

JOANNIS à SANDE Jcti,
& Supremæ Frisiorum Curiaë Senatoris

Ad Titulum Digestor.

DE

Diversis Regulis Juris antiqui

COMMENTARIUS,

FORI & ACADEMIARUM

Patronis Utilissimus,

*in Leges solidè explicantur, tum affines Quaestiones
ex Veris Juris Principiis evolvuntur.*



LEOVARDIÆ,

Apud JOHANNEM JANSONIUM,
ANNO MDCCXVII.

Libliopolam.

COLECCIÓN DE
DOCUMENTOS
DE LA
HISTORIA DE
ESPAÑA
TOMO I
MADRID
1845



JOHANNES - JACOBVS
WISSENBACH,

J. V. D. & Professor Frisius

LECTORI S. D.



*Rodeunt in lucem, Benevole
Lector, JOHANNIS SAN-
DII, Antecessoris quondam
in hac Academia Celeberri-
mi, dehinc in Suprema Fri-
siorum Curia Senatoris Gra-
vissimi, in Titulum Dige-
storum de Regulis juris (cujus Utilitatem operose
commendare velle, id verò esset, accendere εν τῇ μεση-
μερίᾳ λύχρον) Acroamata sive Recitationes Cathedra-
riæ, diutius hætenus asservatæ, aut suppressæ. Im-
plevit Auctor in his Commentationibus optimi Inter-
pretis partes. Verum & genuinum uniuscujusque
legis*

legis sensum expositurus, non ex aliis Interpretibus, quid quisque sentiret, sed quod sibi probaretur, potissimum executus est: quô genere interpretandi Veritas planius ostenditur, judiciô Cujacii Interpretis consummatissimi. Tum Exemplis, quæ sunt obsides sermonis, illustrat quæ obscura sunt; facili & perspicua oratione suô quæque locô tradens. In Controversiis ex ipsis legibus natis (alienas enim movere quæstiones, à scopo Jurisconsulti longissimè aberrantes, & quasi cogitare Intermundia Epicuri, stultus ei visus labor, & quod Epigrammatographus, Difficiles Nugæ) nodisque vindice dignis, veram amplectitur sententiam, eamque legibus, ac legum rationibus confirmatam ab Objectionibus dextrè vindicat. Ut adeo hic Auctoris δικαιολογίας inter Professionis munia, & Disputatoria Exercitia elaboratus commentarius mereatur

Oculisque legi, manibusque teneri.

Vale, Candide Lector, & salve. Script. Franeke-
ræ, propriid. Eid. Novemb. Anni MDCXLVI.

IN TIT. DIGESTORUM

DE REGVLIS IVRIS COMMENTARIUS.

AD RUBRICAM *De Diversis Regulis Iuris antiqui.*



Facturus interpretationem tituli, in Digestis nostris postremi, qui de diversis Regulis Iuris inscribitur, operæ prætitium me facturum esse duco, si primum indicavero, quomodo hic titulus cum præcedentibus continetur, ac cohæret, & deinceps verba rubricæ, seu inscriptionis explicavero.

Ad rationem ordinis quod attinet, hic titulus sane haud improbabili-ter duobus modis potest præcedentibus connecti. Primo, cum ex jure regulæ fiat, ut inquit Vlp. in l. i. h. t. necessarium fuit prius jus cognoscere. Differunt enim jus, & regulæ, sicut causa & effectum, materia & materiæ, Hotom. lib. 2. obser. cap. 2. Atque ita regulæ tempore posterior est, quam jus. Sic ut merito jus non ex regulæ, sed ex jure, quod est memoriæ causa, sumatur regulæ. Non mirum igitur videri debet si huic titulo ultimus attributus fuerit locus, cum sub summa veluti eorum, quæ hætenus dicta sunt continuatur. Ex omnibus enim partibus juris variæ sententiæ & regulæ hic proponuntur, hoc est multarum rerum, quæ eo-

dem se habent modo, comprehensiones breves. Deinde cum Glossa dici potest, ideo hunc titulum ad calcem Digestorum esse rejectum, ut ratio, quæ in pluribus nostri juris partibus specialibus esset observata, in totius operis structura non videatur neglecta, l. quæ de tota. 77. de rei vindicat. Sed cum novum non sit, ut specialiter enumeratis, generalis clausula subji- ciatur, l. si servus 29. §. cum non plane. ff. ad L. Aquil. Vt antea speciales tituli, de Judiciis, de Contractibus, de ultimis Voluntatibus, de Delictis tam publicis quam privatis positi sint, ideo nunc generalem titulum addi, qui reliquorum omnium quandam epitomen, aut brevem summam contineat: Quæ ipsa continuatio probari potest, non tantum per c. 44. in princ. de procurat. in. 6. sed etiam per integros titulos: Nam postquam in Digestis tractatum est de servitutibus tam urbanorum quam rusticorum prædiorum, subji- citur tandem titulus Communia prædiorum, & in Codice titulus Communia utriusque Judicii, sequitur titulum specialem Comuni dividendo, & pari ratione collati sunt tituli in Codice Communia de legatis, & Communia de successione. Et ab hac connexionione non discrepare arbitror, eam,

A

quam

quam tradit VVelemb. in parat. ad tit. de verb. signif. Quod nimirum generaliter, & breviter omnia repetantur, quæ ante in specie copiose enunciata sunt.

His ita de ordinis ratione præmissis, nunc explicanda est rubrica hujus tituli, qui in pandectis florentinis inscribitur *de diversis regulis juris antiqui*, non simpliciter de regulis juris, Recte (inquam) inscribitur hic titulus de diversis regulis Juris, id est, non omnibus, sed quam plurimis, & plerisque regulis. Nec enim omnes regulæ hic traduntur, quæ sparsim in voluminibus juris occurrunt, sed plæræque tantum, quas Tribonianus, obfrequentiore usum, magis necessarias esse existimavit.

Nam quod Julianus ait in *l. si judex* 41. ff. de minor. unicuique licere, quæ pro se introducta sunt, contemnere, id regulam juris antiqui esse, Iustinianus ait in *l. si quis* 29. C. de pactis. quæ iisdem verbis repetitur in tit. C. de Episcop. & Cleri. *l. si quis* 51. & ex illa desumpta est, ut verba ipsa, & inscriptiones, & subscriptiones utriusque legis indicant: Hæc tamen regula sub titulo nostro non ponitur. Similiter nec illa hic traditur, quæ conceditur illius hominis gratia, pro quo noxalem furti actionem suscipere quis compellitur, adversus alium furti actionem habere, *l. apud antiquos* 21. in princ. C. de furt. & serv. corrupt. quam tamen generalem Iustinianus & ab antiqua prudentia expositam regulam ait. Simili modo regulæ, quarum faciunt mentionem, Iustinianus in *l. ult. vers. & hic argumentamur*. C. de hered. Inst. Ulp. in *l. Iurispergentium* 7. §. quin imo. vers. idem responsum scio ff. de pactis, in *l. 1. in princ.* ff. de auct. & consens. tutor. Paulus in *l. regula* 9. ff. de jur. & fact. ignor. Modestinus in *l. ventri* 20. ff. de tutor. & curat. dat. ab his. Papinianus in *l. si mihi* 12, §. 2. ff. de legat.

1. in *l. 1. §. veteres* 16. de acquir. vel amitt. hered. & complures aliæ regulæ in hoc titulo non proponuntur. Recte igitur hæc inscriptio tituli nostri est de diversis, hoc est, plerisque, non omnibus, regulis juris antiqui. Cæterum quemadmodum non omnes regulæ juris sub hoc titulo comprehenduntur, sic nonnullæ repertiuntur, quæ regulæ, nec nomen, nec auctoritatem unquam habuerunt: Tales sunt *l. Divus. l. Vbi. l. Neratius. l. ea est natura. l. hereditas*; quales non videtur perpensis Tribonianus, dum nimis festinanter tantum opus confecit. Cujac. in parat. h. t.

Additur in inscriptione (Juris antiqui) non quod illud jure novo sit abrogatum, sed quod à ICtis, qui veteres appellantur continuo usu sit retentum, & ad nos translatum. *l. veteres* 39. ff. de pactis. *l. 1. §. veteres putaverunt*. ff. de acquir. possess. *l. si se unum* 91. §. sequitur. ff. de verb. oblig. §. ex quibusdam. Inst. de oblig. quæ ex quasi. contract. nasc. *l. ult. C. unde vi*. Quod Ius à Iustiniano antiquæ leges, antiquum jus appellatur in *l. univ. C. de emend. Cod. & in l. 1. §. postea. C. de vet. jur. enuc. §. 1. in proem. Inst.*

Atque ita hæc particula Rubricæ nostræ non tantum nihil detrahit, sed etiam valde commendat, quod nimirum hic tradantur axiomata, non quæ à Cæsaribus post natum Christum nonnunquam sine ratione ex sola voluntate constituta sunt, sed quæ à veteribus & antiquis ICtis matura habita deliberatione inventa & tradita sunt; ut ita jus antiquum, & jus vetus significet ICtorum disputationes. Ut in rub. C. de vet. jur. enuc. Menoch. de recup. possess. remed. 13. n. 3.

Ex his consequens est nimirum, quod licet alias sub poena falsi prohibitum sit legibus antiquis & abrogatis uti. *l. unicuique*. §. hinc igitur. C. de Iustin. Cod. confir. *l. fin.*

l. fin. ff. ad l. Corn. de falsis. tamen hæc prohibitio hujus tituli nostri legibus non possit applicari. Hinc videmus quod Iustinianus noster, & alii Cæsares hisce re-

gulis juris antiqui ad decisiones causarum utantur. *l. pen. & ult. C. de pact. l. absentem. C. de excusation. l. ult. §. hoc etiam. C. de acquir. & retin. possess.*

Ad l. i.

Paulus lib. 16. ad Plautium.

Regula est, quæ rem, quæ est, breviter enarrat. Non ut ex regula jus sumatur; sed ex jure, quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, & (ut ait Sabinus) quasi causæ coniectio est. Quæ simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.

Interpretatur hic etiam l. omnis definitio. 202. hoc tit.

Cum secundum Ciceronem. 1. offic. omnis, quæ de aliqua resuscipitur, institutio, à definitione debeat proficisci, recte & ordine factum est, ut initio hujus tituli proponeretur, quid sit regula. Est autem regula (definitore Paulo) quæ rem, quæ est, id est, quæ jam ante constituta est ac definita, breviter enarrat, quod sit, quando vel causam aliquam generaliter proponit, quam in variis controversiis decidendis secuti sint prudentes, vel quando ipsa quoque singularia diversis locis occurrentia, propter aliquam similitudinem, quam invicem habent, in unum fasciculum sive corpus memoria gratia colligit.

Ait ICtus (Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat) Atqui si ex regula non oritur jus, igitur regulæ non est fidendum, nec ex earum aliqua, jus, vel decisio causæ sumi debet. Verum hoc illis verbis non innuitur, sed potius ostenditur discrimen inter jus & regulam: Differunt enim sicut causa & effectum, materia & materiatum. Atque ita regula tempore posterior est quam

jus, ut merito non jus ex regula fiat, sed ex jure, quod est, id est, ante constitutum est, & quo ante diversi casus definiti sunt, regula prodierit, atque ita sit plurimarum in non dissimilibus causis quasi quinta essentia. Unde & ICti hæc generalia, sine individuorum complexione, axiomata, rationem juris appellant. *l. si debitor. 4. §. fin. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit. l. 14. ff. de ll. l. quod contra 141. h. t. nost.* Ad dubium igitur superius motum responderi potest per distinctionem: Aliud esse loqui de rei cuiuspiam origine: Aliud de rei ejusdem usu. Textus noster non loquitur de usu harum regularum, ideoque hinc ne utique probari potest, quod eæ ad causarum decisiones accommodari nequeant. Sed certum est, quod tam diu stetur regulæ, donec exceptio ab adversario probetur, Bart. *in l. quoties. n. 1. ff. si quis cautionibus.*

Addit ICtus (Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur) Nam regula, quid in singulis rebus juris sit, breviter, & generaliter demonstrat: Unde recte

Sabinus hic eam causæ conjectioni comparat sumpta metaphora ab Oratoribus, quibus conicere causam, nihil aliud est, quam argumentum rei breviter & summam Iudici, apud quem agendum est, exponere, vel in breve cogere, idque vel in principio, ut attentum faciat Iudicem, vel in fine, ut eum memorem dimittat. Hadrian Turneb. lib. 29. *advers. cap.* 15. Eadem significatione hoc verbo uti videtur Marcianus *m. l. 1. ff. ad l. Corn. de fals. Testimoniave falsa inspicenda coniecit*, ut in florent. legitur, id est, Testimonia falsa in breve coegerit; & hanc lectionem florentinæ agnoscunt, quæ & comprobatur auctoritate Ciceronis ad Herennium (si is modo auctor est) lib. 2. Asconii Padiani in secunda verrina. Gellii lib. 17, c. 1. & lib. 5. cap. 10. eamque confirmant, F. Duatenus in *l. jus gentium. 7. §. quinimo ff. de pactis*, & lib. 1. *animadversar. disput. cap.* 46. Franc. Boletus in *histor. firi Roman.* lib. 4. c. 15. Bernard. V Valther. lib. 1. *miscell. c.* 21. vulgati Codices legunt (conjunctio) quam lectionem retinent omnes fere cum latini, tum græci interpretes. Sed ea huic Pauli loco non videtur quadrare: Nam alioquin hæc duæ voces (quasi causæ) frustra hic essent à Icto appositæ.

