

seantur. *Cæpoll. de servit. urb. c. 11. nu. 2. Myñ. Wolemb. Vult. ad §. 1. Inst. de tit. Bronch. cens. 1. aff. 95.* Sed male mea quidem sententia, quod quidem ad propositam tractationem attinet. Fac enim unum est domus, qui vicina aut contigua horrea habent, alteri, cui foris ad grana à palatis repurganda statu venti opus sit, cessasse servitutum alius non tollendi, aut jus alteri constituisse tigni immittendi in parietem horrei sui. Hæc servitutes utique urbanæ dicendæ sunt, non rusticae. Quid enim interest, horreum, an aliud ædificium altius non exollatur, in parietem horrei, an in quem alium tignum immittatur? In constituendo, in amittendo omnia eadem: idem juris effectus in oppugnando, novo opere nuntiando. Ratio autem non patitur, ut una eademque specie servitus nunc urbana, nunc rustica dicatur. Non est tamen hæc sententia usquequaque expedita. Scribit enim Neratius, *l. 2. ff. de servit. præd. rust. licere altius tollere & officere prætorio vicini servitutum esse prædii rustici: atqui prætorium significat id ædificium, in quo dominus, si quando ruri est, habitat, separatim ab habitatione villici, ut ex Columella & Palladio constat, quale tamen prædium urbanum esse ceteri omnes faterentur. Resp. Neratium illic fuo arbitrio loqui, non considerato juris effectu. Quod ut perfectius intelligatur, sciendum est, prædia, eorumque jura dupliciter considerari, vel simpliciter, qua consideratione nihil prohibet ea loco distinguere, quod fecit Neratius, vel cum effectu juris: qua consideratione nunquam loco distinguuntur. Cùm queritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invecitis & illatis ab inquilino in prædium urbanum, non autem in invecitis & illatis in prædium rusticum à colono, *l. 4. l. 7. ff. quib. in caus. pign. tac. urbanum prædium accipimus etiam tabernas, stabula, aliaque meritoria, etiam que non sunt continentiæ ædificiis, sed in villis & vicis, vel ipso teste Neratio, l. 1. 4. §. 1. Villa autem fructuaria & habitatio villici in hac causa prædia rustica habentur arg. l. urbana 198. de verb. sign.* Cùm queritur de alienatione prædiorum pupillarum aut minorum 25. annis, quæ si rustica sint aut suburbana, oratione Severi sine decreto prohibentur alienari, *l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut.* (quod constitutione Constantiani ad urbana quoque prædia postea extensum est, *l. 22. C. de adm. tut.*) prædia à sine & usu distinguuntur & rustica quoque intelliguntur horri orbiti & vinarii, qui in urbe sunt, & villæ fundi causa & propter opus rusticum ædificata: reliqua ædificia, stabula meritoria, ceteri ruri sint, horri quoque ædificiorum, unde nihil aut parum reditus, & multo magis*

area pro prædiis urbanis habentur, *d. l. urbana ff. de verb. sign.* quo loco Ulpianus orationem illam Severi interpretatur, ut Cujac. *7. obj. 24. & Gold. ad d. l. urbana* bene observaverunt. Similiter cum de servitutibus simpliciter queritur, quorum prædiorum sint loco idem, ut prædia ipsa, distinguuntur, quod fecit Neratius, *d. l. 2. ff. de servit. præd. rust.* At cum queritur de vi & effectu juris in his constituendis, acquirendis, amittendis, pignoris, novo opere earum nomina nuntiando (vide *l. 1. l. 6. ff. de servit. præd. urb. l. 6. l. 7. §. 1. ff. comm. præd. l. 11. §. ult. & l. seq. ff. de pig. l. 5. & Bell. 9. l. 14. ff. de op. no. nunc*) loci ratio nulla habetur. Sed que ædificiis inhærent, urbanæque locis puris, rusticae dicuntur. Et quia hæc consideratione neque ulla ædificia possunt esse subiectum servitutum rusticarum, nec loca ulla ædificiis vacua subiectum urbanarum, hinc ad eumque ædificia omnia, etiam que in villis & vicis sunt, sive ad usum urbanum, puta ad habiandum, ac viatores recipiendos, aliumve questum faciendum comparata sint, sive ad usum rusticum, ad fruges condendas & custodiendas, ad stabulanda pecora, prædia urbana habentur: contra loca omnia ædificiis vacua, etiam area in urbe & horri ad voluptatem comparati, prædia rustica, distinctione subiecti ad naturam servitutum accomodata, idque contra Cæpollam & alios supra allegatos etiam Bachovius bene observavit ad *§. 1. Inst. de servit. præd.* Non obstant ista que diximus, *l. 7. §. 1. l. iter. 14. ff. comm. præd. l. servitutes 20. §. 1. ff. de servit. præd. urb.* ubi iter dicitur deberi per prædium urbanum. Nam & iter, quod debetur per ædes, servitus rustica est: quippe quod ferè debetur per aream, quæ hic instat fundi habet: neque etiam ad iter, quia debetur per ædes, quicquam structura ædificii facit, imò magis est impedimento, Ulpianus in *l. 11. §. 1. ff. de publ. in rem act.* aqueductum per domum transductum vocat servitutum prædii urbani; que tamen & ipsa revera rustica est, que debet servitutum, sed ab ea, cui debetur, sumitur, *l. 1. §. 1. & datur. 43. ff. de acq. cott. & est.* Denique sublato ædificio hujus modi servitus adhuc præstari potest. Sed per hoc non satisficit arg. ex *appreciat. l. 10. §. 1. ibi enim non per domum sed ad domum debetur iter, consequenter dicitur à prædio donante servitus urbana que alias est rustica.*

CAPUT XXXI.

An in præscriptione servitutum semper opus sit titulo?

Servitutes, utpote res incorporales, in quas non cadit possessio, natura sua ufucapi non possunt, *l. servus 43. §. 1. ff. de acq. rer. dom. l. servitutes 14. ff. de servit. l. si aliena 10. §. 1. ff. de usuc.* Et quamvis olim moribus sive auctoritate prætorum introducta effectus servitutum in prædiis urbanis ufucapio, quod in his videatur esse continua quedam, si non possessio, at saltem quasi possessio, cum rusticarum servitutum usus non sit continuus: tamen quia nec urbanæ servitutes verè possidentur, lex Scribonia denud hærum ufucapionem, que moribus contra rationem juris invaluerat, fustulit, ut post legem Scriboniam & tempore mediæ jurisprudentiæ non magis urbanorum prædiorum servitutes, quam rusticorum ufucapi poterint, *l. 4. §. ult. ff. de usuc. d. l. 10. §. 1. eod. d. l. 14. ff. de servit. ubi duplex ratio affertur, quæ prædiorum rusticorum servitutes non ufucapiantur. 1. Quia incorporales sunt, ac proinde non possidentur. 2. Quia earum usus non est continuus, sed interruptus. Prior ratio etiam locum habet in servitutibus prædiorum urbanorum: & sola sufficit ad impediendam ufucapionem: atque ideo in *fin. pr. d. l. 14.* additur, *Idem & in servitutibus prædiorum urbanorum observatur.* Posterior autem causa cessat in servitutibus urbanis: atque hinc harum duntaxat ufucapio, non etiam rusticarum introducta fuit.*

Est autem servitutes ufucapi nequiverint, id est, biennio, quo tempore olim ufucapio rerum immobilium in solo italico implebatur, acquiri: tamen poterunt decem vel inter abentes viginti annorum diuturno usu ita acquiri, ut tanquam jura imposita, utilibus actionibus vindicarentur, *d. l. 10. ff. si servit. vind. l. 1. in fin. ff. de acq. & eq. ubi Antonius ait, servitutes tempore acquiri exemplo rerum immobilium: nempe præscriptione: & de rebus immobilibus seu prædiis provincialibus, quorum non erat ufucapio, sed duntaxat præscriptio. Sic idem Imperator in *l. 1. C. eod. tit.* non loquitur de ufucapione servitutus, sed de præscriptione, que longi temporis consuetudine vicem servitutus obtinet. Porro decem annorum usu, qui pro possessione est, om-*

nes servitutes acquiruntur, generalis enim est definitio, *d. l. 10. ff. si servit. vind. d. l. 1. in fin. ff. de acq. & eq. plur.* Ac proinde reiiciendum est discrimen inter servitutes continuas & discontinuas, quasi illæ decem annis, hæ non nisi tempore immemoriali præstentur. Quamvis enim usus corporalis in plerisque servitutibus rusticorum prædiorum, pura itinere, actu, &c. continuari nequit, *d. l. servitutes 14. ff. de servit.* possessio tamen earum non admittitur quædiu animo retinetur, *§. 5. Inst. de interd. l. 1. §. 3. sed & 7. ff. de acq. poss.* Nam quod iuris locis de rebus corporalibus dicitur, id vel magis in rebus corporalibus obtinere debet, & est hujus rei argumentum in *l. 1. §. 2. ff. de itin. act. priv.* Hodie post transformatam à Justiniano ufucapionem, & ufucapionem rerum soli cum longi temporis præscriptione confusam, servitutes tam ufucapione, quam præscriptione acquiri rectè defendi potest, ufucapione videlicet Justiniana, arg. *l. ult. in fin. C. de pres. long. temp. junct. l. un. C. de usuc. transformat.*

Existimo autem, quæ & communis est sententia, servitutes duobus modis per se & principaliter longa quasi possessione acquiri posse. Aio per se & principaliter, quoniam servitutes etiam cum ædificiis longo tempore capi possunt, *l. 10. §. 1. ff. de usuc. sed uno duntaxat modo, quod scilicet & ipsa ædificia: ac tum non tam ipsa servitutus ufucapitur, quam prædium quod ufucapitur suæ conditione sequuntur, arg. l. vitæ 23. §. 2. ff. de servit. præd. rust. l. traditio 10. §. 1. ff. de acq. rer. dom. Primus modus, quo servitus per se longo usu acquiritur, est, si servitute ex justa causa sive titulo à non domino prædii, quem tamen dominum esse credidimus, constituta per decem vel viginti annos continenter usi fuerimus, qui modus cum rerum corporalium ufucapione seu præscriptione communis est, ac de hoc modo accipienda est *l. ult. C. de long. temp. presc.* ut patet ex ipso contextu. Et quia hic possessio in initium est à non domino prædii, ideo etiam titulus hic necessarius est: ac contra ignorantiam dominum nihil juvat, ut nec in ufucapione rerum corporalium *d. l. ult. C. de presc. long. temp.* Alter modus servitutum est proprius, si nullo quidem titulo præcedente, cæterum nec vi, nec clam, nec precario, id est, domino prædii servitutum sciente & patiente, quod hinc pro traditione & vice boni initii est, per continuum legitimi temporis spatium servitute usi sumus. Nimirum quia hic initium possessionis est ab ipso domino, ideo scientiam quidem domini à quo possessio in initium profectum est, requirimus: titulum autem non item, quoniam hic etiam titu-*

lus adfectet, puta si dominus prædii sibi servitutem constituit & tradidisset ex causa venditionis, donationis, &c. servitus statim citra præscriptionem pleo jure acquireretur per l. *namquam* 31. *pr. ff. de acq. dom. §. per traditionem ad. Inst. eod.* Ad hunc posteriorum modum pertinet l. *si quis 10. ff. si serv. vind. Si quis*, inquit ibi Ulpianus, *diuturno usu & longa quasi possessione jus aquæ ducendæ nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo: sed uti non habet actionem, ut ostendat per annos fortè tot usum se, non vi, non clam, non precario, possidisse.* Dispicit quidem hæc sententia Francico Duareno l. 1. d. c. 34. ubi verba illa Ulpiani, *non est ei necesse docere de jure quo aqua constituta est*, interpretatur de jure civili & directo, quasi hæc sit Jurisconsulti sententia ei qui ita aqua ductum nactus est, rectè servitutem quaesitam videri, quamvis jure, id est, jure civili & directo non sit constituta, & ob id eum non debere probare de justa servitutis constitutione, puta eam sibi donatam, aut legatam, &c. esse. Sed hæc interpretatio neque verbis Ulpiani neque sententiæ convenit. Verbis non convenit, quia Ulpianus ipse exemplo declarat, le verbo juris intelligere titulum, dum ait, *veluti ex legato*, ut perinde habendum sit, ac si dixisset, non esse utendi necesse docere de titulo, quo aqua constituta sit. Nam ut hoc exemplo intelligamus non titulum possessionis acquisitæ, sed modum, quo aqua jure civili servitus legari ab eo, qui non sit dominus fundi, à quo servitutem jure constitutam nemo dixerit. Quod si à domino legatam accipimus, jam hoc non convenit Jurisconsulti sententiæ, qui questionem proponit de eo, qui jus aquæ ducendæ nactus est diuturno usu & longa quasi possessione. At cui à domino prædii servitus legata est, is eam statim à principio sibi rectè constitutam habet. Similis locus superiori est in l. 1. in *ff. ff. de acq. & ag. pluv.* ubi idem Jurisconsultus definit, in servitutibus hoc nos sequi, ut ubi servitus non inventitur imposita, videatur is habuisse longa consuetudine, velut jure imposita servitutem, quæ diu usus est nec vi, nec clam, nec precario. Non inventitur servitus imposita cum non inventitur titulus, quo est imposita: nam tituli sunt cause, ex quibus res quæque acquiruntur. At Jurisconsultus hoc jus nos sequi in servitutibus, quo significat hoc esse servitutem propriam; & in eo esse aliquid diversum ab usufruptione, & præscriptione rerum corporalium; nihil autem hie proprium est servitutem, si in hac acquisitione etiam titulum possessionis exigemus. At denique longa consuetudine servitu-

