæ haberet, habiturus ue esset, & cū fisco contraxerit, in re postea quæ sita fisco potiorē esse debere. Nam fisco præuenire causam pignoris. Cæterum si aut præsens aut specialis sit hypotheca, non autem bonorum futurorum: certum quoque locus erit superiori regulæ. Nam & priuatū, qui prior est, potiorē esse fisco dicemus. l. 8. l. ult. §. ult. Qui pot. in pig. Quid si sit tacita hypotheca dotalis? Certè Iustinianus plus ei quippiam tribuere uideretur. Nam ait, mulierem potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis (ut loquitur) priuilegio uallati. l. ult. C. qui pot. in pign. Si tamē fisco creditor prior sit, prior eius tacita hypotheca præferetur dotali posteriori. l. 2. C. de priuil. fisci. Sed fieri potest, ut alia ratione interdum uincatur. Obligata est res mea primū Titio, deinde fisco, postremò uxori. Titius fisco præferetur iure cōmuni, mulier uerò Titio iure singulari.

Sed & Iustinianus apertè fateretur, tacitā hypothecam quæ pro dote materna filijs datur in bona patris alteram uxorem ducentis, præferri secundæ huius uxoris hypothecæ. l. ult. C. Qui pot. in pign. Sic uidemus interdum fisco, sæpius mulierem, perfringere superiorem regulam: non tamen semper. Vlpianus porrò l. 5. Qui pot. cū diceret, interdum posteriorem potiorē esse prioris exemplū singulare proponit: Si posterior credidit ad rem obligatam conseruandam. Quale sit huius creditoris pignus, supra ostendi: & modo plusquā pignus esse, modò etiam minus quippiam,

piam, dixi. Itaque si in eo locum non habeat superior regula, mirari non debemus. Sed singularis est altera species apud Triphoniū, in quo etiam regula superior cessat. l. 12. §. 7. De capt. & post. reu. Dicitur est suprà, eū qui ab hostibus redimitur, quodam pignoris uinculo teneri redēptori, donec precium redemptionis persolutū sit. Hoc pignus tale est, ut etiam priores aliorū hypothecas infirmet. Nā si seruus mihi datus esset pignori, & deinde ab hostibus captus abs te redimatur, tu in eo potior eris. Si tamen ego tibi precium redemptionis soluero, recidet in ueterem obligationem, atque etiam in eam summam mihi tenetur, quam tibi solui: ut & cum posterior creditor priori soluit. d. §. 7. Sanè & illa huius loci est regula, eum qui in ius prioris hypothecæ, uel locum prioris creditoris hypothecarij succedit, eodem antiquitatis iure uti. Sed ut magis intelligatur quis ita succedat, distinguenda & obseruanda sunt quatuor capita. Primum, si quis mihi pecuniam credat, ut creditori meo hypothecario soluam: non propterea in eius locum & ius succedit: sed ita demum, si expressim hoc pactus sit cum pecuniam daret, & pecunia ad illum creditorem uerè peruenerit. l. 3. Quæ res pign. l. 12. §. à Titio. Qui pot. in pign. l. 1. C. de his qui in prior. cred. loc. succ. Præterea si quis non mihi pecuniā credat, sed ueluti meo nomine soluat meo creditori: rectè quidem ei soluit, & me liberat, sed in eius propterea locum non succedit: neque ius pignoris, quale ille habuit, habebit, nisi nominatim sibi id cedi & in se transferri curarit. Cæterum tali cessione fieri potest, ut in illius locum succe-

succedere intelligatur. l. 3. & ulti. C. de priui. fisci.  
 l. 2. C. de iure Reip. Quod si cū iam aliunde meus  
 creditor esses, solueris alteri priori meo creditori  
 hypothecario: distinguendum est, an tu quoque  
 hypothecarius tunc creditor eras, an uerò chi-  
 rographarius tantum. Si hypothecarius: soluendo  
 priori, omnimodo in eius locū & ius uniuersum  
 succedis. l. 3. §. 1. Quæ res pign. l. 11. §. ult. Qui  
 pot. in pign. l. 1. C. qui pot. in pign. l. ult. C. de his  
 qui in prior. cred. loc. succ. Si uerò tantum chiro-  
 grapharius, soluendo non statim fies hypotheca-  
 rius. Quanquam si rem possideas, possis agenti  
 hypothecario debitum offerre, & id offerēdo im-  
 petrare, ius agentis in te transferri. l. mulier. Qui  
 pot. in pign. Sane si tertius creditor pignora, quæ  
 habet, distrahi permittat, ut primò soluatur, & e-  
 ius aliud pignus ipse consequatur: consequetur,  
 in eiusque locum succedet, ut iam secundo præ-  
 feratur. Sed secundus ei offerendo, quod priori  
 solutum est, succedere in primum illum locum  
 potest. l. 12. §. si tertius. Qui pot. in pig. Hucque  
 pertinet illa Pauli elegās disputatio l. 16. Qui pot.  
 in pig. Accidit, ut quo iure qua iniuria tertius  
 creditor in iudicio hypothecario uicerit primū.  
 Quærebatur, an propterea etiam superior esset se-  
 cundo? Quidam putabant esse: perinde atque si  
 primo soluisset, & in eius locum successisset. Pau-  
 lus uerò cōtrā sensit. Vidit enim, uictoriam illam  
 successionem non esse, sed simplicem alterius de-  
 pulsionem: & quod contra ius primi iudicatum  
 esset, non obesse secundo. Hunc itaque nihilomi-  
 nus esse adhuc potiozem tertio. Potuisset hic  
 fortasse rursus opponi Paulo, uulgatū illud Scæ-  
 uolæ:

uolæ: Qui me prior est, cum ego te superaturus  
 sim, multo magis aduersus te obtinere debet. l.  
 14. De diuers. temp. præscrip. Sed illud dixit Scæ  
 uola, cum probare uellet, eum qui pignus pigno  
 ri accepit, quia iam sit Caio potior, à quo accepit,  
 potiozem esse Titio, qui Caio rem pignori primò  
 dederat. Nam eo iure Caium uincit, quo Caius  
 Titium uinceret. Verùm in quæstione proposi  
 ta uidit Paulus aliud esse. Nam tertius uincit pri  
 mum propter rem iudicatam. Primus uerò uin  
 cit secundum alio iure, nempe prioris hypothe  
 cæ. Et uerò si primus ultrò passus est se uinci à  
 tertio, idque fortasse non noluit: cur id noceret  
 secundo? Sed neque si qua temporis præscri  
 ptione tertius summouit primum, propterea &  
 secundum repellet.

Vt superiorem regulam, quæ docet priorem  
 hypothecam esse potiozem, persequar: illud ad  
 iiciendum est, etsi prior obligatio, quæ hypothe  
 cã habebat, nouata sit, sed in obligatione nouan  
 te repetitum expressim pignus fuerit, pignus nõ  
 nouatum uideri. & quia suam antiquitatem re  
 tineat, nihil de suo iure amittere, si quidem de ea  
 pecunia, quæ prius debebatur, quæstio sit. Nam  
 si sit ea aucta, & maior sit obligatio secunda, quæ  
 priorem nouat: eius causa pignus non ita ui  
 debitur antiquum. l. 3. l. 12. §. Papinianus. l. ulti.  
 Qui pot. in pign. Sic fieri potest, ut hypotheca  
 eadem modò prior, modò posterior sit: & pro  
 pterea etiam modò potior, modò infirmior.

Credidi tibi hodie centum, sub pignore. Tu de  
 inde abs Titio quinquaginta mutuo accipis, &  
 ei rem eandem pignori das. Postremò ego noua  
 ta

ta mea priori obligatione, repetendø idē pignus  
 sio creditor ducentorum. Certè quòd ad priora  
 centum attinet, potior ero Titio: nō etiam quòd  
 ad altera centum. Vt enim nouatio non est mihi  
 fraudi, sic neque alteri esse debet. Postremò, cū  
 antea dictum sit, hypothecam sola conuentione  
 contrahi: sequitur, nihil posteriori prodesse, si ei  
 res prius tradita sit. Fit tamen interdum, ut pos-  
 sessionis potior hīc causa sit. Si non dominus (in-  
 quit Paulus) duobus eandem rem diuersis tem-  
 poribus pignorauit, prior potior est: quamuis si  
 à diuersis non dominis pignus accipiatur, posses-  
 sor melior sit. l. 14. Qui pot. in pign. Dixi antea  
 suo loco, eum qui pro domino habetur, posse rē  
 pignori dare: ut quemadmodum ipse habet Pu-  
 blicianam, creditor habeat hypothecariam. Cæ-  
 terū si duo tales non domini, qui Publicianam  
 tamen habent, duobus separatim rē pignori de-  
 derint: nō erit potior qui prius accepit, sed qui rē  
 possidet: sicuti & si eam emissent. l. sine autem. §.  
 si duobus. De Public. in rem act. Sed si ab eodem  
 uterque creditor tem pignori acceperit, regulæ  
 superiori locus erit, ut is potior sit, cui res prius  
 obligata est: sicuti ubi ab eo emissent, potior es-  
 set, non qui iam possidet, sed cui prius res tradi-  
 ta est. Sanè ubi duobus simul & in solidum res a-  
 liqua ita obligata sit, ut alter altero prior poste-  
 rior ue non sit: non potest superiori regulę locus  
 esse. Quid igitur? In pari causa potior erit condi-  
 tio possidentis. l. 10. De pignorib. Si tamen quod  
 uni debetur, prius sit, erit & eius prior hypothe-  
 ca. ueluti si tibi debeam quod proximo anno na-  
 scetur in fundo meo, & Titio quod anno secun-  
 do:



do: & utrique propterea simul obligem domum: tua potior erit, quia prior esse uideatur, hypothe- ca, sicuti & obligatio principalis tua prior est. l. 12. Qui pot. in pign. Si non res eadem duobus in so- lidum obligetur, sed diuisim & pro diuersis par- tibus: tunc non queritur, quis prior posterior ue- sit, neque ij concurrunt: sed singuli in sua parte soli sunt, & res diuersæ diuersis obligatæ esse in- telliguntur. Hucque pertinet elegans & subti- le Papiniani responsum. l. 3. §. ult. Qui pot. in pig.

» Post diuisionem (inquit) regionibus factam in-  
 » ter fratres conuenit, ut si frater agri portionē pro  
 » indiuiso pignori datam, à creditore suo non libe-  
 » rasset: ex diuisione quæsitæ partis partem dimi-  
 » diam alter distraheret. Pignus intelligi contra-  
 » ctum existimaui, sed priorem secundo non esse  
 » potiolem: quoniam secundum pignus ad eam  
 » partem directum uidebatur, quam ultra partem  
 » suam frater non potuit obligare. Hæc Papinia-  
 ni uerba recito, quia interpretem requirunt. Pri-  
 mum, quod ex cōuentione rei distrahendæ colli-  
 git conuentionē pignoris, suo antea loco expo-  
 sui. De illo nō dubitat, quod Caius dixit: Si quis  
 cōmunis rei partē pro indiuiso dederit hypothe-  
 cæ diuisione facta cū socio, nō utiq; eam partem  
 creditori obligatam esse, quæ ei obtingit, qui pi-  
 gnori dedit, sed utriusque partē pro indiuiso pro  
 parte dimidia manere obligatam. l. 7. §. ult. Quib.  
 mod. pig. uel hyp. sol. Quæ ergo est Papiniani sen-  
 tentia? quæ quæstio? Cum frater cohæres meus,  
 partem suam fundi alicuius hæreditarij nōdum  
 inter nos diuisi Titio obligasset: egoq; facta de-  
 inde diuisione intelligerem, meæ quoque por-  
 tionis

tionis partem esse pro indiuiso obligatam: conueni, nisi eā lueret ac liberaret, dimidia eius portionis, quam ex diuisione habet, pars uicissim mihi esset obligata. Hic fraterna portio Titio & mihi obligatur, sed diuissim: hoc est, pro partibus indiuisis. Non ergo concurrimus: sed quisq; partem diuersam solus habet obligatam. Itaq; quod Papinianus ait, priorem non esse secundo potiorē: potuisset etiā, quod alibi dixit l. 2. Qui pot. in pig. hic dicere, secundum creditorē in pignore postea dato nō tam potiorē quā solum inueniri. Deligat sanē pro indiuiso quam partem uolet Titius. Altera semper supererit, quæ mihi pignori erit. Quorsum? ut quod mea interest, cōsequar. l. 66. §. diuisione. De euict. l. si fratres. C. commu. utr. iud.

Si unus creditor chirographarius, alter hypothecarius sit: non quæritur, quis in re debitoris potior sit. nam eam alteri tantum obligari constat. Diocletianus Imp. ait, eos qui acceperunt pignora, cum in rem habeant actionem, priuilegijs omnibus, quæ personalibus actionibus competunt, præferri. l. eos qui. C. qui pot. in pign. Obseruari tamen, beneficio separationis fieri posse, ut chirographarius præferatur. Vlpianus enim l. 1. §. sciendum. De separat. Sciendum est (inquit) etiam si res obligata esse proponetur ab hæredetaria fuit, iure separationis hypothecario creditore potiorē esse eum qui separationem impetrauit. Si res hæreditaria iam fuisset uendita, separationem frustra desiderari, ait Papinianus l. 2. De separat. Sed Vlpianus tanti non fecit ius pi-

gnoris, quin putaret infringi posse per separationem, cum chirographarius defuncti creditor impetrat separationem bonorum defuncti abs bonis hæredis: ut &, licet iam hæres bona defuncti obligarit suis creditoribus, talem tamen obligationem separatio dissoluat. Itaq; & ad locum sequentem id pertinet.

*Quibus modis pignus uel hypotheca dissoluitur.* CAP. XX.

**S**Vperest ut de dissolutione pignoris uideamus. Non enim pignus est perpetuū. Cūque quæri soleat, quibus modis seruitus amittatur: multo magis de pignore id quærendum est. Finitur autem interdum cum principali obligatione, cui accessit: ut accessio finiri per cōsequēs (ut ita loquar) solet: interdum etiam solum separatimque finitur, durāte adhuc obligatione principali. Et rursus utroque modo finitur, modò creditore inuito, modò etiam ex eius uolūtate: eaq; etiam uel expressa, uel tacita.

Martianus ait, Suas condiciones habet hypothecaria actio: id est, si soluta est pecunia, aut satisfactum est. Quibus cessantibus, durat. l. 13. §. etiam. De pignor. Iis ergo existentibus, deficit. Et Pomponius l. 9. §. omnis. De pign. act. Omnis (inquit) pecunia exoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse. Sed & Prætor in edicto suo de migrando: Si (inquit) merces tibi soluta, eo uel nomine satisfactum est, aut per te stat quo minus soluatur, &c. l. 1. De migran. Deniq; & Ulpianus l. 6. Quib. mod. pig. sol. Liberatur, ait, pignus, siue solutum est debitum, siue eo nomine satisfactum est. Martianus alio loco, & item Iulianus

DE PIG. ET HYPO. 131

lianus, pro SATISFACTVM, supponunt SATIS-  
 DATVM, l. 49. De solut. l. 2. Pro hæc. Sed id paulo  
 post uiderimus. Nunc de prima illa conditione,  
 SI SOLVTA SIT PECVNIA, uideamus. Martia-  
 nus scribens ad hypothecariâ formulam d. l. 49.  
 Solutam, inquit, pecuniam intelligimus natura-  
 liter, si numerata sit creditori, uel si iussu eius alij  
 soluitur, uel tutori, &c. Pomponius exprimit, om-  
 nem pecuniam exolutam esse debere. l. 9. §. om-  
 nis. De pigner. act. Oportet itaque in solidum  
 esse persolutam. Nam & si principalis obligatio  
 pro parte, quam recepisset creditor, tolleretur: ta-  
 mē perduraret integra hypotheca pro altera par-  
 te. Tam enim est indiuisa, ut quandiu reliquum  
 aliquid debetur, in solidum pro eo teneatur. l.  
 quandiu. C. de distract. pign. Dixi antea quàm sit  
 indiuisa actio hypothecaria, cum rem obligatâ,  
 uel eius partem persequitur. Nunc dicimus in-  
 diuisam quoque esse, cum de dissolutione illius  
 agitur. Diuidua est obligatio quantitatis &  
 certę speciei: ut si partem recipiat creditor, pro  
 parte eam dissoluere intelligatur. At hypotheca  
 quę accessit, indiuidua est. Potest quidem pro  
 parte etiam indiuisa pignus liberari, si ita omni-  
 no conuenerit. l. 7. §. penult. l. 8. §. si conuene-  
 rit. Quib. mod. pign. uel hyp. sol. Sed tacitè hoc  
 non fit, neque in re dubia creditor cęsetur id uel-  
 le. Itaque non prodesse ad pignus liberandum,  
 partem creditori soluere: sicuti neque prodest, ut  
 pœna non committatur, Papinianus ait. l. 85. §.  
 item si. De uerb. oblig. Quid ergo est, quod idem  
 Papinianus alio loco ait, pro parte pignus libera-  
 ri? l. 65. De euis. Hoc dixit, cum intelligeret pro

parte soluta pignus amplius nō teneri. Sed pro reliquo debito nihilominus in solidum teneretur. Ac eo quidem etiam loco Papinianus satis significat, nihilominus manere rē pignori obligatam, etsi unus hæres persoluerit quod debet, si alter adhuc pro sua parte debeat. Nā & spectamus quātum creditori debeat, qui pignori rem habet: non autem quantum debeat, qui soluit. l. 1. C. de luit. pign. In Commentario ad 12. Tab. id latius exposui: sicuti & in Commentar. de cōditionib. fusius explicui, quod huc quoque pertinet, non impleri conditionem pro parte, sed eius explendæ rationem planè esse indiuisam. Ineptus essem, & molestus, si nunc pluribus uerbis rursus eadem inculcarem. Hoc satis est, si teneamus, quod Ulpianus ait, omnem pecuniam exolutam esse debere, priusquam de aliqua pignoris liberatione quæeratur. l. 9. §. omnis. De pigner. act. Nam etsi plures fuerint res obligatæ: tamen tam tenentur omnes & in solidum singulæ pro aliqua parte non soluta, quàm pro toto. l. 29. De pignorib. Ac si quidem non solum pro sorte principali, sed & pro usuris, uel etiam pro pœna commissæ pignus obstrictum intelligatur, non est dubiū, debere uniuersum esse persolutum, priusquam pignus liberari ullo modo possit. l. 13. §. ult. De pignorib. quanquam si in sortem duntaxat, uel in solas usuras teneatur: dissoluatur eo, p quo obligatum fuit, soluto. l. solutum. §. si in sortem. De pign. act.

Quid igitur, si debitum in solidum offeratur creditori, & is sine causa recuset? Certè optimū erit, consignatum deponere: neque tūc dubium est,

est, pignus liberari. Vlpianus l. 6. §. 1. Quib. mod. pig. uel hyp. sol. ait, eum qui paratus est soluere, meritò pignus uideri liberasse. Sed paratum interpretamur, qui etiam re ipsa offert quod debetur. l. 5. C. de distract. pign. & oblatum consignat, deponit que, si non accipiat creditor. Nam oblationis ob signationis que coniunctura mentio fit. l. si prius. C. de distract. pign. l. ulti. C. de pign. act. l. ulti. C. de luit. pign. l. acceptam. C. de usur. Si ageretur de sistendo cursu usurarum, uel pœna uitanda, facilius interpretaremur solam oblatione sufficere: neque illam depositione ob signatam etiã requireremus. l. 2. C. de pac. inter empt. & ued. l. qui Romæ. §. Seia. De uerbo. oblig. l. penult. De naut. scœn. l. Celsus. De arbi. l. traiecticiæ. De act. & oblig. Sed tam fauorabilis non est pignoris dissolutio, & propterea non est tam facilis. Nam cum Caius, l. potior. §. ult. Qui pot. in pig. simpliciter dixisset, si paratus sit posterior creditor priori soluere, ius prioris finiri: adiectum est alio loco, ita paratum esse debere, ut & offerat, & ob signatum deponat. l. 1. C. qui pot. in pign. Sanè in edicto perpetuo scriptum fuisse, Pignus dissolui, uel si pecunia soluta creditori sit, uel si per eum factũ sit quo minus solueretur, indicat Dioclet. l. 3. C. de luit. pign. & ita etiam scriptum est in edicto De migrando. Quomodo illud accipiendum sit, iam dixi.

Nunc uideamus de altera hypothecæ dissol uendæ conditione, Martianus l. 13. De pignor. ait Si soluta est pecunia, aut satisfactum est. Sic & in l. 9. §. omnis. De pigne. act. & l. 6. Quib. mod. pig. sol. & l. 1. De migran. Sed ut suprã quoque mo-

nui, <sup>p</sup> SATISFACTVM, supposuit SATISDATVM  
 Marcellus l. 49. De solut. & Iulianus l. 2. Pro hær.  
 Latius certè patet uerbum Satisfaciendi, quàm  
 Satisfidendi: & illud hoc continere solet. Sed cum  
 soleat propriè is dici fatisdare, qui fideiussores  
 dat, l. 1. Qui fatisd. cog. & ita etiam sæpe utantur  
 Iurisperiti uerbo satisfaciendi: tamen in hac  
 quæstione dici id non potest, nisi si satisfidatum  
 ita accipiamus, ut sit etiam ultro satis acceptum,  
 quo à pignore recedatur. Pomponius d. 6. om-  
 nis, satisfactum hic accipi ait, quemadmodum  
 uoluit creditor, licet non sit solutum: siue alijs pi-  
 gnoribus sibi cauere uoluit, ut ab hoc recedat, si-  
 ue fideiussoribus. Sed adiicit Caius, debitorem,  
 qui non soluere, sed alia ratione satisfacere para-  
 tus est, ueluti si expromissorem dare uult, nihil  
 agere. Non enim cogitur creditor, si nolit. Sed  
 & Ulpianus l. 6. §. 1. Quib. mod. pign. uel hyp. sol.  
 Qui (inquit) paratus est soluere, meritò uideretur  
 pignus liberasse. Qui uerò non soluere, sed satis-  
 facere paratus est, in diuersa causa est. Ergo satis-  
 fecisse, pdest: quia sibi imputare debet creditor,  
 qui satisfactionem admisit uice solutionis. At  
 qui non admittit satisfactionem, sed solutionem  
 desiderat, culpâdus nō est. Quid est ergo quod  
 adiicit, non esse receptam Atilicini sententiam,  
 qui putabat, si satisfidetur alicui, recedere eum à  
 pignoribus debere? Certè hoc non rectè dicitur,  
 cum offertur satisfidatio, quam creditor non ad-  
 mittit. Sed & si ita acceptus esset fideiussor, ut  
 non appareret acceptum esse animo relinquendi  
 pignoris, potius existimarem us utràque cautio-  
 nem cōiungi: ut sæpe olim prædijs & prædib. ca-  
 uebatur,

uebatur, quemadmodum antea dixi. Sanè cum colonus nominatim inuecta tibi obligasset, donec merces soluta, aut satisfactum esset: deinde mercedis nomine à colono fideiussorem accepit: satisfactū tibi uideri, & pignus desinere, Labeo scripsit. l. pen. Quib. mod. pign. sol. Tū enim satis apparebat satisfdatum esse, & satis acceptū, ut à pignore recederetur. Illud negari non potest, si quis tantum teneretur satisfacere, non posse oblatum fideiussorem non admitti: sicuti qui debet soluere, non liberatur, si offerat talem satisfactionē, ut ait Paulus l. 21. §. ult. De constit. pecu. Sed obseruemus, multū interesse inter oblata & inter admissam satisfactionem. Nam propriè satisfactum est, ubi creditoris desiderio factum est satis: ut mirari nō debeamus, si satisfactio quæ non solum oblata, sed etiam admissa est, uice solutionis habeatur. Si uerò non admittatur, dicimus non prodesse, ac ne satisfactionis quidem nomine dignam esse. Sed & si admissa sit, tamen non pertinet nisi ad pignus dissoluendum, manente nihilominus principali obligatione, & alia cautione accedente, & ueluti substituta.

Si creditor acceptum ferat quod debetur, rectè etiam ei dicetur satisfactum. Martianus ad formulam hypothecariam, acceptilationem hanc non solutionis, sed satisfactionis uerbo contineri ait. l. 49. De solut. Sed est tamen plusquam satisfactio iam admissa: & talis est satisfactio, quæ etiam dissoluat principalem obligationē. Quid si principalis obligatio nō erat ex stipulatu? Certè tunc summo iure non est utilis acceptilatio, quæ propriè inuenta est ad dissoluendas uerbo-



rum obligationes. Sed quia tamen, si alijs obligationibus adhibeatur, saltem ualet ut simplex pactum de non petendo, l. 8. & 19. De acceptil. l. 27. ad fi. De pact. l. 5. De rescind. uend. pertinebit etiã ad pignus dissoluendum, quasi & tunc creditori satisfactum esse uideatur. Quod & Martianus obscurè indicat, d. l. 49. Idẽ autem apertè tradit, solui hypothecam, si creditor paciscatur non petere pecuniam. l. 5. Quib. mod. pig. uel hypot. sol. Saltem enim exceptio, quæ principali obijcitur, obijcietur & hypothecæ. l. 17. §. de pignore. De pact. Nam & tale pactum fideiussorib. prodest. l. & hæredi. §. ult. De pact. Sed & nouata obligatio ne, pignus, quod ei accesserat, simul intercidit: nec cum noua obligatione restituitur, nisi si expressim fuerit in ea repetitũ. l. solutũ. De pig. act. l. 18. De nouat. l. una. C. etiã ob chirog. pec. Quod & de fideiussione dicitur, l. nouatione. C. de fideiuss. Ceterũ si inutilis sit nouatio, cõstat priorẽ obligationem cum sua hypotheca durare. Vnde cum mulier suscepisset alienam obligationem, quia efficax non sit hæc nouatio, nõ solum priorẽ obligationem restitui, sed & eius hypothecam manere, responsum est. l. 13. §. de pignorib. Ad sen. Vell. Verũ illud singulariter obseruandum est, quod ex Gordiani rescripto colligi potest. l. si paternã. C. ad Vel. Si talis nouatio sit, quæ pro parte ualeat, p parte nõ ualeat: prioris obligationis pignora durare p qua parte nouatio est inutilis: & nihilominus obligari alia pignora, quæ inutili etiã nouationi adiiciuntur, perinde atq; si priori obligationi accessissent. Cæterũ cũ dicimus, utili nouatione perimi priorẽ obligationẽ,

&

& eius pignus: ppriè loquimur de uoluntaria nouatione. Nõ eadè uerò causa est nouationis necessariæ, quæ ex re iudicata nasci dicitur. l. aliã. De nouat. l. 1. C. de iudic. l. 13. §. etiã. De pig. Nam neq; tũc fideiussor liberatur. Fit sanè interdũ, ut cõfundatur obligatio fideiussoria: eius tamè pignus durat. Inquit enim Africanus: Qui p te apud Titium fideiusserat, pignus in suã obligationè dedit. Põst idè te heredè instituit. Quãuis ex fideiussoria causa nõ tenearis, nihilominus tamen pignus obligatũ manebit. l. 38. §. ult. De solu. Si ille creditorẽ tenisset heredè, certè pignoris obligatio nulla esse posset, cũ dominus pignoris factus est creditor: sicuti & cum debitoris pignus est, & creditor fit hæres debitoris. Nemo enim rem suam habet pignori. Si tamen interfit adhuc creditoris, pignus non confundi, uel quia non est perpetuum certumque quod habet dominium, uel ut iure prioris hypothecæ depellat alterius hypothecam, seruari poterit. l. debitor. Ad Treb. l. ex sextante. §. ult. De excep. rei iudic. Tum itaque licet principalis obligatio confusa extinguatur, singulari tamen ratione superest, duratque ius quoddam hypothecæ: quod alioqui solet cum illa interciderẽ. Imò uerò interdum fit, ut quod ad perimendam principalem obligationem non ualuit, ad quam tamen tollendam referebatur: ualeat nihilominus ad tollendum pignus. Papinianus l. 1. §. 1. Quib. mod. pig. uel hyp. sol. narrat, cum quidam residuum debitum donasset, eoque defuncto, donationem quibusdam modis inutilem esse constitisset: nihilominus solutum esse ius pignoris prima uoluntate donatoris: quoniam in-

utilem pecunię donationem lex tantum faceret, cui non erat locus in pignore liberando. Lex uetat, ne coniux coniugi aliquid donet. Pignus remitti non uetat. l. etiā. C. ad fenat. Vell. l. Lucius. Quib. mod. pig. uel hyp. sol. Nec pignoris remissio est aliqua alienatio, de qua in fraudem suam facta queri creditores ex edicto possint. l. si pignus. De ijs quæ in frau. cred. Nec aliqua donatio est, propter quam possit abs legatario relinquere aliquid. l. 3. §. ult. De lega. 3. Quanquā non sit inutile legatū quod ad dissoluēdi pignoris causam pertinet. l. 1. De liber. lega. Sed illud nunc dicimus, si uxor remittat uiro quod is debet sub pignore, principale debitum non tolli: tolli tamen pignus, quia illud remittere non possit mulier, hoc uerò possit. Cæterum si iure communi inutilis est remissio debiti, & ex ea causa quæ pignoris quoque remissionem impediatur, certè etiam pignus durabit. l. debitum. C. de remis. pig.

Dixi, quomodo hypotheca finiatur cum principali obligatione, cuius accessio est. Nunc dicendum est, quomodo sola tollitur, manente obligatione principali. Ac quidem etiam ratione accessionis interdum fit, ut finito iure illius qui pignori rem dedit, ius quoque pignoris finiatur: ueluti si is ita dominus esse desinat, ut nunquam antea fuisse uideatur: ueluti si fundum uectigalem pignori dederit, cuius fundi lex est, ut propter non solutum uectigal committatur: eo commisso, pignus etiam extinguetur. l. 30. De pign. Si statuliberum obligauerit: existente eius conditione, pignus euanesceat. l. 13. §. 1. De pig. Si res in diem mihi addicta erat, quam pignori dedi, & alius de  
inde

inde emptor meliorem conditionem adferens, rem illam auferat, pignus quoque intercidet. l. 3. Quib. mod. pig. uel hyp. sol. l. 4. §. sed & Marcellus. De in diem add. Dubitari magis posset, an idem dicendum sit, si emissem lege commissoria, cui deinde non paruero. Et magis est, ut idem dicatur. Quanquam si res sic distracta esset, NISI EMPTORI DISPLICUISSET: & emptor postquam pignori dedit, sibi emptione displicere dicat: pignus non finire, respondit Vlpianus. l. 3. §. ult. l. 4. Quib. mod. pig. uel hyp. sol. Sed & pignus manere obligatum, etiamsi redhibitus fuerit seruus, ait Paulus, l. boue. §. pignus. De Aedil. edict. Nempe uoluntaria est redhibitio, neq; inuito emptori res tunc auferitur. Imò uerò ex eius uoluntate noua quædam ueluti uenditio est. Sanè si noxale instituat iudiciũ de seruo pignori dato, & creditor p̄sens defensionẽ suscipere noluerit: sic seruus noxæ deditur, ut pignoris persecutio denegetur, & propterea ipso iure pignus liberatum intelligatur, ut ait Caius l. 27. De noxalib. act. Sed maior quæstio est, an sententia lata contra debitorem de dominio rei litigantem, perimat ipsius quoque creditoris hypothecam. Id superius exposui. Sed respondendum iterum est. Papinianus quodam loco significat, non nocere creditori, si eo non admonito iudicium peractum sit. l. iudicatae. §. ult. De excep. rei iud. Scienti uerò & admonito nocere, Marcellus respondit, l. sæpe. De re iudic. Sed Papinianus alio loco sine ulla distinctione ait: Si superatus sit debitor, qui rem suam uindicabat, quòd suam non probaret: equè seruanda erit creditori actio Seruiana, probanti

rem

rem eo tempore, quo pignus contrahebatur, in bonis illius fuisse. Sed et si uictus sit debitor uindicans hæreditatem, iudex actionis Seruianæ, neglecta de hæreditate dicta sententia, pignoris causam inspicere debet. Enim uero fieri potest, ut & pignus rectè sit acceptum, nec tamen ab eo lis bene instituta. l. 3. De pign. Possimus sanè huic loco superiorem distinctionem non adhibere, si intelligamus tantum hic agi de eo, qui à uindicatione instituta simpliciter repulsus est, quia rem suam esse non probat: sicuti actore non probante, solet absolui reus.

Si tunc debitor nõ omnino dominiũ propterea suum amittit, ut non amittit, nec iterum uindicare prohibetur: certè multo minus creditor repellitur. Sed & potest debitoris dominium ab alio usucaptum esse, manente nihilominus hypotheca creditoris. Papinianus l. 44. §. non mutat. De usurpat. ait, usucapionem superuenientè non mutare, quo minus pignoris persecutio salua sit. Nam persecutionem pignoris, quæ nulla societate dominiij, sed sola conuentione cõstituitur, usucapione rei non perimi. Idem inculcat in l. 1. §. cum prædium. De pignorib. Equidè fateor, quod & mox latius dicam, hypothecariam quoque persecutionem præscriptione tēporis summo ueri posse. Sed eam non statim is summo uerit, qui rem usucepit. Neque eadem utrobique est præfinitio temporis. Et post inchoatam iam dudum rei usucapionem, potuit institui pignus. Sanè si res ipsa pignori data planè perierit, manifestum est, eius non minus hypothecam quàm dominium perire; & nihilominus superesse principalem

cipalem & personalem obligationem debitoris.  
 l. sicut. Quib. mod. pig. sol. l. quæ fortuitis. C. de  
 pign. act. Sed subtilis est in hoc genere disputa-  
 tio Papiniani in d. §. cum prædiū. Ait: Cū præ-  
 dium pignori daretur, nominatim ut fructus  
 quoque pignori essent, conuenit: eos consum-  
 ptos bona fide emptor utili Seruiana restituere  
 non cogitur. Pignoris enim causam nec usuca-  
 patione perimi placuit: quoniam quæstio pigno-  
 ris ab intentione dominij separatur. Quod in fru-  
 ctibus dissimile est, qui nunquam debitoris fue-  
 runt. Quod hic Papinianus interserit de diuer-  
 sa causa dominij & pignoris, agnosco esse quan-  
 dam ueluti anthypophorā: ne miremur, quæsi-  
 to rei dominio & usucapto nihilominus durare  
 hypothecam. Sed quid est quod ait, non idem  
 dici de emptore prædij, qui fructuum, quos per-  
 cepit, bonaque fide consumpsit, sic dominus fa-  
 ctus intelligitur, ut eorum etiam hypotheca ex-  
 tinguat? Videtur enim Papinianus notare, quod-  
 dam hic esse discrimen inter fundum & eius fru-  
 ctus, interque illius & horum hypothecam. An  
 qui fructuum dominium quæsiuit, statim peri-  
 mit eorum pignus, neque huius quæstio ab il-  
 lius intentione tunc separatur? Cur igitur Papi-  
 nianus consumptionem eorū requirit, sola per-  
 ceptione non contentus? Si consumptio inter-  
 uenit, certè & ea fundi pignus perimet. Nam si  
 fundus chasmate pereat, nō potest eius hypothe-  
 ca subsistere. uel si hic emptor bona fide eum pos-  
 sidere desijt, definit quoque teneri pignore. Quid  
 igitur dissimile hic est inter fundi & fructuum  
 hypothecam? Equidem non inuitus fateor, non  
 uidere

uidere me multa, quæ Papinianus subtiliter premit. Sed illud dico, fructuum perceptionē cum consumptione coniunctam esse solere, & propterea eorum pignus facile interciderē: quamuis qui percepit, ex ijs locupletior fiat. Verum fundus non ita consumi facile potest.

Si res obligata non omnino perierit, sed ita tamen mutata sit, ut non eadem amplius, quæ fuit, esse uideatur: (nam & formæ mutatio interdum dicitur substantiam rei interimere: l. Iulianus. §. si quis rem. Ad exhib.) certè fatebor, hac ratione & dominium & hypothecam amitti. Ut si sylua aut lignum rude detur pignori, & nauis ex ea materia fiat: dicemus pignus consumi, neq; nauem teneri: quia aliud sit materia, aliud nauis. l. si conuenit. §. si quis sic canerit. De pigner. act. Sanè Martianus l. 16. §. si res. De pignorib. ait, si res hypothecæ data, postea mutata fuerit, æquè actionem hypothecariam competere, ueluti si de domo data hypothecæ fiat hortus: uel si de loco conuenit, & domus in ea facta sit, uel uinæ positæ. Verum hæc ipsa exempla significant, Martianum de ea tantum rei mutatione loqui, quæ non nisi summam faciem immutat. sicuti & cum color mutatur, res eadem nihilominus manet. l. sed si ex meis. De acqui. rer. dom. Sanè etsi domus mihi pignerata comburatur: area manebit obligata. l. domo. De pigner. act. ac si deinde domus fuerit restituta, ea quoque, ut prior, obligabitur. l. 29. §. domus. l. ulti. De pignor.

Porro & tempore finiri pignus, ait Ulpianus, l. 6. Quib. mod. pig. sol. Ut sub conditione uel in diem potest contrahi hypotheca, ut prius non nascatur:

scatur: sic etiã potest ad diem uel conditionẽ, ut  
 scilicet die ueniẽte, uel eueniẽte cõditione, finia  
 tur. Sed & si principalis obligatio ita cõtracta sit:  
 eadem exceptio temporis obstabit hypothecæ,  
 quæ principali obligationi obijcitur. Nam & si  
 obligatio ipso iure non finiatur tẽpore, per exce  
 ptionem tamen infirmatur. l. obligationum fe  
 rre. §. placet. De oblig. & act. Sed & si de tempore  
 nihil conuenerit, tamen creditorem præscriptio  
 ne longæ possessionis posse à possessore pigno  
 ris summoueri, ait Paulus, l. 12. De diu. temp. præ  
 scrip. Paulo antè dixi, cum qui dominium rei  
 ulucepit, non posse propterea summouere hy  
 pothecam. Non enim eadem utriusque causa est.  
 Sed illud nunc dico, etsi ueteres Iuriscõsulti nul  
 lam agnoscerent temporis præscriptionem ad  
 uersus actiones in personam, aduersus tamen a  
 ctiones in rem quæ ex obligatione descẽderent,  
 aliquam agnouisse. De uindicatione domini, iã  
 non loquor. Usucapio planè eam tollebat. Sed de  
 actione hypothecaria, quam dixerunt summoue  
 ri posse longi temporis præscriptione, si quis tã  
 diu rem obligatam possederit, nec abs creditore  
 conuentus sit. Longum tempus intelligi, decem  
 annorum inter præsentis, 20 inter absentes, sa  
 tis notum est. Hanc Iurisconsultorum sententiã  
 de hypothecaria actione summouenda, cõfirma  
 runt Imp. Gordianus & Diocletianus l. 1. & 2.  
 C. si aduers. cred. præscript. oppo. l. ulti. C. de act.  
 & oblig. Sed exceptionem hanc addiderunt, ex  
 tra quam si debitores aut eorum hæredes rẽ pos  
 sideant. Visum est enim, eos patientia creditoris  
 abuti non debere: neque si hic benignè passus sit  
 pignus



pignus abs domino possideri, ius propterea suū remississe uideri. Postea edita est cōstitutio Theodosij & filiorū eius, l. 3. C. de præscrip. 30. uel 40. ann. Ut personales quidem actiones, saltem 30 annorum præscriptione, summouerentur: Sed tantū etiam temporis requireretur, ut extraneus aliquis possessor rei obligatę summoueret hypothecariam. Sic præscriptio, quę ad summum erat 20 annorum, facta est 30. Quid autem si debitor ipse possideret? Non idem tūc dici, innuit Theodosius. Sed nihil præterea definit. Certè si principalis obligatio extingatur annis 30, non potest nō simul intercidere hypotheca. Sed si creditor in personā egerit, non in rem: tunc meritò quæritur, an interrupta præscriptione obligationis principalis, conseruetur etiam hypothecaria. Theodosius significat, non propterea magis conseruari aduersus extraneum possessorem. Sed debitore possidente, simul eā durare indicat. Tandem uerò Iustinianus l. 7. C. de præscrip. 30. uel 40. ann. statuit, ut tunc ad summum non nisi annis 40. duraret. & adiecit, idē dici, si posterior creditor hypothecarius possideat, quādiu quidem debitor, qui pignori dedit, uiuit. Nam & tūc debitorem ipsum possidere uideri. Sed si eo mortuo creditor posterior, annis 30 rem possederit, cum iure communi uti: hoc est, præscriptione 30 annorum repellere priorem alterius hypothecā. Si tamē partim uiuo debitore possederit, partim eo mortuo, & cōiungere tempora uelit, opus esse possessione annorum 40. Idemque ediuersio obseruari, & cum quæritur de iure offerēdi: cum scilicet posterior uult priori possidēti offerre debitum,

rit, dederit: non uideri fecisse quod promissit. Et ideo repetere posse, alio loco adiectum est, l. 48. si promissit. De cond. indeb. Sic itaque non rectè solui ante diem incertum, sicuti nec ante conditionem ascriptam rectè solueretur, intelligimus. Nihil enim interea debetur: & propterea conditio ni indebiti, si soluatur, locus est. Quod quidem rectè dicitur de die omnimodo incerto, qui non modò quando ueniet, sed etiam an aliquando erit, incertum est. l. sub cōditione. & l. seq. De cōd. indeb. Nam alioqui solutum non repeteretur. Sed paulo pòst de die incerto pluribus agemus.

*Scriptus est.*) Nam hæredis fauore, qui legati præstatione est oneratus, adscriptus intelligitur: sicuti fauore promissoris dies appositus in stipulationib. intelligi solet. Ceterum si appareret diè à testatore ascriptum esse in rem ipsius legatarij: non rectè solueretur ante diem. Qua de re extat elegans Iaboleni respōsum, l. eū qui rogatus. De ann. leg. Qui rogatus erat post decem annos restituere, ante diem restituerat. quæsitum est, an rectè soluisset: Respondit, Si propter capientis personam, quòd rem familiarem tueri non posset, in diem fideicōmissum relictum probaretur, & perdituro ei id hæres ante diem restituisset: nullo modo liberatum esse. Quòd si tempus hæredis causa prorogatum esset, ut commodo mediij temporis ipse sentiret: liberatum eum intelligi. Nam & plus eum præstitisse, quàm debuisse. Quæ distinctio adhibetur, & cùm agitur de fructib. mediij temporis, l. si ita relictum. §. Pegasus. De lega. 2. Sanè cum aliquando Carthaginenses pollicerentur stipendium, quod pluribus pēsio-

nibus in multos annos deberent, præsens omnino daturus: respõsum abs Romanis est, nullã se pecuniã ante diẽ accepturos. ut scribit Liuius lib. 36. Sed quo iure representationẽ illam reijciebãt?

*Quamuis dies nondum uenerit.*) Celsit tamẽ. Nam etsi incertus sit dies, nõ quidẽ omnimodo, sed aliquo modo: ueluti cũ certũ quidẽ est fore, & quidẽ uiuo legatario: sed quãdo alioqui id erit, incertũ est: aded tamẽ præsens est obligatio, ut etiam interea transmittatur legatum tale ad hæredem. l. ulti. *Quan. dies leg. ced.* Quod paulo post aperitius dicemus, cum de die incerto agetur. Sed estne perpetuum, ut obligatio in diem sit præsens, quamuis petitio differatur? Certẽ in usufructu non habere locũ fatemur. Eius enim legati promissĩ ue in diem, dies non prius cedit quã uenit, perinde atque si sub conditione deberetur. Itaque nulla est non modò actio, sed nec obligatio ante diem. Quod Ulpianus diligenter explicuit, docẽs usufructus legati diem tum demum cedere, cum non modò adita hæreditas est, & legatarius existit, qui fruatur: sed & cum dies ipse uenit. l. unica. *Quan. dies usufr. lega. ced.* Ratio eius singularis iuris est, quod usufructus morte fructuarij extinguatur: ad eius uerò hæredem non transmittatur. Frustra itaque dies eius cederet, antequam uenerit. neque causa erat cur à sua proprietate separaretur, priusquam certum esset præstari debere. Aliud uerò meritò dicitur de legato proprietatis, quod ad hæredes transit. Qua ratione & in iure accrescendi nobilis differentia est inter legatũ usufructus & proprietatis. Si eiusdem rei usufructus pluribus relictus sit, etsi

et si iam ab uno semel acquisitus pro sua parte sit, tamen postea amissus alijs accreuit. l. 1. De usufr. accer. non secus atque si à principio hæc pars defecisset. neque ad hæredem amittentis trāsire potest. Sed ut ad usumfr. in diem legatum promissum ue redeam, Vlpianus adijcit, Scæuolam dixisse, eum qui ante diem usufructus ageret, nihil facere: quamuis aliàs qui ante diem agit, malè agat. Nihil agere, aut facere ait eum, qui nullam ne ipso quidem iure actionem habet: malè uerò agere, qui ipso quidem Iure actionem habet, sed inutilem, propter exceptionem. Ut qui ante diem agebat, repellebatur dilatoria illa exceptione, cuius Cicero lib. 1. de Orat. meminit, & formulæ quoq; principium ascribit, *CVIUS PERNITIAE DIES NON FUISSET*, &c. Si non tã agatur de obligatione, quàm de dominio: parum intererit, utrũ dies an conditio sit. Nam & dies obstat quo minus dominium ullum trāsferatur interea in legatarium. Itaque nec illud rectè repudiari ante diem dicitur, quia nondũ acquisitum dici potest. Si sub cõditione ( inquit Põponius ) uel ex die certa nobis legatum sit: ante diem uel conditionẽ repudiare non possumus. Nam nec pertinet ad nos antequã dies ueniat, uel cõditio existat. l. si ita scriptũ sit. §. 1. De lega. 1. Sic & qui superstitis bona repudiauit, nihilominus postea eius hæreditatẽ petit. l. qui superstitis. De acqui. hæred. Et bonorũ possessionẽ nõdũ delatã repudiari nõ posse, ait Vlpianus l. 1. §. decretalis. De suc. edic. *Solui tamen.*) Sicuti & à legatario cedi, & ad eius hæredem transmitti. Sufficit enim diem cessisse, et si nondum uenerit. Vlpianus l. si post diẽ. Quã.

dies lega. ced. Si (inquit) post diem legati ceden-  
 tem legatarius decesserit, ad hæredem suū tran-  
 fert legatum. Paulus in alia quadam disputatio-  
 ne fatetur hoc esse consequens. l. 26. Sempronius  
 Attalus. De usufr. lega. Mouet me (inquit) quòd  
 dies legati cesserit, & per hoc ad hæredem legata-  
 rij pertinere potuerit. Item, dies legati siue fidei-  
 commissi statim cedit, cum post certum tempus  
 hæredes dare rogatur, uel iubetur. Quid si post  
 incertum? Certè si planè incertum non sit, & cõ-  
 ditionis propterea loco non habeatur: non impe-  
 diet hanc transmissionem. Sed conditio & dies  
 ita incertus, ut pro conditione habeatur, impedi-  
 ret. In stipulationibus uerò & contractib. non  
 idem dicimus, ex quibus etiam conditionalibus  
 saltem spes interea transmittitur, ut dictum alio  
 loco est. neq; hoc discrimen cõfunditur, tamen-  
 si transfundatur in stipulationem quod ex lega-  
 to debetur. nihilominus etiam eadem manet na-  
 tura conditionalis legati, ut ad hæredem ex eo  
 nihil transeat. l. 1. §. si sub conditione. Vt legat. no.  
 cau. Vnde etiam discuti potest & solui nodus il-  
 le, qui Ciceronem torquet lib. 2. de Legib. Pecunia  
 legata erat olim onerata, & ueluti astricta  
 sumptibus sacrorum priuatorum. Astuti Iuris-  
 consulti consulebant, ut legatarius, si hoc onus  
 effugere uellet, pecuniam sibi legatam stipula-  
 retur sibi dari.

*Possunt.*) Non etiam debent. Sic enim inuito  
 legatario antè solui possunt. Ab inuito hærede  
 peti non possunt. l. si dies. Quan. dies leg. ced. A-  
 deò autem licet antè soluere, & debitum repræ-  
 sentare, ut etiam si id deinde perierit, nihilomi-  
 nus

DE CONDITIONIB. 165

nus liberatio contingat. l. si pecuniam. De solut. l. eū qui rogatus. De annu. lega. Quòd si creditor morosus oblatā ante diē pecuniam recipere recuset ( quanquam id rarum sit ) satis erit eam consignatam deponere. l. acceptam. C. de usur. l. obfignatione. C. de solut. Porrò autem ut ante diem rectè potest solui quod in diem debetur: sic etiam quod antè solutū per errorem fuerit, repeti non potest. l. in diem. De cond. ind.

*Quia certum est ea debitum iri.* ) Nō dixit, DEBERI, quia adhuc subest tacita illa conditio, SI ADEATUR HÆREDITAS. Sic apud Pomponium. l. si Titio. §. quædā. Quan. dies lega. ced. Labeo loquēs de legato in diem: Id ( inquit ) ad hæredem legatarij transit, quòd certum sit, debitum iri, si ad eatur hæreditas. Paulus quoque ait, certum esse hærede existente debitum iri. l. si dies. §. ult. illo tit. In contractibus & stipulationibus in diem, simpliciter dicimus deberi statim atq; dies cessit. nullū enim amplius subest in ijs periculum. Sed quia nihil eorū quæ testamento scripta sunt ualet, nisi si ex eo ad eatur hæreditas: non ita possumus esse antea certi, neque certò dicere, debitum esse, quod in eo relictum est. Cedere tamen dicitur dies legati à morte testatoris, licet adhuc fieri possit ut nō omnino debeat quod relictū est: nempe, si non adiretur hæreditas. Legati in diem ususfructus ne quidem adita iam hæreditate diem cedere antea diximus, sed tum demum cum dies ueniet.

*Dies incertus.* ) Antequam diem incertum, uel cum die certo, uel cum conditione committamus, monendi sumus, diem incertum uariè dici

& accipi. Interdum incertus est omnimodo, cum omnimodo incertum est non modò quâdo fiet, sed etiam an aliquando fiet. Hic cum die certo nihil habet commune, sed pro cōditione haberi solet. Sic accipimus quod Papinianus ait, l. 74. dies. De condit. & dem. Diem incertum conditionem in testamento facere. Paulus l. si dies. Quan. dies leg. ced. Si (inquit) dies certus sit, statim cedit, quamuis nondum uenerit. At si incertus, ueluti CVM MAGISTRATVM INIERIT, CVM ALIQVID FECERIT, nisi tēporis conditio obringit, neq; res pertinere, neq; dies legati cedere potest. Hinc etiã descendit discrimen, quod Vlpianus l. stipulatio ista habere. §. inter. De uerb. obli. notat inter diē certā & incertā, & huius formulā eandē propè esse, quæ cōditionis est. Nam diei incertæ formulam proponit, SI ALIQVID FIAT, aut, CVM ALIQVID FIET. Apertius etiam Pomponius l. si Titio. Quando dies lega. ced. Nihil interest (inquit) utrum scribatur, CVM QVATVORDECIM ANNORVM FACTVS ERIT, uel, SI ANNORVM QVATVORDECIM FACTVS ERIT. Priore enim scriptura per tempus conditio demonstratur: sequente, per conditionem tempus. utrobique autem eandem conditionem esse. Aliquando incertus etiam dies dicitur, cum certum quidem est factum iri aliquando, nec dubitatur an fiet: sed incertum est, quando fiet. An is pro conditione habeatur, uel pro die certo, dici in uniuersum uix potest, nisi si distinctionem quandam prius adhibeamus. Si ita est incertum quando fiet, ut etiam incertum sit an uiuo legatario fiet, cōditionis loco habetur: & à die certo differt, ut in exemplo quod

quod hîc proponitur, *LEGO TITIO CENTVM CVM MORIETVR HAERES*: certû est, aliquando moriturum hæredem: sed ita incertum est, quando morietur, ut etiam incertum sit, an uiuo legatario morietur. Tale itaque legatum erit conditionale, ut ad legatarij prius morientis hæredem non transmittatur. Cæterum quia spes cõtractus stipulationis ue conditionalis ad hæredem transit, non secus atque si iam dies celsisset: in stipulationib. non ita distinguimus, an certum uel incertû fuerit, uiuo adhuc stipulatore fore uel factû iri: & interea non habetur pro conditione dies, cum certum est factum iri, licet incertû sit quando fiet. Parum enim tum interest, quâdo fiat. Itaque rectè quidem Pomponius l. sub conditione. De cõd. indeb. dixit, sub cõditione debitum, per errorem solutum, pendente conditione repeti posse: cõditione uerò existente, nõ posse: ut quod sub incerta die debebatur, antè solutum non repetitur die existente. Sed rectè etiam Ulpianus subiecit: Nam & si *CVM MORIAR* dare promisero, & antè soluam, repetere non possum. Nõ posse id repeti etiam die nõ existente, quamuis posse Pomponius significet, si dies omnino incerta esset, uel inde intelligi potest, quòd subijcit, non posse repeti quod sub conditione, quæ omnino extatura est, debetur. ut itaq; satis est ad impediendam repetitionem, si certum sit conditionem euenturam: sic erit satis, certum esse, diem uenturum, etiam si incertum sit, quando: nec in contractibus quærimus, an uiuo stipulatore certum sit uenturum, uel incertum: quod in legatis distinguimus, propter diuersam rationem transmittendi



di ad hæredem legati. Si certum sit non modò ali quando factum iri, sed uiuo etiam legatario id fore, etiam si alioqui sit incertũ, quando: talis dies etiã in legatis pro certo magis habebitur, quàm pro incerto: nullo autem modo pro conditione habebitur. Itaque nec impedit transmissionem. Id ex Scæuola satis intelligi potest. Instituo te hæredẽ, & SI HAERES NON ERIS, lego tibi centum. Legatum debetur, si decesseris non adita hæreditate. l. ult. Quã. dies leg. ced. Nempe, certum est uiuo te legatario factum illud iri: quia saltem cum incipis mori, id fiat, & conditio eueniat. Eadem ratio est & si legatum sit Titio, CVM MORIETVR. Quia enim uiuens mori dicitur, certum esse dicimus eo uiuo id fieri. Hanc conditionem CVM MORIAR, uitæ tempus complecti ait Vlpianus l. 18. qui duos. §. 1. De manu. testa. quanquam fateatur in hoc legato, CVM MORIAR, LIBER ESTO, ut sustineatur uerba sic interpretari, benignius esse, ut post mortem meam reliquisse libertatem uidear. Nam si de uitæ tempore acciperentur, necesse esset liberũ fieri uiuo testatore. Id autẽ testatorẽ noluisse apparet. Vnde periculũ esset, ne legatũ fieret inutile. Aulus Gellius lib. vi. cap. xiii. narrat maximos philosophos ualde laborasse in hac quæstione, quãdo moriẽs moreretur, an cũ iam in morte esset, an uerò tũ cũ in uita adhuc esset. Sed nostrorũ Iuriscõsultorũ hac de re non obscura est sentẽtia. Illud itaq; hĩc statuiamus, legatum, CVM MORIETVR HAERES, esse cõditionale. at legatũ, CVM MORIETVR LEGATARIVS, nõ esse: quã quãdocũq; morietur, uiuẽs mori intelligatur. l. hæres meus. De cõd. l. 4. Quã. dies lega. ced. l. si pecuniã. §. quod ita. De leg. 2.

Inest

*inest conditio, &c.*) Sed & dies interdum tacite inesse intelligitur, saltem ad differendam petitionem, uel ex natura rei quæ dari debet, uel ratione loci adiecti, uel denique ex uerisimili mente testatoris, & huius uoluntatis coniectura. Paulus l. 73. interdum. De uerb. obli. Interdum (inquit) pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit. ueluti si id quod in utero sit, aut fructus futuros, aut domum ædificari stipulatus sit. Tunc enim incipit actio, cum ea res per rerum naturam præstari potest. Sed & cum legatum aut fideicommissum ita relictum est, ut testator uelle se dixerit id seruari alicui filiofa. cui relinquitur, aut ad eum peruenire, intelligitur inesse tempus, quo uel sui iuris erit, uel eius pater morietur. l. filium. De auro & arg. leg. l. ubi. Ad Trebell. l. fideicommiss. §. si filio. De leg. 3. l. epistolam. §. mulier. Ad Treb.

*De conditionibus tacitis. CAP. IIII.*

**N**unc de conditionibus, quæ tacite inesse dicuntur, dicturus, illud lubenter profiteor, quod Paulus l. 126. si ita stipulatus. §. Chrysogonus. ad si. De uerb. oblig. ait, plerumque in stipulationibus uerba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda esse: raro autem, inesse tempus uel conditionem ex eo, quod agi apparebit, intelligendum esse. Et quidem tanto etiam minus temere conditionem quam tempus inesse intelligimus, quia hæc quam illud magis noceat, præsertim si ex uoluntate aut testamento, non autem extrinsecus prouenire intelligatur. hæc enim demum ueram uim conditionis obtinet, & impedit ne dies statim omnino cedat, ne uel legatum ita relictum interea transmittatur. Sed multæ sunt tamen sæpe

coniecturæ, quæ nos ad talé ( ut ita loquar ) præ-  
 sumptionem impellant. Vlpianus hîc proponit  
 tria exempla conditionum, quas inesse ait. Sed  
 priores duę ex natura ipsius rei proueniunt: quę  
 propriè conditiones non sunt, neque uim obti-  
 nent conditionum, saltem quod ad impediend-  
 am transmissionem attinet. Illud tamen non i-  
 gnoro, neque dissimulo, legatum fructuum na-  
 sciturorum habere hanc conditionem, *SI PROXI-  
 MO ANNO NASCENTVR*, sic ut eius anni sterilitas,  
 si nulla hæredis culpa sit, reddat hoc legatum ina-  
 ne, utpote defectum conditione. Sed si fructus  
 nascituri legentur adiecto certo pondere, nume-  
 ro uel mensura, non ita statim euanescere pro-  
 pter anni unius sterilitatem, sed alterius prouen-  
 tum expectari. Quod & de stipulatione dicitur, l.  
 inter stipulantem. §. pro quo illud. De uerb. obli.  
 Nempe, quòd tum sit obligatio magis in diem,  
 quàm sub ulla cõditione. Tertia conditionis ta-  
 citæ species, quam hîc Vlpianus proponit, pro-  
 uenit quidè ex uoluntate & testamento, sed ma-  
 gis expressa uidetur quàm tacita. Certè his uer-  
 bis, *LEGO STICHVM, QVI MEVS ERIT CVM MO-  
 RIAR*, conditionem injici legato: & talem sermo-  
 nem pro conditione accipiendum esse: & uerò  
 conditionem esse, non secus atque si dictũ esset,  
*SI MEVS ERIT*, alijs locis responsum est, l. 6. Sti-  
 chum qui meus erit. De leg. i. l. 85. nuper. De leg.  
 3. Ut autem redeam ad priora duo exempla: cum  
 legamus aut promittimus partum nasciturum,  
 aut fructus nascituros: ex natura ipsius rei condi-  
 tionem & tempus inesse, neque tam ex testamẽ-  
 to quàm extrinsecus prouenire constat: ut nihi-  
 lominus

lominus dies statim cedat: neque interea impe-  
 diatur transmissio. Inquit Papinianus, l. condi-  
 tiones extrinsecus. De condit. Conditiones ex-  
 trinsecus, nō ex testamēto uenientes, id est, quę  
 tacitē inesse uidentur, non faciunt legata condi-  
 tionalia. Illud ipsum alio deinde explicans loco,  
 exempla etiam, quę hīc proponuntur, proponit,  
 l. 12. cum illud. §. hāres. *Quan. dies lega. ced.* Ait  
 tacitē cōditionem inseri, cum ita legatur, *QVOD*  
*EX ARESCVSA NATVM ERIT, uel, FRVCTVS QVI*  
*IN ILLO FVNDQ NASCENTVR.* Si tamen medio  
 tempore legatarius moriatur, & postea partus e-  
 datur, uel fructus proueniant: hāredem legata-  
 rij petitionem habere. Namque diem legati, cui  
 conditio nō ascribitur, quamuis extrinsecus ex-  
 pectanda sit, cedere. Sic etiam Paulus, l. quod pu-  
 rē. *Quan. dies lega. ced. ait,* magis moram quā  
 conditionem legato iniectam uideri, cum extrin-  
 secus suspenditur legatum, non ex ipso testamē-  
 to: propterea quę licet antē decedat legatarius, ad  
 hāredem transmittere legatum. Atque eius qui-  
 dem rei exemplum hoc proponit: Si rem dotale  
 maritus legauerit extero, & uxori aliquam pro  
 dotali re pecuniam: extrinsecus & ex ipso iure  
 habet uxor electionem, utrum dotem an legatū  
 malit. Inest itaque huic rei dotalis legato condi-  
 tio hęc, *SI Vxor eligat aliud legatvm.*  
 Quid igitur, si deliberante uxore de electione do-  
 tis, decesserit legatarius, & deinde legatum elege-  
 rit mulier? responsum est, ad hāredem legatarij  
 transire legatum. Huc quoque pertinet, quod Iu-  
 lianus ait l. 21. De condit. ait, Multum interesse,  
 conditio facti an iuris sit. Conditionem iuris uo-  
 cat,

cat, quæ ipso iure inest: Facti uerò, quæ prouenit ex uoluntate, non extrinsecus. Illa propriè conditio non est, si uim conditionum spectes. Hæc uerò propriè conditio est, & conditionis uim habet ad differendam uel suspendendam obligationem, quæ alioqui præsens esset, si solum ius spectaremus. Sed & si illa exprimat, quæ & alioqui inerat ipso iure, uim conditionis magis non habet. Ulpianus: Hæc (inquit) uerba testatoris *SI HAERES ERIT TITIVS*, uel, *SI HAEREDITATEM ADIERIT*, subiectum legatum uel fideicommissum non faciunt cōditionale. l. 3. De leg. 1. Et Pomponius l. 22. si Titio. §. quædam. Quando dies leg. ced. Quædam (inquit) conditiones etiam superuacuae sunt: uelut *SI TITIVS HAEREDITATEM MEAM ADIERIT*, *MAEUIO DECEM DATO*. Nam pro non scripta etiam conditione esse, ut omnino ad hæredem Mæuij legatū trāseat, etiam si Mæuius ante aditā hæreditatē decessit.