Denique subjicit Ictus (Quæ simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum) non raro enim fit: ut verba regulæ latius pateant, quam ipsa sententia; & tunc in eo casu, quem sententia non continet, ipsa regula, utpote aliquanto generalius concepta, quam oportuit, perdit officium suum, id est, non omnes omnino casus subjectum concernentes sua generalitate includit ac comprehendit. Quod autem hic ait Paulus vitiari, perdere officium suum regulam, quando in aliquibus casibus non procedit: Hoc alii Ictum appellant derogari, *l. derogatur, 102.*

ff. de verb. signif. excipi, l. & eleganter 7. in princ. ff. de dol. mal. non procedere, l. 2. §. si quis. 4. §. hoc autem in servo non procedit, ff. ad l. aquil. subverti, l. omnis, 202. h. t. n. temperari, moderari, restringi; Ut passim apud veteres, & recentiores Ictos videre est. Vulgus interpretum exceptiones istas, regulæ limitationes, & fallentias appellat: Fallentias ob id forte, quod fallant & decipiant multos. Quamvis autem communiter Dd. hæc Icti verba intellexerunt de exceptionibus, & limitationibus, ut in iis regula officium suum pardat. Decius: *hic n. 19. Cagnolus n. 25.* Tamen hanc Interpretationem rejiciunt, Franz. Hottom. *d. lib. 2. obs. cap.* 18. & Marquard. Freherus *lib. 2. parerg. c.* 13. hac præcipue moti ratione, quod si regula propter limitationes deberet perdere officium suum, id est, ut ipsi interpretantur, regula esse desineret, tum nulla fere esse posset in toto jure regula, quia omnes fere certis casibus limitantur, & restringuntur, postulante æquitatis, & circumstantiarum ratione. Gloss. in *§. 1. verb. existimamus, Nov. 94. Panor. in c. intellexi, 7. n. 5. in fin. ext. de Iudiciis.* Verum enimvero communem Dd. sententiam suslineri existimo, adducta ratione nihil obstante: Quod enim Marquard. Frehero absurdum videtur, id aperte fatetur, & agnoscit Ictus in *l. omnis, 202 h. t. n.* ubi definitionis vocabulo non significatur dialectica definitio constans ex genere & forma, sed generalis traditio, ut Placentinus ibi recte interpretatur, id est, brevis generalis, & circumscripta quædam sc. juris sententia, quam Icti proprie definitionem vocant, ut *§. ex quibusdam. Inst. de obl. ex quas. contract. §. quæ de sultone Inst. de obl. quæ ex delict. l. 22. §. quædam autem vers. quia definitio, ff. quand. dies legat. ced. l. mora. ff. de usur.* Dialectici tamen positionem, conclusionem, enunciatum,

tum, *αἰσῆμα*, & Medici *ἀφορισμὸν*, id est, aphorismum nuncupant. Ait igitur Iavolenus omnem definitionem, id est, regularem traditionem, periculosam esse in jure civili, id est, non posse sine periculo in jure aliquid statui generaliter & qua regula definiri. Parum enim est, id est, vix est, ut non aliquo modo subvertatur, id est, vitietur, & exceptionem patiatur, quibus verbis satis indicat Ictus nullam esse regulam, quæ non habeat suas limitationes. Quod deinde opponitur illud vulgatum, quo dici solet exceptionibus regulam confirmari non everti. Huic facile respondetur per distinctionem inter certos casus exceptos, & non exceptos; in casibus enim non exceptis, confirmatur regula per exceptionem: Sed in casibus exceptis infirmatur, & perdit officium

suum. *l. nam quod 4. §. fin. ff. de pecu. legat.* Everard. Nicol. in *topic. loco 9. n. 1.* Catellius Gotta in *memorabilib. verb. exceptio firmat.* Ergo non est rejicienda interpretatio Hottomanni, & Freheri dicentium hunc versiculum intelligendum esse de axiomatibus vitiosis, sed omnino accipiendum credo de veris regulis; quæ in hac nostra lege definiuntur, illæ perdunt officium, quando exceptio ab adversario est probata. *l. 6. ff. de probat.* Et hæc sententia non tantum per præfatam interpretationem potest defendi, sed & per relativum (Quæ) repetens præsentia; cum autem in antecedentibus textus noster loquatur de vera regula, sequitur quod relativum etiam accipiat de regula in juriis fundamentum habente. Bart. in *l. 9. n. 1. ff. de just. ex jur.*

Ad l. 2.

Ulpianus lib. 1. ad Sabinum.

Femina ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotæ sunt: & ideo nec Iudices esse possunt, nec Magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec Procuratores existere.

Duo hujus legis explanationi præmittenda sunt, quorum alterum continet differentiam inter munera & officia: Alterum discrimen inter officia Civilia, & Publica. Ad Prius quod attinet, notandum est muneris appellationem multo latius patere, quam officii: Nam munus, *vel donum cum causa*, ut natalium, nuptialitium; *vel onus*, ut puta, Tutelæ, vel Curæ; *vel officium*, ut puta, Iudicandi, vel legationis significat, vide *l. munus. 18. de verb. signif. l. munus. 214. eod. tit.* Munus rursus dividitur in Reale, seu Patrimoniale, Personale, & Mixtum. *l. fin. ff. de mun. & honor.* Patrimoniale, seu Reale est, in quo sumptus maxime re-

quitur, & personis imponitur, ratione tamen rerum, & bonorum: ut viarum muntiones, Collationes prædiorum, aliarque contributiones, *d. l. fin. §. patrimoniorum, 18.* Personale est, in quo non spectatur sumptus, sed præcipue cura & industria hominis, ut tutela, cura, *d. l. fin. in princ.* Mixtum quod partim animi corporisque intentionem, partim sumptus exigit. *d. l. fin. §. mixta.*

Porro quantum ad alterum illud, quod initio explicandum proposui, pertinet; Quamvis P. Faber hæc Civilia officia à Publicis nihil differre, ac proinde verba in hoc loco ita accipienda esse, ac si Ictus dixisset civilibus, sive publicis, contendat:

Tamen cum Bulgaro, & qui eum sequitur, ac defendit, Iacobo Campio inter hæc duo differentiam statuendam esse puto: Nam Officium ab efficiendo dictum, consistit in opera, & ministerio Civilium negotiorum quæ vel ad publicam, vel privatam pertinent utilitatem; Ad Publicam judicare; vel magistratum gerere: Ad Privatam cætera tria exempla in textu posita, puta Postulare, Intervenire, Procuratores existere. Itaq; officium Civile generale nomen est, & latius patet quam Publicum, ita ut omne quidem officium publicum sit civile, sed non omne officium civile publicum, quanquam etiam officia civilia, quæ ac privatam spectant utilitatem, nonnunquam dicantur publica sed improprie.

His præmissis, jam ad ipsius textus applicationem erit progrediendum.

Ait Vlpian. Feminas removeri ab omnibus officiis, non etiam oneribus, vel muneribus: Quamvis enim corporalia munera feminis ipse sexus deneget *l. & qui originem. 3. §. Corporalia. ff. de muner. & honor.* Attamen Patrimoniorum onera sustinere debent *l. 9. C. de mun. patrimon. lib. 10.* Quinimo & munerum corporaliū, sive personalium, & honorum quorundam sunt capaces. *l. unicuique C. de mulierib. in quo loco munera sexui congruentia agnoscuntur. lib. 10. à quibus superstitum quinque liberorum numero ipsas liberari, Marii exemplo Imperatores tradunt in l. pen. C. de his mun. quilib. 10.* Sic etiam ab officiis, quæ nudam continent dignitatem, & sunt sine administratione, non remouentur feminae. *l. Imperiales §. similes. C. de nupt. c. mulierem. 17. & ibi. Gloss. verbo auctoritatem. 33. caus. 4. quest. 5.* Removendarum autem mulierum à Publicis, & civilibus officiis duplex potest assignari ratio. Primum, quia illaudatum est, & contra pudorem sexui congruen-

tem, mulieres Civilia officia subire, cum earum proprium sit munus curare domum, & accipere, & tueri acceptum. *l. quaritur. 14. §. 1. ff. de Edili. Edict.* Deinde, quia infirmum & fragile est mulieris consilium, ac multis captionibus obnoxium *l. 2. §. verba. ff. ad SC. Velleian.* Hæc Regula exemplis à Icto nunc declaratur. &c.

Primum quidem exemplum quod hic proponitur est, quod feminae Iudices esse non possint, quod inde evenire testatur Paulus in *l. cum prator. 12, §. moribus. ff. de Iudiciis.* Quia receptum est ut civilibus officiis non fungantur: Iudicare enim est officii civilis, & publici *l. quippe Iudicare. ff. de Iudiciis. l. amissio. §. ult. juncta l. seq. ff. de capt. minut.* Eadem ratione prohibetur mulier arbitrium in se recipere *l. ult. ff. de recept. arbit.* à Pontifice tamen huic contraria defensiva & approbata consuetudo est *c. dilecti §. de arbit.*

Secundum exemplum est, quod feminae non possint Magistratum gerere, ut hic, & in *l. & qui originem. 3. §. Corporalia. 3. ff. de muner. & honor.* Differt Magistratus à Iudice, quod Magistratus sit officialis, qui imperium habet Publicum, cujus officium non in litibus decidendis, sed in procurandis populo necessariis, ac nocituris præcavendis vertitur: Sed Iudex est, qui à Magistratu datus litigantium iura audit, & postea sententiam dicit *l. 1. §. casum. vers. quisvis autem secus. ff. de postul. l. 2. §. judicem. ff. de Iudiciis:* Mulieribus igitur Magistratum gerere interdictum est, quia Magistratus est honos Publicus *l. Imperator. ff. ad L. Municip.*

Tertium exemplum est, quod feminae prohibeantur postulare, id est, Advocationis officium exercere, patrocinium exhibere, causam agere, causidici officio fungi: Ratio autem prohibitionis, secundum Vlpian. in *l. 1. §. sexum. d. de postul.* est,

est, ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, nec virilibus officiis fungantur mulieres: Huic autem prohibitioni causam dedit Calphurnia improbissima mulier, quæ inverecunde postulaverat, & Magistratum inquietaverat, ut idem Ulp. auctor est in d. l. 1. Vbi Calphurnia restituendum esse (Caja Aphrania) monent And. Alciar. lib. 1. magis. c. 37. Corass. lib. 4. Miscell. c. 21. Pet. Faber. hic num. 37. Philip. Math. in Comment. ad h. l. n. 14. & 15. tamen notat quod scilicet liceat faminis agere pro parentibus, morbo aut senectâ impeditis nec quempiam alium ejus patrocinio uti possint habent. l. feminas 41. ff. de procur. Quamvis autem sceminæ pro alio postulare nequeant alii tamen petere bonorum possessionem possunt l. 7. ff. de bsr. possess.

Quarto prohibentur hie sceminæ pro alio intervenire, quod Placentius, Decius, Cujacius, Revardus & interpretes communiter de fidejussore SCto Vellejano prohibitum interpretantur. Sed malim cum Petro Fabro hic. n. 23. idipsum ad interventionem aut defensionem Iudiciale, quæ sine mandato fit (ut distinguitur ab eo quod de procuratore statim subijcitur) referendum esse. Primo ut exemplum regulæ, quæ de publicis, & civilibus officiis est, congruat. Quæstionem hanc ex Philippo Math. ad h. l. n. 22. movere quis potest an scil. mulier SCto Vellej. renuntiare possit. Deinde per textum in §. 1. ubi, Legibus quoque cautum est, ut ob verecundiam sui sexus pro alio non intercedat mulier. causis. quæstio 3.

Quinto prohibet hæc lex sceminas procuratores existere, quod intelligendum est, ut scilicet in Iudicio, alterum cum mandato, vel alterius nomine alterum

convenire non possit, l. namque scemina. 24. ff. de procurat. Vbi Paulus ait: neque sceminam, neque qui Iudicium invitus pati non potest, idoneum defensorem intelligi: Ratio est, quia alienam suscipere defensionem virile, & civile est officium, & ultra muliebrem sexum. l. alienam. 18. C. de procurat. Sane extra Iudicium alterius negotia sceminam ut sine mandato, l. 3. ff. de negot. gest. Ita & cum mandato instar Procuratoris administrare posse non dubitatur, l. item, qui 10. §. cui, 6. ff. de mandat.

Sed & in iudicio quandoque mulieres procuratores esse possunt. Primo illis pro parentibus, nec alium quempiam, qui agat, habentibus, & forte morbo, vel ætate impeditis causa cognita agere permittitur. l. feminas, 41. ff. de procurat.

Secundo in actionibus voluntariæ Iurisdictionis, l. 1. §. illud quoque, C. communia de manumissi.

Tertiò quando mulier est Tutrix liberorum suorum, tum autem personaliter potest comparere nomine liberorum Phil. Francus in c. mulieres, num. 3, de Iudic. in 6. cap. ext. de appellation.

Porro limitatur, & restringitur hæc regula, ut & mulier publicum officium personale cum administratione obire possit. Primo si in regione, vel civitate aliqua consuetudo huic legi derogaverit: textus est manifestus in c. dilecti, 4. vers. quia tamen consuetudo ext. de arbit. Sic hodie usu statuto Principis privilegio hæreditaria iurisdictione mulier fungi potest: Decius hic. Secundo si Princeps scienter iis causam aliquam delegaverit cap. cum devotissimus, 12. caus. 4. quæst. 2. Gloss. in dict. cap. dilecti, 4. eod. sunt remotæ ext. de arbit.

Item Impubes omnibus officiis civilibus debet abstinere.

Quod supra de fœminis dictum fuit, illud nunc ad impuberes porrigitur, illas sexus, hos ætatis defectus à civilibus & publicis officiis arceat: In civile enim est, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, & intellectum non habent, ad res vel publicæ vel privatum gerendas adhiberi. Præterea officia civilia virilia sunt, quæ ante sumptam virilem togam juventus Romana non subibat: Revard. hic.