tem ita acquiri, si quis usus sit nec vi, nec clam, nec precario: quibus verbis exigitur, ut usus sit domino prædii sciente: ac titulo accedente & longi temporis præscriptionem non impedit, l. *ult. in fin. C. de præscr. long. temp.* Denique idem planè significatur in l. 2. *C. de serv. & ag. nempè jus aquæ ducendæ longo tempore acquiri, si quis per fundum sciente & patiente domino fusti aquam tanto tempore duxerit. Non potest hoc sine vitio intelligi de eo, qui titulum habet: Nam si eum habet à domino, statim illi servitus acquisita est: si à non domino, procedit longi temporis præscriptio etiam vero ducendo longi temporis. d. l. ult. C. de long. temp. pr. Unde etiam liquet illa Imp. Antonini verba, in d. l. 2. *quæritur exemplorum immobilium tempore quæssiti, continere duntaxat comparationem servitutem & rerum immobilium ratione temporis, quo per possessionem acquiruntur: non autem simplicem & respectu omnium conditionum: ut hic fit sensus, quemadmodum res immobiles soli provincialia (loquitur enim Imp. non de usufruptione rerum soli Italici, quæ biennio implebatur, sed de longi temporis præscriptione, quæ locum habet in prædiis provincialibus) longi temporis possessione quæri possunt, ita posse & servitutem aquæ ductæ acquiri si quis aquam per fundum domini eo sciente nec contradicente per idem tempus duxerit. Frustra igitur hunc locum contra communem urget Corasius in l. *servitutes 14. n. 31. ff. de servit.* Moveri non debemus l. *nullo 24. C. de rei vind. l. ult. C. de usufr. pro hæred. aut similibus locis, quibus traditur, nullo jure titulo præcedente possidentes dominium quærenti prohiberi; usufruptionem non præcedente vero titulo non procedere. Nam & possessionis, & dominii, & usufruptionis verba, quibus istæ sententiæ conceperunt, declarant eas pertinere ad usufruptionem rerum corporalium, in quas solum propriè cadit possessio, usufructus, deminutionem. In his rebus & nos concedimus nullam esse usufruptionem, nisi iusto titulo præcedente. At in servitutibus distinctio superior observanda est, ut siquidem initium possessionis servitutis profectum sit à non domino prædii, qui tamen dominus esse putabatur, etiam titulus ad servitutem tempore acquirendam desideretur, ut in usufruptione rerum corporalium, l. *ult. C. de long. temp. præscr.* At ubi possessio initium profectum est ab ipso fundi domino, qui sciens patitur nos per longi temporis spatium servitute uti, ita nos uti esse ad præscriptionem servitutis sufficit, nec titulus requiritur, imo non nisi inceptum, ut supra ostendimus, requireretur. Atque eo pertinet, quod dicitur in l. *fin. ff. de acq. & ag. pluv.****

pluv. in servitutibus hoc nos jure sequi. Sec. nimirum in servitutibus solis, non etiam in rebus corporalibus, aut ipis prædiis. Ne quis autem caperet, quod supra diximus, scientiam & patientiam domini in hac acquisitione servitutis esse vice boni initii, & quoque loco traditionis, atque inde colligat ita statim servitutem quæri, non ex longa temporis possessione: is cogitet hic abesse titulum, & ideo per hanc quasi traditionem non statim servitutem nostram fieri, arg. l. *nempè 31. ff. de acq. rer. dom. sed hoc tantum efficit, ut locus sit præscriptioni, vide Balbum de præscr. p. 2. q. 2. n. 1. quar. part. princ. Covar. 1. var. reph. c. 17. n. 7. Collat. in l. 10. ff. si serv. vind. Castill. tract. de usufr. c. 68. n. 16. Fachin. 7. contr. 22. & in primis Donell. 18. comm. 12. Dissent. Duar. 1. disp. 34. Hotom. 8. obs. 13. Corral. loco supra allegat. Revard. ad leg. Scribon. c. 7. quorum singulorum argumentis ex professo occurrunt Schiffoeder. lib. 1. tract. 6. q. 1. & seqq.*

CAPUT XXXII.

An quæ servitutes prædiorum pignori dari possint?

Certi atque explorati juris est, fructuarium posse usufructum, id est, jus utendi fruendi pignori hypothecæ dare, etiam invito proprietario, & si velit proprietarius cum creditore agere, non esse ei jus uti frui invito se, præterea exceptione tueri creditorem, l. 11. *pen. ff. de pign. ubi* hujus rei etiam ratio redditur, quod & emptorem usufructus prætor tæteur, dicto Cicerò argumento à majori, l. 9. §. 1. *ff. eod.* Rur & alia ratio, quia fructus rei etiam in eo est, ut pignori dare liceat, l. *ult. §. de usufr. l. fructus 72. ff. de reg. jur.* Non obstat l. 16. *C. de usufr.* quia non loquitur de oppignoratione usufructus; led proprietatis, cujus pignori dandi jus nullam usufructuarius habet. Contra autem Jurisconsultus in l. 11. §. *ult. ff. de pign.* de servitutibus prædiorum urbanorum definit, nempè jura prædiorum urbanorum pignori dari non posse. Concepta est hæc definitio nominatim de servitutibus prædiorum urbanorum: unde quidam existimaverunt, eam ad jura prædiorum rusticorum non pertinere. Sed verius est non magis servitutes prædiorum rusticorum pignori dari posse, quam urbanorum; eamdemque in proposito harum atque illarum esse rationem. Argumenta sunt hæc: 1. quia servitutes prædii,

sunt prædii qualitates, l. *quid aliud 86. ff. de verb. sign. prædii* cui constituitur ut subiecto suo sic inherentes ut ab eo divelli nequeant, & in aliud transferri sine consensu domini prædii servitutis, ac proinde non nisi oppigneratis simul prædii oppignerari possunt, sicuti nec vendi possunt sine prædii: quamvis prædii venditio simul cum prædii, cui debentur transferantur, l. *traditio 20. §. 1. ff. de acq. rer. dom. junct. l. cum esset. 53. §. 1. ff. de serv. præd. rust. Bronch. cent. 2. off. 75.* Prædium autem ipso oppignerrato datur creditoris petitio servitutis prædii jam ante impositæ, non quidem directæ, sed utilis; hæc & ipsius fundi ei utilis petitio datur, l. *et qui 16. ff. de pign. 2.* Quia hæc oppignerratio servitutis esse inutilis creditoris, propterea quod neque ipsi creditor deberi hujusmodi servitus potest, cum non sit servitus personæ, neque prædii creditoris: quoniam quæ servitus meo prædii debetur, non potest transferri in aliud prædium, nisi consensu domini fundi servitutis, & tunc nova esset servitus. Imo tantum abest, ut possim servitutem meo prædii constitutam in alterius prædium transferre, ut ne quidem transferre possim in aliam meo ipsius prædii partem, l. *ex meo 24. ff. de serv. præd. rust.* Et hæc quidem ita procedunt in servitute prædii constituta sine formalis; ea non potest alteri impositæ: Ceterum, possim prædium meo rustico servitutem imponere jure pignoris, id est, pacifici, ut fundus meus creatoris meo fundo serviat, donec pecuniam ei debitam solvero, l. *sed an vis 1. ff. pign.* qui textus ut de rusticorum tantum prædiorum servitutibus loquitur, ita & de solis rusticorum prædiorum servitutibus intelligendus est, non etiam de servitutibus urbanis, quia in his diversæ ratio est, nempè quod servitutes urbanæ non nisi uni & ei, cui ab initio constitutæ sunt, utiles esse possunt: servitutes rustice etiam tertio alicui: quod paulo post pleius explicabitur. Valet autem hæc conventio non ipso jure (nam servitus prædii ad tempus constituitur non potest, l. 4. *ff. de servit.*) sed prætor eam tæteur ob utilitatem concorrentium, d. l. 12. in *fin. ff. de pign.* Quemadmodum & alias multa tutione prætoris defenduntur, quæ ipso jure non valent, d. l. 4. *ff. de servit. l. 2. ff. comm. præd. l. si unus 27. §. 2. ff. de pact. l. obligationum 44. §. 1. ff. de oblig. cum similibus.* Ex causa autem venditionis hæc ab initio quævis servitus tam urbana, quam rustica, coalitionis potest ipso jure, l. *pen. §. 1. ff. de contr. empt. l. 3. §. 2. ff. de act. empt. l. 6. §. 1. ff. eodem* quibus locis abuter Cajucius, 15. *obs. 6.* ad ostendendum etiam formales servitutes vendi posse sine prædii, cum in iis tantum agatur de castibus, ut de hæres nostri

loqui amant, id est, de constituendis, non de constitutis. Sed nec illud verum est, quod Cuiacius pro vero ponit, servitutis constitutis posse precario dari, per l. 3. ff. de prad. nam illic non agitur de servitute constituta data precario à domino prædii dominantis, sed precario rogata à domino prædii servientis, & hic non tam jus aliquod reale constituit videtur, quam personale. Multò minus idem colligi potest ex l. 8. §. 5. ff. eod. quippe quæ non de servitute precario rogata loquitur, sed de servitute rei precario acceptæ debita.

Igitur, ut copius dicere, servitutis formales, id est, jura constituta, sive similitudine, sive urbana, pignori dari non possunt: quia sine injuria domini prædii servientis efficere non possunt, ut servitus, quæ meo prædio subetur, debeatur etiam prædio mei creditoris. Facit arg. in l. servitutis 10. §. filitidiam §. ff. de serv. prad. urb. l. ex mo. 24. de serv. prad. rurs. l. non debet. 7a. de reg. jur. At potest servitus prædii rustici, puta via, iter, actus, aquæ ductus, pignoris causa ab initio constitui, hac lege nominatim adjecta, ut pecunia ad diem non soluta, liceat creditori eam alii vicino vendere, disp. lib. 12. ff. de pign. quia licet nulla sit injuria demum fundi servientis, qui ipse sibi hac legem dicit. In servitutibus autem urbanis, licet eadem lege constituantur, idem receptum non est d. l. 11. in fin. ff. eod. junct. d. l. 12. Ratio differentie est, quia unum & idem prædium rusticum eandem servitute potest, l. qui per 15. ff. comm. prad. l. 1. §. 1. ff. de serv. prad. rurs. At unum & idem prædium urbanum uni tantum & ei, cui servitus ab initio constituta est. Jam verò non satis est ad hoc ut pignus servitutis sit utile, creditorem habere prædium vicinum, ad cuius utilitatem pertinet illa constituta servitus: sed etiam necesse est, ut huiusmodi pignus possit distrahi, & recipere emptorem. Et ideo Paulus in d. l. 12. in hac conventio: pignoris non tantum exigit, ut creditor vicinum fundum habeat: verum etiam, ad illud in conventioe adiciatur, ut si pecunia ad diem constitutum soluta non fuerit, liceat creditori servitutum ita sibi pignoris iure constitutam, alteri vicinum item prædium habenti, vendere, quippe sine quo pignus esset inutile, l. 4. ff. de pign. act. l. mulier. 11. C. de dist. pign. Atqui creditor habenti ad vicinas, cui verbi causa concessum est jus tignimittendi, aut filitidiam, &c. non est alius vicinus, cui ea servitus usui esse possit. Nam quod ex ædibus suis tignum immittit creditor in aedes debitoris, non æque alii vicino ex suis ædibus in eandem partem immittendū ullus est usus utilitatis: ac con-

sequenter id certè alter vicinus nunquam empturus est; & alius non vicinus emere citat frustra. Fingamus Titium, cum aedē depressas, intersectas inter aedē Gaji & Sempronii haberet, pignoris causa constituisse servitutum alius non tollendi Sempronio, potissime hac servitute etiam utilis esse Gajo, qui cum propterea empturus sit? Nego Gajum empturum; quia & sine emptione idem consecutus est. Urbana ergo servitutis pignus inutile est. At verò jus prædii rustici alii vicino distrahi potest, & is forsitan magno id redempturus est, cum p. sse uno debita pleribus patere aditus ad fundos suos. Molina. extric. laly. de dro. & tad. p. 3. n. 311. ut quod ad n. 300. Ant. Fab. 19. consil. 6. & 7. Salmat. de mod. distr. pag. 347. Christ. eod. 1. 2. decil. 177. n. 12. ad Cuiacium 15. obs. 6. Dur. 2. disp. 3. qui nec in totum nobiscum sentiunt, nec in totum à nobis dissentiunt, nec ipsi inter se conveniunt.

CAPUT XXXIII.

An is, in cuius ædibus incendium ortum est, teneatur lege Aquilia ad rescandendum damnum vicinis inde allatum, & an inquilinus ex locato locatori?