Denique huc pertinet quod Hermogenianus l. 12. uerba. De cōd. instit. ait, hec uerba: *SI VOLET TITIVS, HAERES ESTO*, in uoluntaria hæredis persona conditionem non facere, & frustra addi: cū & si non fuerint addita, inuitus hæres nō efficiatur, quanquam in necessario faciant conditionem. Sic & Proculus l. 69. Cornelius. De hæred. instit. ait: ea uerba in eo nō frustra adijci. neque solum figuram, sed uim quoque conditionis continere. Sed in alio hærede uoluntario esse adiectionem superuacuam. Ergo ut antea conditiones quæ ad præteritum uel præsens referuntur, quæ propriè conditiones non sunt, neque aliter nocent quàm si falsæ sint, separauimus: sic  
etiam

etiam nunc cōditiones iuris, & extrinsecus pro-  
 uenientes, uel ex natura rei, quæ & si non expri-  
 mantur, tacitè inesse intelliguntur: sed siue taci-  
 tæ, siue expressæ sint, uim conditionis non obti-  
 nent, separemus ab alijs conditionibus, quæ fa-  
 cti esse dicuntur, & ex hominum uoluntate de-  
 scendūt, ut quæ alioqui obligatio ipso iure præ-  
 sens erat, per eas differatur atq; suspendatur. Hæ  
 autem sæpius exprimuntur. Interdum etiam etsi  
 expressæ omnino non sint, tacitè tamē inesse in-  
 telliguntur ex coniectura uoluntatis: non modò  
 ubi quædam uerba sunt, quæ eò pertineant: sed  
 etiam ubi nulla uerba sunt. In exēplo quod hic  
 proponitur, *STICHVM QVEM ALII NON LEGA-  
 VERO, TIBI LEGO*, conditionem inesse, perinde  
 atque si dictum esset, *SI ALII EVM NON LEGA-  
 VERO*, mirum non est. Nam & uerba id ipsum sa-  
 tis significare, dictum est. Si quod purè quis lega-  
 uit, sub conditione adimat, uidetur tacitè rursus  
 legasse sub contraria conditione. ut si adimat, *SI  
 NAVIS EX ASIA NON VENERIT*, uidetur legas-  
 se, *SI VENERIT*. l. quod purè. Quā. dies lega. ced.  
 l. si legatum purè. l. legata inutiliter. De adi. lega.  
 Hæc contraria conditio tacita est, & uim condi-  
 tionis habet. Descendit enim ex uoluntate. Sed  
 tam tacita tamen non est, quin uerba ademptio-  
 nis eam includant, & significēt satis. Si quod pu-  
 rè mihi debes, meo iussu promittas sub conditio-  
 ne alteri stipulanti: uideor contrariā conditionē  
 tacitè iniicere obligationi alioqui puræ, qua mi-  
 hi teneris: ut ipse interea non possim ex ea age-  
 re. l. 36. pecuniam. Si cer. pet. Quanquam non idē  
 dicatur, si quod mihi debes, tibi sub cōditione le-  
 gauero.

gauero. Manet enim purum interea debitum, & hæres id exigere interea potest, saltem præstita cautione. l. quod purè. De except. doli. Cæterum est, ubi nulla uerborum uel aut significatione adducti, sed sola uoluntatis tacite coniectura comoti, conditione inesse intelligamus donationi, uel legato purè alioqui concepto. Cuius rei non possunt illu- strius adferre exemplum, quam quod postea ex Papinia- no propositum est in hoc tractatu. l. 106. quum auus. De condit. In conditionibus testamentorum uolun- tatem potius quam uerba considerare nos oportere, dixit antea Papinianus. Sed & Ulpianus l. in conditionibus. De condit. In conditionibus (inquit) primum locum uoluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones. Et alio loco, l. ex facto. §. rerum. De hæred. instit. Voluntas (inquit) defuncti totum facit. nam quid senserit, spectandum est. Sed uoluntatem non modò uerba significat: sed ijs quoque deficientibus, multæ nobis conie- cturæ indicat. Ex his illam ueluti abditam elice- re, & latentem rectè peruestigare, magnæ prudè- tiæ est, singularisque iudicij. Papinianus uerò in hoc genere excelluit, & præcipuè secutus pieta- tis coniecturas est. Nam & uim τῶν παρρησιῶν φρονήσας sentiebat, & ea in parte perniciose errari non posse intelligebat. Neque modò in testamentis, sed & in pactis & stipulationibus in ea hæsit. Cum ali- quando pater, qui dotem pro filia promiserat, pactus esset cum genero, ut filia in matrimonio sine liberis defuncta, post mortem suam, portio do- tis apud fratrem hæredem suum maneret, hoc est, ab eo non peteretur: & deinde liberos suscepisset, quos hæredes reliquit: respondit Papinianus, ijs  
quos

quoque profuturam pactionem, l. tale pactum. §. ult. De pact. Nam & si uerba fratrem spectent: uoluntatē tamen pacifcentis, ut hæredi consulere-  
 tur, fuisse: neque intelligi uoluisse, filium fratri  
 posthabere. Sed quia filium non habebat, nec ha-  
 bere sperabat, in fratrem suum uideri iudicium  
 supremum tunc contulisse. Inest itaque & illa ta-  
 cita cōditio, SI LIBEROS NON SUSCEPERO. Nā  
 pietas non patitur, ut hos, si nascantur, à patre ne-  
 glectos, desertos, & alijs posthabitos existime-  
 mus. Eadem est ratio in proposito. Rogo, ut post  
 mortem suam filius fratri suo restituat fideicom-  
 missum. Papinianus respondit, conditionem de-  
 fecisse relictis liberis superstitibus. Sed quam cō-  
 ditionem? Nullam enim uerba fideicōmissi præ-  
 ferunt. Sentit tamē hanc inesse, SI SINE LIBE-  
 RIS MORIARIS. Si liberi iam tum nati fuissent,  
 & testator sciens prudens ijs præteritis, fideicō-  
 missum alteri purē omnino reliquisset, non esset  
 coniecturis in re manifesta locus, quibus illi præ-  
 lati nihilominus fideicommissario intelligātur.  
 ut respōsum est, militem, cuius solam sequimur  
 uoluntatem, si scit se filium habere, & alium ta-  
 men scribat hæredem, uideri filium quem sciens  
 præterit, exheredasse: non etiam, si eum habere  
 se nesciret. l. sicut certi. C. de test. mili. At nos hīc  
 loquimur de liberis, qui quo tempore fideicom-  
 missum relinquebatur, nōdum nati erant: ut pro-  
 pterea de ijs nihil dictum à testatore sit, de qui-  
 bus si cogitasset, nequaquam ijs præteritis fidei-  
 commissum alteri ita reliquisset. Non est uerifi-  
 mile, quòd impium & inhumanum esset, nos al-  
 terum filium ditare uelle, & alterius infœlices li-  
 beros



beros portione quoque paterna fraudare. Nam & amat nepotes suos auus, ut filios pater. Et si alteri filio tantum tribuo, ut quandiu uiuat, portione eum sua frui uelim: licet eum rogem, ut de cedens fratri, qui superstes erit, restituat: tamen palàm est, me eum hac in re fideicommissario illi præferre. Cur igitur & eius liberos, quibus eadè pietas debetur, eadem in re non intelligar prætulisse? Si eorum mentionem nõ feci, factum id est, quòd nati non essent, neq; nascituros putarem. Igitur huic fideicommissio inerit tacita hæc conditio, *SE SINE LIBERIS MORIARIS*. Hanc enim pietas ipsa dicitur, & talem fuisse testatoris uoluntatem monet. Si quis adhuc uiuens rogatus simpliciter esset, alteri restituere præscripto die certa quædam prædia, posset testator maiore fideicommissario, quàm eius què fideicommissio grauatur, eius uel hæredum, rationem habuisse uideri, *l. liberto. §. ulti. De annu. lega.* Propterea què & si is qui fideicommissio est oneratus, relictis liberis decedat ante diem, non impediatur restitutio fideicommissi. Sed in specie quam Papinianus tractat, omnia concurrunt, quæ moneant, testatorem in primis consulere uoluisse illi, quem, si moriatur, onerat fideicommissio: & per consequens eius liberos etiam cõplecti, præsertim cum id illi tantum dedit, quod naturali æquitate & legitima ratione deberi uidebatur: & filiorum cõditionem exequari debere, sæpe traditum sit. Quid multis? Pietatis coniectura, quã hinc secutus Papinianus est, ualde nostro deinde Iustiniano placuit. *l. cum acutissimi. C. de fideicom.* Illud nunc queritur, qui nam liberi hac conditione comprehensi intelligantur.

bitum, ut in eius locum succedat. Nunc ergo intelligimus, quo tempore tollatur actio hypothecaria, & quando sit annorum 30, quando 40. Iustinianus in alia postea constitutione simpliciter dixit, hypothecariam actionem annis 40 durare. l. 1. §. 1. C. de anna. except. Sed adhibenda est, quam iam dixi, & prius ille tradiderat, distinctio. In Græcis Collectaneis Suidæ, ubi describitur Priscus ille Emesenus, qui tempore Iustiniani falsarius insignis fuit, scriptum etiam est, legem tunc fuisse, quæ annis quadraginta hypothecarias omnes actiones excluderet, alias uerò annis triginta. Sed ab Iustiniano impetrasse quosdam ecclesiæ Emesenæ procuratores, ut ad annos centum in eius causa producerentur. Cuius constitutionis memoria pertinet ad l. ult. C. de sacrosancta Eccles.

Porro ut inuito creditore superioribus modis hypotheca tollitur, manente etiam obligatione principali: sic & plerunque ex mera eius uoluntate finitur. Dixi antea, sola conuentione contra hi pignus. Inde quoque intelligi potest, solo consensu remitti & tolli. Atque, ut dixi tacito etiam consensu constitui, sic & euerri posse dicendum est. Si creditor chirographum reddat debitori, uel legat: censetur obligationem, quæ eo continetur, remittere. l. 2. De pact. l. 3. De liber. lega. & ex consequenti colligemus, hypothecam simul esse remissam. Si pignus debitori reddat creditor, ius quoque pignoris remittere intelligitur, non etiam principalem obligationem. l. 3. De pact. l. 7. C. de remis. pign. quanquam si pignus ei legat, interdum & debitum principale legare intel-

ligatur, ut & liberatio & luitio legata uideatur.  
 l. 1. De liber. lega. Sed utroque casu pendet ex con-  
 iectura uoluntatis, an cum pignore intelligatur  
 remitti debitum. Si creditore consentiente de-  
 bitor rem pigneratam uēdat, uel alienet, pignus  
 quoque remissum creditur. l. 4. 7. 8 & 10. Quib.  
 mod. pign. sol. l. 2. C. de remis. pign. Nam quor-  
 sum alioqui interuenit eius consensus? Consen-  
 sisse autem tacitè intelligitur, taciteque propte-  
 rea pignus remittere, si illius uenditionis tabu-  
 lis sciens prudensque subscribat. l. 8. §. non uide-  
 tur. Quib. mod. pig. sol. Nam & si pater rem filij  
 obligaret, filiusque conuentioni subscriberet,  
 consentire, & tali suo consensu pignus confirma-  
 re intelligitur. l. 26. §. 1. De pignorib. Si quis ta-  
 men subscriberet, ut alius quiuis, ueluti ut testis  
 quilibet, alia esset interpretatio. l. 39. De pign. act.  
 l. Titia. §. Lucia. De lega. 2. Sed quid si creditor  
 tantum præsens fuerit, cum res abalienatur, uel  
 eam abalienari sciuerit, & tacuerit? Certè si  
 manumittatur seruus pignori datus, creditor,  
 qui id sciens patitur, pignus remittere uidetur.  
 l. 1. C. remis. pign. Sed si uendatur, sola credito-  
 ris præsentia pro consensu non habebitur, qui  
 quidem ad remissionem pignoris ualeat. d. l. 8. §.  
 nō uidetur: nisi si res publicè tâquâ sub hasta uæ-  
 niret, & creditor publico progrâmate admoni-  
 tus tacuerit. l. si eo tempore. l. si hypothecas. C. de  
 remis. pig. Deniq; si debitor duobus, quib. rem  
 obligauerat, eâ simul uēdiderit: pignus planè dis-  
 solui respōsum est. l. 9. Quib. mod. pig. sol. Quid  
 ita? Pro qua parte qs emit, pignus suū cōfundit.  
 Pro qua parte alter emit, socius cōsentiendo id a-  
 mittit.

mittit. Sic partim alter alteri intelligitur hic remississe pignus: partim acquisitione domini confudisse: ut intelligamus in ea specie duos concurrere finiendi pignoris modos. Quod profecto dignum est obseruatione. Porro ut suo uel tacito consensu, sic & ex delicto interdum pignoris ius amittit creditor: ut si ancilla pignerata turpiter abuteretur. l. 24. §. ult. De pigne. act. l. fœdissima. C. de postlim. Atque hæc olim causa etiam fuit, cur Senatus Ro. ueruerit filiosfa. creditoribus nexos oppignerari.

Non potest omnino cogere creditor debitorem, ut pignus luat, nisi quatenus eum cogere ad soluendum, quod debetur, potest: sed cogi aliquis ad pignus luendum aliunde potest. Si enim pro alio rem meam obligauero, tandem agere poterò: ut eam luat, sicuti & si pro eo fideiussero, ut me liberet. l. 38. Mand. Vel si tibi ré cõmodauit, ut pignori dares tuo creditori: omnino teneris re pignerare, hoc est, luere. l. 5. §. nũc uidédũ. Cõmo. Sed & heres plerũq; tenetur ré legatã, si pignori obligata sit, liberare. l. si res. De leg. 1. l. 66. §. fundo. De leg. 2. l. prædia. C. de fideic. l. qui post. C. de testa. Sed potest nec semper, si uelit, rem liberare, qui eam obligauit? An hæc facultas luitionis, si creditor dominium non impetrarit, nullo tempore circumscribitur? Fuit hac de re uetus inter nostros interpretes Iuris controuersia. Sed nihil est causæ, cur tempore adimi finiriq; hanc facultatem existimemus. Nam neque pecuniam semper habet debitor, quam soluat: nihil ut illi imputandum sit, si diutius cesset, præsertim cum creditor non urget. Neque possidete creditore, rem

propterea suam amittere debet, cum etiam alienam usucapere eo possidente posset. Denique ut creditor rem sibi non usucapit, sic multa temporis præscriptione eius liberationem impedire potest. Ius offerendi, quod posteriori creditori datur, ut in prioris locum succedat, non nisi ad summum annis quadraginta durare uoluit Iustinianus, ut paulo antè dixi. Sed ius luendi pignoris, quod ipsi debitori, qui rem pignori dedit, aut eius hæredi competit, iisdem cancellis non includit. Ceterum ubi dissolutum est pignus, & actio pigneraticia ad id repetendum nata est, fatemur hanc actionem longissimo deinde tempore tolli posse. Non excludi præscriptione longi temporis, indicat Diocletianus l. neque. C. de pigner. act. Sed postea introducta (ut dixi) est longissimi temporis præscriptio. Verum antequam actio aliqua nata sit, finire tempore non potest.

*De pigneraticia actione. CAP. XXI.*

**D**issoluto pignore tenetur creditor debitori pignus restituere. Ob chirographariam pecuniam adhuc retineri illud posse, supra dixi, ubi & alias retentionis causas exposui. Sed alioqui restitutio necessaria est. Obligatio autè, qua creditor tenetur rem reddere, re cõtrahi dicitur, quòd nulla esse possit, nisi si rem creditor receperit. Personalis tamen est: ex eaque descendit actio, quæ Pigneraticia appellatur, & in creditorè eius' ue hæredem datur, non etiam aduersus aliù rei possessorem. l. ulti. C. de distract. pign. Ac si quidè abs creditore accepissem pignori pignus, quia eius creditoris loco esse uidear: non minus quàm is, tenerer pigneraticia. Sed si alio titulo ré  
pos-

possiderem, non idem esset dicendum. Sanè in-  
 terdum, antequam etiam quod debetur persolu-  
 tum sit, tamen pigneraticia cõpetit: ueluti si cre-  
 ditor pignore abutatur, & debitor, quod sua in-  
 terest, persequatur. l. ult. De pigner. act. Ut autè  
 hæc actio, quia personalis est, non datur contra  
 possessorem, alioqui non obligatum: sic & ei da-  
 tur, quicumque rem pignori dedit, etsi dominus  
 non sit, sed potius prædo. l. pignoris. §. si prædo.  
 De pigner. act. Sed & si pignus fuerit Prætorium,  
 non est dubium cõpetere. l. inquilino. & l. seq.  
 De damno inf. l. is cui. §. quæri poterit. Ut in pos-  
 legat. l. si pecuniam. De pigner. act. Sicuti & si  
<sup>antipignoris</sup> fuisset, hæc actio æquè daretur. Verùm  
 cum quæritur, quid in eam ueniat: & an creditor  
 non de dolo tantum, sed & de culpa condemne-  
 tur: discrimen obseruandum est. Solemus dice-  
 re, creditorem condemnari doli & culpæ nomi-  
 ne, & ut cum re fructus restituat, uel in debitum  
 imputet, non solum quos percepit, sed & quos  
 percipere potuit. Culpam autem, quam præstat,  
 estimamus ex consuetudine bonorum frugique  
 patrum. quorum exemplum in pignore tractân-  
 do creditor sequi debet. l. 5. §. 1. Commod. l. 14. De  
 pigner. act. Cæterùm si creditor in bonorũ pos-  
 sessionem missus sit, in hoc pignore non nisi do-  
 lum malum præstat. l. Prætor ait. §. est præterea.  
 De reb. auct. iudic. possid. Nam cum hoc pignus  
 ueluti inuirus accipiat, non est obligadus, ut cul-  
 pam etiam, aut negligentiam simplicem præstet.  
 Neque certè hoc meretur debitoris contumacia.  
 Quod de fructibus imputandis dictum est, nul-  
 lo modo potest habere locum, ubi est antichresis.

Tum enim usurarum loco fructus sunt creditoris, ut superius dictum est. Porro cum creditor pignus reddit, de dolo etiam debet repromittere debitori: l. 15. De pigneraticia actione. sicuti & cum emptor rem redhibet uenditori, l. redhibere. §. 1. De ædilitio edicto. Sanè interdum olim fiebat, ut debitor cum pignus daret, nominatim conueniret, ut sibi redderetur soluta pecunia. Sed hæc conuentio necessaria non est. Eius tamen meminit Ulpianus l. 4. §. 8. De doli mal. except. ubi etiam ait, si cum creditor sua culpa pignus perdidit, pecuniam petat, obijci illi posse exceptionem doli.

Ut autem diximus, debitori pigneraticiam actionem directam competere: sic & creditori contrariam dari dicimus, ut consequatur impensas, in pignoris causam factas: uel persequatur quod sua interest, quia uel alienam rem, uel uitiosam debitor pignori dedit. l. 8. 16. 22. 25. 31. De pignerat. act. Sed & si creditor, tanquam prædij tributarij, quod erat pignori datum, possessor, aliquid fisco soluerit, repetet à debitore. Ac solebant quidem creditores eo etiam nomine cum suis debitoribus pacisci, cum talia prædia pignori acciperent, ut debitores onus tributi agnoscerent & deberent. Tale pactum non imminuit ius fiscale: neque creditorem, si rem possideat, liberat: sed saltem ualet, ut ex eo debitor quoque teneatur creditorem exonerare. l. 42 & 52. §. 1. De pactis.

Ut finem aliquando faciam, illud unum postremo adiicio: quemadmodum locatori datur interdictum Saluianum, ut inquilinus cum sua  
supel-

supellectile emigrare non possit, antequam pen-  
siones habitationis causa debitas ( quarum no-  
mine supellectilem obligari diximus ) persolue-  
rit: sic inquilino, posteaquam locatori satisfe-  
cit, non solum actio pigneraticia, sed & in-  
terdictum de migrando compe-  
tit. l. 1. De migran.

FINIS.

kk 4



FRANCISCI BALDVI-  
NI IURISCONS. COMMEN-  
tarius De conditionibus.

De Conditionis uerbo. CAP. I.



Conditionis uerbum latè patet. Sic enim appellari potest cuiusque rei qualitas. sic & conditio personarum, pro earum statu dicitur. Sed & hominum patriscentium conuentiones, dicuntur conditiones. Cicero in Top. quæri ait, à Natura ne Ius profectum sit, an ab alia quasi conditione hominum, & pactione. Et lib. i. Offic. pactione & conditione res nostras fieri. Item Verr. V. conditiones pactionesque Apronij appellat. Sed & matrimonium sæpe dicitur conditio. Vnde illa uetus formula repudij, *CONDITIOE TUA NON UTAR.* Elegans, & minus tamen notum est etiam illud Senecæ, quod Augustinus laudat: Quosdam cœlibes relinquimus, quasi conditio defecerit. Frequenter etiam Iurisconsulti cõditionem appellant ipsam conuentionis qualitatem, quam & legem cõtractus sæpe uocant. Denique & quod concipitur sub conditione, cõditionem appellant. Sic exceptio dicitur conditio, l. exceptio est. De except. Sic uenditio conditionalis, uel cõditionale fideicõmissum, appellatur conditio. l. i. C. de uendit. rer. ciuil. l. i. C. de pact. Sed nos in hoc tractatu cõditionis uerbũ propriè & specialiter accipimus, sicuti & accipi sæpius solet: ut etiam discernatur à

à modo & causa. Ac interdum quidem in præteritum concipitur, uel ad præsens refertur. Sed ne ea quidem propriè apud Iurisconsultos conditio est. Quæ nam igitur? Quæ in futurum incertum confertur, ut interea suspendat quod agitur. De ea conditione nunc agere instituo.

*Quando conditio fit. CAP. II.*

**Q**uæ in præsens aut præteritum confertur, conditionis uim non habere dicitur. l. 37 & 38. Si cert. pet. l. conditio. De uerb. obl. Vnde & filiusfa. qui sub conditione incerta non rectè institueretur, institui tamen potest sub ea quæ in præsens uel præteritum cõfertur: quia nec illa conditio fit, ut ait Ulpianus l. institutio talis. ad fi. De cond. instit. Et cùm ageretur de patrono, qui haberet bonorum possessionem contra tabulas, si tantùm sub conditione institutus esset: responsum est, non uideri sub conditione institutum, si conditio in præsens uel præteritum collata sit. l. 3. §. si patronus. De bon. libert. Vnde satis intelligimus, quod sub tali cõditione agitur, purum nihilominus esse & præsens, siue in testamentis, siue in conuentionibus. quod & eleganter ostendit Ulpianus, cùm loquitur de secundo testamento, quo rumpitur prius. l. cùm in secundo. De iniusto rup. Nam si in secundo scriptus sit hæres sub cõditione ad præsens uel præteritum relata: hæc si uera sit, prius testamentum statim ruptum esse ait: si uerò non sit uera, ratum manere. Sed si sit conditio in futurum cõcepta, aliam adhibet distinctionem: nempe, ut si ea existere potuerit, quamuis non extiterit, rumpatur prius testamētum: si uerò impossibilis fuerit, pro non

scripta habeatur. Porrò & cùm de captatorijs institutionibus agitur, illustre discrimen est inter conditionem in præteritum conceptam, & eam quæ ad futurum refertur. l. illæ autem. De hered. instit. l. 1. De his quæ pro non script. hab. Nec dissimili in re reprehensus abs Ulpiano Marcellus est, quòd hoc discrimen nõ obseruaret. l. 2. De hered. instit. Huc pertinet nobile responsum Papiniani, quod in Pandectis extat in hæc uerba: Si ita stipulatus fuero, HANC SVMMAM CENTVM AVREORVM DARE SPONDES? etsi maximè ita exaudiatur ille sermo, SI MODO CENTVM AVREORVM EST: non facit conditionem hæc adiectio: quoniam si centum non sint, stipulatio nulla est. Nec placuit, instar habere conditionis sermonem, qui non ad futurum, sed ad præsens tempus refertur: etsi contrahentes rei ueritatè ignorant. l. 120. si ita stipulatus. De uerb. oblig. Satis profectò constat, talem stipulationis sermonisq; formulam non facere conditionem, ut quidem propriè conditio appellatur: sed neque uim conditionis, ad suspendendam obligationem habere posse. Verùm si hæc uerba, HANC SVMMAM CENTVM AVREORVM, ita accipiantur, SI MODO CENTVM AVREORVM SIT: saltem cõtinent quãdam ad præsens relatam conditionem: quæ si falsa sit, solet quod ita agitur, inutile facere. An igitur in proposito talis aliqua saltè inest cõditio, ut si centum non sint aurei, stipulatio nulla & inutilis planè sit? Certè Papiniani uerba id præ se ferre uidentur, ut quamuis apertè neget non inesse conditionem illam, quæ actum suspendat: tacitè tamen fateri uideatur illam saltè subesse, quæ ad præsens

præfens relata, si falsa fit, noceat. Si apertè scri-  
 pisset Papinianus illam uerborum adiectionem  
 non ita facere conditionem, ut si centū aurei non  
 sint, stipulatio nulla fit: facilius intelligeremus  
 nullam, quæ nocere possit, planè ijs inesse con-  
 ditionem, ne eam quidem quæ ad præfens refer-  
 tur. Esetque hæc profectò non absurda sentètia.  
 Nam & Africanus respondit: Si is, qui quinque  
 in arca habebat, ita legauerit, uel stipulanti pro-  
 miserit, *DECEM, QVAE IN ARCA HABEO*: ni-  
 hilominus legatum & stipulationem ualere, ut  
 quinque saltem debeantur. l. si seruus legatus. §.  
 qui quinque. De lega. 1. Tunc itaque nulla planè  
 cōditio inesse intelligitur, siue quòd ut nulla es-  
 set, magis actum esse intelligatur, & talis inter-  
 pretatio benignior fit: siue etiam quòd pecunia  
 illa nō tā ut quantitas, quàm ut certa species cor-  
 pusque arca inclusum, quale quale esset, legaba-  
 tur aut promittebatur. Multæ uerborum for-  
 mularum sunt, quæ an conditionem contineant,  
 (quod in primis tamen statuendum est) dubi-  
 tari possit. Cuius generis exemplum illustre ex-  
 tat in quodam Scauolæ responso. l. 108. à testato-  
 re. De cond. & dem. cū nempe agitur de ablati-  
 uis ( ut populariter loquar ) absolute positis.  
 quanquam ijs conditionem magis contineri, a-  
 pertè alibi respōsum sit. l. 63. facta. §. rescripto. Ad  
 Trebell. l. fideicommissa. §. cū esset. De lega. 3.  
 Sic etiam queri solet, an demonstratio conditio-  
 nem contineat. Id autem ex re præfenti & conie-  
 ctura uoluntatis statuendum est. Verborū enim  
 uis patitur, ut interpreteris uel inesse uel non  
 inesse conditionem. Si ita tibi legauero, *DECEM,*  
*QVAE*

QVAE MIHI DEBES: uideor etiam hanc conditionem ascripisse, SI EA DECEM MIHI DEBEAS: ut si non debeantur, inane sit legatum. Non enim uideor hæredē meū onerare uoluisse, ut aliquid præstaret: sed liberatione legata noluisse ut aliquid exigeret, si quid mihi deberes. At si dixerō, LEGO CENTVM, QVAE TIBI DEBEO, simplex est sine conditione demonstratio, ut etsi falsa fuerit, non noceat. l. 75. si sic. §. 1. De lega. 1. Sanè si relatiuū uerbo futuri tēporis iunctū sit, conditionem magis q̄ demonstrationem significari, sæpe respōsum est. l. 1. §. ult. De cond. & dem. l. 2. De hęred. instit. l. Stichū. De lega. 1. l. 85. nuper. De lega. 3.

De die.

CAP III.

**A**D conditionem ualde accedit dies, sicuti & modus. De modo postea dicemus: nūc de die uideamus. Et quoniā in Pandectis primū caput tituli De conditionib. hūc locum tractat: agē non recusō id sequi, & singula etiam eius capitū uerba me referre. Nam etsi eorum interpretatio interrumpat perpetuæ commentationis filum: tamen aliorum utilitati lubenter cedo. Ulpianus lib. 3. ad Q. Mutium.

Legatis quę relinquuntur, dies aut certus aut incertus, aut conditio adscribitur: aut si nihil horum factum sit, præsentia sunt, nisi si ipsa conditio insit. Cū dies certus scriptus est, quamuis dies nondum uenerit, solui tamen possunt, quia certum est ea debitum iri. Dies autem incertus est, cum ita scribitur, HAERES MEVS, CVM MORIE-  
TVR, DECEM DATO. Nam diem incertum habet mors eius. Et ideo si legatarius antè decesserit, ad hæredem eius legatum non transit: quia nō cess-  
sit

fit dies uiuo eo, quamuis certum fuerit heredem moriturum. Inest autem conditio legatis, ueluti cum ita legamus, QVOD EX ARESCVSA NATVM FVERIT, HAERES DATO. aut, FRVCTVS QVI EX EO FVNDO PERCEPTI FVERINT, HAERES DATO. aut, SERVVM, QVEM NON LEGAVERO, SEIO DATO.

*Legatis.*) Vel etiam contractibus. Sic enim horum semper causam cum ultimis uoluntatibus coniungemus atque conferemus, complexi duo illa summa capita, ad quæ ius perpetuum reuocare oportet.

*Aut conditio ascribitur.*) Ea que etiam aut certa, aut incerta. De conditione incerta, quæ an extabit, incertum est, solum hic agit Vlpianus. Ea enim sola est, quæ propriè cōditio fit, & uim conditionis habeat, & ad id quod nunc agitur, omnino pertineat. Fit tamen alijs locis sæpe etiam mentio conditionis certæ, quæ scilicet omni modo extatura est. ( sic enim eam Iurisperiti definiunt solent, & describere. ) Et hæc quidem duplex est. Vel enim diem aliquem habet, uel nullum habet. Prioris exemplum est, SI MORIERIS. Posterioris, SI DIGITO COELVM NON TETIGERIS. Itē, SI NAVIS EX ASIA VENERIT, AVT NON VENERIT. Cū certa quidem est conditio, sed diem aliquem habet, qui sit expectandus: peti ante eū nihil potest. sed quod antè fuerit ultrò per errorem solutum, nō condicetur. Sic enim Vlpianus docet, l. nam si. De cond. indeb. Si ( inquit ) CVM MORIAR, dare promisero, & antea soluiam, repetere me non posse Celsus ait: quæ sententia uera est. Huius cōditionis, quæ diem habet, non fuit opus hoc loco Vlpianū meminisse, cū diei  
satis

fatis meminisset. Ac si fortè hæc conditio differret petitionem, sit hæc dilatio ratione diei: ut si qua huius conditionis uis sit, propter diem sit. Cæterùm cum simpliciter certa est conditio, nec diem aliquem habet qui sit expectandus, conditio nullo modo esse uidetur. Nihilominus enim omnimodo præsens purumq; est quod agitur, & peti statim potest. Sic Ulpianus respondit, eum qui sub conditione, quæ omnino extatura est, stipulatur, purè stipulatum uideri. l. si pupillus. §. 1. De nouat. Et Paulus l. in illa stipulatione, Si calédis. De uerb. oblig. Cum eo (inquit) qui ita promissit, SI INTRA CALENDAS DIGITO COELVM NON TETIGERIM, agi protinus potest. Quo etiam loco docet, quid intersit inter hanc conditionem certam, & illam quæ diem habet. Nam (inquit) licet quod ad illam conditionem attinet, commissa uideatur stipulatio: dies tamé superest, isq; expectandus est: aliter, ubi nullus talis dies est. Idem Paulus l. necessariò. §. si ita. De peri. & cõm. rei uéd. Si ita (inquit) res uænierit, SIT SERVVS ILLE EMPTVS SIVE NAVIS EX ASIA VENERIT, SIVE NON VENERIT: statim perfecta est uenditio, quoniam certum sit eam esse contractam. De hac specie conditionis nullam hic mentionem fecit Ulpianus, quia nec conditio dici ullo modo possit, nec uim ullam habeat. Nihilominus enim quod agitur, omnino præsens purumque est.

*Præsentia.*) Omnimodo: non solum ut debeatur, sed etiam peti possint. Paulus l. si dies. Quando dies lega. ced. Si dies (inquit) legato apposita non est, præsens debetur: & confestim ad eum pertinet, cui datum est, Modestinus l. omnia. De lega.

lega. 2. Omnia quæ testamentis sine die uel con-  
 ditione ascribuntur, ex die aditæ hæreditatis præ-  
 stantur. quod etiam generaliter dici & de ijs po-  
 test, quæ inter uiuos aguntur. Nam & regula hæc  
 iuris perpetui est l. in omnibus. De reg. iur. In om-  
 nibus obligationibus, in quibus dies nõ ponitur,  
 præsentis die deberi. Et Ulpianus de stipulationi-  
 bus loquens, totidem propè uerbis id repetit. l.  
 eum qui calendis. §. quoties. De uerb. oblig. Quo-  
 ties (inquit) in obligationibus dies non poni-  
 tur, præsentis die pecunia debetur. Humaniter ta-  
 men aliquid temporis dari ad soluendû, dubium  
 non est. Quod dicimus (inquit Paulus) hæredẽ  
 debere statim soluere, cum aliquo temperamen-  
 to intelligendum est. nec enim cû sacco adire de-  
 bet. l. quod dicimus. De solut. Non adit hæres hæ-  
 reditatem cum sacco, quo pecuniam hæredita-  
 riam includat, & ex quo statim depromat quod  
 debetur. Neque creditor cum sacco, & hiati mar-  
 supio, adire & urgere eum debet. Cuius tempo-  
 ris autem, quòtue dierum sit hæc, uel esse debeat,  
 ciuilibus dilatio, uix certò statui debet: quanquam  
 in quibusdam speciebus expressum id sit. ut in  
 constituto, decẽ dierum: in re iudicata, quatuor  
 mensum: in restitutione dotis, unius anni. Sed  
 hæ & huius generis dilationes non efficiunt, quin  
 dies interea etiam uenisse, & præsens esse nõ mo-  
 dò obligatio, sed etiam petitio dicatur. Papinia-  
 nus l. si cum militi. §. 1. De compensat. Aliud est  
 (inquit) diem obligationis non uenisse, aliud hu-  
 manitatis gratia tempus indulgeri solutionis.  
 Atque ea quidẽ ratione probat, diem ad iudicati  
 executionem datum non impedire compensatio-  
 nem.



nem. Quo quidem etiam nomine non obstaret talis dilatio exceptioni: neque eius haberetur ratio in præscriptione longi temporis: neque qui antè ageret, incideret in pœnam eorum qui ante diem agunt.

*Nisi ipsa conditio insit.*) Exemplum cōditionis, quæ tacitè inest, paulopòst subijciet Ulpianus. quo etiam loco latius dicemus de cōditionibus tacitis, & an expressis comparandæ sint: simul & de die, qui etiam tacitè quandoque inesse intelligitur. Cuius quidem hic nullam fecit mentionē Ulpianus: quia etsi differre possit petitionē, obligationem tamen ipsam non differt ut conditio. Quanquam alio loco Ulpianus tam subtiliter & presse id non distinxerit. Nam & cùm dixisset, In omnibus obligationibus, in quibus dies nō debetur, presenti die pecuniam deberi: adiecit, Nisi si locus adiectus spacium temporis inducat, quo illò possit perueniri. Hoc quidem tempus quod tacitè inest, non secus atque si expressum esset, efficit ut antè peti non possit. sed non efficit alioquin, quin pecuniā debeatur. Reuera enim præfens nihilominus obligatio est: sed in diē differitur solutio, ut inquit Paulus l. centesimis. De uerbo. oblig.

*Cum dies certus.*) Quid si incertus? Ulpianus l. stipulatio ista habere licere. §. inter incertum. De uerb. obl. inter certā incertāq; diē discrimen hoc esse notat, quod certa die promissum, uel statim dari possit, quia totum medium tempus ad soluendum liberum promissori relinquitur. At qui promisit, SI ALIQUID FACTVM, uel, CVM ALIQUID FACTVM FVERIT: nisi cùm id factum fuerit,

telligantur. Certum est, non esse necesse, ut patri suo hæredes sint. Satis est, si fuerint superstites relictæ. l. 114. filiusfa. §. cùm quæ rogatus. De lega. 2. Et quidem ex coniectura uoluntatis hanc conditionem defecisse, uel uno filio superstite relicto, respondit Papinianus l. 100. pater. §. ita. hoc tit. Et si simul cum patre fortè perierit filius, in dubio superuixisse uideri, & conditionem hanc nõ defecisse, sed extitisse. l. 17. ex facto. §. si quis autem. ad Trebell. Sed naturalem hic filium esse necesse est, non adoptiuum. Nam ipse quoque noster Papinianus respondit, fideicommissum, SI SINE LIBERIS DECESSERIS, adoptionis commento non excludi. l. fideicommissum. De cond. & dem. Et legatum tibi relictum in tempus liberorum, nõ deberi, si filiũ adoptaris, Vlpianus ait. l. si ita quis. §. ult. De lega. 2. Sed satis ne est, naturales esse, an uerò etiam necesse sit, esse legitimos, ex iustis nẽpe nuptijs susceptos? Vlpianus narrat, nostrum Papinianum respõdisse, naturales efficere, ut hæc conditio deficiat. Mihi autẽ (inquit Vlpianus) uoluntatis quæstio uidetur esse, de quibus liberis testator senserit. & hoc ex dignitate & uoluntate & conditione eius, qui fideicommissit, accipiendum esse. l. 17. ex facto. §. si quis rogatus. ad Trebell. Si sciebat testator fideicommissarium alios suscipere non posse, aut tam humilis conditionis sit, eiusque uitæ, ut in suam familiam tam facillè nothos quàm legitimos admittat, neque sua ualde interesse putet: facillè credemus, hac cõditione etiam comprehendi naturales. Sic cum liberto suo testator legasset fundum, ita ut eius filijs post mortem suam restituere eum iussisset:

m m

filiam

filiam liberti naturalem posse fidei commissum petere, dixit Scæuola, l. 88. Lucius Titius testamento. §. ult. De lega. 2. Rationem hanc adiecit Claudius, quod appellatione filiorum continentur quoque naturales liberi in seruitute suscepti. Sed ubi non appareret hanc quoque defuncti fuisse uoluntatem, neque uel dignitati uel honori, uel familiæ conueniret talem presumi, non grauatim admitteremus de liberis legitimè susceptis conditionem fideicommissi intelligi. Nam & hi propriè filij dicèdi sunt. l. filium. De his qui sui sunt, uel alie. iur. Et ne longius probationem repetamus, Iustinianus ipse in hac re, sobolis iustæ meminit, l. generaliter. §. cum autem. ad fin. C. de institut. & substit. sub cond. fact. Idq; etiam tanto facilius intelligimus, ubi liberorum facta expressim mentio est. Satis enim superque esse uidetur, si tacitè interpretemur nihilominus cōsultum esse legitimis. Sed hæc longius à proposito nunc nostro recederent. Condiciones tacitas persequamur, & ab ultimis uoluntatibus ad ea etiam quæ inter uiuos geruntur, oculos reflectamus. Ut detur cōdictio ob causam nō secutā, nō est necesse causam illam fuisse expressam. Satis est, si tacitè etiā inesse intelligebatur. Si ab eo solo, qui dabat, cogitata esset: illi uerò qui accipit, nulla significatione communicata aut patefacta, certè inanis esset: & nihilominus pura & liberalis grauitaque donatio habebitur. l. 3. §. si quis. in fi. De cond. cau. da. l. penult. C. de cōd. ob cau. dat. Sed si ex eo quod agitur, causa quæ inest, intelligi possit, pro expressa habebitur. Si (inquit Paulus) parendi conditioni causa tibi dederō decē,  
&

& mox repudiauerō hæreditatem, possum con-  
 dicere. l. 1. §. ult. De condi. cau. dat. Nempe, satis ap-  
 paret meæ illi dationi causam hanc & conditionem  
 subesse, si hæreditatem consecutus ero. quã qui-  
 dem hæreditatem nondum uideo adijisse imple-  
 do conditionem, sed tantum effecisse ut adire  
 possim. Mihi itaque est adhuc integrum repudia-  
 re, ut non adita hæreditate condicam, quod ob  
 eam causam dedi: neque hinc interest, non potue-  
 rim an noluerim adire. l. 65. in summa. §. sed & a-  
 gere. De condi. indeb. Eodem pertinet, quod in  
 eodem tractatu conditionis ob causam sæpe in-  
 culcatur, nuptijs non secutis condici posse quod  
 dotis nomine datum est, etiam si nulla in eum ca-  
 sum expressim collata sit stipulatio dotis restitu-  
 endæ. Sanè & Ulpianus l. stipulationem. De iure  
 dot. ait: Stipulationem, quæ propter causam do-  
 tis fit, habere in se conditionem hanc, SI NUPTIAR  
 FVERINT SECVTAR: & ita demum ex ea agi pos-  
 se, quamuis nõ sit expressa cõditio, SI NUPTIAR  
 CONSTANT. Idem l. plerunq; §. si ante. illo tit. Si  
 (inquit) ante matrimonium æstimatæ res dota-  
 les sint, hæc æstimatio quasi sub conditione est.  
 Namque hanc habet conditionem, SI MATRI-  
 MONIUM FVERIT SECVTVM. Quinimo dona-  
 tiones inter spõsum & spõsam simpliciter factas,  
 intelligi sub hac conditione fieri, Constantinus  
 statuit. Paulus quoque cum generaliter tradidisset  
 conuentiones etiam tacitas ualere, adiecit, hu-  
 ius rei argumentum esse & stipulationem dotis  
 causa factam. Namq; dotem ante nuptias malè pe-  
 ti, quasi si hoc expressum fuisset, ut nuptijs non  
 secutis ipso iure euanescat stipulatio. l. 4. De pa-

ctis. Rectius fortassis & aptius dixisset cū Vlpiano, non committi hanc stipulationem conditione defectam, & qui antè agit, non modò malè agere, sed etiam nihil agere, ut loquitur Scæuola. l. 1. §. ult. quando dies ususf. lega. Sed cum res satis intelligitur, uerba subtilius captare, ne cauillari uideamur, non lubet. Si alia exempla conditionum tacitarum, quæ contractibus insunt, requiramus, multa proferri possunt. Ipse Paulus narrat, cum inter locatorem & conductorem conuenisset, ne intra tempora locationis cōductor inuitus expelleretur: alioqui pœnam ei certâ præstaret locator: idque stipulatione simpliciter cōprehensum esset: quæsitum esse, cum conductor biennij continui pensionem deinde non soluisset, an sine pœnæ metu expelli possit. Sese autem respondisse: Quamuis nihil expressum sit in pœnali stipulatione de solutione pensionû, tamen uerisimile esse, ita conuenisse de non expellendo colono intra tempora præfinita, si pensionibus paruerit, & ut oportet paruerit. l. 54. quero. §. inter. Locati. Simile & illud est, si cōuenerit, ne creditor pignus distrahat: tacitè inesse hanc conditionem, si debitor admonitus soluat. Itaque si ter ei denunciatum fuerit ut soluat, & cessauerit, creditorem rectè distrahere posse. l. 4. De pigne. act.

*De Conditionibus tacite repetitis. CAP. V.*

**P**Aulus posteaquam docuit, conuentiones etiam tacitas ualere, & exempli loco promissionem dotis proposuisset, cui cōditio hæc inest  
 SI NUPTIÆ SEQUANTVR, adiecit: Idem Iuliano placet, ex facto etiam cōsulto, cū conuenisset, ut donec usurę soluerentur, fors non peteretur:  
 &

& stipulatio purè concepta fuisset: conditionem inesse stipulationi, atq; si hoc expressum fuisset. l. 4. §. ult. De pact. Vt nobilem eum locū rectè intelligamus, in primis meminisse debemus, quod Paulus l. 134. Titia. §. idē respōdit. De verb. obli. dixit, ea quæ præfationibus conuenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita uideri. Præfationes uocat, primam illam & principalem conventionem, quæ cum suis conditionibus præscribatur prima tabularum parte, primoq; loco: Stipulationes uerò, quæ de more adijciuntur tanquam appendices, omnibus conventionibus atque cōtractibus. Ac si aliud requiramus exemplū tacite huius repetitionis, qua intelligimus cōditiones præfationibus ascriptas, in stipulatione subiecta esse repetitas, repeti etiā ex Pandectis potest, l. ult. §. ult. De rescin. uē. Sed ut ad testamenta redeamus, & de cōditionibus quæ repetitæ intelliguntur, & quas propterea inter eas quæ tacitæ insunt, referimus, dicamus, quod dicēdū superest. Iulianus l. 63. in repetēdis. De lega. 3. ait, in repetēdis legatis hæc uerba, quæ adijci solent, ITEM DARE DAMNAS ESTO, & ad conditiones & ad dies legatorum eosdem repetendos referri. Ergo si uel eidem personæ, uel ab eodē, uel eadē res iterū legetur, conditio priori legato ascripta, inesse intelligetur, tanquā repetita, huic secūdo, licet id purè uideatur repetitū. Quid si posteriori legato ascripta cōditio sit, an eadem priori uidebitur inesse? Certè Pomponius l. 54. si purè tibi. De leg. 3. Si purè (inquit) tibi legauero, deinde postea scripsero ita, HOC AMPLIUS SI NA

VIS EX ASIA VENERIT, HAERES MEVS EI FVN

DVVM DATO. uerius est eo uerbo *AMPLIUS* superiora repeti. Sed ita ne superius legatū repetitur, ut etiam eadem illi conditio ascripta uideatur? Equidem nisi si de uoluntate aliter appareret, nō existimarem. Sed conditionem prius ascriptam, in sequentibus facilius intelligi repetitam, constat. Sic etiam *Scaeuola l. 107. libertis. De condit. & dem.* Cū libertis quis legasset domum, ita ut ea de nomine nō exiret: & adiecisset, *ET EO AMPLIUS EISDEM LIBERTIS DARI VOLO FVNDVM: quæsitum* que esset, an conditio appositā, *NE DE NOMINE EXIRET*, ad sequēs quoq; legatū pertinere: respōdit, pertinere. Sed & *Papinianus l. 76. auia. illo tit. scripsit: Auia, q̄ nepotē sub cōditione emancipationis, pro parte hæredē instituerat, ita postea codicillis scripsit: HOC AMPLIUS NEPOTI MEO, QVAM QVOD EVM HAEREDEM INSTITVI, LEGO PRAEDIA ILLA.* Conditionē emancipationis repetitam uideri placet: quamuis auia nullā in legatis, ut in hereditate, substitutionem fecisset. Huc pertinet, quod cum seruus purē liber, & hæres scriptus sub conditione sit, & si hæres nō extiterit, legatum acceperit, in legato repetitam uideri conditionem, *Diuum Pium rescripsisse, Martianus ait l. 18. cum seruus. De condi. insti.* Et adijcitur, hac ratione respondisse *Papinianum*, quod iam retuli eum respondisse. Et certē *Papiniani responsum nominatim sese tuetur hoc Diui Pij rescripto.* Huc quoque referri potest, quod *Callistratus, cū seruus ita liber esse iussus esset, SI RATIONES REDDIDERIT, ei que fundū etiam dare hæres damnatus esset: respōdit, uerum esse, quod quidam putant, eandem conditionē etiam legato*

legato insertam esse. l. 71. cum seruus. De cōdi. & demon. Postremò & Paulus, cum seruo alieno fideicommissum ab uno ex hæredibus sub conditione libertatis fuisset datum, idemque seruus eidem hæredi substitutus: respondit, licet purè substitutio facta sit, tamen sub eadem conditione substitui uideri, sub qua fideicommissum meruit. l. 83. Latinus. §. ult. De leg. 2. Ex his satis intelligimus, conditionem uni legato ascriptam, in altero repetitam uideri: & ascriptam institutioni, legato inesse: uel fideicommissio adiectam, in substitutione intelligi repetitam, præsertim ubi de eadem persona agitur. Quæ quidem omnia ad caput Conditionum tacitarum, quæ etsi expressæ non sint, inesse tamè intelliguntur, reuoco. Proximū nunc illud est ut subiiciamus, quod dicitur l. 94. legatum. De cond. & dem. Legatum sub conditione relictum, si non conditio personæ cohæreat, sub eadem conditione tranlatum uideri. Agitur de legato, quod uni adimitur, & in alium transfertur: proptereaque & in tractatu de Adimendis legatis repetitum id est. Quo quidem etiam loco adijcitur exemplum conditionis, quæ quia personæ cohæreat, in translatione non intelligitur repetita: nèpe cum uxori domus legata esset, *SI LIBEROS SVSTVLERIT*. Si enim hoc legatum in alium transferatur, non uideri repetitam conditionem, quæ fuit in persona mulieris necessaria, rectè respōdit Papinianus l. legatum. sub cōditione. De adi. leg. Illud prætereundum non est, quod Caius ait, sub conditione hærede instituto, si substituiamus: nisi eandem conditionem repetamus, purè eum hæredē nos instituere intelligi. l. 73. sub conditione. De



hæred. instit. Inest substitutioni semper illa conditio, SI HAERES ILLE NON ERIT: & satis superque est, eadem legata in substitutione repetita intelligi, eademque partes, quæ erant in institutione expressæ. l. licet Imperator. De leg. 1. l. qui liberis. §. ult. De vulg. & pupil. Quorsum substitutionem alioqui purè conceptam alijs præterea tacitis repetitionib. oneraremus, & ad illud periculum rem reuocaremus, ut nullum habeat testator ex testamento hæredem? quanquam iusta ratio sit, cur antea responsum esse diximus, si seruo alieno sub conditione libertatis fideicommissum sit relictum, & idem substitutus hæredi: sub eadem conditione substitutum intelligi, sub qua erat ei relictum fideicommissum. Nã & hanc testatoris fuisse uoluntatem, satis apparet. Quid si non transferatur, sed deficiens legati conditionalis portio accrescat alteri, cui res eadem purè relicta etiam fuerat? Certè si uerbis disiuncti sint eiusdem rei legatarij, ueluti si separatim Titio totus fundus purè, & alteri sub conditione legatus sit: si alter ille ante conditionem decedat, non tenebitur eius conditione Titius. l. 29. si separatim. De condi. & demon. Suo enim iure quodam totum legatum consequitur, non ex alterius persona: magisque hic esse uidetur ius non decrescendi ( si ita loqui licet ) quàm accrescendi. Idemque tribuetur & ipsius Titij hæredi. l. 25. hæc scriptura. §. 1. De condi. & dem. Si uerò uerbis etiam coniuncti sint: deficiens portio ut cum suo onere accrescit, sic etiam suam circumferret conditionem ad eum cui accrescit: quod latius Iustinianus tractat in illa sua nobili constitutione de Caducis tollendis.

Nunc,

Nunc, ut absoluaus hoc caput de conditionibus, quæ reperitè intelliguntur, subiiciamus insignè Iaboleni responsum, quod proponitur l. 39. De condit.

Quæ conditio ad genus personarum, non ad certas & notas personas pertineat: eam existimamus totius esse testamenti, & ad omnes hæredes institutos pertinere. At quæ conditio ad certas personas accommodata fuerit, eam referre debemus ad eum duntaxat gradum, quo hæ personæ institutæ fuerunt.

Si duabus regulis, quod hîc quæritur concludamus, rationem atq; probationem ex hoc responso commodè ijs adiiciemus. Prior sit hæc: Si conditio prima testamenti parte proponatur ante omnes gradus, uel etiam postremo loco subiiciatur post omnes gradus: conditio erit totius testamenti, & ad genus personarum, omnesq; personas & omnes gradus pertinebit, non secus atque si in singulis nominatim repetita esset. ueluti si ita scriptum sit: SI NAVIS EX ASIA VENERIT, INSTITVO TITIVM ET SEIVM, HISQVE SVSTITVO SEMPRONIVM ET CAIVM, LEGOQVE TITIO CENTVM, ET SEIO DOMVM, ET HIS IN REBVS SVSTITVO SEMPRONIVM: in erit his omnibus & institutionibus & substitutionibus & legatis eadem cōditio. Idem, & multo quidem magis, si scriptum sit, INSTITVO CAIVM ET SEIVM, SVSTITVOQVE SEMPRONIVM, ET LEGO TITIO, SI NAVIS EX ASIA VENERIT. Sanè & cum scriptum esset, LEGO VSVMFRVCTVM MVLIERI ET TITIO, SI MVLIER NON NVPSERIT; responsum est, utriusq;

legatum esse conditionale. l. mulieri & Titio. De condi. & demon. quanquam mulier nubendo non dicatur conditione defecta; quia in eius persona conditio turpis sit, & contra bonos mores, proptereaque ei impunè non pareat. Atque hac quidem in re conditio bene conuenit cum exhæredatione & onere legatorum. Sic enim & qui primo loco exhæredatur, intelligitur exhæredatus ab omnibus quæ subijciuntur, gradibus tamen institutionum, tum substitutionum. l. 3. §. filius. De lib. & posthu. Et exhæredatio omnibus gradibus subiecta, ad eos omnes referri atque pertinere intelligitur. l. 1. C. de lib. Præt. De legatis ascriptis idem, & multo quidem etiam magis sentiendum esse, dubium non est. l. si plures. De leg. 3. Altera regula huius loci est. Si conditio, saltem institutionum, inter plures gradus, plures uel unius gradus personas ueluti media scribatur atque inseratur, non nisi ad præcedentes refertur: ad inferiores uerò non pertinet. Veluti, *INSTITUTIO TITIVM, SI NAVIS EX ASIA VENERIT: TITIO SVBSTITUTIO CAIVM.* Conditionem institutioni appositam, non nisi ad eam pertinere, neque in subiecta substitutione repetitam uideri constat. l. sub conditione hærede. De hæred. instit. quanquam non idem dici de conditionibus legatorum, supra dictum sit. Nam si legauero tibi domum, si Titio decem dederis, & in eodem legato simpliciter substituam tibi Sempronium: conditio in hac substitutione intelligitur repetita. l. una. §. pro secundo. C. de cad. tol. quia non modò continet fauorabilem alterius legati causam, sed & nullum circumfert testamenti subuertendi periculum. Facilius itaque in legatorum gradibus, quam institutionum, repetita condi-

conditio intelligitur. Quòd si conditio nō inter plures gradus, sed plures unius gradus personas scribatur: siue de heredibus agatur, siue de legatarijs, nō nisi ad præcedentes refertur. Vt si dictum sit, TITIVM, SI NAVIS EX ASIA VENERIT, ET SEMPRONIUM, HAEREDES INSTITVO: non erit Sempronij institutio conditionalis. Sed & cum legatum ita esset, SEIO, SI MIHI HAERES NON ERIT, ET VXORI EIVS CENTVM LEGO: Seiusque hæres extitisset, uxori nihilominus legati partem deberi, Scæuola respōdit. l. ult. §. Seio. De leg. 2. quo responso apertè significat, non fuisse, quod uxori legatum erat, sub ea conditione legatum. Exheredationis filij fa. alia ratio est. Nam sic scripta simpliciter inter plures gradus, ueluti inter institutionē & substitutionē, plures' ue unius gradus personas, ueluti inter medias hæredū institutiones, ad omnes ptinere, totūq; genus referri cōstat l. 3. §. filius. De lib. & posth. Nā qui exheredatus est medio loco inter institutionē heredis & substitutionē, ab utroq; gradu exheredatus intelligitur. Et qui exheredatus est hoc modo, INSTITVO TITIVM, FILIVM EXHAEREDO, SEMPRONIUM QVE ALTERVM HAEREDEM INSTITVO, exheredatus dicitur à toto gradu institutionis, & tã à parte Sempronij, quàm Titij. Népe uitiosa esset alioqui exheredatio, & gradum illū rumpe- ret, à quo toto facta non esset. proptereaque facilius protenditur, ut testamentum ualeat, & ne filius fa. pro præterito habeatur. Nam interea satis consultum est exheredato per querelam inofficiosi. At conditio, præsertim institutionum, quo latius patet, tãto maius habet periculum testamenti subuertendi. Itaque iusta causa est, cur  

potius

potius restringatur. Deinde cum non sit nisi quædam ueluti appendix & accessio alterius principalis uoluntatis: satis superque est, si ad eam partem principalem, quæ præcedit, referatur, ex qua sola dependere uideatur. Quòd ad onus legatorum attinet, quia cõtinet fauorabilem causam, nullum ue periculũ testamẽto inferat, facilius quoque repetitum intelligitur, et si inter plures gradus, plures ue unius gradus personas ascribatur. Paulus l. si plures. De leg. 3. ait: Si plures sint gradus hereditum, & scriptum sit, HAERES MEVS DATO, ad omnes gradus hic sermo pertinet. Itaque si quis uelit nõ omnes hæredes onerare legatorum præstatione: sed aliquos ex his nominatim damnare oportet. Et quidem legata ab hæredibus relicta, abs substitutis quoque repetita intelligi constat. l. licet Imperator. De leg. 1.

*De conditionibus personæ coherentibus, pr omiscuis, arbitrarijs. CAP. VI.*

**D**ictum est paulo antè, cõditiones quæ personæ coherent, non posse in alia persona intelligi repetitas: quod & Iustinianus dixit in tit. de cadu. Idque etiam rectè dici admonui, cum de pura translatione legati conditionalis ageretur. & exemplum hoc propositum est, *LEGO VXORI SI LIBEROS SVSTULERIT.* hæc conditio personæ coherent. l. legatum sub conditione. De adim. lega. ad alium itaque trahi non potest. Sed & cum quæritur, an conditio per alium impleri possit, intuemur, an personæ coherent. Nam generaliter ubi personæ industria electa sit, ab ea nõ receditur, quia magna inter artifices differẽtia esse dicatur. l. inter artifices. De solu. Denique interdum

terdum conditio dicitur cōherere illius personę,  
 in cuius omnino persona impleri debet. ut con-  
 ditio, *SI DEDERIS CENTVM SERVO*: non dice-  
 tur impleta, nisi ipsi seruo darum sit. l. qui hære-  
 di. l. Meuius. De cōdit. Id etiam paulo pōst latius  
 repetendum erit. Nunc transeamus ad aliam cō-  
 ditionum principalem diuisionem. Prima sem-  
 per quæstio est, an sit cōditio. Proxima uerò, quę  
 & qualis illa sit. Postremò, de eius ui & potestate  
 quæritur. Quod igitur de secundo illo capite di-  
 cendum superest, breuiter persequamur. Quę di-  
 cta sunt hætenus, propriè pertinent ad illud pri-  
 mum caput, quo quæritur, an conditio sit. Vbi  
 constat esse conditionem, siue ea sit expressa, siue  
 tacita, & quidem conditionem ad futurum rela-  
 tam esse, & quę facti sit, non iuris (hęc enim de-  
 tum propriè est conditio, ut dictum est) tum  
 antequam de natura & potestate conditionum  
 agamus, in primis hęc proponenda est principa-  
 lis diuisio cōditionum, quòd alię sint arbitrarię  
 & promiscuę, quas ipse etiam Iustinianus appel-  
 lat potestatiuas, quia esse dicuntur in potestate:  
 alię uerò fortuitę, siue nec promiscuę, quas uo-  
 cant casuales. Magnum autem & multiplex in-  
 ter eas discrimen est. Ac quidem sub finem huius  
 tractatus, ubi quæritur, an conditio existens re-  
 trotrahatur, illustre discrimè proponemus. Nunc  
 reliqua persequamur. Filiusfa. qui sub alia condi-  
 tione hæres institui non bene potest, posset sub  
 conditione planè arbitraria institui. l. 4. de hæ-  
 instit. l. ult. De cond. instit. Nam & hanc pro pura  
 haberi debere, ait Vlpianus, cum loquitur de eo  
 qui omiſsa causa testamenti, in quo scriptus est  
 hæres

hæres sub ea conditione, quæ in arbitrio eius sit, ab intestato possidet hæreditatē: ut edicto teneatur, non secus atq; si purè fuisset institutus. l. 1. §. qui sub conditione. Si quis om. cau. testa. Sanè tamen alioqui hæc conditio non ita semper habetur pro pura, ut etiam pro expleta habeatur. Quid enim? Quod sub conditione relictum est, non pertinere ad nos antequam cōditio existat, proptereaque nec ante conditionem repudiari posse, responsum generaliter est. l. 45. si ita scriptum. §. 1. De lega. 2. Nihil autem tum interessè, qualis qualis sit conditio, etsi in arbitrium collata fuerit, Vlpianus adiecit: cū doceret, hæredem institutum sub cōditione, nihil agere, si ante conditionem existentem repudiavit. l. 13. is qui hæres. De acqui. hæred. Sed tunc, sicuti & in hoc capite, non appellamus conditionem arbitrariam, quæ in arbitrium aut meram uoluntatem alicuius sic confertur, ut nullo præterea facto sit opus. Verba enim hæc, TITIVS SI VOLET, HÆRES ESTO: conditionem propriè non facere constat. l. uerba hæc. De condit. inst. l. 51. nonnunquam. De condit. Et si in alterius arbitrium ita expressim conferretur, quod alicui relinquitur, inutile esset. Sed cōditionem arbitrariã siue promiscuam nunc uocamus, quæ facillè impleri potest, quandoque eam exple re uoluerit is cui ascripta est. ut nō ita nudæ uoluntatis sit, quin factum etiam aliquod requirat. Ergo hæc uerba efficiunt conditionem, SI CAPITOLIVM ASCENDERIS, HÆRES ESTO. uel, TV MIHI HÆRES ESTO, SI TITIVS CAPITOLIVM ASCenderit, uel si sub conditione ita concepta tibi aliquid legatū sit. Quod  
 Mode-

DE CONDITIONIB. 191

Modestinus tradidit, cum doceret nō nunquam contingere, ut quædam nominatim expressa efficiât, quamuis omiſſa tacitè intelligi potuiſſent, nec tunc eſſent obſutura. Nihil quidem intereſſe uidetur, utrum *SI IN CAPITOLIVM ASCENDERIT*, an, *SI VOLVERIT*, dicas, ut inquit Vlpianus, l. 1. De leg. 2. Utrobique enim conditio eſt arbitraria. Sed hæc tamen longè magis in arbitriū collata eſt, utpote quæ à mera uoluntate pendet. Illa uerò arbitraria etiam dici poteſt: ſed tamè aliud, præter uoluntatem, quippiã requirit. Quò pertinet, quod Vlpianus ait non prius diem cedere, quàm conditio fuerit impleta: ne quidem ſi ea ſit conditio, quæ in poteſtate ſit legatarij. l. 5. §. 1. Quando dies leg. ced. Multum itaq; intereſt, cum uim & naturam utriuſque propius conferimus. Et quidem cum Vlpianus l. is qui hæres. De acq. hæred. ait, hæredem ante conditionem non poſſe repudiare, qualis qualis fuerit cōditio, etſi in arbitriū collata eſt: cōditionē arbitriã intelligimus, de qua etiã hîc p̄priè agimus, quæ nō nuda uolūtate expleatur, ſed etiã alicuius facti ſit: ueluti, *SI IN CAPITOLIVM ASCENDERIT, SI DECEM DEDERIT*. Non enim his uerbis illud ſolū cōtinetur, *SI VOLVERIT ASCENDERE, VEL DARE*: ſed etiam, *SI ASCENDERIT, SI DEDERIT*. Itaq; & q̄ ita inſtitutus hæres eſt, etſi dixerit nolſe dare, nōdum eſt omnino excluſus hæreditate: nondū enim cōſtat eum nō dediſſe, cū dare, quãdiu uiuet, poſſit: neq; prius defecta hæc cōditio dici poteſt. Ut neq; eã impleuiſſe dicetur, quid dixerit uelle ſe dare, niſi etiã dederit. Quid igitur? Tum demū ubi dederit, hoc eſt, conditionē

im-



impleuerit, rectè, si uelit, hæreditatem iam delatam repudiat, quàm adire integrum illi erat. Sed hæc alio magis suo loco diligentius excutientur. Porro ut naturam conditionis arbitrariæ & fortuitæ non eandem esse, magis etiam hîc intelligamus: si hæc conditio arbitraria, de qua nunc agimus, per aliquem casum deficiat, habetur pro impleta, præsertim si nihil est quod ei imputetur, in cuius ab initio potestatem collata erat. Sed & cum quæritur, an cōditio per alium impleri possit, magna differentia est. Postremò & ubi de tempore agitur, quo implenda cōditio sit. Nam promiscuas condiciones post mortem testatoris impleri oportere, fortuitas uerò etiam eo uiuò rectè existere constat. Et quidem illæ ab eo qui hoc sciens agit, implendæ sunt. Quod rursus dicendum erit, ubi de implendis conditionibus & defectis agemus. Illud autem prius notandum est, quasdam esse condiciones mixtas, quæ partim arbitrariæ, partim fortuitæ esse uidentur. Magis autem pro fortuitis habetur. Ut cōditio hæc, *SI NUPSERIS*. l. hæc conditio filiæ. De cond. & demon. l. si quis hæredem. C. de inst. & substit. non enim unius arbitrio, sed duorum consensu nuptiæ contrahuntur. neque semper integrum est aut maritum aut uxorem inuenire. Quærere dicit conditionem Cicero, & Liuius, cum mulier cupit nubere. Sed non statim inuenit, cum uult. Eiusdem conditionis est & hæc conditio, *SI TITIVM ADOPTAVERIS*. Itaq; si te parato adoptare, Titius se nolit arrogandum dare, conditionem pro expleta haberi, ait Iulianus, l. ii. si quis in testamento. De condit. instit. Sed & conditio dandi faciendi-

ue propter difficultatem plerunque magis habetur pro fortuita. Vlpianus l. 4. §. puto. De hæred. insti. ait: Puto rectè generaliter definiri, utrum in potestate fuerit conditio, an non fuerit, facti potestas est: uel, ut alij legunt, facti potius est. Certè hæc potestas facti est. Est igitur & huius generis quæstio magis facti quàm iuris. Ideoque in uniuersum definiri uix possit, quæ nam arbitraria sit conditio. Nam & quæ mihi erit, alteri non erit. Hæc enim res ex circumstantijs pèdet. Addit itaque Vlpianus: Potest hæc conditio, *SI ALEXANDRIAM PERVENERIT*, non esse in arbitrio propter hyemis conditionem. Potest & esse, si ei qui à primo miliario Alexandriae agat, sit interpolita. Potest & hæc, *SI TITIO DECEM DEDERIT*. Sanè & imp. Alexander, qui consilio Vlpiani utebatur, cum tradidisset, patrem iure testatù non uideri, si suum filium fa. sub conditione, quæ in eius potestate non erat, hæredè scripsit, exemplù hoc adiecit: Cum trans mare & longè te agentem, sub hac conditione hæredem scriptum esse dicas, si in patriam, quæ in prouincia Mauritanie erat, regressus fuisses: manifestum est, multis casibus non uoluntarijs, sed fortuitis euenire potuisse, ut eam implere nõ posses. l. 4. C. de inst. & sub sti. Porrò & hanc conditionem, *SI DECEM DEDERIT*. modò in potestate esse, modò non esse, sed esse in difficili, ait idem Vlpianus. Quid enim si ei ascribatur, qui decem non habet, aut commodè & facile dare non potest? Sed etsi utraque hæc conditio, *SI FECERIT*, *SI DEDERIT*, arbitraria sit, interest tamen: quod cum factù cohereat personæ, ab alio illa impleri non possit, sed neq; ul-

timo uitæ spiritū. Hęc uerò, SI DEDERIT, & ab alio expleri potest, & nouissimo quoq; tempore cum quis moritur.