At quis hic objiciet ad Tribunatum numerorum vel ad tribunatum cohortis pupillos olim admissos esse, & sic per consequens officium eos gessisse virile. *l. ult. C. de test. milit.* hanc objectionem ut declinet: Ioannes Ruardus *lib. 4. varie c. 8.* putat corrigendum esse textum, & pro (Tribunatu numerorum) legendum esse (in Tribunatu numerorum, id est, sub Tribuno numerorum) verum cum textus correctio, seu emendatio omnibus modis sit vitanda, retenta recepta lectio-
ne dicendum existimo impuberes ad Tribunatum militum & alios militares honores admissos esse, non tam jure, aut recepta militari disciplina, quam prærogativa quadam Principum voluntate. Qui interdum & civiles honores ante tempus deserebant. *l. quidam ff. de re indicat. Cujac. lib. 17. obs. c. 36.* Hic autem Tribuna-

tur erat Codicillaris, & nuda sine administratione dignitas, quæ per majores natu vicarios adjuutores, & consiliarios administrabatur. Cujac. *lib. 17. obs. c. 36.* Corassus *lib. 5. miscell. c. 22.* Impubes igitur cujuscunque dignitatis, quæ administrationem non habet conjunctam capax est, ut notavit Bald. post Odofred. *in d. l. ult. per illum textum C. de testam. milit.* & idem Bald. *in l. sed & militis. §. jam autem. de excusat. tuto* & notavit Bart. *in l. 1. vers. prædictis patet. C. de dignitatibus. lib. 12.*

Sed & dignitatis annexam administrationem habentes capax est Impubes, quando ea jure hæreditario ad ipsum devolvitur ut in filio regis videre est, qui mortuo parente in regno succedit, ut notatur *in c. grandi. de supplend. neglig. pralat.* ut notat Bald. & Angul. *in d. l. ult. C. de testam. milit.* & tunc per Tutorem Regnum administratur, donec ipse ad plenam pubertatem perveniat, & idoneus, ac habilis ad regnum efficiatur: Oldrad. *consil. 52. incipit.* Quæstio talis Iohannes Andr. *in addit. ad Speculat. tit. de tutor. in rub. eleganter* Carol. Molinæus. *in consuet. Paris. tit. 1. §. 29.* Quin etiam Principes ex sententia Oldradi *d. consil. 52.* pupilli etiam esse intelliguntur usque ad annum 20. ideoque hucusque per Tutores Principatum administrare coguntur.

Ad l. 3.

Vlp. lib. 3. ad Sabin.

Ejus est nolle, qui potest velle.

Varia est hujus legis lectio, vulgaris & recepta lectio sic habet: Ejus est nolle, qui potest velle. Quam

probat Constantin. Harm. *enosc. lib. 8. capit. tit. 2. de diversis regulis juris antiqui in fin.* dum hanc regulam ita effert: Qui potest velle,

velle, potest etiam non velle, quæ lectio etiam probatur Bulgaro, dum ita hanc legem explicat: ei patet licentia nolendi, qui habet potestatem volendi. Hanc lectionem etiam sequitur Pet. Faber *hic. num. 2.* eaq; communi omnium fere interpretum consensu est recepta.

Florentina lectio hæc est: •Ejus est non nolle, qui potest velle, quam primus restituit & approbavit An. August. *lib. 1. emend. c. 2. in fin.* hanc etiam sequitur Jac. Rævardus *hic.*

De hujus legis lectione non ita pridem satis acerba exorsa est concertatio inter Jac. Cujac. & Ioannem Robert. Postquam enim Cujac. *lib. 5. obs. c. 39.* scripsisset hanc legem emendandam, atque in ea ita legendum esse: Ejus est non velle; qui potest & velle. Et hanc lectionem reprobarat Ioan. Robert. *lib. 2. recept. lect. c. 27.* Tandem Cujac. *lib. 15. obs. c. 23.* circa medium fatetur nihil referre utrum legatur (Nolle) an vera (Non velle) Robert. suam sententiam ulterius propugnauit, tam in animad. quam in notis utrobique *lib. 1. c. 30.* Cujac. vero Robert. exagitat in notat. Antonii Mercat. *lib. 1. c. 30.* Cujus operis autor est Cujac, ut ipse scribit *lib. 24. obser. c. 21.*

Ex harum lectionum qualibet commodus sensus elici potest. Siquidem enim legimus: Ejus est non nolle, qui potest & velle. Sensus est, cum posse tacite patiendo, & nihil contradicendo negotium aliquod approbare, cui etiam expressa voluntate id agere licet; Quæ lectio ulterius confirmari potest ex Nicolao Bellono *lib. 4. supput. c. 14.* ostendente ex verbo, vel nomine negativo, & adverbio negandi medium inter contraria effici: ut doctus & indoctus sunt contraria; si adverbium negandi huic posteriori nomini negativo addamus: fit non indoctus medium. Sic velle & nolle sunt contraria, sed non nol-

le significat medium quid, quando quis non expresse approbat, nec expresse improbat, sed tacite, & patiendo assentitur, quod etiam notatur in *l. 1. §. scientiam.* Ibi non voluntatem *ff. de tribut. act. & ibi Gloss in verb. (velle)*

Receptæ lectionis (nempe: Ejus est nolle &c.) hic sensus est, quod ille rem vel negotium aliquod impugnare, impedire, ac repudiare possit, qui idem negotium expresse gerere, & approbare potest.

Etsi vero ex his apparet utriusque lectionis sensum per se verum esse, tamen recepta lectio magis convenit huic loco, qui desumptus ex *Vlpi. lib. 3. ad Sabnum.* ubi Ictus egit de acquisitione, & repudiatione hæreditatis, ut constat ex *l. 4. ff. de acquir. vel omitten. hered.* quæ lex cum hac nostra eandem inscriptionem habet: Repudiata igitur florentina lectione, vulgarem retinebimus, & nunc aliquot exemplis declarabimus.

Primum exemplum peti potest ex *d. l. 4.* ubi dicitur quod nolle adire is non videatur, qui non potest adire: atque hæreditas nondum delata acquiri non potest. *l. delata. ff. de verb. signif.* Igitur eo efficitur hæreditatem nondum delatam repudiari non posse.

Cur non videatur nolle habere hæreditatem, qui eam habere non potest si velit, hæc ratio: Quia non verbis quæritur, sed rebus, is autem solum repudiare potest se aliquid habere nolle, qui cum potest habere in sua potestate, noluit: Cæterum qui cum habere non potest, dixit se nolle habere, magis ideo videtur dixisse, quia non potuit, quam quia voluit non habere. Et ideo vulgo ridere solemus, qui dicunt se non cupere habere id, quod consequi, si velint, non possunt. Vnde in Apolog. rideatur dictū vulpeculæ, quæ cum non possit attingere ad vuas, se etiā habere nolle di-

R

cebat,

cebat, cum essent acerbæ; qui igitur non potest habere si velit, hic dicendo se nolle inutiliter dicit.

Sic hæres sub conditione institutus, ante conditionem non potest adire ergo nihil agit, si ante conditionem repudiet. *l. si ita. 4 §. si sub conditione. 3. de legat. 2. i. is qui. de acquir. vel omit. hered.*

Huius rei exempla plura proferri possunt *ex d. l. de acquir. hered.* Ex hac ipsa lege decidi potest species *l. cum quidam. 17. §. si pupillo. ff. de usuris.* ubi hæres usuras pecuniæ per fideicommissum à se relictæ pupillo Tutorem non habenti non præstat, quoniam cum solvere, etiamsi vellet, non potuerit, non potest ei imputari, nam non videtur noluisse solvere, nec videtur moram fecisse. *d. §. si pupillus.* Ideo autem non videtur, quia non potuit nolle, qui non potuit velle.

Hac etiam ratione *l. n. Papinianus* respondet, cum Ælio Philippo Testator prædium dari voluerit, si Procula Severina ipsi non nupsisset, vel nubere noluisset, eaque nondum viripotens diem suum objerit, conditionem extitisse non videri *l. pater. 101. de condi. et demonstrat.* quia puella illa nunquam dici potuit nolle, cum præter ætatem nuptias velle non potuerit. *§. 1. Inst. de nupt.*

Nec vero solum in hæreditatibus & testamentis procedit hæc regula, sed etiam in Iudiciis, in quibus ejus est denegare actionem, qui potest eam concedere. *l. qui*

vetante. 102. §. 1. h. t.

Ex ratione hujus legis recte etiam ab interpretibus traditur, quod is, quo invito actus geri potest, absens non sit citandus, ut declaret voluntatem suam *Mar. in aur. prax. tit. de citat. n. 5. Bald. et Ias. l. nequicquam. 5. §. 1. de offic. procons. Hypolit. de marsil. singul. 30. Gail. lib. 20. obser. prac. obser. 142. n. 2. et in trac. de pignorat. obs. 13.* item de pace pub. lib. 1. c. 5. Sic qui non potest probare actum is quoque protestatione, vel ulla alia ratione, non potest cum suspendere ac remorare. *l. 2. et l. 1. C. debitor. vend. imp. non poss. l. si maior annis. C. de rescind. vend. Bart. in l. non solum. §. morte n. 31. et 32. de nov. op. nunciat.* Conversionem regulæ nostræ. Ejus scilicet esse velle, qui potest nolle, eleganter indicat *Sæ nec. lib. 2. de beneficio.* Si vis scire inquit) an velim, effice ut possim nolle. Et Tryphonius noster ait. Captivum filiæ nuptiis consentire non posse, dum nec dissentire possit. *l. in bello. 12. §. medio. 3. ff. de capt. et postlim. revers.*

Deinde notandum quod hæc obtineant in iis, qui suo nomine agunt, non in administratoribus rerum alienarum, tam privatis, quam publicis, nam tutor, Curator, Syndicus, & similes administratores possunt quidem velle, & approbare, quod iis, quorum negotia administrant obvenit, sed non repudiare. *l. tutor. 8. ff. de bonor. possess. l. 1. §. tutor. ff. de success. edict. l. pactum. 22. C. de pactis.*

Ad L. 4.

Vlpianus. lib. 6. Ad Sabinum.

Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris, vel domini.

In hac l. etiam exponitur princ. l. ad ea. 157. b. t.

HÆc lex desumpta est ex lib. 60. ad Sabinum. ex quo & *l. qui in aliena, 6. ff. de acquir. hered.* in quo libro

de acquirenda hæreditate differuit Vlp: Itaque non incommode *ad d. l. qui in aliena. §. ult.* hæc regula refertur, atque inde hujus

hujus loci interpretatio desumi potest ut scili: dicamus eum velle non credi, qui hoc tantum agit, ut voluntati obsequatur, qui fallens id se voluntate sua sponteque facere simulat, quod revera facere noloit, quodque non faceret, si sui esse arbitrii neque ullo justo metu congeretur.

Ait vlp. Non creditur velle: ultro scilicet & sua voluntate, quæ voluntas est integra, & absoluta, creditur tamen velle voluntate remissa, & ex necessitate quadam: quamvis à Principio non velit, qui cogitur, nam ideo cogitur quia non vult, tamen si coactus eo deductus sit, ut velit, verum est eum voluisse, quamvis coactus sit. *l. si mulier. 3. 1. §. si metum 5. ff. quod met. caus. l. si patre. 2. 2. ibi maluisse hoc videtur ff. de rit. nupt.*

Sane se metu verborum coactus fallens simulavit se velle, & testatus sit apud idoneos testes, secogi metu, caeterum non esse hoc armo. ut velit, quamvis hoc postea faciat, non videtur voluisse, *d. l. qui in aliena §. ult.*

Ait Lex, &c. Qui obsequitur imperio: non ait eum, qui sit in potestate patris, aut domini, velle non credi. Nam hoc si verum esset, neque filiam, neque servum ullum haberent commercium, nullam contrahendi potestatem, tanquam consensu & voluntate destituti. Quod tamen falsum est, *arg. l. si stipulatus fuero, ff. de verb. oblig.* Sed hoc vult Ulp. quatenus quis alieno imperio pariat, voluntatem facere dicere ve quid non videri. Et hæc procedunt non solum in contractibus, sed et in delictis levibus. *l. ad ea 1 57.*

l. in damnum, 169. h. t. Unde si filius ad mandatum patris laqueos eo loco posuit, quo ius ponendi non habuit, & pecus vicini in eos incidit, actio *l. Aquiliae* locum habebit. *l. quemadmodum 29. in princ. ad L. Aquil.* Sed quia hoc damnum datum est iussu ejus, qui imperandi potestatem sive auctoritatem habuit, iudicium in eum erit, qui iussit, non qui obtemperavit. *l. liber homo, 37. ff. ad L. Aquil. adde l. si tacitum, 13. ff. ad L. Falcid. l. si mulier. §. ult. ff. rer. amot. l. divus 15. §. et quatenus, ff. ad L. Falcid. l. filius, in princ. ad L. Corn. de falsis.*

Ait Ulp. in *d. l. ad ea, h. t.* Ignosci servis, ad quæ non habent atrocitatem facinoris, nam in atrocioribus, ut si forte Dominus hominem occidi vel furtum fieri iussisset, non excusantur servi, sed conveniri, & accusari possunt, *l. si servus, 26. ff. de obl. et act. l. non ideo minus, 5. C. de accusat.* Quid publice interest, ut atrociora delicta in suis auctoribus vindicentur, nec pernicioso delinquendi exemplo alii quoque ad tale quid audendum invitentur, Cagnol. hic.

Veruntamen si vi coacti servi, vel alii qui habent parere necesse facinus atrox commiserint, mitiori pœna, quam si sponte fecissent puniri eos, & æquum est, & juris non caret auctoritate, *l. servos, 8. C. ad l. Iul. de vi publ. et privat. & ibi Bald. And. Tiraq. in tract. de pœnis causarum, 36. n. 1. Jul. Clar. in pract. crimin. quest. 60. Menoch. lib. 2. arbit. iud. quest. cent. 4. casu. 354.*

Ad l. 5.

Paulus lib. 2. ad Sabinum.

In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum; alia eorum, qui fari possunt, quamvis actum rei non intelligerent. Nam furiosus nullum negotium contrahere potest: Pupillus omnia Tutore auctore agere potest.

Hæc lex desumpta est ex lib. 2. ad Sabinum, quemadmodum constat ex inscriptione, & conjunctione. l. pupillus, 9. ff. de acquir. hered. quæ est in eodem libro, in quo Paulus de adeund. hereditat. tractavit.