TYEo quaestio ut expellatur, sciendum est, incendia aliquando ad casus fortuitos referri, interdum non referri. Quod incendium in alienis ædibus obortum occupat vicinas, quod à summis excitatur, aut à praefortibus & incendiariis immittitur, id inter casus fortuitos numerari debet; ac prout hoc ab inhabitantibus præstantum non est, neque actione locati, in qua culpa tantum levitur, l. 1. §. 2. ff. comm. neque actione legis Aquiliae, in qua quidem etiam culpa levissima venit, l. 44. ff. ad leg. Aquil. & omnino quoque ac negligentia (quamquam non simplex l. 13. §. 2. ff. de usufructu, sed quæ admittitur in facto precedente aut concurrente, unde damni causa, l. si servus 27. §. si fornacarius 9. l. quemadmodum 29. §. 5. & l. seq. §. 3. ff. ad leg. Aquil. §. præterea 6. Inst. eod. & ibid. Diod. Thuld. c. 7.) casus autem fortuiti non veniunt, §. 3. Inst. d. tit. quippe qui nec ullo in iudicio & à nemine præstantur, l. si ex legat. 23. ff. de verb. oblig. l. 6. C. de pign. act. l. contractus de reg. jur. Et ita capere locos in l. si quis 9. §. 3. l. ex conducto 15. §. 3. ff. locat. d. l. 23. in fin. ff. de reg. jur. §. 3. Inst. de empt. & vend. & simit. Ince-

dia autem intrinsecus orta cum culpa conjuncta esse solent, & ideo inter casus fortuitos non numerantur, sed exorta esse præsumuntur culpa inhabitantium, l. 3. §. 1. ff. de offic. præf. vig. l. 21. ff. de per. & commod. rei vend. Quando autem culpa seu negligentia præcedit calum, sola testatur, non casus, l. qui occidit 30. §. 3. ff. ad leg. Aquil. l. cum duobus 52. §. 3. ff. pro soc. l. 1. §. 4. in fin. ff. de oblig. & act. quamvis quod negligentia sit, etiam casu fieri interdum dicitur, & casus ponatur pro negligentia, l. 9. ff. de incend. ruin. naufr. l. 5. §. ult. l. 11. §. 2. ff. de pec. quod notandum est.

Igitur cum incendia in ædibus alicujus oborta præstantur culpa & negligentia inhabitantium exacta esse, hinc efficitur, ut nisi contrarium probent, de damno inde illato lege Aquilia teneantur. Hæc enim vis est præsumptionis juris, ut secundum hanc judicetur, nisi eam labefactura adducta rite in contrarium probatio. Rejicitur quippe hic onus probandi in adversarium, contra quem est præsumptio, ut nisi contrarium doceat, contra ipsum judicetur, l. 9. 12. §. si chirographum 24. & l. seq. ff. de probat. l. 16. C. eod. C. requiristi 5. est. de testam. Itaque C. eod. hactenus adduci non potui, ut verum esse credam, quod D. Andreas Gall. lib. 2. obs. 11. num. 4. & ibi allegati pro vero ponunt, necesse est ad hoc, ut inhabitantes de incendio teneantur, probari culpam certi & determinati hominis: alioqui neminem damnari posse, propter rei incertitudinem. Nam cum hac præsumptione adversus omnes & singulos inhabitantes, si hujus præsumptionis vim ullam esse volumus, utique nisi de omnino quoque & singulorum innocentia doceatur, scilicet ignem innoxium ab his habitum fuisse; aut extrinsecum immittitur, sententia certa ferri, & aut patetfamilie damni dati condemnari poterit, nisi speciem de sua diligentia doceat, l. 11. ff. de per. & commod. rei vend. aut si plures sint inquilini, æque principales pro indiviso, omnes, arg. l. ita vulneratus 51. §. 1. ff. ad leg. Aquil. Nec ulla lege sui ratione latus firma contractum probari video. Nam quod de arguendo certi hominis facto dicitur in l. 6. §. ult. ff. naufr. culp. stabul. id quidem verum est in casu damni dati in caupona publica, ubi præter eos, qui habitandi causa ibi sunt, aut quorum opera caupo utitur, sunt etiam repentinè hospites & viatores, quorum culpam non præstat, etiam si se innoxium esse non probaverit, d. l. 6. §. pen. sicut ex contrario eorum quorum opera caupo non exercet; factum præstare debet, & in duplum eo nomine teneatur, l. ult. §. 1. d. tit. etiam si ipse extra culpam sit,

tantum ideo, quia culpæ aliquatenus reus est, quod opera malorum hominum prælerim tali in loco utitur, §. ult. Inst. de oblig. quæ quasi ex del. quippe cum etiam publica spectetur utilitas, dum securitati propulsiur iter tacientium. Sed profecto neutrum horum ad calum notatum pertinet, ubi patet omnium suorum factum præstat, extra quam fit doceat, se in custodiendo igne, eam adhibuisse diligentiam, quam debent homines frugi & diligentes præstare, per textum expressum in d. l. 11. ff. de per. & commod. rei vend. Quam diligentiam si adhibuerit, utcumque certe personæ negligentia incendium ortum esse demonstraretur, quam circumendo & inspicendo, an ignis rectè haberetur, præcavere non potuit, ad faciendum damnum non teneatur, d. l. 11. de perie. & comm. rei vend. Nam si is, cuius culpa arguitur, servus est, liberator dominus noxæ deditione; si liber, ipse teneatur; quæ certis tantum casibus simpliciter & præcisè culpa suorum patetfamilias præstat, veluti si negligentia ejus ostendatur in alciscendo perditio aut dissolutio, l. si servus 27. §. si fornacarius 9. ff. ad leg. Aquil. aut si famuli, quorum ministerio navem, cauponam, stabulum exercet, in ipsa navi, caupona, stabulo damnum dederit, l. ult. pr. ff. naufr. culp. stab. vel in eo actu deliquerit, cui specialiter præpositi l. 1. §. ult. ff. de publican. & vicigal. vel ex cœnaculo ejus quod deiecerit, &c. l. per. 5. 2. de his qui effud. quamquam hic, si servus id fecit, noxæ deditione dominus desungitur, l. 1. l. §. 6. d. tit. Extra hujusmodi casus culpa familie dominum non onerat, si de sua diligentia docere poterit, d. l. 11. ff. de perie. & commod. rei vend. Ubi, ut hoc obiter moneo, pro eo, quod vulgè & in iplo quoque codice Pisano legitur, cum incendium sine culpa fieri non possit, legendum putes dempta hegatione sine culpa fieri possit, nihil demum necesse est. Movetur Hotomanus, ut negationem expungat, duplici ratione. 1. Quis & casu fortuito incendium accidere potest. 2. Quia alibi sibi contradicere Jurisconsultus, qui mox subjicit, posse incendium fieri sine culpa patetfamilias. Utraque ratio insignis tantum viro, id est, neutra alicujus momenti: non prior, quia quæsitur incendium immisso aut ab incendiariis excitato, non de igne cœlitus immisso aut ab incendiariis excitato; non posterior, quia primò ibi de inhabitantibus & generaliter de omnibus in domo versantibus agitur: deinde specialiter de solo patetfamilias. Nulla autem contradictio est, sed utrumque verum, si dicam incendia, quæ in ædibus alicujus exoriuntur, non posse fieri sine culpa, & tamen posse fieri

sine culpa patrisfam. quod & Cujacius lib. 17. obs. 29. noravit.

Hinc jam dependet quoque desitio questionis, an inquilinus teneatur de incendio locatori ædium actione locati; de incendio, inquam, orto in ædibus conductis. Nam si venditor insule aut traditionem combustæ nomine damni facti teneat ex empto, nisi de diligentia sua probaverit, l. 1. ff. de peric. & comm. rei vend. tenebitur utique & ædium conductor sine inquilinus ex locato, si ædes conductæ incendio consumptæ fuerint, nisi & ipse inculpabilem esse demonstraverit; quippe cum ratione culpæ eadem sit utriusque præstatio, l. 5. §. 2. ff. commod. l. 23. ff. de reg. jur. Atqui, aiunt plerique, cessi incendia præsumuntur fieri culpa inhabitantium, tamen ista levissima tantum culpæ præsumptio est, quam conductor ex natura contractus non præstat, d. l. 5. §. 2. commod. Respondeo, nec venditor præstat, & tamen nisi diligentiam suam probet, teneatur. Sed neque Jurisconsultus in l. 3. §. 1. ff. de off. pref. viz. ait incendia præsumi fieri tantum culpa levissima inhabitantium, sed culpa simpliciter & absolute: quoties autem verbum culpæ absolute ponitur, in usu juris nostri ferè non alia, quam levis culpa significatur, d. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 11. ff. de neg. gest. §. 2. ff. de in lit. jur. l. 1. §. 3. ff. de pos. l. facti socio 12. ff. pro soc. l. in rebus 17. de jur. dot. & aliis innumeris locis. Levissima autem culpa passim per oppositam indicationem, verbo diligentia, aut custodie, quo summa & exactissima significatur, d. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. cum res 49. §. 2. pen. de legat. 1. & uno tantum loco verbum levissima expressum reperitur, nempe l. 44. ff. ad leg. Aquil. Quinimo juris nostri auctores non plures in incendio videntur gradus iacere, quam doli & negligentia, l. 9. ff. de incend. ruin. naufrag. l. capitulum 28. §. incendiarii 12. ff. de pen. Denique nec Glossa in §. præterea. l. 1. ff. de ob. que re contr. id dicit, quod ex ea communiter interpretes colligunt, levem culpam in casu nostro non præsumi, sed levissimam duntaxat, cuius nomine agi non possit; verum levissimam culpam non nocere inculpabilibus, id est, qui omni culpa carent. Quod si aliud senserit Glossa, sine auctoritate & ratione locuta est, ita Fachin. lib. 1. contr. c. 87. Moller. lib. 4. semestr. c. 31. ubi ita iudicatum refert in consilio regio Neapolitano ex Thom. Grammat. decis. Neap. 3. & receptum in scabinatu Lipsensi, vide & Joan. à Sande lib. 3. tit. 6. defn. 9. Differentiam comm. DD. Mynting. c. 6. obs. 88. Gall. 2. obs. 21. Thulden. comm. ad l. 1. ff. de leg. Aquil. c. 8. Matth.

de Amic. decis. 57. Non omnes tamen, qui ab his allegantur, idem cum iis sentiunt.

CAPUT XXXIV.

An actiones finium regundorum, familie ereiscundæ, communi dividendo & annorum præscriptione tollantur? & an longi temporis præscriptio 20. vel 30. annorum hic procedat bonæ fidei possessori?

Judicia finis regundorum, familie ereiscundæ, communis dividendo, passim in iure nostro dicuntur duplicia, propterea quod par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet, l. in tribus 11. ff. de iudic. l. 2. §. 1. ff. comm. div. l. inter cohæredes 44. §. qui familia 4. ff. famil. eresc. l. iudicium 10. ff. fin. regund. eodemque sentio alibi dicuntur mixta, l. actionis 57. §. 1. ff. de oblig. & act. Longè vero alio tenui hæ actio nes mixte dicuntur, sive mixtam causam obnere à Justiniano §. quædam actioe 50. l. 1. ff. de action. nempe quod partim in rem esse videtur, partim in personam; aut utique ita in personam ut tamen sine & effectu nonnulli commune habeant cum actionibus in rem, l. 1. ff. fin. regund. iunct. l. 1. §. 1. C. de anal. except. Iudicium familie ereiscundæ redditur inter cohæredes de dividenda hereditate: communi dividendo inter eos, inter quos res aliquæ communes sunt extra causam hereditatis, l. 1. ff. fam. eresc. l. 1. l. 2. ff. comm. div. Finis utriusque iudicij, 1. ut recedatur à communione, & suam quietem partem pro diviso consequatur; in quo similitudo actionis in rem: 2. ut utriusque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet lueri, damni, impenarum nomine, que sunt præstationes personales, l. item Labio 21. §. pen. famil. eresc. l. 1. §. 1. comm. div. l. quibus casibus 34. ff. pro soc. Finium regundorum agitur inter eos, qui continet agros habent, ut fines ad suam normam redigantur, communique restituantur, quod quis ultra istos fines habet, l. 4. pr. l. 8. pr. & §. 1. ff. fin. reg. quo postiorne aspectu & hæ actio pro rei vindicatione est, l. 1. cod. tit. Quid vero iudicem in unoquoque horum iudiciorum sequi oporteat docet nos Justinianus in §. si famul. 4. & 2. seq. l. 1. ff. de offic. iudic.

Est porro hæc omnibus mixtis actionibus

commune cum puris personalibus, ut triginta annorum præscriptione tollantur, l. 1. C. de per. hered. l. 3. C. de præsc. 30. annor. l. ult. C. fin. reg. l. 1. §. 1. C. de anal. except. ubi Justinianus inter actiones personales, quas omnes jubet triginta annorum spatium finiri, nominatim etiam recenset hæc tres, familie ereiscundæ, communi dividendo, & finium regundorum, quamquam hæc puræ personales non sunt, sed aliquid de natura ædium in rem participant, unde iis nomen mixtarum. Proceat autem hæc 30. annorum præscriptio, quando unus tantum ex confinibus, aut cohæredibus confortibus possidet: tunc enim alter, qui non possidet, post 30. annorum curriculum hæ actiones movere non potest, & ita captenda loca modo adducta. Quod si duo communes fines, communemve hereditatem, aut rem singularem communem possideant, etiam per 30. annos in hæc communione manent, potest alter adhuc eorum, qui dividendum provocat, atque eo nomine supra scriptis actionibus experiri. Ratio est, quia ne pacto quidem effici potest, ut nunquam liceat à communione recedere, l. in hoc iudicio n. 14. §. 2. ff. comm. div. l. ult. C. cod. l. nulla, 70. ff. pro soc. Quod autem nulla conventionione effici potest, id nec ullo temporis lapsu fieri debet. Est & altera ratio, nempe quod nulla hoc casu negligentia, in qua fundantur præscriptiones, intervenire potest. Nam quando statum in communione & simul possidemus, alter alterum pro confite ante confini habet & recognoscit, eoque præscriptio curare non potest: liquidem singulis pro indiviso possidentibus fieri nequit, ut alter alterius partem uti capiat, ut alterum lapsu temporis eo negligentiam excludat. Affert & aliam rationem Bronchus l. 1. §. 1. obs. 14. post Cottarium in l. 1. ff. fam. eresc. quod præscriptio actionum non ante currere incipit, quam ex quo nate sunt: actionem autem familie ereiscundæ, & nec ante nate, quam cohæredes ad divisionem hereditatis provocare coeperunt. Quod dicit præscriptionem non currere nisi postquam actio nata est, verum est: sed fallum & ridiculum, quod ait, tum deum nate actionem familie ereiscundæ, quando cohæredes à communione discedere volunt. Imo nisi jam ante nata esset ex communione inter eos constituta & quasi ex contracta §. 3. & 4. l. 1. ff. de oblig. que quasi ex contr. frustra tam intendant, ut provocarent ad divisionem. Et quoque qualis hæc collectio est, discedere à communione volentibus datur actio familie ereiscundæ, l. 1. ff. fam. eresc. ergo eodem de tempore nascitur: Si illa collectio bona

est, etiam hæc bona erit, volenti repetere depositum, commodatum, &c. datur actio depositi aut actio commodati; ergo non ante actiones istæ nascuntur, quam volent repetere: & in universum dicendum erit, nullam actionem prius nasci, quam cum quis ea experiri voluit: nemo enim nisi volens agit, tit. C. ut num. inv. ag. vel accuf. cog.