De cōditione impossibili, & turpi. CAP. VII.

ULPIANVS L. III. DE CONDIT.

**O**btinuit, impossibiles conditiones testamento adscriptas, pro nullis habendas esse.

Obtinuit.) Videtur aliqua inter ueteres hac de re fuisse controuersia. Quidam enim contendebant, non minus ultimis uolūtatibus, quàm conuentionibus inter uiuos, nocere debere conditionem impossibilem. Cōtrā tamen obtinuisse, non hoc modò loco, sed sæpe etiam aliàs traditū est abs Iuriscōsultis. l. 6. §. ult. hoc tit. l. 1. l. mulier. De cond. instit. l. ab omnibus. §. 1. De leg. 1. l. Mæuia. De hæred. instit. l. 5. §. 1. Quan. dies lega. ced. Nam & ultimas uoluntates liberaliori interpretatione adiuuandas esse iudicabant: & testatorem, quod agit, magis seriò agere, & ualere id uel le uideri: denique ipsi hæredi uel legatario nihil imputari posse, si ascripta impossibilis illis conditio sit. Sanè tamé si testator possibilem esse putabat: ea tunc aliquando posset propter coniecturam uoluntatis, uitare legatum. Eoq; referunt, quòd Papinianus l. 58. seruo. De cond. ind. seruo manumisso fideicommissum ita reliquit, SI AD LIBERTATEM EX TESTAMENTO PERUENERIT. Is post acceptam sine iudice pecuniam, ingenuus pronunciatuſ est. Indebiti fideicommissi repetitio erit. Hic iudicatur fideicommissum non fuisse debitum, sed inane: quod testator illi, qui liber erat, cum eum seruū esse putaret, reliquerit sub hac conditione, si libertatem ex suo testamento con-

consequeretur. Hæc erat conditio impossibilis. Non enim qui iam liber est, libertatem rursus aliunde consequi potest. Sed testator seruum esse putabat: & conditionem, quam ascribebat, propterea esse possibilem: neque alias relicturū fuisse fideicommissum apparebat. Hoc exemplo, ex uoluntatis coniectura poterit non minus ultimis uoluntatibus quàm contractib. nocere conditio impossibilis: & in utroq; æquè genere obtinere, quod Paulus generaliter etiam respondit, libertatē inutiliter dari, si tam difficilis, imò penè impossibilis cōditio adijciatur, ut aliunde ea libertas obtingere nō possit: quia nec animus tūc fit dandæ libertatis. l. 4. §. 1. De statu lib. Sed talem animum in ijs quæ inter uiuos geruntur, facilius intelligimus, quàm in testamentis.

*Conditiones.*) Certū est hîc agi de conditionib. in futurū relatis, quia quæ in præteritū uel præsens cōcipiuntur, si sint impossibiles, nō possunt non semper statimq; nocere, quia falsæ sint, ut supra dictū est. Itē cōditiones hîc intelligūtur affirmatiuè cōceptæ. Nā impossibiles cōceptæ negatiuè nō possunt nocere, ne stipulationib. quidē. l. 7. De uerb. obl. Porro et si legatū non tã sub cōditione, q̄ sub pœnâ relinquitur: nō punietur, neq; pœnæ nomine relictū ita legatum præstabit, qui quod impossibile est nō fecit, quāuis alioqui obtinuerit, ut quod pœnæ nomine relinquitur, ualeat. Sed in pœnâ inspicimus qd possit is, à quo legatur: In cōditione uerò inspicimus qd is possit cui legatur. Si non cōditio, sed modus adijciatur impossibilis: modò nō nocet ultimis uoluntatibus, sed neq; contractib. stipulationibus ue. Si id

legetur, quod in commercio non est, neque haberi potest: non minus inane est legatum, quam si promittam id dare uel facere, quod per rerum naturam dari uel fieri non potest. Tum enim impossibilis est res ipsa, in qua consistere substantia obligationis deberet: atque ita possibilis est stipulatio, impossibile legatum. Sed nihil hoc ad conditiones.

*Impossibiles.*) Labeo & Iulianus maluerunt aliquid dicere Græcè *ἀδύνατον* conditionē. l. mulier. De condi. instit. l. ab omnibus. §. 1. De legat. 1. Sed alij Iurisconsulti impossibilem etiam Latine dici non dubitarunt. Sed neque Quintilianus ab ea uoce abhorruit. Porro impossibilem conditionem Iustinianus describit eam esse, cui natura impedimento est, quo minus existat: ueluti, *SI DIGITO COELVM TETIGERIS*. De conditione turpi, quæ etiam pro impossibili habetur, paulo post dicemus. Quid autem si tam impossibilis non sit, quam difficilis: uel illi quidem, cui ascribitur, impossibilis, quæ tamen in alio non esset impossibilis? Sanè Paulus hanc conditionem libertatis relictæ, *SI MILIES SERVVS HAEREDI DEDERIT, LIBER ESTO*, non modò ualde difficilem, sed penè impossibilem esse dixit. l. 4. §. 1. De statu lib. Cum *MILIES* dicit, ex usu linguæ Romanæ intelligimus millies centena millia nummorum sestertiorum. quæ summa excedit uicies quinque centena millia nostratium coronatorum. Vix maximi reges, si ab hoste capiantur, tantum persolvere, ut se redimant, possunt. Quomodo seruus talem summam pro libertate daret? Non magis certè posset, quam digito cælum tangere.

In

In Pandectis Florentinis legitur, SI MILIES DEDISSET. Sed librarij mendum esse uidetur, quãquam non ignorem, penè etiam impossibilem olim fuisse, seruũ esse militẽ. In uulgatis libris legitur, SI MILIA DEDERIT. Sed Haloandri lectio cõmodior uidetur: quanquã nõ tã penè impossibilis, q̃ planè impossibilis cõditio tunc dici possit. Sed qd est quod Paulus ait, ita relicta libertate inutiliter dari? Certè si scriptũ esset, CVM MILES ERIT, qui sine libertate esse nõ posset, uideretur ridiculè & inutiliter relicta libertas: quasi liber esse quis iuberetur, cum liber erit. Sed Paulus ait, quia penè esset impossibilis conditio, inutiliter relictam esse libertatem. An quæ cõditio alia legata nõ facit inutilia, faciet libertatis? Certè Paulus in ea specie loqui uidetur, in qua alioqui apparebat ludicrum esse legatũ, neq; ullum dãdæ libertatis animum domino fuisse. Sic certe & legatis nocere posse impossibilẽ cõditionem, supra dictũ est. Quod si partim possibilis, partim impossibilis conditio sit: satis erit, eam impleri pro qua parte impleri potest, ut in solidũ ualeat, quod testamẽto relictuũ est. Solet quidẽ dici, conditionẽ in solidũ explendã esse, neq; scindi posse, aut rectè pro parte expleri: quod postea suo loco excutiemus. Sed id rectè dicitur, ubi tota expleri potest. Si de stipulatione aut conuentione ageretur, non posset ea ualere, nisi quatenus expleri potest cõditio, & expletur. Sed quid mirum est, ultimis uoluntatibus non nocere: cum ne illa quidem noceat, quæ nec pro parte obseruari potest? Si tamen dubitetur, an quæ in totum expleri non potest, sed pro parte potest, pro parte

salrem implenda sit: audiendus Scæuola est l. 12. qui dotem in pecunia. De dote præleg. Qui (inquit) dotem in pecunia numerata & æstimatoris rebus acceperat, uxori ita legauit: SEIÆ VXORI MEÆ, SI OMNES RES QVÆ TABVLIS DOTALIBVS CONTINENTVR, HAEREDI MEO EXHIBERIT, TRADIDERIT: SVMMAM DOTIS, QVAM MIHI PRO EA PATER EIVS INTVLIT, DARI VOLO: HOC AMPLIVS, DECEM. Quæsitum est, cum res in dotem datæ plures ipso usu finitæ essent, nec moriente marito fuerant: an quasi sub impossibili conditione legatum datum debeatur. Respondi, uideri cōditioni paritum, si quod ex rebus in dotem datis supererat, in potestatem hæredis peruenit. Eòdem etiam pertinet l. multa. §. ult. De cond. neq; dissimulat fuisse hac quoque de re controuersiam inter ueteres Iuriconsultos. Verùm de conditionibus explendis, earumq; explendarum ratione, paulo pòst dicam. Illud nunc adijcio: conditionem, quæ ab hærede uel legatario expleri possit, etsi alioqui difficilis esse uideatur, non tamen ijs remitti, ut uel hæreditatem, uel legatum, sine cōditione expleta consequantur. Si hæres ita institutus & rogatus hæreditatem restituere, nolit cōditionem explere, quòd alteri magis quàm sibi id profuturum uideat: facilius propter difficultatem excusabitur, neque urgeri à fideicommissario poterit, ut conditionem difficilem expleat, & hæreditatē, quam restituat, adeat. Quamuis id facere compelli possit, si honesta & facilis conditio sit. l. 63. ex facto. §. si sub conditione. Ad Treb.

*Testamentis.*) Apud Iustinianum est, Institutionibus

tionibus legatis & fideicommissis. §. impossibilis. De hered. instit. Eę enim testamentorum partes sunt. Aliud dicitur de contractibus & stipulationibus, ut supra dixi, & mox dicam.

*Pro nullis habendas.* ) Alibi dicitur, haberi pro non scriptis: alibi, non nocere: item, non uitiare quod ita relinquitur. Postremò, purè relictum uideri, quod sub ijs relictum est. Sed priusquam aliò transeam: de conditionibus, quæ apponuntur cōtrahendo matrimonio uerbum unum adijciendum est. Gregorius nonus Pontif. singularem hac in re adhibuit distinctionem, cap. ult. De cond. infer. conditiones contra substantiam conjugij insertas, ueluti *SI SOBOLEM NON GENERAVERIS*, uel, *SI TE ALIIS AD QVAESTVOSAM LIBIDINEM PROSTITVAS*, uitiare totam conventionem nuptiarum. Alias uerò conditiones turpes uel impossibiles, nō nocere, sed pro non adiectis haberi propter fauorē matrimonij. Sic nuptiarum conuentio in hoc genere, modò similis est alijs stipulationibus, modò ultimis potius uoluntatibus. Cæterum honestam conditionem in cōtrahendo matrimonio appositam, prius implendam esse, & alioqui inutile esse, & nihili quod agitur, dubium nō est. Ac honestam quidem esse quoque hanc cōditionem, *SI MIHICENTVM DONAVERIS*. Sed si deinde cōcubitus accedat, detractam intelligi, tanquam nouo & præsentis consensu, qui purè interuenisset. Fuitq; hoc Alexandri tertij Pontif. decretum, cap. super. De cond. appof. neque recuso, quin iusta ratione subnixum uideatur. Posteaquam dictum est de impossibilibus conditionibus, proximum est ut



dicamus de turpibus. Nam & hæc habentur pro  
 impossibilibus, & à Prætoze remittuntur, ut etfi  
 hæres uel legatarius eas non impleuerit, nihilo-  
 minus hæreditatem uel legatum consequatur.  
 Filijfa. institutio sub cõditiõne impossibili inu-  
 tilis est, ut tamen filio non noceat. Nam is tum  
 tanquam præteritus rumpet testamentum. In  
 extraneo hærede, qui aliaratione quàm ex testa-  
 mento hæres esse non posset, talis conditiõ pro  
 nulla, uel pro non scripta haberetur, ut supra di-  
 ctum est. Sed quid si filiusfa. sit institutus sub cõ-  
 ditiõne turpi uel inhonestâ, an uidebitur sub cõ-  
 ditiõne arbitraria, sub qua rectè potest institui, in-  
 stitutus? Respõdit Papinianus, magis uideri sub  
 impossibili cõditiõne institutũ. l. 15. filius. De cõd.  
 instit. Filius (inquit) q̄ fuit in potestate, sub cõdi-  
 tiõne scriptus hæres, quã Senatus aut Princeps  
 improbauerunt, testamentũ infirmat patris, ac si  
 conditiõ non esset in eius potestate. Nam quæ fa-  
 cta lædunt pietatem, existimationem, uerecun-  
 diam nostram, & (ut generaliter dixerim) con-  
 tra bonos mores fiunt: nec facere nos posse cre-  
 dendum est. Paulus exempla subiecit l. 9. De cõd.  
 instit. Conditiones (inquit) quæ contra bo-  
 nos mores inferuntur, remittendæ sunt: ueluti,  
 Si ab hostibus patrem suum nõ redemerit, Si pa-  
 rentibus suis alimenta non præstiterit. Omitto  
 quod Scæuola aliquando respondit, conditione  
 fraudis causa ascriptam, haberi pro non ascripta.  
 l. 27. Ad leg. Falcid. Sed illud præterire non pos-  
 sum, quod Papyrius scripsit l. Imperatores. §. 1. De  
 pollicit. rescriptum esse ab Imperatoribus, condi-  
 tiones donationibus, quæ in Remp. fiunt. appo-  
 fitas,

fitas, ita demum ratas esse, si utilitatis publicæ in-  
terest. Si damnosæ sunt, obseruari non debere: &  
ideo non obseruandum esse, quòd defunctus cer-  
ta summa legata uetuit uectigal exerceri. Esse e-  
nim tolerabilia, quæ uetus consuetudo compro-  
bat. Verùm, ut hanc totam rem generaliter com-  
plectamur, commodissimum est, ut regulã à Mar-  
cello traditam proponamus, & excuriamus.

MARCELLVS L. XX. DE CONDIT.

*Non dubitamus, quin turpes conditiones remittendæ sint.  
quo in numero plerunque sint etiam iurifurandi.*

Generaliter loquitur de conditionibus turpi-  
bus, neque aliter distinguit, utrum testamentis,  
an uerò stipulationibus adscribantur. Sed locus  
ipse significat, propriè loqui de conditionibus te-  
stamentorum: neque omnino idem dici de turpi-  
bus conditionibus, quæ conuentionibus inter  
uiuos adijciuntur, constat. Nam si stipulanti pro-  
mittã decem, SI HOMINEM OCCIDERIT: ina-  
nis est promissio. Nam etsi hanc cõditionem im-  
pleuisset, quod tamen ita promissum est, peti nõ  
possit, quamuis ultrò solutum non possit condi-  
ci. Sic enim dicimus, in pari causa turpidinis me-  
liorem esse causam possidentis. Si conditio turpi-  
tudinem cõtineat ex parte solius accipientis, nõ  
modò quod ita promissum est, peti non posset,  
sed & solutũ posset condici. Quod propriè perti-  
net ad conditionem ob turpem causam. Ex quo  
etiam tractatu repetendum est, quod de modo tur-  
pi dici debet. Porrò si non sit conditio turpis, sed  
res ipsa quæ uel legatur uel promittitur: constat  
non minus legatum esse inutile, quàm inutilis  
est talis stipulatio. Martianus l. 12. si quis inquil

nos. §. ult. De leg. 1. ait: Si quis scripserit testamento fieri quod contra ius est uel bonos mores, non ualet: ueluti si quis scripserit contra legē aliquid, uel contra edictum Prætoris, uel etiam turpe aliquid. Sic Ulpianus l. 26. generaliter. De uerb. oblig. Generaliter nouimus, turpes stipulationes nullius esse momenti: & subiiciuntur hæc ex Pōponio exempla, si quis homicidium uel sacrilegium se facturum promittat: & officio quoque Prætoris contineri ait, ex huiusmodi obligationibus actiones denegare. l. 35. si stipuler. De uerb. oblig. Denique Paulus eodem loco habet, Siue natura dari fieri ue non possit, quod stipulanti promissum est, siue id leges fieri prohibeant, aut contra bonos mores sit. Sed ut ad condiciones reuertamur, illud prætereundū non est, ut remittitur turpis conditio legatario, sic etiam remitti pœnam hæredi, à quo sub pœna relictum erat, si quid probrosum aut turpe illi fuisset iniunctum. Et cum dicimus turpes condiciones remitti, intelligimus, id quod ita testamēto relictum esset, perinde deberi, atque si sub honesta conditione, quæ expleta esset, relictum fuisset. Et hac quidē de re fuit propositum quoddam Prætoris edictū, non modò de conditione iurifurandi, sed & de alia quauis turpi. l. 8. De condi. insti. l. 63. facta. §. si sub conditione. Ad Trebell. Vt meritò dictum hoc loco sit, non dubitari quin ea remittatur.

*Plerunq; .)* Nam neque in legatis perpetuum est omnino, ut conditio iurifurandi remittatur. Ulpianus enim l. 12. si quis libertatem. De manu. testa. inquit: Si quis libertatem sub iurifurandi conditione reliquerit, edicto Prætoris locus nō erit,

erit, ut iurisiurandi conditio remittatur: & merito. Nam si quis remiserit conditionem libertatis, ipsam libertatem impedit: dum competere aliter non possit, quam si paritum fuerit conditioni. Proinde & si quis cum libertate legatum acceperit, non aliter legatum habebit, nisi conditioni iurisiurandi paruerit. Sed si purè libertatem acceperit, legatum sub iurisiurandi conditione putat Iulianus remitti illi conditionem iurisiurandi. Hæc ille. Sed nondum explicata uidetur ratio huius singularis iuris, cur legata libertate conditio iurisiurandi nõ remittatur. Nam quo fauorabilius est hoc legatum, tanto magis illa remittenda uidetur. Certè plus aliquid tum remittitur, ut fauori libertatis semper consuli intelligamus. Nã Iulianus ait l. 13. si quis ita. §. si quis ita. De statu libe. Qui ita liber esse iussus est, *SI IURAVERIT SE CAPITOLIUM ASCENSURUM*: cõfestim ut iurauerit, quãuis Capitolium non ascenderit, liber erit. Sic iurando seruum implere conditionem ait Paulus l. 36. seruum testamento. De manu. testa. Id uerò graue non est, præsertim seruo, & est expeditius faciliusque quàm remissio iureiurando, re ipsa facere uel dare, & ita explere conditionem: quam quidem implere deberet alius hæres aut legatarius, cui quid ita relinquitur, *SI IURAVERIT SE FACTURUM AUT DATURUM*. Remittitur quidem iurisiurandum: sed facere tamè uel dare cogitur l. 26. hæc scriptura. hoc titu. l. 8. §. quoties. De condi. insti. l. 14. nõ dubium. §. 1. De leg. 3. quanquam id non impediatur transmissionem legati, si interea moriatur legatarius. Nã quod ad eam attinet, remissa conditione iurisiurandi, legatum

tum pro puro habetur. Qua quidem in re magnū commodum est. Sed in legato libertatis, non est requirendum. Certè nihil est causę, cur tantum tribuamus honori & grauitati alicuius serui, ut iurare nunquam cogatur. Sed neque perpetuò conditionem iurifurandi tanquam turpem alijs remitti, uel inde intelligi posset, quòd cum municipibus legatum esset, *SI IURASSENT*, respõsum est non esse conditionem impossibilem, & ei parèri posse, si ij iurent, qui res municipij gerunt l. 96. municipibus. De condi. Porrò an conditio iurifurandi in contractibus quoque remittatur, quæsitum est. Et sanè in donationibus causa mortis locum habet edictum, quo illa remittitur: ut si quis fortè cauerit, nisi iurasset se aliquid facturum, restitutorū quod acceperit, cautio talis remittatur. l. 8. §. & in mortis. De condi. instit. Sed nouum non est, donationes causa mortis ad ius legatorum reuocari. Cæterum conuentionibus inter uiuos ascriptam conditionem iurifurandi non remitti, neque reijci uerius est. Nam neque turpe est iurare in re honesta & seria: neque cum ita semel placuerit atque conuenit, amplius obtendi potest superstitio nolentis iurare. Certè Iulianus ait iustam esse cõuentionem, si quælibet causa in conditionem iurifurandi deducta fuerit: cum probare uellet, ualere pactum, cum quis cum debitore suo pepigerit, ne ab eo pecunia peteretur, si iurasset aliquid non fecisse: ut tum demum exceptio daretur, si iurasset: & propterea appellatur magis hæc exceptio iurifurandi, quàm pacti. l. 39. si quis cum debitore. De iureiu. Sed & Imp. Diocletianus l. si cum patruo.

patruo. C. commu. utriusque iudi. rescriptit, cum hac conditione diuisio facta esset cum patruo, SI IVRASSET SE NVLLVM DOLVM ADHIBVISSE, res indiuisas uideri, si fidē placitis nō exhibuit. Quod quidem tam significare potest, SI IVRARE NOLIT, quā, SI DOLVM ALIQUVM ADHIBVERIT. Quid multis? Nō dubitauit Ulpianus ualere hanc stipulationē, si tibi centum spopondero hac conditione, SI IVRASSES, TE NOMEN MEVM LATVRVM, neque hanc turpem causam uideri. l. 19. hoc iure. §. ult. De donat. Sed ut obiter etiā aliquid dicamus de conditione nominis ferendi, eam nō remitti, sed à Præatore exigi ait Caius. l. 63. facta. §. quod si. Ad Trebell. Nihil enim mali esse, honesti hominis nomē assumere. Sed in famosis & turpibus nominibus hanc conditionem à Præatore non exigi. Itaque & cum quis hæres iussus esset nomen uespillonis testatoris ferre, habendam esse rationem dignitatis, responsum est. l. 7. Ad Trebell. Sed uisa est alioqui bonorum uirorū honesta affectio nominis sui propagandi. Vnde illud fideicommissum apud Papinianū l. 76. cum filius. §. pater. De lega. 2. ROGO VT SEMPRONIO NEPOTI MEO PLVS TRIBVAS IN HONOREM NOMINIS MEI. Et adoptiones atq; manumissiones apud Romanos eò quoq; pertinuisse scimus. Cicero lib. 3. De offic. Cū Basilus M. Satriū sororis filium nomē suum ferre uoluisset, eumq; fecisset hæredē. Sed & Suetonius scribit, Augustū cum heredē Tiberiū institueret, iussisse ferre nomē suū. Verū in primis est, in hoc genere memorabile, quod Cicero ad Att. lib. 7. scribit: Dolabellam (inquit) uideo,

deo, Liuiæ testamēto cū duob. cohæredib. esse  
in triente: sed iuberi mutare nomē. est *πολιτικὴν*  
*σκέμια*, rectū ne sit nobili adolescēti mutare no-  
mē, mulieris testamēto. Sed id *φιλοσοφώτερον εἰς συ-*  
*νηγνήσομεν*, cū sciemus quantū sit in triētis triēte.

*Conditiones iurifurandi.*) Non est huius rei aliun-  
de ratio repetenda quàm ab Vlpiano, qui elegā-  
tissimè eam pertractat. Eum itaque audiamus, l.  
8. De condi. instit. Quæ, inquit, sub cōditione iur-  
isfurādi relinquūtur, à Prætorereprobatur. Proui-  
dit enim ei qui sub iurifurādi cōditione qd acce-  
pit, ne aut omittendo conditionē, perderet hære-  
ditatem, legatum ue: aut cogeretur turpiter, acci-  
piēdo conditionē, iurare. Voluit ergo eū cui sub  
iurifurandi cōditione quid relicū esset, ita cape-  
re, ut capiunt hi quibus nulla talis iurandi con-  
ditio inferitur. & rectè. Cū enim faciles sint non-  
nulli hominum ad iurandum cōtemptu religio-  
nis, alij perquàm timidi metu diuini Numinis  
usque ad superstitionem: ne uel hi, uel illi, aut cō-  
sequerentur aut perderent quod relicū esset,  
Prætor consultissimè interuenit. Etenim potuit  
is, qui uoluit factum, quod religionis conditio-  
ne astringit, sub conditione faciendi relinquere.  
Ita enim homines aut facientes admitterentur,  
aut non facientes deficerentur conditione. Hæc  
ille. Sanè & Papinianus timorem pudoremq;  
hominis iurare nolentis, nō modò excusare, sed  
& laudare uidetur. l. illud. §. 1. De consti. pecu. Mo-  
destius (inquit) facit, qui refert iurifurandum,  
quàm qui iurat. Iustinianus quoq; noster ait, mul-  
tos quadam subtili reuerentia etiam uerum iur-  
ifurandum præstare non audere. l. ult. §. penul. C.  
de

de fide instrumen. Neque tamen excusare omnino aut laudare uelim superstitionem hominum; qui cum non intelligant quid iusiurandum uerè sit, uerè etiam iurare nefas esse putant. Sed interdum graue turpeque uidetur, abs uiro bono exigere iusiurandum, quasi illi alioqui fidem non habeas. Vetus fuit illud Prætoris edictum, FLAMINEM DIALEM IN OMNI IURISDICTIONE MEA IURARE NON COGAM. Sed id singulari iure & quodam priuilegio concessum fuisse uidetur honori Flaminum. Cæterum olim non uidetur uisa fuisse omnino turpis conditio iurisiurandi. Cicero Verr. 3. narrat, suo tempore P. Trebonium testamentum suo adscripsisse, ut hæredes iurarent se curaturos ut ex sua parte non minus quam dimidium perueniret ad proscriptum quendam fratrem illius. Ait quosdam iurasse, alios apud Prætorè Verrem recusasse, non quòd non tenerentur alioqui iurare, sed quòd lex Cornelia uetaret iurare proscriptum: proptereaque etiam narrat, ijs qui iurarent, ademptam fuisse bonorum possessionem. erat enim turpe & illicitum iusiurandum. Sed si de re honesta fuisset, non fuisset eo tempore remissum. Nondum enim editum erat Prætoris edictum, quo remitti diximus. Sic cum tempore creuit Romana non tam religio, quam superstitio. Sed de iureiurando latius aliquando uiderimus. Nunc alias quasdam nobiles conditiones uideamus, quæ etiam remittuntur, nec sunt implendæ. Papinianus l. 70. Titio centum. §. Titio centum. De cõdi. cū docet, quoties cõditio remittitur, remitti etiã cautionè Mutianã: proponit hoc exemplum, TITIO CENTVM LEGO,



SI A MONVMENTO MEO NON RECEDAT,  
 eamque cum cautione remittit, per quam  
 ius libertatis infringitur. Sed in defuncti libertis  
 alio iure nos uti. Lucianus in Nigrino ridet testa-  
 tores *λελοθοντας παραμυθευτνας οινιτας τοις ταπειν.*  
 Tales tamen ultimas uoluntates, præsertim pa-  
 tronorum, obseruari uolebant Romani. Itaq; &  
 Modestinus hanc probat cõditionẽ libertati ser-  
 uorũ ascriptã, SI MONVMENTO MEO ALTERNIS  
 MENSIBVS LVCERNAM ACCENDANT, ET SO-  
 LENNIA MORTIS PERAGANT. l. 44. Mœnia. De  
 manu. testa. Sed non fuerunt tamen tam supersti-  
 tiosi Romani, ut huius ineptæ religionis prætex-  
 tu, uoluerint infringi aliorum hominum liber-  
 tatem. Nam & idem Papinianus sapienter respõ-  
 dit, ineptas uoluntates defunctorum circa sepul-  
 turam nõ ualere, ueluti ut quædam superuacua  
 in funus impendantur. l. 113. seruo. §. ult. De leg. i.  
 Et alio loco, l. 50. hæreditas. §. 1. De petit. hæredi.  
 cum loquitur de conditione monumenti facien-  
 di, ait, ita in hoc seruandam esse defuncti uolun-  
 tatem, si probabilem modum non excedat. Sicuti  
 & Ulpianus hac in re prudenter respondit, non  
 esse uoluntatem testatoris sequẽdam, si res egre-  
 diatur iustam sumptuũ rationem. l. 14. at si quis.  
 §. quid ergo. De relig. & sump. fun. Quo etiam lo-  
 co ait, non esse faciendum quod homines simpli-  
 ciores faciunt, qui uestes & ornamenta cum cor-  
 poribus, quæ sepeliunt, condunt. Sed & ediuer-  
 so, conditiones turpes nec obseruandæ iudican-  
 tur, quæ totam sepulturam tollunt. l. 27. quidam  
 in suo. De condi. instit. Porrò alias conditiones  
 negatiuè conceptas, quæ quia honestæ non ui-  
 dentur,

dentur, remittuntur, remissa etiam cautione Mutiana, Paulus commemorat l. 9. De cond. instit. ueluti, SI AB HOSTIBVS PATREM SVVM NON REDEMERIT: uel, SI PARENTIBVS SVIS ALIMENTA NON PRAESTITERIT: de quib. dictum est antea. Sed illa maximè celebris est, SI NON NUPSERIS, de qua uariè multis locis tractatur. Nos ordine rem illam totam breuiter completamur. Legem utilem Reip. sobolis scilicet procreandæ causa, latam esse, ut tales conditiones rejiciantur, eamq; propterea interpretatione adiuuandam esse, ait Terentius Iurifcons. l. 63. hoc modo. ad fi. hoc tit. Huius legis auctorem nominare non possumus. Sed dignus profectò erat, cuius nomen extaret. Certè ne pater quidem ipse, quantumuis maxima sit patria potestas, posset nõ modò tyrannico imperio indicere inuitis suis filijs. cœlibatum: sed nec alia ratione aut longiori procrastinatione impedire eorũ nuptias, l. qui liberos. De ritu nupt. nam nec illos, si cœlibes uiuere malint, ad coniugium inuitos adigere posset. l. non cogitur. De ritu nupt. Sed etsi liberta patrono iurauerit sese nõ nupturã: remitti iusiurandum, responsum est. l. adigere. §. ult. De iure patro. Quanto igitur magis remittenda est illa, quam alius ascripisset, conditio non nubendi, præfertim cum Reip. quoque inutilis sit? Neque temerè factum est, ut olim sapientes Romani nuptias multis præmijs, cœlibatum quibusdam etiam pœnis affecerint. Sed nõ fuit perpetua hac in re nostrorum Legumlatorum, eademque semper sentètia. Lata quædam olim apud Romanos lex fuit Iulia Miscella, quæ miscellarum uidu-

rum miseratione quadam, mulieribus, quib. mariti uiduitatē indixerant, & aliquid sub hac conditione, *SI NON NUBERENT*, reliquerant, per mittebat nihilominus nubere, & legatum consequi: sed hoc intra annum tantum: & ita demum, si iurassent, se nō aliqua libidine, sed sobolis tantum procreandæ causā, secūdas repetere nuptias. Post annū uerò, ne tali quidem iurisiurandi conditione remittebatur illa conditio non nubendi. Sed ita demum legatum consequiebantur, si cauerent se non nupturas. Siue *Q. Mutius* hoc casu suam cautionem locum habere uoluerit, siue alius id adiecerit, (ab hac enim culpa *Iustinianus* liberat authorem legis *Iuliæ Miscellæ*) tota ea lex, eiusque usus, displicuit aliquando nostro *Iustiniano*, l. 2 & 3. C. de ind. uidui. toll. Itaque ea planè sublata, uoluit coniugibus liberum esse, nouum cōiugium repetere, & indictam uiduitatem contemnentem, non amittere relicū legatum. Neq; modò cautionem *Mutianam* hīc remitti, remissa conditione non nubendi: sed ne que iurari, liberorum tantum procreandorum causā nuptias repeti. Verū nescio quī factū sit, ut sententiam postea mutarit *Iustinianus*: & cōditionem, quæ uiduitatem indiceret, nō esse remittendam existimarit, nimium profectò indulgens ineptis defunctorum uoluntatibus. Quasi uerò eorum interfit, cœlibes sint an coniuges, qui sunt superstites. An non audierat illius apud nobilem *Poetam mulierculæ* uocem,  
*Scilicet id manes credis curare sepultos?*

Sed quæ tota fuerit *Iustiniani* in hoc genere sententia, satis intelligi potest ex *Nouella* eius constit.

DE CONDITIONIB. 211

constit. 22. ad si. ubi pluribus, ut solet, uerbis rem hanc persequitur, & quam cautionem non nubendi exigat, ut sub tali conditione relictum legatum uidua consequatur, copiosius exponit. Sed ueteris saltem legis, conditionem non nubendi remittentis, beneficium uirginibus ademptum nō est: & hoc ius singulare primis nuptijs relictum est. Sed cur iam iniquior uiduis est Iustinianus? An eas putat facilius marito carere posse? Cur secundis nuptijs minus fauet? Saltem illud legis Iuliæ Miscellæ beneficium etiam nō sustulisset, quo poterant infœlices uiduæ, si iurarent, non libidinis, sed liberorum causa se nubere, legatum cum nuptijs consequi. Sed quid conqueror? Ea fuit multorum ueterum siue iniquitas, siue superstitio: ut iam mirari desinamus Tertullianum, libro etiam edito, suæ uxori uiduitatem, religionis prætextu, indicere uoluisse. Illud longè tolerabilius est, legem illam, quæ conditionem non nubendi remittit, reijcitque, etsi alioqui, quia utilis Reip. est, interpretatione adiuetur, restringi tamen, ut si non nisi ad aliquod tempus indicatur cœlibatus, uel si nuptiæ prohibeantur cum certis tantum personis, aut certis quibusdam solum locis, cōditio admittatur: modo nihil fiat in fraudem legis, & alioqui nuptiæ planè non impediuntur. Ergo hæc conditio ualeat, SI LIBERIS IMPUBERIBVS NON NUPSERIS, hoc est, donec ij puberes fuerint. l. sed si hoc. §. ultimi. De cond. Tum enim magis curam liberorum quàm uiduitatem iniungi, responsum est. Item hæc conditio admittitur, SI TITIO NON NUPSERIT. non enim tali conditione uiduitatem

iniungi, cum alij cuilibet satis commodè mulier nubere potest, Caius etiam respondit l. 62. cum ita. De cond. Postremò si scriptum sit, *SI ROMÆ VEL TALI LOCO NON NUPSERIT.* est illud quidem durius: sed tum demũ tamen reijcitur, cum ea est mulier, quæ alibi nuptias non facillè possit inuenire: ut satis appareat, scriptũ id esse in fraudem legis reijcientis generalem nõ nubendi conditionem. l. 63. hoc modo. De cond. Cæterũ ubi cõditio nõ omnino impedit nuptias, sed ad aliquod tantũ tẽpus, uel cum certis solũ personis, uel uno aliquo tantum loco: obseruãda erit, cum quidem possit mulier uel alibi, uel alteri nubere suo tempore. Quòd si non illi legetur, cui conditio non nubendi ascribitur: poterit quoque admitti: ueluti, *Lego Titio centum, si Sempronia non nubat. l. auia. §. Mutianam.* De cond. nisi forè in fraudem legis appareat hoc ita scriptũ esse ad impediendas nihilominus nuptias: ut si scriptum fuerit, *Lego tibi cẽtum, si filia tua non nubat. l. hæres meus. §. ult.* De cond. Nam facillè pater multa cõminisci potest, ut filię nuptias interturbet & impediatur. Quid si conditio indicat nuptias? Certè honesta est, & Reip. utilis. Non potest quidem uel pater ipse, inuitos filios, quibus magis placet cœlibatus, adigere ad coniugium. Sed proposito præmio siue emolumento, tanquam illecebra inuitare aliquẽ ad nuptias licet. Cæterũ pœnæ damniq̃ue metu non itẽ astringi connubia possunt. Itaque si pœnæ nomine ita legauero, *SI HAERES MEVS VXOREM NON DVCAT, uel, NISI DVCAT, DATO TITIO CENTVM:* est legatum pœnæ nomine relictum, sed inhonestè

stè ita relinquatur: neque aut talis pœna committitur, aut legatum debetur, etsi non duxerit uxorem hæres. Dixit aliquando Paulus, inhonestum esse uisum, uinculo pœnæ matrimonia obstringi, siue futura, siue iam contracta. l. 134. Titia. De uerb. obl. Sed propius ad nostrum accedit propositū, quod Papinianus l. 70. Titio cētum. §. 1. De cond. respondit, si Titio centum relicta sint,

SI MAEVIAM UXOREM DUCAT, conditionem non remitti. Cæterum si pecuniam promisero, si MAEVIAM NON DUCAM, nullam esse posse actionem contra me. Aliud enim esse, eligendi matrimonij libertatem, pœnæ metu auferri: aliud, ad matrimonium certa lege inuitari. Illud itaque inhonestum & turpe est: hoc uerò est licitum & receptum, si modò alioqui præscripta nuptiarum species non sit inhonesta. Rectè itaque Caius l. 62. cum ita. De cond. cum ita legatum mulieri esset, si Titio nupserit, si quidem (inquit) honestè Titio possit nubere, dubium non erit, quin nisi paruerit conditioni, excludatur à legato. Postremò hîc annotare debemus, conditionem institutionis captatoriam, iudicari turpem, sed efficere tamen institutionem inutilem. Institutionem captatoriam esse, cuius conditione confertur ad secretum alienæ uoluntatis, & quidem in futurum concipitur: ueluti, QVA TV ME EX PARTE HAEREDEM INSTITUES, uel, SI TV ME INSTITUES, EGO TE INSTITVO: eamque improbari, respõsum est l. 70. 71. 81. §. ult.

De hæred. instit.

**S**uperest ut de conditionibus explendis agamus. Sed quia quædam sunt, quæ non remittuntur quidem, habentur tamen pro expletis, priusquam reuera impletæ sint: de ijs prius uideamus. Eius generis sunt, quæ in nō faciendo sunt conceptæ. Iulianus l. 4. §. ult. De condi. insti. ait, eum qui ita institutus est, *SI SERVVM HÆREDITARIVM NON MANVMISERIT*: cauentem cohæredi, implere conditionem. Hęc cautio Mutiana appellatur, quòd eius auctor fuerit Q. Mutius Scæuola Iurifcon. nobiliss. qui quidem & patriæ sui P. Mutij, & sui auunculi P. Licinij Crassii Mutiani prudentiam summam nō imitatus modo est, sed & lōgè etiam superauit. ut quæ de Mutio in Pandectis passim occurrūt, meminerimus ad hunc nostrum Q. Mutium referre. Certè eum inuenisse cautionem eā de qua nunc agitur, ipse quoque Iustinianus testis est in sua Constitut. Nou. 22. ad fi. Videbat, testamentis, institutionibus hæredum, & legatis, plerunque ascribi conditiones negatiuè conceptas, *SI NON FECERIS*: quas existere, & impletas esse, ante mortem eius cui ascribebantur, certum esse non poterat. Tandiu uerò testamenta pendere, uel legatorum præstationem differri, durum esse uidebatur. Vt itaque huic incommodo occurreret, cautionem, cuius usum probauit pop. Rom. introduxit, ut qui cauisset sese non facturum, statim consequeretur quod relictum erat, perinde atque si iam certum fuisset, id eum non fecisse. Commendat utilitatē huius cautionis Ulpianus. Sed ipsa sese satis commendat. Et quid tandem alioqui futurum erat, legato

legato sub tali cōditione usufructu? Inutile esset hoc legatum, si ad legatarij usque mortē, qua extingueretur, differatur. Sed huic remedium Mutianæ cautionis succurrit, ut inquit Papinianus l. 78. hæres meus. §. quamuis. hoc tit. Ac placuit quidem tam ualde Romanis usus cautionis Mutianæ, ut etiam ad eius exemplum quædam aliæ non dissimiles cautiones introductæ sint. Si sit aliquid relictum sub modo, exigi cautionem, neque legatum aliter præstari, paulo post tempora Mutij respōdit Trebatius, l. quib. diebus. §. ul. De cōd. Sed & cum ita legatum esset, HAERES MEVS

TITIO FVNDVM DATO: ET SI EVM TITIVS ALIENAVERIT, EVNDEM SEIO. DATO: Vlpianus respōdit, oneratū esse hæredē & puro & cōditionali legato. Doli uerò exceptione proposita posse sibi p̄spicere, ut caueat Titius sese fundū non alienaturū. l. si quis ita legauerit. §. si q̄s ita legauerit. De adim. lega. Nā & sub ea cōditione uideretur ei legatus: cū sit expressim sub cōtraria cōditione ademptus. Porrò quæ cautio Mutiana sæpius appellatur, interdum etiam Satisfatio uocatur. l. hoc genus. & l. cum sub hac. De cond. Quæ uox significat fideiussores hīc esse dandos. Nam satisfationis ea significatio est. l. i. Qui satisfd. cog.

Cæterum Iustinianus Nouella sua constiru. 22. diligentius hanc rem distinguit, & significat interdum iuratoriam cautionē hīc sufficere, interdum hypothecariam, interdum etiam fideiussoriam requiri. Sed cui præstāda hæc Mutiana cautio est? Iulianus l. 65. seruo. §. si testator. Ad Treb. Generaliter respondit, his præstari, quorum interest, Caius l. is cui. De condi. paulo apertius ait,



ei caueri, ad quem Iure Ciuili deficiente conditione, hoc legatum ea uel hæreditas pertinere potest. Si sit hæres institutus sub conditione non faciendi, cauebit suo cohæredi: uel si cohæredem non habet, ijs qui ab intestato uenirent: nisi tale factum sit, cui satis obstet ipsa aditio hæreditatis. l. 7. De cõd. Si sit relictũ legatũ, cauebit legatarius hæredi. Sed si res eadẽ alteri legata sit sub cõtraria cõditione: iusta tamẽ adhuc causa est, cur hæres caueri sibi postulet. l. cum sub hac. l. Titio fundus. De cond. Nã & fieri adhuc potest, ut hæres illa acquiratur, nẽpe si secũdus ille legatarius moreretur antequã cõditio existeret: & semper hæredis interesse uidetur, qui illi secũdo legatario dare iussus est existẽte cõditione. Sanẽ si cautio (inquit Papinianus) medio tẽpore defecerit, quæ sollicitẽ fuerat exacta, hæres de suo nihil præstabit: sed q̃a nihil ei potest obijci, actiones tantũ suas cedit. d. l. Titio fundus. Iã uerò si queratur, quid cõtineat Mutiana cautio: Labeo ait, ea cõmissa, uel fundũ, uel quãti ea res est, restitui. l. cũ sub hac. De cõd. Apertius Papinianus respõdit, & rei & fructuũ omniũ simul restituẽdorũ nomine caueri. l. hæres meus. §. qui post. hoc tit. l. cum filius. §. qui Mutianã. De leg. 2. Sed diligentius totam hanc rem distinguit Iustinianus Nou. Constit. 22. Porrò præcipua nũc quæstio est, quando uel admittatur uel exigatur hæc cautio. Vlpianus ait, eius utilitatem consistere in conditionibus, quæ in non faciendo conceptæ sunt. l. 7. hoc tit. Papinianus, in conditionibus quæ morte legatariorum finiuntur. d. l. Titio fundus. Iulianus, in conditionibus, quæ nisi sine uitæ, expleri non possunt.

possunt, d. l. seruo. §. si testator. Iustinianus autem ait Mutiū hanc cautionē excogitasse & introduxisse *εις τὰς τῶν πραγμάτων βωλῆσεις*. Hęc priusquam excuriamus, illud in primis dicendum est, prohibitionem esse debere nec iniquam, nec inhonestam, nec iure improbatam. Nam ubi remittitur conditio tanquam turpis, cautionem quoque remitti constat. l. Titio centum. §. 2. hoc tit. Deinde si nō agatur de facto eius cui ita relinquitur, certum est, eum non cauere. Si sit pœnæ nomine ita relictum, SI ID NON FECERIS HAERES, DATO TITIO CENTVM; committetur conditio, & legatum præstabitur, cum hæres facere potuit, & nō fecit, præsertim si interpellatus sit. l. si pœnū. Quādo dies leg. ced. l. ita stipulatus. De verb. obli. Sed & in legato libertatis hoc singulare est, ut si relictus seruo sit, SI IN CAPITOLIVM NON ASCENDERIT, talem conditionem ita accipiamus, atq; si dictū esset, SI CVM PRIMVM POTVERIT, IN CAPITOLIVM NON ASCENDERIT, ut si facultate data ascēdendi in Capitolium, abstinuerit seruus, ad libertatem quasi impleta conditione statim perueniat: nisi si appareat aliud uoluisse testatorem. l. libertas. §. 1. & l. ulti. De manu. testamen. Porro satis intelligi etiam potest, cōditiones esse debere arbitrarias siue promiscuas, nō aut fortuitas, ut cautio Mutiana locū habeat. Quid enim caueremus, si res in potestate nostra non est, & ubi uel inuitis nobis potest aut deficere, aut existere? Deniq; in ijs solis, quas alioqui legatario, cui ascriptæ sunt, uiuo, certū esse nō possit, expletas esse. Itaque & cum ita scriptum esset, LEGO MVLIBRI CENTVM, SI A MARITO SVO NON DI-

SCESSERIT: respondit Papinianus, Mutianam  
 cautionem nō habere locū, quia morte uiri con-  
 ditio possit existere, uiua nempe adhuc ipsa mu-  
 liere. l. pater Seuerinam. §. focrus. De cond. Cæte-  
 rùm pietatis causa suafit, ut non idem responde-  
 ret, cum ita scriptum esset, **LEGO MULIERI CEN-  
 TVM, SI A FILIIS SVIS NON DISCESSERIT.**  
 Imò uerò ait, l. cum tale. illo tit. displicuisse sentē-  
 tiam eorum qui negabant, mulierem rectè hīc ca-  
 uere, quasi mortuis liberis legati conditio posset  
 existere: & humanissimè contendit, non esse uo-  
 to matris opponendam tam omninosam non in-  
 terponendæ cautionis interpretationē. sic enim  
 is locus legendus est. Significat itaque Papinia-  
 nus, matri, cuius pium & naturale uotum est,  
 liberos sibi etiā superstites esse, non esse, si caue-  
 re hīc uelit, obijciendam tristem illam non inter-  
 ponendæ cautionis rationem, quòd filijs ipsa su-  
 peresse possit, & illi antè decedere. Nā neq; tam  
 malum omen admittit piæ matris cogitatio. Ca-  
 uebit itaque hīc mater, quasi certum esset filios  
 superstites fore, & præstita cautione statim lega-  
 tum consequetur. Mutianam cautionem in con-  
 ditionibus stipulationum atque contractuū nō  
 temerè locum habere, indicat Iustinianus, cum  
 docet, cum stipulatus sum, dari, Si in Capitolium  
 non ascendero, perinde esse atque si stipulatus es-  
 sem, cum moriar. §. si quis ita. De uerb. oblig.  
 Neque certè nouū est, stipulationes strictius acci-  
 pi. neq; tam est fauorabilis earū executio, quàm  
 ultimarum uoluntatum. Sanè si esset ususfr. sti-  
 pulatio ita concepta, dicemus locum esse Mutia-  
 nę cautioni: quia alioqui inutilis esset stipulatio,

si differatur ad tēpus mortis. l. Titio. De usuf. Sed & ubi sub modo aliquid debetur siue ex testamento, siue etiā ex cōtractu, cautio semper habet locum. l. infulam. §. ult. Locat. Illud postremò circa Mutianam cautionem notandum est, quod Papinianus ait, eam locum non habere, si per aliā conditionem actio legati differri possit. l. auia. §. Mutiana. De cond. Finge duplicem esse conditionem, alteram faciendi, alterā non faciendi. Veluti, *Lego tibi centū, SI ILLVD FECERIS, ET ALI QVID ALIVD NON FECERIS*: hīc certē nihil pdeset cauere te non facturum, nisi etiā feceris quod facere iussus es. Nam neque alioqui impleta dici posset tota hęc cōditio. Quod quidem & ad proximum caput pertinere uidetur.

*De conditionibus diuisis et indiuisis.* CAP. IX.

**I**N tractatu de conditionibus explendis, cum & multæ & graues sint quæstiones, tum uerò illa quæ nobilissima est, in primis occurrit, An cōditio scindi possit, aut diuidi: & an aliquid pro sit, pro parte eam impleri. Quæ quidem quæstio multos & illustres Iuris Ciuilis locos attingit, neque minus uariam quàm utilem continet disputationem. Iustinianus unam aliquam in hoc genere speciem cōmemorat, de qua apud Vlpianum dubitabatur. l. pen. C. de cond. infer. Sed plures aliæ occurrent dubitationes, si totum hūc locum euoluamus. Nam & huc pertinet nobilis illa disputatio de stipulatione pœnali. An in solidum cōmittatur, si quid pro parte nō detur, aut non fiat, aut etiam contra id quod conuenit fiat. Cogor autem præfari, in hoc genere, subtilitatē Iuris Ciuilis aliquādo uisam esse asperiorē, & ab ipso

ipſo quoque Prætorẽ nōnunquã ex æquo & bono fuiſſe propterea temperatam, atque illius ueluti rigorem benignè relaxatum. l. ſi ſeruus. §. 1. Si quis cau. l. 2. §. contrà autem. De uerb. obligat. Atque hoc fortaiſſis exemplo Romani quoque Pōtiffices auſi ſunt aliquid in hoc genere cōtra Ius Ciuile remittere, atque indulgere debito-ribus: & creditorum, præſertim eorum quorum maior & æquitas & moderatio & liberalitas eſſe debere uidebatur, ius ſummum infringere. Nam Pont. Innocentius 3. Spoletano epiſcopo reſcripſit, cap. ſuam. De pœnis. non debere eum, quia ad diem non perſoluiffet totam pecuniam debitor, totam pœnam, quæ integra commiſſa erat, exigere. Equidem fateor hanc duritiem antiſtitibus Eccleſiarum indignam eſſe, neque inuitus patior hoc ijs frenum iniici. Sed iuris alioqui Ciuilis perpetuam rationem ea res non infringit. Illud initiò ſine longiori diſtinctione in uniuerſum dici poteſt, cum unus aliquis unã aliquam rem, uni alicui uel etiam pluribus dare debet, totum dare debere, ut talem dandi conditionem expleat: neque prodeſſe, partem dediffe: quia cōditio indiuiſa ſit, neque impleta dicatur, niſi in ſolidum expleta ſit. Eſt quidem obligatio dandę quantitatis diuidua, ut ſi pro parte ſolutum ſit, pro parte cōtingat liberatio. Sed ſi hoc agitur, ut conditio impleatur, nihil prodeſt partem dare. Nam & tacite hoc actum eſſe uidetur, ut tum indiuiſa ſit ſolutio. Vbi ſimplex eſt obligatio dandę quantitatis, etſi fortaiſſe partem recipere inuitus creditor non cogeret, tamen ſi recipiat, eo ipſo ſoluentem liberat pro ea parte. At ſi qui ſoluit,

tit, aliud præterea captaret: talis solutio partis ei  
 non prodesset. Vfuræ debentur sub conditione,  
 SI SORS NON SOLVATUR. Ad earum uel cur-  
 sum sistendum, uel modum imminuendum, nõ  
 proderit partem fortis soluisse. l. tutor. §. Lucius.  
 De usur. Pignoris liberatio habet suam conditio-  
 nem. Si itaque de eo luendo agatur, inutilis est  
 solutio partis. l. i. C. de luit. pign. Idem, si agatur  
 de impedienda lege commissoria: uel denique  
 de euitanda pœna quæ promissa sit, SI DECEM  
 NON DENTUR. Nam & si pars data sit, nihilomi-  
 nus pœna in solidum committeretur. l. 5. §. ulti. De  
 uerb. obli. Sicuti & cum species una aliqua certa  
 danda erat. Itaque cum ita conuenisset, SI FVN-  
 DVM ILLVM NON DEDERIS, DABIS CENTVM?  
 responsum est, nisi totus fundus detur, pœnam  
 in solidum committi: nec prodesse partem fundi  
 dare, cessante una. l. 85. in executione. §. pen. De  
 uerb. obli. Est quidẽ obligatio dandæ speciei non  
 minus diuidua, q̃ obligatio dandæ quãtitatis. l. 9.  
 si stipulatus. §. 1. De solu. Sed cõditionis ratio, tan-  
 quam tacita uolũtas, reddit solutionẽ indiuisam.  
 Obligatio generis, ueluti dandi hominis, est  
 quidem natura diuidua. Sed etsi conditio nulla  
 in sit, tamen solutio erit indiuisa. Hoc enim taci-  
 tẽ actũ esse alia ratio suadet, nempe ne partes in-  
 diuersis speciebus soluantur. l. 2. De uerb. oblig.  
 & d. l. si stipulatus. §. 1. Idemque & si sit stipula-  
 tio disiunctiua duarum specierum. Quod alio lo-  
 co pluribus uerbis explicabitur. Illud nunc te-  
 necamus, conditionem non scindi, neque pro par-  
 te rectẽ impleri, ne quidem si de pœna euitanda  
 agatur. Quod quidem multo etiam magis dicen-  
 dum

dum est, si de legato consequendo agatur. Iabole  
 nus l. 55. cui fundus. De cond. & dem. Cui (in-  
 quit) fundus legatus est, SI DECEM DEDERIT:  
 partem fundi consequi non potest, nisi totam pe-  
 cuniam numerauerit. Neq; uerò ius hoc tam stri-  
 ctum est, tamque perpetuum, quin aliquando ex  
 causa aliud statuatur. Sed illud quoq; ius singula-  
 re in suo genere perpetuum est. Paulus ait, scindi  
 ius dandi, si is cui legatum est, non potest totum  
 sibi relictum capere. l. 43. Plautius. De cond. & de  
 mon. Nam uerius esse, partem eum præstare de-  
 bere: partem illos, qui auferunt ab eo quod plus  
 relictum est, quam à lege conceditur. Idque alio  
 rursus loco repetitum est. Ei (inquit) qui non am-  
 plius parte poterat capere, legatus est fundus, SI  
 DECEM DEDISSET HAEREDI. non totam sum-  
 mam dare is debet, ut partem fundi habeat, sed  
 partem duntaxat pro rata, qua legatum cõsequi-  
 tur. l. 20. ei qui. De donat. cau. mor. Nempe, con-  
 ditionis onus metiri oportet ex emolumento,  
 cui adijcitur. Neque enim testator hæc disiungi  
 uoluit. Quinimo quod cõditionis implédæ cau-  
 sa hîc dabitur, augebit petitionem partis, quam  
 legatarius capere potest. Nam præter id quod le-  
 ge capere potest, capiet quatum dedit: hoc enim  
 ex testamento capere uel acquirere non uidebi-  
 tur, cum tantum dederit eius causa. ppter eaq;  
 non imputabitur in partem, quam lege capere  
 potest. Quod quidem eleganter refert Terentius  
 Iurifcon. à Iuliano traditum esse. l. 61. sed si hoc. §.  
 1. De condit. & demon. Sed & cum pars rei legate  
 usucapta esset, dubitare se dixit Paulus, an in so-  
 lidum conditioni parèdum sit. Sed posse dici ex  
 sen-

sententia testatoris, non nisi pro parte parédum.  
 l. 44. qui hæredi. §. si pars. De cond. Aequum e-  
 nim est, quanto minus consequitur legatarius,  
 tanto etiam minus eum præstare, ut imminuto  
 emolumento legati, imminuatur & eius condi-  
 tionis onus. Sicuti cum hæres rogatus tibi resti-  
 tuere, SI TITIO CENTVM DEDERIS, beneficio  
 legis Falcidiæ utatur, ut in restituendo aliquid ti-  
 bi detrahat: responsum est, nõ esse iniquum, quã  
 to minus is tibi præstat, tãto te minus Titio præsta-  
 re. d. l. Plautius. §. ult. Omitto quod libertatis fa-  
 uore Paulus l. 4. §. itẽ si. De statulib. ait receptũ ef-  
 fe, ut si seruus decem dare hæredi iussus fuerit, &  
 liber esse, hæres etiam per partes accipere cogat-  
 ur. Reuera enim talis solutio partis non multũ  
 utilis est. Non enim libertatem seruus conseque-  
 tur, nisi totum dederit: neque cõditio libertatis  
 uidetur ullo modo expleta, nisi si in solidum im-  
 pleta sit, quia saltem ipsa libertas sit indiuisa. l. 3.  
 §. 4. De statulib. Quod & annotaui ad XII. Tab. c.  
 35. Illud hic prætermittendũ non est, Si per lega-  
 tarium nõ stet, sed per alium, quo minus totum  
 det, & conditionem totam expleat, ut quia alter  
 ex his, quibus dandum erat, decessit antequam  
 in mora legatarius esset: benigna interpretatio-  
 ne responsum esse, partem dimidiam alteri super-  
 stiti dantem legatarium, posse partem rei legatae  
 consequi. l. pen. De condi. & demon. Quid igitur  
 alioqui, an quod duobus dádum est, tam est om-  
 nino dandum, ut conditio expleatur, quàm si u-  
 ni dandum esset? Certè Iuliani apertum respon-  
 sum est l. 23. qui duobus. De condit. Qui duobus  
 (inquit) heredibus decem dare iussus est, & fun-  
 dum



dum sibi habere: uerius est, ut conditionem scindere non possit, ne etiam legatum scindatur. Igitur quamuis alteri quinque dederit, nullam partem fundi uindicabit, nisi alteri quoque ad eum hereditatem reliqua quinque numerarit: aut illo omittente hereditatem, ei qui solus adierit hereditatem, tota decem dederit. Singulis quidem in hac specie hereditatem non nisi partem, hoc est, quinque; dare legatarius iussus est: & cum uni quinque soluit, totum quod illi dare debet, soluit. Sed tamen nisi si utrique dederit, nihil hic egisse uidetur. Ad eum indiuisa est conditio, quae uni alicui ascripta est. Sed & licet diuidatur quae duobus ascripta est, tamen inter unius, cui primum ascripta erat, haeredes, si forte ad eos transeat conditio, ut aliquando transit, indiuisa manet. Iabolenus l. cui fundus. De cond. posteaquam tradidisset, eum cui fundus legatus est, <sup>si</sup> DECEM DEDERIT, nihil consequi, nisi totam pecuniam numerauerit: quamuis dissimilem esse causam fateatur, cum duobus eadem res sub tali conditione legata est: adiecit, In eo quod uni sub conditione legatum est, scindi ex accidente conditionem non debere: & omnem numerum eorum qui in locum eius substituuntur, pro singulari persona habendum esse. Sed & Pomponius l. 5. §. ult. De uerb. oblig. Si (inquit) sortem promiseris, & si ea soluta non esset, poenam: etiam si unus ex haeredibus tuis portionem suam ex sorte soluerit: nihilominus poena committetur, donec portio cohaeredis soluatur. Denique ait Paulus l. haeredes. §. idem. Fami. erciscun. Quamuis obligatio quantitatis diuidatur inter haeredes per legem XII. Tabu. si tamen a testatore sub poena promissa

missa sit, nihilum prodest ad pœnam euitandam  
soluere suam partem. Et notæ sunt illę ab eodem  
Paulo traditæ regulæ, l. 2. §. ex his. De uerb. obl. l.  
2. §. incertam. De Præt. stipul. Ex persona hæredū  
conditionem obligationis non immutari. Item,  
Possē dici ex persona hæredum promissoris non  
posse descendente à defuncto obligationem,  
posse diuersam conditionem cuiusque facere. Ergo ex  
persona hæredum non modò natura aut princi-  
palis qualitas obligationis non immutatur, sed  
nec ipsa ratio implendæ conditionis. Nam indi-  
uisa manet in hæredibus, ut in eo cui primùm u-  
ni ascripta erat, siue agatur de re aliqua cōsequen-  
da, siue etiam de pœna euitanda. Siquidem &  
hanc in solidum committi cōstat, si uel unus hæ-  
res pro sua portione conditionem non impleue-  
rit. Quid igitur dicemus, quod idem Paulus l. 4.  
§. Cato. De uerb. oblig. refert, Catonem dixisse,  
ubi factum diuiduum est, ueluti RATVM HABE-  
RE, unum promissoris hæredem, non parentem  
conditioni stipulationis, hoc est, contrā quàm  
promissum sit, aliquid facientem, pro portione  
sua solum pœnam committere? Certè si promis-  
sor ipse uel pro parte tantum contrā fecisset, ta-  
men in solidum pœnam committeret, quia ue-  
rum sit conditioni non paruisset. Ergo idem dici  
debet, etsi unus ex eius hæredibus contrā fecerit  
pro sua parte: ut propterea conditio pœnalis sti-  
pulationis commissã intelligatur, & pœna in so-  
lidum committatur. Vulgò cum Catonis senten-  
tiam defendere uolunt, aiunt, eum loqui de fa-  
cto. Leges autem, quæ uno hærede cessante do-  
cent pœnam in solidum committi, loqui de da-  
pp tione.