Constituitur autem inter impuberes, qui fari possunt, & furiosos hæc differentia. Ut hi nullum negotium agere possint, & contractus ab ipsis celebrati ipso jure nulli sunt. l. 2. §. si a furioso, ff. pro emptore. Illi vero omnia recte gerant tutore auctore, l. 1. §. sufficit. ff. de administ. tut. §. pupillus, Inst. de inutil. stip. Hæc differentia ut dilucidius explicari possit, prius de impubere, deinde de furioso dispiciamus.

Impuberis ætatis tres sunt gradus: alii enim impuberes infantes dicuntur, alii Proximi infantia: alii pubertati proximi, §. pupillus, Inst. de inutil. stipulat. Infantes dicuntur usque ad annum septimum, l. 1. §. sufficit, 2. ff. de administ. tut. l. si infanti, 18. C. de jur. delib. Phil. Math. b. pag. 45. n. 10. Proximi infantia sunt, qui egressi sunt infantiam vel septimum annum nuper impleverunt, & linguæ gnari sunt, rerum ignari, id est, fari possunt, sed non intelligunt quid agant. quinam dicantur infantia proximi, vide Phil. Matth. ad l. 108 pag. 521. n. 31. in fine. varias Dd. de hac re opiniones referentem idq; prolixè. l. servum pupilli. 6. ff. rem pupill. fals. fore. Anton. Augustin. lib. 3. emend.

c. 9. Duar. in l. 1. in princ. de verb. obl. Menoch. de arbitrar. Jud. quæst. lib. 2. casu 37. num. 12.

Pubertati proximi sunt, qui nondum ingressi sunt pubertatem, sed prope eam sunt, & quia ea ætas, quæ pubertati proxima dicitur, jure expressa, & definita non est, ea Judicis arbitrio, inspectis locorum moribus personæque circumstantiis, & regionis natura, relinquenda est. Idem docet Philip. Matth. n. 40. & seqq. vide n. 44. & seqq. ubi ad contraria doctorum argumenta respondet Viglius in §. testes, n. 11. & 12. Inst. de testam. Joan. Coraf. lib. 6. miscell. c. 23. Menoch. lib. 2. de arbit. Jud. quæst. c. 87.

Alii aliter hanc rem definiunt, ut videre est apud Hypolitum de Collibus. Hic, quos etiam recenset, ac refellit Goddæus in tract. de contrah. stipulat. c. 7. n. 181. & seqq. Ubi quinque hac de re Dd. opiniones recenset.

Impubes infans nec alios obligare, nec aliis obligari, nec ullum negotium etiam tutore auctore recte agere potest, quia ejus eadem ratio fere cum furioso habetur, §. pupillus, 9. Inst. de inutil. stipulat. l. 1. §. sufficit, ff. de administ. tut. vide Philip. Matth. hic. n. 4. §. 6. & seqq.

Unde pupillus infans non modo non additione, sed ne quidem pro hærede geritione, quamvis adhibita Tutoris auctoritate, olim hereditatem acquirere potuit. l. pupillus, 8. ff. de acquir. hered. l. potuit. §. C. de

C. de jur. delib. l. 1. C. ad SC. Tertulian. P. Fab. h. & lib. 2. semest. c. 12. Verum tamen hodie ex constitutione Imperatoris Theodosii cum infanti hereditas delata sit, cum Tutor, aut Pater ejus nomine recte adibit, *l. si infans. 18. C. de Jur. delib. P. Fab. d. lib. 2. semest. c. 20.* Nam Tutor nullo infantis actu interveniente solus omne aditionis istius negotium expedit. *Cvjac. 1. obs. 34. arg. hujus. l. 18. C. de jur. delib.*

• Sic infans Tutore auctore acquirere possessionem potest, *l. quia is, 32. §. infans ff. de acquir. vel omit. poss. l. donationum, 3. C. eod. de acquir. vel retin. poss.* Nam Iudicium Infantis suppletur auctoritate Tutoris, & hoc utilitatis causa ita receptum est: Nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem, ut inquit Ictus in d. §. infans. Et haecenus de infante.

Proximus infantiae quamvis non multum à furioso distet nec intellectum habeat, d. §. pupillus, 9. Proindeque stricto jure, nec huic Tutoris auctoritas prodesse debeat, tamen quia principia quaedam intelligit, quae sine discursu sunt omnibus nota, & appetere bonum, & fugere malum potest, propter utilitatem ejus benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximus. d. §. pupillus, 9. & l. 1. §. furiosum, ff. de obl. & act. Ideoque omnia negotia contrahere potest tutore auctore, & stipulari, *l. servam pupilli, 6. ff. rem pupill. sal. fore. Hereditatem adire l. 9. de acquir. hered. bonorum possessionem petere, l. bonorum, C. qui admit. ad bonor. possess.* Possessionem etiam sine Tutore auctore acquirere potest. *l. 4. §. pupillus, ff. de usucap.*

Proximus pubertati sine Tutoris auctoritate alios sibi obligare potest, sed aliis sine Tutoris auctoritate obligari nequit: Quia pupillus sine Tutoris aucto-

ritate suam conditionem meliorem facere potest, deteriore non nisi cum Tutoris auctoritate. *l. pupillus, §. pupillus, ff. de auct. tutor.*

At quaestio est non parum inter nostros controversa. An pupillus ex contractu, sine tutoris auctoritate, inito, naturaliter saltem obligetur? Et regulariter eum omnino non obligari verius est, *l. pupillus, 41. ff. de condict. indeb. l. pupillus, 59. ff. de obl. & act. Phil. Matth. ad h. l. n. 20. & seqq.*

Sed haec regula duas habet exceptiones: Prima est, nisi pupillus locupletior factus sit: tum enim non poterit non naturaliter obligari, *l. quamvis, §. ult. ff. ad SC. Felleia. l. 1, in fin. ff. de novat.* & hanc legem elegantissime explicat Ph. Math. ad h. l. n. 23. pag. 49. *l. cum illud, §. haeres. ff. quand. dies legat. ced. l. si ejus 63. ff. ad SC. Trebell. l. si pupillus, 21. ff. ad l. Falcid. l. in numerationib. 44. l. Stichum 95. §. naturalis, §. ff. de solut. l. fin. ff. de jurejurand.*

Et ideo solutum ex hac causa non condicit, ut indebitum. *naturaliter, 13. §. ult. ff. de codic. indeb.* Nam hoc natura æquum est locupletiores cum cum alterius detrimento non fieri. *l. nam hoc natura 14. ff. de condict. indeb.* Quin imo si non solvat, utili actione ex rescripto divi Pii (nam ante non potuit) recte convenitur, in quantum factus est locupletior, *l. pupillus obligari §. in prin. & §. 1. ff. de auctor. tutor. ut puta, negotiorum gestorum. l. auctor. §. pupillus, ff. de negot. gest. Commodati, l. 3. in prin. ff. commod. & deposit. 1. §. an in pupillum, ff. de pos.*

Altera exceptio est, nisi in re aliena dolo malo versatus sit pupillus. *l. pupillum, 101. & ibi Decius & Cagnol. h. t. l. 1. §. an in pupillum, vers. agi posse si dolum commisit, ff. de pos. l. heredibus, ff. de dolo malo.* Ergo arbitror, inquit Ulp., & ex

suo dolo conveniendum, si proximus puberrati sit, maxime si locupletior factus sit: quasi dicat, non solum ex dolo obligari pupillum, sed tum maxime cum locupletior factus sit.

Atque ita hanc quæstionem decidendam existimo cum Cujac. in l. 127. ff. de verb. obl. & in notis ad tit. Inst. quib. mod. toll. oblig. & lib. 17. obs. c. 4. & in mercatore suo lib. 3. c. 21. Antoneo Goveano in l. 1. §. id quod, ff. ad l. Falid. Duar. ad tit. de obl. & act. c. 2. & ad d. l. si pupillus: Ioan. Burcholt. ad tit. de reb. cred. c. 3. n. 13. & in comment. ad tit. de verb. oblig. cap. 3. Iul. Pac. cent. 4. in arrio par. quest. 10. Vult. lib. unic. discept. scholast. c. 16. quod novissime sequitur Goddæus in tract. de contrah. & commit. stipul. c. 7. conclus. 10. n. 212. cum multis seqq. Ubi varias Interpretum opinioniones in hac quæstione recenset, & accuratè confutat. Dissent. Arum. in tr. de mora. cap. 6. num. 8. Atquæ hæc de Impubere dicta sunt, sequitur de furioso.

Furiosus est, qui rabie quadam animi agitur, Dd. communiter in §. 1. Inst. de curat. Catel. Cotta in memorabilibus in verb. furiosus.

Duo sunt genera furiosorum, quidam continua mentis alienatione omni intellectu carent. l. Divus, 14. in prin. ff. de offic. pref. Et perpetuo furiosi, & mente capti dicuntur. l. cum prator. 12. ff. de iudiciis, l. humanitatis, 9. C. de impub. & aliis sub. Quidam intervalla, vel intermissione furoris & insanix habent. l. si cum dotem, 32. §. si maritus, 7. ff. solut. matrim. l. qui testamento, 20. §. ne furiosus, 4. ff. qui test. fac. poss.

Furiosus, qui continua mentis alienatione, laborat, nullum negotium gerere potest, quia non intelligit, quid agat. §. furiosus, Inst. de mut. stipul. & in eo animus deest. l. 2. de procurat. & nulla furiosi est

voluntas, l. furiosi, h. t. Sed per omnia absentis, qui scilicet dormientis, & ignorantis loco habetur l. 2. §. pen. ff. de jur. codicillor. l. 1. §. furiosus. ibi si quis dormienti ff. de acquir. poss. l. 4. ff. de divort. & repud. & mentis ad omnia cæcitare laborat, Cicero 3. Tuscul. quest.

Interdum tamen ob evidentem æquitatem, bonumque publicum, legis auctoritate fingitur furiosus consentire, veluti accidit in nuptiis filiorum, filiarumque §. unde quæsitum, Inst. de nupt. l. si furioso, l. eod. & in dotis repetitione, l. 2. voluntas. ff. solut. mat. Quæ fictio ut sola legis fingentis auctoritate nititur, sic nec in omni casu locum habet, sed saltem in iis, quæ non requirunt discretum, & indubitatum consensum, neque manifestam contradictionem; nec ad consequentiam, ut jus speciale, trahenda.

Furiosus igitur, cum nulla sit ejus voluntas, nihil agere potest, etiamsi Curatoris consensum adhibeat, sed omnia per solum curatorem sunt peragenda, §. pupillus, 9. Inst. de mut. stip. l. 1, §. adipsimum, ff. de acquir. possess. & Bart. v. 14. & Ias. n. 15 & 16. Gloss. in l. pupillus 9. ff. de acquir. hered. Ideoque furiosus nec curatore quidem auctore hæreditatem adire potest, d. l. pupillus. Sed Curator ejus nomine agnoscere bonorum possessionem, vel hæreditatem adire debet, l. ult. §. si autem, C. de curat. furios.

Hinc igitur verissimum patet esse, quod hic Paulus ait: In negotiis contrahendis aliam causam habitam esse furiosorum, aliam eorum, qui fari possunt, id est, qui infantix proximi sunt, quia furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest. Sed & quandoque melior est conditio infantis, quam furiosi, Infans enim tutore auctore acquirere potest possessionem, furiosus nullo modo potest. l. 1.

§. 3.

§. 3. & Divus Æmil. Farret. & Udalr. Zal. in l. *quamvis*, 32. §. *infans de acquir. possess.* l. 1. §. *pupillus*, & ibi Iac. Cujac. ff. *de usufructu*.

Similiter infanti edito deferrebat olim ordinaria bonorum possessio, furioso non item, sed decernebatur utilis petenti Curatori ejus nomine, l. 2. ff. *ad SC. Tertull.* Melior ergo infantis causa est, quam furiosi: ejus rei haec ratio est: quia furioso mens penitus est adempta, infans mente non caret, sed nondum quicquam per ætatem scire potest: Nam eadem ratione melior est in jure nostro Spadonis, quam castrati conditio: His enim abest illa pars corporalis, quæ ad generandū necessaria est, illis non item, sed gignendi vis in illis aut morbo, aut aliquo vitio impedita est. Iac. Cujac. l. 4. §. *pupillus*, ff. *de usufructu*.

Ex re furiosum, ut & infantem obligari non ambigitur, l. *si à furioso*. l. *furiosus*, ff. *de obl. & act.* æquitas enim non patitur, ut alieno damno fiat locupletior.

In delictis quoque, & maleficiis eadem est causa infantis & furiosi: Neuter enim etsi parentem occiderint corporaliter puniendus est, l. *congruit*, 13. & l. *seq.* ff. *de offic. presid.* l. *infans*, 12. de *Sicariis*. l. *pen.* §. *fin.* ff. *ad L. Pomp. de parricid.* Neuter enim doli (sine quo nullum delictum committitur. l. 1. ff. *si quad. paup. feciss. dicat*) capax est, l. 3. §. 1. ff. *de injur.* Et præterea furiosus satis suo furore punitur, d. l. *Divus* 14. ff. *de offic. pres.* l. *pœna*, §. *sane*, ff. *ad L. Pomp. de paracid.*

Refert tamen Ioan Bodin. lib. 2. de re publ. c. 5. capitis pœnas dedisse furiosum cum pugione Regi mortem allaturus, vel minari saltem visus esset: Sed hoc propter regalis personæ excellentiam potuit justum videri, ut ait Iul. Clar. lib. 5. sent. §. *fin. quest.* 60 n. 7. Ubi refert jussu Regiæ Castellæ quendam furiosum puni-

tum fuisse, qui regi Ferdinando ejus marito vulnus intulerat.