Denique ne tunc quidem, quando unus tantum ex hæredibus possidet, contra alios procedit præscriptio, quæntia ad divisionem non provocaret: cuius tamen contrarium ipse quoque Bronch. affirmat. Sed hoc obiter cautionis loco.

Duo ergo dicimus. 1. Quæntia singuli confinium vel hæredum aut lociorum communiter possident, & alter alterum ut confinem, cohæredem, confortemve agnoscit, nullam hæc dari superiorum actionum præscriptionem, propter rationes supra memoratas. 2. Ubi unus tantum possidet triginta annorum silentio eisdem actiones excludi: inter quas etiam numeramus actionem finium regundorum, per textum rotundos in l. ult. C. fin. reg. l. 1. §. 1. C. de anal. except. Sed duo hæc nobis obijciuntur loci. Primus est l. pen. C. fin. reg. ubi Imperatores aiunt, submotam esse quæntiam pedum præscriptionem in iudicio finium regundorum. Unde dicendum videretur nulla præscriptione, quantumvis longissimi temporis actionem de finibus regundis posse tolli. Verum longè aliud est, quod Imperatores ibi significant & constituunt. Confirmat Minimus legem 12. tabularum & legem Manilianam, quibus legibus cautum erat, ut inter confines agros spatium 5. pedum relinquere tur à cultura vacuum, ut illæ res sine alioque incommodo agri colendi causa, & aratum circumducere uterque dominus possit. Hoc finium appellatur gradus in l. 3. ff. de term. mot. neque id spatium uti capere aut præscriptione accipi per legem 12. tabularum aut legem Manilianam potuit, teste Cicerone l. 1. de legib. propterea credo, quod ut res meræ cuiusdam facultatis quæque ipsi pedes inter confines agros incultri relinquebantur, per l. 2. ff. de vis publ. Hanc utramque legem Imp. in d. l. pen. C. fin. reg. confirmarunt. Quod si vero ultra illos quos pedes lis moveatur de finibus terra, tunc locus est iudicio finium regundorum, nisi hæc actio triginta annorum præscriptione sublata sit, nempe si tam diu vicinus fines limitæque agri fidei quiete & sine interpellatione iudiciali possiderit. De qua re bene & doctè differentem videt Andream Aleatum lib. de quinq. ped. præscrip. Alter locus est in l. 2. §. Stichum 6. vers. sed si fundus ff. pro empt. cui geminus in l. qui famulum §. 1. ff.

ead. ubi ex contrario statui videtur actione finium regundorum etiam longo tempore prescribi rovel 10. Antis. Sed facilius hic responso est, nempe casum ibi ponit, quous qui emit & pro emptore possessum nonquam fuit confinis; sed statim fundum amplioribus finibus possedit: quo casu etiam non de finibus regundis lis sit, sed de proprietate partis fundi, procedit uti capio seu longi temporis prescriptio.

Quid vero si aliquis bona fide iustoque titulo per decem vel viginti annos fines communes vel fundum communem solus possedit, an non ille saltem partem confinis aut consortis, qui non possidet, dicendus est utsepeisse aut longi temporis possessione quesivisse? Respondeo, ne hoc quidem dici posse ex his, quae jam dicta sunt satis intelligitur. Nam qui rem communem licet bona fide possidet, ita tamen eam possidet ut personalis sive mixta actione communi dividendo, familia eriscunda, aut finium regundorum conveniri possit: quas actiones non nisi triginta annorum prescriptio tolli supra demonstratum est. Imo nec per totius hereditatis breviori spatio praescribitur, quo tamen in rem actio est, & tantum ob praestations personales, quae non officio iudicis, sed iure actionis in eam veniunt, mixta personalis dicitur, l. 7. C. de petit. hered. Non obstat, quod longo tempore dominium quazi dicitur: quia hoc non procedit in re, quae cum alio communis est propter naturam personalis aut mixtae actionis, siquidem bona fides possessoris sive rei conventi efficere non potest, quo minus tanto tempore vivat actio, quantum ex natura sua aut lege habet, per d. l. 7.

CAPUT XXXV.

Quomodo inter fratres instituto familiae eriscunda iudicio dividerenda hereditas?

Instituto forte inter fratres familiae eriscunda iudicio quaeritur, quomodo divisio a iudice expedienda sit, utrum ita decernenda, ut major natu ex fratribus dividat, & minor eligat; an vero solius iudicis arbitrio facienda? Prioriorem sententiam amplectuntur Canonistae tanquam auctoritate juris Canonici nixam: posterioriorem plerique Legistarum sive interpretum juris civilis sequuntur, ut consentaneam legibus civilibus; quae & nobis iisdem legibus consentanea esse semper visa est. De posteriore prius dicam,

mox videtur an quid locus iure Canonico constitutum sit. Igitur posterior illa, quae legistarum & nostra sententia est, hanc rationem habet, quod ubi semel iudicis officium rationari coepit, & causa in iudicium deducta est, quocumque illud est, quod in iudicio illo continetur, cognitioni iudicis permittendum & relinquendum sit, l. adiles 15. §. item sciendum 8. ff. de adit. edict. Iudicium autem familiae eriscunda non aliam ob causam instituitur, quam ut iudex res singulas pro tua animi religione singulis heredibus adjudicet, utique si res ipsae sine incommodo dividi non possint. Unde in hoc iudicio dicuntur fieri adjudicationes, quod notandum. Quod si ex hac adjudicatione oritur inaequalitas, tum iudex cum, cujus pars praerogatur, vicissim in certam summam pecuniae condemnare debet ei, cujus pars minor est, ut aequalitas per omnia conservetur, & tunc fieri dicuntur condemnationes, §. 4. Inst. de offic. iud. l. Alvarius 52. §. 2. l. si familias 15. ff. fam. erisc. Nulla hic divisio nisi e coheredibus, nulla electio alteri permittitur, Fac. l. 1. pr. l. 2. pr. ff. eod. §. quaedam actiones 20. Inst. de actionib. Frustra autem hic obijciunt, l. un. C. de his qui se deser. lib. 10. quoniam quod ibi constituitur, jus est singulare, & invitamentum ad deferenda & filio nuncianda tacita fideicommissa. Quod ut intelligatur, sciendum est, cum heres clam fidem suam accomodat, puta per doli tacitam ceutionem vel choreographum, ut hereditatem incapaci restituat, hoc dicit fideicommissum tacitum, atque id heredi ablatum vindicari filio l. in tacitis 103. ff. de legat. l. 1. in fraudem 10. ff. de his qui ut unag. l. 3. pr. & §. 3. ff. de jur. sig. l. 1. C. de delator. lib. 10. Quoties autem magis ad hujusmodi tacita fideicommissa fidei nuncianda invitarentur, placuit delatoribus etiam premium aliquod pro delatione dari, & quidem, qui alios deserunt, certam partem eorum, quae nunciatur, terre; veluti quartam aut octavam. Qui vero seipios, si quidem sit haeres, & quotiens tacite fideicommissaria hereditas relicta est incapaci, pro premio tertiam partem adis accipere: his, cui ipsi tacite relicta, proficiuntur de capere non posse, dimidiam et partem praemii vicem dari, l. ex d. 13. l. pen. ff. de jur. sig. d. l. un. C. de his qui se deser. putaverunt Principes ampliori premio provocandos esse eos, qui se, quam qui alios deserunt; & quod difficultus quisque se ipsum deserat, eo majore quoque premio invitandum esse, ac proinde plus etiam praemii tribuendum fideicommissario, quam haeredi. Porro cum nec uxori recte tacitum fideicommissum relinquere, propterea quod & ipsa lege Papia decimarum incapax esset, l. ult. pr. ff. de his qui ut indig. junct. l. 2. C. de infirm. pua. calib.

(ubi demum lex illa ab Honorio tollitur) Constantinus in d. l. 1. C. de his qui se deser. uxori semetipsum deferendi non tantum partem dimidiam relitit, verum etiam electio em & optionem relitit, divisione a filio facta loco praemii concessit. Quid vero hoc ad divisionem a iudice faciendam inter cohæredes de dividenda communi hereditate familiae eriscunda de contendeat, ubi tota res cognitioni & divisioni iudicis permittitur? Neque verò, hic five par five æqualis divisio facta sit, forti res committenda erit, ut malè etiam plerique Legistarum putant, Jaf. post alios in l. 3. Comm. de legat. Facin. l. 6. contr. c. 37. Bronch. 1. misel. offit. 52. sed ad huc adjudicatione & in divisione impari adjudicatione & condemnatione res transigenda est. Nunquam enim in iure nostro forte res dirimi debet, ubi negotium animi iudicio explicari potest, l. sacris 47. sub fin. pr. C. de SS. Eccles. l. 8. ff. de pact. ubi prætor partem suas interponit, quia sciri potest, quid in casu illic proposito sit æquius, nimirum ut minor sententia prævaleat. Simile exemplum est in §. 1. vers. fin. autem ipsi Inst. de sacris. tut. ubi item prætor partes suas interponere jubetur, quoniam causa cognita discernere potest, quis ex tutoribus administrationi magis sit idoneus, l. testam. 17. §. 1. & 2. cum l. seq. ff. de testam. tut. Quod si res animi iudicio discerni aut expediri nequeat, tunc ex necessitate devenitur ad sortem: veluti si duo cohæredes ad iudicium provocent, uter eorum partes actoris sustinere debeat, forte discerni solet quia aliter res explicari nequit, l. sed cum 14. ff. de iudic. Pari ratione si plures legatarii, quibus optio legata aut unius plures hæredes circa electionem dissentiant, controversia sorte dirimenda est, quia scilicet nullæ hic partes prætoris 3. pr. C. Comm. de legat. §. optionis 23. Inst. de leg. Simile exemplum in l. generaliter 24. §. quid ergo 17. ff. de fidei. libert. Atque nihil tale occurrit in iudicio familiae eriscunda: quippe cum semper in impari adjudicatione ad æqualitatem divisio revocari possit mutua ejus, cui plus adjudicatum, condemnatione. Quamobrem non obstat l. 5. ff. fam. erisc. ubi in casu, quo omnes ex iisdem partibus hæredes sunt, nec inter eos conveni, apud quem cautiones hereditariae esse debeant, forti eos oportere responderetur. Nullum enim istu casu officium iudicis intercedit, sed solum id inter ipsos cohæredes citra iudicium transigitur per l. 2. §. ult. l. 4. pr. ff. l. 6. C. fam. erisc. Eodemque fere modo respondendum est ad l. 2. C. quand. & quib. quart. pars lib. 10. nam & ibi nullum officium iudicis intervenit, sed iussu legis extra iudicium partes fiunt, & fors de-

finis, cujus electio esse debeat. Erratque adeo Jafon cum his, quos sequitur in l. 3. C. comm. de legat. contendens etiam in iudicio divisorio familiae eriscunda forte rem expediendam esse arg. d. l. 2. C. quand. & quib. quart. pars. Plane potest ex conventionem inter cohæredes quocumque modo divisio fieri, nempe vel per sortem vel ut major dividat, minor eligat. Cæterum nihil ad quætionem hanc, quæ est de officio Iudicis apud quem familiae eriscunda agitur. Atque hæc quidem ex ratione juris civilis.

Canonistæ autem aliter statuunt, videlicet majorem natu auctoritate iudicis dividere debere: minorem vero eligere. Non habent tamen Canonistæ ullum idoneum juris Pontificii textum, quo sententiam hanc confirmant. Nam in c. 1. de paroch. & alten. parochian. quod unum allegant, agitur tantum de Episcopo hoc hæresim Donatistarum ante remoto, & ad Ecclesie unitatem postea reverto, quem Pontifex vult in partem admitti prioris tui Episcopatus iam alteri Episcopo dari, & divisionem inter eos ita fieri, ut ille dividat, qui diutius in Episcopatu fuit; alter autem, qui brevior tempore eum tenuit, eligat. Ad hæc divisio si sine iudicibus, quia visum fuit non esse ex dignitate Episcopos ad arbitrium mittere. Proferunt quidem & exemplum Abrahami & Lothi ex cap. 13. Genes. Sed nec inter Abrahamum & Lothum divisio in iudicio facta fuit, neque illi cohæredes erant, verum Abrahamus per modestiam Lotho fratris sui filio, qui minor ætate erat, permisit, ut vel in dextram vel in sinistram discederet, quo vellet; & alterum laus sibi relinquere. Et quamvis Augustinus lib. 16. cap. 20. de civit. Dei relata hæc historia subijci, hæc fortassis effectam esse inter homines pacificam consuetudinem, ut quando terrenorum aliquid partitendum est, major dividat, minor eligat; tamen inde non sequitur hoc locum habuisse in iudicio familiae eriscunda: sed hoc tantum inde colligere est, in pacifica bonorum divisione, id est, extrajudiciali, hunc morem plerumque observatum. Atque eodem modo explicandum illud Seneca lib. 6. declam. 1. Major frater dividat, minor eligat. Cæterum Canonistarum sententiam in Camera Imperiali receptam esse tradit Myring 4. observ. 37. & Gall. 2. obs. 116. n. 12. Schurz. cont. 1. conf. 71. & secundum eam respondit Conitius Fectetus c. 10. fil. 1. quem laudat & sequitur Mollatus in l. 1. ff. fam. erisc. & sic quoque Senatus Sabaudie censuisse, Aut Fab. Cod. suo for. decis. 2. & Mechliniensem Christinus vol. 2. decis. 180. referunt: ac consuetudine eandem opinione

receptam esse testatur Guido Pap. *quæst.* 280. quancum Ranchinus & Bertrandus nolant credi huic Guidonis testimonio, quoniam aliud iure decium est: at enim ubi de consuetudine constat, nemo est, qui dubitet, quin inveteratus usus fori pro lege habendus sit.