tione. Et discriminis rationem esse, quod hæres  
 pro parte quoq; sui cohæredis dare possit: at non  
 item facere. Itaque illic posse uni imputari, nisi si  
 totum det: hinc uerò nō item. Sed inane & uanum  
 esse hoc, quod comminiscuntur, discrimen, ipse  
 Pomponius disertè ostendit, qui non minus de  
 facto quàm de datione loquitur. & posteaquam  
 docuit pœnam in solidum committi, si uel unus  
 hæres suam partem ex sorte non soluerit: adijcit,  
 idem esse dicendum de pœna compromisso adie-  
 cta, si hæres unus paruerit sententiæ, alter nō pa-  
 ruerit. l. 5. §. ult. De uerb. obl. Deinde quis non ui-  
 det, & multa esse quæ alius pro alio facere facile  
 possit, & item multa quæ pro alio alius dare nō  
 possit? Quid enim si agatur de certa specie dan-  
 da? Nos ad defendendum Catonem, illud pro-  
 babilius dici posse arbitramur, eum loqui de sti-  
 pulatione plurib. personis, inter quas diuisa in-  
 telligatur, ascripta: nempe de illa, SPONDES TE  
 HAEREDEM QVE TVVM RATVM HABITVRVM, ET  
 SI CONTRA FIAT, CENTVM NOMINE POENAE?  
 Ut hinc locum habeat, quod nunc dicendum est,  
 enumeratione plurium personarum conditio-  
 nem ijs ascriptam scindi atque diuidi, ut à singu-  
 lis pro sua parte rectè impleatur. Iabolenus ait l.  
 52. si quis seruum. §. ult. De cond. & dem. Duobus  
 eadem res SI HAEREDI CENTVM DEDISSENT le-  
 gata est. Si alter ex his quinquaginta dederit, par-  
 tem legati consequetur. Id paulo post idem Iab-  
 olenus latius explicat, l. 55. cui fundus. De cōd.  
 Cum enim doceret conditionem uni ascriptam,  
 ne in eius quidem hæredibus scindi, adiecit, dis-  
 similem esse causam, cum duobus eadem res sub  
 condi-

conditione legata est. In hac enim quæstione sta-  
 tim à testamento, quo pluribus conditio appo-  
 sita est, diuisam quoque in singulas personas ui-  
 deri posse: & ideo singulos pro sua parte & con-  
 ditioni parère, & legatū capere posse. Nā quam-  
 uis summa uniuersę conditionis sit ascripta, enu-  
 meratione tamen personarum posse uideri esse  
 diuisam. Sed & cum fundus legatus ita quibus-  
 dam esset, si pecuniam certam in funus impen-  
 sasque corporis in aliam regionem perferedi de-  
 dissent: & quæreretur, num nisi uterque dederit,  
 neutri sit legatum, nec possit nisi per utrumque  
 conditio expleri? respondit Pomponius: Nos hu-  
 manius hoc interpretari solemus, ut cum duob.  
 fundus legatus sit, si decem dedissent: & alteri  
 dando partem, legatum quoq; debeat. l. pen. §.  
 1. De cond. Atque hæc quidem rectè dici dubium  
 non est, non solum cum agitur de legato conse-  
 quendo, sed multo etiam magis si de pœna cui-  
 tanda. Sed & constat, conditionem promissori e-  
 iusque hæredibus nominatim ascriptam perin-  
 de accipi, atque si pluribus principalib. promis-  
 soribus ascripta esset, ut utrobique inter eos diu-  
 sa intelligatur. ueluti in hac stipulatione TE HÆ-  
 REDEM QVE TVVM RATVM HABITVRVM, ET, SI  
 CONTRA FIAT, CENTVM DARI. Cum hæredem  
 hic dicimus, perinde est ac si singulos hæredes di-  
 ceremus. l. 158. in usu. De uerb. sign. Ac Cato qui-  
 dem cum tradit, uno hærede cōtrà faciente, non  
 nisi pro eius parte pœnam committi: satis enim  
 esse, alios pro sua parte conditionem impleuisse,  
 hoc est, ratum habuisse, ut pro eorum parte non  
 committatur pœna: non exprimit plenam & in-  
 tegram

tegram illam stipulationis formulam, quæ hæredum nominatim meminerit: sed compendio quodam sermonis tantum proponit impersonalem stipulationem RATVM HABERI. Verùm nihil id obesse, quin intelligatur explicata illa stipulatio ita, ut dixi, cõcepta, satis intelligunt qui in sermone Iurisperitorum uersati sunt: & eo ipso loco Paulus, & iterum alio non obscure id exprimit. l. 44. inter. §. si quis stipulatus. Fami. er. cisc. Quid igitur? Si hæredum nulla mentio facta esset, inter eos non diuideretur conditio, ut antea dictum est: quia nihilominus omnis numerus eorum qui in locum unius substituuntur, pro singulari persona habendus est, ut inquit Iabolenus, d. l. cui fundus, ad fin. Sed si nominatim & ueluti etiam principaliter facta eorum mentio sit: diuidetur inter eos conditio, eius uel implendæ ratio: sicuti inter plures legatarios, quibus ascripta est, scinditur. Vnde cum conuenisset,

TE HAEREDEM QVE TVVM ANNVOS CENTVM AVREOS CERTO DIE SOLVTVRVM, ET NISI ITA FACTVM SOLVTVMVE ESSET, TVNC EO AMPLIVS, POENAE NOMINE, CENTVM DARI: responsum à prudentissimis causidicis esse memini, conditionem scindi: ut si unus hæres pro sua parte soluerit suo die, pro eius parte poena non committatur: sed tantum pro alterius, qui non soluerit. Neque sanè dubitarem eius etiam sententiæ patronum ciere Catonem. Porro ne quis discrimen illud ualde esse insolens existimet, cum Iabolenus ait, conditionem duobus quidem ascriptam inter eos scindi, non etiam inter duos hæredes unius, cui tantum ascripta fuerat: adij-

ciam

ciam & aliud non omnino dissimile. Damna-  
 uerat testator hæredem suum, Titio & Mæuio a-  
 grum quendam uendere certo precio. Cum Ti-  
 tius emere nollet, Mæuius autem uellet: respon-  
 dit Scæuola, Mæuium posse dimidiam agri par-  
 tem emere, & cautionem euictionis pro ea por-  
 tione præstari. l. 41. uxorem. §. agri. De leg. 3. At qui  
 cum is qui fundum ea lege emerat, ut soluta pe-  
 cunia traderetur ei possessio, duobus hæredibus  
 relictis decessisset: non dubitauit Iabolenus La-  
 beonem secutus respondere, non posse unum, si  
 partem soluat, ex empto agere: quoniam ita con-  
 tractum æs alienum diuidi non possit. l. fistulas.  
 §. qui fundum. De contr. empt. Hic ergo solutio,  
 quæ in emptore fuit, in eius quoque hæredibus  
 indiuisa manet, neq; eius conditio immutatur.  
 At si duob. ascripta fuisset, facile diuidi inter eos  
 posset. Sed neque illud hoc loco prætermitten-  
 dum est, si duorum seruo legatum sit sub condi-  
 tione dandi, quosdam olim existimasse, non pos-  
 se per partes cõditioni pareri, sed semel dandam  
 pecuniam. Sed Paulum contrà putasse, l. 43. qui  
 hæredi. §. qui duorum. De cond. Ex cuius senten-  
 tia perinde res accipietur, ac si non uni seruo, sed  
 pluribus eius dominis conditio esset ascripta.  
 Nam & seruus communis uicem duorum suo-  
 rum dominorum sustinere dicitur. l. 1. §. commu-  
 nis. De stipu. ser. Itaq; conditio illi ascripta diui-  
 detur, perinde atque si eius dominis pluribus es-  
 set ascripta. Sanè si indiuiduum aliquod factum  
 sit in conditione pluribus ascripta, constat tunc  
 eam nõ scindi inter eos. Et quemadmodum cum  
 res quæ danda est, diuidua est, tamen si conditio

indiuisa sit, ut quia uni ascripta est, frustra quod  
 ad eam attinet, pro parte datur: sic ediuerso, licet  
 diuisa possit esse ratio conditionis, ut quia pluri-  
 bus sit ascripta: si tamen, quod in ea uersatur, in-  
 diuiduum est, illa quoq; pro indiuisa habebitur.  
 Sed queritur, an saltem ab uno eorum quibus a-  
 scripta est, rectè in solidum impleatur? Certè si a-  
 gatur de euitanda pœna stipulationi faciendi ap-  
 posita: facilè admittimus eam non cõmitti, si u-  
 nus in solidum fecerit, & eius etiam factò alios li-  
 berari. Veluti si à plurib. stipulatus sim domum  
 ædificari, & nisi ædificaretur, centum dari: ut pœ-  
 na euitetur, unum in solidum fecisse satis erit.  
 Nam neque stipulatoris interest, neque aliorum  
 cessatio illi nocet, neque æquum est rem eum  
 simul & pœnam consequi. Sed si ageretur de  
 aliquo emolumento, conditione, quæ pluri-  
 bus ascripta sit, impleta, consequendo: diffi-  
 cilius admittimus, unius factò alijs cessantibus  
 illud acquiri: cum uix admittamus, illi, qui in  
 solidum fecit, quasi conditione rectè expleta,  
 totum hoc tribui. Tales condiciones, *SI MO-*  
*NUMENTVM FECERINT*, pluribus propositas,  
 non posse nisi in omnibus simul personis exi-  
 stere, ait Pomponius l. penul. De condit. & dem.  
 Sed hic tamen præcipuam esse uoluntatis quæ-  
 sitionem, ex eiusque coniectura rem hanc totam  
 pendere, eleganter Ulpianus ostèdit l. 13. si ita fue-  
 rit. De manu. test. Sanè Iustinianus cum dixisset,  
 apud Ulpianum olim dubitatum fuisse, si plures  
 personæ unam conditionem implere fuerint ius-  
 sæ, utrum omnes simul eandem facere debeant,  
 an singuli quasi soli implere eam compellantur:

ut illud definiat, testatur sibi uideri, qui suam partem relictæ emolumentæ consequi uoluit, conditionem totâ eos implere debere. l. pen. C. de cõd. insert. Dixi q̄ breuissimè potui, de cõditiõne pluribus ascripta, ut si rei alioqui diuiduæ sit, inter eos scindi & diuidi, ut p̄ parte impleatur, possit. Nũc illud addendũ est, si cõditio pluriũ rerũ sit, scindi quoq; posse. Sic enim duob. modis fit, ut licet una esse uideatur solaq; cõditio. quia uel una sit res uel una oratio: tamẽ p̄inde iudicemus, ac si plures cõditiones sint. Nempe, cũ plures personæ expressæ sunt, quæ diuiduum aliquid facere uel dare iussæ sunt, licet eadem res sit: uel cum plures res summæ uel expressæ sunt, licet una sit oratio. Superest igitur, ut hoc posterius nũc adijciamus, atque breuiter explicemus. Ac in primis quidem nunc illa mihi occurrit nobilis quæstio, quam Paulus tractat l. Seia. De usur. Ego, si possum, familiariter explicabo hypotheseim. Accepi abs te centum mutuo, promisiq; usuras semisses: & nisi eas (quæ erant menstruæ) sua die soluero, centesimas. Primo mense non solui semisses, debentur igitur centesimæ pro eo mense. Sed quid si alijs mensibus semisses soluere paratus sim? An nihilominus propter cõtesimarum stipulationem semel commissam prima pensione primo uel mense, semper deinde centesimæ exoluendæ sint? Paulus respondit, plures conditiones cõtinere eam stipulationem, quæ de grauioribus usuris præstandis subiecta esset: id est, ut per singulas pensiones cõditio expectaretur non illatarum suis temporibus leuioribus usurarum: & ideo posse euitari pœnam sequentium pensionum. Hic igitur



tur plures esse creduntur & stipulationes centesimarum, & conditiones propter plures summas, pensiones' ue suis temporibus exoluendas. Diuiduntur itaque & separantur. Sed & cum quis stipulatus esset, ANNUA BIMA TRIMA DIE HOC ARGENTVM QVAQVE DIE DARI: etsi apud ueteres uariatum sit, tamen Paulus uerius esse affirmat, hic tres quoq; esse triū summarum stipulationes. l. 140. pluribus. §. 1. De uerb. obli. Quo etiā loco docet, pluribus rebus propositis cum stipulatio ita subiecta est, EA OMNIA QVAE SVPRASCRIPTA SVNT, DARI: propius esse, ut tot stipulationes sint, quo sunt res. Multa iā dicta sunt an in solidum committatur, & quando ita committatur stipulatio pœnalis, si eius conditio, siue in dando siue in faciendo, siue etiam in non faciendo concepta pro parte existat. Sed quædam præterea adiicienda sunt. Et quidem cum omnibus facti stipulationibus intelligatur inesse, tacita est conditio, atq; etiam stipulatio, SI NON FIAT, uel, SI CONTRA FIAT QVAM CONVENIT, PRAESTARI ID QVOD INTEREST: sæpe quaeri solet, an ea cōmittatur non secus quàm si fuisset pœnalis stipulatio: & an aliquid inter hanc & illam sit discriminis? Certè cū stipulatus essem, PER TE NON FIERI, NEQVE PER HAEREDEM TVVM, QVO MINVS MIHI IRE AGERE LICERAT: & ab uno ex tuis hæredibus prohibitus essem, responsum est tali unius facto, quod indiduum est, in solidum committi stipulationem. l. 2. §. item si in facto. De uerb. obli. & l. hæredes. §. in illa. Fami. ercis. neque distinguitur, utrum de pœna expressim apposita quaeratur, an uerò de

eo quod stipulatoris prohibiti interfit: sed illud tantum inculcatur, unius facti commissæ stipulatione, alios etiam cohæredes stipulatori teneri, quia conditio stipulationis hæreditariæ extiterit: & licet ab uno tantum prohibitus sit stipulator, non tamen in partem prohibitum esse. imò uerò quia factum indiuiduum sit, ab omnibus quodammodo factum uideri: & omnes cõmissile uideri. l. inter. §. quod ex facti. Fami. ersc. l. 4. §. Cato. l. in executione. §. quod si. De uerb. obliga. Quæ quidem ratio non tam pertinet ad naturam conditionis, quæ indiuisa est, quàm ipsius facti, quod erat indiuisum. Ergo tum siue fuerit pœnalis aliqua stipulatio expressim adiecta, siue non sit, sed agatur ad id quod interest, in solidum semper agitur. Non enim stipulator minus prohibitus est, qui ab uno prohibitus est, quàm si ab omnibus. Cæterum cõtrario casu, cum scilicet eius qui stipulatus erat sibi hæredi que suo ire agere licere, unus tantum hæres prohibitus est: hanc distinctionem adhibet Paulus, ut si pœna nulla operata sit, tunc pro parte eius tantum, qui prohibitus est, committatur stipulatio. Nam eius solidius interest: neq; alijs iniuria facta est. Sed si pœna stipulationi adiecta sit, in solidum summo iure committi stipulationem. Cuius quidem differentia Ulpianus l. 3. De uerb. oblig. ait hanc esse rationem, quòd ubi unus ex hæredibus prohibetur, non potest cohæres ex stipulatu agere, cuius nihil interest: nisi pœna subiecta sit. Nam pœnam subiectam efficere, ut omnibus cõmittatur: quia hic non quærimus, cuius interfit. Sed differentia, de qua nunc agimus, ratione magis illustra-

set Ulpianus, si quod huius loci est, adiecisset. Stipulationem pœnalem, cuius conditio existit, nō posse non in solidum committi. Extitisse autem conditionem uideri, si uel in uno eorum quæ fieri uel non fieri oportuit, peccatum sit, ut supra dictū est. Cæterum in casu proposito agnoscit Paulus, nimis strictum esse hunc summi iuris rigore. Itaque adijcit, eos qui non sunt prohibiti, summo ueri posse doli mali exceptione. Nam & cum stipulatio pœnæ subiecta intelligatur loco eius quod interest, & ne id aliter probari sit necesse. l. ult. De præst. stip. Prætor ex æquo & bono iudicat, non nisi eum cuius uideretur interesse, hoc est, qui prohibitus est pœnam petere & consequi debere, & quidem tantum pro qua parte hæres est. Pœna enim commissa, quæ pecuniaria est, diuisa est. Dixi de stipulationibus facti indiuidui. Quid si sit factum diuiduum? Tunc certè maius discrimen apparet, utrum adiecta fuerit pœnalis stipulatio, an de eo quod interest agatur. Promissit simpliciter aliquis ratum habere: locum habebit quod Pomponius l. si procurator. Rem rat. habebit, ait, pro parte ratum haberi posse, & pro parte ratum non haberi: ut scilicet pro ea tantum parte pro qua ratum non habebitur, committatur stipulatio ad id quod interest. Sed si expressim adiecta sit pœnalis stipulatio, uerum erit quod Paulus ait, eum qui ratum habere promissit, pro parte ratum habere non posse. l. 4. §. sed uideamus. De uerb. oblig. sic (inquam) non posse, ut pro ea solum parte pœnam committat. Hanc enim in solidum committi credimus, quia tota conditio quæ iudiuisa erat, extiterit uel eo solo nomine, quod

quòd pro parte ratum non habuit. Ne tamen sti-  
 pulator & rem & pœnâ simul cõsequi uideatur,  
 quod neque bona fides, neq; iuris ratio patitur,  
 neque contrahentibus placuit: liberum erit pro-  
 missori, qui, quia pro parte ratum non habuerat,  
 pœnam solidam soluit, pro altera parte impunè  
 ratû nō habere. aut si pro ea ratû iam prius habue-  
 rat, stipulator imputare debet & deducere, quod  
 inde cõsecutus emolumenti est. Dictû est de cõdi-  
 tionib. dandi, faciendi, uel etiã nō faciendi quæ pro  
 parte existunt aut cõmittantur ascriptæ uni ali-  
 cui, pluribus ue. Sed quid si conditiones sint quæ  
 neque in dando, neque in faciendo consistât, ne-  
 que alicui ita ascribantur? Certè hæ facilius scin-  
 duntur, ut non inutiliter pro parte impleantur:  
 neque committantur, nisi pro qua parte existût.  
 Et quidem dubium non est, scindi pro numero  
 plurium personarum rerum ue, una licet oratio-  
 ne comprehensarum. Cùm duo serui ita essent he-  
 redes instituti, PRIMVS ET SECVNDVS, SI MEI  
 ERVNT, CVM MORIAR, LIBERI ET HAEREDES  
 SVNTO: & alter ex his sit alienatus, Celsus l. 2. §.  
 ulti. De condi. insti. respondit, illud sic accipien-  
 dum esse, atq; si singulos separatim sub eadè con-  
 ditione hæredes instituisset. Idem, & si sub tali cõ-  
 ditione libertatem & fundum ijs legasset, ex sen-  
 tentia Tiberonis aduersus Labeonè l. 29. qui con-  
 cubinâ. §. ult. De lega. 3. Sed & cum quis ita scrip-  
 sisset: STICHVM ET PAMPHILVM TITIO DOLE  
 GO, SI MEI ERVNT CVM MORIAR: & unum ex  
 his alienauisset, quæreretur quæ, an uel alter pos-  
 sit à legatario uindicari: Paulus respondit place-  
 re, posse uindicari. Nam hunc sermonè, licet plu-  
 ralis

ralis sit, pro eo oportere accipi, atque si separatim  
 dixisset, *STICHVM, SI MEVS ERIT, CVM MORIAR:* *PAMPFILVM, SI MEVS ERIT, CVM MORIAR.* l. 34. falsa. §. ult. De cond. & demō. Sed quid  
 si unus aliquis seruus sub tali conditione uel hæ  
 res institutus sit, uel alteri legatus: & tēpore mor  
 tis, pro parte tantum fuerit testatoris, an condi  
 tio defecisse uideatur, an uerò extitisse? Vlpianus  
 l. 2. De cond. instit. cum sub tali conditione insti  
 tutus seruus fuisset, & quæreretur, quatenus in  
 ea conditione accipiatur hoc uerbum, *MEVS*, re  
 spondit: Si in eo seruo usumfructum alienasset  
 deinde testator, nihilominus ipsius esse. Si uerò  
 partem in eo alienauerit, uerius adhuc esse non  
 defecisse conditionem, nisi euidentissimis pro  
 bationibus apparuerit testatorem uoluisse uerba  
 inserere pro hac conditione, *SI TOTVS SER  
 VVS IN DOMINIO EIVS REMANSISSET:* tunc  
 enim parte alienata, cōditionem deficere. Sed &  
 cū quis ita legasset, *STICHVM, QVI MEVS ERIT,*  
 uel, *SI MEVS ERIT, CVM MORIAR,* conditionē  
 ita accipi debere, *QVATENVS MEVS ERIT,* respō  
 dit Iulianus l. Stichum. De lega. 1. ut si partem re  
 stator alienauerit, pro altera saltē parte debeat,ur,  
 quæ testatoris fuit cū moreretur. Ac Labeo quidē  
 olim putauerat, cum res legata ita esset, *QVAB  
 MEA ERIT CVM MORIAR,* totam deberi, et si cō  
 munis fuerit. Sed uerior uisa est Trebatij senten  
 tia, non nisi partem deberi respōdentis, l. 5. §. 1. De  
 lega. 1. Verbum *S VVM*, aut, *MEVM*, ambiguum esse  
 dicitur, utrum de toto, an de parte significet. l.  
 249. pupillus. §. ult. De uerb. sign. Sed in legatis  
 & cōditionibus benignè accipitur, ut etiam par  
 tem

tem significet, cū quis de re sua disponit. Posteaquam dictum est de cōditionibus, quæ quia pluribus personis ascriptæ erant, uel erant plurium rerum, plures quoque esse uidentur, & pro earū numero scinduntur atque diuiduntur, & in singulis uel personis uel rebus repetitæ uidentur: uideamus quid dicendum sit, ubi plures & diuersæ conditiones expressim uni etiam personæ appositæ sunt. & an proficit quasdam impletas esse, si aliæ expletæ non sint. Ac Paulus quidem regulam hanc tradit l. 5. De cond. insti. Si hæredi plures conditiones coniunctim datæ sint, omnibus parèdum est: quia unius loco habètur. Sed si disiunctim, cuiilibet. Eandem regulam totidem prope uerbis Iustinianus inculcat & repetit. §. pen. De hæred. instit. Ac si quidem non uni institutio ni plures diuersæ uel cōditiones ascriberètur, sed pluribus ex eadem etiam parte institutionibus: Florentinus ait, conditionem, quæ prior extiterit, occupare institutionem. l. 17. si plures. De cond. insti. Tum enim satis apparet omnino separatas fuisse eas conditiones. Nos uerò hic agimus de diuersis quidem & pluribus conditionibus: sed quæ uni alicui ascriptæ sunt. At distinctio illa Pauli, utrū cōiunctim an disiunctim ascribantur, satis etiā intelligi ex eo potest, quod Papinianus ait: Disiunctiuo modo conditionibus ascriptis, alteram defecisse non oberit, altera uel postea impleta, nec interest, in potestate fuerint accipientis conditiones, an in euentum collatæ. l. 77. cum pupillus. §. 1. De condi. Iulianus quodam loco uidetur dicere, duas conditiones alternatiuè conceptas, esse unam cōditionem habentē duas partes.

partes. l. 26. hæc scriptura. De cōdi. Sed eodem loco significat, satis esse alteram partem implere. Sanè Iustinianus cū explicat quod dixerat Paulus de pluribus conditionibus disiunctim datis, exemplum subijcit, SI ILLVD AVT ILLVD FACTVM FVERIT. Sed illud malè me habet, quòd conditiones ita concipi dicat separatim. Melius enim conuenit uerbum DISIUNCTIM. Verùm Iustiniano ignoscemus: ut Modestino ignoscitur, qui cum aliquando rectè dixisset, SEPARATIM, l. quod uulgo. De manu. testa. postea, ubi tamen non cōueniebat, dixit, DISIUNCTIM, l. sub diuersis. De cond. & demō. Si omnino separatim, hoc est, diuersis orationibus seorsim plures ascribantur conditiones: certè eo iure utimur, ut si plures sint etiam unius hæredis institutiones ex eadem parte ita scriptæ: conditio quæ prior exhibit, occupet institutionem. l. si plures. De condit. instit. l. si te solum. De hæred. instit. In legatis ita relictis traditum est, nouissimam, in libertatibus ita relictis, leuissimam conditionē spectari. l. sub diuersis. l. quod traditum, & ll. seq. De cond. & demō. l. quod uulgo. De manu. test. Sed quod attinet ad conditiones plures, quæ propriè disiunctim, hoc est, alternatiuè conceptæ sunt, perpetua ea regula est, ut cui libet, siue uni alicui ex iis paritū esse, sit satis. Quo uerbo, CUILIBET, rectè usi sunt & Paulus & Iustinianus, opposcentes illud huic uerbo OMNIBVS. sicuti alijs in locis opponitur. Non enim est uniuersalis, sed particularis dictio: uim tamen habet distribuendi uniuersum in singula sua subiecta separatim. l. 44. si pluribus. De legat. 2. l. non distinguemus. §. cum in plures.

plures. De rec. arb. Quod si cōiunctim plures cōdi-  
 tiones ascribantur, ueluti (inquit Iustinianus)  
 SI ILLVD ET ILLVD FACTVM FVERIT, Omni-  
 bus parendum esse, omnesque in solidum imple-  
 ri debere dubiū non est, non secus atq; si una tan-  
 tum ascripta esset. Neq; alio iure utimur in lega-  
 to libertatis. Nam si plures cōditiones coniūctæ  
 ascriptæ sint seruo, cū ei libertas legatur: nisi om-  
 nibus paruerit, liber nō erit, inquit Modestinus  
 l. quod uulgò. De manu. testa. Sed & in stipula-  
 tionibus locum habere superiorem distinctionē,  
 tam apertè ostendit Scaeuola, ut operæ precium  
 sit eius uerba audire. l. 129. si quis ita. De uerb. obl.  
 Si (inquit) quis ita stipulatus fuerit, DECEM AV-  
 REOS DABIS, SI NAVIS EX ASIA VENERIT,  
 ET TITIVS CONSVL FACTVS EST? non aliàs  
 dabitur, quàm si utrumq; factum sit. Item in cō-  
 trarium, DARE SPONDES, SI NEC NAVIS VE-  
 NERIT, NEC TITIVS CONSVL FACTVS SIT?  
 exigendum erit, ut neutrum factum sit. At si  
 sic, DABIS, SI NAVIS VENIT, AVT TITIVS  
 CONSVL FACTVS SIT? sufficit unum factum.  
 & contrà: DABIS, SI NAVIS NON VENIT, AVT  
 TITIVS CONSVL FACTVS NON EST? sufficit  
 unum non esse factum. Sed & Ulpianus l. 13. cum  
 quærebatur. Iudic. solui. Si quis (inquit) stipu-  
 letur, SI NAVIS EX ASIA VENERIT, AVT SI  
 TITIVS CONSVL FACTVS FVERIT: constat, si-  
 ue nauis prior uenerit, siue Titius antè Cōsul fa-  
 ctus fuerit, committi stipulationem. Adijcit au-  
 tem, ubi cōmissa est ex priore causa, ex altera (li-  
 cet existat conditio) amplius non committi. alte-  
 ram enim causam, nō utramq; inesse stipulatio-  
 ni.



ni. Huc quoque pertinet, quod Caius l. 71. si à reo. De fideiussor. cum quæreretur, an si à reo sub cōditione fuero stipulatus, possim fideiussorem & in hanc & in aliam conditionē obligare: respondit, posse me, si modò eas coniungam. nisi enim (inquit) utraque extiterit, non tenebitur, cum reus ex una tantum conditione teneatur. Hic itaque in leuiorem causam fideiussor obligatus uidebitur. Sed adijcit Caius, si conditiones disiungam, duriorē fieri conditionem fideiussoris, quia uideatur apprehendi existente alterutra cōditione. Hic ego finem huiusce disputationis Iubenter facerem: sed ualde uelim disputationē Iuliani, quæ huc omnino pertinet, adiungi atq; repeti, qualis in Pandectis extat, l. is qui ducenta. §. cum ita. De reb. dub. Et quia illa subtilis, & propterea etiam obscura est, breuiter adijciam quod ad eam illustrandam pertinere existimo. In primis autem constituendum est, quæ sit uis, natura & proprietas orationis solutæ, coniunctæ, & disiectæ. Ac coniunctæ quidem disiectæque propria significatio satis nota est: sed ab ea interdum receditur propter coniecturam uoluntatis, non modò ut coniuncta oratio accipiatur pro disiecta, l. coniunctionem. l. sepe ita. De uerb. sign. sed etiam ediuerso, ut disiectio uerborum accipiatur pro coniunctione. Utque longius exempla non repetamus, eodem illo Iulianus loco eleganter id docet. Scriptum erat, SI QVIS MIHI FILIUS AUT FILIA NASCATVR, HAERES MIHI ESTO. SI MIHI FILIUS AUT FILIA HAERES NON ERIT, SEIUS ESTO. Fatetur Iulianus, talē propriè scripturā conuenire, ubi quis filium quidem

quidem & filiam instituere hæredes uult: sed si-  
 ue alter tantum hæres sit, uult Seium adiungere:  
 siue neuter, Seium substituere. Si non aliter Seium  
 admitti uelit, quàm si neque filius, neque filia hæ-  
 res sit, ita potius scribi oportere, SI MIHI NEC  
 FILIUS NEC FILIA HAERES ERIT, SEIUS ESTO.  
 Sed interea in superiori quoque scriptura procli-  
 uius esse ait, sententiam testatoris sic accipi, ut si-  
 ue filius siue filia hæres sit, Seius non admittatur.  
 Hic ex cõiectura uoluntatis paternæ orationem  
 disinctam pro cõiuncta accipimus. Aliud exem-  
 plum est apud Iustinianum. Scriptum erat, SI FI-  
 LIUS SINE LIBERIS MORIATUR VEL INTESTA-  
 TUS, TITIVM SUBSTITVO. Id Iustinianus perin-  
 de accipit atque si scriptum esset, SI FILIUS SI-  
 NE LIBERIS ET INTESATVS MORIATVRI  
 l. generaliter. C. de instit. & subst. Idem, si illi aut  
 illi promissum uel legatum sit, talem personarum  
 disinctionem pro coniunctione accipit, ut utri-  
 que debeat: quia alioqui incertum esset lega-  
 tum, & stipulatio incerta. l. pen. C. de uerb. signif.  
 Aliam tamé esse uerborum proprietatem nemo  
 ignorat, ut etiam regula Iuris docet, sufficere al-  
 terum fieri, ubi uerba coniuncta non sunt. l. uo. in  
 eo quod plus. §. ubi. De regul. iur. Vt autem pro-  
 pius ad Iuliani disputationem ueniam, constat,  
 si sit principalis aliqua rerum duarum stipula-  
 tio disinctiuis uerbis concepta, ueluti ILLVD  
 AVT ILLVD DARI, ex qua satis appareat non ni-  
 si alterum habere stipulatorem uelle, & subijcia-  
 tur stipulatio pœnalis, SI ILLVD AVT ILLVD  
 DATVM NON SIT: promissorem qui unum de-  
 derit, etsi alterum etiam non dederit, liberari, ne-  
 que

que in pœnam incidere. Sed & ubi res plures ita stipulor uel coniunctim uel collectiue, ut appareat me omnes eas simul habere uelle: promissor si uel in uno solo peccarit, hoc est, aliquam earum rerum non dederit, pœnam in solidum committet, perinde atq; si nullam earum rerum dedisset. ea enim summo iure uis est cõditionis indiuisæ. Hic tamen ex æquo & bono quædã interdum moderatio adhibetur, ut pœna ita commissæ non exigatur, nisi pro qua parte peccatum est. I. si seruus. §. Si quis caut. Vbi non tam esset pœnalis & accessoria, quàm principalis una stipulatio ita concepta: certè multo magis cum Iuliano fatebimur in solidum committi, si uel in altero tantum peccauerit promissor. Et quamuis altero factõ ( ut ait Iulianus ) uerum sit, hoc aut illud factum esse: non ideo tamen minus uerum est, hoc aut illud factum nõ esse. Nam & utrumque uerè hic dici potest, quamuis cõtraria sint. Itaque interpretamur, stipulationis ita conceptæ conditionem existere, si uel in altero uerum sit commissam esse: sicuti & cum apparet uoluisse stipulatorem omnia fieri quæ stipulatione comprehensa sunt, satis est aliquid eorum nõ fieri, ut pœna tota committatur. Hæc pluribus uerbis ab Iuliano tractantur. Sed cum eius disputatione, esset operæ precium, Dialecticorum in hoc genere regulas & acumen componere atque conferre.

*De conditionibus, quæ pro expletis habentur.*

C A P. X.

**P**roximum est, ut dicam de conditionibus quæ cum reuera defecerint, neque impletæ sint, pro impletis tamen magis habentur: nempe, quæ

quæ collatæ in potestatem, per casum deinde a-  
 liquem deficient: uel cum non stat per eum qui  
 implere debet, sed per eum cuius interest non  
 impleri. Quo quidem in genere nihil commo-  
 dius proponere primo loco possum, quàm quod  
 proponit Iulianus, & inter iuris quoque regulas  
 relatum est, l. Iure civili. De cond. & dem. l. Iure  
 civili. De reg. iur. Iure Civili receptum est, quo-  
 ties per eum cuius interest conditionem nõ im-  
 pleri, fit quo minus impleatur, ut perinde habea-  
 tur ac si impleta fuisset. Quod plerique & ad lega-  
 ta, & ad hæredum institutiones perduxerunt.  
 Quibus exemplis stipulationes quoque com-  
 mitti quidam rectè putauerunt, cum per promif-  
 sorem factum esset quo minus stipulator condi-  
 tioni parèret. Sic Iulianus. Mitto nõ dissimilem  
 Canoniorum regulam: Cum stat per eum ad  
 quem pertinet, quominus conditio impleatur,  
 haberi debet perinde ac si impleta fuisset. Vulga-  
 ta exemplaria habent: CVM NON STAT PER  
 EUM, & c. Sed tum regula omnino uera non erit.  
 Non enim semper uerum est, impletam uidei in  
 cõditionem legati uel obligationis, cum nõ stat  
 per legatarium uel creditorem: sed cum stat per  
 hæredem uel promissorè. Paulus ait l. 80. Iulius.  
 Paulus. De condit. Tum demum pro impleta hæ-  
 beri conditionem, cum per eum stat, qui si imple-  
 ta esset, debiturus erat. Eoque pertinere uidetur  
 regula, quam Iulianus tradit. Nam & cum ait, in  
 stipulationibus quoque eam locum habere, hoc  
 exprimit, cum per promissorè factum esset quo-  
 minus stipulator cõditioni parèret. Sicuti & Pau-  
 lus ait l. in executione. §. ult. De uerb. oblig. Qui-  
 cunque

cunque sub cōditione obligatus curauit ne conditio existeret, nihilominus obligatur. Et similiter in contractibus, quorum ultrò citroque est obligatio, conditio habetur pro impleta, quòd attinet ad eum obligandum, per quem stat quo minus illa impleatur. Sic enim Vlpianus l. 50. La beo scribit, Si mihi bibliothecam. De contrah. empt. ait, ex uendito agi posse, quasi impleta conditione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur. Sic itaque & hoc loco dicemus apud Iulianum: Si is qui sub conditione iussus est testamento aliquid dare, sic ut eius propterea interesse intelligatur conditionem non impleri, faciat, quo minus impleatur, per eum ue stet, conditio habetur pro impleta. Nam etsi iure quodam suo id facere uideatur, non tamen impedit conditionem. Potest hæres impedire statuliberum, qui de suo peculio aliquid dare iussus est, ne talem libertatis conditionem impleat, nempe adempto peculio. Sed nihilominus tunc conditio habebitur pro impleta, & libertas competet. l. 3. §. ulti. De cond. cau. dat. cau. non sec. Sanè si seruo legata esset libertas, SI RATIONES REDDIDISSET, tum demum quasi impleta conditione liberum fore cum rationes offert, & reliqua: & hæres qui recipere non uult, in mora est, respondit Papinianus, adijciens non sufficere heredem in mora fuisse, si non id fiat per statuliberum, quod remota hæredis mora libertati aditum daret. l. 34. seruus si hæredi. §. si Imperator. De statulib. Quibus uerbis Papinianus significat non esse satis, non stare per heredem, nisi etiam nullo modo per statuliberum stet. Non sufficit itaque rationes offerre.

Nam

Nam etsi hæres eas recipiat, supersunt reliqua exoluenda. Quod igitur præstaret, si hæredis nulla mora esset, & præstare deberet ut conditionem relictæ libertatis expleret, illud offerre debet totum, antequam hæredis moram accusare possit. Quod si per aliquem tertium, cui dandum erat, fiet, quominus ei detur, conditio que dandi impleatur: habebitur similiter pro impleta. Paulus l. 3. De condit. institut. Si ita (inquit) hæres institutus sum, SI DECEM DEDERO: & accipere nolit, cui dare iussus sum: pro impleta conditio habetur. Et Ulpianus l. 5. §. ite si qua. Quan. dies leg. ced. Si qua conditio fit (inquit) quæ per legatum non stat quo minus impleatur, sed aut per hæredem, aut per eius personam, in cuius persona iussus est parere conditioni: dies eius legati cedit, quoniam pro impleta habetur, ut puta si iussus sum hæredi decem dare, & ille accipere nolit. Idem & si hæres, quod illi dare debebam, mihi remittat & acceptum ferat. l. 45. Iulianus. De cond. Quinimò Papinianus respondit, Cum pupillus tutor eius conditionem in persona pupilli collatam impedit, legati conditionem iure communi impletam esse uideri. l. 77. cum pupillus. De condit. Exemplum sumatur ex Scæuola. Scriptum erat, LEGO TITIO CENTVM ANNVVA QVAMDIV VIVET, SI NEPOTIS MEI NEGOCIA ADMINISTRAT. Non stat per Titium, quo minus id faciat: sed per illum nepotem, qui non uult nec patitur eum administrare. Scæuola respōdit, si non propter fraudem, aliam uel quã iustam causam improbadæ operæ remotus esset Titius à negocijs, quæ administrare secundum defuncti uoluntatem uel

let: percepturū legatū. l. 13. Mæuia. De annu. lega.  
 Papinianus ait, fideicommissa menstrua uel an-  
 nua sub ea conditione liberto relicta, QVANDIV  
 RES PATRONI FILIAE GESSERIT, etsi præstari  
 necesse sit filia prohibente res suas administrari:  
 tamen uoluntatem mutante filia, conditionē re-  
 sumere, quoniam plura sunt. l. 100. pater Seue-  
 rinam. §. ult. De condit. Sed ad Scæuolam redeo.  
 Cum conditio legatorum alimentorū seruis ma-  
 numisis ascripta esset, SI CVM HAEREDIBUS MA-  
 NERENT: quāuis ab eo discessissent ppter durio-  
 rem hæredis morositatem, legatum deberi pu-  
 tat, quasi per hæredem magis stet quàm per lega-  
 tarios, quo minus conditio impleatur. l. 23. Caius  
 Scio. §. Imperator. ad fi. De alim. lega. Et uxori le-  
 gatum, SI CVM FILIO HABITET, deberi, cum  
 per mulierem mora non est quo minus cum filio  
 habitet, sed filius à matre migravit, respondit La-  
 bolenus l. 29. qui concubinam. §. uxori. De leg. 3.  
 Sexcenta sunt huius generis apud Iurifconsul-  
 tos. Sed quid si per aliū stet, in cuius alioqui per-  
 sona non erat implenda conditio? Quid enim si  
 conditio legati sit, SI SERVVM MANVMITTA S: &  
 aliquis eum occiderit? Certè si nullo iure id fecit,  
 & soluendo sit, ut nō sit inanis aduersus eum a-  
 ctio, facilè existimauerim conditionem deficere:  
 sed eū cuius interest, aduersus illū acturū. Vlpia-  
 nus enim ait, ppter occisionē deficere cōditionē:  
 sed legatariū conuenire posse eū qui occidit. l. un-  
 de Neratius. §. idē Iulianus. Ad legē Aquil. Si alia  
 fuerit ratio eius qui impedit me cōditionē imple-  
 re, sed talis, ut propterea aduersus eum agere nō  
 possim: magis habebitur conditio pro impleta,  
 ut legatum non amittam. Cum scriptū in testa-  
 men-

mentum esset, *TITIVS SI STATVAS IN MVN-  
CIPIO POSVERIT, HAERES ESTO:* responsum  
est, hæredem eū fore si paratus sit ponere, sed im-  
pediatur à municipibus, qui locum ei nolunt da-  
re. l. 14. Titius. De cond. Idemque iuris esse & in  
legato. Non licuisse priuatim cuique statuas in  
ciuitatibus ponere, & id petenti municipes iure  
negasse potuisse, satis sciunt, qui ueteres de sta-  
tuis leges tenent. Sanè cum mihi legatum esset  
sub conditione, *SI INTRA CERTVM TEMPVS A-  
LIQ VO' IUISSEM:* responsum est, quibus diebus  
uicinus meus me uia publica, cum ad parendum  
conditioni ire uellem, ire prohibuit, nec per me  
stetit quo minus agendo ob calumniam eū sum-  
moueam, hos dies conditioni nō imputari. l. 40.  
quibus. De cōd. Sed quid si per neminē factū sit,  
quo minus conditio existeret, sed casu aliquo ea  
defecerit? Vlpianus loquens de eo cui aliquid re-  
lictū est, *SI STICHVM MANVMITTAT,* Sticho  
deinde mortuo ait non uideri defectum condi-  
tione, si parère conditioni non possit. l. quæ sub  
conditione. 6. quoties. De condi. instit. Dicemus  
itaque, conditionem, quæ à principio collata in  
legatarij potestatem erat, cum is in mora non es-  
set, casu aliquo deficientem & impeditam nō no-  
cere. Non enim intelligitur testator uoluisse ta-  
lem conditionem, quam in eius, cui ascribebat,  
potestatem contulit, sic ab aliquo casu pendere,  
ut per eū deficiat, & ei cuius culpa alioqui nulla  
est, noceat. Quid igitur si conditio in eius planè  
potestatem nō fuerit collata, sed ex alterius quo-  
que arbitrio & facto pendeat? ueluti, *SI TITIO  
NUPSERIS, VEL TITIAM VXOREM DVXERIS?*  
Certè Africanus l. 31. in testamēto ita. De cond. ta-



lem hic distinctionem adhibet, ut si alterius morte impeditum sit matrimonium, conditio defecta uideatur. Sed si uoluntate & facto, non quidem legatarij, sed alterius recusantis in matrimonium coire: non nocere legatario, per quem non stat quo minus conditio impleatur. Quam quidem distinctionem & Cæsares secuti uidentur. l. 1. C. de insti. l. substi. l. 4. C. de cond. infer. Sed & Marcellus cum tradidisset eos, quibus legatum est, SI TITIAM DUCANT VXOREM, percipere legatum, si Titia nubere nolit, adiecit hanc rationem: Plerunque enim hæc conditio, SI VXOREM DVXERIT, SI DEDERIT, SI FECERIT, ita accipi debet, quod per eum non stet quo minus ducat, det, faciat. l. 23. uter. De condi. instit. Videtur hic Marcellus confundere conditionū uaria genera. Sed meminerimus discriminē, quod antea tradidi, seruare. Porrò cōstat conditionē pœnæ non cōmitti, si non stat per eum, qui SI QUID NON FACIAT, pœnam pendere deberet: ut cū sub tali conditione iussus esset legatarius aut hæres monumentum facere arbitrato Titij: Titio mortuo, uel nolente arbitrari, respōdit Pomponius, multam non cōmitti ab hærede uel legatario. l. multa. De condi. Et cum quidam uoluisset certa pecunia suos hæredes multari, si sibi monumentum non facerēt, ad exemplum eius quod erat cuiusdam Demetrii in uia Salaria (erat autem uia Salaria, quæ à porta Quirinali siue Collina mittebat in Sabinos, & per quam hisalem ex mari adferebant, & in qua Marij sepulchrum & aliud magnificentissimum Licinij tonsoris Augusti fuisse accepimus) respondit Alphenus l. 27. in testamen  
to.

to. De condi. Si non reperiretur eius exemplum, neque satis alioqui constaret, quale sibi monumentum testator fieri uoluisset, pœnam nullam uim habere. Tamen aliquod monumentum extrui debere secundum substantiam & dignitatē defuncti.

*Quo tempore & quo modo conditiones rectè impleantur. CAP. XI.*

**D**ictum est de conditionib. quæ etsi impletæ non sint, nō tamen pro defectis, sed potius pro expletis habētur. Nunc uideamus, quādo & quomodo rectè expleantur, quæ implendæ sunt. Hic uerò quia uaria genera sunt conditionum, multæ etiam distinctiones adhibentur. Martianus l. 89. conditionum. De condit. ait, conditionum quæ in futurum conferuntur, triplicem esse naturam. Quasdam pertinere ad id tēpus quo testator uiuit, ueluti, *TITIAE LEGO, SI MIHI NV PSE- RIT.* Certè cum mortuo nubere non possit, manifestum est, non nisi uiuo testatore talem conditionem impleri posse. Quasdam uerò pertinere ad id tempus, quod post mortem futurū sit: ut hanc, *SI AD EXEQVIAS FVNERIS MEI VNERIT.* uiui enim hominis funus esse nō potest. neque tam olim aut fatui, aut inepti fuerūt, ut nūc nonnulli esse dicuntur, ut suas exequias uiui peragerent. Quasdam denique ad alterutrum tempus pertinere: ut hanc, *SI FILIO MEO NV PSE- RIT.* nam uel uiuo uel mortuo testatore rectè impleri. Rursus addit Martianus, Quasdam ex his habere tempus infinitum, hoc est, incertum, neque alioqui aut præscriptum aut definitū, sic ut quandoocunque impleri possint: ueluti *SI NV-*

FERIT. Quasdam uerò habere tempus certum,  
 ut illam, *SI AD EXEQVIAS FVNERIS MEI VENE-*  
*RIT.* Possem & alias quasdam adijcere, quæ par-  
 tim finitū, partim infinitū tēpus habent. Hanc cō-  
 ditionē, *SI IN CAPITOLIVM ASCENDERIT,* sic  
 accipi, *SI CVM PRIMVM POTVERIT, CAPITOLI-*  
*VM ASCENDERIT:* nēpe post mortē testatoris, re-  
 spōsum est l. 28. hæc cōditio. De cōd. Hæc quoq;  
 cōditio *SI DEDERIT,* habet quidē tēpus præscri-  
 ptū, ut non nisi post mortem testatoris implea-  
 tur. Sed alioqui habet infinitum, ut quādocun-  
 que post mortem rectē impleatur. Sed adijciē-  
 dum est, interdum ante aditam hæreditatem re-  
 ctē impleri, interdum non nisi adita hæreditate,  
 ut si quis heredi dare iussus sit. l. 91. quæsitum. §. 1.  
 De lega. 1. Atque hic quidem altera distinctio quæ  
 præcipua est, subiungenda est, ut eam Paulus tra-  
 didit, l. si iam facta. §. 1. De condit. nempe, Promi-  
 scuas condiciones post mortem impleri oportere:  
 ueluti, *SI IN CAPITOLIVM ASCENDERIT.*  
 Non promiscuas, etiam uiuo testatore existere  
 posse: ueluti, *SI TITIVS CONSVL FACTVS FVE-*  
*RIT.* Similis est distinctio, quam Ulpianus adhi-  
 bet l. 2. De condit. Conditionum quædam sunt  
 (inquit) quæ quādocunque impleri possunt,  
 etiā uiuo testatore: ut puta, *SI NAVIS EX ASIA*  
*VENERIT.* Nam quādocunque uenerit nauis, cō-  
 ditioni paritum uidetur. Quædam sunt, quæ nō  
 nisi post mortē testatoris implētur: ueluti, *SI DE-*  
*CEM DEDERIT, SI CAPITOLIVM ASCENDERIT.*  
 Sanè hæc cōditionē, *SI CONSVL ERIT,* tãquam  
 fortuitam, uiuo quoque testatore rectē impleri  
 cōstat. l. 36. Publius. De cōd. Non enim est in ar-  
 bitrio aut potestate nostra, Consules fieri. Sed &  
 hæc

hæc conditio, *SI NVPSERIT*, inter fortuitas ma-  
 gis refertur, ut etiam uiuo testatore rectè implea-  
 tur: quod non modò Vlpianus significat, l. 10. hæc  
 conditio. filiæ. De condit. sed & Iustinianus aper-  
 tè statuit l. si quis hæredem. C. de instit. & substi.  
 Quanquam interdum ita accipiatur, ut non nisi  
 uiuo testatore rectè impleatur: ut apud Paulum  
 l. 2. De reg. Cat. nempe cum apparet testatorem  
 ita uoluisse. Porro etsi sub hac conditione sit uxo-  
 ri legatū, *SI LIBEROS PEPERERIT*, nihil interest,  
 siue uiuo marito, siue eo iam mortuo liberi pri-  
 mum nascuntur. l. 60. si uir uxori. De condit.  
 Et quidem addit Vlpianus, hanc conditionem *SI*  
*NAVIS EX ASIA VENERIT*, pro impleta habe-  
 ri: etsi iam testamēti facti tempore uenisset, igno-  
 rante testatore. Et Pomponius l. 45. si ita scriptū.  
 §. ult. De leg. 2. Cū pater filiæ legasset, *CVM NV-*  
*PSERIT*, respondit, etsi filia iam tum cum testamē-  
 tum sit nupta esset, sed ignorante patre, nihilomi-  
 nus legatum deberi: sed si hoc pater non ignora-  
 bat, uideri de alijs nuptijs sensisse. Nō dissimilis  
 est illa Pauli distinctio d. l. si iā facta. Si (inquit)  
 iam facta sint, q̄ cōditionis loco ponātur, & sciat  
 testator: quæ iterum fieri possunt, expectātur ut  
 fiant. Si uerò nesciat, præsentī die debentur. Atq;  
 hæc quidem etiam de conditionib. contractuum  
 dici posse, dubium non est. l. cum ad præsens. Si  
 cer. peta. Sed & cum qui in tempus liberorum u-  
 xori legat: de ijs non sensisse, quos iam tum uxor  
 habuit, responsum est. l. 9. solemus. De condit.  
 Porro cum tradidisset Vlpianus, conditiones for-  
 tuitas quandoque impleri posse, etiam uiuo  
 testatore: promiscuas uerò, non nisi post mortem  
 testatoris: adiicit alterum discrimen, quod huius  
 nunc

nunc loci est. ut (inquit) paruisse quis conditio-  
 ni uideatur, etiam scire debet hanc conditionem  
 insertam. Nam si fato fecerit, non uideatur obtem-  
 perasse uoluntati. Quibus uerbis significat, con-  
 ditionem promiscuam ab legatario sciente, atq;  
 etiam hoc agente, implendam esse; cum alioqui  
 conditiones fortuitas satis sit casu quodam im-  
 pletas esse, ignorante etiam non modò testatore,  
 sed & legatario. Si tamen ageretur de acquirenda  
 hæreditate, hæres qui scit sese institutū esse sub  
 conditione, non poterit adire, nisi si sciat condi-  
 tionem impletam esse, si modò hæc facti sit ma-  
 gis quàm iuris. l. multum, De condit. Sed de pu-  
 pillo, an sine tutoris auctoritate possit implere  
 conditionem hæreditatis, uel legati sibi relictī,  
 quæsitum est. Sed est responsum, posse. l. 26. si pu-  
 pillus. De condit. insti. l. 5. De cond. quia condi-  
 tione expleta, pro eo est, quasi purè ei hæreditas  
 uel legatum relictum sit. Ergo qui cōditioni, sub  
 qua scriptus est hæres, paret, non ideo quoque  
 fit hæres, aut adire hæreditatem propterea intel-  
 ligitur: sed tantum puram efficit institutionem,  
 quæ alioqui erat conditionalis: & ueluti sternit si-  
 bi uiam ad hæreditatem adeundam, si eam adire  
 uelit. Nam integrum adhuc est repudiare, eaque  
 etiam repudiata repetere quod parendi conditio-  
 ni causa datum esset. l. 1. §. 1. De condi. cau. da. cau.  
 non sec. Mirum ergo non est, si pupillus, qui sine  
 tutore non posset adire hæreditatem, possit tamè  
 sine eo conditionem implere, præsertim si eam im-  
 plendo nihil amittat: ut si sit conditio, SI IN CA-  
 PITOLIVM ASCENDERIT. Ceterū si aliquo sum-  
 ptu opus esset, uel esset conditio dandi: nō teme-  
 re

re id pupillo sine tutore permittendum esse uideretur, cum ne pupillo quidem sine tutore recte dari conditionis explendæ causa, paulo post dicturi simus. Verum inquires, etsi cōditio sit, quã nullo incommodo expleat pupillus, tamẽ ea impleta hæres per consequens erit, saltem si fuerit suus hæres ita institutus: ut sub conditione quæ in sua potestate sit, recte instituitur. Nanque hæc saltem cōditio non amplius suspendet uim sui, ubi impleta erit. Respondet Paulus l. 5. De cōd. neminem moueri debere, quòd expleta cōditione necessarius hæres aliquando esse possit pupillus. Nam hoc iure potestatis fieri, non conditionis explendæ. Potestatem intelligit patriam & iuris: qua fit, ut filius f. suus hæres & necessarius sit: adeò ut hanc uim, tutoris auctoritas nõ inhibeat. Subijcit Paulus, seruum aut filium f. sine iussu patris aut domini, conditionem implere posse: quia eo factò nemo fraudatur. Sed uideamus, an cōditiones arbitrariæ, siue promiscuæ, tam ualde promiscuæ sint, ut etiam per alium, eius cui ascriptæ sunt, nomine recte impleri possint. Et certe si tales sint, ut personæ cohærere uideantur, nõ possunt. Non enim tum à persona illa recedi potest. alioqui possunt. Prioris generis esse solent cōditiones, faciendi: posterioris, dandi. Papinianus ait l. ult. De condi. institut. hanc conditionem, *SI ALEXANDRIAM IERIT FILIUS*, non posse moriente filio impleri, quia scilicet per alium impleri non possit, & ipse filius moriens ire nõ possit. Sed hæc, *SI DECEM DEDERIT*, extremo uite momento impleri posse, quia per alium nomine filij impleri possit. Eadem planè distinctio est & a  

pud

pud Iulianum l. 5. De hær. inst. Huc quoq; pertinet quod Triphoninus l. Arescusa. De statu homi. ait, manumissam sub hac conditione <sup>SI DECEM DEDERIT</sup>, eo momento quo pariet, si per alium impleuerit conditionem, iam liberam perisse uideri. Sed poterit ne aliquando ab ea quoque persona, cui dari debet, recedi, ut alteri, eius loco & nomine detur aut numeretur? Sanè Paulus l. 13. si fundus. De condit. respondit: Si fundus alicui legatus fuerit, <sup>SI PUPILLO VEL FVRIOSO PECVNIAM DEDISSET</sup>, uideri expleffe cōditionem, curatori uel tutori dādo. Quod Papinianus etiam tractat, & quidem paulo diligentius. Ait l. 95. Stichum aut Pamphilum. §. usumfr. De solut. conditionis implendæ causa rectè pecuniam tutori uel curatori dari, sicuti & cum furiosi aut pupilli persona solutioni adiecta est. Adijcit autē, id ita recipi posse, si pecunia in ré uel pupilli uel furiosi uersa est: quo modo, si domino dare iussus, seruo dedisset ut domino daret. Ergo utroque casu conditio expleta non uidetur, nisi si pecunia in rem eius cui prodesse datio debet, uersa sit. Adedò autem tutori uel curatori rectè datur, ut sine eo non rectè daretur ipsi pupillo aut furioso, ne datio ex horū imbecillitate pereat: nec enim hoc egit testator, ut quoquo modo esset datum, expleta uideatur conditio. Id eleganter Marcellus etiam tractat l. 68. si seruus decem. De solut. Sed ut ad Papinianum reuertar: his ille, quæ suprà dicta sunt, subiungit: Qui seruo dare iussus est, domino dādo non aliter impleffe conditionem intelligendus est, quàm si ex uoluntate serui dederit. Paulus quoque, eum qui seruo alicuius dare iussus

iussus est, seruo, non autem domino dare debere  
 respondit: quia quæ facti sunt, non transeant ad  
 dominum. & contrà, eum qui domino dare de-  
 bet, non implere cōditionem dando seruo eius,  
 nisi si dominus consenserit. Neminem enim in  
 tali specie cōditionem, nesciente me & nolente,  
 implere posse. l. 44. qui hæredi. De cond. & dem.  
 Dicet aliquis, Cur qui seruo dare debet, rectè nō  
 dat domino, cum quidem etsi seruo datum sit,  
 domino protinus acquiratur? Certè qui seruo da-  
 ri uoluit, serui potius quàm domini rationē ha-  
 bet: & ipsius etiam serui interest, sibi dari, uel ut  
 peculium suum augeat: uel etiam ut dominum,  
 si ei acquirat, magis demereatur. Itaque & qui da-  
 re iussus est illi qui alioqui ex testamento acqui-  
 rere non potest, ei tamen dare iubetur, ut condi-  
 tionem impleat. l. Mæuius. De cōd. & dem. nam  
 etsi ille dominus non fiat, tamen eius etiam in-  
 terest pecuniā accipere, saltem enim ea uti pote-  
 rit. Quid autem, an hæredi eius cui dandum erat,  
 rectè dabitur explendæ conditionis causa? Sanè  
 si hæredi seruus dare iussus sit, & liber esse, hære-  
 dis hæredi dando, rectè implet conditionem, &  
 liber erit. l. 20. si peculium. §. hæredi. De statulib.  
 Interdum etiā nec huic quidem dare tenetur, &  
 nemini dando nihilominus erit liber: ut si hæres  
 antequam daret, eum manumiserit, & postea de-  
 functus est. l. 50. sub diuersis. §. ult. De condit. &  
 dem. Nam tum demum hæredis hæredi dari o-  
 portet, cum ( inquit Papinianus ) prior domi-  
 nus accepturus pecuniam fuerit: eaque causa fe-  
 cit ambulatoriam conditionem, ut inquit Papi-  
 nianus l. 34. De statulib. Ambulatoriam cōditio-  
 nem



nem uocat, quæ non in unius tantum persona uel est implenda, uel rectè impletur, sed & in alterius, ueluti hæredis eius. Sic enim ambulatoriam rem uocant Iurifconfulti, quæ non subsistit in uno aliquo, sed longius profertur. Sic legis ambulatoriam potestatem dicunt. l. erit. De fundo dot. & ambulatoriam esse testantium uoluntatem usq; ad supremum uitæ exitum. l. quod si. De adim. lega. & obligationes cum capite ambulare. l. tutelæ. §. 1. De capi. diminut. Denique emptionem per plures personas ambulauisse. l. sed ubi. De minorib; Addit autem eleganter Papinianus, duas esse causas, per quas in hæredis primi persona conditio impletur: dominij rationem, itemq; demonstrationem personæ. Priorem causam transire in omnem successorem, ad quem peruenerit statuliber per dominij translati conditionem. Sequentem personæ duntaxat eius qui demonstratus est, ad hære. Itaq; & cum ita data esset libertas, **SI TITIO, QUI NON EST HAERES, DECEM DEDE-  
RIT:** responsum est, certam personam demonstrari, & propterea in persona eius tantum conditionem impleri posse. Et si cum cesserit dies, pecuniam conditione comprehensam statuliber habuerit: iure constituto, nulli dando, consequi libertatem. l. 93. cum ita datur. De condit. Quæ uerba significant, si per statuliberum non stet, sed is qui demonstratus erat, non uiuat, dare alteri non debere, & nihilominus liberum fore. Sed quia conditio statuliberorum tractata fuit in XII. Tabulis, & nos ad eas cap. 35. diximus quæ ad eam pertinent, non est necesse eadem hic repetere pluribus uerbis. Eò potius lectorem nunc reijciam,  
ut

ut ad ea quæ sequuntur transire possim. Paulus l. si peculium. §. hæredi. De statulib. cum dixisset, Seruum hæredi iussum dare, etiam hæredis hæredi dare posse: adiecit, Sed & si hoc sensit testator, etiam in legatario idem dicendum est. Modestinus uerò cum dixisset, eum qui decem dare hæredi iussum est, & liber esse, & hæredis hæredi dando peruenire ad libertatem, adiecit: Quod non similiter in legatarij persona custodiri Publicius scripsit. l. sub diuersis. §. ult. De condit. & dem. Et Hermogenianus postquam tradidisset, ius singulare constitutum fauore libertatis relictæ sub conditione dandi Titio: ait diuersam esse causam legatarij, in cuius persona placuit conditionem dehcere, si antequam dederit legatarius pecuniam, Titius moriatur. l. 93. cum ita datur. De condit. Sed loquitur, ubi Titij, cui dandum erat, persona sic demonstrata est, ut in ea tantum conditio impleri posset. Hic legatum libertatis non modò non tanquam conditione defectum intercideret, sed onere potius conditionis liberatum magis confirmaretur. Sed aliud legatum propter deficientem talem conditionem perire facilius posset. Cæterum si non appareat eam fuisse testatoris uoluntatem, ut in persona tantum demonstrata conditio impleretur (sicuti non temerè uideretur simplex conditio dandi tam ualde cõstringenda) facile patiemur legatarium hæredi eius, cui iussum erat dare, dando, implere conditionem, ut sequamur communem illam regulam, quæ conditionem dandi expleri posse tradit abs moriente quoque legatario, neque alterius morte hanc facultatem temerè cõstringi docet. Ma-

ior quæstio est de hæredibus eorum qui implere conditionem debent, an (inquam) ad hos hæredes ius hoc & hæc facultas implendæ conditionis transeat. Ac in primis quidem memoria repetendum est, conditiones, quæ personæ cohærent, eius personæ morte deficere: ut si ea uiua, ab alio expleri non possint, multo minus post eius mortem ab hærede possint. Quod & responsum est de conditionibus, quæ sola uoluntate explentur, & uoluntatis declarationem requirunt. Nam & hæ personis cohærent. Nemo enim alius, præter me, meam uoluntatem dicere potest, & aperire. Vnde cum ita expressum esset, *TITIO SI UOLUERIT, DO LEGO*: responsum est, non aliter ad hæredem legatarij pertinere, quàm si ipse legatarius uoluerit ad se pertinere: quia conditio personæ iniuncta uideatur. l. 68. si ita expressum. hoc tit. l. si ita legatum. 8. ille, si uolet. De lega. 1. Quod & in stipulationibus rectè dicitur. Ac rectè quidem traditum est, hanc stipulationem, *CUM PETIERO*, non continere conditionem: & ideo licet decessero priusquam petiero, non uideri defecisse. l. 48. si decem. De uerb. oblig. Sed si ita expressim concepta sub conditione esset, *SI PETIERO*: certè conditio esset personæ meæ cohærens. Cæterum uideamus de conditionibus promiscuis & arbitrarijs, quæ personæ non cohærent, quales esse diximus conditiones dandi. Ac in contractibus & stipulationibus id potissimum quærendum est. Nam satis constat, conditionem testamenti ascriptam non transmitti ad hæredes eius, cui quid ita relictum est: & ius tunc apertum esse, hæredem conditioni parère non posse. l. 108.