Existimant etiam nonnulli, si furiosus atrocissimum crimen, puta parricidium, vel Sodomiam commiserit, cum plectendum esse Gail. lib. 2. obser. 100. n. 22. Stephan. Forcat. Neciomant. dialogo 33. Quia his casibus etiam Bruta animalia, ultimo supplicio coercentur, c. *mulier*, 15. quest. 1. Id quod etiam legi divinæ conveniens est. Exod. 21. Levit. 20. & plerisque in locis observatur, ut de hac consuetudine testatur Guido Pap. decis. 238. Jul. Clar. d. §. *fin. quest.* 99 n. 8. Nicol. Boer. decis. 316. Verum hoc à jure nostro alienum est, quo non puniuntur delicta sine dolo, & culpa commissa, Accur. in l. *prospiciendum*, 11. §. *delinquitur*, 2. de pœnis. Quorum neutrum in bruta animalia cadit, l. 1. ff. *si quadrup. paup. feciss. dic.* Et quamvis interdum Bruta interficiantur id tamen neutiquam pœnæ infligendæ, sed memoriæ tantum criminis extinguendi causa fit.

Nec obstat, d. l. *Divus*, ibi: consules nos, ut æstimemus, an per immanitatem facinoris, si cum posset videri sentire, commiserit, supplicio afficiendus sit. Quibus verbis illud indicari credit Forcatulus, immanitatem criminis in ipso furore perpetrati efficere, ut furiosus æque puniatur, ac si sana mente perpetrasset. Verum hoc ex istis verbis minime colligi potest: Nam si Imperatorum illa mens fuisset, quod ob delictum immane furiosus omnino esset pœna afficiendus, non jussissent de eo inquirere, singula diligenter observare, & ad se conferre, ut ex circumstantiis æstimet, an per dissimulationem, vel verum furorem, tam in humanissimum, & immane delictum commiserit, ut tum pœnæ subjiciatur, si constare potest ex circumstantiis, quod senserit, id est, intellexerit se matrem interficere non sine

sine fraude & dolo. Illud quoque dubitatione non caret, an furiosus, qui ante furorem, delictum commiserit, in ipso furore puniendus sit? An vero Furor superveniens poenam corporalem extinguat, vel saltem impediatur?

Et quidem poenae corporalis executionem, per furorem per delictum commissum supervenientem, impediri, & bona furiosi tamen publicanda esse Baldo placuit, in l. furiosum, C. qui testam. fac. poss. in l. 1. C. de confisc. ut in l. humanitatis. C. de impub. & aliis substat. Immanuel Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. F. n. 410. Ubi hanc Baldi sententiam communem esse asserit, Catell. Cotta in suis memorab. in verb. homicidium. And. Tiraquell. de poenis, caus. 5. Gail. d. lib. 2. obs. 110. n. 22. Iac. Menoch. lib. 2. de arbit. iud. quest. c. 314. n. 12. Iul. Clar. d. §. fin. quest. 60. n. 7. Hedemann. disp. 23. par. erg. nit.

Fundamentum huius sententiae primo est, quia furiosus mortuo aequiparatur, l. qui ad certum. 14. ff. locat. l. bonorum, 24. §. 1. rem rat. hab. qui nullam poenam corporalem patitur. l. 1. l. ult. C. si reus vel accusator. mortuus sit. l. defuncto, 6. ff. de pub. iud. Deinde, quod furiosus satis ipso furore puniatur, d. l. Divus. Tertio: Quia furiosus habetur loco absentis: sed absens condemnari nequit. l. absentis, ff. de poenis.

Contra alii sentiunt delinquentem omnino esse puniendum, furore superveniente nihil obstante, Ludovicus Romanus in l. pen. ff. si ex noxal. caus. agat. & in d. l. furiosum. Stephan. Forcat. d. dialogo 23. n. 3. Ioan. Vaud. lib. 2. variar. quest. quest. 7. Iodoc. Dámhoud. in prax. crim. c. 84, n. 8.

Huius sententiae fundamentum primo est, in d. l. Divus, 16. ibi: non dandam morbo veniam, ff. de offic. pras. Ubi, si

intervallis illis, quibus sapit delinquit Furiosus, punitur. Igitur Furor, qui toties subsequitur, illi impunitatem non affert. Secundo est in l. 1. ff. de poenis: Ubi dicitur, quoties de delicto quaeritur, non tempus sententiae ferendae, sed tempus delicti commissi, in poena infligenda esse inspicendum. Tertio; quia Furor superveniens non tollit obligationem praecedentem. l. pater furioso, ff. de his, qui sui vel al. jur. sunt, l. si a reo, §. si a furioso, ff. de fidejussor.

Neutram ego sententiam simpliciter probare possum, sed existimo ob delicta leviora, & non adeo atrocia ante furorem commissa non modo non corporali, sed ne quidem ulla alia extraordinaria poena plectendum esse, non propter, quod furor superveniens ipsi impunitatem affert, sed quia contra furiosum tanquam indefensum procedi nequit: est enim furiosus absentis loco, qui in criminibus non damnatur, l. absentem, §. ff. de poenis, l. inter 10. l. accusare, 13. ff. de pub. iud. Ideoque etiam non punitur, cum enim absentis loco sit, non potest dici de crimine confessus & convictus: Sed nemo debet condemnari, nisi de crimine confessus & convictus sit, l. qui sententiam, C. de poenis. Unde consequens est, si delinquens perseveraverit esse sanae mentis ad sententiam usque inclusive, & deinde post condemnationem effectus sit furiosus, sententiam contra illum in ipso etiam furore executioni posse mandari, licet Dd. aliud sit iudicium.

Quod si crimen ante furorem commissum sit immane admodum, & atrox, ipso furoris actu, si perpetuus furor sit, durante poena exigi potest, sin intervalla furor habeat, satius est sanitatem mentis existare, d. d. Divus, §. si vero, ibi: Ut existimemus an pro immanitate facinoris (sic enim in nonnullis codicibus) recte legi-

ant) f

tur) si, cum possit videri sentire, commiserit, supplicio afficiendus sit: Et hujus sententiae etiam videtur esse Ias. *in l. ex facto. ff. de vulg. & pupill. subst.* Dum ait: Furiosum, qui alias non punitur, ex crimine ante furorem commissio, tamen propter immanitatem criminis, siue facinoris capite puniri: Propter atrocitatem facinoris enim non concedenda, conceduntur, ut inquit Bald. *in l. in, 2. notab. C. de practib. Imp. offerendis.*

Nec huic sententiae obstat primum fundamentum pro communi opinione allatum, nam furiosus assimilatur quidem mortuo, at vere mortuus non est, ideoque nihil impedit, quo minus de crimine ante furorem commissio convictus & condemnatus legitima morte affici possit.

Nihil etiam ad rem facit altera ratio, nam furor tum demum impunitatem affert, si ex delicto causam dederit, id est, si furore quis percitus in delictum inciderit, tum enim fati infelicitas etiam parricidam excusat, *d. l. Drusus. in prin. l. poena. §. sane. ff. ad L. pomp. de parricid.*

Nec refragatur ultimum argumentum pro communi allatum. Illud enim in delictis levioribus, & non atrocioribus criminibus procedit: Nam si furiosus semper pro absente esset habendus, non rescripsissent Imp. *in d. l. Drusus.* Se aestimaturos an pro immanitate facinoris supplicio sit afficiendus, si id facinus commiserit, cum possit videri sentire.

Non obstat quoque nostrae sententiae *d. l. Drusus. §. si vero:* Nam textus ille in nonnullis Codicibus corrupte ita legitur. Nam forte eo momento scelus admiserit, nec morbo ejus danda est venia, diligenter explorabis, quae oratio sibi non constat, nec ex ea commodus sensus elici potest.

Ideoque rectius in aliis Codicibus legitur: Num forte eo momento scelus admiserit, nec morbo ejus danda sit venia, diligenter explorabis, &c. Ex quibus verbis satis constat Imp. voluisse indistincte furiosum, qui in intervallo furoris, cum sanae mentis esset, scelus admiserat supplicio afficiendum esse, sed tum demum si id immanitas sceleris exposceret.

Nihil quoque negotii facessit nobis *d. l. 1. ff. de poenis.* Nam ibi questio est de modo poenae, an scil. quando quaeritur quae poena afficiendus sit sententiam passus, considerata sit ejus conditio, quae fuit tempore delicti commissi? An quae fuit tempore latae sententiae? quae quaestio cum hac controversia nihil commune habet: Non enim hic quaeritur, quomodo is, qui ante furorem deliquit, puniendus sit, sed an sit puniendus.

Atque hactenus dispeximus de furioso qui continua mentis alienatione laborat, nunc paucis agendum restat de furioso intervalla furoris habente.

Furiosus tempore intermissionis furoris, quoslibet contractus, & actus celebrare potest. *§. 1. Inst. quib. non. est permiss. fac. testam. l. 2. C. de contrahend. empt. l. furiosum & ubi Dd. C. qui testam. fac. poss.* Et cum dubitatur utrum actus a furioso gestus tempore furoris, an vero intermissionis factus fuerit: Ita res decidenda est, ut si actus more sapientis gestus fuerit, intermissio furoris praesumatur: sin more dementis, furore laborasse furiosus intelligatur. *arg. l. his qui 1 2. ff. de tutor. & curat. dat. ab his. Bald. in l. furiosum C. qui test. fac. poss. ippot. de Marsil. sing. 38.* Adde Immanuelem Suarez. *in thesauro recept. sent. in lit. F. num. 412.*

Ad L. 6.

Ulpianus. libro. 7. ad Sabinum.

Non vult hæres esse, qui ad alium transferri voluit hæreditatem.

Hæc lex desumpta est ex lib. 7. ad Sabinum, ubi Ulpianus tractavit hanc quæstionem, an is pro hærede agere videatur, qui pretium omittendæ hæreditatis causa à substituto, aut legitimo hærede capit, ut apparet ex *l. fuit quæstionis. 24. ff. de acquir. hered. l. qui pretio, 8. ff. de mort. caus. donat. t. 2. ff. si quis omis. caus. testam.* Ex quarum legum collatione accommodissimum, ad hanc regulam illustrandam, exemplum peti potest. De hac igitur Specie olim dubitatum fuit, qui erat institutus hæres in testamento volens sibi consulere, ut aliquid habeat, & tamen non teneatur oneribus legatorum, & fideicommissorum, quæ inferuntur testamento, accepit pretium hæreditatis à substituto, aut legitimo hærede, ut omitteret hæreditatem, & ipsis permetteret. Hinc pretio accepto convenitur à legatariis & fideicommissariis, quare pro hærede gesserit: Fuit quæstio an videatur pro hærede gessisse? Ratio dubitandi erat, quia is videtur hæreditatem possidere, qui pretium hæreditatis possidet. *l. quia, 39. ff. de usufr. sed si quis, 34. ff. de pecul.* Sed hæc ratio non sufficit: Nam quamvis quis totam hæreditatem possideat, eaque fruatur, tamen pro hærede non gerit, si non est hoc effectum, ut sit hæres, *l. si quis extraneus, 21. ff. de acquir. hered.* Nam is vult esse hæres, qui cum potest esse hæres, aliquid facit, quasi

hæres, & pro hærede gerere non tam facti est, quam animi. Oportet igitur, ut eo animo sit, ut velit esse hæres, *l. pro hærede, 20. ff. de acquir. hered.* Sed qui pretium accepit pro omittenda & in alium transferenda hæreditate ideo accepit, non esset hæres, *d. l. fuit quæstionis, 24. d. l. pretio. 8. d. l. 2.*

Obtinuit igitur eum pro hærede non gerere, quia facta ad unum finem non debent ei contrarium operari, nec actus ultra intentionem agentis extendi debet, *arg. l. omnibus, 19. ff. si cert. pet.*

Recte igitur hic Ulp. ait: Non vult hæres esse, qui ad alium voluit transferre hæreditatem: Is autem transferre vel transmittere in alium dicitur, qui omittit hæreditatem, ut ea ad substitutum vel legitimum heredem perveniat, *l. Papinian. §. 4. ff. de inoff. test. l. si plures, ff. de jur. delib. l. 1. C. si omis. sit caus. test.* Unde patet error Cagnol. qui non observata hac phrasi transferri legendum esse putat.

Denique sciendum, quod quamvis is, qui omisit hæreditatem accepto pretio hæres non sit, incidit tamen in Edictum: Si quis omissa causa testamenti: Quo efficitur, ut perinde teneatur legatariis, & fideicommissariis, ac si ex testamento hæreditatem adiisset. *d. l. 2. d. l. fuit quæstionis, 24.*

Ad L. 7.

Ad. L. 7.

Pomponius, lib. 3. ad Sabinum.

Ius nostrum non patitur eundem in Paganis & testato & intestato decessisse. Earumque rerum naturaliter inter se pugna est, (Testatus & Intestatus.)

AD evidentiam legis nostræ sciendum est, Paganos in iure nostro dupliciter accipi, Proprie & Improprie. Proprie ita appellantur, qui non sunt milites. *l. si ignorans 50. ff. locat.* Cum autem duo sint præcipue requisita militum: Primum, ut in matriculam referantur eorum nomina: secundum, ut præstent iuramentum militare. Vigl. Suich. *ad rub. Inst. de milit. testam.* Ideo postea per translationem, etiam dicti sunt Pagani, qui Christo nomina sua in Baptismo nondum dederunt, & ita accipitur, *t. 1. C. de pagan.* Alciat. *lib. parerg. c. 13. in fin.* Sed nostra lex de priori significatione agit. Colliguntur autem ex hac regula duæ theses.