CAPUT XXXVI.

An ad res dividendas etiam actione pro socio agi possit, nimirum inter eos, quorum res communis est ex causa societatis?

Communio rerum vel ex conventionne inducitur, quæ communio propriè societas dicitur, & ex contractu est: vel citra conventionem, veluti si duobus eadem res legata aut donata sit. *l. ut sit 31. ff. pro soc. quæ communio quasi ex contractu nascitur, §. 1. inst. de oblig. quæ quasi ex contr. nasc.* quancum & hi nonnumquam socii appellantur. In utraque autem communione locus est iudicio communi dividendo, *l. 2. ff. comm. divid.* quod iudicio hoc agi constat, tum ut sua cuique parte adjudicata à communione discedatur: tum ut utrique præstetur, quod alterum alteri præstare oportet, lucri, damni, impensarum nomine, *l. 3. l. 4. §. 3. ff. eod. tit.* unde est, quod hæc actio nullam causam oblinere dicitur tam in rem, quam in personam, sicut & actio familiaris circumsundæ & finium regundorum, *§. quedam actiones 20. inst. de action.* At actioni pro socio in utraque communione locus non est, sed tantum in ea, quæ est ex contractu, in consensu voluntario seu societate sic in usu juris propriè dicta *ff. de C. pro soc. quæ actio personalis est, non mixta, de quo inter omnes convenit.* Illud autem quantum memini, an quemadmodum actione communi dividendo agitur tum ad rerum communium divisionem, five communes sint cum societate, five sine societate; tum ad personales illas, quæ dixi communis; ita etiam inter eos, quorum res communis est ex causa societatis agi possit actione pro socio tam ad res dividendas, quam ad personales invicem præstationes. Et dubium quidem nullum est, quin actio pro socio pertineat ad præstationes personales, quæ ratio societatis & natura contractus inducit: *l. 1. ff. comm. divid.* sed illud queritur, an duntaxat eo pertineat, an verò & ad rerum divisionem? Communis sententia est, socios ad rerum communium divisionem non tantum communi divi-

duendo iudicio agere posse, sed etiam iudicio societatis.

Firmamenta huius sententiæ hæc sunt. 1. Quia actio pro socio est rei persecutoria, *l. sed actio 50. ff. pro soc. nemo autem dubitat, quin eo nomine veniat & res communis. 2. quia altera actio alteram tollit, l. pro soc. 38. §. 1. ff. pro soc. unde rectè colligitur tantumdem in utraque prius fuisse. 3. Quia iudicio societatis ab uno adversus alios instructo distrabitur societas, quæ tantia quadam renuntiatione, *l. actioni 6. §. ff. eod. tit.* At hoc cum fit, etiam rerum, & vel maxime, intendi videtur aliqua divisio. 4. Quia Iurisc. consultus in *l. 1. ff. comm. divid.* non simpliciter ait actionem pro socio ad personales invicem præstationes pertinere, non ad communium rerum divisionem: sed *expresse* iudicium comparative magis eo pertinere, quam ad rerum divisionem. Ergo utique etiam ad rerum divisionem pertinet, licet non principaliter, ut iudicium communi dividendo, sed per consequentiam duntaxat, quasi hic fit iustus locus sentus, in iudicio communi dividendo venire præstationes personales per consequentiam, principaliter autem id agi eo iudicio, ut res dividantur: contra autem iudicium societatis principaliter pertinet ad præstationes personales, ad rerum divisionem tantum per consequentiam. Atque hinc quatuor argumentis communem sententiam adstruit & satis probari putat Valentinus Reimerus *quæstione juris. decif. 11. thes. 5.**

Ceterum apud me hæc tanti non sunt, ut in istam me sententiam trahere queant. Et magis est, ut ad rerum divisionem actio pro socio omnino non pertineat, nunquam ea actione rerum communium intendatur divisio; sed tantum actione communi dividendo. Etenim differant hæc duæ actiones non modo rebus, verum etiam petitione & fine iudicii. In rebus hoc interest, quod communi dividendo actio non est nisi de re adhuc communi, *l. 1. in fin. ff. comm. divid.* At pro socio actio fore non est nisi de rebus, quæ communes non sunt; ut in commune redigantur, *l. cum duobus 52. §. idem Papinianus 8. l. ff. societatem 72. & l. seq. ff. pro soc.* aut si est de re communi, non id intenditur, ut ea res dividatur, sed ut conferatur in medium v. c. potest actio pro socio agi de re communi, que sit apud unum ex sociis, quia forte eam dolo malo amovit, aut celandi animo contrectavit, *l. rei communi 43. ff. eod.* non tamen agitur, ut de re communi, quæ ea dividatur, sed ut de quavis illa re, ut in medio ponatur. Petitio quoque utriusque iudicii dissimilis. Communi dividendo actio est principaliter pertinet: ut res communes inter consortes dividantur atque à communione recedantur; te-

quantur

quantur delinde & præstationes personales, quibus alter alteri propter communionem rerum obnoxius *l. 3. pr. ff. comm. divid. §. quedam actiones 20. inst. de action.* At actio pro socio tantum est de personalibus præstationibus extra divisionem positus, & ideo ad divisionem non pertinet, *l. 1. ff. d. tit.* quod aliis verbis declarat Ulpianus in *l. si actum 43. ff. eod.* ubi ait, ad actionem pro socio nominum rationem habere, & adjudicationes non admittit. Nomina appellat, quæ quisque personali actione aliis debet, *l. firmum 44. §. cum qui 5. & seq. ff. de legat. 1. l. qui chirographum 50. eod. 3.* Itaque quod dicit actionem pro socio nominum rationem habere, nihil aliud est, quam in hac actionem venire præstationes personales earum rerum, quas socius socio debet. Quod autem dicit actionem pro socio non admittit adjudicationem, eo aperte significat eam actionem non spectare ad rerum divisionem: Nulla enim divisio rerum, quæ iudicio petatur, esse potest sine adjudicatione aut partium à iudice discretarum, quarum singulis singulis adjudicentur, aut totius rei, quæ ubi res commodè dividi non potest, uti adjudicari debet cum mutua ejusdem condemnatione, *§. 4. & seq. Inst. de offic. jud.* Atque hinc est, quod sublata communione actio communi dividendo simul tollitur *l. 1. in fin. ff. comm. divid.* neque enim potest peti rei communis divisio, ubi nulla res est communis: nec agi de præstationibus personalibus eo iudicio, quod una cum rei communione sublata est. At sublata societate ad hæc adhuc agi potest de his quæ durante societate contracta, *l. omnino 27. l. nemo 35. cum simil. ff. pro soc.* imo & communione sublata iudicio communi dividendo poterit nihilominus de istis præstationibus agi actione pro socio nisi & de us actum communi dividendo *l. pro soc. 38. §. 1. ff. eod.* Cum itaque actione pro socio tantum agatur de præstationibus personalibus: aut ut res, quæ communes non sunt, in commune redigantur: de rebus autem communibus tanquam communibus nunquam, sed ad hoc solummodo ut in medium proferantur, non ut dividantur & quisque lociorem partem in his pro divisio consequatur, quod sine adjudicatione, quam actio pro socio non admittit, obtineri nequit, ut superius plenissimè probatum est, hinc efficitur & liquet perspicuè, actionem pro socio ad divisionem rerum non pertinere.

Restat, ut diluamus argumenta in contrarium adducta. Ad primum contrariæ opinionis argumentum facilis responsio est, nempe non sequitur, actio pro socio est rei persecutoria: ergo etiam persecutorie ream communem tanquam

Vinnii Quæst.

communem, ut ea dividatur: sed hoc solum, ergo ea non agitur ad pensam, sed quod in eam venit, res est, & id quod ex patrimonio nobis venit, *l. in honorariis 35. ff. de oblig. & act.* non tunc est de personalibus præstationibus extra divisionem positus, & ideo ad divisionem non pertinet, *l. 1. ff. d. tit.* quod aliis verbis declarat Ulpianus in *l. si actum 43. ff. pro soc.* nempe si actum sit, communi dividendo, non tolli actionem pro socio, cui non obstat locus Pauli, quem proferunt ex *l. pro socio 38. §. 1. ff. eod.* nam ex ipsis Pauli verbis patet, cum loqui non de rerum divisione, de qua alterutro horum iudiciorum actum sit, sed tantum de præstationibus personalibus, de quibus ait, si actum sit communi dividendo, tolli actionem pro socio, & contra si actum sit pro socio de istis præstationibus agi non posse communi dividendo: Hinc autem misimè legitur, facta loca rerum divisionem in iudicio communi dividendo tolli actionem pro socio, quæ ad divisionem non pertinet, sed ad personales invicem præstationes duntaxat, *d. l. si actum 43. ff. eod.* nec si actum sit, pro socio, tolli actionem communi dividendo respectu præcipue petitionis huius iudicii, ut scilicet res communes dividantur, & singulis in his sua pars pro divisio adjudicetur, in 3. argumento manifestus error est *περὶ τῶν κοινωνικῶν.* Nulla enim consequentia est, actione pro socio distrabitur societas, quali tacita renuntiatione: ergo ea actione & rerum communium intenditur divisio, siquidem renuntiatione non alio dicitur tendi, quam ad dissolutionem societatis; quia soluta nihilominus res, quæ antea communes erant, communes manent, & ut dividantur, opus est iudicio communi dividendo. In quarto & postremo, quod sumitur ex verbis *l. 1. ff. comm. divid.* & ceteris videtur speciosius vitium est *περὶ κοινωνικῶν.* Nam quod ibi Paulus ait, pro socio actionem magis ad personales invicem præstationes pertinere, quam ad rerum communium divisionem, id non *ὀυκ ἀρῶνται*, ut vulgè, sed *ἀντι*, non comparative, sed elevative ab eo dicit intelligendum est: ut hæc sit iurisc. consulti sententia si queratur, an actio pro socio pertineat ad utrumque caput, an verò ad actiones personales tantum? magis, id est, potius dicendum sit, non pertinere ad utrumque, sed tantum ad præstationes personales: quæ forma loquenti nihil est apud nos flos ulianus *l. 6. §. 3. ff. si foro vind. l. plenum 12. §. 2. ff. de act. & habit. l. si vero. 21. §. cum quidam 12. l. inter causas 26. §. non omnia 6. ff. mandati. l. 5. §. is quoque 3. ff. de oblig. & act. & ff. mil. ita post Glossam Charondas & Patius ad*

(1)

d. l. Donell. cor. 13. c. 7. eademque videtur esse sententia Oldendorpi clausi n. ult. 21. §. 6. num. 11. & Bachovii notandus Wretembecum parat. ff. pro soc. 11. Quibus omnibus adde, quod si dicamus actionem pro socio etiam pertinere ad rerum divisionem, atque ea quoque actione partem vni quemque persequi, admittere epus qui vindicat, quam partem & divisione rei consequatur actio pro socio non minus nullam causam obtinebit, tam in rem, quam in personam, & mixta dicenda erit, quam actio communis dividendo, arg. §. qualem 20. l. si de action. l. 1. ff. fin. regund. quod tamen nec contraria quidam sententia auctores auidit affirmare.

CAPUT XXXVII.

An actio negotiorum electivè concurrat cum actione communi dividendo aut familiae erescunde?