à testatore. De condit. Vnde & illud descendit,  
 quod Vlpianus l. 3. De collat. bon. scribit, Præ-  
 torem non sub conditione collationis bonorum  
 possessionem contra tabulas promississe: sed de-  
 monstrasse, quid data bonorum possessione fieri  
 oporteat. alioqui magnam captionem fore eman-  
 cipati, si non aliter bonorum possessionem intel-  
 ligeretur accipere, nisi cauisset de collatione. Nā  
 si interim ipse decessisset. hæredi suo nihil relin-  
 queret. In illis quæ circumferuntur, & Vlpiani es-  
 se dicuntur, fragmentis legimus, Emancipatis li-  
 beris ex edicto dari bonorum possessionem, si pa-  
 rati sunt cauere fratrib. suis, qui in potestate man-  
 serunt, bona quæ moriente patre habuerunt, se  
 collaturos. Sed nunc Vlpianus ostendit illis uer-  
 bis, *SI PARATI SINT CAVERE*, non significari  
 conditionem, sed tantum quid facere debeant ac-  
 cepta bonorum possessione. Nam si conditio es-  
 set, ea non impleta ius hoc non transiret propter  
 legem conditionum ultimis uoluntatibus ascri-  
 ptarum. Et adeò quidem quod sub cōditione re-  
 lictum est, non transit ad hæredem eius cui reli-  
 ctum erat, si decesserit non extante conditione:  
 ut ne quidem transeat, si illud in stipulationem  
 deductum legatum esset. l. i. §. si sub conditione.  
 Vt legat. no. cau. Neque tamen ignoro aliquan-  
 do fieri posse, ut ad hæredem quoq; legatarij trá-  
 sire possit potestas implendæ conditionis. Quid  
 enim, si per legatarium non stetit quo minus da-  
 ret? quid si etiam obtulit, antequam moreretur?  
 Certè responsum est. inter eius hæredes ad quos  
 conditio transit, conditionē non diuidi. l. cui fun-  
 dus. De condit. Ergo saltem ad eos transit indiui-

sa. Cæterùm in stipulationibus sæpius quæritur de hæredibus conditionem implentibus. Est enim iuris perpetui regula abs Iustiniانو tradita: Si sub conditione stipulati simus, & priusquam conditio extet, moriamur, nos ius uel potius spè nostram transmittere ad hæredes. Neque audiendi sunt, qui id tantum dici posse putant, ubi est conditio fortuita. Nam cum generalis regula sit, cur non idem dicemus & de promiscua arbitraria uel, præsertim si talis alioqui sit, quæ personæ non cohæreat? Ac si quidem negatiuè concipiatur, ueluti, SI NON DEDERIS, alia quæstio est: & de ea quidem inter ueteres Iurisconsultos controuersia fuit. Ulpianus l. 27. diè proferre. §. 1. De arbi. ait: Non utimur Labeonis sententia, qui existimauit, si arbiter aliquam pecuniam dare iusserit, & is decesserit antequam daret, pœnam committi, licet hæres eius paratus sit offerre. Ergo, quod æquius & humanius uisum est, sentit Ulpianus, ad euitandam pœnam posse meum hæredem dare, cum mihi pœna ascripta esset, SI NON DEDISSEM: præsertim cum non eam conditionem mihi ascripsissem, sed arbiter iniunxisset. Quòd si non tam de pœnali obligatione committenda ageretur, quàm de alia, ueluti fideiussoria ita concepta, SI REVS NON SOLVERIT: reo moriente antequam soluat, illam committi, cum Iuliano facile respondebo. l. fideiussor obligari. §. ult. De fideiussor. Nam & qua fronte fideiussor, qui expressim ita se obligauit, ad hæredem debitoris defuncti me reijceret, præsertim cum nihil petam quod & mihi non debeatur, & fideiussor recepturus ab illo hærede non sit? Cæterùm si conditio  
ita

ita sit conuentioni ascripta, SI QUID DETVR:CUR impleri per hæredem non possit, ut quod ita promissum est, debeat? Sanè & cum quid uenditum est, sed ita additum in diem, ut si intra Calendas melior conditio allata fuisset, res esset inempta: uenditoris ante Calendas mortui hæres ea conditione uti poterit, ut uenditionem rescindat, si alius intra calendas meliorem conditionem offerat. l. si prædio. De in diem add. Quod ad modum attinet, siue contractui, siue legato appositus sit, tam per hæredem quam in herede impleri posse, affirmari potest. Nam neque suspendit quod sub eo debetur, neque legati transmissionem impedit. Nunc pro coronide huius capituli uideor mihi opportunè subiungere posse nobilem illum Scaeuolæ locum, qui & modum & conditionem continere uidetur, & quæstionem huius generis obscuram complectitur, quæ interpretem adhuc requirit.

## VERBA SCAEVOLAE HAEC SVNT

L. CLXXX. DE CONDIT.

A testatore rogatus, ut acceptis centum numis restitueret hereditatem Titiae cohæredi suæ, adita hereditate decessit. Similiter & Titia, antequam daret cætum. Quæsitum est, an hæres Titiae offerendo centum fideicommissio partem hereditatis consequeretur. Respondi, hæredem conditioni parere non posse. Claudius magno ingenio de iure aperto respondit: cum potest dubitari, an in proposito conditio esset.

In primis hinc meminisse debemus, quod acutè Ulpianus l. fideicommissa. §. cum esset. De lega. 3. respondit. Cum esset quis rogatus restituere portionem accepta certa quantitate, duplex esse fideicommissum: unum, ut possit petere quanti-

tatem, paratus portione cedere: aliud, ut et si non petat, tamē cogatur fideicommissario restituere, parato præstare quantitatem. Hic itaque esse videtur mutua obligatio inter hæredem restituentem & eum, cui restitui debet. Nam ille petere potest certam illam quantitatem, paratus restituere: & hic fideicommissum, paratus quantitatem illam dare: perinde atque si scriptum ita esset sub conditione & modo, RESTITVE TITIO COHÆREDI TVAM PORTIONEM, SI TIBI DET CENTVM, &, VOLO VT TITIVS COHÆREBS DET TIBI CENTVM, VT TV ILLI RESTITVAS TVAM PORTIONEM. Hoc constituto, dico, nunc apud Scauolam quæri de hæredibus horum hæredum: præcipuè autem de hærede mei cohæredis Titij, cui iussus sum restituere meam portionem, SI MIHI CENTVM DEDERIT. an (inquam) illi hæredi integrum sit dare, ut fideicommissum consequatur, cum mortuus esset Titius antequam daret. Scauola significat, si ita ascripta sit fideicommissio expressim conditio, SI MIHI CENTVM DEDERIT, hæredē eius Titij conditionem implere non posse. Sed aperte in proposito pronūciare nō audet, an conditio talis fuerit, cū uerba essent absolutis (ut loquuntur) ablatiuus cōcepta: RESTITVE HAEREDITATEM ACCEPTIS AB EO CENTVM. Potuisset sine ullo periculo Scauola, nisi si omnē quæstionē facti tāquā scopulū timidè refugisset respōdere, cōditionē ijs quoq; uerbis intelligi in proposito. Nā neq; de eo Ulpianus dubitauit, d. §. cū esset. & Caius l. 63. facta. §. rescripto. ad Treb. aperte dixit, nihil intereressē inter hæc fideicōmissa; ROGO, SI TITIVS TIBI

TIBI CENTVM DEDERIT, RESTITVAS EI HAEREDITATEM MEAM, &, ACCEPTIS A TITIO CENTVM, RESTITVAS EI HAEREDITATEM MEAM. Si ita est, ut est, nulla amplius dubitatio erit, an in proposito conditio sit, neque minus de facto quam de iure aperto. Scæuola tutò & apertè respondere potest, nempe, illius mei cohæredis Titij hæredi integrum non esse, centum dando implere conditionem, ut fideicommissum consequatur. De hærede meo quæstio non est, an illa centum abs Titio petere possit, paratus restituere portionem. Non minus id eum posse, quam si uiuerem, ipse possem, si intelligantur illa centum mihi abs cohærede relicta sub modo, ut scilicet illi portionem meam restituerem, iam antea dictum est. Sed queritur de hærede illius, cui restitui oportebat, si centum dedisset: & tum quidè cum non ita expressim conditio ascripta esset, sed ijs uerbis, quibus an conditio inesset, dubitabat Scæuola. Ius hic apertum fuisse constat, hæredem non posse implere conditionem legati aut fideicommissi. Sed quærebatur, an ex ijs quæ proponebatur, talis aliqua conditio intelligenda esset. Scæuola more suo dissimulanter reiiciens, ac ueluti refugiens facti quæstionem obscuram, de iure tantum aperto respondet: ut non aliud respondere uideatur quam, Si conditio hic fuerit, conditionem non posse impleri per hæredem de quo agitur. Ingeniose profectò sibi cauet Scæuola, cū ita respondet, & callidè elabatur: sed interea consultorem eludere uidetur. Claudius, qui in eum notas scripsit, & qui sæpe aliàs solet eius responsa suis notis illustrare atque confirmare, eadem pro



pè strophā sese explicat. Sic enim ambiguum & astutum eius responsum laudat, ut ingeniosæ calliditatis magis, quàm ingenuæ prudentiæ laudem illi tribuere uideatur: & interea cum quid de quæstione proposita sentiat, apertè dicere nō aufit, sententiam suam eodem astu dissimulat. Alio uerò loco, ubi Scæuola de conditione rursus consultus, simili responso elabitur, planè obmutescit Claudius. Scriptū erat in cautione quadam, quempiam pmississe quicquid patrē suum debere constitisset. Mortuo deinde patre, antequam illud constitisset, quærebatur, an adhuc committi posset hæc stipulatio: hoc est, an ijs uerbis conditio inesset in futurum concepta, perinde ac si dictū sit, SI CONSTABIT PATREM DEBERE. Tum enim constat nihil impedire, quin mortuo quoque patre impleatur: atque ita stipulatio committatur. An uerò hic intelligatur conditio ad præsens aut præteritum relata, nempe, SI CONSTITIT, CONSTAT. Vē. Nā tū quoq; apertum ius est, stipulationem non ualere, nisi si illa conditio iam tum uera esset. Scæuola neque hoc, neque illud quod quæritur explicat, sed cōsultorem propè tam incertum quàm acceperat dimittens, de iure tantum apertè responderet, nempe, si conditio non extiterit, stipulationem non esse commissam. l. qui Romæ. §. Agerius. De uerb. oblig. Hoc scilicet est sub conditione de cōditione respondere. An hoc responsi genus ualde ingeniosum sit, alij uiderint. Consulror sanè ita dimissus, sibi opinor illud, putabat. Scio aliā ingeniose adferri interpretationem eius responsi, quæ Scæuolam excuset. Sed Scæuolam pluribus nūc uerbis

bis aut accusare, aut tueri non institui. Audio enim ab alijs iam hoc nomine & in ius uocatum esse, & defensum, sed adhuc sub iudice litem esse uideri. Vt autem quod nunc institui, breuiter absoluaui, supersunt duo capita, de conditionibus pendentibus & existentibus.

De conditionibus pendentibus. CAP. XII.

Solemus dicere, conditione pendente. neque uenire neque cedere diem: sed quod agitur, interea esse in suspenso. Tam hoc est frequens in ore Iurisconsultorum, ut in prouerbiū quoddam abijisse uideatur. Cæterū eleganter Paulus l. obligationum ferè. §. conditio. De act. & obligat. ait, conditionem efficacem esse, quæ in constituenda obligatione inseritur, non quæ post perfectā eam ponitur: ueluti, CENTVM DARE SPONDES, NISI NAVIS EX ASIA VENERIT. quanquam & hoc casu existente conditione, locus erit exceptioni pacti conuenti uel doli mali. Sed cum pactio commissoria, uel conditio additionis in diē sæpius ita concipiatur, ut emptio purè nihilominus contracta interea uideatur, sed sub conditione resoluaatur: uideamus, quod huius etiam loci est, an talis obligatio interea uim aliquā habeat, ut ex ea agi possit, ueluti si debitori purè obligato sit sub conditione legata liberatio? Respondeo, nihilominus interea agi posse. l. non solum autē. §. ult. De lib. leg. Poterit itaque heres interea exigere quod debetur, modò caueat de eo restituendo conditione existente. l. 5. De doli mali exceptioni & legatorum sub conditione relictorū nomine cauere solet. Cæterum ubi talis cautio locum non habet, & alterius quoque interest, ue-

luti si alteri sub conditione dare tuo iussu promiserim, quod tibi purè debebam: hoc magis actum uideatur, ut tu interea non petas. quod eleganter Iabolenus docet l. 36. pecuniã. Si cer. peta. est que eius hac de re responsum dignũ, quod in tractatũ conditionũ omnino referatur. Sed quid si ediuerso, id quod tibi purè debebam, alius, puta Seius, stipulanti tibi sub conditione promittat? Exrat de hac quæstione nobile quoque Iuliani responsum, l. 56. eum qui ita. s. ult. De uerb. obli. Sed scrupulum iniicit ea ipsa, quã adhibet, distinctio. ait, Si res ita promissa, pendente cõditione, post moram tuã, perierit, confestim me aduersus te agere posse, nec Seiũ existẽte conditione mihi obligari: ut obligari certè non posset, cũ res esse desierit, in quã obligetur. Itaq; amplius nõ differtur uis prioris obligationis, neque secundæ conditio expectatur. Quod enim bonum est ( ut uerbo Caij nostri utar ) hanc expectare, cum etsi existat, inanis sit, & tu omnino suscipere debeas actionem, idq; iam certum sit? Sed quæritur, quẽ nam sit aut esse possit illa mora tua, cum quidem si pendente conditione nulla petitio sit, ne ex priori quidem obligatione, nulla interea mora esse posse uideatur. Qui hunc scopulum euitare uolunt, & acutiores esse uidentur, fingunt, apud Iulianum moram factam iam esse à priori promissore, antequã alter promitteret. Sed cum cupiũt uitare Charybim, incidunt in Scyllam. Nam alter tũ sese obicit scopulus. si enim talem moram fuisse eo loco intelligamus, dicent alij, & dicere poterunt, eam uideri sublatam atque purgatam altera stipulatione condicionali. l. qui decem. De solut. nisi si  
idre-

id restringamus, ubi res præsens & tâquam obla-  
 ta erat, quam creditor uoluerit in alterius stipu-  
 lationis conditionem reijcere, potius quàm eam  
 recipere. Sed in casu proposito mora si qua iam fa-  
 cta erat, per alteram ab alio factam promissionem  
 sub conditione magis interea suspenditur, sicuti  
 & prior ipsa obligatio, quàm tollitur. Illud certè  
 in uniuersum rectè dici potest, si posterior obli-  
 gatio, quæ nouandæ prioris gratia interponitur,  
 sit conditionalis, non fieri nouationem, antequàm  
 conditio existat: sicuti & ediuerso, si prior stipula-  
 tio, quæ nouanda est, conditionalis esset. l. si Sti-  
 chum. §. 1. l. quoties. De noua. Sed amplius uidea-  
 mus, quid pendente conditione iuris habeat is,  
 cui sub conditione debetur. Vlpianus l. 54. con-  
 ditionales. De uerb. sig. scribit, cōditionales credi-  
 tores eos dici, quibus nōdū cōpetit actio: est autè  
 cōpetitura, uel qui spē habent, ut competat. Sed  
 an interea creditores ij rectè dicuntur, & simpli-  
 ci appellatione creditorum continentur? Vlpia-  
 nus l. 41. ijs cui. De act. & oblig. id explicat. Is cui  
 (inquit) sub conditione legatum est, pendente  
 conditione non est creditor: sed tunc, cum extite-  
 rit conditio. quamuis eum qui stipulatus est sub  
 conditione, placet etiam pendente conditione  
 creditorem esse. Nam & conditionē contractuū,  
 ubi extiterit, solere ad tempus conuentionis re-  
 trotrahi, postea dicemus. Dicitum quoque antea  
 sæpe est, spem conditionalis stipulationis ad hæ-  
 redem transmitti: eaque in re plus iuris eum ha-  
 bere qui sub conditione stipulatus est, quàm eū  
 cui sub cōditione legatum est. cuius discriminis  
 dixi rationem: usum autem latius etiā patère nūc  
 intel-

intelligemus. Hermogenianus l. 27. qui in fraudem. Qui & à quib. ait. Qui in fraudem creditorum manumittitur, liber esse prohibetur, siue dies solvendæ pecuniæ iam celsit, siue in diem, uel sub conditione sit debitum. Diuersa causa est legati sub conditione relictæ. Nam antequam conditio extiterit, inter creditores legatarius iste non habetur. Quod quidem etiam dici & referri potest ad Edictum de his quæ in fraudem creditorum alienantur. Neque tamen prius fraudatus creditor esse dicetur, quàm existente conditione creditorem eum esse appareat, ut tunc demum rescindatur, quod in eius fraudem factum esse dicetur. l. 16. si cum fideicommissaria. §. pen. Qui & à quib. Itaque uis alienationis pendebit ex euentu illius conditionis. Si res ipsa quæ sub conditione præsertim per modum uindicationis legata est, alienetur, dubium non est, quin à legatario, eueniente conditione, cum dominus sit, uindicari possit. Cæterum nihil interest utrum legatum an promissum sub conditione sit, si petatur cautio debiti illius conditionalis nomine: præstabitur enim utroque casu. l. in omnibus. De iudic. & toto tit. Ut legat. no. cau. & eo etiam nomine, si illa non præsterur, solent in possessionem mitti creditores, quibus sub conditione pecunia promissa est. l. 6. Ex quib. cau. in poss. eat. quanquam alioqui responsum sit, creditorem conditionalem in possessionem non mitti, quia bona ex edicto uendere non possit. l. pen. §. ult. Illo tit. Sed & Papinianus, hæreditarijs creditoribus, quibus sub conditione debetur separationem dari, quoniã & his cautione communi consulatur, ait l. 4. De separ.

Postre-

Postremò cum agitur de æstimanda quantitate patrimonij propter rationem legis Falcidiae, nõ dubium est haberi aliquam rationem eorum quæ sub conditione uel debebatur defuncto, uel is debebat. Narrat Caius magnam dubitationem olim fuisse de his, quorum conditio mortis tempore pendeat, an id quod sub conditione debetur, stipulatoris bonis annumeretur, & promissoris bonis detrahatur. Sed monet eo iure nos uti, ut quanti ea spes obligationis uænire possit, in tantum stipulatoris quidem bonis accedere uideatur, promissoris uerò decedere: & cautionibus rem explicari posse, ut duorum alterum fiat: ut aut ita ratio habeatur, tanquam purè debeatur: aut ita, tanquam nihil debeatur. Deinde hæres & legatarij inter se caueant, ut existente conditione aut hæres reddat, quanto minus soluerit: aut legatarij restituant, quanto plus cõsecuti sint. l. 73. in quantitate. §. magna. Ad leg. Falci. Addit deinde Caius: Si legata quædam purè, quædam sub conditione relicta efficiant, ut existente cõditio ne lex Falcidia locum habeat: purè legata solui, perinde atque si nulla alia sub conditione legata fuissent: cauere autem legatarios debere, ex euentu conditionis, quod amplius accepissent, id redditum iri. Sed alioqui interea aliorum legatorum conditionalium nulla in hoc genere æstimatio fiet. Eius rei quæ nobis sub conditione promissa aut legata est, quædam saltem præsens spes est. Maior quidem & melior rei promissæ, quia & nobis mortuis durat: infirmior legatæ, quia morte extinguitur. Hanc uerò qualem qualem spem & expectationem, tanquam rem aliquam nostram

& donare possumus & uendere, si quis iniuriatur, qui spem precio emere uelit. l. spem. C. de donat. l. 5. nec emptio. De contrah. empt. Certè & cum quis ignorans, an ad se hereditas periret, uendiderit sub hac ueluti conditione, si QUID IURIS HABERET, ualere uenditionem, quasi spes hæreditatis empti sit: ut ipsum incertum rei uæneat, sicut in retibus, responsum est. l. nam hoc modo. De hæ. uel act. uend. Neque modò si iactû reris emero, ualere uenditionem, quicquid tandem cæperit piscator: quia ab initio erat incertum, l. si iactum. De act. empt. sed etsi dem piscatori centum aureos ea conditione, ut si fœlix sit captus piscium, reddat cētum quinquaginta: si non sit fœlix, nihil reddat: ualere conventionē Scæuola dixit. l. periculi preciū. De nau. fœn. Sed ne longius discedam: adeo nō est nihili spes etiā fideicommissi aut legati cōditionalis, ut minor, qui temerè illam remisit, tanquam captus restituitur: quia uel propter spem eius interfit, ut inquit Ulpianus l. 3. §. si quid minori. De minorib. Quamquam si mutuuum aut reciprocum sit fideicommissum conditionale, ueluti, QVICVNQVE EX VOBIS DVOBVS PRIOR MORIATVR, SVAM PORTIONEM ALTERI SUPERSTITI RESTITVAT, rectè inuicem remittitur. & quicquid tandem postea euenerit, nulla erit restitutio, ne quidem prætextu minoris ætatis. l. De fideicōmissio. C. de transact. Non enim, si tempus cōventionis spectemus, ulla læsio est, cum non modò omnia incerta adhuc essent, sed & quantum ipse minor remitteret, tantūdem ipsi inuicem remitteretur. Sanè & ubi conditionale fideicommissum non esset

esset mutuū aut reciprocū, sed eius remissio nō  
 esset gratuita: non facile quoque hæc rescinderetur,  
 ratione posterioris euentus. sicuti nec illud  
 quod datum esset, reuocaretur. Vnde cum testa-  
 tor hæredē rogasset, ut si sine liberis moreretur,  
 Frontoni hereditatem restitueret: & hæres cū nō  
 dum liberos haberet, omniaque adhuc incerta  
 essent, cum Frontone transigisset, ut is acceptis  
 duabus uncias remitteret suam spem & expecta-  
 tionem, iusque totius fideicommissi: natusque  
 deinde ex herede filius duas illas uncias repetere  
 uellet, quasi iā appareret sine causa fuisse datas,  
 cum fideicommissi conditio defecit: rescriptit  
 Imp. Severus l. i. C. de pact. repeti non posse: & cō-  
 ditionis incertum, non iniquis conditionibus,  
 conuentione finitum esse. Cōditionis incertum  
 uocat, fideicommissum illud sub incerta condi-  
 tione relictum: aliter quàm Papinianus, qui con-  
 ditionis incertum uocat, ubi incertum & dubiū  
 est, an & quomodo conditio extiterit. l. pen. De  
 non. poss. sec. tab. Facit ergo ratio incerti, ut illa  
 inter hæredem & fideicommissarium conuentio  
 non iniqua uideatur, & talis ( ut eo loco appella-  
 tur ) diuisio rata maneat. Illud nunc proximum  
 est, ut adiciamus, simplici diuisione hereditatis  
 ( ut propriè appellatur diuisio ) nō intelligi sub-  
 latum fideicommissum conditionale. Non enim  
 id quod nondum competebat, illa contineri: si-  
 cuti responsum est, hereditariam pecuniam, quæ  
 tempore diuisionis latuisset cohæredem, nō con-  
 tineri. l. tres fratres. De pact. & in uniuersum tran-  
 sactio non solet pertinere ad eas actiones, quæ  
 nondum competeabant. l. ult. §. item quæsitū est.



De cond. ind. iniquumque esset, id de quo cogitatum non docetur, interpretari pacto aliquo generali sublatum esse. l. qui cum tutoribus. §. ulti. De trans. Si præsens & purum esset fideicommissum cohæredi relictum, cuius ipse ignarus cum hæreditatem diuideret, non erat, & is diuidendo generaliter transfigat eo non excepto: nõ esset ferendus, si postea fideicommissum peteret. l. non est ferendus. De transact. Sed si fideicommissum sit conditionale, magis existimabõ exceptum uideri, neque intelligi remissum. Quod quidem Papinianus aliud agens significare etiam uidetur l. 77. cum pater filios. §. hæreditatem & post mortem. De lega. 2. ait, Rogatos restituere hæreditatem suam, nominum periculo, quæ per diuisionem obtigerunt, inter cohæredes interpositis delegationibus, non astringi, non magis quam prædiorum, cum permutatio rerum discernens communionem interuenit. Videtur Papinianus agere de quibusdam hæredibus rogatis suã partem restituere, CVM MORIENTVR, suis cohæredibus. Facta hæreditatis diuisione, durare adhuc hoc fideicommissum non dubitat. Sed tantum an periculum nominum per hæreditatem obuientium, aut rerum restituendarũ, ad eos qui rogati sunt, interea pertineat, quærit: & non pertinere, respondet. Scio apud Scæuolam, l. qui Romæ. §. ulti. De uerb. oblig. relatum esse, cum fratres hæreditate diuisissent, & cauissent, nihil se contra eam diuisionem facturos: & alter deinde, qui superuixisset, petisset fideicommissum: pronunciatum aduersus eum fuisse, quasi de hoc quoque transactum fuisset. Sed non satis constat de fideicommissio conditionali

ditionali illic agi. & si id constaret, non consequitur, quod pronunciatum esse dicitur, bene iudicatum esse: sibi que actor imputet, qui non prouocauit, si propter illam fideicommissi petitionem, quam iudex pronunciauit aduersus transactionem esse, in pœnam incidat. Quãquam nihil hic temerè pronunciare ipse uelim de illo ueteri pronunciato. Certè cum testator iussisset hæredem certa re esse contentum pro ijs quas ei in testamēto reliquerat: responsum est l. Paulo. §. Põpeius. De leg. 1. non uideri attingere causam fideicommissi conditionalis. Hæredes scripti erant Titius & Sempronia: & rogatus Titius, SI SINE LIBERIS MORIATUR, restituere Semproniæ partem suam. Postea testator codicillis dedit certas res Semproniæ, ut ijs contenta esset, loco eorũ quæ ex testamento alioqui perceptura fuisset. Hanc non impediri, eueniente cõditione, etiam illud quod dixi, fideicommissum petere, Paulus ait: & ita se pronunciaisse refert.

## De conditione existente. CAP. XIII.

**R**Ei sub conditione legatæ dominum interea esse hæredem, dubium non est, & est multis Iuris ciuilibus locis traditum. l. generaliter. Qui & à quib. l. 1. §. seru. Ad Syllan. l. si post diem. §. sed si sub conditione. Quando dies lega. ced. l. 12. arboris. §. ult. De usufr. l. 12. & post litem. §. 1. Famil. ercisc. l. 66. nõ ideo. De rei uind. Fructus itaque interea facit suos. Sed & rem ipsam uel obligare, uel seruitute onerare, uel etiam alienare interea potest: ita tamen, ut ius legatarij quandoque conditio euenierit, non imminuatur: sed is rem cõsequatur, qualem reliquit ei defunctus,

& perinde atque si hæres eam non obligasset uel  
 alienasset. l. 104. si fundum. De cond. l. 81. si fun-  
 dum. l. 113. seruo legato. §. 1. De leg. 1. l. si is cui. §. ul.  
 Quæadm. seruit. amitt. l. si sub conditione. Quib.  
 mod. ususfr. amit. Et Iustinianus celebrem hac  
 quoque de re cõstitutionem edidit l. ult. §. fin au-  
 tem. C. comm. de lega. quanquam Nouella qua-  
 dam sua const. 39. exceptionem addiderit, ut fa-  
 vorabilem esse uelit dotis aut donationis pro-  
 pter nuptias causam. Nam & olim Vlpianus eam  
 antetulisse uidetur causæ legati conditionalis. l.  
 mulier. §. cum proponeretur. Ad sen. Treb. Vete-  
 res quoque consulti Iulianus & Scæuola uiden-  
 tur propter bonam fidem uendentis hæredis, &  
 alterius euentis iustam ignorantiam, sustinere  
 uoluisse uenditionem rei, alteri etiam purè, sed  
 fortassis per damnationem tantum, legatæ, ut non  
 nisi æstimationem ab hærede legatarius petat. l.  
 ult. §. ult. De leg 2. l. quidam ita. §. si quis filium.  
 Ad Treb. Multo igitur magis id dici posset, si res  
 fuisset sub conditione legata. Sed extra hos sin-  
 gulares casus dubium non est, existente cõditio-  
 ne legatarijs ius integrum esse, & rem uindicare  
 posse, quicquid tandè interea fecerit hæres. Quin  
 etiam plus interdum consequitur, quàm princi-  
 pio relictum fuisse uideatur. Si hæres fundo sub  
 cõditione legato seruitutes interea imponat, eas  
 extingui, si conditio legati existat: acquisitas ta-  
 men sequi legatarium, ait Martianus l. si is cui. §.  
 ult. Quemad. seruit. amit. Sed nouum magis est  
 quod nunc referam. Inquit Iulianus l. 17. si tibi.  
 Quib. mod. ususfr. amit. Si tibi fundi ususfr. purè,  
 proprietates autem sub conditione Titio legata  
 fuerit:

fuerit: & pendente conditione dominium proprietatis acq̄ueris: deinde conditio extiterit pleno iure fundum Titius habebit. Neque interest, quod detracto usufructu proprietate legata sit. Tu enim dum proprietatem acq̄ueris, ius omne legati usufructu amifisti. Huius singularis responsi ratio esse uidetur, quod non modò tibi imputandum sit, cur tuum usufructum ultronea consolidatione confuderis, cum quidem non ignorares proprietatem quam emebas, alteri esse sub conditione legatam: sed etiam, quod eueniente conditione tua tota acq̄uisitio ab initio non rescindatur, sed à tempore conditionis existentis tantum: aded ut medij temporis fructus tibi non auferantur. Si proprietate, cuius acq̄isitae accessione extinctus usufructus fuit tuus, sic tibi eriperetur, ut retro nunquam tua fuisse uideatur, posses usufructum confusum recuperare. Ut cum dominus fructuario prædium legasset: idque deinde filio, qui causam inofficiosi testamenti rectè pertulerat, restituere legatarius coactus esset: responsum est, manere usufructus integrum. l. 57. Dominus. De usufructu. Nempe rescisso inofficiosi querelam testamento, tota à principio causa testamentariæ acq̄uisitionis tollitur, & hæredi scripto legatario ne eripitur. Sed quod existente conditione consequitur legatarius ex testamento, non nisi à tempore conditionis existentis id consequitur. neque (ut populariter loquar) retrahitur conditio legati. Fateor conditionem institutionis retrahi, quando cunq; extiterit: ne quis pro parte testatus, pro parte intestatus decelisse uideatur. Sed hæc ratio cessat

in legatis. Nulla itaq; causa est cur fingamus prius esse acquisita, quàm eorum cōditio extiterit. Itaque & cum sub conditione res mihi legata fuisset, & medio tempore aliunde acquisito eius dominio eam perijssem, uictus tamē fuisset, mox existente conditione legati rursus petam: responsum est, non obitare exceptionem rei iudicatæ. l. si mater. §. eandem. De excep. rei iud. Aliam enim fuisse causam prioris dominij: hanc uerò nouam nunc accessisse. In ijs ergo quæ in testamēto sub conditione relicta sunt, cum de eorum acquisitione agitur, inspiciamus tempus conditionis existentis, neque hæc ad tempus testamenti retrahitur. Certè si de iure testamenti agatur, etsi sub conditione scriptus fuerit hæres, tamen ut testamentum ualeat, magis inspiciemus tempus quo factum est, quàm quo cōditio institutionis existit. Vnde quod dicitur, si miles intra annum quo missus est decesserit, ualere eius testamentum, quod iure militari fecerat: responsum est, uerum esse, etiam si post annum conditio institutionis extiterit. l. 39. quod dicitur. De milit. test. Sed si quærat de iure illius, cui sub conditione relicta est, dicimus magis inspici tempus quo conditio extitit. In stipulationibus uerò & contractibus non item. Ac si quidē de ipsius rei promissæ qualitate ageretur, non ignoro, ut stipulatio ualeat, inspici posse tempus conditionis existentis. l. si rem meam. De uerb. oblig. Sed cum de eo, cui ex stipulatione quæritur, quæstio est, magis inspiciamus tempus conuentionis. Itaque si filiosa sub conditione stipulanti promissum sit: etsi conditio primùm eo tempore existat, quo sui iuris

iuris iam factus est: tamen patri acquireretur. At ex  
 tali legato magis acquireretur ipsi filio. l. 18. quæ  
 legata. l. non omne. §. 1. De reg. iur. l. 78. si filius fa.  
 De uerb. obl. l. si usus fr. §. ulti. Quando dies lega.  
 ced. l. si uxorem. C. de cond. infert. Itaque & Pau-  
 lus l. & heredi. §. filia fa. De pact. respondit, filium  
 fa. de eo quod sub conditione sibi legatum est, re-  
 ctè paciscit: ut scilicet non petat, si sui iuris fuerit  
 cum existeret conditio. Sic enim de re sua iureque  
 paciscitur, non patris. At de eo quod ita sibi sub  
 conditione promissum stipulanti esset, non rectè  
 pacisceretur, cum ius patris imminuere suo pa-  
 cto non possit. l. si unus §. 1. De pact. l. filius. C. de  
 pact. Quodcumque enim talis stipulationis con-  
 ditio existeret, patri obligatio queritur. Loquor de  
 cōditione quæ magis fortuita sit, quàm ab ipsius  
 filij fa. potestate & facto pendeat. Alioqui filius  
 iam sui iuris factus, implendo cōditionem stipu-  
 lationis, sibi potius quàm patri acquirere posset.  
 Vnde cum filius fa. ita stipulatus esset, Quantam  
 pecuniam Titio credidero, fide tua esse iubes? &  
 emancipatus credidisset: ei potius quàm patri a-  
 ctionem acquiri responsum est. l. quidam cum fi-  
 lium. §. ult. De uerb. obl. l. si debitori. §. si filius fa.  
 De fideiufs. Et in uniuersum cum quæritur, an  
 conditio, quæ existit, retrahatur, ut intelli-  
 gamus ex quo tempore contracta obligatio intelli-  
 gatur, distinguere oportet inter cōditionem for-  
 tuitam quæ uel inuitis nobis existit, & eam quæ  
 ex uoluntate nostra dependet. Illa magis obliga-  
 tionis uim & effectum quàm obligationem ip-  
 sam interea suspēdit, sic ut cum euenerit, osten-  
 dat obligationem iam inde ab initio contractam

fuisse: in eamque nos iam tum consensisse tempore conuentionis. & quod uel inuitis nobis necessario consequitur, ad suam causam reuocandum, ad eiusque tempus referendum est. At conditio quæ ex nostra uoluntate pendet, facit ut tūdem cum impleta est, uideatur aliqua primū contracta obligatio: & ex eo primū tempore uideamur in eam consensisse. Itaque talem conditionem hīc nō retrotrahi, alteram uerō retrotrahi credimus. Sic intelligimus quod Caius respondit l. potior est. §. i. Qui pot. in pig. Contracta sub conditione stipulatio erat, & eius nomine hypotheca data. Interea res eadem purē alteri obligata est. Deinde prioris stipulationis conditio extitit. Caius dixit, huius prioris causam esse potiore: quia cum semel conditio exiterit, perinde habeatur ac si eo tempore, quo stipulatio interposita est, stipulatio facta esset. Sic & Africanus l. qui balneum. §. i. illo tit. ait, sub conditione creditorem tuendum aduersus eum cui postea quicquam deberi cœpisset: si modō non ea conditio esset, quæ inuito debitore impleri nō posset. Sed etsi hæres ob ea legata, quæ sub conditione data erant, de pignore rei suæ conuenisset, & postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedisset, ac deinde conditio legatorum extitisset: tuendum quoque eum, cui prius pignus datum esset. quod etiā exposui in Commentario de pignoribus, cap. ii. Cæterum ubi talis conditio esset, quæ inuitis nobis non existeret, sed ex nostra uoluntate penderet, & esset in nostra omnino potestate, nō nisi ex quo placuit nobis eam existere, contracta intelligitur aliqua obli-

obligatio: ut ex eo primùm tempore cōtrahitur, quo apparet nos uoluisse, & in eam consensisse. Conuenit inter nos, ut si tibi centum mutuo darem, fundus mihi tuus pignori obligatus esset. Hic certè, non nisi ex quo tempore mutuum tibi dederim, contractam esse pignoris obligationem, Iurisconsulti respondent, l. 1. Qui pot. in pign. l. 4. Quæ res pign. obl. poss. quia & ego poterim non dare, & tu non accipere.

Hinc etiã intelligi potest, quomodo accipiendum sit quod Pomponius l. 8. De peric. & cōm. rei uend. ait, Si pendente conditione emptor aut uenditor decesserit, nihilominus si extiterit deinde conditio, hæredes obligatos fore, quasi iam contracta emptione in præteritum. Quod si pendente conditione res tradita sit, emptorem non posse eam usucapere pro emptore, si pendente cōditione res extincta fuerit, idem Pomponius significat perimi emptionem: sicuti stipulationes & legata & precium solutum repeti, & fructus medij temporis esse uenditoris. Nam etsi cōditio eueniat, tamen rei quæ iã nulla est, emptio contrahi aut perfici nō potest. Conditiones misas faciam, si unum adiecero. Sæpe cū conditione dies certus coniungitur. Certè constat diem adiectum non impedire, quin antè committatur conditio, & quod ad cōditionem attinet, obligatio. Sed dubium est, an antè quoque peti, statimque agi possit. Ac quidem cum in testamento scriptū esset, INSTITVO TITIVM, SI INTRA DVOS MENSES ADIERIT: SI NON ADIERIT, CAIVM: responsum est statim atque certum erit, Titium adire non posse: Titio substituto fore locum, ne



que finem alioqui duorum mensium expectari. l. si quis hæres ita scriptus. De acqui. hæred. Sed illud singularem suam habet rationem, ne quis testator aliquo tempore intestatus & sine hærede sit. Sed quid de stipulationib. dicemus? Et quidem cum pœnam stipulatus essem, si intra certum tempus siue expressum, siue tacitè cõprehensum, domum non ædificasses: responsum est, statim committi atque tantum tempus præterierit: ut satis appareat, sua die ré perferri nõ posse. l. cum sim stipulatus à te ò Procule. De uerbo. obligat. Sed nos ita interpretamur committi, ut tamen ante diem peti non possit. Papinianus negat ante tempus finitum committi. l. 124. infula. De uerb. obligat. Sed intelligit ita nõ committi, ut etiam statim agi possit. Paulus l. 8. in illa. De uerb. obligat. ait, in illa stipulatione, SI CALENDIS STICHVM, NON DEDERIS, DECEM DARE SPONDES? Sabinum & Proculum putasse, mortuo homine statim ante Calendas agi non posse, sed expectandum auctori diem esse. Totam enim obligationem sub conditione & in diè collatam esse: & licet ante diem (Sic enim nuper restituta est eius loci lectio) committi uideatur, diem tamen superesse. Sed cum eo qui ita promisit, SI INTRA CALENDAS DIGITO COELVM NON TIGERIT, agi protinus posse. Vlpianus ait, l. 99. quicquid, §. ulti. De uerb. oblig. Si stipulatus hoc modo fuero, SI INTRA BIENNIVM CAPITOLIUM NON ASCENDERIS, DARI? etsi ambigua uerba sint, sic tamen exaudiri, Si immutabiliter uerum sit te Capitolium non ascendisse. Poterat adijcere, idem dici etsi iam certum sit te ascendere

re non amplius posse. Quid igitur, si quod in conditionem cum die certa confertur, incertum tunc erat an existeret, sed ex alterius magis quam promittentis facto & potestate pendeat? Vulgus existimat alio nos hic iure uti, hoc est, diem non expectari, sed statim agi posse commissa conditione, cum certum erit, illud amplius fieri non posse. Sed hæc distinctio non nisi ex corrupta cuiusdam loci Pandectarum lectione nata esse uideretur. Pōponius inquit: Hoc iure utimur, ut ex hac stipulatione, SI TITIVS ANTE CALENDAS MARTIAS IN ITALIAM NON VENERIT, DECEM DARE SPONDES? non antè quicquam peti possit, quàm exploratū sit, ante eā diem in Italiam Titium uenire non posse, neque uenisse: siue eo uiuo, siue mortuo id acciderit. I. hoc iure. De uerb. obl. Vulgò locum illū aliter legunt, nempe, TITIVM VENIRE NON POSSE, NEQVE VENIRE. Sed in exemplaribus quæ melioris fidei habentur, rectius legitur in præterito, NEQVE VENISSE. Ac si ita est, ut est, ineptum hic erit distinguere factū promissoris à facto alterius: sed utrobique expectandus erit dies, quia ante eum dici non potest, Titium neque uenire posse, neque uenisse. Certè nisi si obstaret hoc uerbum VENISSE, non nihil causæ esse posset, cur uulgaris distinctio posse admitti uideretur. Nam cū promittis, si ad certam diem non dederis aut feceris aliquid, pœnam: diē ascribere uideris ad differendam uim & potestatem obligationis. At ubi illud in tua præstatione non est, magis uideri posset adiecta dies, ut tempus conditionis incertæ finiretur & concluderetur. Si igitur prius certum fuerit eā existere am-

plius non posse: uideri posset inanis iã esse dies, nisi si benignius semper esse uideretur, sic cũ interpretari, ut quàm maximè proficit promissori. Quid igitur si ita stipuler, *SI TITIVS INTRA CALENDAS QVINGENTA MIHI NON SOLVAT, ILVVD DABIS?* Certè idem quod in superiori specie, dicendum esse uidetur. Si quęcunq; de conditionibus dici possent, dicere nunc uelim, nullum nostra aut finem aut modum haberet commentatio. Modus tamen seruandus est: & ius finitum esse debere, ait noster Neratius. Sed facere non possum, quin breuem appēdicem adijciam de causa & modo.

*De causa & modo. CAP. XIII.*

**D**E causa primùm uideamus. Ea enim prima est, quæ nos ad aliquid agendum, siue inter uiuos, siue in testamento, impellit, & propter quam aliquid fit. Ea autem aut ad præteritum refertur, aut ad futurum: sed sæpius, & propriè magis, ad præteritum. Causam in præteritum conferri ait Vlpianus l. si ita. 12. De cond. & demon. Hanc, si falsa sit, nõ nocere ultimis uoluntatibus, sed neque ijs quæ inter uiuos geruntur, regula iuris est. ait Papinianus l. 71. cũ tale. §. falsam. De condi. & demon. Falsam causam legato non obesse, uerius esse: quia ratio legandi legato non coheret. Nempe, legatum proficisci potest, & solet, ex mera liberalitate: nullius alioqui meriti causa uel expressum, uel puocatū. Quod quidem rectè dicitur, & de ijs quæ quis inter uiuos largitur. l. 1. De donat. Pomponius loquens de ijs quæ ob causam præteritam dantur, proponit hoc exemplum, cum ideo do, quod ali  
quid

quid à te consecutus sum, uel quod aliquid à te factum est. Et adijcit: ut etiam si falsa causa sit, repetitio eius pecuniæ non sit, l. 52. damus. De condi. ind. Sic Paulus repeti nō posse ait quod ob causam datur, puta quod negocia mea adiuta ab eo putau, licet nō sit factū: quia donare uolui, quāuis mihi falso persuaserim, l. 65. in summa. §. id quoque. De cond. ind. Si tamē appareat, alia fuisse uoluntate eum qui dat uel legat, certè rūc falsa causa noceret. Plerunque (inquit Papinianus) doli exceptio locum habebit, si probeur aliàs legaturum non fuisse. Hac autem fuisse mente, facile intelligetur, qui etiam ueluti conditionem adiecerit. Cum docuisset Caius, causam falsam non nocere, subiecit, At si conditionaliter cōcepta sit causa, ueluti hoc modo, Titio, si negocia mea curauerit, fundum do: Titius filius meus, si frater eius cētum ex arca sumpserit, fundum percipito: ita utile erit legatum, si & ille negocia mea curauerit, aut huius frater centum ex arca sumpserit. l. 17. demonstratio. §. quod autem. De condi. Dixerat Ulpianus, si ita legatum sit, QVONIAM FILIUS MEVS MAIOR EX ARCA MEA DECEM EVSTVLIT, HAERES MINOR FILIUS DECEM E. MEDIO SVMITO: deberi legatum, quia idcirco relictum est, ut conditio filiorum exæquaretur. Adiecit autem: Et sanè hæc causa est, quæ in præteritum confertur, l. 12. si ita. De cōd. Quæ uerba quādam ueluti anthypophoram cōtinent, & illud tacite significant, etiam si filius nihil sustulisset, nec de conditione filiorum exæquanda ageretur, tamen legatum ualere. Quod quidem certè dici nō posse Caius ostendit, ubi alia mente testatorem fuisse

fuisse appareret, ueluti si conditionaliter causam illam enunciasset. Quanquam etiam ex uerissimi loquentis uoluntate accipi interdum possit *si*, pro *quia*. Conditiones in præteritum cōceptas, ( si ita appellandæ sunt causæ conditionaliter expressæ ) si falsæ sint, nocere tam ultimis uoluntatibus, quàm contractibus, iuris perpetui regula docet. Neque ( quod ineptè uulgus facit ) distinguendum arbitror, an fuerint semper impossibiles, an uerò ueræ aliquando esse, & extare poterint. Cum enim à principio non suspendant quod agitur, simpliciter dicimus id ualere, si ueræ sint: non ualere, si falsæ. Interpretes nostros fellit, & ad ineptam illam distinctionem congingendam impulit corrupta cuiusdam legis lectio. Porro sæpe etiam causa refertur ad futurum: quã Iurisconsulti specialiter Rem uocant. Sic enim Pomponius l. 52. damus. De cond. indeb. distinguit, uel dari ob causam præteritam, uel ob rem, ut aliquid sequatur: quo non sequente, repetitionem competere ait. Eoque pertinet tractatus de conditione ob causam. Potestq; ea, siue res, siue causa, Modus appellari. De modo igitur uideamus. Caius l. 57. demonstratio. §. ult. De cond. posteaquam de causa in præteritum dixit, adiecit: Si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, sub modo legatū uidetur. Scio modum & apud Latinos auctores, & apud Iuriscōsultos uariè accipi. Sed uulgares eius uerbi significationes, quæ huc non pertinent, nunc omitto. Cæterum cum de eo agitur in tractatu conditionū, significat moderationem quãdam rei de qua agitur, adiectã: ut qui rem illam consecutus erit, aliquid uel faciat uel

uel det. Ac interdum quidem etiam conditio ap-  
 pellatur. l. 21. liberto. §. Lucius. De ann. leg. l. 44.  
 Mæuia. De man. test. l. licet. ut leg. nom. cau. l. 70.  
 Titio centum. §. 1. De condi. Sed à uera tamen cō-  
 ditione multum differt. nam neque obligationē  
 differt, suspendit ue, neq; impedit diem cedere.  
 Modestinus d. l. Mæuia, loquēs de testatore, qui  
 ita scripsit, **SERVI MEI SVB HAC CONDITIONE**  
**LIBERI SVNTO, VT MONVMENTO MEO LVGER-**  
**NAM ACCENDANT, ET SOLENNIA MORTIS**  
**PERAGANT:** respondit, neque contextum uerbo-  
 rum, neque mentem testatoris eam esse, ut liber-  
 tas sub conditione suspensa sit, cum liberos eos  
 monumento adesse uoluerit. officio tamen iudi-  
 cis eos esse compellendos, testatoris iussioni pa-  
 rere. Quod si modus non impedit, cedere diē le-  
 gati: non impedit etiam, quin legatum ad hære-  
 dem legatarij trāsmittatur, licet legatarius ante-  
 quam modum illum impleret, decesserit. Quo-  
 rursus nomine modus à cōditione differt. Quid  
 dico diem cedere? sed neq; eum uenire modus  
 prohibet. Posset enim statim peti quod ita lega-  
 tū est, uel debetur. Sufficit enim cautionem of-  
 ferri. Papinianus l. 79. eas causas, quæ habent mo-  
 ram cum sumptu, ( sic enim modus describit ) &  
 admitti cautione oblata docet, exemplumq; hoc  
 proponit: Si cui datum sit aliquid ut monumen-  
 tum faciat. Ac iam sanè olim id docuerat Treba-  
 tius l. 40. quibus. §. ult. De cond. cum respondit,  
 Si cui legatum sit ut monumentum faciat, pro  
 eo habendum esse, ac si ita legatum esset si satis de-  
 disset se ita facturum. Sed & cum in testamento  
 scriptum

scriptum esset, STICHVM TITIO LEGO, ITA  
 VT EVM MANVMITTAT: dixit Iulianus, petenti  
 legatario Stichum exceptionem doli mali obsta-  
 turam, nisi cauerit se libertatem secundum uo-  
 luntatem defuncti præstaturú. l. 48. cum in testa-  
 mento. De fideicom. liberta. Conditio ante om-  
 nia implenda est, ut quod sub ea relictum est, cõ-  
 sequamur. Sed si quid sub modo relictum sit, nõ  
 ita ante omnia modus implendus est, ut id con-  
 sequamur: uerùm cautio sufficit. Hæc tamen sala-  
 tem una necessaria est. Nam etsi officio iudicis, le-  
 gatarij, ut modum ascriptum impleant, compel-  
 li possint: l. Mæuia. De manu. test. & si modus nõ  
 impleatur, legatum solutum reuocari possit: l. li-  
 berto. §. Lucius. De ann. lega. tamen cautionem  
 omitti nõ debere uisum est. Ac eam quidem hæ-  
 res abs legatario exigit, etiam si sua alioqui non  
 intersit modum impleri. Sic enim ueteres respõ-  
 derunt: si tibi legatum est, uti quid facias, etiam  
 si non intersit hæredis id fieri, negandam tibi a-  
 ctionem, si non caueas hæredi futurum, quod de-  
 functus uoluit. l. 19. si tibi. De lega. 3. Si tamen so-  
 lius legatarij intersit, ut modus ascriptus nõ tam  
 necessarium præceptũ continere uideatur, quàm  
 consilium & admonitionem quandam eius rei,  
 quæ illi quidem utilis esse uidetur, sed eius ta-  
 men alioqui arbitrio relicta intelligatur: cum id  
 possit, si uelit, legatarius negligere, non erit cau-  
 tio necessaria. Id Papinianus eleganter ostendit  
 l. 70. Titio centum. De condi. & dem. Titio (in-  
 quit) centum, ita ut fundum emat, legata sunt.  
 non esse cogendum Titium, cauere Cæcilius exi-  
 stimabat: quoniam ad ipsum dũtaxat emolumen-  
 tum

rum legati rediret. Sed si filio fratris alumno minus industrio prospectum esse uoluit, interesse hæredis credendum est. Atque idè cautionem interponendam, ut & fundus comparetur, & postea non alienetur. Prudenter profectò, ut in causa præterita, sic etiam in modo ascripto, Papinianus, cum ius commune proposuit, non negligit coniecturas uoluntatis, à qua ius illud depèdet, ut si eam aliã fuisse appareat, ius aliud statuatur. In contractibus, & ijs quæ inter uiuos geruntur, eadem planè est ratio. Sic enim & cum Titio decem donassem, ut inde Stichû emeret: & quæreretur, non empto Sticho quid statuendum esset: responsum est, facti magis quàm iuris quæstionem esse. l. 2. §. ult. & l. 3. De donat. Et si appareat me omnino dedisse, ut emeret Stichum, neque aliter donaturum fuisse, conditionem quandam subesse uideri, ut inutilis sit donatio, si Stichus non ematur. Sed si aliàs quoque donaturus eram, causam magis donationis, quàm conditionem illam fuisse. Causam (inquam) non (ut loquuntur) finalem, quæ omnino implenda sit: sed quam uocant impulsiuam, quæ necessaria non est, neque principalis: ut huic omnino acceptum ferre non debeamus, quod actum est. Et generaliter hoc in his donationibus definiendum esse, ait, multum interesse, causa donandi fuerit, an conditio. Si causa fuerit, cessare repetitionem: si conditio, repetitioni locû fore. Porrò ad illustrandum discrimen conditionis & modi, pertinent & alia quædam Prudentum responsa. Papinianus l. 20. causam. §. ulti. De manumis. cum quæreretur de seruo ita empto, ut intra cer-



tum tempus manumitteretur, & interea domino emptori certam mercedem annuam præberet, respondit: Conditionem, libertatis mercedem non facere, sed obsequio temporariæ seruitutis modum præstitutum esse. Quibus uerbis significat, non propterea suspendi ac differri libertatem (ea enim uis conditionis est, non modi) sed liberum factum ad eam mercedem teneri. Huius loci est & illud Iuliani responsum l. 41. cū ab eo. De contrahen. empt. Fundum quem alij obligaueras, à te sic emi, ut eum intra certum tempus liberares: non sub conditione, sed sub modo emptio nem factam intelligi, traditum est, ut neque contractus interea suspendatur, neque prohibeatur emptor post illud tempus exemplo agere aduersus uenditorem ut fundū liberet. Sed si sub conditione facta esset emptio, ueluti, *SI EVM LIBERES FVNDVM INTRA TALE TEMPVS*, non posset agi ut conditio impleatur, Iulianus respondit. Nempe, conditio ea erat in uoluntatem potestatemque uenditoris collata: & interea uim contractus inhibet atque suspendit. Hæc sunt quæ ex Iurisconsultorum libris breuiter repetita, de modo dici posse uidentur. Sed Cæsares etiam, quid illi hac quoque de re rescripserint, audiamus. Antoninus Caracalla rescripsit, in legatis etiam modum ascriptum, pro conditione obseruari. l. 1. C. de his quæ sub mo. Sed hoc tantum eò pertinet, ut non minus modus implendus sit, quam conditio impletur: quanquam ille posterius, hæc ante omnia impleatur. Gordianus uerò noui aliquid adiecit l. 2. C. illo ti. Cum enim olim ex modo non daretur actio illi, cui legatarius ita quippiam

piam dare iussus erat aut restituere: eam dari uo-  
 luit. Veluti si tibi domum legauerim ita ut Titio  
 centum des, uel eam domum restituas: ubi lega-  
 tum acceperis, poteris à Titio conueniri. De con-  
 ditione non idem dici posset. Nam cum ante o-  
 mnia implenda sit, mirum non est, si re integra  
 nullum ius tribuat, nullamque actionem ijs, in  
 quorum persona, si impleretur, implenda fuisset.  
 Si itaque te institui hæredem, SI TITIO DECEM  
 DEDERIS: Titius tanquam legatarius non habet  
 ius petendi decem, neque de te quæri poterit, si  
 ommissa causa testamenti ab intestato succedas. l. si  
 quis sub cōditiōe dandorum. D. Si quis ommissa  
 causa test. Sanè tamen cum unus hæres rogatus  
 esset restituere suam portionem cohæredi, acce-  
 pta ab eo certa quantitate: Vlpianus respondit,  
 duplex esse fideicommissum, non modò ut hæ-  
 res cogi possit fideicōmissario restituere, parato  
 præstare quantitatē: sed etiam ut possit ab eo  
 petere quantitatē, paratus portionem illi resti-  
 tuere. l. fideicommissa. §. cum esset. De leg. 3. Fin-  
 gamus itaque sic fuisse fideicommissum unum  
 sub conditione, alterum sub modo: perinde atq;  
 si dictum esset, VOLO UT TVAM PARTEM CO-  
 HAEREDI RESTITVAS, SI TIBI DECEM DEDE-  
 RIT, ET VOLO COHAEREDEM TIBI DARE DE-  
 CEM, UT TV ILLI RESTITVAS TVAM POR-  
 TIONEM. Atque ita facilè interpretamur, quia  
 inter cohæredes res est: quos inuicem obligare,  
 atque onerare facile potuit testator. Alioqui ue-  
 rò rectè dicitur, id quod in conditione tantum  
 positū est, nullam inducere (ut loquuntur) cer-  
 tam dispositionem: nullam continere obligatio-  
 nem,

nem, nullam denique necessitatem conditionis implendæ. Porro Antoninus Caracalla illud in modo expressit, quod in conditionib. sæpe queritur, an excusetur is per quem non stat, quo minus modum ascriptum impleat. Nam cuidam Saturninæ respondens ait: Si per te nõ stat, quo minus uoluntati testatoris pareas, sed per eum cui nubere iussa es: quo minus id quod tibi relictum est obtineas, non oberit. d. l. i. C. de his quæ sub. mo. Sic & alij Cæsares, cum rescriberent, dictam legem donationi, ab eo qui hanc suscepit, non impletam, conditioni facere locum: nominatim adiiciunt, Si non impossibilem cõtineat causam. & loquuntur de eo qui dictæ legi, cū posset, non paruit. l. dictam. C. de cõd. ob. cau. Certè quoties modus iam tum cum ascribitur, impossibilis est, neque ijs quæ in testamento relinquuntur, neq; ijs quæ inter uiuos aguntur, nocet. Aliter atque conditio: quæ si impossibilis sit, contractibus saltem nocet. Suspendit enim obligationem, ut nõ antea nascatur quàm conditio extiterit. Quod si modus causã ue cum ascriberetur, impossibilis non erat: sed postea per aliquem casum fiat, quo minus impleri possit: certè ut in conditione, distinguendum uideretur, utrum à principio in eĩus potestatem, qui modum implere iubebatur, collatus is fuerit: ut tum, si per eum non steterit, excusetur. Quid uerò si modus qui ascriptus est, turpis sit? Certè ius illud perpetuum sequemur, quod in conditione ob turpem causam traditur: ut si turpitude ex parte utriusq; sit, non possit quidem quod promissum est, peti: sed iam solutum non possit etiam repeti.

Descri-

Descripsi hætenus genus conditionum. Singulas earum species & formulas persequi non institui. Id enim non minus infinitum esset, quàm infinitum esse ait Cicero, persequi stipulationum formulas omnes: neque certè possumus, neque est necesse, complecti exempla cõditionum singularum, quæ indies concipiuntur uel à testatoribus, uel à paciscentibus. Et si quæ sint ordinariæ conditiones testamentorum uel contractuum, de ijs suo loco tractandum est. Conditiones institutionum & legatorum possunt esse nullæ, possunt esse plurimæ. Conditiõ substitutionis non potest non aliqua esse: cum & substitutio nihil aliud sit, quàm institutio quædam conditionalis: siue sit pupillaris, siue uulgaris, siue utraque. Sed quicquid dicendum est de his conditionibus, *SI MIHI HÆRES NON ERIT: SI FILIVS IMPVBES MORIATVR*, &c. ad tractatum substitutionum pertinet. Venditio & emptor multas habere solet cõditiones, licet etiam non exprimantur. Cum uenditor rem tradit, subest conditio precij soluendi, quæ, ne prius transferatur, dominium transfert. Cum emitur uinum, solet subesse conditio degustandi & metiendi: quæ singularia quædam habet præcepta. Denique actio de euietione, & stipulatio duplæ, suam habet conditionem. De his suo loco uiderimus. quanquam nunc passus sim edi, quod olim annotaui ad cap. De euiet. & ad illud quod dixi, pertinet. Hypotheca suas habet conditiones. De his dixi in tractatu de Pignorib. quem nunc quoque emitto. Habet & usuræ obligatio suam conditionem: habet & moræ quæstio.

Deniq; & omnes stipulationes pœnales sunt conditionales. Cum quæritur an commissæ sint, de conditionib. quæritur. Ergo & huc pertinet Pauli disputatio cap. 2 & 4. De verb. oblig. & cap. 40. Si cert. peta. tantoque minus propterea nunc recusavi, nostram de ea commentationem nunc etiam edi. Accessit & regulæ Catonianæ tractatio, prius etiam edita: nam & cum ad conditionalia legata non pertinere dicatur, non potest sine aliqua conditionum cognitione intelligi. Actus legitimi, qui neque diem neque conditionem recipere dicuntur, exponentur cum ea Iuris regula, quæ id continet. Sanè conditionales etiam erant omnes formulæ, quibus Prætor ius dicebat, iudicesque dabat. Nam & illa semper facti conditio prima erat, *SI PARET*, &c. quanquã iudicium nihilominus purum dicebatur, si nulla erat exceptio conditio. Si exceptio adijciebatur, erat hæc altera secundaque conditio, itaque etiam dicebatur. Sed iudicis sententia sine conditione esse debet. Sic dici poterat iurisdictio conditionalis, iudicatio uerò pura. Verùm si quicquid ad communem locum de conditionibus referri potest, colligere aliquis uelit, non solum ius uniuersum describat necesse est: sed & infinitum, ut iam sæpe dixi, quippiam adgredietur. Ego quem optimum esse modum putavi, eum secutus sum: eoque contentus, nunc finem facio.

FINIS.

FRANCISCVS BALDVI  
 NVS IVRISCONS. AD PAVL  
 lum de Diuisione stipulationum,  
 Cap. II & IIII. De uerb.  
 obligat.

PAVLVS LIB. XII. AD SABINVM:

*Stipulationum quedam in dando, quedam  
 in faciendo consistunt.*



Stipulationum uerbo nunc  
 obligationes in uniuersum  
 intelligere possumus: sicuti  
 & Paulus ipse l. 3. De oblig.  
 & act. ait, obligationum sub-  
 stantiam in eo consistere, ut  
 alium nobis obstringant ad

dandum aliquid, uel faciendum, uel prestandum.  
 Substantiam uocat, materiam & rem ipsam, sine  
 qua esset inanis obligatio. Obligationes autē ap-  
 pellari Stipulationes, non mirabitur, qui memi-  
 nerit ueterem apud Romanos usum stipulatio-  
 num ad omne obligationū genus fuisse relatum.  
 Neque obligationes modò, sed & earum condi-  
 tiones, Paulus similiter diuidit, l. in facto. De cō-  
 dit. & demonst. alias nempe dandi esse, alias fa-  
 ciendi: ut aliquid detur, uel fiat: aut contrā, ne de-  
 tur, aut fiat. Quo exemplo & nos hic contineri  
 intelligemus stipulationes ut non detur, ut non  
 fiat, non minus quàm dandi faciendi. Verba  
 hæc, DARE FACERE, sæpe in libris Iuris Ciuilis

occurrunt, cum ea breuiter significantur omnia,  
 quæ in obligationem conditionem uel uenire  
 possunt. Ipsaque actionis in personam uetus for-  
 mula ijs utebatur uerbis. Vnde Iustinianus §. 1.  
 De act. docet, per actiones in personam quæ ex  
 obligationibus nascuntur, intendi, aduersarium  
 dare facere oportere: & Ulpianus, l. scire debe-  
 mus. §. 1. De uerb. oblig. ait, stipulationem hæc ua-  
 lere, **QVOD EX CAUSA CONDICTIONIS DA-  
 RE TACERE OPORTET.** Sed etsi alterum tantum  
 in obligatione esset, tamen utrumque erat in ip-  
 sius actionis formula: quoniam hæc uerba solu-  
 ta pro separatis accipiuntur, non pro coniunctis;  
 & cum dicimus, **Quod eum dare facere oportet,**  
 quoduis eorum sufficiat probare, ut eleganter  
 docet Ulpianus in l. sæpe. De uerb. signif. Sanè  
 apud Ciceronem libro tertio Offic. cum agere-  
 tur de obligatione faciendi tantum, tamen scri-  
 ptum est: **Calphurnius arbitrum illum adegit,  
 QVICQVID SIBI DARE FACERE OPORTERET  
 EX FIDE BONA.** Deniq; in l. ult. Cõmu. præd.  
 cum ageretur de cedenda constituendaque ser-  
 uitate, legimus hæc uerba, **DARE FACERE.** Pot-  
 rò possunt esse obligationes dandi simul & faci-  
 endi, quas Iustinianus mixtas propterea appel-  
 lat, l. ueteris. C. de contrah. & committ. stip. Sicu-  
 ti & Callistratus, l. 81. cum seruus. De cond. & de-  
 monst. hanc conditionem, **SI RATIONES RED-  
 DIDERIT,** ait, neque in datione tantum, neque  
 tantum in facto consistere, sed ex quadam mixtu-  
 ra. Verbum faciendi tam latè interdum accipi-  
 tur, ut etiam dationem contineat. l. uerbū facere.  
 De uerb. signif. Itaque & Paulus l. in facto. De  
 cond.

cond. & dem. sic loquitur de conditionibus in facto consistentibus, ut exempla deinde hæc subiiciat, ut quid detur, ut quid fiat. Sic conditionem dandi, in facto consistere ait. Sed cum propriè loquitur, factum opponit dationi: sicuti & traditionem & præstationem facti esse, non dationis, dicere solemus. Non enim qui tradit aut præstat, dominium propterea trāsferat. Varro scribit eum dici facere, qui rei faciem imponit. Itaque hoc uerbum refert ad ea quæ corpore sunt, & sunt uisibilia. Quo modo & Papinianus facta in uniuersum dixit esse indiuidua, l. stipulationes non diuiduntur. De uerb. oblig. Sed hic uerbum faciendi etiam referimus ad ea quæ animo magis quàm corpore expediuntur: nullamque alioqui faciem, quæ in oculos incurrat, habent.