Prima. Quod militi liceat tantum de parte bonorum suorum testari, *per tex. in l. si duobus, 37. de milit. testam. l. 2. C. eod.* Quod tamen verum est, quando de ipsius militis voluntate constat, alias in dubio præsumimus eum in testando iure communi uti voluisse. *d. l. 2. l. quamquam, l. intestam. & ibi Dd. de test. mil.*

Altera Thesis est: Quod Paganus pro parte testatus, pro parte intestatus decedere non possit, quia defunctus unam duntaxat hæreditatem post se relinquit, id est, universi juris, quod tempore mortis habuit, successionem. *l. hæreditas, 62. h. t. l. nihil, 24. ff. de verb. sig.* Ergo successor, qui in universum jus defuncti succedit, non potest simul ex iure testati, & iure intestati eam consequi; Quia una

eademque res, diverso iure censi non debeat, *l. eum qui, 23. in fin. ff. de usucap.* Tum etiam quod testatum, & intestatum decedere pugnantia sint. *h. l. ibi.* Naturaliter earum rerum, inter se pugna est: Nam testatum illum intelligimus, qui testamentarium hæredem habet, & è contrario intestatum esse, non tantum, qui testamentum non fecit, sed etiam cuius ex testamento hæreditas adita non est, *l. intestatus, de verb. sig.* Testatus igitur & intestatus cum sint invicem opposita, nunquam de eodem simul vere dici possunt: pugnares enim qualitates in uno subiecto eodem tempore subsistere non possunt.

At huic regulæ obstare videntur. *l. nam etsi, 15. in fin. & l. circa inofficiosi, 24. ff. de inoff. testam.* Ubi dicitur non videri absurdum aliquando ex parte testatum ex parte intestatum decessisse. Sed respondeo: In legibus illis testamentum pro parte querela inofficiosi fuisse oppugnatum, ita ut Testator ab initio quidem de toto testatus decesserit, & hæreditas tota fuerit adita, sed ex postfacto Testamentum pro parte invalidum pronunciatum, & Testator pro parte declaratus sit intestatus. Ad istum igitur casum hæc regula non pertinet, sed de eo intelligenda est, quando Testator initio simul pro parte testatus, pro parte intestatus vult decedere: Hoc enim fieri non potest, refragante, ut Pomp. hic ait.

Dico aliquem pro parte testatum, pro parte

parte intestatum decedere non posse, non dico aliquem pro parte testari non posse: Si enim Testator Gajum instituerit ex quadrante, & Tytium ex semisse, hic affi ad huc deest quadrans. Atque ita testatus pro parte, non tamen propterea pro parte intestatus decedit, sed id quod deest cui libet pro rata accrescit, uncia igitur una accrescit Gajo, & duæ accrescent Tytio, atque ita complebitur As. *l. interdum. 15. §. 11 ff. de hered. inst.* Quamvis ergo institutio fieri possit vel ex tota hæreditate, vel de quota ejus parte, vel etiam de re certa. *l. quotiens. 13. C. de hered. inst.* atque adeo in minimo quoque nummo. *§. caterum. et §. aliud. ubi Gloss. in auth. ubi de actione.* Semper tamen tota hæreditas in institutionem venit, sive ex partibus plures sint instituti, sive unus tantum, sive de quota tantum vel etiam de re singulari sit dispositum. Nam si alii hæredes non concurrant ei, qui institutus est in aliqua parte, reliqua de quibus nihil actum est, etiam invito accrescunt, *l. si quis. 25. in prin. ff. de acquir. her.* quia causa testati tanquam favorabilior ad se trahit causam intestati. *l. quamdiu. 39. ff. de acq. her. l. neutiquam. 8. C. Communia de succession.*

Sed quid si nihilominus testator accretionem illam vetuerit? an tali casu dicendus est decessisse in totum testatus? an vero in totum intestatus?

Bart. in ea opinione est, ut putet testati causam collabi, & ad causam intestati recidere. *in l. quoties. 9. §. si duo. ff. de hered. inst.* Contra alii existimant testamentum subsistere, & vi juris partera aliquam, non obstante prohibitione, per Testatorem facta, instituto hæredi accrescere. Et hæc est opinio Dyni, quam magis communem esse attestatur Iul. Clar. *in §. testamentum. quest. 74. b. 5.*

Vtraque opinio repugnat voluntati defuncti; prior quidem quia testamentum

prorsus tollit, cum tamen testator testatus decedere voluerit. Posterior vero quia scriptis hæredibus plus tribuitur, quam testator velit: Verum cum omnes actus ita sunt interpretandi ut valeant potius quam pereant. *l. quoties ff. de reb. dub. Catell. Cott. in memorabilibus in verb. actus, ita debent,* & ea opinio, quantumvis singularis, qua testamentum, & ultima voluntas sustinetur, & conservatur, sit eligenda, & contraria, licet communiore, præferenda. text. in *l. si pars. ff. de inoff. test.* & in *l. negare. ff. quemad. testam. apperiant.* Stephan. de Phederic. in tract. de interp. leg. part. 3. circa fin. Catell. Cotta in verb. opinio communis. Idcirco media mihi sententia placet, in partem scil. non scriptam hæredes ab intestato, ex præsumpta & collecta voluntate testatoris, admitti: Nam qui vetat scriptos hæredes jure accrescendi uti, tali prohibitione & testamentarios confirmat hæredes, & ad alias partes vacantes hæredes ab intestato satis expresse vocat arg. *l. qui filium. 74. ff. ad SCtum Trebell. l. decem. 6. ff. de fideicommiss. hered.* ut jam non ab intestato succedant, sed ex testamento, Dionis. Gothofred. hic.

Porro limitatur hæc regula, ut non procedat. Primo quando quis est capax successionis testatoris tantum in quota parte, tum potest in ea parte institui, & in reliqua parte testatori ab intestato succedatur. *l. 1. C. de secund. nupt.* Secundo limitatur respectu piæ causæ, in cujus favorem quis pro parte decedere potest testatus & pro parte intestatus Bart. in *l. 1. C. de sacro sanct. Eccles.* Decius. hic. n. 8. Cagnol. n. 9. in fin.

Tertio per legem aut statutum potest fieri, ut quis pro parte testatus, pro parte intestatus possit decedere; quia hoc jus non est introductum de jure naturali, sed jure positivo: Ergo per leges municipales ei derogari potest Dd. in *d. l. 1. C. de secund.*

secund. mpt. Anton. Gomez. variat. resolut.
tom. 1. tit. 11.

Denique notatu dignam limitationem
 stat. Andr. Gail. *lib. 2. obser. pract. obser.*
24. n. 13. Scil. si alicubi sit statutum, ut
 filiusfam. non tantum de bonis castren-

sibus: verum etiam de bonis adventitiis,
 aliisque testari possit, quod Testamentum
 à filiofam. vigore statuti factum, non ex-
 tendatur ad bona extra territorium sita,
 sed quod testator quoad illa intestatus
 decedat.

Ad. L. 8.

Pomponius lib. 4. ad Sabinum.

Iura sanguinis nullo jure Civili dirimi possunt.

Iura sanguinis, id est, ipsa cognatio
 seu necessitudo, quæ à natura proficif-
 citur, jure civili non possunt diri-
 mi, id est, in totum tolli: Nam ita natu-
 ra comparatum est, ut is, qui pater, aut
 filius est, nullo modo, etiam in servitutem
 conjectus, desinat esse pater aut filius: Iura
 enim sanguinis naturalia sunt, sed natura-
 lia iura sunt immutabilia, & à jure posi-
 tuo tolli nequeunt. Verum, quod dixi,
 jus naturale esse immutabile, id explicatur
 vulgo à Dd. facta distinctione inter jus ip-
 sum, & effectum, ita ut effectus ex jure
 naturali resultans tolli possit, ipsum vero
 jus non item. Ang. Aret. in §. *quid autem.*
n. 2. Inst. de capt. dimitt. ubi Mynsing. n. 3.
 quam distinctionem si recipiamus, inde
 efficitur, quod leges naturales directe
 quidem tolli non possint, sed tantum per
 obliquum, quod certe pugnaret cum Re-
 gula, Quod una via prohibetur, alia con-
 cedi non potest. *cum quid. de reg. jur. in. 6.*
 & effectus in rebus singulis præcipue re-
 spicitur *arg. l. fin. C. de operib. publ.* Rectius
 igitur nos distinguemus ipsum jus natura-
 le. Aliud est enim, jus naturale positivum,
 quod aliquid positivè præcipit, vel prohi-
 bet, ut Deum religiose colere, parentibus
 obedire, non occidere, furtum non face-
 cere: Cujus Iuris notam esse arbitror, si
 eorum, qui sua improbitate non penitus

extorcati sunt, conscientiam cruciet inter-
 missum, & spretum; & hoc jus prorsus est
 immutabile: Aliud verò est negativum,
 quod nihil aliqua de re statuit vel præci-
 piendo vel prohibendo, sed id potius o-
 mittit legis humanæ dispositioni: hoc ita-
 que hominum constitutionibus tolli po-
 test, exempli gratia: Natura permisit o-
 mnibus hominibus libertatem, quæ tamen
 nihilominus jure à gentibus constituto
 sublata est. §. *jus autem gentium. Inst. de jur.*
nat. gent. & civil. Similiter natura permi-
 sit, ut omnes potuerint capere feras be-
 stias nondum in alicujus Dominium re-
 dactas. §. *fera igitur. vers. quod autem. Inst. de*
rer. divis. Ergo hoc jus tolli potuit. Sebast.
 Medic. in tract. *de venat. part. 1. quest. 5. n.*
5. Ferd. Vasq. de creat. succ. p. 1. quest. 5.
 Didac. Covarr. in *c. peccatum p. 2. §. 8. n. 1.*

Denique distinguendum est jus ipsum
 naturale à circumstantiis, & specialibus
 explicationibus jure Civili additis: hæc si-
 quidem tolli & plane mutari possunt, ip-
 sum vero jus naturale nequaquam V. G.
 Legitima debetur jure naturali. *l. cum ra-*
tio. 7. in prin. ff. de bon. damnat. Dd. in l.
quantam. 91. ff. ad L. falid. Sed specialis
 determinatio est, quod triens debeatur, si
 sint quatuor liberi vel pauciores, vel Se-
 mis, si sint quinque aut plures. Auth.
 novissime. *C. de inoff. testam;* & hæc deter-

minatio ortum habet à jure civili. *text. in l. hac edictali ibi*: quarta pars debetur. *C. de secund. nupt.* Ergo circumstantiæ hæc possunt omnino tolli, & aliud quid constitui. *c. Ramutius. 27. circ. fin. ibi*: deductio fiat Tuscanæ civitatis consuetudinem. *ext. de testam. And. Gail. lib. 2. pract. obs. 122. v. 2. And. Fach. lib. 4. contr. c. 32.* Similiter quamvis ipsa cognatio sive ipsum jus sanguinis nullo jure civili dirimi pos-

sit, ut traditur in hac lege, jus tamen cognitionis quod vel Civili, vel prætoria ratione propter naturalem sanguinis conjunctionem introductum est, tolli ac mutari potest, atque ita jus civile efficere potest, ne frater fratri, aut Pater filio succedat, aut fratris vel filii tutelam administret. *§ pen. & ult. Inst. de cap. dimin. vid. Hugon. Donell. lib. 1. comment. c. 12.*

Ad L. 9.

Ulpianus lib. 15. ad Sabinum.

Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur.

Exponuntur in hac l. etiam, l. semper in, 34. l. semper in dubiis, 56. & quotiens 67. & l. in obscuris, 114. b. t.

IN his textibus utilissima proponitur doctrina de explicatione actuum humanorum, sive de contractibus, sive de ultimis voluntatibus, sive delictis agatur, quæ ut à nobis dilucidius explicetur, Thesisbus aliquot erit comprehendenda.

Thesis prima. Verba cujuscunque dispositionis inprimis sunt considerata, & inspicenda, quæ si clara & aperta sunt, iis omnino erit inhærendum, *l. si alii in fin. ibi*: plus habet scriptura: *ff. de usufruct. legat. l. Gallus, §. quidem certe ibi*: eo casu variat. *ff. de lib. & post. l. nepos Proculo 125. & ibi*: And. Alciat. *ff. de verb. sign.* Verba enim demonstrant voluntatem dicentis, *l. labeo, 7. §. ult. ff. de supellect. legat. & ex loquela hominis animus judicatur, Bald. in l. sed & reprobari, in prim. ff. de excus. tut. ac nullum majus nostræ mentis testimonium est, quam qualitas inspecta verborum, Bald. in generaliter, in prim. notab. C. de non num. pec. Imo si verba sint clara, & minime ambigua, ea sunt sequenda, etiam si mens & ratio pugnare videantur. *l. prospecta, 12.**

ff. qui & à quib. manu. l. si alii, 19. ff. de usu & usufr. legat. Unde tritum illud habetur, ita faciendam esse interpretationem, ut aliquid verba operentur nec sint superflua, aut frustratoria, *arg. l. 1. in fin. ff. ad municip. l. quando, de legat. 1. vide Andr. Tiraquell. in l. si unquam, verb. libertis, num. 17. & seqq. C. de revocand. donat.*

Secunda thesis est: Quando verba sunt dubia, & ambigua, tunc inspicimus, quid verisimiliter à contrahentibus actum sit, aut quid testator senserit, *d. l. semper in stipulationibus, d. l. in obscuris, h. t. c. inspicimus, de reg. jur. in 6. l. nepos, 122. vers. existimo, de verb. sign. l. ubi est, ff. de reb. dub. P. Fab. l. 2. semest. c. 14.* Quid autem verisimiliter actum sit colligitur varijs modis: Primo ex antecedentibus, siquidem antecedentia declarant sequentia, & vicissim, *l. servus plurium, 50. §. fin. de legat. 1. arg. §. illud palam, vers. ac ne plus, Inst. ad L. Aquil.* Item antecedentia & consequentia declarant id, quod mentis loco est positum, Plotus in tract. de in lit. jur.

jur. §. 5. n. 36. Deinde ex ipsa subjecta materia, de qua agitur, *d. l. quotiens idem sermo 67. h. t. l. fistulus, 70. in prin. ff. de contrah. empt. l. ex conditio, 15. §. Papi- rianus, ff. locat.* Unde traditum est, ad naturam dispositionis concurrere nos debere, ubi de mente disponentium dubita- mus, per text. & Dd. congestos ab And. Tiraquell. *d. loc. n. 6.* Tertio ex consue- tudine loquentis, *l. plenum, §. equitis, ff. de usu & habitat. l. ex militari, in prin. & ibi Bart. de milit. test.* Unde si is, qui verba protulit, sit homo imperitus & indoctus, ejus verba potius secundum communem usum loquendi, quam secundum pro- priam juris significationem intelligenda esse generaliter placuit, *d. l. si servus, 50. de legat. i. l. 3. §. ult. de supellect. legat. l. non aliter, 69. de legat. 3.* Albertus Brun. in tract. constantib. masculis, artic. 6. quest. 1. Bald. in c. 1. n. 4. de nona forma fidelitatis. Et hæc maxime procedunt, si verba in vulgari sermone fuerint prolata, ut tradit Bart. in l. si quis filiabus, de testam. tutel. Bald. in l. lege 12. tab. C. de legit. hered. Catell. Cott. in memorabil. in verb. verba prolata.