Quæstio hæc nata est ex locis in speciem contrariis, nam in *l. filius 18. §. 1. C. fam. eresc.* Imperatores Diocletianus & Maximianus relicturum tanquam de re ambigua, sumptus in communem hereditatem ab uno bona fide factos familie erescunde iudicio vel negotiorum gestorum actione servari posse. Et in eandem sententiam Divi Severus & Antoninus, solummodo pro cohærente actione negotiorum gestorum vel familie erescunde posse repeti. *l. 2. C. de neg. gest.* Contra in *l. 18. §. ult. ff. fam. eresc.* in eadem specie datur sola familie erescunde. Et in *l. Marcius 12. §. 1. ff. fam. eresc.* ubi servus liber & hæres esse iussus cohærentibus suis, in quod apud eum reliquum est administratio rationum domini, non alio iudicio prelatæ, quam familie erescunde. Cui loco iterum è diametro videtur oblatæ *l. pen. vers. eorum autem summarum ff. de reb. cred. ubi Africanus negat eo nomine cohærentibus servi actionem familie erescunde, sed ait negotiorum gestorum dari debere. Sic in simili, ut videtur, casu Labeo actionem familie erescunde dat. *l. filius 78. §. 2. ff. de contr. emp. quo Imperatores in l. in familia 20. C. fam. eresc.* actionem negotiorum gestorum dari debere, non familie erescunde respondet. Ne quis autem putet nihil aut parum interesse, quæ actione consors contra consortem experietur, negotiorum gestorum,*

*an familie erescunde, communitè dividendo, ut scire debet non esse eadem horum iudiciorum præstationes. Nam iudicio communi dividendo & familie erescunde consors consorti hæres cohærenti non obligatur ad præstantiam exactissimam diligentiam, ut etiam nomine levissima culpa alicui alteri tenentur, quemadmodum negotiorum gestorum iudicio tenetur gestor domino negotiorum §. 1. in fin. l. si de obi. que quas. ex cont. sed levis duntaxat culpa noque species proponitur contraria, quando licetce servus pecunias à debitoribus Calendarii exegit dummodo post domini mortem quo casu cum poterit suam solius partem exigere, & ita rem pro parte expedire, sola negotiorum gestorum actio adversus eum nomine exactarum summarum cohærentibus competit, ita rectè Cossalius & Cujacius post Glossam in *d. l. pen. Bronch. cent. 2. offert. 13.* Quod si ratio hujus distinctionis queratur, ea non est uique adeo obscura. Nam cum cohæres vel consors negotiorum individuum gestis, creditur id fecisse, tanquam cohæres aut consors potius, quam alius quilibet, præterea quod id gessit, sine quo partem suam rectè administrare non potuit: & ideo hic locus est actioni familie erescunde aut communi dividendo. Quod si non propter partem suam causam gerendi habuit, sed cum eam per se rectè administrare posset, nihilominus totam rem communem administrasse, hoc casu partem cohærentis aut socii sui administrasse intelligitur tanquam amicus & negotiorum gestor, ratione nimirum contraria, itaque hæc actio negotiorum gestorum duntaxat competit, *l. hæres 25. §. non tantum 16. ff. fam. eresc. l. 6. §. 2. ff. comm. divid.* Poteramus jam hinc discedere, nisi negotium nobis facerent, *l. filie 18. §. 1. C. fam. eresc. Et l. 3. C. de neg. gest.* initio hujus capituli à nobis allegata, & denique *l. liberto 31. §. ult. ff. eod. tit. in quæ, dum hæc scribo, fortè incidit in d. l. filie §. 1.* Imperatores simpliciter retribunt, non esse ambiguum, quin sumptus ab uno bona fide facti in communem hereditatem servari possint, vel familie erescunde iudicio, vel actione negotiorum gestorum: quibus verbis videtur ei, qui sumptus fecit, potestatem concedere eligendi, quæ actione experiri malit sine ulla distinctione negotii quod gestum est, utrum eos sumptus pro parte sua tantum facere poterit, nec se Respondemus, quod illic ab Imperatoribus omissum est, sumendum esse ex aliis locis, atque utrumque intelligendum in casu suo haberi: nempe ut sumptus servari possint iudicio familie erescunde in negotio individuo, veluti si alii communes fuisse, &c. actionem autem ne-*

*negotii dividui à terro cohærente gesti datur cohærentibus ejus actio familie erescunde: in hæc eodem nomine sola negotiorum gestorum. Nam illa casus proponitur, quo pecunia ex administratione gesta vivo domino, relicta cohærenti in hereditate inortis tempore, & proinde non alio iudicio, quam familie erescunde eorum summarum nomine servus apud quem reliqua sunt, cohærentibus tenetur. At in hæc species proponitur contraria, quando licetce servus pecunias à debitoribus Calendarii exegit dummodo post domini mortem quo casu cum poterit suam solius partem exigere, & ita rem pro parte expedire, sola negotiorum gestorum actio adversus eum nomine exactarum summarum cohærentibus competit, ita rectè Cossalius & Cujacius post Glossam in *d. l. pen. Bronch. cent. 2. offert. 13.* Quod si ratio hujus distinctionis queratur, ea non est uique adeo obscura. Nam cum cohæres vel consors negotiorum individuum gestis, creditur id fecisse, tanquam cohæres aut consors potius, quam alius quilibet, præterea quod id gessit, sine quo partem suam rectè administrare non potuit: & ideo hic locus est actioni familie erescunde aut communi dividendo. Quod si non propter partem suam causam gerendi habuit, sed cum eam per se rectè administrare posset, nihilominus totam rem communem administrasse, hoc casu partem cohærentis aut socii sui administrasse intelligitur tanquam amicus & negotiorum gestor, ratione nimirum contraria, itaque hæc actio negotiorum gestorum duntaxat competit, *l. hæres 25. §. non tantum 16. ff. fam. eresc. l. 6. §. 2. ff. comm. divid.**

Poteramus jam hinc discedere, nisi negotium nobis facerent, *l. filie 18. §. 1. C. fam. eresc. Et l. 3. C. de neg. gest.* initio hujus capituli à nobis allegata, & denique *l. liberto 31. §. ult. ff. eod. tit. in quæ, dum hæc scribo, fortè incidit in d. l. filie §. 1.* Imperatores simpliciter retribunt, non esse ambiguum, quin sumptus ab uno bona fide facti in communem hereditatem servari possint, vel familie erescunde iudicio, vel actione negotiorum gestorum: quibus verbis videtur ei, qui sumptus fecit, potestatem concedere eligendi, quæ actione experiri malit sine ulla distinctione negotii quod gestum est, utrum eos sumptus pro parte sua tantum facere poterit, nec se Respondemus, quod illic ab Imperatoribus omissum est, sumendum esse ex aliis locis, atque utrumque intelligendum in casu suo haberi: nempe ut sumptus servari possint iudicio familie erescunde in negotio individuo, veluti si alii communes fuisse, &c. actionem autem ne-

gotiorum gestorum in negotio dividuo, veluti si æs alienum hereditarium solvit, aut adium communitum nomine damni infecti datur. *l. 3. C. de neg. l. si comm. 20. ff. de neg. gest.* Evertitur autem totam hæc distinctionem videtur locus in *d. l. 3. C. de neg. gest.* in cuius loci casu secundo datur cohærenti, qui pignus liberavit, vel familie erescunde actio, vel negotiorum gestorum. Atqui pignus pro parte liberari non potest, *l. 1. l. 2. C. si un. ex plur. her. cred. aut prouide: si vera est distinctio supra posita: dicendum erat hoc casu non actionem negotiorum gestorum, sed solam familie erescunde, competere, sicut ab Ulpiano in tali specie responsum est, *l. his consequenter 18. §. ult. l. hæres 25. §. idem observatur 14. ff. de hered. petit.* Cæterum non est quod hæc objectione moveamur. Duplex in *d. leg. 3. C. de neg. gest.* proponitur casus: unus, ubi totam pecuniam summarum cohæres solvit, pro qua nullum pignus datum erat, quo casu datur sola actio negotiorum gestorum: quia negotium dividuum est, ubi pecunia sine pignore debetur, *l. 2. §. 1. ff. de verb. oblig.* Alter, qui mox sequitur, est cum pro communi debito hereditario pignus datum est. Quia autem pignoris obligatio est individua, non potest unus è cohærentibus ne quidem ex parte illud liberare pro sua tantum parte solvendo, *l. 1. l. 2. C. si un. ex plur. her. cred. Præter in hoc posteriore casu distinguendum est, utrum hereditas jam ante divisa sit iudicio familie erescunde & nihil commode remaneat, nec ne. Priore casu ex necessitate datur actio negotiorum gestorum, quoniam neque familie erescunde iudicium intentum intentari potest, *l. si filia 20. §. familia 4. ff. fam. eresc.* neque locus esse potest iudicio communi dividendo, ubi nihil remanet indivisum, *l. 1. ff. comm. divid.* Posteriore casu ubi hereditas nondum divisa est sola competit actio familie erescunde: quam distinctionem locus ipse suggerit. Nam prior casus est in vers. *sive pignoris liberandi* uique ad illum, *vel iudicio, argumento à contrario verborum sequentium sensus posterior continetur his verbis, vel iudicio familie erescunde, si non est inter vos redditum.* Locus ultimus, qui hæc nostræ & communi distinctioni obijcit, est *l. liberto 31. §. ult. ff. de neg. gest.* ubi ei, qui in defensione communis causæ, id est, servitus acque five duntaxat five haereditate, sumptus fecit, non communi dividendo, sed negotiorum gestorum actio datur: cum tamen servitus prædiorum sint ne datur: *l. 72. ff. de verb. obl. & ideo secundum distinctionem supra positam non negotiorum gestorum, sed communi dividendo actio dari debet.* Ant. Faber ad hunc locum in *rationali.***

respondere potuisse socium partem suam communis aquae ita defendere, ut tamen socii sui partem defendere non cogatur: et si enim servitus per partes acquiri non potest, tamen per partes posse retineri. l. 8. §. 1. ff. de serv. l. si quis 30. §. 1. ff. de serv. p. ad. urb. Ego dicerem nullam per se juris praevidi communionem esse, & ideo hic non communi dividendo, sed negotiorum gestorum agendum per textum expressum in l. arbor 19. §. 2. ff. comm. divo. Commencum autem aquam in d. l. liberto, appellari, quae praevidi communi debebatur.

CAPUT XXXVIII.

An in iudicio familiae erciscundae absolutio & condemnatio faciendi in personis omnium?

Si in libello plures seu plura capita comprehensa sint, vix dubium est, quin sententia super aliqua aut aliquibus eorum lata valeat, nisi capita connexa sint, ita ut separari nequeant. l. etiam 29. §. 1. ff. de minor. ubi Gloss. Bart. & alii. l. pen. C. de transact. quot enim species sunt seu lites capita, tot sunt sententiae, id est. tot sententiae separari ferri possunt, l. quid tamen. 21. ff. de recept. arbit. arg. l. scire debemus. 29. ff. de verb. obl. & ibi Alex. l. pen. C. de sent. & inter loc. Vant. de null. sent. ex def. process. n. 100. Sed & si unum duntaxat caput libellus contineat, idem adhibe dicendum est, si plures sint in lite, & eorum quidam post litem contestatam resp. causa abesse coeperint, neque defendantur, nempe sententiam ferri posse ratione praesentium & absentium respectu iudicium distinctum, l. non videtur 44. ff. de iudice & ibi Gloss. & DD. nisi forte causa individua sit, l. 4. ff. si ex mox. ca. ag. Vant. d. loc. Quin & si generali iudicio divorsorio actum sit, puta familiae erciscundae, & quaedam ex rebus hereditariis indivisae relictae, valet nihilominus sententia, & de rebus indivisae communi dividendo agi potest, l. si filia. 20. §. familia, 4. ff. fam. ercisc. At si unum duntaxat sit litis caput & unus adversarius, aut etiam plures, qui defendantur, tunc iudicium ferendi non potest, ut de re in iudicium deducta partim iudicetur, partim non iudicetur, sed totam causam sententia dirimi oportet, l. 19. §. 1. ff. rer. arb. v. c. si petitis. 100. & probatis 90. reus in 50. condemnatus sit, non valet sententia,

nisi de reliquis 90. absolutus fuerit. In appellationis autem iudicio sententia prior partim confirmari, partim infirmari potest, l. quaedam mulier. 47. ff. fam. ercisc. l. ult. ff. de jur. patron. Bartol. in l. 1. C. ff. adv. rem iudic. Ex quo porro illud sequitur, eandem sententiam partim iustam esse posse, partim iniustam partim valere, partim non valere, ut in specie d. l. quaedam mulier. Divisio, quam fecit iudex familiae erciscundae, pro parte valet, pro parte non valet. Sed hinc loco obitare videtur, quod Paulus respondet in l. in hoc iudicio 27. ff. eod. tit. in iudicio familiae erciscundae condemnationes & absolutiones in omnium personis faciendas esse, & ideo si in alicuius persona omnia sit damnatio, in ceterorum quoque persona, quod fecit iudex, non valere, adjecta hac ratione, quia non potest ex uno iudicio res iudicata ex parte valere, in partem non valere. Quibus verbis hoc significat, iudicem non posse de re, quae tota in iudicium deducta est, pro parte iudicare, pro parte iudicationem omittere. Et hoc vel maxime pugnare videtur cum eo, quod ante diximus, ubi plura sunt petitionis capita, sententia iudicis pro uno eorum latam valere, & in familia erciscundae iudicio posse aliquid indivisum a iudice relinqui, cujus divisio postea petatur iudicio communi dividendo. Caeterum nullam hic esse pugnam, loco illo Pauli exposito, nempe d. l. in hoc iudicio 27. ff. fam. ercisc. patebit. Ait Jurisconsultus: In hoc iudicio condemnationes & absolutiones in omnium persona faciendi sunt. Quod notandum est. Ex eo enim intelligimus loqui Jurisconsultum de praetoribus huius iudicii personalibus, quae damni, lucri, imperiarum nomine inducuntur, non de rebus, carumque divisio. Ex utriusque constat iudicium familiae erciscundae, l. item Labeo 22. §. 4. ff. fam. erc. jur. l. 3. ff. com. divid. Si de rebus locutus esset, ita scripsisset. In hoc iudicio ad iudicationes & absolutiones, &c. ut in l. cum putarem 36. ff. eod. l. 2. §. 1. ff. fin. reg. Nam ad iudicationes praecedunt condemnationes sequuntur, §. 4. ff. de offic. iud. inter condemnationem & absolutionem nullus est inter se ordo. Omnia igitur ad iudicationem mentio satis indicat non de rebus, quarum ad iudicatio est, sed de personalibus invicem, praesentibus tantum Jurisconsultum locutum esse, quaquam & in rerum ad iudicationem hoc observandum, ut de re, quae tota in iudicium deducta est plena sententia feratur. Potest quidem aliquid in rerum divisione & ad iudicationem indivisum manere in iudicio familiae erciscundae: quia res plures in hoc iudicio appellatione familiae deducuntur, & quod sit