Verbum dationis propriè pertinet ad Iuris alienius, ueluti dominij, translationem. l. ubi autè. §. ult. De uerb. oblig. & §. i. De act. Ac fit illa quidem traditione. l. traditionibus. C. de pact. non tamè nuda traditione. l. nunquã. De acqu. rer. dom. Traditio corpore fit: datio animum etiam requirit, uolentis dominium transferre. Tradere itaque potest, qui intellectu caret, non etiam dare. l. i. §. adipiscimur. De acqu. pos. Ergo datio continet etiam aliquod factum, nempe traditione. At traditio non continet etiam dationem. Quid igitur de ea stipulatione dicemus, REM DARI, VACVAMQUE POSSESSIONEM TRADI? Papinianus l. 4. De usur. elegãter significat prioribus uerbis, nempe, REM DARI, contineri & factum, nempe traditione & effectum dominij per traditionem transferendi. Itaque posteriora uerba, VAC-



CVAM QVE POSSESSIONEM TRADI, ne ociosa sint, & inania, uideri ad fructus postea captos pertinere. Sanè Iustinianus §. ult. De uerb. oblig. res opponit factis, quasi illæ ad dationem pertineat. Non solum (inquit) res in stipulatum deduci possunt, sed & facta. Itaque & res incorporales, ueluti seruitutes, & nomina, deducuntur in stipulationem dandi. Nam quasi traduntur, & Ius ipsum transfertur. Abs factis igitur, quæ quidē mera facta sunt, discerni debent, ut etiam paulopost hic discernuntur: & inter stipulationes dandi referuntur stipulationes seruitutum. Sed alioqui cum stipulationibus alicuius facti indiuidui comparantur: quia totum ius seruitutis explicatur nudo facto, hoc est, ipso usu. Qui seruitutem constituit, quasi tradendo dat aliquid. Sed qui illud accipit, quid aliud deinde quam facit, cū utitur? Verum hic postremò est obseruandum, factum appellari, non ipsum opus iã effectū (hoc enim, ut res, rectè dari posset) sed potius ipsam (ut ita loquar) operam efficiētem, siue ipsam effectiōne. Ait Paulus, ET HARVM OMNIVM QVADAM PARTIVM PRAESTATIONEM RECIPIVNT. Hic alterā exponit stipulationū diuisionē, ex earum rerū quas stipulamur, natura sumptā. Sic enim ex earum qualitate statuendum est, diuidua an indiuidua sit obligatio. Itaque Papinianus l. 72. De uerb. oblig. Stipulationes (inquit) non diuiduntur earum rerum, quæ diuisionem non recipiunt. Et cum quæreretur, diuisionem reciperent, an non reciperent quædam legata: ex ipsius rei legatæ natura id dijudicandum esse, reponsum est. l. 1. §. si usus. l. si is qui quadringenta.

ta. §. quædam. Ad leg. Falcid. quanquam non sola rei diuiduæ natura semper sufficiat, ut obligatio statim iudicetur diuidua: sed plerunque etiã utilitas & usus rei inspiciatur. Sed neq; tam hic loquimur naturaliter de diuisione, quæ fit corpore: quàm ciuilitè de ea quæ solo intellectu fieri dicitur, sic ut diuisio indiuisa dici possit, sicuti & eius partes indiuisæ appellantur, & partes propriè dici simpliciterque possunt & debent. l. 25. De uerbo. sign. Hæ itaque Iuris intellectu constare, potius quàm corpore fieri dicuntur. l. 5. De stipul. seru. l. 66. Mæuius. §. duorum. De lega. 2. Et sunt propriè partes rerum alioqui cõmunium. estque necesse in corporibus plerunque talem diuisionem indiuisam primùm intelligi, cū alioqui diuisio uel corpore fieri non potest, quia rem totam corrumpet: uel si possit, non ita tamen æqualiter statim fieri posset, & sine cuiusquam iniuria. In quantitate uerò, ueluti in pecunia, facile intelligi possunt partes diuise: quia diuisio numero commodè fieri statim potest, neque corpus in illis spectatur, aut eius qualitas, sed quantitas tantum, hoc est, estimatio. Porro, non una hic proponitur simplexque diuisio obligationũ diuiduarum atque indiuiduarum: sed & quædã ueluti mixta. Quasdam nempe, partim diuiduas esse, partim indiuiduas: sicuti suo loco dicam. Illud nunc tantum adijcio, Rem indiuisam hic dici indiuiduam, quæ non solum diuisa nõ est, sed nec diuidi potest. Cæterum alijs quibusdam locis indiuiduum etiam dicitur, quod quidem nõdum diuisum est, diuidi tamen potest. Sic communis & indiuidua dicitur hæreditas apud Mo-

destinum, l. 32. si sine. §. Lucius. De admin. tut. At qui pro partibus indiuisis illa iam erat diuisa, & corporaliter diuidi etiam poterat. Diuiduitatis uerbo utitur Caius l. 80. si is qui quadringenta. §. ult. Ad leg. Falcid. Sed ad Paulum propius ueniamus. Ait, QVAEDAM PARTIVM PRAESTATIONEM RECIPIUNT, VELVTI CVM DECEM DARI STIPVLAMVR. Hæc stipulatio dandæ quantitatis, aut pecuniæ, omnimodo diuidua est, siue obligatione spectes, siue solutionem liberationeque. Papinianus l. 85. De uerb. obl. dixit, ubi promissa est pecunia, & petitionem & solutionem ad portiones hæreditarias spectare, & à singulis hæredibus nos eam diuisim cõsequi. Sed plus illud est quod Ulpianus l. 9. §. 1. De solut. ait, Eum qui decem debet, partem soluendo, in parte obligationis liberari: & reliqua quinque sola in obligatione remanere. Quid igitur? An inuito etiam creditori pars solui, & quasi obrudi rectè potest? Quia hæc diuidua est obligatio, illud primum consequens est, ut si partem pecuniæ creditor recipiat, pro parte debitor liberetur. Si partem recipere nolit, uix est ut cogi possit. nam nec debitor liberari, nisi si totam deponat ob signatam, responsum est. l. ob signatione. C. de solut. l. 72. qui decem debet. De solut. Si partem tantum unam debere se quis contendat, alteram inficietur in Iure: quid aliud potest Prætor, quàm iubere, partem confessam solui, & de altera controuersa iudiciũ dare? l. quidam existimauerunt. Si cer. peta. Sed ut alioqui debitor creditorem tanquã per ludibriũ fatiget, minus quàm debet, & debere se fatetur, soluendo; eumque pro sua libidine distrahat particularum

ticularum multis solutionibus: durum esset. Pu-  
 blicani quidem iubetur partes etiam recipere, l.  
 placuit. C. de collat. fun. patrim. Sed hoc singula-  
 ri iure tributum esse uidetur miseris debitoribus  
 tributarijs. Sit sanè tam diuidua obligatio tribu-  
 ti dandi, ut non solum pro parte soluta liberatio  
 contingat, sed & partis soluendæ libera facul-  
 tas detur. Aliæ obligationes pecuniæ dandæ il-  
 lud magis quàm hoc continent. Est illud singu-  
 lari fauore libertatis receptū, ut si seruus decem  
 hæredi dare iussus fuerit, & liber esse: hæres cogi-  
 tur per partes quoque recipere. l. 4. §. item si. De  
 statulib. Sed pro parte liber esse non potest: neq;  
 liber erit, priusquam totum soluerit. Certè condi-  
 tio sic alioqui facit indiuiduam pecuniæ dandæ  
 obligationem, ut nō modò pars inuito creditori  
 obtrudi non possit, sed ne soluta quidē recepta-  
 que profit. l. 23. qui duobus. l. 55. cui fundus. De  
 condi. & demon. sicuti & cum agitur de pœna ui-  
 tanda, aut usuris sistendis, aut pignore luendo. l.  
 tutor §. Lucius. De usur. l. 5. §. ult. De uerb. obli. l.  
 1. C. de luit. pigno. Denique & si pecunia debeat  
 tur, operis alicuius faciendi causa: ut operis effe-  
 ctio diuisionem non recipit, sic pecuniæ quæ ad  
 id pertinet, solutio indiuidua est: & unūquemq;  
 tunc hæredem in solidum teneri constat. l. fidei-  
 commissa. §. pen. De leg. 3. Cum dicimus simpli-  
 cem obligationem pecuniæ dandæ ita esse diui-  
 duam, ut si pars soluta sit, pro parte liberetur de-  
 bitor: ratio cur id dicimus, manifesta est, quòd  
 creditoris partem simpliciter recipiētis nullum  
 periculū sit si pro ea parte debitor liberetur. Nam  
 cum de quantitate agitur, numero commodè di-  
 uiditur.

uiditur. Sed & si species una aliqua certa debeat, idem dicemus: quia nullum in idem tunc periculum sit, etsi pro parte soluta debitor liberetur. Astringitur enim nihilominus, in eadem specie alteram partem soluere. Sed ubi genus debet, & electionem habet, aliud dicendum est, sicuti paulo post dicemus, & Ulpianus docet l. 9. §. 1. De solut. Paulus uero hic interserit exemplum indiuiduæ planè stipulationis. Ait, QVAEDAM NON RECIPIUNT, UT IN HIS QVAE NATURA DIUISIONEM NON ADMITTUNT: VEL UTI CVM VIAM, ITER, ACTVM, STIPVLAMVR. Hæc stipulatio seruitutis, est quidem dādi, sed omnimodo est indiuidua, quia datæ seruitutis usus totus explicatur facto quodam indiuiduo. Papinianus l. 72. De uerb. oblig. cum dixisset non diuidi stipulationes earum rerum quæ diuisionem non recipiunt, subiicit hæc exempla: si quis stipuletur seruitutem, uel faciendum aliquid. Cùm stipulamur seruitutem, stipulamur aliquid nobis dari. Sed ubi datū nobis ius illud est, quid aliud quàm uti possumus? Usus autem hic noster est facti cuiusdam nudi & indiuidui. Ergo Pomponius l. 17. De seruit. cur pars seruitutis in obligationem deduci non possit, hæc rationem reddit, quòd usus seruitutis sit indiuisus. Sed nobilis hic locus de indiuiduitate seruitutum, tam profectò etiam subtilis, quàm est Mathematicorū *θεωρημα* de suo puncto indiuiduo, dignus est maiori explicatione, præsertim cum eius intelligentia multis Pandectarum locis lucem inferat, & utilitas magna sit, lateque pateat. Aiunt in bibliotheca Petri Crinti inuenta esse quædam fragmenta librorum nostri

nostri Pomponij, in quibus ita scriptum sit: *SERVITUTES DIVIDI NON POSSUNT*. Nā earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam eius corrumpat. Verūm ne ea quidem ratio satis explicat, quod hic quærimus. Obscurior tamen est illa Caij, qui in l. 80. si is qui quadringenta. §. quædam. Ad leg. Falc. ait, legatum vice aut itineris non recipere diuisionē, quia ad nullum ea res pro parte possit pertinere. Paulus l. 25. §. in ea. Fami. ercisc. ait, stipulationem seruitutis non diuidi inter hæredes per legem XII. Tab. quia non possit diuidi. Sed cur non potest diuidi? Hoc enim est, quod nunc quærimus. Sæpe legimus alijs quoque locis, seruitutes esse indiuiduas, nec partem recipere, l. 1. §. si usufr. Ad leg. Falc. l. ult. De seruit. lega. l. fideicommissa. §. pen. De leg. 3. Sed ratio & causa huiusce indiuiduitatis nulla in ijs adiicitur locis. Quid igitur? Illa in Pædestis una extat: quia usus earū sit indiuiduus. At satis quidem constat, omnia facta corporalia esse in sese indiuidua, sicuti est & omnis motus aut actio. Non enim possum eodem momento ire & non ire, aquam ducere & non ducere. Sed & si eę sint seruitutes, quarū usus nō eam habeāt motionē actionem uel utentis, sed tantū patientiam seruiantis, quales sunt pleræque urbanę: tamen ea quoque patientia est indiuidua. Quid igitur? An possum simul colligere fructus, & non colligere? Minimè sanè. Atqui usum esse seruitutē diuiduam, & pro parte me uti frui posse, fatentur Iuriscōsulti, ut postea dicam. Vnde apparet, non satis firmam esse illam rationem indiuiduitatis seruitutum, quod usus, sicuti motus aut actus, sit indi-

indiuisus. Nos igitur adijciamus, usum hunc, quem constat corpore diuidi nō posse, ne animo quidem, aut Iuris intellectu diuisionem ullam recipere: quia sit meri undique facti, neque pariat ius aliquod, aut ad aliquid acquirendū pertineat, quod pluribus sit commune. Quorsum igitur hic intelligerentur aut fingerentur aliquæ partes indiuitæ? At cum quis utitur fruitur, nō est nudum factum. Nam ex eo oritur alicuius domini acquisitio, cuius causa (potest enim id pluribus esse commune) diuisionem iuris intellectu esse dicimus. Vsfuctus itaque dicitur in iure consistere, & propterea aliquid habere simile cū dominio. Vnde & suas partes indiuisas habet, si cuti dominium. Sanè si usuf. pluribus sit communis, unus fructuarius ne unius quidem glebe fructus colligere potest, quin colligat fructus nō tam suæ quàm cōmunis partis. Verū nullam socio facit iniuriam: imò uerò rem illius non minus quàm suam agit: quia fructus erunt communes. Nam eorum dominium rectè intelligitur habere suas partes indiuisas. At alterius seruitutis usus non modò in se est indiuisus, sed tam nudè etiam facti est, ut ex eo nihil consequatur, quod alteri commune utiliter esse possit: & propterea nulla hic esse potest communio, quæ nō habeat iniuriã. Diceret aliquis: Si mihi fundus & tibi sit cōmunis, non ne per eū ire possum iure mei domini? Possum. Atqui nō minus partē tuã tunc attingam, quàm meam: neque tamen quicquam ex eo nascetur quod tibi commune utileque sit. Ita est sanè. Sed si hoc tibi molestum est, potes occurrere per iudicium communi diuidendo.

Huic

Huic uerò iudicio non esset locus, si ius tantum eundi commune esset. Quæ tertia ueluti mihi uideatur esse ratio, cur seruitutes non parte non constituantur. Ergo si mihi tecum sit fundus communis, possum meæ partis indiuisæ usum fr. alicui dare. l. 5. De usuf. Is enim utendo fruendo non iniuriã tibi faciet ullã, sed tibi potius acquireret. At communi prædio seruitutem pro mea parte imponere non possem. l. 2. De seruit. l. unus ex socijs. De seruit. rust. Sed & si totus fundus meus sit, tamẽ pro parte indiuisa non possem seruitutem imponere. l. 6. §. 1. Commu. præd. Non institui hoc loco pluribus uerbis persequi, quod ad tractatum de seruitutibus potius referendum est. Illud nunc tantum Paulus docet: Si stipuler abs te seruitutẽ uia, itineris, aut similem: non posse te partem soluere, nullũq; ius esse seruitutis, nisi si totum sit, & integrum. Nam neque alioqui me uti eo posse. Quod ad hæredes in hac causa uel tuos uel meos attinet, paulo post suo etiam loco dicetur. Sanẽ si pro parte tantum stipulatus sim seruitutem, inanis & inutilis est stipulatio. Sed id repetendum est ex tit. De seruit. Nunc quod instat, agamus. Ait Paulus, *QVAEDAM PARTIS QUIDAM DATI ONEM NATURA SUI RECIPIUNT, &c.* Hic agitur de stipulationibus partim diuiduis, partim indiuiduis. Diuiduis, si spectes obligationem ipsam: indiuiduis, si solutionem liberationem uel: quod idem Paulus iterum docet, l. 85. §. pro parte. De uerb. oblig. & ostendit, licet ipsa etiam petitio scindatur, tamen solutionem non scindi, si uim eius & liberationis causam spectemus. Frustra enim partem solui. Alioqui (inquit)



quit) in diuersis hominibus rectè partes soluerètur. Sed & Vlpianus l. 9. §. 1. De solu. Qui (inquit) hominem debet, partem Stichi dando, nihilominus hominem debere non definit. Denique homo ab eo peti potest. Sed si debitor reliquam partem Stichi soluerit, uel per actorem steterit, liberatur. Rectè itaque Paulus hic ait, generalem hominis stipulationem, natura quidem sua esse diuiduam. Facile enim intelligi possent dominij partes indiuisæ in homine cõmuni. Sed uisum est hoc captiosum fore creditori: & ideo interpretamur hoc actum esse, ut indiuisa esset solutio. Ipsa quantitatis dandæ obligatio solutionem habet indiuiduã, si hoc magis actum esse uideatur, ueluti si conditionem habeat, ut supra dixi. At multo magis id intelligi debet actum esse in generali stipulatione alicuius corporis. Quid enim? Promissoris est electio in obligatione generis. I. plerunque. ad fi. De iure dot. Si igitur partem rectè solueret, & pro ea liberaretur, alteram deinde partem posset altera specie soluere. Quod certè stipulatori damnosum est, qui nullam integram speciem haberet: hoc est, nõ haberet quod est stipulatus. In pecuniæ obligatione nullum est tale periculũ, quia pecunia numero cõstat, & sola quantitate. Ait Paulus, CVM HOMINEM GENERALITER STIPVLOR. Si specialiter unum aliquem hominem certum stipuler, aliud dicendum esse, supra dixi, ex l. 9. §. 1. De solut. Quid uerò, si plures homines incertos generaliter stipuler? Numero diuidi talem stipulationem, respondit Papinianus l. 117. De uerb. oblig. nempe, ut unum hominem dando, pro parte liberari possit debitor. Er  
go

go et si duos homines generaliter stipulatus es-  
 sem, duosque reliquisset hæredes: singuli homi-  
 nes singulis hæredibus debebuntur. l. 54. De verb.  
 obl. Cæterum si duos homines certos, speciali-  
 eorum appellatione usus, stipulatus sim, ueluti  
 Stichum & Pamphilum: utrique hæredi pars in-  
 diuisa utriusque deberetur. Rursus obseruan-  
 dum est, Paulum hinc de stipulatione generis age-  
 re. Quid igitur, si homo mihi generaliter sit lega-  
 tus? Certè quia tunc mea magis est electio, aliud  
 dicendum uidetur. Si partem in Stichò soluerit  
 hæres, non poterit in alio partem alteram solue-  
 re. Imò uerò Stichum elegisse uideor, & in eodem  
 alteram partem ut soluat, agere possum. Itaque, et si  
 pro parte soluta liberetur hæres, non ea mihi fie-  
 ri iniuria posset, quæ fortasse fieret, ubi debitoris  
 est electio, sicuti est in ipsa stipulatione: in qua  
 propterea dicit Paulus, et si pars in una specie so-  
 luta sit, nondum in nulla parte stipulationis na-  
 tam esse liberationem. Videtur *ἐκ τῆς ἀπορίας*, cum ge-  
 minat negationem, & NONDUM IN NULLA, PRO,  
 NONDUM IN VLLA, dicit. Sed manifestum est  
 id eum sentire, quod Ulpianus ait, l. 9. §. 1. De solu.  
 Si qui hominem debet, partem Stichi det, nihi-  
 lominus hominem debere, & hominem ab eo ad-  
 huc peti posse. Addit hic Paulus, aut statim re-  
 peti posse partem solutam, aut in pendentem esse,  
 donec alius homo detur. Hæc uocula, AUT, non  
 est propriè hoc loco, ut esse solet, disiunctiua: sed  
 diuersos potius casus, iusque simul in ijs diuer-  
 sum notat. Si promissor hominis, partem Stichi  
 soluerit errore quodam, cum putaret sese omni-  
 no Stichum debere: condictioe indebiti repete-

re eam potest, sicuti Iulianus respondit l. 32. cum  
 is qui Pamphilum. §. ult. De cond. ind. Verè enim  
 non debebat Stichum, sed hominem. Quod & in  
 legatis dicitur. l. cum incertus. De lega. 1. Sed si  
 sciens se debere hominem, partem Stichi soluat:  
 in pendentem res ita est, ut si alius deinde homo de  
 tur, repeti tunc possit pars Stichi soluta: & eius  
 conditio nascatur. Si uerò altera potius pars Sti  
 chi soluatur, liberatio nascatur. Sic interea in pen  
 denti est repetitio simul, & liberatio: & posterior  
 solutio cōprobabit, utrum quod prius solutum  
 est, debitum uel indebitum solutum sit, quemad  
 modum Vlpianus ait l. 26. §. pen. De cōd. ind. Cæ  
 terum ipsa interea obligatio manet, qualis antè  
 fuit. Non potest quidem debitor, qui sciens par  
 tem Stichi soluit, eam repetere, nisi si aliū homi  
 nem integrum dederit. Sed stipulator, qui eam  
 partem recepit, potest nihilominus petere homi  
 nem, perinde atq; si nihil recepisset. l. 9. §. ult. De  
 solut. Nam quod recepit, recepisse intelligitur  
 sub tacita conditione, si altera pars in eodem Sti  
 cho soluatur: neque huius solutionis libertatem  
 debitori præripit, cum hominem nihilominus  
 petit. Nam debitor conuentus, statuere adhuc  
 potest, & eligere, utrum malit. Sequitur apud  
 Paulum: EIVSDEM CONDITIONIS EST HÆC  
 STIPVLATIO, STICHVM AVT PAMPHILVM DA  
 RI. Ratio est, quod hic quoque promissoris sit  
 electio, utrum dare uelit. l. plerunque. §. ult. De  
 iu. dot. Duretque etiam hæc electionis libertas,  
 etsi iam alterius rei pars soluta sit: sicuti probat  
 Vlpianus, l. 26. §. pen. De cond. ind. Vnde si sciens  
 ita soluit, eadem hic suspensio est, quam in supe  
 riori

rioni obligatione generis esse diximus. Si errore soluit, repetere etiam statim posse, ut in superiori casu potest, probat Iulianus l. 32. §. ult. De cond. indeb. In alijs quibusdam casibus dissimilis est causa stipulationis disiunctivæ & generalis. l. 72. qui decem. §. Stichum. De solut. l. si unus. §. sed si stipulatus. De pact.

Paulus hic proponit hoc exemplum disiunctivæ stipulationis, STICHVM AVT PAMPHILVM DARI. Quid si, STICHVM AVT DECEM DARI? Certè idem Paulus, l. 85. §. pro parte. De verb. obl. cum dixisset, si stipulatus sim generaliter hominem, non nisi in solidum solui posse: addit, idem iuris esse, & si quis decem aut hominem stipulanti promiserit. Et Iulianus l. 32. §. ult. de cõd. indeb. Qui (inquit) hominem generaliter promisit, similis est ei qui hominem aut decem debet. Uterque in eo exemplo disiunctivæ obligationis, hominem intelligit certum, specialiterque promissum, ueluti Stichum. Quid igitur, an eiusdè conditionis est hæc obligatio, sicuti illa, STICHVM AVT PAMPHILVM? uel etiam simplex generalis? Est certè: sed non omnino. Nam si quinque soluta sint, in pendentem quidem etiam est liberatio & condictio. quia debitori adhuc est integrum, Stichum soluendo, condicere quinque soluta: uel altera quinque soluendo, liberari. Verùm obligatio alioqui non manet eadem, nec stipulator petere potest, nisi quinque uel Stichum. sicuti tradit Ulpianus l. 26. §. pen. De cõd. indeb. Ratio est, quòd in quantitate nullum sit periculum diuersæ solutionis: & qui quinque recepit, uideatur pro ea parte liberalle debitorè, si debitor ipse uelit: hoc est, si uelit altera quinque etiam soluere.

Sed de hæredibus tandem etiam uideamus. Ait Paulus, EX HIS IGITUR STIPULATIONIBUS NE HÆREDES QUIDEM PRO PARTE SOLVENDO LIBERARI POSSUNT, QVAMDIU NON EANDEM REM OMNES DEDERINT. Stipulationes hęc intelligit, de quib. proximè egerat, generis nempe, & disiunctiuas: quarum etsi obligatio inter hæredes pmissoris diuidatur, solutio tamè & liberatio manet indiuisa. Subijciat deinde indiuiduas planè stipulationes, ueluti seruitutis, quarum ne obligatio quidem ipsa inter hæredes diuiditur. De quantitate dandæ stipulatione diuidua, cum de hæredibus quæritur, nihil hic adiecit. Ego uerò dico, inter hæredes tam eam diuidi, ut magis etiam in ijs diuidua sit, quàm erat in debitore. Debitor partem soluendo, p parte soluta liberatur. Sed inuito creditori partem obtrudere, ut se liberet, non potest. debet enim totum. Sed si duos hæredes relinquat unus hæres, non nisi dimidium debet. Id si offerat, offert totum quod debet. Itaque inuito etiam creditori talè partem obtrudere potest, ut se liberet. De lege XII. Tab. quæ inter hæredes diuidit obligationes, dixi aliàs pluribus uerbis. Nunc illos tanquam gradus tres obseruari uelim: Primum obligationem quantitate, quæ natura alioqui diuidua est, in hæredibus multo etiam magis diuidi, ut non solum partem tantum debeant, aut eam rectè soluant, sed etiam inuito creditore soluant. Secundum, obligationem generis aut disiunctiuam diuidi quidem inter hæredes, sed solutionem & liberationem manere indiuiduam. Tertium, obligationem seruitutis dandæ, indiuiduam quoque esse in hæredibus. Ut igitur Pauli disputationem persequamur: obseruemus, de  
 capi-

capite secundo nunc agi. In obligationibus generis, aut alternatiuis, ne hæredes quidem pro parte soluendo liberari ait, quamuis partem tantum debeant, neque amplius à singulis peti possit.

Quid uerò de hæredibus stipulatoris hic dicemus? Paulus in sequenti casu argumentum ducit à promissoris hæredibus, ad hæredes stipulatoris, cum de seruitutis obligatione indiuidua quæritur. Nam eadem ratio, hoc est, rei indiuiduæ natura facit, ut iusta sit illa ratiocinatio atq; comparatio. In proposito uerò dissimilis causa est. Debetur quidem eadem res hæredibus stipulatoris, quæ stipulatori: sed nõ eodem modo. Vna aliqua species integra danda erat stipulatori, eius uerò hæredibus tantum partes debentur: & eorum nihil interest, cum omnino in communionem ire debeant, cum suo cohærede, an cum alio rem communem habeant. Itaque non erit iniquum, ut hominis promissor, uni hæredi stipulatoris partem in Stichò rectè soluat, & pro ea liberetur: & deinde alteri hæredi partem in Páphilo soluere possit. Sanè Ulpianus l. 31. §. si uenditori. De ædil. ed. Si uenditori (inquit) plures hæredes extiterint, singulis pro portione hæreditaria poterit seruus redhiberi. Sed, ut ad Paulum redeamus: cur promissoris hæres stipulatori partem soluendo, statim non liberatur? Quia stipulator recepisse eam uidetur sub hac conditione, Si reliqui hæredes in eadè specie suas partes soluât: sicuti & si ab ipso promissore partem recepisset. Nã & utrobique periculû alioqui erat, ne in diuersis hominibus partes soluerentur. Quod cum promissor facere non possit, nec eius hæredes posse Paulus docet, l. 85.

§. pro parte. De uerb. oblig. Quid si non partem, sed integrum aliquem hominem hæres unus soluat? Certum est, non ipsum modò, sed & cohæredes liberari. An autem qui soluit, abs suis cohæredibus repetat iudicio familiæ eriscundæ, alia quæstio est, nec huius omnino loci. Illud potius uideamus, quod Paulus hic adijcit, conditio nem siue naturam obligationis in hæredibus nõ immutari. Non est hæc aliqua perpetua regula. Sed in proposito significat, etsi ipsa obligatio generis aut disunctiua inter hæredes diuidatur: tamen solutionem manere indiuisam. Seruitutis uerò etiam obligationem indiuisam in hæredibus esse. Quod ad stipulationem quantitatis attingit: certè ex persona hæredum conditio solutionis paululù immutatur, hoc est, fit etiam magis indiuidua, quia hæres pro sua parte rectè soluat, etiam inuito creditore. Sed interea nulla hæreditaria obligatio ita immutatur, quin suù semper in solidum consequatur creditor. Imò uerò & in obligatione quantitatis, conditionis implendæ causa, quæ defuncto ascripta erat, erit & in hæredibus indiuidua. l. hæredes. §. idem iuris. Fami. erisc. Vnde mirari nõ debemus, quod hic Paulus subiūgit, si uia promissa sit, singulos quoque hæredes promissoris in solidum teneri. quia res diuisionem non recipiat. Sanè hanc obligationem nõ diuidi inter hæredes, sed durare: hoc est, indiuiduam manere, alibi ait Paulus d. l. hæredes. §. contra. Quid igitur? Vnus hæres in solidum cõueniri potest, ut si fortè fundum habeat, cui seruitus imponenda est, eam imponat: si non habet, & propterea imponere non possit: pecunia

niaria erit æstimatio atque condemnatio, quã & in solidum persoluet: sed abs cohæredibus repetet. Ulpianus l. n. fideicommissa. § si in opere. De leg. 3. scribit, Marcum Imp. hoc statuisse & in obligatione statuæ faciendæ, quod dicitur in seruitute. Sed non contentus æquitate repetitionis sumptuum à cohæredibus, uoluit etiam aliquod dari tempus, antequam unus in solidum condemnatur. Paulus hic prius illud tantum attingit.

SED QVO (inquit) CASU, &c.

Possset tam generaliter istud dictum uideri, ut non ad proximam modò, sed & ad superiorem speciem referatur: hoc est, ad eum casum, quo homo promissus erat, & unus ex hæredibus in solidum soluit Stichum bona fide, & ueluti communi nomine, cum alioqui liberari non posset, & si ne cohæredum fraude. Omnino (inquit Paulus) quæ pro parte expediri non possunt, si unus ex hæredibus cogente necessitate fecerit, familiæ eriscundę iudicio locus est. d. l. hæredes. § si unus. Verùm in obligatione seruitutis id certius dici potest. Subijcit autem hoc loco Paulus ex eo quod seruitus pro parte dari nõ possit, proptereaq; hæredes singuli in solidum teneantur, colligi etiã posse, singulos hæredes stipulatoris hoc casu habere in solidum actionem. Hoc (inquã) accidere posse, Pomponius dixit, ut hic Paulus narrat. Sanè Ulpianus l. 4. § si fundus. Si ser. uin di ait, Pomponium libro quadragesimo primo scripsisse: Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competere actionem. Sed apertior est alter Pomponij locus, ex singulari eius libro Regularum, l. 17. uia. De seruitut. Via



(inquit) itineris actus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indiuisus est. Et ideo si stipulator decesserit pluribus hæredibus relictis, singuli in solidum uiam petunt: & si promissor decesserit pluribus hæredibus relictis, à solidis hæredibus solida petitio est. Hæc Pomponius. Sed obseruandum est, quod hic ait, Paulus eum dixisse, posse accidere, ut singuli hæredes in solidum agere possint. Significat enim, non omnino semper id fieri. Quid enim, si qui non habeant fundum, cui seruitus detur? Certè sine eo seruitutem acquirere non possunt: neque tunc habebunt actionem ullam seruitutis promissæ nomine, cum eorum non interfit. Cæterum promissor seruitutis, etiam si fundum nõ habeat, cui seruitutem imponat: tamen obligatus manet. Saltè enim præstabit æstimationem. Itaque personam promissoris hic obligari intelligimus, tametsi quod promittitur, fundo magis, quàm personæ, hoc est, stipulatori debeatur. Viã (inquit alibi Paulus) promittere & is potest, qui fundum non habet. d. l. hæredes. §. contra. Quo rursus loco etiam repetit, quod hic confirmat, si quis uiam aut iter stipulatus sit, singulos hæredes in solidum habere actionem. Sed quid si, uno agente, pecuniaria fiat condemnatio, quia seruitus ei præstari non possit? Certè tunc non fiet in solidum, sed pro actoris parte hæreditaria. Sic enim Ulpianus in l. 4. §. si fundus. Si serui. uind. docet, hic tantum uenire in æstimationem, id quod interest eius qui agit. De iure quidem ipso singulos in solidum agere, & uictoriam unius alteri prodesse: sed æstimationem ad id quod eius qui agit interest, reuocari:

uocari: quamuis per unum acquiri seruitus non  
 possit. hoc est, si qui agit fundum habeat, cui ser-  
 uitus præstanda sit, in solidum ea præstabitur, si  
 cuti est promissa. Non posset quidem unus com-  
 muni fundo stipulari seruitutem, atq; ita acqui-  
 rere: quia nec pro parte possit seruitus dari, neq;  
 in solidum ille stipulari, ne alteri stipulari uidea-  
 tur. l. si unus. De seruit. rust. Sed si defunctus iam  
 stipulatus eam fuit, hæres eius tanquam nomi-  
 ne cõmuni, rectè perficiet, quod acquisitioni iã  
 inchoatæ deest: & sic eius uictoria alijs proderit,  
 præsertim cum cohæredes alioqui nõ reclamant,  
 neque dissentiant. Rectè itaque tunc in solidum  
 promissor condemnabitur præstare seruitutem  
 fundo eorum debitam, & suo imponere. Sed si  
 reclamēt aut dissentiant cohæredes, aut qui agit  
 fundum non habeat: certè fiet tantum condem-  
 natio in id quod interest eius qui agit. Atq; hæc  
 quidē etiam illud explicat, quod acutè, sed obscu-  
 re & cõcisè Paulus hic subiunxit. Postquã enim  
 dixit, singulos stipulatoris hæredes in solidum  
 habere actionem: SED QUIDAM (inquit) HOC  
 CASU EXTINGVI STIPVLATIONEM PVTANT,  
 QVIA PER SINGVLOS ACQVIRI SERVITVS  
 NON POTEST. SED NON FACIT INVILEM  
 STIPVLATIONEM DIFFICVLTAS PRAESTA-  
 TIONIS. Paulus alio loco, l. 140. §. 1. De verb. obli-  
 ga. apertius simpliciusq; & uerò crassius, hunc  
 locum tractat. Etsi (inquit) placet extinguere obli-  
 gationem, si in eum casum inciderit, à quo inci-  
 pere non potest, non tamen hoc in omnibus ue-  
 rum est. Ecce, stipulari uiam, iter, actum ad fun-  
 dum communem, socius non potest: & tamen si

is qui stipulatus fuerat, duos hæredes reliquerit, non extinguitur stipulatio. Sic Paulus simpliciter adfirmat, neque rationem ullã addit, qua uel suam sententiam confirmet, uel aduersariorum adiectionem diluat. Idem Paulus in l. 19. si unus. De seruit. rust. Si unus (inquit) ex socijs stipulatur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest. Sed si omnes stipulentur, siue cõmunis seruus: singuli ex socijs sibi dari oportere petere possunt: quia ita dari eis potest à te: ne si stipulator uiuã plures hæredes reliquerit, inutilis stipulatio fiat. Ergo Paulus, si hæc stipulatio rectè contracta sit, non esse difficile eius executionẽ, hoc est, ipsam præstationẽ, significat, quasi uis acquisitionis ex ipsa stipulatione depẽdeat. Hoc loco pressius agit. idẽ tamẽ significat, nempe hoc casu locum non habere, quod dici solet de inutili stipulatione seruitutis quæ ab uno acquiri, uel uni præstari nõ possit. Hoc (inquam) casu non facit inutilem stipulationẽ difficultas præstationis: quia neque hæc difficultas subfit. Stipulatio seruitutis dandæ, rectè & utiliter contracta est à defuncto. Seruitus ipsa iam debita, dari & præstari rectè potest etiam uno hærede agente, saltem si cæteri non dissentiant. Neque tum omnino primũ hæc acquiritur ab illo: sed potius abs defuncto antea acquisita obligatio, ad executionem nũc perducitur. Si illi dissentirent & reclamarent, impediretur profectò hæc executio. l. 28. De seruit. rustic. præd. Sed saltem, quod eius qui agit interest, in æstimationẽ & condemnationem uenire posset. Et quia plerumque dissentiunt socij & cohæredes in eo genere,

nere, posset etiam uideri Paulus difficultatē præ-  
 stationis hic appellasse: quasi dicat, difficile esse  
 plerunque, ut præstetur hoc casu seruitus, sed  
 non esse tamen propterea impossibile. Itaque  
 rectè unum experiiri, neque planè inutilem fie-  
 ri posse stipulationem. Posteaquam Paulus di-  
 xit, quæ nam sit obligatio generalis uel alternati-  
 ua: quæ nam item seruitutis promissæ, cum ad hæc  
 redes uentum est: redit ad illud quod prius dixit,  
 pro parte soluta non statim liberationem nasci  
 in stipulatione generis: & ostendit, absolutione  
 uel acceptatione posse hic pro parte nasci libera-  
 tionem: quia cum nullam adhuc partem recepe-  
 rit stipulator, nihil est causæ, cur res in pendentia  
 sit: neque iam eius interest, etsi liberatio pro par-  
 te statim nascatur. Imò uerò hoc ipse aperte uo-  
 luit, cum partem accepto tulit. Sed & si pro parte  
 reus conuentus fuerit absolutus, sententia eum  
 liberat inuito etiam creditore. Rectè ergo Pau-  
 lus, SI TAMEN (inquit) HOMINEM STIPULA-  
 TUS, &c. Intelligit generalem hominis stipula-  
 tionem, de qua prius locutus est. Idem autem &  
 hic dicendum esse de alternatiua, constat. Qui ho-  
 minem (inquit Iulianus) aut decem stipulatus est,  
 si quinque; accepto fecerit, partem stipulationis pe-  
 remit: & petere quinque; aut partem hominis potest.  
 Intelligit specialē stipulationē certi alicuius ho-  
 minis, ueluti Stichi, sed disiunctiuè conceptam,  
 STICHVM VEL DECEM DABIS. Idē etsi ita cōce-  
 pta sit, STICHVM AUT PAMPHILVM DABIS?  
 Si partem Stichi accepto tulit, liberum est debi-  
 tori, alteram partem in Pamphilo dare, & planè  
 liberari: neque aliud potest stipulator petere, quàm  
 id quod non accepto tulit. Idemque est dicen-  
 dum,

dum, et si pars petita sit, & is à quo petebatur, fuerit absolutus. Ait Paulus, *EGERO*. Egisse hic dici uidetur, qui frustra egit, cum scilicet reus est absolutus: sicuti uerbum agendi sæpe accipitur in tit. De excep. rei iudi. & in l. 2. De tig. inuncto. Et ratio quæ in acceptilatione dicta est, hic quoque locum habebit: nempe, creditoris, qui nullam partem recepit, nullum esse periculum diuersæ solutionis, et si unus hæres pro parte liberetur, & alter tantum debeat suam partem. Sed hoc periculum & incommodum subest, ubi partem recepit creditor. Unde solutio uel exactio partis hic minus ualet ad liberationem, quam partis acceptilatio uel remissio. Postremò, quod Paulus hic comparat fideiussores cum hæredibus, pertinet ad illud quod hic dictum est, simplici solutione partis nihil detrahi obligationi, sed acceptilatione absolutione uel unum. statim liberari posse. Interea uerò manet illud semper discrimen, quod obligatio hæredum ipso iure diuidatur per legem XII. Tab. Sed obligatio fideiussorum non nisi per exceptionem ex epistola Diui Adriani: & ita demum, si alter fideiussor præsens sit, & soluendo. Sed quòd difficilius diuiditur obligatio fideiussorum, eo magis in ijs locum habere posse, quod hic de hæredibus dictum fuit, constat. Hactenus de stipulationibus, quæ in dando consistunt, earumque natura, dixit Paulus. Nunc de ijs quæ in facièdo. Ait, *ITEM ET SI IN FACTO SIT STIPULATIO, VELUTI SI ITA STIPULATUS FUERO, PER TE NON FIERI, &c.* Paulus exemplum hic proponit stipulationis, quæ non tam in facièdo est, quam in non facièdo: & quæ stipulatori hære-

hæredi uel eius tribuit faciendi facultatem, promissorem uero hæredem uel eius obligat ut patiat. Totum autem illud indiuiduum esse utrinque, satis constat. Sed prius proponi commodè poterat exemplum indiuiduæ stipulationis faciendi, quale proponit Papinianus l. 72. De uerb. oblig. Nam posteaquam dixit non diuidi obligationes earum rerum quæ diuisionem non recipiunt, ueluti seruitutum: subiicit, Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi, uel fossam fodiri, uel insulam fabricari, uel operas. Horum enim diuisio corrumpit stipulationem. Paulus l. 5. De uerb. signif. ait, opere locato uel conducto, significari id opus, quod Græci ἀποτέλεσμα uocant, non ἔργον: hoc est, non opus, sed ex opere facto corpus aliquod perfectum. Id nunc dici potest & opere promisso. Ulpianus l. 139. §. 1. De uerb. sig. ait, cum uideri perfecisse ædificium, qui ita consummauit, ut iam in usu esse possit. Nos quoque dicimus, nihil eum fecisse uideri, nisi qui perfecit. Neque sanè domus dici prius ullo modo potest, nisi si suis omnibus partibus perfecta. Ergo promissor pro parte facere, ut pro parte liberetur, non potest. Sic indiuiduam esse stipulationem apparet. Quid igitur est, quod Papinianus loco superiori ex Cello adiicit, ubi quid fieri stipulati sumus: si non fuerit factum, pecuniam dari oportere: ideoque etiam in hoc genere diuidi stipulationem? Duo hic dicit Papinianus. Primum significat generaliter, quod apertius alibi dixit idem Celsus, l. 13. §. ult. De re iudic. hoc euenire in omnibus faciendi obligationibus, ut qui non facit quod promissit, in pecuniam

cuniam numeratam condemnetur. Alterum uero de diuisione huius obligationis, pertinet ad causam hæredū, sicuti in his maximè etiam quæri solet de diuisione obligationum. Constat autem, in solidum singulos hæredes conueniri posse ex stipulatione faciendi: sed uno faciente, cæteros cessantes liberari, quâuis partem sumptuū restituant cohæredi facienti. l. fideicommissa. §. pen. De lega. 3. l. inter cohæredes. §. ultri. Famil. erisc. Si nemo fecerit: certè in solidum committitur etiam obligatio ad id quod interest, uel ad pœnam: sed cōmissa diuidetur tamen inter hæredes, non secus atque in ea stipulatione non faciendi, de qua hic agit Paulus. Verùm fuerit operæ precium, coniungere & alteram stipulationem faciendi, ut uideamus quid simile sit, quid dissimile. Similis est diuisione obligationis iam commissæ, & similis tunc hæredum causa: quia utrobique est pecuniaria quæstio. Similis est commissio in eo, quod utrobique sit in solidum: dissimilis tamen in alio, nempe quòd stipulatio faciendi non committitur, si uel unus faciat, quod fieri debet: hoc est, tunc demum committitur, si nullus hæredum fecerit. nam si uel unus fecerit, omnes fecisse uidetur: neque iam interest stipulatoris. Sed non faciendi stipulatio committitur, si uel unus contrà quàm promissum sit, fecerit. Nā & unius tale factum non minus nocet stipulatori, quàm si omnes contrà simul fecissent. Paulus igitur huius stipulationis naturam diligenter explicat: & ut rem hanc magis illustret, Catonem ipsum aduocat. Nos singula sensim uideamus. Sic enim facilia fient, quæ alioqui difficilima

cilima esse uidentur. Notum est illud uetus Ser-  
 torij, admonētis, si singulos pilos caudæ equinæ  
 carpas, euelli totam facile posse: sed non posse, si  
 uniuersam simul, unoque ueluti impetu uellas.  
 Stipulationis, de qua Paulus agit, plena & inte-  
 gra formula est, PER TE HAEREDEM QVE TV-  
 VM NON FIERI QVO MINVS MIHI HAEREDI-  
 QVE MEO IRE AGERE LICEAT. Vtrobique hæ-  
 redum hic facio mentionem, ut locum habeat  
 quod hic quæritur tam de hæredibus promisso-  
 ris, quam stipulatoris. Est autem tota illa stipula-  
 tio meri nudi que facti, non autem alicuius simul  
 iuris, ueluti seruitutis: constitutionibus tamen  
 seruitutum adijci solebat. Continet itaque fa-  
 ctum indiuiduum, utpote corporale, nempe ire  
 agere: sicut ediuerso ipsa prohibitio non potest  
 non esse indiuidua, & neque hic neque illic par-  
 tes ullæ intelligi possunt. Primum ergo Paulus  
 ait, SI VNVS EX HAEREDIBVS PROHIBVERIT,  
 TENERI ET COHAEREDES. Alibi dixit, uno pro-  
 hibente in solidum cōmitti hanc stipulationem,  
 & unius factō omnes teneri. l. hæredes. §. in illa.  
 Fami. ercisc. l. in executione. §. quod si. De uerb.  
 oblig. Ac tenentur quidem omnes simul in soli-  
 dum: sed singuli tamen pro sua tantum parte: si-  
 cuti & Ulpianus in l. ad ea. §. ult. De reg. Iur. locu-  
 tus est. Ait, omnes ex dolo eorum, quibus succes-  
 serunt, teneri in solidum: hoc est, unumquemque  
 pro ea parte, pro qua hæres. Nam & ipse hanc in-  
 terpretationem adijcit. Obseruandum autem  
 est, obligationem de qua hic agitur, fuisse hære-  
 ditariam, & abs defuncto contractam, ab eo que  
 descendere, ut cum ab uno herede committitur,  
 uidea-



uideatur ab ipso promissore cōmissa, quod quidem ad stipulatorem attinet. Cæterum si obligatio fuisset ab ipso primùm hærede contracta, ipse ex suo facto in solidum solus conueniretur. l. de pupillo. §. si plurium. De ope. no. nun. Vt autem summo iure tenentur & cohæredes, obligatione hæreditaria ab uno hærede commissa: sic etiam ex quo & bono succurritur ijs qui non peccarunt, ut quod propter alterius peccatū factū uel soluerunt, ab eo repetant, ueniatq; in iudicium familiæ eriscundæ, sicuti & hic Paulus docet, & d. §. in illa. & d. §. quod si. Superest ut de hæredibus stipulatoribus uideamus. Ait, CONTRA A VTEM, &c. Nō solum diuersam nunc facti speciem proponit Paulus, sed & diuersum aliquod ius. In superiori casu simpliciter diximus, si uel unus hæres promissoris impediatur stipulatorem ire agere, nihilominus in solidum committi obligationem: neque distinguitur, utrum id quod interest petatur, an uerò pœna. At cum unus ex stipulatoris hæredibus prohibitus est ire agere, & quæritur utrum propterea tam cōmittatur obligatio, ut singuli etiā agere possint: distinguitur, utrum simpliciter petatur id quod interest. tunc enim solus & pro sua tantum parte agit, qui prohibitus est. neque enim alterius interesse potest. Sed si pœna nominatim adiecta fuerit, summo eā iure in solidum committi, ut singuli partem petere possint. Quia uerò iniquū esse uidetur, ut ij qui prohibiti non sunt, & quorū (ut ita loquar) respectu nihil factum est contra stipulationem, consequantur pœnam: eam summo iure petentibus opponetur exceptio doli. Et qui prohibitus est,

est, solus pro sua parte pœnam consequetur, non tam quòd eius intersit, ( non enim hoc queritur, cum pœna cõmissa petitur ) quàm quòd saltem eius respectu factum esse contra stipulationem, & peccatum esse, negari nõ possit. Hæc est Pauli sentētia, satis aperta: ad quam tamen magis illustrandam interferitur unus Vlpiani locus. Sed melius est filum Paulini contextus non abrumperè. Itaque & quod copiosè & splendidè nunc dici posset de stipulationibus pœnalibus, & earum conditione atque commissione, omitto, præsertim cum in tractatu de Conditionib. diligenter id exposuerim: unde repeti poterit, quod in hoc genere desideratur. Denique de diuisione obligationum inter hæredes ex lege XII. Tabularum, multa quæ huius loci essent, etiam prætereò, quæ dixi in cõmentarijs ad XII. Tabulas.

Nunc simpliciter instituo Paulum interpretari. Simpliciter inquã: quia si multa hic misceamus, inuoluemus magis quàm explicabimus illius sententiam, totamque disputationem. Itaque & cum uideam Catonis locum, ijs quæ proximè dicta sunt, commodè statim subiungi: & quæstionem de stipulatione, *DOLVM ABESSE*, commodius differri, donec Catoniana sententia exposita fuerit: tunc autem commodissimè subijci, uisum est hunc ordinem hic sequi: & quæ non tam fortasse à Paulo, quàm à Pandectarum architectis temerè commixta fuerunt, discernere, ut & ipsius rei tractatio & ordo filumque disputationis requirere uideatur. Nam & quicquid hoc loco tenebrarum est, nõ tam res ipsa offudit, quàm perturbata rerum dispositio. Nunc ergo Cato-

nem audiamus, posteaquã audiuius quid Paulus responderit de stipulatione, PER TE HAEREDEM QVE TVVM NON FIERI, &c. cui & pœnæ stipulatio aliqua fuit subiecta: & quid is senserit de huius commiffione, si unus hæres contrã fecerit. Quid Cato? Certè adhibet distinctionem, quæ rem totam magis explicet. Primum etiam tradit in hac stipulatione ITER FIERI (sic enim breuiter uocat, quam paulo pòst explicatè concipit, PER TE NON FIERI, &c.) uno ex hæredib. contrã faciente, pœnam summo iure in solidum cõmitti, ut à singulis eam petat stipulator, quia factum ita fit indiuiduum, ut non minus unus impediatur, quàm si omnes impedirent. Quæ quidem ratio etiam facit, ut etsi pœna promissa non sit, æquè agi possit ad id quod interest. multo ergo magis ad pœnam. Nam & tum satis est, conditionem obligationis hæreditariæ existere, sicuti hic existit. l. 44. §. quod ex facto. Fami. ercisc. Sed si factum sit aliquod diuiduũ, ut esse potest, & eius est exemplum, in stipulatione, AMPLIUS NON AGI: cum solum hæredem teneri, qui peccauerit. Stipulatio, AMPLIUS NON AGI, esse illa uidetur, quæ aliàs dicitur, AMPLIUS NON PETI. l. amplius. Rem rat. hab. Nec dissimilis est illa, quamuis latius pateat, RATVM HABERI: quam & Paulus paulo pòst eodem loco habere uidetur. Facta hæc diuidua sunt, quòd animi magis sint quàm corporis, & ius aliquod contineant, ad eiusque translationem pertineant. Et certè cum unus hæres agit, uel perit, uel ratum non habet, pro sua tantum parte id facit. ergo & pro parte tantum hic peccatur, non etiam in solidum: proptereaq;

ptereaq; stipulator non nisi ab eo qui peccauit,  
 & quidem etiam tantum pro parte petet, quod  
 eo nomine sua interest. Sed illud me male ha-  
 bet, quod Cato similiter dicat, non nisi pro parte  
 tunc committi pœnam promissam. Nam regulæ  
 Iuris dictare uidentur, pœnam abs defuncto pro-  
 missam sub aliqua conditione, in solidum com-  
 mitti, etsi unus tantum hæres commiserit. l. 5. §.  
 ult. De uerb. obl. l. hæres. §. idem. Famil. ercis.  
 Esse enim indiuiduam conditionem, quæ nisi in  
 solidum seruetur, nullo modo seruari: & si pro  
 parte existat, in solidum existere & committi di-  
 catur. l. 85. in executione. §. ult. De uerb. oblig. l. si  
 is qui duceta. §. cum ita. De reb. dub. l. cui fundus.  
 De condit. & demonst. Sed Catonianæ senten-  
 tiæ defensio uel excusatio saltem illa probabili-  
 ter adferri potest, si credamus hic agi de conditio-  
 ne, non uni alicui, sed pluribus personis ascripta,  
 quæ inter eas propterea diuisa intelligatur. Sti-  
 pulationē enim fuisse, PER TE HÆREDEM QVE  
 TVVM AMPLIUS NON AGI? uel, TE HÆREDEM  
 QVE TVVM RATVM HABITVRVM? Cum autem  
 hæredem dicimus, perinde est ac si hæres sin-  
 gulos diceremus. l. 158. De uerb. signif. Cæterum  
 satis constat ex d. l. cui fundus, conditionem dan-  
 di pluribus appositam, diuisam uideri in singu-  
 los: ideoque singulos pro parte sua conditionem  
 rectè implere. Id si recipitur, cum aliquid acqui-  
 rendum est: multo magis recipiendum est, si aga-  
 tur de pœna uitanda. Nihil præterea in Catone  
 est, quod nos ualde remoretur: presertim cum in  
 Pandectis Florentinis emendata sit eius loci le-  
 ctio, de qua etiam extat epistola Politiani ad Bo-

lognum. Sed Pauli uerba quæ sequuntur, aliū  
 scrupulum iniiciunt. Eum tamen eximere facile  
 poterimus, si quò referantur, intelligamus. Mora  
 fuerat quæstio de stipulatione, *DOLVM ABESSE*:  
 an esset indiuidua, & similis illi, *PER TE HAERE*  
*DEM QVE TVVM NON FIERI*, &c. Missam nunc  
 igitur Catonis distinctionem faciamus, quæ aliò  
 pertinet: & ad hæc Pauli uerba, *SED VIDEAMVS*,  
 &c. quæ quæstioni respondent, statim transilia-  
 mus. Paulus ergo significat, magis sibi uideri  
 hanc stipulationem *DOLVM ABESSE*, similem  
 esse illi, *RATVM HABERI*, hoc est, esse diuiduam:  
 sicuti & Cato hanc, *AMPLIUS NON AGI*, diui-  
 duam esse non dubitat. Atqui Paulus alio loco,  
 l. inter. §. cum ex facto. Fami. ercisc. comparat, &  
 tanquam similes coniungit has stipulationes,  
*A TE HAEREDÉ QVE TVO DOLVM MALVM AB-*  
*FVTVRVM: & PER TE HAEREDÉ QVE TVVM*  
*NON FIERI*, &c. Quin etiam docet, in utraque  
 cohæredes singulos propter unius hæredis pec-  
 catum pœnam præstare, quia conditio stipulatio-  
 nis hæreditariæ extiterit. Vnde sequitur, pœnam  
 in solidum committi. Multi ut respondeant,  
 multa hic cauillantur. Ego uerò ingenuè fateor,  
 stipulationem *DOLVM ABESSE*, quæ latè patet,  
 non esse reuera semper eiusdem conditionis: sed  
 modò diuidui, modò indiuidui facti: & propte-  
 rea interdum diuiduam, interdum indiuiduam  
 esse. Inspiciendum itaq; est non solum quomo-  
 do fit concepta, sed & quis dolus fit commissus.  
 Si equum mihi dare promiseris, & in eo dando,  
 dolū abs te hæredeque tuo abfuturū esse: hæresq;  
 tuus ex multis uno dolo malo eum corruperit,  
 sic

DE DIVISIONE STIP. 325

fic ut traditus mihi sit inutilis: certè ut is dolus in solidum committitur, l. si duo. De pos. sic pœnalem stipulationem in solidum committi dicemus, & rectè cõparari stipulationi, PER TE HÆREDEM QVE TVVM NON FIERI, &c. Nam & utrobique factum est indiuiduum. Sed potest dolus pro parte etiam committi, ueluti si hæres unus equum illum pignori prius obliget, quàm mihi detur. Tum certè stipulatio pro parte tantum etiam committetur, & rectè comparabitur diuiduæ stipulationi, RATVM HABERI. Si non (ut loquimur) conuentionalis, sed Prætoria sit stipulatio, & ab uno hærede in solidum committatur: is in solidum solus tenebitur. l. 32. §. Julianus. Ad leg. Falc. Nam Prætor illas Iuris Ciuilis ambages tunc tollit, quibus alioqui fit, ut hæres qui peccauit in solidum, pro parte tantum teneatur stipulatori: sed quod pro sua parte etiam præstant cohæredes, ijs dein -  
de reddat.

FINIS.

XX 3

FRAN.

FRANCISCVS BALDVI  
 NVS IVRISCONS. AD PAVL  
 lum de Cautione, lecta in audi-  
 torio Papiniani.

CAP. XL. SI CER. PET.



X disputatione fori ius sine scri-  
 pto uenisse, quod deinde abs  
 Prudentibus compositum, Ius  
 Ciuile sit appellatum, scripsit  
 noster Pomponius: neque sa-  
 nè quicquam antiquius ueteri-  
 bus Iurisconsultis fuit, quàm  
 suarum forensium de iure disputationum memo-  
 riam colligere, & monumentis literarum ad po-  
 steritatis quoque memoriam propagare, præser-  
 tim ubi illustris aliqua sententia reddita erat. Sic  
 Sceuola narrat, quid Diuus Marcus de speciebus  
 ex Lacedæmone allatis iudicari in auditorio: e-  
 iusque etiam decreto utitur ad aliam quæstio-  
 nem dijudicandam. l. 22. mulier. ad Trebel. Sic  
 Marcellus commemorat, in eius quoque princi-  
 pis cognitione habitam aliam disputationem, l.  
 3. de his quæ in test. delen. Meminit & Ulpianus  
 auditorij Seueri & Antonini Impp. specierumq;  
 ( ut loquitur ) in eo finitarum, l. 18. minor autem.  
 De minorib. Martianus quoq; refert, quid in au-  
 ditorio publico secutus sit, l. 1. §. 1. Ne de stat. de-  
 fun. Et Triphoninus in suis libris Disputationum  
 narrat, quid in auditorio dixerit, l. 78. ad finem. De  
 iure dotium. Et Iustinianus repetit sententiam,  
 quam

quam in consistorio dixit Diocletianus, l. decurionum. C. de pœn. Sed non minus profectò nobile, neque minus, unde aliquid repeteretur, dignum illud auditorium fuit, in quo pro tribuna li sedebat Papinianus præfectus Prætorio, septus illis suis duobus assessoribus Ulpiano atque Paulo, quos & in schola auditores habebat. Et uerò Paulus in suis libris Quæstionum, ex quib. hoc caput est descriptum, præcipuè id egisse uidetur, & ingenuè quoque commemorasse, quid ipse de quæstione proposita dixerit, quid alij, qui in alia erant sententia, quid denique sit pronunciatum. Sic enim alibi etiam refert lectum in auditorio Domitij Ulpiani responsum, & suam de eo sententiam: l. quàm Titius. De act. empr. & alio loco narrat, quid iudicaturò Antonino Imp. & quid Papiniano, consultus dixerat: tametsi uterque contrà iudicarit. l. 38. De minorib. l. Clodius. De acquir. hæred. Scripsit etiam, ius aliquando dici locum, in quo ius redditur, & ubicunque Prætor salua maiestate Imperij, saluoque more Maiorum, ius dicere constituit. Sed auditorio Papiniani maiorem dignitatem nunc tribuit, & splendorem, cum eum & Iuriconsultum & Præfectum Prætorio fuisse ait. Certè noster Arcadius l. una. De offic. Præfect. præt. scribit, abs Præfectis Prætorio nō potuisse appellari, quia credat Princeps non aliter iudicatueros esse pro sapientia & luce dignitatis suæ, quàm si ipse esset iudicaturus. Ineptus sim, si hoc loco plura uel de Papiniano, uel eius Præfectura Prætoriana dicam: non enim historiam scribo. Sed neque de forma tribunalis, uel auditorij forensis, uel iudiciorum, neque de



more iudicialis recitationis nunc loquar. Aliud enim nunc quæritur. Priusquam uerò ad cautionem hîc recitatam, & propositam de ea quæstionem iuris adgrediar, non inuitus facio, ut de uerborum significatione breuiter aliquid repetam. Non dubium est, cautionem apud Iurisconsultos sæpe dici, scripturam ipsius cautionis atque conuentionis: quam etiam plerunq; Græco uerbo appellant modò syngrapham, modò chirographum, quanquam ueteres propriè appellabant syngraphas, ubi de credita pecunia ageretur. Chirographi uerbo utebantur, ubi alterius generis erat priuata scriptura.

Modestinus l. 15. quidã. De prob. cautionẽ acceptam, & manũ emissam appellat, cum agitur de ea quam Cæsares appellare solent apochã. Cum autem moris esset, ut cautiones, quæ alicuius debiti uel obligationis ueluti testationes erant, ita conscriberentur, ut epistolarum more præfigeretur nomen debitoris, creditori salutem dicetis; factum etiam est, ut hæ cautiones appellarentur epistolæ, tamen si inter præsentem conficerentur. Extatq; in Pandectis huius & moris & uerbi nõ obscura uestigia. l. ult. De cõst. pecu. l. 26. §. ul. De pos. l. 47. de pac. Atq; huc etiã referri potest, quod ueteres dicebant nomina facere. Sed & scripturam fideicommissi, quæ etiam cautio dicitur, ad epistolæ formam conscribi, in Pandectis l. ult. De fid. lib. obseruauit. Porro autem, quodam loco nõster Paulus significat tum demum creditori bene cautum fuisse, ubi debitor, qui cautionem exponebat, specialiter etiam causas explanabat, pro quibus eam conscriberet. l. 25. cum de indebito. §. ult.