Thesis tertia: Conservanda est con- suetudo Regionis & Civitatis, ubi contra- ctum est; omnes enim actiones nostræ (si non aliter fuerit provisum inter con- trahentes) interpretationem recipiunt à consuetudine loci, in quo contrahitur, *d. l. in stipulationibus, 34 l. 1. in prin. & l. 37. de usury, l. si fundus, ff. de evictionib. & in l. si publicamus, §. fin. ff. de public. & vestigal. l. fin. §. fin. C. de fideiuss. ibi: usu quondiano, l. miss. C. de exact. tribut. lib. 10. ibi.* Consuetudine servata regionum. Ut exempli gratia: Quidam vendidit sim- pliciter parvicam terræ alibi, quam in loco contractus sitæ, controversia oritur inter emptorem & venditorem, de quan- titate mensuræ, cum alia frequentetur mensura in loco contractus, alia in loco,

ubi res sita est, cujus igitur loci mensura attendetur? Ejus in quo contractus est celebratus, Ferrarient. in prac. in forma libell. in actione reali, in verb. cui coheret. Sic contractus celebratus cum solennitate requisita in loco contractus, extendit se ad omnia bona, licet in loco, ubi bona sita sunt major solennitas requireretur, Gail. lib. 2. obser. pract. obs. 123. n. 2. ubi multos allegat suæ sententiæ auctores. Hinc singulariter Bald. tradit in l. 1. C. de filius pro patre. Quod instrumentum fa- ctum in uno loco possit executioni man- dari in alio loco, ubi servatur diversum jus, & generaliter Bald. in l. contraxisse, de act. & obl. concludit semper servan- dum esse statutum loci contractus, quoad ea, quæ concernunt decisionem, & quæ oriuntur secundum naturam contractus, Catell. Cott. in memorabil. in verb. instru- mentum factum.

Atque hæc Thesis etiam tunc obtinet, quando in alia regione instrumentum de illo contractu conficiatur, siquidem nihi- lominus attenditur consuetudo Regionis, in qua consenserunt, atque ita contractum perfecerunt, Bart. in l. cuncti populi, col. 6. vers. & primo quare, & ibi: Dd. C. de fide cathol. Quod tamen accipiendum est de eo instrumento, quod regulariter contra- ctus jam ante celebrati probandi gratia conficitur, *l. contrahitur, 4. de pignor.* Non etiam de eo, quod ad ipsam formam con- tractus ineundi adhibetur, de quo agitur in l. contractus, C. de fide instrument.

Ratio est quia ante ejus instrumenti confectionem contractus perfectus dici non potest, §. 1. cum ibi notat. per Gloss. & Dd. in l. de emp. & vend. Secundo pro- cedit hæc thesis tunc etiam, quando con- tractui conditio est adjecta, quæ alibi, quam in loco contractus adimpletur. v. g. Contractum est Antverpiæ sub condi- tione, & postea debitore franco furti exi- stente

stente conditio impletur. Hic consuetudo non Francofurtensis, sed Antverpiensis attendi debet, Ratio est, quia conditio purificata retrahitur ad tempus conventionis. *l. qui balneum* 9. *l. potior* 11. *us prim* ff. *qui pot in pag. hab.* Denique inspicitur locus contractus etiam si solutio in alium locum sit destinata: ut si Antverp. contractentes, solutionem Francof. faciendam destinaverint, nihilominus consuetudo Antverpiensis attenditur. Panorm. *in c. ext. de foro compet.* Et proinde mensura usurpanda est non loci, ubi frumentum, vel vinum exigitur, sed ubi de eo fuit conventum. Anton. Gabriel. Romanus. *lib. 6. commun. conclus. tit. de consuetud. conclus. 2. n. 2.* Neque obstat text. *in l. contraxisse* 21. *de oblig. & act.* Ubi Ictus ait: contraxisse uuum quemque in eo loco intelligi, in quo ut solveret, se obligavit, Quia hoc accipiendum est secundum Rubricam, sub qua illa lex est posita, nempe de actione & facultate conveniendi, ita ut Reus ibi forum sortiatur, atque lis coram Iudice ejus loci, ubi solutio facienda est, agitetur. *c. dilecti. ext. de for. compet. l. hares* 19. *§ fin. ff. de Iudiciis.*

Hac Thesis singulariter limitatur, ut non procedat, quando agitur de restituenda vel lucranda dote, nam quando, de mutua successione viri aut uxoris quaestio est, tunc non attenditur locus contractus, ubi scilicet matrimonium contractum est, nuptiae sunt celebratae & restitutio dotis est promissa, sed solum consuetudo & statutum loci, in quo Maritus suum habet domicilium *l. exigere* 65. *ff. de Iudiciis. Dd. in l. 1. c. de Sacrosanct. eccles. & in l. de quibus ff. de legrib.* And. Tiraquel *de legrib. conubial. gloss. 1. n. 28. 32. & 44.* Catell. Cotta. *in memorabil. in verb. dos repetitur. & in verb. Statut proallagat. cautum est.*

Quarta thesis. Quod si non appareat quid actum sit, nec etiam certa regionis consuetudo extet, tum demum ad quod

minimum est sequimur. *h. l. 9. d. l. in obscuris, & d. l. semper indubium.* Ut si fundus Cornelianus legatus sit, & duo sint ejusdem nominis, nec apparet, de quo testator senserit, minor praestabitur. *l. cum servus* 39. *§. scio ex facto. delegat. 1.* Sic si legavi decem aut quindecim, decem tantum videntur legata. *l. si ita reliquum* 43. *§. fin. delegat. 2.* Quod etiam obtinet in stipulationibus. *l. si ita stipulatus* 109. *de verb. obl.* Sic si arbitri vel Iudices aliquem in diversas & varias summas condemnaverit, illius sententiam sequimur, qui minimam multam irrogaverit. *l. diem proferre* 27. *§. si plures* 3. *ff. de recept. arbit. l. inter* 38. *ff. de re jud.* And. Alciat. in ea est sententia, ut mediam summam, si tres diverse summae pronuntiatæ sunt, amplectendam suadeat vid. Philip. Math. *ad h. n. 22. pag. 73.* In delictis quoque & poenis mitior & benignior interpretatio est sumenda. *l. si praeses* 52. *ff. de poenis.* Vnde si lex aut statutum vult poenam corporalem delinquenti esse infligendam, non intelligimus membri abscissionem, sed minorem poenam castigationis. Hinc etiam benignius & juri magis consonum esse existimatur, si lex vel statutum poenam manus amputationis eam manum Reo amputandam, quæ est imbecillior, aut quæ minus valet. Gloss. *in novell. 134. c. ult. & in auth. sed novo jure, C. de servis fugiti.* quam Dd. communiter sequuntur, quoniam poenæ emollienda potius, quam exasperanda sunt *l. pen. C. de poenis.*

Limitatur hæc thesis ut minimum ita intelligatur, ut sit alicujus utilitatis *l. legato* 37. *de legat. 1.* & ibi Bart. & reliqui Dd. Deinde si favor causæ vel personæ aliud suadeat, de qua re *in l. fauorabiliores* 125. *h. t.* commodior dicendi locus erit. Ad has Limitationes respicit Philip. Math. *ad h. l. n. 24.* ubi explicat ill. quæ huic quartæ thesi possint opponi.

Ad l.

Ad L. 10.

Paulus lib. 3. ad Sabinum.

Secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda.

Dicitur etiam in hac lege ad legem quo tutela, 73. ad princip. h. t.

A It Paulus: Secundum naturam est, id est, æquitati, & rationi naturali conveniens est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. Cui cõsonat quod Pontifex inquit, *m. c. qui sent. de reg. iur. n. 6.* Qui sentit onus, sentire debet & emolumentum: & e contra. Et idem Pontifex, *m. c. rationi. eod. tit.* Rationi congruit, inquit, ut succedat in onere, qui substituitur in honore, *ex bac l. Thesaurus in decis. 118. n. 5.* infert Infantem expositum non à principe, sed ecclesia alendum esse, propter quod huiusmodi infanti ecclesia ab intestato succedat, *auth. omnes peregrini. C. commun. de success. Phil. Matth. hic n. 5.*

Hæc regula per multos articulos juris diffusa est, sed nos eam paucis, iisque selectis exemplis illustrabimus: 1. ut ad fructuarium arbores demortuæ pertinent, quia in eorum locum alias eum substituere oportet, *l. agri. 38. ff. de usufr. l. 7. §. fin. ibid. 2.* Sic ad emptorem commoda & incommoda rei venditæ pertinent, *l. id quod. 7. ff. de peric. & commod. rei vend. §. cum autem, Inst. de empt. & vend. 3.* Sic ex facto Institoris sentire debemus commodum & incommodum, *l. 1. ff. de Inst. act. 4.* Sic is ad quem spectat hæreditas legitima tanquam commodum, non potest onus tutelæ legitimæ detrectare, *d. l. quo tutela, h. t.* In qua lege à Jcto usurpata est Hysterologia, id est, figura, in qua naturalis ordo verborum invertitur, cuius plurima exempla in legibus occur-

rentia concessit P. Faber *lib. 1. semest. c. 23.* Sensus igitur, *d. l. quo tutela, est:* Quo hæreditas redit eo & tutela pervenit, Placent. *ibid.* Constant Harmenop. *lib. 5. obs. c. 26.* Unde Bart. *in l. 3. in prin. ff. de legis. tutel.* tradit, quod si ex forma statuti inætur jus commune in gradu sive modo succedendi, eodem modo intelligatur esse mutatum jus in modo deferendi tutelæ, quia tutela hæreditati adjunctum est, sicut onus ad commodum, damnum ad lucrum, Steph. de Phrederic. *in tract. de interpret. ll. part. 1. pag. 6.* Hinc quoque Pomponius *in l. si igitur. 55. §. ult. ff. pro socio:* De Socio agens æquum esse ait, ut cuius participabit lucrum, participet etiam damnum, unde pactum factum de lucro in contractu societatis etiam de damno intelligitur, *§. illud. 3. inst. de societ. l. si non fuerint. 29. §. ult. ff. pro socio.* Unde socius, qui contra voluntatem socii Venetias est profectus non tenetur socio communicare lucrum, quod Venetiis fecit, quia is periculum detrectavit subire, Bart. *in l. quia poterat. in fin. ff. ad SC. Trebell.* Angelus *in d. §. illud, Inst. de societ.* Decius *hic n. 1.* Ex hac quoque regula insignem decisionem refert Bart. *in tract. suo de duobus fratribus, n. 6.* Ubi dicit stante statuto, quod muliere decedente in matrimonio sine liberis vir lucretur dimidiam dotis: Hoc casu si Pater mariti sustineat onera matrimonii faciendo expensas in filium, & uxorem ejus, & decedat postea ipsa uxor filii, quod tale lu-

D crum

crum dimidiæ dotis acquiratur patri & non marito, etsi mariti tantum, & non patris in statuto mentio facta fuit, quod dictum Bart. pro notabili refert & approbat Panormit. *part. 1. consil. 79.* incipiente: videtur primo circa fin. & Ludovic. Roman. *In Auth. ex Testamento, C. de collatione,* & hoc mente tenendum tanquam singulare notat & mandat. Hippol. de Marfil. *singul. 234.* cum enim Pater sustineat onera matrimonii, æquitati naturali consentaneum est, ut damnum, quod patitur cum isto lucro dotis compensetur.

Limitatur hæc Regula, ut non proce-

dat, ubi inhabilitas personæ incommodo & oneri illi locum non facit. Quamvis igitur hæreditates veniant ad fœminas, tutelæ tamen non item ad eas devolvuntur, *d. l. 73. in prin. l. 1. de legit. tutor.* Excepta matre & avia, *Auth. matri & avia. C. quand. mulier. tut. offic. fung. poss.*

Sic etiam hæres legitimi minor 25. annis, ad tutelam non vocatur, *l. ult. C. de legit. tut.* Deinde non habet locum hæc regula in eo, qui culpam admisit, cum enim tantum sequuntur incommoda, commoda vero non item, *l. si negotia. 11. ff. de negot. gest.*

Ad L. 12.

Pomponius libro 5. ad Sabinum.

Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.

Traçtatur in hac lege de translatione domini, & sensus est, quod id, quod nostrum est, nuda voluntate, nuda conventionione, sine facto nostro, id est, sine nostra traditione ad alium transferri non possit.

Translatio Domini geritur inter duos, dantem, & accipientem, & in utroque desiderantur quædam, sine quibus hoc genus alienationis confici non possit: In dante tria spectanda sunt. 1. Potestas rei transferendæ: Secundo, transferendi voluntas: Tertio, & quæ ista perficit traditio possessionis, & quidem vacuæ.

In accipiente duobus ad nanciscendum dominium opus est. 1. Consensu acquirantis. 2. Rei traditæ acceptione. De his nunc ordine & distincte agendum erit.