testium est, potest dividi postea iudicio communi dividendo, l. si filia 20. §. 4. ff. fam. ercisc. sed de quo re sententia fertur, de ea tota ferenda est non pro parte. Et sic quoque de praesentibus personalibus quae specialiter in iudicium deducuntur, iudex non recte pronuntiat, nisi plene pronuntiet, facta scilicet, vel condemnatione vel absolutione in omnium personis, & quibus petuntur. Quippe unum iudicium non potest ferri in partes ita ut de ea re, quae in iudicium venit, partim iudicetur, partim non iudicetur. Non potest, inquam, res in iudicium deducta iudicari pro parte, nec res iudicata valere in partem tantum, de qua pronuntiatum est; in partem autem omnifam non valere: sed causam, quae tota in iudicium deducta est, & totam sententiam iudicis dirimi oportet. Denique plena deesse sententia iudicis, l. qualem 19. §. 1. ff. de recept. arbit. semiplena ne pro parte quidem valet. Declarem rem exemplo. Quatuor sunt coheredes, qui inter se agunt iudicio familiae erciscundae. Primus, Secundus, Tertius, Quartus. Primus, qui impensas in communi hereditate fecerat, Secundus & Tertius eo nomine pro suis partibus impensas facere damnati sunt; Quartus damnatio omnia. Non valet hac sententia, quia plenus non est. Plena vero est, etsi non de omnibus praesentibus personalibus, quae in iudicium deductae sunt, quasque & se invicem coheredes petuntur, iudicatum sit, dummodo in omnium persona unus ex his nomine condemnatio, vel absolutio facta sit: quia & de capite uno litis sententia lata plena sententia est, l. pen. C. de sent. & interloc. quae Graeca Justiniani constitutio a Cuijacio restituta est l. 11. c. 2. obf. & est communis sententia. Jam credo, apparet, nullam quoque esse discordiam inter d. l. quaedam mulier. 48. ff. fam. ercisc. & d. l. 27. ff. eod. Nam in specie d. l. quaedam mulier. iudex non semiplenam, sed plenam sententiam proferre debet omnibus scilicet, quae in iudicium deductae erant, pronuntians nulla parte omissa: itaque non potest in regulam, d. l. 27. quamvis de una parte bene, de altera male iudicasse dicatur. Nimirum aliud est de diversis partibus altera bene, altera male iudicare: aliud de re tota in iudicium deducta non integrè, sed pro parte tantum & semiplene iudicare, quod d. l. 27. & l. ult. ff. de jur. patron. improbat. Nec hoc latuit D. Augullinum, qui breviter cum Donatistis, col. 3. legitimum, inquit, iudex prohibetur semiplenam proferre sententiam. Cuiac. lib. 23. obf. 1. Dices fortasse, cur igitur appellatur a sententia in specie, d. l. 27. lata? Respondeo, quia iudex etiam liberos divilerat, qui nullo iure dividi poterant, cum non sint in patrimonio defuncti, nec in rebus

CAPUT XXXIX.

Ad quodnam tempus referenda sit rei debitorum estimatio, si ea creverit aut decreverit?

Quaestio haec valde perplexa est, nullusque est hodie vel iudex, vel patronus, vel jurisconsultus, qui non haeret maneatque suspensus quoties, cum condemnationi faciendi in rei debitorum estimatio, quaeritur, ad quod tempus estimatio referri debeat, ut ait Cuiacius, 21. ad African. 8. in l. hominem 37. ff. mandat. in fin. Natura & obligatione mutui continetur, ut res ejusdem generis & aequae bonae creditorum repescere reddatur, l. 2. pr. l. 3. ff. de reb. cred. Dum autem res reddatur ejusdem generis eademque bonitate, liberator debitor quantumcumque sit praesens estimatio, quippe estimatio extra rem est, & magis proficietur ex rerum copia aut inopia, quam ex bonitate. Quod si res ipsa praesens non potest, aut non aequae bona, ut necesse sit condemnationem ferri in rei estimatum, hic iam locus est quaestioni propositae, quodnam tempus in estimatione inveniendum spectandum sit. Atque hoc non in mutuo tantum, sed etiam in stipulatione & contractibus bonae fidei, emptione, venditione, commodato, deposito, pignore, mandato, &c. quaeritur. Primam dicam quid hic mihi respondendum videatur ex ratione juris ferri: deinde quid juris hodie in iudicis & foro obtinere plerique interpretes testentur.

Estimatio petitur aut iure actionis, aut officio iudicis: iure actionis, cum in obligationem deducta est a contrahentibus, puta cum quis eam stipulatus est, ut in specie l. fundum 18. ff. de movat. aut cum ab initio deberi coepit, ut in specie l. hominem 37. ff. mandat. Officio iudicis venit estimatio, cum petitur res ipsa, quae in obligationem deducta est, sed ea praesens non potest, aut non potest tam bona. Hic enim officio iudicis in locum rei succedit ejus estimatio.

uo. l. plerumque 10. in fin. ff. de jur. dot. junct. l. si fructum 97. §. ult. de verb. obl. & ita capite l. vinum 22. ff. de reb. cred. Cum petitur estimatio jure actionis, questio hanc locum non habet, utrum creverit, an decreverit estimatio. Eam enim estimationem iudex adjudicat, in quam debitor initio se obligavit, d. l. vinum 28. ff. de novat. aut quae ab initio deberi cepit ut in d. l. hominem. ff. mandat. Atque hoc efficitur certa ratione juris, quoniam tale quidque debetur, quale in obligationem deductum, estque hic estimatio ipsum principale debitum, quod ex obligatione praestandum est: ideoque sicuti homine promissio ipse homo petitur, ita & promissa estimatio, non nisi ipsa estimatio, qualis & quantae in obligationem deducta est, petenda & praestanda erit. At cum estimatio petitur officio iudicis, tunc procedit haec questio, non in pecunia credita, cujus est perpetua estimatio, l. 1. ff. de contr. empt. sed in frumento, vino, oleo, &c. mutuo datus, quae pecunia estimantur, l. si ita 42. de fidejuss. item in ceteris rebus debitis ex quoque contractu. Veteribus in hac questione placuit haec distinctio, ut si liquidum convenit, ut res certo die redderetur, in lite estimanda spectaretur datus adjectus inluper habito, an contractus sit bonae fidei, an stricti juris, l. vinum 22. ff. de reb. cred. l. ult. ff. de cond. trit. l. qui autem 12. §. 1. ff. si quis aut. jud. l. si calendaris 11. ff. de re jud. l. quotiens 59. ff. de verb. oblig. l. 37. §. 1. ff. mand. Diem autem adjectum hic spectari cum dicitur, intelligimus ab eo tempore, ut termino a quo, debere iudicem auctae estimationis rationem habere, in strictis iudiciis usque ad licem contestatam, in bonae fidei usque ad condemnationem, quasi mora contracta. Si convenit, ut res certo loco redderetur, placet inspicere, quanti res plurimi post moram contractam eo loco fuerit, quo dari debuit, d. l. vinum. de reb. cred. d. l. ult. de cond. trit. usque ad licem contestatam ut extremum in strictis iudiciis, usque ad rem iudicatam in bonae fidei iudiciis, per l. 3. §. 2. ff. commod. Non obstat, l. cum quis 22. ff. de oblig. & act. Nam illa Iuriconsulti verba, ejus temporis estimatio praestanda esse, quo satis accepti, sic accipienda sunt, ut significetur id tempus, quo ut merx solveretur, fidejussor se obligavit, vel cum Curatio in d. l. cum quis, tract. 3. ad Africam, & in l. quotiens 59. de verb. oblig. ponendus casus, quo fidejussor intervenit, cum jam dies venisset, quo reus solvere debuit, arg. l. 9. §. 3. ff. de pign. act. Quod si pura sit obligatio, in bonae fidei iudiciis spectatur tempus litem contestatae, ut terminus a quo, tempus rei judi-

cat, ut extremum & terminus ad quem: nisi res perierit: quia res antea extincta non potest estimari, quanti tunc est, cum sententia fertur, & ideo estimatur, quanti fuerit tempore incertitas, per l. 3. ff. de cond. trit. In strictis autem inspicitur tempus litem contestatae duntaxat, id est, ut terminus a quo & ad quem simul, d. l. 3. §. 2. ff. commod. nisi mora facta sit, quo casu tempus mora est terminus a quo in utroque genere iudiciorum. De strictis est in l. hominem 37. §. 1. ff. mandat. De bonae fidei in l. 3. §. ult. l. si feritilis 21. §. 3. ff. de act. emp. Licet enim raro sine mora ad iudicium perveniat l. 3. pr. ff. de usur. aliquando tamen id fieri potest, l. sciendum 21. & seq. eod. Itaque quantum estimatio crevit a tempore more usque ad iudicium acceptum in strictis, in bonae fidei contractibus usque ad rem iudicatam hic praestandum erit. l. 3. §. 2. ff. commod. Contra si creditor in mora fuerit, ex eo tempore res estimabitur, quanti minimi, arg. a contrario. Quod si quis jam quaerat, cur in strictis iudiciis tempus litem contestatae, in bonae fidei tempus rei iudicandae, ut extremum spectetur: ratio haec est, quia in strictis iudex adstringitur formulae petitionis: petitur autem res, ut nunc est cum petitur l. 2. ff. de usur. & hoc pertinet, d. l. 22. ff. de reb. cred. In bonae fidei vero iudicis non ita est iudex formulae non est adstrictus, & potest iudex etiam eorum, quae postea contingunt, rationem habere, sicut exceptio-nes formulae non insertas post litem contestationem potest admittere, l. plane 38. l. ult. ff. de her. petit. l. 3. ff. de res. vend.

Non obstat, l. 5. §. ult. ff. de in lit. jurand. ubi si post moram aut culpa debitoris res perierit ante licem contestatam, & iudex aditus sit, ea iurejurando in litem estimanda dicitur, etiam in strictis iudiciis. Nam liberum est auctori recitare iusjurandum, si de estimatione testibus ad instrumentis probare malit: utrumque enim iusjurandum in litem tam veritatis, quam affectionis auctoris gratia comparatum est, l. quod si 71. ff. de rei vind. & quaerimus hic non de estimatione quae fit a parte, sed a iudice. Nihil quoque in contractum facit, l. cum fundus per. 31. ff. de reb. cred. quia illic nulla questio est de estimatione rei petita, sed de fructibus & accessionibus & causa rei. Certum autem est quod post iudicium acceptum omnem causam auctori praestandam esse, ut est, si omne, quod habentis fuisset, si tempore litem contestatae res petita restituta aut soluta fuisset; haec enim omnia una cum re tactae in iudicium deducuntur, & ad officium iudicis pertinent, d. l. 31. de reb. cred. l. praeterea 20. l. & ex diverso 33. §. 1. ff. de rei vind.

l. 2. l. 3. §. 1. videamus 28. §. si offensionem 7. ff. de usur. l. adules 55. §. item sciendum 8. ff. de mil. edit. Non advertarius etiam l. 7. §. 1. ff. de cond. furt. ubi dicitur in conditione furtiva, quae stricti juris actio est, si quaeratur, cujus temporis estimatio fiat id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit.

Nam quia ius temper, hoc est ab initio rei ablatae, & quolibet momento moram facere intelligitur, ideo in conditione furtiva res, quanti unquam plurimi fuit, usque ad licem contestatam estimatur, l. ult. in fin. eodem tit. Fac. l. pen. ff. de act. rer. amot. Nec advertatur huic responsioni, l. 2. §. 3. ff. de priv. delict. Neque enim hoc dicitur in conditione furtiva estimationem restringi ad annum retroflus computandum ex die iudicii accepti, ut fit in lege Aquilia, sed contrario modo rem quanti plurimi fuerit ex die more usque ad acceptum iudicium estimari. Magis obstat l. 3. de cond. trit. ubi in estimatione rei facienda condemnationis tempus spectari dicitur in conditione triticaria, quae creditur esse stricti juris. Respondet Pacius conditionem triticariam non differre ab aliis actionibus specie, sed tantum qualitate adjecticia, & aliarum quarum est adjectio, naturam imitari, arg. l. 1. ff. eod. tit. sicut actio de peculio, infortoria, exercitoria, &c. non sunt actiones per se constantes, sed tantum actionum ex contractu, puta mandati, depositi, exemplo, ex stipulato, &c. adjectione, quarum actionum naturam & ipsae imitentur. Quapropter casus habilis in d. l. 5. ponendus est, nempe si triticaria de estimatione agatur, ex causa bonae fidei iudicii, puta ex causa commodati, depositi, pignoris, &c. non autem si eadem actio agatur ex causa mutui aut stipulationis. Ita Julius Pacius, cent. 3. quaest. 72, alii aliter. Ant. Faber, l. 18. consuet. 4. putat d. l. 3. intelligendam de casu, quo post condemnationem triticaria de estimatione agitur, & fortasse rectius: sed amplius delibendum. Vide Curat. in l. quotiens 59. ff. de verb. obl. Don. in l. vinum 22. ff. de reb. cred. Duar. ad tit. c. si cert. per. c. 8. Hotoman. ill. q. 10. Ant. Fab. 16. consuet. c. 1. & seqq. & Cod. for. tit. si cert. per. de fin. 7. & seqq. Veraz. in Cl. podem. 25. Broech. cent. 2. esset. 19. Schiford. l. 1. tract. 20. & 8. seqq.