§.ult. De probat. Sed & cum moris esset, ut omnibus conventionibus atque contractibus adijcerentur stipulationes: eæ simpliciter ascribebantur postremo loco. nam prima tabularum parte species ipsius conventionis cum suis conditionibus exponebatur, ut præscribi præfatio solet. Ut autem ad cautionem, quæ nunc proponitur, propius accedam: initio ualde uelim alteram non dissimilem conferri, quam Paulus noster alio commemorat loco: & item alteram Græcam, quam alibi refert. l. 126. si ita stipulatus. §. Chryfogonus. De uerb. oblig. l. 26. Publia. §. 1. Depos. Ceterum cum ibi disertè legamus, accepta mutua denaria mille: item, *Ἀλυσία μύρια*: hic confusè & obscure tantum legimus, QVINDECIM. Plures tamen denarios mutuò datos hic fuisse constat, cum in singulos centenos menstrui singuli fœnoris sint promissi: & postea ex tota sorte trecentos singulis mensibus reddi conuenerit. Sunt qui hic intelligant quindecim sestertia: alij etiam scriptum fuisse conijciunt, XIII ἡς. quæ notæ, duodecim sestertia significant. Nam absurdum uidetur, in cautione solum numerum scribi, nullo numerorum genere expresso. Sed & ueteres solitos esse, etiam in donationum tabulis, plus quàm necesse esset, exprimere: significat Iustinianus l. ultri. C. de donat. cum non contenti dixisse numerum sestertiorum, adijcerent & eorum æstimationem atque quantitatem. Si scriptum hic esset, QVINDECIES, facile summam intelligeremus, ut cum apud ueteres sæpe legimus decies aut centies sestertiùm: interdum etiã simpliciter, decies, centies, atque ad eò millies: si-

cuti in quodam Pauli quoque nostri responso legitur, & legi debet, l. 4. §. 1. de statulib. Sed quindecies sestertium maximam pecuniã efficit, nempe quindecies centena millia sestertiorum numerorum: quæ Budæus triginta septem millibus aureorum coronatorum æstimauit: quanquam etiam sestertiorum minimam æstimatione, quæ olim fuit, sequatur. Non est autem uerisimile, talis tantæque quantitatis mutuuum inter homines priuatos fuisse: aut, si fuit, eius solutionem in menstruos denarios trecentos fuisse diffusam. Nam ea ratione uix multis seculis persolutum aliquando fuisset, quod debebatur. Si non sestertiorum, sed potius denariorum (nam & horum frequentior est mentio in libris Iurisconsultorum) numerus in hac cautione scriptus dicatur, & quindecim millia denariorum, ut in alia cautione apud Paulũ legimus denaria mille, hinc intelligere placeat, non ualde repugnabo. Sed necesse est tamen certam aliquam summam constituere, ut sequens disputatio intelligi possit. Hac constituta, proximum est ut obseruemus, hoc iure passim licuisse centesimam usuram, si mutua pecunia sua die non redderetur, stipulari. Diocletianus l. si pro mutua. C. si certum pet. significat eum qui ultra ceteresimam usuras stipulatur, modum excedere: & rescripsit, ex ea stipulatione legitimam tantum usuram exigere posse. Sed tum etli uix alius in Pandectis locus sit, qui talis usuræ stipulationem expressim approbet: præsens tamen cautio satis significat usitatam fuisse temporibus Pauli. Alibi Paulus cautionem Græcam  
 pro

proponit, ubi usuræ nomine promittuntur in singulas libras siue minas, quaterni oboli menstrui, d. l. Publia. §. 1. Quam usuram tantum bessem fuisse constat. Rursus alibi cautionem proponit, in qua scriptum erat, mutua denaria mille data fuisse: & si sua die non redderentur, usurarum nomine denarios octo præstari stipulatum esse creditorem. d. §. Chryfogonus. Quæ usura uix fuisse uidetur dextans siue decunx, quæ duabus uncijs minor est centesima, cum hic mille denarij prærent tantum octo denarios menstruos fœnoris: neque alius fortasse locus est in Pandectis, ubi talis usuræ mentio fiat. Atqui potuisset in ea quoque specie creditor stipulari decem denarios menstruos usuræ nomine, sicuti in ea de qua nunc agimus, cautione proponitur in singulos cætenos sortis denarios, stipulatus menstruos singulos fœnoris. Quam certè centesimam usuram esse, notius nunc est, quàm ut sit pluribus uerbis exponendum: sicuti & notissimus iam ille mos ueterum est, qui singulis calendis aut mensibus usuras suas pendebant. Itaque non committam, ut in ea re explicanda, quæ pueris nunc quoq; ipsis nota est, & est etiam in multorum commétarijs copiose explicata, frustra uerbosus hoc loco fuisse uidear. Malim equidem de formulis ueterum cautionum, quarum certè cognitio magnam Iurisconsultorum libris lucem adfert, plura nunc adferre. Qua manu conscribendæ illæ essent, an sine die & consule scriberentur, an subscriptio aliqua uel subsignatio necessaria esset, & quæ nã esset utriusque forma ad fidem faciendam: denique quales inseri solerent clausulæ: utiliter profectò

fectò & eleganter quæritur. Sed cum huius antiquitatis memoria, quæ pertenuis superest, ualde etiam obscura sit: tum uerò huius commentationis temporisquæ angustia, non patiuntur nos ad eam disquisitionem excurrere. Certè Jurisconsultorum olim præcipuum munus fuit cauere, & formulas cautionum ueluti dictare. Itaque Jurisconsultorum cautiones dicebantur, ut debitorum atque creditorum. Vnde ille in Trebatium iocus Ciceronis: Quando uestræ cautiones infirmæ sunt, Græcam tibi misi cautionem chirographi mei. Illud porrò memorabile est, quod in cautione proposita hæc uerba, NUMERATA MIHI DE DOMO, significant priuatam fuisse hanc syngrapham, non autem argentariorū scripturam. Sic enim Donatus notat, cum in foro argentarij numerabant, moris fuisse ut in tabulis adderent, EX MENSÆ SCRIPTURA. cum uerò domi ex arca uel cista numeraretur pecunia, syngraphæ ascribatur, EX DOMO, uel, EX ARCA. Iam uerò ut ad rem ueniamus, cōstituiamus, Mæuium mutuò dedisse Titio quindecim millia denariorum. Budaus hanc summam æstimat mille quingentis suis coronatis. Neque tamen nescio, auctam aliquando fuisse ut sestertij, sic & denarij æstimationem atque potestatem: sed nulla ea de re nunc disputationis est. Et ut apertior sit, nobisque familiarior hypothesis, de qua nunc quæritur, fingamus tria millia librarum Frænicarum mutuò data hic fuisse. Hæc creditor primùm stipulatus est, proximis calendis sibi reddi: & nisi redderentur, usuram centesimam dari: hoc est, ex quo mora facta esset, fœnoris nomine stipulatus est mensuros centum

centum & quinquaginta denarios, siue ( ut nūc loquimur ) libras Francicas triginta in singulos menses. Mox deinde inter creditorem & debitorem simpliciter conuenit, ut non totam sortem proximis calendis reddere esset necesse: sed singulis demum mensibus partem eius quinquagesimā, hoc est, trecentos denarios, siue libras Francicas sexaginta: sic ut laxior persoluendæ sortis dies indulgeretur, diffusa solutione in mēstruas pensiones quinquaginta, siue annos quatuor & menses duos. neque tamē expressim quicquam in hac cōuentione repetitum est de usuris, si fortē moram faceret debitor in his quoque pensionibus sua die soluendis. Hæc igitur, uti acta conuentaque erant, de more abs debitore conscripta sunt. Quæstio iuris controuersi ex scripto & sententia fuit, an postrema illa conuentione intelligeretur quoque renouata obligatio usurarum. Hoc enim quæsitum est, cū debitor priores quidem aliquas pensiones sua die rectē, uti conuenerat, soluisset, sed postea in alijs soluendis moram fecisset. Propter hanc (inquam) moram quæsitum fuisse uidetur, non quidem an deberentur usuræ: sed quæ nam deberentur. Verūm fingamus sanè fuisse etiam quæstionis, ut esse potuit, an ullæ usuræ hic deberentur, cū quidem posteriori pacto repetitæ non essent: deinde, si fortē aliquas nihilominus hîc deberi placeat, cōtrouersum tamen fuisse, quæ nam & quales deberentur. Quæ rursus quæstio duplex esse potuit, sortis nempe & temporis ratione. Contēdebat summo iure creditor, usuras deberi: easque totius sortis, & quidem ex eo etiam tempore, quo primus mensis

mensis transferat. Contendebat contra debitor,  
 usuras potius nullas deberi: aut si quæ debean-  
 tur, saltem non totius fortis, sed eius tantum par-  
 tis, quæ soluta nō est, deberi, & ex quo primū  
 tempore mora facta est. Si creditor mordicus ur-  
 geat obligationem usurarum, quādoquūq; per  
 aliquam moram cōmissa erit, posteriori conuen-  
 tione nullo modo imminui: contra autem debi-  
 tor præfractè reclaimer, illo posteriori pacto planè  
 esse sublatam: meritò uidebitur iniquum utrius-  
 que postulatum: & cū ille petitionis, tum ue-  
 rò hic defensionis iustæ modum excedere. Neu-  
 ter itaque audiendus esset: & potius mediū quid-  
 dam iudex sequeretur, quo utrique, quod satis  
 est, & est æquū, tribuat: sicuti Caius ait, l. 1. si quis  
 cautio. Id sumendum est, quantum fieri potest,  
 quod neutri litigatorum sit onerosum: & Vlpia-  
 nus monet, multa abs iudice esse dispicienda, ut  
 neque onerosus creditor audiatur, neque delica-  
 tus debitor, l. 25. si seruos. De pigno. actio. Deniq;  
 noster Paulus quodam loco fatetur, sese multas  
 causas diremisisse per huiusmodi mediocritatem.  
 l. filio uel seruo. ut lega. no. cau. Quid igitur? In  
 hoc auditorio ad iudicandum sedebant, conue-  
 nit, usuras aliquas deberi: idque creditori tribu-  
 tum est, neq; hīc fortassis ualde repugnabat debi-  
 tor: sed altera maior quæstio erat, cuius uel pecu-  
 niæ uel temporis usuræ hīc deberentur. atque ut  
 fortassis creditor concederet, non nisi abs tem-  
 pore moræ deberi: totius tamen fortis ab eo sal-  
 tem tempore deberi urgebat, quia uerū esset to-  
 tam sua die solutam nō esse. Contra debitor non  
 nisi

nisi pro rata quoque parte fortis sua die non soluta deberi contendebat. Eique hac in re Paulus uideretur patrocinari, iudicans pacto illo posteriori de solutione fortis tantum concepto, non quidem tanquam nouatione planè sublatam esse totam priorem usurarum obligationem, sed aliquo tamen modo esse renouatam, ut ad nouam soluendam fortis rationem accommodata intelligeretur. Hanc enim pacti huius interpretationem æquam uideri, neutrique litigatorum onerosam fore. Sic ergo de ui huiusce pacti tota hinc quæstio erat: neque alioqui de priori stipulatione uel fortis reddendæ, uel usuræ pendendæ ulla erat quæstio: cum quidem omnia rectè concepta, cauta, scriptaque essent. Et uerò quod quæri posset de stipulationibus pecuniæ numeratæ & creditæ, alijs locis diligenter pertractatum est. d. §. Chryso-  
sogonus. & §§. sequent. l. certi. §. quoniam. Si cert. pet. l. 6. §. ult. & l. seq. De noual. ex quibus etiam intelligimus, si fortè stipulatio pecuniæ reddendæ inutilis sit, manere conditionem ex numeratione: sed neq; stipulationem alteram usurarum propterea uitiari, neque maligna interpretatione ad eam esse trahendum prioris uitium: ut si qui pecuniam numerat, stipuletur eam alteri reddi: & si sua die reddita non sit, simpliciter & sine adiectione nominis stipuletur usuras: interpretabimur, sibi eas stipulari, non illi alteri, cui inutiliter stipulatur. Sed hæc nunc omittamus. Ut uerò quæstionem, de qua hic agitur, magis illustremus, agedum paulo altius res repetatur. Ulpianus l. 1. De præ. stipu. non solum dixit, obligationum firmandarum causa stipulationes introdu-  
ctas,



etas, & conuentionibus adijci solitas esse: sed &  
 narrat nouissima parte pactorum ita solere inse-  
 ri, ROGAVIT MAEVIUS, SPOPONDIT TITIVS:  
 eaq; uerba stipulationis loco accipi, & ex ijs pro-  
 pterea nasci actionem ex stipulatu. l. Jurisgentiu.  
 §. quod ferè. De pact. Addit Paulus, ea quæ præfa-  
 tionibus conuenisse concipiuntur, etiam in sti-  
 pulationibus repetita uideri. l. Titia. §. idem re-  
 spondit. De uerb. oblig. ut intelligamus cōditio-  
 nes principalis conuentionis, quæ cum ijs descri-  
 bebatur prima parte cautionis atque tabularum,  
 tanquam præfatio, intelligi quoque inesse stipu-  
 lationi, quæ purè alioqui & simpliciter subijcie-  
 batur. Vnde si in proposita cautione scriptū fuis-  
 set: L. TITIVS SCRIPSI ME ACCEPISSE A P.  
 MAEUIO XV. MVTVA, CONVENIT QVE IN-  
 TER NOS, VT DONEC EORVM VSVRAS SOL-  
 VAM, SORTEM REDDERE NON COGAR.  
 HAEC QVINDECIM SIBI RECTE DARI AVT  
 SOLVI STIPVLATVS EST MAEVIUS, SPO-  
 PONDI EGO TITIVS: & creditor ex stipulatu  
 sortem petat, & debitori usuras, prout conuenit,  
 offerenti, obijciat, stipulationem purè esse subie-  
 ctam: dicemus debitorem rectè offerre, & con-  
 ditione conuentionis in stipulatione repetitam  
 uideri. Idque alibi Paulus ex Iuliano probat, l. 4.  
 §. ul. De pact. ut quemadmodum subiecta stipula-  
 tio firmat præcedentem conuentionem, sic con-  
 uentio ipsa stipulationem restringat, & ad suas  
 conditiones reuocet. Cæterum in ea, de qua nūc  
 agimus, specie, primū numeratio pecuniæ in-  
 teruenit, simulque stipulatio eius reddendæ: &  
 si non ita reddatur, usurarum. Estque disertis at-  
 que

que explicatis uerbis stipulatio utraque concepta, & in eam deducta tota obligatio. Verùm mox subiecta est alia quædam noua conuentio, quæ superiori obligationi aliquid detraheret, aliumque laxiorem reddendæ sortis diem daret. Si pactum hoc aliquid potius adijceret obligationi, & in rem creditoris potius quàm debitoris adijceretur, ueluti, ut citeriori die, hoc est, ante calendas proximas, tota fors redderetur, plus haberet difficultatis, & obscuræ quæstionis, utrum ex eo creditor actionem haberet. Ac quidem si ex interuallo adiectum esset, certum est creditori non prodesse, neque ualere. Quod Ulpianus apertè respondit, cum post diuortium cõuenisset, ne (ut ait) tẽpore statò dilationis dos reddatur, sed statim. l. 7. §. quinimo. De pact. Cæterum si huius generis pactum præcedenti obligationi subiectum incontinenti fuisset, sic ut illud ipsum stipulatio ne ueluti comprehensum uideri posset, facilius ad agendum ualeret. Nam licet aliud quippiam & plus contineat, quàm præcedens stipulatio, tamen ita simul factum est, ut stipulationi iam inesse, ei que ueluti legem dare, benignè uideatur, ut actionem saltem ex stipulatu ad se trahat. Cæterum de alio nunc pacto Paulus agit, nempe de eo quod in rem debitoris subiectum est, & minus aliquid continet, quàm præcedens stipulatio, nempe sortem tardius reddi. Hoc certè facilius dicimus omnimodo inesse stipulationi, & ea contineri, ut plus uerè continet minus. l. pacta conuenta. De contrahen. emptio. Atque ut ex eo etiam ipso creditor agere possit, hoc est, primam pensionem proximis calendis petere, rectè dicimus

mus omnino inesse stipulationi, præsertim cum incontinenti adiectum sit. Cæterum ut debitori proffit, non ita fortasse omnino opus esset, incontinenti adiectum fuisse. Nam & facilius semper debitori ex pacto datur exceptio, quàm actio creditori.

Quod quidem Vlpianus alio loco pluribus & uerbis & exemplis explicat. l. 7. De pact. Et licet eam suam disputationem referre uideatur & restringere ad iudicia bonæ fidei: tamen, uideatur hîc Paulus idê sentire & de stipulationibus. neque ita captanda legum uerba sunt, ut cauillationi fenestra aperiatur: neque hic absurdum est, cum Vlpiano Paulum, & cum Paulo Vlpianum ita coniungere: ut quod unus non dixit, ab altero repetamus: & uerò ex utroque colligamus quod ad hûc locum pertinet. Vt autem dixit Vlpianus aliquando pacto reformari & quodammodo quasi renouari contractum: sic in proposito dicemus, pacto subiecto reformatam, & quodammodo quasi renouatam præcedentem stipulationem utranque: cum & mutatus soluendæ sortis dies sit, & ex eo die pendeat ratio usurarû. Cæterum ueram quandam (ut appellant propriè Iurisconsulti) nouationem nullam hic fuisse, nullamque intelligi constat. Si fuisset, certè nullade obligatione usurarum quæstio hîc esset. Non enim dubiû est, nouatione tolli usurarum accessionem, nisi si expressim repetitæ sunt. l. si creditor. l. nouatione. l. emptor. De noua Verùm in proposito rectè uidit Paulus, non esse ita nouatam stipulationem per pactum subiectum. Nouatio ex sententia ueterum Iurisconsultorum propriè

præ sit ex aliquo interuallo, & per stipulationē,  
& ubi plus aliquid hæc adiicit, & uerò ubi omni-  
no hoc agitur ut nouatio fiat. Nihil uerò tale ali-  
quid fuit in proposita specie. Quæ nam igitur in  
ea uis est pacti subiecti? Nam tota huius loci di-  
sputatio in eo uersatur. Si prudēter, quod & Pau-  
lus sensit, & ex ea, quam dixit, sententia confi-  
ci potest, consideremus: intelligemus eum iu-  
dicasse, uim huiusce pacti duabus in rebus si-  
tam esse.

Primum enim hoc efficere, ut debitor pro parte  
rectè sortem soluat, inuito etiam creditori: & par-  
tis suo die rectè solutæ usuræ nullæ unquam de-  
beantur. Semper quidem est, & esse dicitur, diui-  
dua quantitatis dandæ obligatio, ut si pars solu-  
ta sit, & eam creditor receperit, pro parte soluta  
statim liberatio contingat. Hoc enim tacitè uo-  
luisse creditorem interpretamur, cum partem ul-  
trò recipit. Sed hæc interpretatio non fieret, si e-  
tiam de usura uel pœna eludenda ageretur. Si nõ  
hac lege (inquit Modestinus l. 41. §. Lucius. De  
usur.) mutua pecunia data est, ut liceret & parti-  
culatim exoluere, non retardatur totius eius de-  
biti usurarum præstatio, si cum creditor para-  
tus esset totum suscipere, debitor, qui in exo-  
lutione totius cessabat, solam partem depo-  
posuit. Amplius est quod Pomponius l. 5. §. ulti.  
De uerb. obl. ait, Si sortem promiseris, & si ea so-  
luta non esset, pœnam: etiam si unus ex hæredib.  
tuis portionem suam ex sorte soluerit, nihilomi-  
nus pœnam committi, donec portio cohæredis  
soluatur. Magnum igitur in proposito fuit bene-  
ficiū pacti, quod significet hac lege mutua pec-  
cuniam

cuniam datam esse, ut liceret & particulatim exoluere: neq; unquam pro parte soluta committi usuræ deinceps ullæ possent, non magis quam si ea credita nunquam fuisset. Alterum huius pacti beneficium esse sensit Paulus, ut dilato solvendæ sortis die, & in certas pensiones mēstruas diffuso, intelligatur quoque & dilatum periculum usurarum, & earum dies obligatioque similiter diffusa, cum quidem interea nulla mora esse possit, propter quam usuræ debeantur. Simile quippiam sensisse uidetur aliquando Scæuola. l. qui Romæ. §. Callimachus. De uerb. oblig. Sed Proculus multo etiam apertius. Cum enim stipulatus essem abs te opus aliquod fieri ante calendas Iunias, & si non fecisses, centum pœnæ nomine dari: & deinde diem protulisses in calendas Augusti, ac quaereretur, an nihilominus calendis Iunijs pœna committeretur: respōdit, si diem tunc protulero, cum iam mora facta certum esset, opus amplius confici ante calendas Iunias non posse, nihilominus pœnam eo die committi petique posse. l. 113. De uerb. oblig. Simul autem nō obscure significat, si mora prius facta non fuisset, pœnam non committi calendis illis Iunijs, cum quidem iam dies prolatus esset. Atq; illud ipsum etiam est, quod hic Paulus sensit. Sic ergo & hypothese[m] huiusce capituli, & quæstionem, & quæstionis causæque ueluti statum, & sententiam Pauli de ui eius pacti, de quo hic agebatur, & denique quid ex hac sententia Pauli confici possit & consequatur, tenemus. Cæterum in eodem auditorio Papiniani non eadem omnium sententia fuit. Fuit enim qui in proposita specie Paulo aduersaretur,

uerfaretur, cum creditori, opinor, impense faueret, & ueluti patrocinareretur. Atq; id quidem etiã erat necesse, ut non frigeret disputatio, & ut magis atque magis proposita quæstio explicaretur. Quicumque autem ille fuit, contra Paulum dicebat, pactum illud postremum, quod hic subiectũ fuit ad differendam diem reddendæ sortis, non uideri pertinere ad immutandam quoque priorem usurarum stipulationem: sed perinde saltem iudicandum hîc esse, atque si Mæuius stipulatus esset, si statutis pensionibus fors nõ perfoluta esset, ex proximis calendis usuras centesimas totius sortis dari. Satis enim superque illi esse uidebatur, si pactũ debitori illud tribueret, ut pro parte sortẽ soluere rectẽ posset. Sed si morã quãdoq; faceret, committi nihilominus debere stipulationem usurarum, qualis semel concepta erat: cum quidem hac stipulatione uniuersæ usuræ comprehensæ essent, quæ propter moram in solutione quandocunque factam deberentur. Paulus fatebatur, ita quidem stipulationem concipi potuisse, ut aduersarius conceptam esse fingebat: sed in proposito neque id actum esse, neque uideri contendebat. ( Nam & in dubio, obscuræ cautionis ea accipiẽda est interpretatio, quæ pro debitore potius sit quàm pro creditore. ) Imò uerò pactum nouum de sorte reddenda cõceptum, sic accipiendum hîc esse, ut illam usurarum stipulationem tanquam suam accessionem quodammodo renouet, sibi que applicet, perinde atque si adiectum expressim fuisset, pensionis sua die nõ solutæ usuras ex eo die dari: uel ab initio stipulatus creditor esset, ex ea summa siue sorte, quam

dabat mutuam, trecentos tantum denarios singulis mensibus pendi atque reddi: & eius pensio nis, quæ ad diem reddita persoluta que non esset, usuram præstari. Qui Paulo aduersabatur, obijciebat, pactum, de quo hic agitur, esse nudum: quod ne quidem propterea satis possit stipulationem fortis immutare ac ueluti reformare. Deinde etsi id fortè possit: tamen quod de sorte conceptum sit, ad uturas trahi non debere. Vt igitur hæc disputatio atque conflictatio illustrior sit, agedum paulò diligentius explicetur aduersarij utraque ratio, & Pauli deinde respõsio committatur. Neque hic reformidemus reprehensionem uerborum etiam repetitionis, modò illud tandem consequamur, ut quod tam ualde in hac disputatione obscurum esse & fugere uisum est, aliquândo explicatum penitusque excussum teneamus. Primum, quod hic aduersarius telum contorquet, est, pactum, de cuius uis tota huius loci quæstio est, nudam fuisse, quæ ad exceptionem tantum prodesse reo possit, & hoc illi solum tribuat, ut summouere creditorem possit proximis fortasse calendis repetentem atque condicentem totam sortem creditam. Sed alioqui primam obligationem stipulationem uel fortis, nedum usurarum, immutatam non uideri. Et licet dies persol uendæ fortis per exceptionem pacti differri possit, tamen uturas, quando cunque commissæ propter moram essent, commissas uideri & totius fortis, & ex proximis calendis, prout stipulatione cautum fuerat. Hic Paulus primum respondit, falsum illud esse, quod sibi aduersarius sumebat pro cõfesso, pactum hic nudum fuisse, quod  
ad

ad agendum non ualeret. Imò uerò stipulationi præcedenti uideri inesse, cum ei incontinenti subiectū sit: atque ita inesse, ut ex stipulatu actio etiam cōpetere possit ad id quod hoc pacto comprehensum est. Verùm prudenter uidit Paulus, nihil esse causæ cur id nunc urgeat. Agitur enim de pacto, quod obligationi præcedēti aliquid detrahit, & in rem debitoris adiectum est. Itaq; etsi nudum planè sit, & ex interuallo etiā adiectum, & propterea ad exceptionem tantum prodesset: tamen satis id est, ut debitor nunc defendatur.

Quintilianus, cum de refutatione loquitur, ait, si quid ab aduersarijs pro confesso sumatur, quod est controuersum: uitiose magis id dici, quàm acutè reprehendi. Verùm multo magis ociosa refutatio esset, ubi sine periculo potes ultrò id etiam aduersario largiri: & quod ipse confitetur, ad eum refellendum sufficit. Sic enim nobilior uictoria est, ubi de tuo etiam iure cesseris, aduersarium tamen suo gladio iugulari.

Esto itaq; quod aduersarius hic obijciebat, pactum nudum fuerit, & ad exceptionem tantum proficit: tamen satis adhuc in eo subsidij est ad defendendum debitorem. Nam quatenus sese exceptione tueri potest, in mora esse nō uidetur: idèd que nec eatenus hic committi usuræ, neque deberi possunt. Nam uerba ipsius cautionis nō obscure significāt, hic quæri de usuris, quæ propter moram deberētur. Erant quidem stipulanti promissæ: neque alio qui fortasse statim abs tempore moræ committerentur: sed ita demum promissæ sunt, si mora facta esset, & ex quo hæc fieret. Moram autem nullam esse, quandiu aut creditor



petere non potest, aut debitor exceptione se tueri potest, ipse etiam & Scœuola & Ulpianus tradiderunt. l. si pupillus. De uerb. obli. l. nulla. De regul. iur. l. sciendum. De usur. Quamuis itaque pactum hic planè separatim nudumque dicatur, nulloque modo stipulationi inesset, nec hac in re esset ipso iure reformata stipulatio: tamen quando mora non est, usuræ non committentur: & prolato solutionis die (etsi per exceptionem tantum id fiat) simul profertur & dies moræ usuræque committendæ. Sed instat aduersarius, & secundo loco urget, non negare se, quin antè usuræ non omnino committantur atque debeantur: sed quodcumque committentur, quia mora facta fuerit, committi in solidum, ut stipulatione comprehensum est: hoc est, pro ratione totius sortis, & ex die proximarum post numerationem calendarum. neque pactum, quod de sorte tantum conceptum sit, trahi debere ad usuras: ut licet stipulationem sortis infringat, tamen stipulationem usurarum quodcumque commissam non diuidat. Hic uerò Paulus, etsi alio etiam loco tradiderat pactum de una re conceptum ad aliã trahi non debere. l. si unus. §. ante omnia. De pact. tamen rectè sensit, ineptè id dici in proposita specie. Agitur enim de usuris, quæ non solum accessiones sunt: sed etiam ita demum hic accedunt, si mora facta sit. Cum autè ratione moræ tantum debeantur, & ex ea ueluti pendeant: certè amplius committi non possunt, aut exigi, quàm pro rata parte & sortis sua diè non solutæ, & temporis, ex quo mora fieri cœpit. Cæterum Paulus ingenuè fatetur, aduersarij sententiam locum habere posse, ubi usuræ

usuræ non ad moræ causam restringerentur, sed stipulatione ita cōprehensæ nominatim essent, ut in solidum committerentur, quodcumque committerentur. Ut si creditor cum mutuum dat, & diem solutionis præstituit, stipulatus sit, si ad eum diem fors reddita non sit, usuras totius temporis, ex quo stipulatio interposita est, præstari, uel ex alio die, quem extra rationem moræ præstituerit. Tum enim, quantumuis differatur dies soluendæ sortis: tamen quodcumque mora facta erit, debentur usuræ ex eo tempore, quod stipulatione præfinitum est. Talem autem stipulationem interponi posse, probat etiam Paulus exemplo fructuum. Nam cum fundum stipulamur certo die dari, possumus stipulari, si eo die datus non sit, fructus etiam omnes ex die stipulationis præstari. Ut licet tales accessiones non ueniant nisi mora facta sit: tamen mora semel facta, tanquam existente conditione pœnæ, ueniant, ut stipulatione comprehensum est. Nam & Paulus alio loco, & Africanus l. si ita stipulatus fuero. l. huiusmodi stipulatio interposita. De uerbo. obli. fatentur utilem esse hanc stipulationem. Si Titius Consul factus fuerit ex hac die in annos singulos dena dare spondes? Atqui multo est iustior stipulatio, de qua nunc loquimur, cum in potestate debitoris esse uideatur, ne eius conditio existat. Certè cum quis stipulatus esset quincunces usuras: & si eæ sua semper die solutæ nõ sint, semisses dari ex die stipulationis: rectè Paulus iudicauit rescriptum Diui Marci secutus, non omnino iustam esse talem stipulationem: sed in futurum duntaxat ex die cessationis

usuras crescere, & semisses deberi. l. 17. De usur.  
 Absurdum enim uisum est & iniquum, ut cuius tē-  
 poris quincūces usuræ aliquando solutæ essent,  
 nunc etiam semisses soluerentur: tamen hæc iun-  
 ctæ ne centesimam quidē efficiant. Sed utilis ne  
 esset simplex & pura stipulatio usuræ, quandiu  
 debitor pecunia utetur, præstandæ ex die nume-  
 rationis, cum tamen nondum mora propriè fa-  
 cta esse uideatur? Certè hoc iure utilem esse, &  
 frequentius olim usitatam fuisse existimo. Ac  
 Paulus quidem quodam loco ait, l. cum quidam.  
 §. si pupillo. De usur. usuras infligi propter mo-  
 ram non soluentium. Sed non potest non aliqua  
 & esse & dici cessatio debitoris, quandiu pecu-  
 niam non reddit: & creditor, qui ea interea pecu-  
 nia caret, non immeritò, eius nomine quod sua  
 interesse propterea causari potest, usuras interea  
 sibi dari stipulatur. Et ut fortassis non omnino  
 accusari mora ulla debitoris posset: tamen pecu-  
 nia alterius utitur: neque æquum est, ut inuito  
 creditore, cum eius etiam aliquo damno, in rem  
 suam utatur. Cur itaque, si, quod dixi, in stipula-  
 tionem deductum sit, & hac lege credita pecunia  
 fuerit, non seruaretur? Certè Papinianus aliquā-  
 do respondit, socium, qui in usus suos conuerte-  
 rat pecuniam communem, præstare debere usur-  
 as, etiam mora nõ interueniente. l. 1. §. 1. De usur.  
 Quid multis? Non modò usuras, loco eius quod  
 interest, purè stipulari licuit, sed & ut fœnus tan-  
 quam negotiationem uulgus exerceret, tolera-  
 runt leges Romanæ. Verùm totum de usuris tra-  
 ctatum, qui latè profectò patet, & multos Iuris  
 Ciuilis nobiles locos cõtinet, nunc persequi nõ  
 insti-

institui. Sed neque comparationem usurarum & fructuum, qua Paulus hic utitur, longius producam: etsi multi nunc alij ultrò mihi occurrant Pandectarum loci, qui hanc similitudinem ingerant: & simul facile etiam sit dissimilitudinem aliquam notare, & uerò in utranque partem ambitiosè multa congerere. Possem etiam digredi ad illum cõmunem de mora locum, & in eo ( in eo enim maximus se aperit campus splendidæ commentationis ) uariè me ( ut fit ) iactare. Tum uerò ad aliam etiam subtiliorem, neque minus profectò uexatam de pactis nudis disputationem descendere, & in ea tanquam arena, multa aliorum more fingere ad ingenij ostentationem. Deniq; illa de diuidua stipulatione quantitatis dandæ quæstio, quæ huc quoque referri posse uidetur, neque certè minus utilis est quàm est digna studiosa cognitione, quãtam suppeditat materiam ad dicendum? Sed cum nunc eò excurrere non possim, quin ineptè uidear quod propositũ non est affectare: dabunt mihi uiri boni ueniam, si intra præscriptos fines me contineam, & quod noster Ulpianus præcipit, *negòs è uos*, quod de quæstione proposita sentio, nunc breuiter dicere tantum instituiam. Nam & Cicero in Bruto notat, proprium esse Iurisconsultorum, uidere qua de re agitur: eoque nomine M. Calidum laudat. Dicamur nunc sanè interpretes ieiuni. Multo satius est ieiunos uideri, quàm esse temulètos. Sed & cùm ueterum iurisconsultorum sobriam grauitatem laudare debemus, tum uerò fugere multorum nostri ordinis hominum ambitiosam uanitatem: qui & alios petulanter incessendo, & se

suaq;

suaque intemperanter ostentando captant nescio  
 quam ingenij doctrinaeque opinionem: neque so-  
 lum pueriliter exultant, si quid forte reppererint,  
 quod pueri se clamitant in faba: sed etiam tam ina-  
 niter se iactant, ut non interpretis Iurisprudencie,  
 sed militis gloriosi in Comœdia (quo nihil est  
 putidius) & personam induisse, & partes agere  
 uideatur. Est hæc nunc profecto magna labe Ci-  
 uilis sapientiae, maximaque significatio animi te-  
 mulenti, qui in re etiam non magna tam magno  
 fastu, tanquam fermeto inflatus tumet. Sed quo-  
 niam hunc morbum deplorare possumus, sanare  
 non possumus: saltem profiteamur, sanæ sobriæque  
 mentis esse, & modestè placideque, quod sen-  
 tias, dicere, & omni in re temperan-  
 ter uersari uelle.

FINIS.

FRAN-

FRANCISCVS BALDVI  
 NVS IVRISCONS. AD PA  
 pinianum de Euictione.



Arro libro secūdo de re Ru-  
 sti. cap. 10. cum loquitur de  
 emptione serui, ait: Solere,  
 si mancipio non datur, du-  
 plam promitti: aut, Si ita pa-  
 cti, simplam. Quid nostri  
 Iurisconsulti? Oportet (in-  
 quit Vlpianus) emptori duplam promitti à uen-  
 ditore, nisi aliud conuenit. l. 37. §. ulti. De euict.  
 Idem Vlpianus, cum ageret de redhibitione pro-  
 pter uitium, quæ species quædam euictionis esse  
 uidetur: Quia (inquit) assidua est duplæ stipula-  
 tio, idcirco placuit ex empto agi posse, si duplæ  
 uenditor mancipij non caueat. l. quod si nolit. §.  
 quia. De ædili. edi. Paulus, interdum simplam,  
 sæpius duplam, nōnunquam etiam triplum aut  
 quadruplum, euictionis nomine promitti signi-  
 ficat. l. Lucius. §. ulti. l. 56. De euict. Pomponius sti-  
 pulationem duplæ refert inter communes stipu-  
 lationes: ait que uenire à iudice, aut ab Ædilis edi-  
 cto. l. 5. §. communes. De uerb. oblig. Porrò ob-  
 seruandum est, cōditionem huius stipulationis  
 siue euictionis abs Varrone describi his uerbis,  
 SI RES MANCIPIO NON DATVR. Iurisconsul-  
 ti sæpius ita concipiunt, SI HABERE NON LI-  
 CEAT. Quod diligenter obseruandum est, ut re-  
 ctius iudicemus quādo illa committatur, hoc est,  
 quando dicatur res euicta. Ac quidem ubi res to-  
 ta

ta euicta est, facilius est definitio. Vbi uerò pars rã-  
tum euincitur, difficilius est quæstio. Nam & de  
partibus nõ minus subtilis apud Iuriconsultos,  
quàm apud Philosophos, disputatio est. Si non  
tam pars rei, quàm eius quædam ueluti accessio  
euincatur, non committetur stipulatio duplæ:  
quia propriè nõ dicitur res aliquo modo euicta:  
Iam uerò ubi pars quidem euincitur, sed indiui-  
sa, difficilis est eius æstimatio. Et quidem si pro-  
pterea simpla petatur, hoc est, precium quod em-  
ptor dedit: simpliciter dicemus id pro rata ( ut lo-  
quimur ) parte repeti. Ut si dimidia pars rei pro  
indiuiso euincatur, restituet uenditor dimidiam  
partem precij. Nam & in æstimanda hac quanti-  
tate, sequimur & inspicimus eam rei qualitatem  
siue bonitatem, quæ tempore uenditionis erat.  
Ceterum si præterea ex empto agatur ad id quod  
interest: inspicemus, qualis tota res fuerit, cum  
eius pars pro indiuiso euinceretur. Nam hinc  
primùm æstimari potest, quid emptoris intersit.  
Si uerò agatur ex stipulatione duplæ: simplici-  
ter inspicimus, quota pars euicta sit, & qualis res  
tota cum uenderetur fuit, ut duplam eius partis  
æstimationem præstare uenditor emptori tenea-  
tur. Nã ut simpla, sic dupla ex stipulatu petitur.  
Cæterum, ubi euincitur pars diuisa, siue pro di-  
uiso: & propterea simpla, siue precium repetitur:  
non tam quantitatem partis euictæ, quàm quali-  
tatem inspicimus: & qualitatem quidem, quæ  
tẽpore uenditionis inerat. Si cõstaret quanti hæc  
ipsa pars primùm uendita, & à uenditore æstima-  
ta esset, & ita appareret quantum precij pro ea da-  
tum fuisset: non esset hinc alia æstimatione opus,  
sed

sed illud simpliciter condemnāndus esset uēditot reddere. Sic enim apertè Paulus l. 53. De euiēt. respondit: Si fundo tradito pars euincatur: si singula iugera uēnierint certo precio, tunc nō pro bonitate, sed quanti singula uēnierint, quæ euiēta fuerunt, præstandum, etiā si ea quæ meliora fuerint, euiēta sint.

Verū ubi res tota una precio uēniit, neque aliter constat, quanti singulæ partes uēnierint, aut æstimatæ sint: tunc proximum est ut conijciamus, æstimatas & uenditas esse, quanti uerisimile est potuisse. Itaque tum qualitatem & bonitatem partis diuisæ euiētæ consideramus ad argumentum & coniecturam æstimationis & precij, quod pro ea parte datū esse colligamus. Atq; illud est quod Ulpianus ait, ubi certus locus euincitur, & non pro diuiso portio, æstimari loci qualitātē, & pro bonitate loci esse regressum, l. 1. De euiēt. Adijciendū uerò hic deinde est, quod Paulus ait, bonitatis æstimationem faciendam, quæ fuisset uenditionis tempore, non cum pars euinceretur. l. 13. De euiēt. Cæterū si præterea hic ageretur ad id quod interest, inspiciemus etiā qualitatem partis pro diuiso euiētæ, sed eam quæ fuisset non uenditionis, sed euiētationis tempore. Si res interea deterior facta sit, tanto minoris interest: si melior, tanto pluris. Quòd si pro parte diuisa euiēta agatur ex stipulatione duplæ: iam diuimus duplā peti, ut simplam. Ut igitur si de precio repetendo ageretur, cōsideraremus qualitātē loci quæ tempore uenditionis erat, sic & cum dupla peteretur. Nam illa tantum simpla duplanda est. Papinianus cap. 64. §. 1. De euiēt. cum de stipulatione



pulatione duplæ loqueretur, ait, non diminui e-  
 uictionis obligationē, si incuria uel casu fundus  
 deterior factus sit: & ex cōtrario non augeri quā  
 titatem euictionis, si res melior fuerit effecta. Idē  
 dici potest, etsi simpla petatur. Cæterum cum ex  
 empto agitur ad id quod interest propter euictio-  
 nem, idem Papinianus l. 66. §. ult. De euict. ait, a-  
 ctorem consequi quod sua interest, ut melioris a-  
 gri aut deterioris facti causa sinem precij, quo fue-  
 rat res initio estimata, deminuat uel excedat. Qui  
 bus uerbis significat, non eandem esse simplæ li-  
 ue precij, & eius quod præterea interest, rationē,  
 atque æstimationem. Nempe, cum de precio a-  
 gitur, estimamus rem, qualis erat cum uendere-  
 tur: cum uerò de eo quod interesse dicitur, confi-  
 deramus ex re præsentis, quanti interfit. Cum  
 itaque Paulus l. 70. De euict. dixisset, euicta re nō  
 ad precium dūtaxat, sed ad id quod interest actio-  
 nem competere: subiunxit, Ergo etsi minor esse  
 cœperit, damnum emptoris erit. Hoc profectò  
 rectè dicitur, cum de eo quod interest quæritur:  
 ut minoris interesse dicatur, quia res deterior fa-  
 cta, cum euinceretur, minoris esset: sicuti ediuer-  
 so lucrum emptoris esset, si res melior esset inte-  
 rea facta: quia in eo quod interest, præsens ea qua-  
 litas & bonitas æstimetur.

Sic facile iudicare possumus, quomodo acci-  
 piendum sit quod Papinianus ait l. 64. De euict.  
 cum pro diuiso pars aliqua fundi euincitur: nō  
 pro modo, sed pro bonitate regionis præstari eui-  
 ctionem. Item quod Alphenus l. 45. Hoc tit. re-  
 spondit, cum quid ex fundo uendito euincitur,  
 pro bonitate eius emptori præstandum esse. Item  
 quod

quod responsum est, si quis alienam hæreditate uendiderit, quæ euieta sit, ipsam æstimari. l. quod si nulla. De hæred. uel act. uend. Denique quod Pomponius ad Ædilitium edictum duob. locis respondit, Si uno precio plures seruos emerim, & unus tantum redhibitus sit: æstimatione perinde fieri debere, atque fieret in æstimatione bonitatis agri, cum ob euietam partem fundi ageretur: nempe ut fiat pro bonitate serui, qui redhibetur. l. 36. l. pen. De ædil. edi. Huc quoque pertinet quod Paulus ait, non solum si modus agri totius minor est, agi cum uenditore posse, sed etiã de partibus eius: ut puta si dictum est, uineæ tot iugera esse, uel oliueti, & minus inueniatur: inde quoque his casibus pro bonitate loci fieri æstimationem. l. 4. §. ult. De act. emptio. Sed & si tantumdem sit, quantum dictum fuerat, sed minus tamen quàm fines fuerant demonstrati: quia magis quod actum est, æstimamus ex finibus demonstratis, quàm ex quantitate dicta & expressa in conuentione, idem obseruabitur. Sic enim ex eodem Paulo relatum est: Qui fundum tradiderat iugerum centum, fines multo amplius emptori demonstrauerat. Si quid ex his finibus euinceretur, pro bonitate eius emptori præstadium esse: quamuis id quod relinqueretur, centum iugera haberet. l. 45. De euiet. Vnde intelligi etiã potest, quid sibi uelit Alexander Imp. cum ait, si fines agri uenditor demonstrauit, & aliquid inde euincatur, periculum esse auctoris. l. si fines. C. de euiet.

Nunc ad illud, cuius nunc interpretationem suscepimus, & cuius causa quæ hæctenus dixi, dicta fuerunt, responsum Papiniani accedamus: in

quo etiam agitur de euietione partis indiuisæ, at que diuisæ: & quod dictū simpliciter antea fuit, si pars pro indiuiso euincatur, agi pro ea rata parte, longius producit, & ostēdit quid dici debeat, si fundus post diminutionem diminutus sit, & post diminutionem pars aliqua eius quod reliquum est euincatur pro indiuiso: & totam huius generis disputationem ita persequitur, ut operæ precium sit eum audire.

PAPINIANVS LIB. VII. RESPONSORVM.

- » Ex mille iugeribus traditis, ducenta flumen abstulit: si postea pro indiuiso CC euincantur, duplæ stipulatio pro parte quinta, non quarta præstabitur. Nam quod perijt, damnum emptori, non uenditori attulit.

Titius fundum mille iugerum, cuius quarta pars CCL iugerum erat Sempronij pro indiuiso, mille aureis uendidit Caio. Caiusque emptor stipulatus est duplam euietionis nomine. Flumen deinde CC iugera abstulit, detraxit'ue. Supererant octingenra iugera. Ex his Sempronius euiet quartam suam partem, hoc est, iugera ducenta: qui alioqui euicisset ducenta & quinquaginta, si fundus non diminutus fuisset, sed integer, hoc est, mille iugerum māsisset. Hic Papinianus iudicat, propter talem euietionem ducentorum iugerum, committi eatenus stipulationem duplæ, nempe pro quinta parte mille iugerum, non pro eorum quarta parte. Nam flumen, quod abstulit ducenta, ut pro rata parte diminuit partem Sempronij, sic & damnum emptori affert. Præstat quidem uenditor euietionem: at non etiam fluminis detrimentum. Hæc uidetur satis facilis

tilis atque familiaris hypothefis, ad explicandam Papiniani in hoc primo capite fententiam, ut quidem uerba concepta proponuntur. Sed cum rem totam propius confidero, & quod paulo pòft Papinianus subiunxit, ac ueluti repetit, diligentius expendo, uereor ne lectio huius primi capituli non omnino fit integra, ut facilè in numeris & eorum notis fcribendis librarius labitur. Quid igitur? Pro CC EVINCANTVR, legendum eſſe puto, CLX EVINCANTVR. ut hęc & hypothefim & fententiam eſſe intelligamus: Titius fundum mille iugerum, cuius quinta pars, quæ eſt CC iugerum, erat Sempronij, uendidit. Flumen deinde abſtulit ducenta. Ex octingentis reſiduis euincit Sempronius ſuam quintam partem, nempe centum & ſexaginta. Papinianus ait, ſtipulationem duplæ committi pro ea quinta quæ octingentorum iugerum eſt, parte euicta: non etiam pro quarta, hoc eſt, pro ducentis iugeribus. Nam etſi cum fundus eſſet mille iugerum, & eius quinta pars eſſet Sempronij, ducenta iugera Sempronius euincere potuiſſet: tamè cū fundus diminutus ſit & redactus ad octingenta, ſic ut iam Sempronius nō niſi centū ſexaginta euincat, ſatis eſt eatenus teneri uēditore, & eatenus tantū committi duplæ ſtipulationē. Si fundus diminutus non eſſet, & ducenta fuiſſent euicta, nō eſt dubiū quin p̄ ducētis etiā duplę ſtipulatio cōmiſſa fuiſſet. Sed quod flumen diminuit, atq; ita periit, ut diminuit partem Sempronij, ſic ad emptoris dānum pro rata pertinet: & hic perinde iudicamus, ac ſi uendita non fuiſſent niſi octingenta iugera fundi, quæ iam ſola ſuperſunt. Neque enim hoc

casu uenditori imputandum est, quod flumen ducenta detraxerit: neque hoc aut damnum, aut periculum ipse praestat. Sed tota haec res fiet illustrior, ex eorum quae sequuntur collatione. Ait deinde Papinianus:

- » Si totus fundus, quem flumen deminuerat, euictus sit, iure non deminuetur euictionis obligatio: non magis, quam si incuria fundus aut seruus traditus deterior factus sit.  
 » Nam & ex contrario non augetur quantitas euictionis, si res melior fuerit effecta.

Hic Papinianus dissimilem à superiori casum proponit, & dissimile quoque ius statuit. Tota autem dissimilitudo est inter euictionem partis & totius. Si totus ille mille iugerum fundus, quem Titius uendiderat, erat Sempronij: & hic propterea euicerit, quicquid saltem ex eo reliquum est, hoc est, residua illa octingenta iugera, fatetur Papinianus, in totum committi duplae stipulationem, perinde atque si fundus deminutus non esset, & mille iugera uere euicta essent, quae uendita erant, cum essent aliena. Itaque hoc casu quod fluminis iniuria perijt, ut Sempronio perit, sic perit uenditori magis quam emptori. Nam emptor aduersus uenditorem aget de euictione ex stipulatione duplae, perinde atque si nihil antea perijisset: & hic magis consideratur quod uenditum fuit, quam quod est euictum. sicuti &, si non quantitas rei deminuta, sed qualitas deterior facta esset, culpa etiam & negligentia emptoris: nihilominus propter euictionem ageretur ex stipulatione duplae, perinde atque si eadem qualitas rei, cum

euin-

euinceretur, fuisset. Sic enim primum Papinianus hoc exemplo illam suam sententiam confirmat. Addit autem & alteram eius confirmationem, repetita ex contrarijs ratiocinatione: quod argumentationis genus commendant qui Topica scripsere, & eo Iurisconsulti sæpe utuntur. Non augetur ( inquit Papinianus ) euictionis quæritas, si res melior fuerit effecta: hoc est, si fundus, de quo quæritur, auctus fuisset ad mille ducenta iugera, uel ex sterili factus fœcundus, cum euinceretur: tamen nõ magis committeretur stipulatio duplæ, quàm si mansisset qualis quantusque primum uenijt: & emptor de euictione non aget, nisi pro modo mille iugerum. Ergò e diuerso minus etiam committi non debet duplæ stipulatio, si res aut deterior, aut minor, cum euinceretur, facta erat. Probat autem Papinianus, & exemplo proposito etiam explicat, quod dixerat, non augeri obligationem euictionis, etsi melior facta fuerit res cum euinceretur, uel etiã aucta, ut mox audiemus. Ac sanè dubium non est, propter qualitatem rei mutatam, hoc est, deteriorem aut meliorem rem factam, non minus magis uel committi stipulationem duplæ. Hæc enim magis respicit & refertur ad rei quantitatem, quàm ad qualitatem. Sed Papinianus hic uidetur, quod de qualitate dicitur, trahere etiam ad quantitatem, cum tamen huius dissimilis causa esse uideatur, quod ad stipulationem duplæ attinet. Itaque non omnino firma uideretur hæc ratiocinatio, si quis ad uiuum omnia refecet. Sed patiamur sanè, ut in proposito ualeat. Quod uerò in specie, quam nunc tractamus, nepe ubi non

pars, sed totum residuum euincitur, ait, propter rei euictæ quantitatem imminutam, non immi-  
 nui euictionis obligationem: licet in superiori ca-  
 su, cum non totum, sed pars euincitur, imminue-  
 retur: propius excutiamus. nam & in eo magis  
 insistit Papinianus. Nondum requiro rationem  
 huius discriminis inter euictionem partis & to-  
 tius. de ea postea uiderimus. Prius audiam quic-  
 quid Papinianus adfert, ut constituat hoc discrimen,  
 & alterum distinctionis suæ membrum confir-  
 met: hoc est, ut probet quod dixit, euicto toto  
 residuo committi dulpæ stipulationem, perinde  
 atque si nihil diminutum esset. Id (inquam) ex  
 contrario comprobatur, ducto argumento à quan-  
 titate rei aucta ad imminutam. atque hoc exem-  
 plum quantitatis auctæ proponit:

” Quod si modo terræ integro, qui fuerat  
 ” traditus, ducenta iugera per alluisionem ac-  
 ” cesserint, ac postea pro indiuiso pars quinta  
 ” totius euicta sit: perinde pars quinta præsta-  
 ” bitur, ac si sola ducenta de illis mille iugeri-  
 ” bus, quæ sunt tradita, fuissent euicta: quia al-  
 ” luisionis periculum non præstat uenditor.

Hoc loco & exemplo Papinianus significat,  
 cum de fundi aucti euictione agitur, non solum  
 ubi totus euincitur, sed etiã ubi aliqua eius pars,  
 non augeri obligationem euictionis, sed utroq;  
 casu stipulationem duplæ referri ad quãtitem  
 fundi uenditi, ut ex ea æstimemus, quid hic præ-  
 standum sit. Cum ageretur de fundi imminuti  
 euictione, distinxit Papinianus, utrũ is totus re-  
 siduus, an uerò sola eius pars euincatur. Iam ue-  
 ro,

rō, cum eam ipsam distinctionem & discrimen  
 probare uult, sic ad comparationem proponit e-  
 uictionem fundi aucti, ut tamen tunc significet  
 non distingui, utrum is totus, an uerò eius pars  
 euincatur: & cum initio argumentum duxerit  
 ab quantitate aucta ad diminutam, ita tandē de-  
 finit, ut significet tamen non omnino eandem  
 esse in suo genere causam diminutionis & aug-  
 menti. Hic uerò si mihi fas est cum maximo Iu-  
 risconsulto, & Iurisconsultorum principe con-  
 gredi, causam in utroque capite nonnullam ha-  
 bere mihi uideor, cur non modò subsistam, sed  
 eum etiam adoriar, non tam eius tamen oppu-  
 gnandi fiducia ulla (nam neque id cogitare fas  
 est) quàm ueri magis atque magis patefaciendi  
 atque illustrandi, uel saltem intelligendi studio-  
 sa uoluntate. Primum enim requiro rationem e-  
 ius discriminis, quod initio proponit: nempe,  
 cur cum pars fundi imminuti euincitur, non a-  
 gatur ex stipulatione duplę nisi pro parte euicta:  
 neque uenditor quicquam ex eo præstet, quod  
 flumine periit. cum uerò residuum totum euin-  
 citur, agatur nō solum pro eo quod euictum est,  
 sed etiam pro eo quod fuit uenditum, perinde  
 atque si nihil periisset. Cur (inquam) magis in  
 hoc postremo, quàm in illo priori casu, uendi-  
 tor emptori præstet damnum imminutionis?  
 Nam noui huius & singularis discriminis ra-  
 tio aliqua reddenda est, ut discrimen tale reci-  
 piamus, quod certè alioqui uix quisquam fa-  
 cile admittat. neque enim satis manifesta, mihi  
 præsertim, ulla causa est, cur illud admittatur.  
 Hic Papinianus nullam eius rationem adfert. E-



go illud solū quod didici, dicere possum, si quis  
 hoc à me requirat: euictionē totius fundi residui,  
 quę & totum illud quod periit auferret, si id extra  
 ret, magis abs uēditore p̄stari debere, qui fundū  
 planē alienū uendidit. At ubi solū euincitur pars  
 aliqua fundi deminuti: minus esse uidetur quod  
 uēditori imputes, qui saltē in eo quē uēdidit, ali-  
 quid suū habebat: & hęc solius partis euictio tole-  
 rabilior emptori est: quo magis hic ferre debeat  
 pro sua parte detrimentum fluminis, sicuti & e-  
 ius damni portionem sentit Sempronius. Ac-  
 ctud quidem manifestam rationem habet uel ex  
 communibus regulis de periculo & commodo  
 rei uenditę. nullaque certē causa est, cur hic uen-  
 ditor p̄stet quod periit: quod quidem, etsi ex-  
 taret, nō euinceretur. ut uerò p̄stet eam saltē  
 portionem, quę si extaret, euicta fuisset, aliquid  
 fortasse causę esse uideri posset. Sed quia prius  
 periit & euicta non est, magis placuit non p̄-  
 stari, & hoc æquius esse uisum est in euictione  
 partis ex residuo. At ubi totus fundus ita euin-  
 citur, qualis quantusque superest, ut etsi demi-  
 nutus non fuisset, sed integer mansisset, æquē e-  
 uictus totus fuisset: uisum est, emptori cui nihil  
 reliquum est, magis esse succurrendum: & plus  
 esse quod uenditori, qui rem planē alienam uen-  
 didit, imputetur: ut iam hic illi p̄stet non solū  
 quod euictum est, sed & quicquid uenditū fuit  
 (cum etsi non periisset, æquē fuisset euictum)  
 & eatenus committatur duplę stipulatio. Hic  
 ergò non habebit locum ratiocinatio à toto ad  
 partem, quę tamen alioqui firma est, & frequens  
 in disputationibus Iuriconsultorum. l. quę de  
 tota.

tota. De rei vind. l. 3. Pro derel. l. 25. §. 1. De usuris.

Sit hoc iam sanè discrimen bene cōstitutum, bonaque ratione communitum. Sed alter maior etiam num & molestior scrupulus superest. Cur enim non idem obseruari uult Papinianus, ubi de euictione fundi, qui auctus fuit, agitur? præsertim cum tam similem hic esse causam quantitatis imminutæ & auctæ alioqui credat, ut ad illius confirmandam rationem, huius exemplo utatur. Atqui tamen interea nihil interesse hic putat, utrum totus fundus qui auctus est, euincatur, an uerò eius pars aliqua, sed utroque casu tantum committi stipulationē duplæ, pro eo quod uenditum primum fuit, & euictum deinde est, non etiam pro eius accessione simul euicta. Hic ego quòd ad rationem huius alterius nouiq; discriminis inter quantitatem auctam & imminutam pertineat, adferre solū illud possum: satis superq; tribui emptori, si indemnitati eius consulatur, & uenditor ei euictionem præstet, perinde atque si auctus fundus non fuisset: sed qualis quantusq; uenditus est, mansisset: minimè uerò stipulationem duplæ committi posse supra id quod conuenit, sed ad summum usque ad quantitatem uenditam euictamque: quanquam interdum si minus euincatur, quam uenditum sit, modò consideremus quid nihilominus sit uenditū, modò id solum quod euictum est. Et certè maior est causa, cur aliquando non minuatur euictionis obligatio, quam ut augeatur: & emptoribus facilius succurritur, ut damnum fugiat, quam ut lucrum consequantur.

Si que dicta hætenus sunt, rectè intelligamus,

facile intelligemus quod superest, & quod ueluti pro auctario Papinianus in hac questione subiungit, commiscens duos illos casus, deminuti nempe & aucti fundi. Ait:

» Quæsitum est, Si mille iugeribus traditis,  
 » perissent ducenta, mox alluuiò per aliã par-  
 » tem fundi ducenta attulisset, ac postea pro  
 » indiuiso quinta pars euicta esset, pro quapar-  
 » te auctor teneretur. Dixi, consequens esse  
 » superioribus, ut neque pars quinta mille iu-  
 » gerũ, neque quarta debeatur euictionis no-  
 » mine. Sed perinde teneatur auctor, ac si de-  
 » octingentis illis residuis sola centum sexa-  
 » ginta fuissent euicta. Nam reliqua quadra-  
 » ginta, quæ uniuerso fundo decesserunt, pro-  
 » rata nouæ regionis esse intelligi.

Initiò dixi, si fundus ui fluminis deminutus sit, & ex residuo pars aliqua euincatur, non consi-  
 derari nisi quantum euictum sit, & eatenus tantum committi stipulationem duplæ, neq; plus præstare uenditorem emptori: nunc Papinianus docet, idem dici posse, et si tantundem deinde alluuiòne accesserit, quãtum prius ui fluminis detractum erat. Nihilominus enim nouam esse accessionem, neque eius euictionem præstari, sicuti nec præstatur damnũ fluminis, ut siue flumẽ auferat aliquid, siue adijciat, existimemus id non pertinere ad stipulationem duplæ, quæ deinde committeretur, aut ad euictionis obligationẽ uel minuẽdam uel augendam: quanquã id demum rectẽ dicatur re deminuta, ubi eius quod reliquũ  
 est,

est, pars tantum euincitur, non etiam, si totum illud quod residuum est, eo iure euincatur, quo & illud quod perijt, si extaret, euinceretur.

Quæ dicta hætenus sunt, propriè pertinent ad stipulationem duplæ, quæ cum diuidua sit, committitur tantum pro quantitate rei euictæ. Sed referri etiam possunt ad actionem simplæ, quæ similibus & regulis regitur, & finibus cõtinetur. Cæterùm si propter euictionem hîc agatur ex empto ad id quod interest, alia est ratio. Tum enim non tam inspicimus quid quantum ue sit euictû, quàm id quod sua interesse emptor probat. Sed ea res latius suo loco explicatur. Nunc ut quod aggressi sumus, absoluaamus, audiamus quod Papinianus eodem responso subiunxit de euictione partis diuisæ: quanquam illud ipsum satis iam satis dictum antea sit. Ait:

Cæterùm cum pro diuiso pars aliqua fundi euincitur: tametsi certus numerus iugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro bonitate regionis præstatur euictio.

Hanc loci bonitatem cum simpla petitur, uel dupla, estimari qualis erat cû res uederetur: in petitione uerò eius quod interest, estimari qualis erit cum res euincitur, dictû satis antea fuit. Interdum non quidem pars rei euincitur, sed quædam qualitas, cuius difficilima plerunque est estimatio. Veluti, euincitur seruitus, quæ prædio deberi dicta est: uel euincitur ipsius prædij libertas, cum iudicatum est fundum seruum esse, qui tamen pro libero uenierat. Priori casu tenetur uenditor, si dixerit fundo deberi seruitutem.

Poste-

Posteriori similiter tenetur, si nō seruire dixerit: aut seruire scierit, nec dixerit. Sanè si fundus expressim uænerit *VTI* optimus maximus, optima conditione præstari debet, ut & solutus sit: hoc est, non pigneratus: & liber, hoc est, non seruiens. Alioqui uenditor tanquam de euictione tenebitur. l. penul. De euict. & dixi in Comment. de pignorib. Et Cicero contra Rull. illud etiam significat. Idem Cicero lib. 3. Offic. & lib. 1. de Orat. huius generis quæstionem tractat: quæ alioqui definiri potest ex l. 1. §. uenditor. De act. empti. Loquitur Cicero de Mario Gratidiano, qui ædes quas abs Sergio Aurata emerat paucis antè annis, eidem uendidit. Hæ (inquit) Sergio seruibant: lib. 3. Offic. Sed mēdosum esse locum suspicor, & expungendam esse uocem *SERGIO*: ut simpliciter legamus, *HÆ SERUIEBANT*: sicuti & legitur lib. 1. de Orat. Neque sanè ipsi Sergio seruire poterant domino. Mirorq; emendatores Ciceronis nōdum animaduertisse hoc mendum. Sed nihil hoc ad Papinianum. Itaq; obiter id dictum esto.

FINIS.

FRAN-

FRANCISCVS BALDVI  
NVS IVRISCONS. AD RE-  
gulam Catonianam.



Pomponius noster scribens de origine Iuris, & successione Prudentum, posteaquam de Sex. Aelio & P. Attilio dixit: Deinde (inquit) Marcus Cato, princeps Porciæ familiæ, cuius & libri extant: sed plurimi filij eius, ex quibus ceteri oriuntur. Quibus uerbis Pomponius significat, quod alijs antiquitatis Romanæ monumentis expressum est, duos fuisse Porcios Catones Iurisconsultos, patrem & filium. Patris uitam fusè descripsit Plutarchus. Cicero etiã testis est, Iuris Ciuilis peritissimum fuisse: sed filio non minorem Iuris scientiam tribuit. Sulpitius quoq; Apollinaris apud Aulum Gellium scribit filium, Catonem egregios de Iuris disciplina libros reliquisse: ut & patrem ab eo in hoc genere superatum fuisse Pomponius indicat. In Pandectis librisque Iustiniani raræ & pertenuis reliquiæ sunt Iurisprudentiæ Catoniæ: sed quam tulumcunque illud sit, quod superest, ex filij magis quàm patris libris descriptum esse uidetur. quanquam ea de re ualde contèdere non lim. Quid enim interest? De Catonum quoq; familia aut uita & rebus præclare gestis plura nõ dicam. non enim historiam scribo. Quid de iure ciuili dixerint, scripserint ue, nunc inquirō. Iustinianus libro primo Institutionum, de adoptionibus

bus loquens: Apud Catonem (inquit) bene scriptum refert antiquitas, seruos. si à domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Paulus libro quinto Quæstionum, cap. 44. Solut. matri. scribit, si socer à genero hæres institutus adierit hæreditatem, quandoque mortuo patre, cum hærede eius filiam de dote acturam, Neruam & Catonem respondisse. Sè sit prudèter Cato, cui multis pòst annis assensus Nerua est, actionem de dote aduersus maritum, etsi patri cum filia communis ea esset, planè consulam extinctamque nõ esse, si pater marito successorit: quamdiu filia ipsa non successit. Illud leuius est, quod Vlpianus de edil. edict. ca. 10. narrat, sese legisse, Catonem scribere, Cui digitus de manu uel de pede præcisus sit, cum morbosum esse. Quod uerum esse notat, si ob eã rem eo minus uti liceat. Maioris momenti est, quod Celsus cap. 98. De uerb. signif. scribit: Catonem putasse, mensẽ intercalarem additiciũ esse, omnesque eius dies pro momento temporis obseruasse. Neque tamen aut bissexti aut intercalationis inuẽtio Catoniana est: & dignior iuriconsulto fuit nobilis illa disputatio de diuiduis & indiuiduis stipulationibus, cap. 4. De uerbo. oblig. Sed magis Catonis etiamnum est hæc, de qua dicere institui, regula, quæ & Catoniana propterea appellatur: nihilque ex Catoniana iurisprudẽtia reliquum est, in quo Catonem laudare magis uelim. Catonem filium, uiuo adhuc patre, cum Prætor designatus esset, mortuum esse accepimus. Si Præturam suam gerere potuisset, habuissemus, opinor, Catoniana Edicta, digna tanto & Prætorẽ & Iuriconsulto, atque etiã Pau-

si Aemylij Macedonici genero. Sed uná salté eius regulam superstitem habemus, quæ cuiusdã Edi-  
 cti loco nobis esse & potest & debet. Iulianus sen-  
 tentiam Catonianam uocat, cap. 86. De condit.  
 & demon. Sed Regula rectius appellatur. Quid  
 regula Iuris sit, Paulus elegáter definit cap. 1. De  
 reg. iur. Ait regulam esse, quæ rem quæ est, breui-  
 ter enarrat. Rem hic uocat Ius ipsum magis quàm  
 nudum factum. Non enim regula est aliqua nar-  
 ratio historica, sed Iuris ipsius descriptio: quan-  
 quã sit Iuris antiqui cõmemoratio, magis quàm  
 noua aliqua præceptio. Addit Paulus: Non ut ex  
 regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula  
 fiat. Fatui sunt interpretes, qui hic obstupescunt,  
 perinde atque si Paulus dixisset, Iuris regulã non  
 continere Ius: eique, quod stultius est, etiam obij-  
 ciunt regulam Catonianam. Atqui Paulus no-  
 tat, Iuris regulam cum sit tãtum breuis narratio  
 eius Iuris, quod iam prius fuit, magis ab ipso Iu-  
 re pendere, quàm ius ab ea pendeat. Sic enim re-  
 gulæ primùm fuerunt breues tantum quædam  
 complexiones illius Iuris Ciuilis, quod in foro  
 iam receptum erat, sed aliquo tamẽ scripto non-  
 dum erat comprehensum atque conclusum.  
 Pomponius noster de origine Iuris scribens,  
 narrat, post editas XII. Tabulas, ex interpreta-  
 tione Prudentum, & disputatione fori, natum  
 esse Ius præterea quoddam sine scripto: quod  
 quidem deinde compositum à Prudentibus,  
 propriè appellatum sit Ius Ciuile. Hoc itaque  
 Ius, quod usû inualuerat, sed neque XII Ta-  
 bulis, neque Prætorum Edictis continebatur,  
 Prudentes ipsi collegerunt, & in breues quasdam  
 regulas,



regulas, tanquam formulas, uel potius Aphorismos coniecerunt. Ius itaque erat antequam Regula fieri posset. Paulus ait, Sabinum dixisse, regulam Iuris esse quasi causæ coniectionem. Hūc quoque locum corrupuerunt indocti interpretes, & CONIUNCTIONEM supposuerunt: cum tamen quid causæ coniunctio sit, ne conijcere quidem quisquam possit. Sed quid non corrumpit audax inscitia? Verūm habet & ueritas suos uindices. Asconius scribit, causæ coniectionem olim in foro appellatam esse, quasi causæ in breue coactionem, cum litigatores in iudicio, antequam causa ageretur, rem quasi per indicem exponerent. Magnæ autem artis erat magnique ingenij, Ius, quod sine scripto, in foro ueluti uagabatur, in pauca conijcere, & in breue cogere. Sed Catonem nostrum in hoc genere in primis excelluisse, una hæc, de qua nunc dicturi sumus, regula testis esse potest. Lex erat x i i. Tabularū: Vti quisq; legasset, ita ius esto. Postea uisum est, non omnibus hanc legandi potestatem, testamentique factionem concedendam esse: multa que etiam incidere posse, propter quæ legatum non consisteret: uel quia is legarat, qui iure non poterat: uel ei legatum esset, qui capere nō posset: uel denique res legata, cuius legandæ ius non esset. Tum uerò dilputari in foro cœpit, an legata, quæ cum relinquerentur, propter talem aliquam causam nō consistebant, postea causa illa ( ut loquimur ) cessante, & uitio sublato, conualescerent. Tandem placuit, nec posse, nec debere cōualescere. Quod quidem Ius, ut in foro receptum erat, in multis causis uersabatur, & uariè, ut fit, iactabatur. Tandem

dem igitur Cato id collegit, & in breuē regulam coniecit. Non erat Legislator, sed Iurisconsultus: ac ne Prætor quidem, morte præuentus, esse potuit. Sed cum in ordine Prudentum sederet, potuit saltem Ius, quod erat, ita ut dixi, concludere.