Ceterum ex communi interpretum sententia cum de inenda rei estimatione quaeritur, nulla inter iudicia bonae fidei & stricti juris facienda differentia, nisi cum agitur de rei estimatione per iusjurandum in litem ab actore probanda, D. post. Bart. & Castr. in l. 22. ff. de reb. cred. ita enim accipiunt, quod scriptum est in l. 3. §. 2. ff. comm. quia ibi etiam de iurejurando

agitur. Sed tam in iudiciis strictis, quam bonae fidei inspicendum est tempus mora, si qualis litem contestationem praecesserit, & eo tempore res pluris fuerit, sive mora re ipsa contestata sit, ut puta venditore post acceptum pretium cessante in tradenda re vendita cujus tradentem facultatem habet, ut in specie, l. 13. §. veniant. 20. ff. l. 5. c. de act. empt. fore per lapsum dicitur in obligatione positum, ut in d. lib. 2. & l. 11. ff. de re judic. fore per expressam interpellationem vel in iudicio, vel extra iudicium opportuno loco & tempore mora res minoris fuerit, crescet in singula momenta estimatio ab eo die, quo mora contracta est, in diem usque condemnationis, si non medio tempore mora purgata, nec postea furtim contra facta sit, arg. l. 8. §. 2. ff. de cond. furtim. cum aliqui furtum fecit, ut moroso debitori sua proferat frustratio contra l. hominem 37. §. 1. ff. mand. Sed & post condemnationem crescit estimatio per l. 3. ff. de cond. trit. sive h. sententia perperam & sine causa provocatum sit; sive post quadrimestre, quod faciendum iudicatum datur, l. ult. c. de usur. rei iud. novam moram contraxerit debitor, jam condemnationis. Totius autem illius quadrimestris temporis iudicis, etiam cum mora praecesserit condemnationem, condemnati immunes erunt a periculo augmenti estimationis, si forte interea creverit. Interdum vero iuxta eandem Interpretum sententiam spectandum tempus contractus, eaque debebitur estimatio quae tunc praecise fuerit, si nimirum si ita ferant verba contractus, & estimatio ipsa fit in obligatione, obligatio autem ipso contractus tempore oritur, ut in specie l. 28. ff. de novat. At si obligatio praestanda estimationis non statim oritur, ut ejus temporis habenda ratio, quo oritur, ut evenit in casu, l. hominem 37. ff. mandat. cum quis alterius mandato datur certum hominem fidejussor & solvit: quoniam ab eo demum die, quo solvit, nascitur obligatio & ius petendae estimationis, per l. 22. ff. de oblig. & act. actio autem mandati datur in id tantum, quod eo nomine auctori abest. Hanc sententiam propter communem interpretum fere omnium contentum. Curias omnes nunc sequi testatur Ant. Fab. C. suo for. tit. si cert. per. de fin. 11. nec in tam multis a ratione juris scripti abhorret, ut ille existimat. ad d. Costal. ad l. vinum 22. ff. de reb. cred. Sand. lib. 3. tit. 4. de fin. 8.

CAPUT XL.

An si convenerit, ut pecuniam, quam mihi ex alia causa debes, crediti nomine retineas, mutua fiat?

Questio hæc tota Academica est, cui causam dedere duo loci inter se contrarii, non in speciem & *utra si gavissus* sed *tertia*; & revera: nempe *l. singularia 15. ff. de reb. cred. & l. qui negotia 34. pr. ff. mandat.* Ita jus est, ut quam pecuniam tibi credidi, ea non aliter mutua fiat, quam si de mea tua facta sit: in hoc enim mutuum damus, ut rerum creditorum dominium in accipientem transferatur, quod fieri non potest, nisi & si creditur, dominus sit, *l. 2. §. in mutui 4. ff. de reb. cred. junct. l. nemo 54. ff. de reg. jur.* Atque hoc mutui adeo proprium esse putatur ut etiam nomen ab eo acciperit, quod de meo tuum fiat, *d. l. 2. §. 1. Inst. quib. mod. re contr. oblig. in pr.* Igitur si inter nos convenerit, ut tu pecuniam quam mihi ex causa mandati, societatis, emptiois, &c. debes, creditam tibi habeas; aut, si, cum me mutuum pecuniam rogares, julerim, debitorem meum tibi dare, pecunia credita non fiet: mutuum non erit: non enim mea pecunia fuit, quæ crediti nomine aut retenta est, ut in casu prioris; aut tertia numerata, ut in posterioris; sed debitum, *l. 1. ff. de lib. legat. l. Quintus Mucius 23. §. 2. l. scribit 24. pr. ff. de cur. arg. mand. leg.* & hoc quidem efficit summi juris ratio, si viderelicet *utra res in specie* res exigitur. Ceterum Ulp. in *d. l. 15. ff. de reb. cred. singularia* quædam recepta esse circa pecuniam creditam id est, quædam benignè recepta esse contra subtilitatem juris, *παρα την αριστοκρατικὴν καὶ τὴν αἰσθητικὴν*, ut bene Græcicus Bysit. & nimirum, ut quamvis pecuniam meam non acceperit, officiarum tamen mutua, & eo nomine mihi obligeris, si convenerit inter nos, ut tu eam tantquam à me tibi creditam mihi deberes. Cujusmodi duas species profert. Prima est, cum te mutuum rogante, non dedi ipse de meo, sed curavi, ut tibi daretur de eo, quod mihi debebam, dum jubeo debitorem meum tibi dare. Hoc autem receptum est vitandi circuitus causa, & fictio quadam, quæ brevis manus dicitur in *l. licet 43. §. 1. ff. de jur. dot.* quasi ille mihi prius dedisset, ego deinde tibi *d. l. singularia in pr.* Nam & alias celeritate conjungendarum inter se actionum, id est, dum quod agimus,

acceleramus, una actio sæpè occultatur, & quodammodo surripitur, *l. 3. pr. ff. de don. int. vir. & ux.* Species altera quam ejusdem rei confirmandæ gratia Ulpianus in *d. l. singularia*, afferit, est, si convenerit, ut pecuniam, quam ex alia causa, & nominatim ex causa mandati tu mihi debes, crediti nomine retineas: in qua & ipsa exemplo superioris mutuum admittit, & facilius etiam admittendum censet; quia quod in duabus personis receptum est, multò magis recipi debeat in una eademque persona: utique enim facilius fictio breviorque manus tibi est, ubi una tantum est manus, ut tu scilicet videtur nihil solvisse & protinus à me accepisse. Noscendum hic obiter priorem obligationem non tolli conventionione & constituti novam ex causa mutui? hoc enim pugnet cum certo & explorato jure, quia novatio non fit citra stipulationem, *l. 1. l. 2. & pass. ff. & C. de novat.* & novissimo jure non aliter, quam si hoc ipsum à contrahentibus expressum fuerit, se novandi animo prioris obligationis tollendæ causa posteriorem contrahere, *l. ult. C. cod. de primat. toll. solutione*, quamvis sine conventionione id non fiat: quia fingitur debitor pecuniam dedisse creditori, atque eo modo ex priorè causa liberatus esse, eodemque tempore pecunia à creditore ad illum profecta, quæ res mutuum constituit. Est & alia species præcedenti non dissimilis, relata ab eodem Jurisconsulto in *l. rogasti 11. pr. ff. de reb. cred.* nempe si tibi mutuum roganti, quia pecuniam non habebam, lancem dederim, ut venderes, & pretio uteris; tuque eam vendideris, & nummos accepis, hoc perinde habendum esse, ut si vendidisset ipse, & pecuniam inde consecutam tibi numerasset. Prima species dubitationem non habet: nam & Africanus in *d. l. qui negotia 34. pr. ff. mandat.* faceret benignè receptum esse, ut hujusmodi in casu pecunia credita fiat. Sed item responsum Africani de secunda & tertia specie negotium fecerit, & quidem tale, ut Feliam mihi lavare videntur, qui rationem componendi dissidii inter Ulpianum & Africanum querunt.

DD. communiter circa speciem secundam, videlicet, si convenerit, ut pecunia debita ex alia causa, verbi gratia ex causa mandati credita fiat, illa distinguunt, ut si quidem procurator pecuniam habuerit solutioni paratam, procedat sententia Ulpiani in *d. l. singularia* in non habuerit paratam, Africani, *d. l. qui negotia*, & ita quoque Collatius in *d. l. singularia*, Corasius & *missell.* etiam hoc in responso Africani expendit, quod per epistolam inter absentes convenerit, quod etiam Donellus in *d. l. singularia prætextit*, sed neque

neque illud, neque hoc potest impedire fictione brevis manus. Pone Titium qui centum mihi debet, ex causa mandati aut qua alia, non habere paratam ad solvendum pecuniam, aut eam habitare Luetia, cum ego habitem in Belgio, an propterea, quod debitor pecuniam in loculis non habet, tungi non poterit soluta & retro tradita? Aut si alibi habitat, & per epistolam à me petit, ut eam pecuniam, quam ex alia causa debet, crediti nomine retineat, quidam possit pactione hoc effici, ut credita fiat, eadem illi quam dixi, fictione brevis manus? At egerit Corasius nihil aliud in *d. l. qui negotia* ab Africano proponi, nisi quod epistola à procuratore ad dominum negotiorum missa sit: solus autem procuratoris voluntate à priorè obligatione recedi, etiamque solvi atque in aliam causam converti sine consensu domini non posse. Sed quis non videt, quam stulta, si talem causam ponamus, sit questio? Digna scilicet questio, de qua Jurisconsultus adeatur & consulatur, an debitor, qui mihi centum debet ex causa mandati vel alia, se liberare, causamque debiti me ignorante aut non consentiente mutare possit? Supponit Jurisconsultus creditorem epistolæ ad se misisse consensisse sive aperte per rescriptionem, sive tacite, hoc ipso scilicet, quod aperte non diffidit nec rescripsit, *l. si filius fam. 17. ff. de senat. Maced.* Constat autem, pacta recte fieri per epistolam, *l. 2. ff. de pass. & epistolam*, cui consentit is, ad quem mittit, pro pactione esse, *l. dot. 16. ff. de fund. dot.* Jam verò Africanum in specie à se proposita epistolam pro conventionione seu pactione accepisse ostendunt hæc ejus verba: *Alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam*, &c. item illa in *fin. pr. d. l. qui negotia tamen usuras*, de quibus convenerit, prestare debet, denique & duo illa exempla, in quibus mutuum ex conventionione admittit. Nemo autem unquam pactionem aut conventionem dixit pro voluntate unius, *l. 1. §. 1. ff. de pass. l. 3. de pollicit.* nec ita loqui Jurisconsulto integer fuit, non magis quam vestem appellare luppellectilem. Postremò fictionem, ut tu mihi videaris ex priorè causa solvisse, & rursum ex causa mutui protinus à me accepisse, sine mutua conventionione locum esse non potest. Ergo pactione nuda per epistolam id actum inter me & te proponitur, ut pecuniam, quam mihi debes ex causa mandati, debeas ex causa crediti: & Corasius in *d. l. singularia* causa mandati convenerit, in ea pactione causa mandati convenerit, ut quæ negat Africanus & quamvis lateatur, usuras ex ea pactione peti posse, nempe actione mandati, & periculum numerorum ad procuratorem transire,

Vinnii Quæst.

d. l. qui negotia in fin. præf. Et igitur secundum Africanum sententiam in specie proposita, pactio, de qua agitur, ad obligationem foris ex causa mandati convertendam in obligationem mutui inutilis est. Atque hoc primum probare conatur argumento ducto ab absurdo, quod alioquin dicendum sit, ex quolibet contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Respondet deinde duobus argumentis, quæ in contrarium afferri possunt, quorum alterum ostendit esse à dissimili, nempe quod summi, quos mihi debes, ex causa depositi crediti funti, modò convenerit inter nos, ut crediti fiant, quia hic nummi, qui mei erant tui sunt, *l. condidit 9. §. ult. ff. de reb. cred.* Alterum à simili quidem esse fateatur, nempe si debitorem meum jussero tibi mutuum rogandi dare pecuniam, eam creditam fieri: sed ait, benignè id in hoc casu receptum esse, quod inuit id non esse producendum ad consequentias, *l. quod vero 14. ff. de legib.* Notandum hic in transitu, quod si in specie initio ab Africano proposita, & de qua hic queritur; solus debitor, ut vult Corasius, voluntas intervenisset, non alterum solum è duobus exemplis, quæ obijciuntur, dissimile esset, sed utrumque. & una eademque ratione utrumque rejici posset: quia scilicet in specie controversæ unus debitoris, in exemplis obiectis utriusque consensus intervenierit, quod & Schifordigerus *lib. 2. tract. 16. quasi 3.* observavit. Quid verò Ulpianus in *d. l. singularia*? Is ex professo se opponit Africano, & quod ille negabat, affirmat, scilicet etiam in specie, de qua agimus, si convenerit, ut pecunia debita ex causa mandati, crediti nomine retineatur, creditam fieri; multoque magis in hac specie id recipiendum esse, quàm illa, ubi mutuum petenti jussu debitorem meum pecuniam dare, ducto argumento à minis probabili ad id, quod est magis probabile: quia, inquit, quod in duabus personis receptum est, id etiam in una admitti debet. Probabilius enim est, ut fictio inducatur in una persona, quàm in duabus; quippe facilius nulla interposita alia persona pecuniam, quam tu mihi debes ex alia causa, credere tibi possim, ut tu mihi videaris solvisse, & mox à me accepisse, quam per personam interpositam. Illud procul dubio non negasset Ulpianus, ea quæ benignè recepta sunt, non esse producenda ad alia, quæ minis sunt probabilia; veluti si fictio illa brevis manus in una tantum persona recepta fuisset: fed cum illa recepta sit in duabus personis; etiam ad id, quod est probabilius, ubi una duntaxat persona est, eam producendam rectè existimavit. Eadem dissensio inter eosdem jurisconsultos est & in tertia illa,

(K)