Cicero quodam loco notat in huiusce Catonis libris nominatim relatum fuisse, quid cuique uiro uel mulieri de iure responderit: quasi in nominibus, non in re, consultationis aut dubitationis causa esset. Nulla uerò huius generis responsa Catonis nunc supersunt: sed neque hæsisse in ijs semper Catonem: neque in talibus, quæ humiles uideri possent, speciebus perpetuò subsēdisse: imò uerò ad generales ueluti theses Iuris Romani assurgere etiam uoluisse, compositio huiusce regulæ ostendit. Ac rectè quidem Vlpianus monet, omnem definitionem in iure esse periculosam, facileque subuerti posse: sed tãto maiori laude dignus est, qui eam ita concipere potest, ut non facilè subuertatur. Scripsit Scæuola libros τῶν ἀξιω, & Papinianus Definitionum: ex quibus libris uterque magnæ non solum Iuris scientiæ, sed etiam artis & ingenij laudem maximam est consecutus. Et uerò ut Ius finitum esse possit, sicuti esse debere & posse Neratius dixit, opus est talibus definitionibus atque regulis. Sed abs Catone repetitum uideri potest exemplum, quod posteriores hic secuti sint. Magnam autem apud eos auctoritatem Catonianæ regulæ fuisse, uel inde conijcere possumus, quòd in eius interpretatione tantum & studij & operæ posuerint. Sed quicquid illud tã-

dem sit, propius nunc uideamus. Celsus ait, Catonianam regulam sic definiisse: Quod si testamēti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocunque decesserit, non ualere. Iustinianus libro secūdo Institutionum, hanc regulam magis constrinxisse, sed tamen apertius etiam extulisse uidetur. Quod (inquit) inutile foret legatum, si statim post factum testamētum decessisset testator, hoc non debet ideo ualere, quia diutius testator uixerit. Huc quoque pertinet illa abs Licinio Iuricons. tradita hisce uerbis regula: Quę ab initio inutilis fuit institutio, temporis tractu conualescere non potest. cap. 210. De reg. Iur. Paulus de Catoniana regula loquens dixit, si ab initio non constitit legatum, ex post facto non conualescere. cap. 41. §. 1. De legatis libro primo. Alibi uerò generalius etiam dixit, Quod ab initio uitiosum est, non posse tractu temporis cōualescere. cap. 30. De reg. Iur. Aliam harum regularum rationem expressam nō legimus: neque ualde requirere debemus. Nam & ipsa regula pro ratione est: & inepta esset altera, quę plus non contineret, ratio. Scitum est illud uetus ad Herennium: Cuius rationis ratio non extet, ei rationi ratio non est fidem habere. Regulę tamē Catonianę hanc fuisse rationē dicere possumus, quòd tempus testamenti potissimum inspiciatur. Nam & tum mori cogitat testator: & si diutius fortasse uiuat, præter eius opinionem id accidere uidetur. Nunc illud uideamus, an omnino uera Catonis regula sit: præsertim cum omnibus regulis hoc proprium esse dicatur, ut simul atque in aliquo uitiatę sunt, perdant officium suum.

Inuim. cap. 1. De reg. Iur. Sanè Celsus cap. 1. De reg.  
 Cat. cum tradidisset, quid definiat regula Cato-  
 niana: statim subiecit, eam definitionem in qui-  
 busdam falsam esse: idque probat, quia illi locus  
 nō fit, si ita legauero, SI POST CALENDAS MOR-  
 TVVS FVERO. Verum ipse fatetur cauillatorē fo-  
 re, si quis hoc urgeat. Nam de legatis puris, nō de  
 conditionalibus (ut paulo post latius dicam) a-  
 git hæc regula: & regulę ingenuum interpretem  
 requirunt, cauillatorem non ferunt. Neque sanè  
 oportet Ius Ciuile calumniari, neque uerba ca-  
 ptare: sed qua mente quid dicatur, animaduerte-  
 re conuenit, ut elegāter Paulus noster admonet  
 cap. penult. Ad exhib. Sed etsi cauillatio interdū  
 dicatur, quę multo sit quàm calumnia tolerabi-  
 lior: tamen utraque longe abesse debet ab inter-  
 pretatione Iuris. Et uerò calumniosam quoque  
 annotationem reprehendit Paulus cap. 82. De le-  
 ga. 2. Cæterum difficilius illud est, quod adijcit  
 Celsus, & Catoni ueluti opponit: Item (inquit)  
 si tibi legatus est fundus, qui scribendi testa-  
 menti tempore tuus est: si cum uiuo testatore  
 alienaueris, legatum tibi debetur: quod non de-  
 beretur, si testator statim decessisset. Atqui  
 Paulus in hac ipsa specie ueluti Catoni patro-  
 cinatus, purum legatum rei meæ mihi relicte  
 impediri Catoniana regula, nec conualescere, li-  
 cet uiuo adhuc testatore mea esse desierit, apertè  
 scribit, cap. 41. De lega. 1. quanquam fateatur non  
 impediri, si sub conditione mihi legata sit: sicuti  
 & cap. 92. De condit. & demon. docet, meam rem  
 sub conditione legari mihi posse: quia in huius-  
 modi legatis non testamēti facti tempus, sed con-  
 ditionis

ditionis expletę spectari oporteat. Denique Iustinianus ipse §. sed si rem. De lega. docet simpliciter, rei meę legatum mihi relictum ad eodę esse inutile, ut licet eam alienauerim, non debeatur. Si de legato puro hic agatur, & cum Celso Paulus uel Iustinianus committatur, conciliatio hec iniri probabiliter posset, ut interesse credamus, utrum mortuo iam testatore, an eo adhuc uiuo, res illa mea esse desierit, eamque alienauero: ut si uiuo adhuc testatore res mea esse desisset, legatum conualescat, & testatoris uoluntate sustineatur, si mutata uoluntas non fuerit. Sed uerba Pauli non admittunt hanc distinctionem. Simpliciter esset, fateri Celsum abs Paulo reprehensum esse, & illius sententiam ab hoc esse repudiatam: sicuti constat persepe Celsum reprehendi. Neque nouum est, ut quod uno loco in Pandectis proponitur, alio damnetur. Certe sustineri sententia Celsi uix potest, nisi si (quod reliquum est) fateamur hæc apud Celsum uerba, *SI EVM VIVO TESTATORE ALIENAVERIS*, sic accipi & legi, ut intelligantur esse uerba conditionis, sub qua res tibi tua legabatur. sitque hæc Celsi sententia: Si tibi legatus est fundus, qui tuus est, sed ita legatus, *SI EVM VIVO TESTATORE ALIENAVERIS*, legatum ualere posse, tibique deberi, si quidem fundum uiuo testatore alienasses. Ac fortassis Celsus ita scripsit: Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, *SI EVM VIVO TESTATORE ALIENAVERIS*. Si eum uiuo testatore alienaueris, legatum tibi debetur: quod non deberetur, si testator statim decessisset. Frequenter autem accidit errore & imperitia librariorum, ut

ut cum similes occurrunt duæ uerborum clausulæ, alteram expungant. Sanè ut conijciam Celsum hîc agere de legato conditionali, non modò altera Pauli sentètia, & Catonianæ regulæ ratio, quæ saltem in puris legatis uera est, ad conditionalia uerò non pertinet: sed & exemplum, quod prius proposuit Celsus, & quod deinde subijcitur ex Paulo, me mouet. Nam eiusdem generis exemplum esse, quod ueluti medium interferitur, probabile est. Prius dixit Celsus, locum non habere regulam Catonianam, si ita legauero, *SI POST CALENDAS MORTVVS FVERO*. neque tamen propterea falsa est, nam ad pura tantum legata pertinet. Deinde post alterum de re tua tibi legata exemplum, in eodem tractatu statim ex Paulo adiectum est: Sed & si sic legauerit, *SI FILIA MEA TITIO NVPTA ERIT*: sufficere uisum est, si mortis tempore nupta inueniatur, licet testamenti facti tempore fuerit impubes. Tandem ex Vlpiano in uniuersum subijcitur, placere, Catonis regulam ad conditionales institutiones nõ pertinere. quod certè multo magis de legatis dicendum est. Atq; ut ad Pauli locum cap. 41. De legat. reuertar: is exemplo illustri, quod dicimus, rursus ostendit. Cum enim tradidisset, Senatusconsulto cautum esse, legari non posse, quæ ædibus iuncta sunt: quæsitum fuisse & tractatum narrat, an si postea fortè fuissent marmora ab ædibus separata, legatum tale conualescat? Ac ipse quidem in uniuersum respondet, si ab initio non constitit legatum, ex post facto non cõualescere. Sed si sub conditione legetur, posse legatum ualere, si existentis conditionis tempore, ædibus iuncta non

sint. Purum itaque legatum impedire Catonia-  
 nam regulam, conditionale non: quia ad condi-  
 tionalia Catoniana non pertineat. Multis sanè  
 post Catonem annis, atque etiam seculis, Sena-  
 tus consultum illud, cuius meminit, factum fuisse,  
 ipse quoque Paulus significat. Nam hoc cen-  
 suisse Senatum Auiola & Pansa Consulibus, no-  
 tat, qui quidem Consules fuerunt quinto anno  
 Imperij Adriani. ut & Spartianus scribit, Adria-  
 num ipsum constituisse, ne qua domus dirueret-  
 tur, materiæ aliò transferendæ causâ. Verùm & ad  
 hæc noua lege prohibitas species legatorum ue-  
 tus Catonis regula pertracta est. Quod ad alterû  
 Pauli locum cap. 2. De reg. Caton. attinet, non du-  
 bitatur ualere hanc cōditionem, SI FILIA MEA  
 TITIO NUPTA ERIT, hoc est, si ei nubat. Nam &  
 conditionem, quæ ad honestas nuptias inuitat,  
 utilem esse, quamuis reijciatur, quæ cœlibatum  
 indicit, satis constat, & dixi in tractatu de condi-  
 tionibus. Cæterùm quod significat Paulus, nu-  
 ptiam saltem hic filiam esse debere cum moritur  
 testator, non ex communi regula conditionum  
 (nam cōditiones nō arbitrarias, sed promiscuas,  
 rectè impleri quodocunque etiam post testato-  
 ris mortem, & talem esse conditionem nubendi  
 uerius est) sed in proposito testator significauerat  
 sibi placere, ut ante mortem suam saltem imple-  
 retur: proptereaque accepta est, perinde atque si  
 expressim fuisset ita concepta, SI ME VIVO FI-  
 LIA MEA TITIO NUBAT. Quanquam, ut inge-  
 nuè loquar, non nescio posse uideri hoc coactè di-  
 ci. Sed ad commentarium de Conditionibus,  
 nō ad regulam Catonis illud pertinet. Ex quo et-  
 tiam

tiam tractatu repetenda ratio est, cur ad conditionalia legata nō pertineat Catonis regula. Conuenit, & fulius eo loco dictum à nobis est, legatorum conditiones non retrahari, ne quidem ad tempus mortis, si pōst existant: nec talium legatorum diem antè cedere, quàm conditio existat: ut tum demum uideatur relictum esse legatum. Hoc itaque solum existentis cōditionis tempus hīc inspiciamus: ut non possit non esse utile, si eo tempore non sit inutile legatū, etsi fortassis tempore testamenti nō erat utile. Quo quidem tempore testamenti, etsi mortuus statim fuisset testator, tamen legatum, quod adhuc propter incertū conditionis pendeat, nondum potuisset inutile iudicari. Ergo & Iustinianus §. an seruo. De leg. cum tradidisset, seruo hæredis purè legari inutiliter: nec quicquam proficere, si uiuo testatore de potestate hæredis exierit: & ex regula Catoniana adiecisset rationem, quam suprà commemorauī, subiunxit: Sub conditione uerò rectè legatur seruo, ut requiramus, an quo tempore dies legati cedit, in potestate hæredis non sit. Ergo Catoniana regula non impediretur legatum hoc conditionale, sed purum impediretur: quòd huius dies statim cedat abs morte testatoris. De ijs quæ seruo hæredis legantur, latius postea dicendum erit. Illud nunc teneamus, quod ad regulam Catonis in primis pertinet: diem legatorum quæ conditionem non habent, statim à morte testatoris cedere. Iustinianus in l. una. C. de cadu. narrat, olim quædam facta esse circa legem Papiam Senatus-consulta, ne à morte testatoris, sed ab apertura tabularum primū dies legatorū cederet: ut si an-



te apertas tabulas legatarius decederet, Festus legatū tanquam caducū occuparet. Sed cū ait Iustinianus, ipsis quoque olim Prudentibus ita legē Papiam plerunq; displicuisse, ut multas inuenerint uias, ne caducum fieret: existimo inter eas hanc quoque fuisse, ut dies legatorū statim à die mortis cederet. Quod & Iuriscōsultis nostris placuisse, apparet ex tit. *Quan. dies lega. ced.* Et ante legem Papiam, Catonis eandem fuisse sententiā suspicor, ex huius regulæ Catonianæ ratione. Quid dico suspicor? Imò uerò iam olim tempore Catonis receptum ius hoc fuisse, quod Senatusconsulta, cum legem Papiam adiuuarent & caduca captarent, temerè immutarint, planè affirmare ausim: & id Catonem ipsum in hac regula esse secutum, aperte profiteri non recusem. Eritque hæc mea obseruatio, magna posterioris etiam Iuris cōfirmatio, quòd repudiatis illis Senatusconsultis, diem puri legati statim cedere abs tempore mortis uoluit. In Titulis Vlpiani, cap. 24. *De lega.* ita scriptū est: Legatorum, quæ purè uel in diem certum relicta sunt, dies cedit, antiquo quidem iure, ex mortis testatoris tēpore: per legem uerò Papiam Poppeam, ex apertis tabulis testamenti. Eorum uerò quæ sub conditione relicta sunt, cum conditio extiterit. Sic nouum ius, antiquo Iuri dissimile, per legem Papiam Poppæam introductum esse, docet Vlpianus. Quod quidē ius nouum etsi postea displicuerit, & res hæc tota ad ius antiquum reuocata fuerit: tamen illius legis reliquiæ in Pandectis abs Iustiniano relicte esse uidentur. l. 104. *De contl. & dem. l. ult. De do nat. cau. mort.* Et erat sanè iam etiam Vlpiani æta

re sublatum illud caput legis Papiæ: ab Vlpiano tamen simpliciter commemoratur, tanquam ius nouum. Sed cum constet, eo repudiato ius antiquum repetitum ac ueluti renouatum fuisse, nihil est quod illa nunc lex diutius nos remoretur. Est autem memorabile, quod Vlpianus ait cap. ult. De reg. Cat. Regulam Catonianam ad leges nouas nō pertinere. Id nuper quidam acutē profectō & ingeniose docuerunt sic accipiendum esse, ut ad legem Papiam Poppæam non pertinere intelligatur. Non erat profectō ea lex noua Vlpiani tempore, quæ potius antiquata iam erat. Sed si aut XII Tabulas, quarum ius antiquum dici solet, aut Catonis ætatem spectemus, noua illa dici potest. Lata fuit anno urbis cōditę DCCLXI. Augusto imperante, M. Papio Mutilo, & Q. Poppæo secundo consulibus, qui suffecti fuerunt Q. Sulpitio & C. Poppæo. Multis itaque post Catonem annis lata est: & uerò quādiu locum habuit, regulam Catonianam cum antiquo iure facessere fuit necesse. Volebat diem legatorum non nisi ab apertis testamenti tabulis cedere, quem abs tempore mortis statim cedere uolebat ius antiquum. Ex quo iure dependebat regula Catonis, & ad quod etiam referebatur. Ceterum ut illo legis Papiæ capite sublato rursus cōfirmatum fuit & receptum ius antiquum, sic cum hoc iure dicemus regulam Catonis rursus esse repetitam & comprobata. Quòd autem attinet ad legata conditionalia, præsertim quorum cōditio ea est, quæ ante mortem testatoris non impletur, satis constat, nullum regulæ Catonis locum esse, neque ullum unquam fuisse, neque esse potuisse.

Non enim talia legata cedere possunt abs tēpore mortis. Quid enim? Ea conditionis ad suspendendum id quod agitur, vis est, ut tum primū aliquid actū intelligatur, cum eius cōditio impletur. Itaq; & tum demū uideri potest factum testamentū. Certè in illud tēpus uolūtatem suam confert testator, qui cōditionē ascribit. Huc ergo referri nō potest regula Catonis. Nam agit de legatis, quæ præsentia sunt, & quorū dies statim cedit mortuo testatore. In his enim mortis tēpus quodāmodo reuocamus ad tēpus testamēti: ut si inutilia sint testamēti tēpore, inutilia maneāt, perinde atq; si eodē tempore mortuus statim testator fuisset: licet fortasse diu postea tamē uixerit. Sed ubi legata talia sunt, quorum dies, etsi statim testator moriatur, non cederet, quia & aliud quippiam adhuc obstat: certè de ijs Cato non loquitur. ut neque tum in testamenti mortisq; tempore subsistere possumus. Ergo & Papinianus cap. 3. De reg. Caton. ait, Catonianā regulam non pertinere ad hæreditates uel legata, quorum dies nō mortis tempore, sed post aditam hæreditatem cedit. Exemplum sit optionis legatæ. non enim potest ante aditam hæreditatem optari, ut scripsit Terentius Clemens libro quinto decimo ad legem Iuliam & Papiam, cap. 16. De opt. lega. Si igitur legata sit optio rerum, quæ in ea cōditione erant, ut legari nō possent: sed quo tempore cessit dies optionis, conditionem illam mutarūt: legatū cōualescet, nec impedietur regula Catoniana. Nam & habere intelligitur tacitam hanc cōditionem, SI POST ADITAM HÆREDITATEM LEGATARIUS OPTAVERIT. Sed quid si illarum rerum,

rerum, quarum optio legata sit, una tantum post testamentum ante aditam hæreditatem, atque a deo ante mortem testatoris reliqua facta sit cæteris peremptis, ut iam de optione quærendū amplius non sit? nõnne legatum, quod tempore testamenti erat ueluti conditionale, iam fiet purū, ut eius etiam dies cedere possit abs tēpore mortis? Non nego. Sed non existimo tamen regulæ Catonianæ locum fore. Nõ enim testamenti tempore purum illud erat. Multoq; minus huic regulæ locus erit, si post testatoris quidem mortem, sed ante aditam hæreditatem, id acciderit. Interea tamen legatum illud, quod est ita factum purum, proderit, ut alterum ( ut ita loquar ) accessorium legatum sustineatur: quod alioqui nõ ualeret, si prius illud & principale pro conditionali haberetur. Multis fortasse uidebitur, quod nũc dico, ualde obscurum, quia subtile sit. Sed est tamen, ut opinor, uerum, & ad Catonianæ regulæ uim cognoscendam in primis pertinet: saltē abs Paulo nostro pars posterior tradita est, & explicatur cap. 13. De opt. lega. Nos, si possumus, & ut possumus, utramque partem paulo apertius illustremus. Finge me tibi ex seruis meis unū, quem optaueris, legasse, quo tempore illi tibi legari utiliter non possent: & uni eorum, puta Sticho, decem etiam legasse. Hic duo legata sunt. Quod ad primum & principale, quod est optionis: si post testamentum ante aditam hæreditatem ita res mutantur, ut iam nihil impediatur, quin legatum ualeat: certē conualescet, nec aduersabitur Catoniana. Erat enim, ut dixi, conditionale, cum adhuc penderet optio. Quod si post testamentum  
ante

ante aditam hereditatem tota illorum seruorum familia ad unum Stichum, cæteris mortuis, recidat: ut iam optare nihil sit necesse, cum unus tantum superfit, hic uideri poterit pure legatus. Quid igitur, si in ea conditione res fuerit testamenti tempore, ut legatum esset inutile, sed postea uitium sublatum sit? Credo utile fore: neque aduersari Catonianam, quasi purum ab initio legatum fuisset: sed potius quasi conditionale mansisset, hoc est, multis superstitibus, optionis semper conditio fuisset, legatum conualescere. Neq; ideo Catoniana obijci potest, quia possit ante aditam hereditatem, etiam si statim decesserit testator, familia minui. Non enim hoc iam acciderat testamenti tempore. Et ea potius mihi sumenda interpretatio uidetur, quæ regulam Catonianam cõstringat, & legato liberaliter faueat. Summota itaq; Catoniana sustinebitur, uitio sublato, hoc legatum, quasi adhuc esset optionis & conditionale, ut erat testamenti tempore. Interea tamen habebitur pro puro, ut in proposita specie alterum legatum ualeat. Alterum legatum erat, quo decem Stichis relicta erant. Si pure Stichus ipse alicui legatus erat, legatum illorum decem ualebit: quod & purum est. sic enim utriusque legati dies statim cedit à tempore mortis: sed si sub conditione seruus legatus esset, posterius legatum ei ipsi pure relictum esset inutile: quia seruus ille ante impletam conditionem erit hæredis. Hæredis autem seruo inutiliter legari constat. Atqui eueniente cõditione fiet legatarij seruus. Fateor: sed purum nihilominus alterum legatum huic seruo relictum, inutile manebit propter Catonianam. Si serui

tu optio legata fit: est cōditionale, ut dixi, legatū:  
 sed neq; ante aditam hæreditatē illius dies cede-  
 re potest. non enim prius optari potest. Quid si  
 post testamentum & mortem testatoris, sed ante  
 aditā hæreditatē reliquis seruis defunctis, unus  
 ille supersit: ut iam optare nihil sit necesse? Certè  
 iam purū fiet legatū: eiusq; dies cedit statim atq;  
 mortuo testatore mortui quoq; illi reliqui serui  
 sunt. Quid igitur, an propterea conualescet lega-  
 tum illorum decem Sticho superstiti relictū? Pla-  
 nè. Nōne obstabit Catoniana? Nō obstabit: quia  
 & si tempore testamēti mortuus fuisset testator,  
 non poterat secundum hoc legatum statim dici  
 inutile: quia nondum familia facta fuisset hære-  
 dis instituti: sed tum demum fiat, cum adierit. In-  
 terea uerò potest accidere, ut familia tota ad unū  
 recidat, & ita legatū, quod optionis erat, fiat pu-  
 rum, statimq; cedat ante aditam hæreditatem.  
 Si igitur priusquam hæres adeat, cesserit dies u-  
 triusque legati, nihil obstabit. Sed si aut suus aut  
 necessarius hæres fuisset, qui ipso statim iure fit  
 hæres à tempore mortis, nec alia aditio expe-  
 ctatur: certè tunc tempus mortis esse intelli-  
 getur tempus aditæ hæreditatis. & si eo tem-  
 pore adhuc optioni locus erat, familia interea  
 tota statim fit hæredis: in qua cū sit Stichus, cui  
 legatum est, posterius hoc legatum erit inutile,  
 utpote seruo hæredis relictum: neque conuale-  
 scet, si postea hic Stichus optatus sit, uel reliquis  
 defunctis solus supersit. obstat enim Catoniana.  
 Quod acutè profectò uidit Paulus cap. 13. De opt.  
 lega. neq; dubito, quin si Cato tunc uixisset, nō  
 solum tam ingeniosa consideratione ualde dele-

status fuisset: sed uehementer etiam gratulatus suæ regulæ, quæ tam & pressè, & consideratè, & subtiliter expenderetur. Nunc igitur Paulum ad diamus, & audiant qui Romanæ Iurisprudentiæ acumen uidere possunt, & eius ingenio delectantur. Si (inquit) optio serui data mihi fuerit, & Stichus aliquid testator sine libertate legasset: tunc sequens legatum consistit, cum tota familia ad unum, id est, Stichum reciderit: ut quasi purè legato utiliter sit legatû. Nec aduersatur Catonianæ, si uoluntarius hæres institutus sit. quia potest ante aditam hæreditatem, etiam si statim decesserit, familia minui. Quod si necessarius hæres institutus sit, sequens legatum propter Catonianam inutile est.

Non dissimilis quædam apud Mætianum est nostri Iuliani disputatio, cap. 86. De condi. & demon. Sed prius proponenda est quædam eiusdem Iuliani, alio loco proposita distinctio, cap. 91. §. 1. De leg. 1. Sermo, cui libertas sub conditione data est, purè legari aliàs utiliter, aliàs inutiliter. Nam si ea conditio libertatis sit, ut patrefra. mortuo statim possit ante aditam hæreditatem existere, ueluti, *SI CAPITOLIUM ASCENDERIT*: utile esse legatum. Sed esse inutile, si ea fuerit conditio libertatis, quæ non nisi post aditam hæreditatem possit impleri: ueluti, *SI POST ADITAM HÆREDITATEM CAPITOLIUM ASCENDERIT*. Necessario tamen hærede scripto ex asse, etiam eas conditiones quæ ante aditam hæreditatem impleri possunt, inutile legatum efficere. Quid igitur? Respondisset Iulianus, scripto hærede extraneo, qui hæres non est antequam adeat, legatum ali-  
quod

quod purè relictum seruo, cui libertas alioqui re-  
 licta est sub ea cōditione, quæ interea impleri pos-  
 set, neque ab initio esse inutile, neque Catonia-  
 na regula impediri: sed utile fore, si ante aditam  
 hæreditatem conditio libertatis extiterit. sed si  
 sit scriptus hæres suus, qui statim mortuo testa-  
 tore intelligitur esse hæres sine alia aditione: le-  
 gatum illud purum, cuius dies eodem momen-  
 to cedit, quia hæredi, qui serui adhuc dominus  
 est, acquireretur, cum libertatis conditio nõdum  
 extiterit, esse inutile, atque etiam deinde impedi-  
 ri Catoniana regula. Sic (inquam) respondisset  
 Iulianus, huic regulæ non esse locum in priori ca-  
 su, sed in posteriori esse. Quid dico ita responsu-  
 rum fuisse? Mætianus cap. 86. De condi. & dem.  
 apertè significat ita respondisse. Nam de eius re-  
 sponſis loquens, Cum (inquit) libertas sub con-  
 ditione, legatum autem præſenti die datum est:  
 in hoc quæſtio est, an cōstitit legatum. etenim  
 nec Catonianæ ſententiæ locum in proposito es-  
 se: quia etſi ſtatim teſtator deceſſiſſet, non tamẽ  
 omnimodo inutile eſſet legatum: cum poſſet cō-  
 ditio libertatis ante aditam hæreditatem imple-  
 ri, & legatum manumiſſo deberi: niſi fortè neceſ-  
 ſarius hæres extitiſſet. tunc enim omnimodo in-  
 utile eſſet legatum iure ipſo: quia ſub conditio-  
 ne acceperit libertatem. Sed quid eſt, quod Iulia-  
 nus, nulla diſtinctione adhibita, ait cap. 91. De le-  
 ga. 1. præſenti die data libertate, ſeruo legari uel  
 purè uel ſub conditione poſſe? Certè hic memi-  
 nerimus, quod Iuſtinianus in l. una. C. de cadu.  
 ait, libertates aditionem hæredis expectare: & ab  
 adita hæreditate, unà cum alijs, quæ ſeruis in te-  
 ſtamento



stamēto manumissis, uel alijs legatis relicta sunt,  
 cōpetere. Ergo hæc legata ex eorū numero sunt,  
 quæ post aditam primum hæreditatem cedunt:  
 ad quæ quidem Catonianam regulam non perti-  
 nere dixit Papinianus. Libertatis legatum non  
 cedere ante apertas tabulas, indicant etiamnum  
 quidam loci Pandectarum. l. 42. De hæred. instit.  
 l. 31. De condit. & demon. Sed dicere præterea pos-  
 sumus, non nisi adita hæreditate cedere: quan-  
 quam hanc fateamur etiam ante apertas tabulas  
 adiri posse, licet olim non potuerit. Sed & diem  
 legati ususfructus non prius cedere, quàm hære-  
 ditas adeatur, ait Ulpianus cap. 1. Quan. dies usus-  
 fru. lega. ced. Nulla enim causa esse uisa est, cur  
 prius cederet, cum ad hæredem transmitti usus-  
 fructus non possit. Verùm ut persequar quod ex  
 Iuliano dicere cepi, non ineptè nunc subiungam,  
 quòd docet idem Iustinianus in §. an seruo. De le-  
 ga. Cum enim tradidisset, seruo hæredis purè in-  
 utiliter legari, sed sub conditione posse: & in illa  
 specie priori regulam Catonianam locum habe-  
 re, in hac posteriori non habere: adiecit, Ex diuer-  
 so, hærede instituto seruo, rectè legari domino  
 etiam sine conditione. Nam & si statim post fa-  
 ctum testamentum decesserit testator, nõ tamen  
 apud eum qui hæres sit, diem legati cedere intel-  
 ligi: cum hæreditas à legato separata sit, & pos-  
 sit per eum seruū alius hæres effici, si priusquam  
 iussu domini adeat, in alterius potestatem trans-  
 latus sit: uel manumissus ipse hæres efficitur, his-  
 que casibus utile esse legatum. Sed si in eadē cau-  
 sa permanferit, & iussu legatarij adierit, euanesce-  
 re legatum. Hæc Iustiniani uerba sunt, non ob-  
 scura

scura ijs qui regulas Iurisprudentiæ Romanæ tenent. Vt sententia tamen eius loci sit illustrior, obiter obseruemus, legati quidem puri diem cedere statim mortuo testatore: sed hæreditatis tum demum, cum adita est. neque enim prius hæc acquiritur. Iam uero ut minimè dici potest, legatum domino relictum acquiri eius seruo scripto hæredi: sic etiam hæreditas seruo relicta, non statim acquiritur eius domino, sed tum demum cum domini iussu seruus eam adierit. Non igitur hic cõcurrit eodem momento in unius domini persona acquisitio legati & hæreditatis. Itaque tale legatum abs principio non censetur inutile, neque postea impeditur regula Catoniana: sed ualere saltem potest, & utile manere, si postea hæreditas alteri acquiratur: ut si seruus, priusquam adeat, sit manumissus, uel in alterius potestatem translatus.

Non modò in legatis, sed & in hæreditatibus Catonianam regulam locum habere, uerius est: tamen si quod ad transmissionem attinet, hæreditatis dies non cedat à tempore mortis, ut dies legati, sed ab adita hæreditate. Cæterum in quibus legatis Catoniana locum non habet, multo minus habebit in hæreditatibus. Rectè itaque Vlpianus cap. 4. De reg. Caton. placere ait, Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere. Vnde apparet, nec ad Galli Aquilij formulam de posthumis hæredibus instituendis, nec ad legem Vellæam pertinuisse. Neque sanè Gallus formulam illam institutionis cõposuisset, si Catoniana regula, cuius tum recens erat memoria, impedire eam potuisset. Sed quid tandem est quod Papinianus cap. 3. De reg. Cato. admonuit, hanc

regulam non modò ad legata, quæ post aditam primùm hæreditatem cedunt, non pertinere: sed neque ad tales hæreditates. Cum dictū sit, diem hæreditatis saltem cedere tempore aditionis: ecquæ tandem illæ sunt uel esse possunt hæreditates, quæ post aditam primùm hæreditatem cedant? Certè fideicommissarias hæreditates, quæ cum aditæ sunt, ex Senatusconsulto Trebelliano restituntur, tales esse existimamus. Dixi antea legem Papiam, siue senatusconsulta quæ ei accesserunt, impedire ne ante apertas tabulas legata cederent. Ne etiam prius adiri hereditas posset placebat, quanquam suis hæredibus illud non obesset. Aperturæ tabularum dilatio necessarij hæredis ius non mutat, inquit Ulpianus l. 3. §. ultimi. De hæred insti. Theodosius idem statuerat de omnibus liberis l. unà. C. de his qui ante ap. tab. Sed tandem Iustinianus omnibus hæredib. permisit, ut etiam clausis adhuc tabulis hæredes fieri possent. l. una. §. in nouissimo. C. de cad. tol. Sed illud semper obtinuit, ut hæreditatis dies non cederet ante aditionem.

Porro etsi multa, quæ ad hanc regulam reuocari possent, prætermittamus: unum tamen adijciendum est, quod hic prætermitti nec potest, nec debet. Tempus testamenti in primis inspicitur, sæpe iam dictum est. Verùm non est illud satis. Quid enim, si qui eo tempore capere poterat, postea posse desierit, tēpore mortis, uel cum aduenda est hæreditas? Ergo in legatarijs, & tempus testamenti, & mortis inspicimus. In hæredibus etiam tempus aditionis. cap. 49. De hæred. instit. Media autem tempora inter testamentum  
&

& mortem, uel inter mortis & aditionis tēpus, non considerari constat. Vlpianus cap. 6. De hæred. instit. Solemus (inquit) dicere, media tempora nō nocere: ut puta ciuis Romanus scriptus hæres, uiuo testatore factus est peregrinus, mox ad ciuitatem Romanam peruenit.

Si uitium quod post testamentum superuenit, maneret: certè legatum tanquam caducum, uel in causâ caduci, similiterque hæreditas, aliò recideret. Sed ubi illis, de quibus dixi, temporibus nihil est uitij: alijs fortasse fuisse nihil nocet. Verū regula nos Catoniana semper admoneat, ut ante omnia inspiciamus tempus testamenti. Ac scripsit quidem noster Terentius Clemens, cap. 52. De lega. 2. non oportere prius de conditione cuiusquā queri, quàm hæreditas legatum uel ad eum pertineat. Sed hoc scripsit ad legē Iuliam & Papiā, ut eius capitis inscriptio indicat. & uerò quādiu uiuit testator, non quæritur de statu uel conditione hæredis aut legatarij: uerū illo mortuo hoc quæritur, & ad ipsius quoque testamenti tēpus hæc quæstio reuocatur. neq; tamen tam morosè hæc subducimus, quin aliquando ex coniectura uoluntatis, non solum testamenti, solo tempore contenti simus: sed & ab eo recedamus, & rigorem Catonis, liberaliori interpretatione ultimæ uoluntatis inflectamus, præsertim ubi nullum capientis alioqui uitium est, & sola defuncti uoluntate consistere legatū potest. Sic enim benignè Vlpianus cap. 19. De reb. dub. Si cognatis (inquit) legatum sit, & hi cognati quidem esse desierunt, in ciuitate autem manent: dicendum, deberi legatum. cognati enim

testamenti facti tempore fuerunt. Sed & si qui testamenti facti tempore cognatus nō fuit, mortis tempore factus est per arrogationem, facilius legatum consequitur. Quinimō & cum de rei legatæ iure & conditione quæritur, interdum coniecturam uolūtatē testatoris, regulę Catonis præferre uidemur. Pomponius cap. 24. De lega. 1. Si usumfructum (inquit) habeam, eumque legauerim, nisi postea proprietatē eius nactum sim, inutile est legatum. Ergo saltem utile esse poterit acquisita postea, proprietate: & quod inutile fuisset, si statim mortuus esset testator, iam conualescet. Neq; sanè uitiū rei aliquod hic erat tempore testamenti: sed illud tātum deerat, quod postea accessit. Denique & si quærat de persona & conditione relinquentis: quatenus nudæ uoluntatis coniectura ualet ad id quod agitur, sustinendum, cedit Catonis regula. Vlpianus cap. 1. De lega. 3. Si (inquit) filius fa. uel seruus fideicommissum reliquerit, nō ualet. si tamen manumissi decessisse proponantur, constanter dicemus, fideicommissum relictum uideri, quasi nunc datum, cum mors ei contingit, uidelicet si durauerit uoluntas post manumissionem. Hęc itaque nemo credet in testamentis nos esse probaturos. Quid igitur in legatis? Credo equidem Vlpianum, si de ijs consultus fuisset, responsurum fuisse, quod de testamentis dixit: neque in legatis probaturum, quod in fideicommissis. Nam in legatis olim nō solum de uoluntate quærebatur, sed & de subtiliori quodam iure ex eorū lege & (ut ita loquar) solennibus descendenti, sicuti & in testamentis. In fideicommissis uerò, de quibus nulla lex erat,

sola

sola nudaq; uoluntas exquirebatur. cap. penult. De lega. 1. cap. 11. §. si quis. De lega. 3. l. cum uirum. C. de fideicom. Vetus tamen differentia inter legata & fideicommissa postea planè sublata est.

Si ambitiose agere uellem, nunc facile possem longa oratione tractare, & de ijs qui testamentū facere aut legatum relinquere non possunt, & de ijs qui ex testamento capere prohibentur, & denique de rebus quæ inutiliter legantur. Sed non institui, nec soleo tam longè excurrere. Semper enim uidendum est, quid propositum sit, & de quo quærat, & in eo consistendū. Et quis tandem alioqui finis commentationum futurus est, si his finibus non contineantur? Neque tamen temerè factum est, ut in Pandectis, regulæ Catonianæ subiunctus statim fuerit tractatus de his quæ pro non scriptis habentur. Ea enim ad hanc regulam plerunque etiam pertinent. Tractatus uerò de caducis adiungi non ineptè quoque posset: ut quemadmodum dictum est de ijs quæ, si tempore testamenti non consistant, postea non conualescant: sic & de ijs ediuersò dicarur, quæ tempore testamēti cōsistebant, & si eo tēpore mortuus testator fuisset, ualuisent: sed postea concidunt.

Sed de his cum aliàs copiose tractatum sit, tum uerò si nunc rursus dicere instituamus, dicendum quoque esset & de iure accrescendi: ut intelligamus, ad quem recidant quæ caduca sunt, uel pro non scriptis habentur. Verùm longius à Catone recederet, uixque finem tandem ullum inueniret nostra commentatio, si huius generis omnia persequi nūc instituat: & in eam, opinor, interea reprehensionem incurreret, in quam ille olim

Rhetor Albutius: qui reprehensus est, quòd quacun-  
 que de re dicere uellet, diceret quæcunque  
 posset, magis quàm ea quæ deberet. Illud tamen  
 hic præmittendum non est, legem Papiam de  
 quibusdam caducis, quæ pro non scriptis habe-  
 bantur, & à principio non consistebant, arario  
 uindicandis, perlatam post Catonis tempora,  
 Catoniana regula adiuuari potuisse, nisi si lex Pa-  
 pia, ut dixi, ipsam regulam Catonianam aliquo  
 modo perturbasset. Veluti si alicui cœlibi uel or-  
 bo legatum esset: per legem Papiam capere is nõ  
 poterat, aut solidum certè non capiebat. Quid si  
 post testamentum uxorem duxisset, uel liberos  
 sustulisset? Credo equidem, opposuisset Fiscus  
 regulam Catonianã, ut lege Papiã uteretur. Sed  
 de hac lege, quæ latissimè profectò patuit, suo lo-  
 co latè dicam. Cæterùm pro coronide lubenter  
 nunc adiiciam, & regulæ Catoniænæ ueluti ap-  
 pendam regulam alteram, quæ in opposito gene-  
 re uersatur. Libro quinquagesimo Pandectarum  
 inter regulas Iuris antiqui extat hoc caput ex  
 Pauli sexto lib. Quæstionum descriptum: Non  
 est nouum, ut quæ semel utiliter cõstituta sunt,  
 durent, licet ille casus extiterit, à quo initium ca-  
 pere non potuerunt. cap. 85. De reg. iur. Quid i-  
 gitur? An ad legata uel hæreditates (de ijs enim  
 nunc quæritur) ea regula pertinebit? Certè non  
 omnino id dici posse uidetur. Non enim essent  
 alioqui, quæ apud Iustinianum propriè esse di-  
 cuntur caduca, uel in causa caduci. Et Martianus  
 cap. 3. De his quæ pro scrip. hab. non solum pro  
 non scripto esse, nec tamen ad fiscum pertinere  
 ait, si in metallũ damnato quid extra causam ali-  
 mentorum

mentorū relictum fuerit: sed & si post testamen-  
 tum factum hæres uel legatarius in metallum da-  
 tus sit: item si seruo alieno quid legatum fuerit,  
 & postea à testatore redemptus sit: legatum ex-  
 tingui scripsit, & hanc rationem addit: Quæ in  
 eam causam peruenerunt, à qua incipere non po-  
 terant, pro non scriptis habentur. Scio periculo-  
 sas esse has definitiones. Sed alteram tamē illam,  
 quæ cōtraria uidetur, Pauli regulam ad quædam  
 quoque legata pertinere posse existimo. Nam &  
 si Paulus ipse quodā loco ab ea facile ipse recess-  
 erit in eius generis quæstione, tamen suam re-  
 gulam fortasse tueri magis & retinere debuit: &  
 ego in illa specie patrocinium eius regulæ aduer-  
 sus ipsum Paulum suscipere nō dubitarem. Mul-  
 tis fortasse quod dico insolēs esse uidebitur. Sed  
 uideant tamen atque audiant, quo tandem id iu-  
 re dicam. Paulus libro decimo Quæstionum, cap.  
 82. De leg 3. scripsit in hæc uerba: Debitor decem  
 legauit creditori, quæ ei post annum sub pigno-  
 re debebat: non, ut quidam putant, medij tempo-  
 ris tantum commodum ex testamento debetur:  
 Sed tota decem peti possunt. nec tollitur petitio,  
 si interim annus superuenit. nam sufficit, quod  
 utiliter dies celsit. Quod si uiuo testatore annus  
 superueniat, dicendum erit, inutile effici legatū:  
 quanquam constiterit ab initio.

Quod priori loco Paulus affirmat, sine contro-  
 uersia est recipiendum. Sed quod diuersum esse  
 ait, si uiuo testatore annus superueniat: recipere  
 non possum. neq; talem profectō distinctionem  
 admittere uidetur superior illa, quā ex eo antea  
 proposui, regula. Neque tamen ausim, nec uelim



sine iusto autore magnoque patrono ac iudice repugnare Paulo. At qui Papinianum, cui certe quàm Paulo subscribere malim, auctorem nunc meum laudare possum. Is libro octavo responsorum, cap. 5. Ad leg. Falcid. cum ageret de legato ciuitati relicto, quod alioqui ex causa pollicitationis præstari necesse erat: Si (inquit) dies aut conditio legatum fecerit, non utilitatis æstimatio, sed totum petetur, quod datum est. nec si uiuo testatore dies uenerit, aut conditio fuerit impleta, fiet irritum, quod semel competit. Qui in Pandectis non solum nullas (ut uocant) antinomias esse contendunt, sed nec ueterum, quæ inter Iurisperitos olim fuerunt, dissensionum reliquias ulla superesse: ualde hic sese torquent, ut Paulum abs Papiniano non dissentire nobis persuadeant: neque solum pugnantia conciliari, sed & aientia & negantia (quo nihil stultius absurdiusque dici potest) conuenire posse. Verum bene habet, Iustinianum ipsum, cuius auctoritatem defugere non possunt, perspicue ostendere, non solum quàm & opinio ne sua fallatur, & frustra laboret, sed etiã (quod & ipsi fortasse architecti Pandectarum non satis prius animaduertent) Paulum abs Papiniano in hac quæstione dissensisse, sed dissentire non debuisse: & illius opinionem repudiandam, huius uerò sententiam esse recipiendam. Nam libro secundo Institutionum, tit. 20. cum docuisset, si debitor creditori suo pure legauerit, quod ei in diem uel sub conditione debebat, utile esse legatum propter representationem, subiicit: Quod si uiuo testatore dies uenerit, uel conditio extiterit, Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum:

gatum: quia semel constitit. quod & iterum est. Non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum: quia in eam causam peruenit, à qua incipere non potest. Huius ego loci lubenter memini, ut ipsius Iustiniani tanquam testimonio & confessione non solum ostendam, Paulum in hac quæstione abs Papiniano præceptore suo, ut sæpe aliàs fecit, temerè dissensisse: sed & cum huius dissensionis expressa in Pandectis uestigia sint, quid magis sequendum sit admoneam: & interea peruicaciam eorum conuincam atque refellam, qui in libris Digestorū nullum huius generis exemplum pugnantium opinionum esse contendunt: & potiusquam uel agnoscant uel confiteantur ingenuè, quod res tamen ipsa palàm etiã præ se fert, quiduis cõfingendum esse impotenter clamant. Quorū hominum intemperies qualia in hisce studijs monstra patriat, non est ignotum.

Iam igitur non solum regulam Catonianam tenemus, de ijs quæ, si tempore testamenti non ualeant, postea non conualescant: sed & alteram illam ex contrario ueluti positam, de ijs quæ si testamenti tẽpore utilia erant, postea nõ fiant inutilia. Verùm priusquam Catonem missum faciam, non erit alienum, si huius generis unum præterea Pauli locum notem, in quo Iustinianus Paulum tuetur, & nobis, ne reclamemus, propè silentium indicit. Magna olim quæstio fuit, an si quis paganus testamentum inutiliter fecisset, & postea militare cõpisset, iure saltè & priuilegio militari testamentum tale cõfirmaretur. Facilis fuisset responsio, si in hac specie locus fuisset regulæ

Catonis. Sed ea non utuntur in hac quæstione Prudentes Romani. Quid igitur uel sequuntur, uel statuunt? Primum Iulianus cap. 20. De testa. mil. ita respondit: Cùm aliquis factò testamento militare cœperit, id quoque testamētū, quod antequā militare cœperit, fecerat, aliquo casu intelligitur militiæ tempore factum: ueluti si tabulas inciderit, & legerit testamētum, ac rursus suo signo signauerit. Amplius, si & aliquid interleuerit, perduxerit, adiecerit, emendauerit. Quod si nihil horum inciderit, testamentum eius ad priuilegia militum non pertinebit. Hæc Iulianus. Atqui Diuo Pio non omnino uidetur uel id placuisse, uel fecisse satis. Ulpianus enim cū scripserit cap. 9. De testa. mil. rescriptum ab eo esse, ut si paganus testamētum fecit, mox militare cœpit: iure militari hoc testamentum incipiat ualere, si hoc maluit miles: alio loco narrat, cap. 15. §. 2. De testa. mil. eundem rescripsisse, testamentum ante militiam factum, si in militia decesserit testator, iure militari ualere, si militis uoluntas contraria nō sit. Ergo quod antè dixerat, *SI HOC MALUIT MILES: NUNC UELUTI TEMPERAT, & MOLLIUS EFFERT, SI CONTRARIA NON SIT VOLUNTAS MILITIS.* Quasi hoc maluisse uideatur, si non appareat noluisse: & non nolle, uelle sit. Et uerò fortasse Pij rescriptum eò pertinebat, ut durius Iuliani responsum infringeret, & benigniori interpretatione testamentum in re dubia sustineret. Valere posse & confirmari, quod alioqui non ualisset, si tempore testamenti mortuus testator fuisset, uterque fatetur, neglecto summo iure regulæ Catonianæ. Sed Iulianus nouam eiusdem & perma  
nentis

nentis uoluntatis ad testamentum confirman-  
 dum, nec obscuram coniecturam requirit. Pius  
 uerò satis esse significat, si mutatae aut contrariae  
 uoluntatis nullum indicium sit. Si Iuliani senten-  
 tia posteriori rescripto Pij Imp. ( uixit enim hic  
 Pius post Iulianum ) ita, ut dixi, castigatam esse  
 ingenuè confiteremur, potiusquam ineptū con-  
 fictae conciliationis fucum inaniter illinamus:  
 cum Iuliano iniuriam faceremus nullam, tū ue-  
 rò non fuisse ociosum Pij rescriptum ostendere-  
 mus, & interea fauorabilem testamentorum cau-  
 sam tueremur. Sed quid tū Paulo faciemus, qui  
 multis post Pium annis quaestionem non dissi-  
 milē tractans, ad Iuliani magis respōsum, quàm  
 Pij rescriptum recurrit? nā cap. 8. De iure codic.  
 cum testamentum ante militiam factum esset, &  
 deinde codicilli militiae tempore: ne codicillos  
 quidem ad testamentum referri debere ait, sed te-  
 stamentum prius factum iure militari tum uale-  
 re, si militiae tempore signauit uel quaedam adie-  
 cit testator. Imò uerò quid Iustiniano deniq; ipsi  
 respondebimus, qui apertè Iuliani sententiam se-  
 quitur, rescriptum Diui Pij præterit? §. sed & si  
 quis. Instit. De mil. testa. Hi certè iudicasse uide-  
 tur, Diuum Pium nihil aliud quàm quod respon-  
 derat Iulianus, uoluisse. Verùm siue requiramus  
 expressam aliquam significationem uoluntatis  
 militaris testamentum cōfirmantis, siue satis es-  
 se putemus, nullā mutatae uoluntatis prioris cō-  
 iecturam esse, ut testamentum, quod cum fieret,  
 iure communi non ualebat, postea priuilegio mi-  
 litari conualescat: Catonianæ tamen regulæ lo-  
 cum hic non esse intelligimus. Nam hoc testa-  
 mentum,

mētum, quod si statim mortuus fuisset testator, erat inutile, inutile semper non esse, quodcumque postea is decesserit, perspicuè apparet.

Infinītæ propè quæstiones sunt, quæ ad regulam Catonis referri possunt. Sed in quibus illa locum habeat, in quibus non habeat, diligēter considerandum est. Lubricus enim locus est: ut esse dicitur omnis regula & definitio periculosa. Catonis tamen uera in suo genere sentētia fuit, quæ regulæ nomen merita est, & legis loco habenda est: non quòd sit Catonis, sed quia sit ex eo iure quod iam prius erat. Cæterum si opinio tantum quædam priuata fuisset, in dubium fortasse reuocari magis posset. Neque certè possem, neque debeo, Catonis autoritate deterreri, quo minus uerum inquiram studiose. Vix quicquā ex Iure Ciuili magis in ore omniū est, quàm nobilis illa Catonis distinctio, ex eius libro quintodecimo descripta, cap. 4. De uerb. oblig. Si de eo cautum sit, quod diuisionē recipiat, tūc eum heredē qui contrā fecit, pro portione sua solum pœnam cōmittere: si uerò factum indiuiduū sit, uno contrā faciente, ab omnibus heredibus pœnam committi pro portione hæreditaria. Quæri tamen potest, & magna profectò, cur dubitetur, causa est, sit ne hæc distinctio uera: quam quidem tantum abest ut regulā Iuris esse profiteri auisim, ut uerear, ne abs communib. regulis Iuris dissentiat. Nam & si principalis stipulatio sit facti diuidui, tamē pœnalē stipulationē, quæ subijcitur, in solidum cōmitti, nisi si in solidū pareatur cōditioni: & cōditionē uni alicui ascriptā non diuidi, ac ne inter eius quidem heredēs scindi, sæpe traditum est.

est. cap. 5. §. ult. cap. 85. §. pen. De verb. obl. cap. 25. §. idem iuris. Fam. ercisc. cap. 13. §. cum ita. De reb. dub. Neq; tamé quid ad defendendú Catoné nō ineptè dici possit, ignoro. Sed illud uiderimus, ubi ad eam disputationé uentum erit. Illud nūc solum dico, laborare posse Catonem in tuéda illa sua distinctione: sed in sua regula triumphare. Addá ex reliquijs Catonianę Iurisprudentię, tertium quiddá, in quo Catonis culpa nulla est, sed nostrorum interpretú magna. Iustinianus de adoptionib. ait: Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, seruos, si à domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Nostri interpretantur, liberos fieri, hoc est, filios fa. At quis credat, liberandi uerbo ita usum esse Catoné? Et uerò Iustinianus ipse non obscure significat, ad Ius filij consequendum talem adoptionem nō sufficere. Quid igitur? Ad libertatem tamé obtinédá sufficere, rectè sensit Cato: cum ueteres alioqui dubitarent, an à domino seruus per Prętoré dari in adoptionem posset, ut testis Aulus Gellius est. Sed non uni facta Catoni iniuria est ab ineptis interpretibus Iuris: neq; tamé aut iniuriarum propterea agere nunc institui, aut Catoné totú explicádum tuendúq; suscepi. De una tantú eius regula, quę & antiquissima, & ueterum regularum prima & ueluti princeps mihi esse uisa est, breuiter dicere propositú fuit. Cuius generis multas utinā regulas haberemus, quas nō minus quàm aut XII Tabulas aut Edictú perpetuú coleremus. Arté aliam iuris minus iá desideraremus. Multi querútur Ius Ciuile esse infinitú. Finitum esse debere fatemur. Ut uerò esse possit, regulis & definitionibus, quod

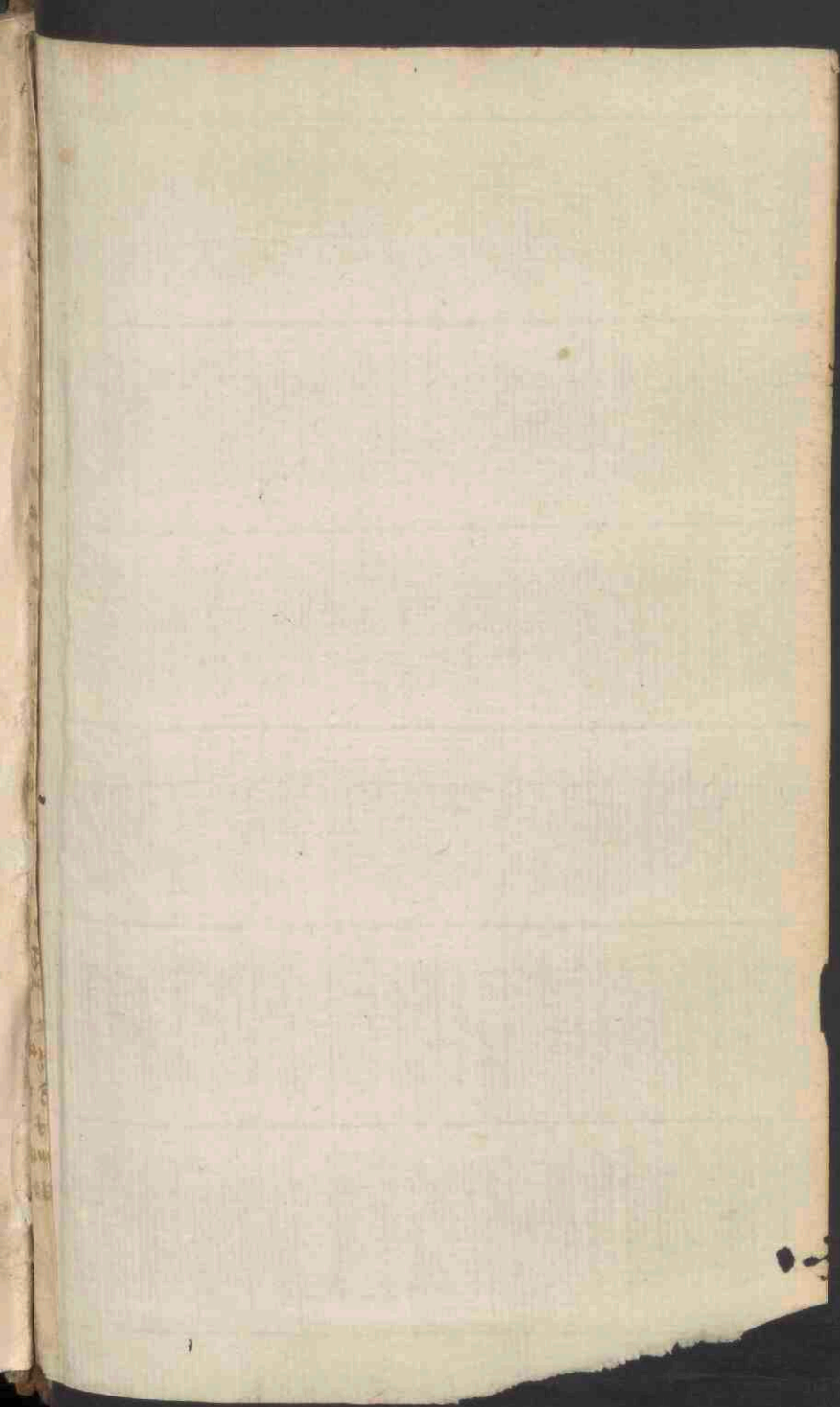
quod & antea testatus sum, opus esse putamus.  
 Cicero de Oratore lib. 2. grauiter admonet, petui Iuris & uniuersū generis quæstionē, nō hominum nomina, sed rationē dicendi, & argumentorum fontes desiderare: & reprehendit, quod in Catonis & Bruti libris nominatim referatur, quid alicui de iure uiro aut mulieri respōderint: Credo (inquit) ut putaremus in hominibus, nō in re, cōsultationis aut dubitationis causam aliquam fuisse: ut quū homines essent innumerabiles, debilitati à Iure cognoscendo, uolūtate discēdi cum spe perdiscēdi abijceremus. Sed hæc Crassus aliquādo nobis expediet, & exponet descripta generatim: est enim nobis pollicitus, se Ius Ciuile, quod nūc diffusum & dissipatū est, in certa genera coacturum, & ad artē facile redacturū. Hæc ille. Illud uerò quod Crassus suscepit, Cato inchoasse prius uidetur, cum regulas Iuris cōponere cœpit: ut & regularū libros quindecim scripsit Neratius Priscus, qui primum dixit, In omni parte errorem in Iure, non eodem loco quo facti ignorantia, haberi debere, cum Ius finitum & possit esse & debeat. cap. 2. De iu. & fact. ign. Scio equidem, quod hic etiam Neratius cap. 15. De imp. in res dot. dixit, de impendijs ex dote deducendis, dici posse de multis alijs quæstionibus, nempe, non facile in uniuersum definiri posse. Scio Scæuolam, qui tamē & ipse regularū libros quatuor scripsit, respondisse, de accessionibus possessionum nihil in perpetuū, neque generaliter definire se posse, quia consistant in sola equitate. cap. 14. De diuer. temp. præscrip. Deniq; scio sæpe respondendum esse, quod aliquando respōdit Alphenus,

phenus, Ius in causa positum esse. cap. 52. Ad leg. Aquil. Neque uerò profiteor, singula quæ in Iudiciū uenire possunt, regulis includi posse. Sed summa rerum capita cur nō possint, non uideo, cum de ijs leges perferri etiam possint. Deinde & illud semper retineo, diligenter uidendum esse, quando sit regulæ locus. Interdum enim ab ea recedendum esse fateor: & quod Paulus cap. 9. De Iur. & facti igno. posteaquam regulam esse dixisset, Iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti uerò non nocere: subiicit, Videamus igitur in quib. specieb. locū habere possit: sæpe nobis, cum uel in schola uel in foro regulas Iuris tractamus, dicendum esse sentio. Cū illa aliquando regula Paulo obijceretur, Extingui obligationē, si in eū casum inciderit, à quo incipere nō potest: Paulo satis esse uisum est, simpliciter respondere, nō in omnib. hoc uerum esse: cap. 140. De uerb. oblig. Quæ responsio profectò nos monet, ne mordicus unam perpetuò aliquam regulam urgeamus, ne ue præfractè illi nimium addicti esse uelimus. Denique semper meminisse oportet, quod iam antea dixi, sed dicendum hic sæpius est, non temerè Ulpianum admonuisse, omnē in iure definitionem esse periculosam, & frequēter subuer-  
 ti posse. Quod quidem si uerè dicitur de ueterib. illis tam alioqui prudenter compositis regulis: quid tandem de nouis quibusdam, quæ uulgò in scholis temerè confinguntur, nunc dicemus? Magni ingenij & artis in docendo esse creditur, ex singulis Pandectarum thematibus atq; adèd hypothesebus, regulam aliquam generalem elicere. Ego uerò ualde uereor, ne hæc interpretum  
 audacia



audacia potius quàm ars ingeniosa Iurisprudentiam propè totam corruperit, & regularum loco, multorum errorum nebulas offuderit. Certè facile, ut opinor, omnes mihi concedent, & infirmam, & lubricam, & periculofam, & denique uitiosam effret ratio cinationem, quæ ab una specie ad genus uniuersum ducitur. Verùm etfi Dialectici taceant: tamen res ipsa clamat, quàm multa falso Iuris Ciuilis libris aspersa sint, quæ ex illo Cõmentationum more redundarunt. Quod magis intelliget, qui prescius considerabit, & diligenter excutiet argumenta illa quæ uocantur Summaria: uel quæ gloriosius etiam nunc appellantur Axiomata. Ac si quidè breuis hæc mea admonitio efficiat, ut deinceps in illa inquirant studiosi, priusquam ijs temerè assentiantur, multum hodierno die mihi profecisse uidebor.

FINIS.





4209. 10.