Ad transferentem igitur, quod attinet, Primum requiritur potestas rei transferendæ, unde consequens est transferen-

tem dominum esse oportere, nam non dominus nihil transfert, cum nemo plus juris in alium transferre possit, quam ipse habet, *l. traditione, 20. ff. de acquir. rer. dom. l. nemo plus juris, ff. h. t.*

Hic tamen nihil refert, Dominus ipse tradat, an faciat per Procuratorem suum *S. nihil autem interest. Inst. de rer. divis.* Quia quod quis per alium facit, ipse facere videtur, *l. quæ ratione. 9. S. nihil. ff. de acquir. rer. dom.* Modo iste Procurator speciale mandatum à Domino accepit, nam tum eatenus transfert, quatenus fines mandati non exceßerit, & si exceßerit, id est Minoris vendiderit, quam Dominus Mandaverat, Dominium translaturum non videtur, & propterea Dominus hoc casu rem tanquam non alienatam, si ea ad huc extat, rursus vindicare potest. *l. 1. §. Celsus, ff. de except. rei vend. l. 7. §. 6. ff. pro empt.* Nisi emptor pretium quanto Minoris offerat, tum enim retinere potest. *l. 3. §. item si 3. ff.*

Man. dati:

Mandati: Quid autem si majoris vendiderit? & hoc casu omnino transferre dicendum, quia in summa majori etiam minor inest §. 16. qui 8. *Inst. de mandato.*

Procurator universorum bonorum. id est, generalis, nihil transfert nisi fructus, & eas res quæ facile corrumpi possunt. *l. procurator totorum. 63. ff. de procurat. l. Procuratorum. 16. C. cod. At vehementer obstat. l. qua ratione. 9. §. 4. ff. de acquir. rer. dom. Vbi Cajus: Si cui, inquit, libera negotiorum administratio permissa fuit, & is ex negotiis rem vendiderit, & tradiderit, facit eam accipientis. Doctores ad hæc leges conciliandas distinguendum esse censent inter procuratorem, cui simpliciter mandata est rerum administratio, & eum, cui libera administratio data est, ut hic alienare possit, ille non item. hanc communem sententiam amplectuntur Hottom. Pacius. & alii, recentiores in §. nihil autem. *Inst. de rer. divis. Idem Pacius. Cent. 2. Antinom. quest. 47.* verum hanc distinctionem non immerito improbant Duarenus in *comment. ad tit. de procurat. c. 4.* Cujac. ad Modestinum in *explicatione d. l. 63. de procurat. Donell. l. 4. comment. c. 15* Nam universorum bonorum administratio, quamvis simpliciter concessa, nihilominus tamen libera tradita esse intelligitur, alias siquidem universorum bonorum administratio dici non posset. præcipue quam in rebus omnibus, exercere non liceret. Nec verbum (libera) illud operatur, ut ejus adjectione facultas pro libitu res domini alienandi concessa esse censetur. Libera administratio non desinit esse administratio, pugnat autem cum administratione rerum, non tantum eas donare, & perdere *l. 7. in prin. & §. 5. seqq. ff. de donat.* sed etiam res alienare, ubi id esse domini non est. Administratio siquidem in eum finem conceditur, ut res administrarentur, qui autem alienavit, quod*

administret habere desinit. Denique hæc duo alienare rem domini, & bene gerere sibi invicem opponuntur, in *l. 1. ff. de offic. procurat. Caesar.*

Doctores igitur distinctione insuper habita, prædictas leges alia ratione cum Duar. Cujac. & Donell. inter se componi & conciliari autumo: Nam aut utile est domino, ut res alienentur, aut inutile: Priori casu procurator universorum bonorum alienare potest, *d. l. 9. §. 4. ff. de de acquir. rer. dom. l. 58. & seq. ff. de procurat.* Posteriori non item *d. l. 63. ff. de procurat.* & ex hac lege 63, reliquæ tres superiores interpretationem recipiunt.

Porro interdum etiam non dominus dominium transfert, ut creditor, si pecunia suo tempore non solvatur, jure suo pignus vendit, & si tradiderit, dominium transfert, *l. 4. ff. de pignorat. act. l. quamdiu 6. & duabus seqq. C. de distr. pign. l. non novum, ff. de acquir. rer. dom.*

Secundo requiritur in transferente voluntas transferendi. §. *per traditionem, Inst. de rer. divis.* Ut autem quis velit transferre, imprimis requiritur, ut sciat rem suam esse, & pro sua tradat, unde si procurator mandato domini rem suam tradat, quam putet esse domini, aut Tutor rem suam ratione pupilli, quod eam pupilli esse existimet, non transfert, nec dominium recessit ab eo, quia nemo estans rem suam amittit, *l. si procur. 35. ff. de acq. rer. dom.* Nec obstat *l. serv. 49. ff. mand.* quia ibi procuratori mandatu alterius rem suam, quam suam esse ignorabat, tradenti, ideo non conceditur vindicatio, quia vindicatio, exceptione doli mali removetur, nam procurator, quamvis quasi procurator vendiderit, tamen tenetur emptori ad evictionem, evictio est rei emptæ vel ex alia justa causa acceptæ per judicis sententiam abductio, quæ præstat a venditore

ipſi emptori, d. l. ſervum. l. ex emptione, 11. ff. de act. empt. quem autem de evictione tenet actio, eundem rem ab emptore vindicantem remove debet exceptio l. vindicantem 17. ff. de eviction. Deinde ad voluntatem transferendi requiritur juſta cauſa, quia (Paulo auctore) nuda traditio nunquam transfert dominium, ſed ita ſi juſta cauſa præceſſerit, l. nunquam. 31. ff. de acquir. rer. dom. Dicitur autem juſta cauſa titulus aptus & habilis, ex quo dominium transferatur: veluti, mutui, donationis, dotis, emptionis, non ex quo uſus tantum, poſſeſſio, aut cuſtodia, ut depoſiti, pignoris, locati, commodati, precarii, l. 8. ff. commod. l. 2. C. de præſc. 30. & 40. auctor.

Denique (nota quod hæc requiſitio tantum requiratur in emptione & venditione) ad voluntatem transferendi hoc amplius in emptione & venditione requiritur, ut pretium ſolutum ſit, §. vendite. Inſt. de rer. diviſ. l. quod vendidi. 14. ff. de contrah. d. empt. l. procuratoris. §. pen. ff. de tribut. act. l. quoties. C. de rei vindicat. unde venditor ſi pretio nondum ſoluto rem tradidit vindicare eam ruiſus poteſt, vel ſi nondum tradidit, quaſi pignus retinere, donec emptor totum pretium offerat. l. Iulianus. §. offerri, ff. de act. empt. niſi venditor emptoris fidem ſit ſecutus, quod in dubio non præſumitur, ut Accuſius tradit, ſed requiritur, ut id vel expreſſe, vel tacite ex facti circumſtantiis appareat, l. ſi quaſi. ff. de pignorat. act. Gabriel. Mudæus in l. quod vendidi. ff. de contrah. empt. ubi tradit, venditor, tum ſecutum cenſeri fidem emptoris, ſi aliquando ſolvendi dilationem indulgeat.

Terſio requiritur in transferente traditio, quæ nihil aliud eſt, quam vacuæ poſſeſſionis datio domini transferendi cauſa facta. Eſtque vel vera, vel ficta.

Vera traditio eſt, quando res mobilis de manu in manum datur, vel quis in rei immobilis poſſeſſionem inducitur. Ficta traditio eſt, quando ſolo effectu, animo, & interpretatione juris res transfertur: Et hæc ficta traditio ſit multis modis. 1. Ut per clavium traditionem, l. clavibus. 74. ff. de contrah. empt. 2. per instrumenti porrectionem, l. 1. C. de donat. 3. Demonſtrationem, l. 1. §. ſi juſſerim. 21. ff. de acquir. & amitt. poſſeſſ. 4. Item per patientiam transferentis: veluti ſi deponens rem apud te depoſitam poſtea ex alio titulo habili tuam eſſe patitur, §. interdum. 43. verſ. veluti ſi rem. Inſt. de rer. diviſ. & hoc caſu brevi manu tradita dicitur, l. licet. 41. de jur. dot. adde Hottom. inſt. quæſt. 12.

Ad transferendum igitur dominium traditio vera, vel ficta, requiritur; atque hoc eſt, quod Paulus hic ait, Id, quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium transferri non poſſe, id eſt, ſine noſtra traditione, neque enim nuda voluntate, nuda conventione, ſine traditione dominium transfertur, l. traditionibus. C. de pact. Ut emptio, quæ nuda conventione perficitur, emptorem dominum non facit, traditio autem facit, itaque id, quod venditur ſine facto meo, id eſt, ſine traditione mea ad emptorem non transfertur, & proinde emptorem, antequam tradita ſit, non recte vindicabit, l. ſi ager. 59. ff. de rei vindic.

Dixi traditionem vacuæ poſſeſſionis eſſe dationem, nam tradito non aliter transfert dominium, quam ſi vacua poſſeſſio tradatur, Anton. Cont. lib. 1. diſp. c. 8. Francis. Hottom. inſt. quæſt. 12. Vacuam hic intelligo poſſeſſionem, quæ à nemine poſſidetur, & ſane huiusmodi vacuam poſſeſſionem ad transferendum dominium omnino eſſe neceſſariam, probatur per l. cum res. 12. C. de probat. in qua

qua dicitur disertis verbis, heredem emptoris probare debere, emptorem in vacuum possessionem inductam fuisse *per l. si pater. 8. C. de act. empt.* Ubi venditor prædii, qui non induxit emptorem in vacuum possessionem ius omnino penes se retinuisse dicitur *per l. 2. ff. eod.* Ubi possessio vacua tradi non videtur à venditore, si quis alter eam vel prætor possideret, *l. 3. ff. eod.* ubi traditio possessionis, quæ à venditore fieri debet, talis est, ut si quis eam possessionem iure avocaverit tradita possessio non intelligatur, cui conlonat, *l. non videtur. 32. ff. de acquir. poss. & l. 4. §. tum in potestate. ff. de usurp. & usucap.*

Verum ab hac sententia satis in legibus fundata communi. Dd. schola recessit, statuens dominium etiam sine vacua possessione transferri, dum nuda rei traditio intervenierit, cuius sententiæ patrociniū suscepit Donell. *lib. 4. comm. c. 19. Phil. Math. ad h. l. n. 37.*

Præcipuum huius communis sententiæ fundamentum est in *l. si fundum. 16. ff. de fund. dotal.* ubi fundus vocatur dotalis, proinde videtur, ad maritum translatus, quamvis non acceperit vacuum possessionem quia jam alius eum fundum possidebat. Sed respondeo: Dominium fundi in dotem dati, non fuit in Maritum translatus, idque probo in hunc modum, cum mulier dedit marito in dotem fundum ab alio possessum, quia non induxit eum in vacuum possessionem, Ictus probat eum fundum non pertinere ad L. Juliani, nempe quia alius fundum, antequam in dotem daretur, cœperat possidere. Huius rationis hæc vis est, quod lex Julia de fundo dotali non iussit maritum acquirere dominium fundi dotalis, sed prohibuit ne alienaret fundum, cuius dominium ex causa dotis jam acquisisset, ergo si in illa specie maritus fuisset Dominus dotis, lex

Julia locum habuisset, sed cum dicatur legem Iuliam cessare, facile colligimus maritum non esse dominum effectum, cuius rei hæc est una causa, quod non fuit inductus in vacuum possessionem, quia non possidebat.

Nec obstat etiam, *l. 4. C. de pactis,* inter emptorem & venditorem, ubiq; lege commissoria, quod vendidit pacto non servato ejus rei dominium vindicat, atq; ita res sine traditione possessionis in veteris domini dominio esse incipit. Nam respondeo non novum dominium ibi acquiri, sed vetus, quod ante fuerat, renovari.

Atque hætenus de transferente despeximus, in accipiente primum requiritur, ut consentiat in hoc ipsum, ut quod traditur suum fiat, *l. in omnibus, ff. de ob. & act.* Invito nihil acquiri potest, *l. invito, h. t.* Versatur autem hic consensus in duobus, primum ut consentiatur in corpus rei, de qua transferenda agitur, *l. cum in corpus. 16. ff. de acquir. rer. domin.* Deinde ut consentiatur in causa dandi & accipiendi, proinde si tibi pecuniam quasi donaturus dederō, tu eam quasi mutuo acciperes, nec donatio, nec mutuū est, nec nummi tui accipientis fient, cum alia opinione acceperit, *l. si ego. 18. ff. de reb. cred.* De hisce duabus ll. vide Gædd. *de contr. stip. c. 3. n. 8. & seqq.* Sed advertatur *d. l. cum in corpus. 16.* Ubi Julianus ait: cum in corpus, quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si credam me ex testamento obligatum, ut fundum tradam, tu existimes tibi ex stipulatu eum deberi; nam etsi pecuniam numeratam tradam tibi donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi & accipiendi dissentiamus. Ex sententia igitur Juliani

D 3. domi-

dominium transfertur in accipientem non obstante dissensu, circa causam dandi & accipiendi, id quod prædicto Ulpiani responso adversatur. Ideoque etiam non nulli aperte fatentur Julianum ab Ulpiano dissentisse, quod non est admittendum, cum commoda textus conciliandi ratio occurrat: Alii igitur distinguunt inter dissensum & errorem, *d. l. cum in corpus*, de errore, *d. l. si ego*: de dissensu loqui existimantes. Duar. *ad tit. C. si cert. per. c. 2.* Sed horum sententiam apte refellit, *l. si consensisse*, 2. *ff. de iudic. l. si per error. 15. de iurisdic. om. iud. l. nihil*, 116. *h. t.* Alii vero, (quos Donell. *in d. l. si ego*, n. 6. & lib. 4. *comment. c. 18.* & VVesemb. *in parat. ff. de reb. cred. n. 12.* contrarium videtur docere VVes. *in comment. metho. in pand. c. 3. pag. 151. in fin.* sequuntur) arbitrantur verba, *d. l. si ego*, cum effectu intelligenda esse, ita ut non dicatur dominium transferri errore, circa causam dandi & accipiendi interveniente, quia numeri hoc casu repeti possunt, alias existimant dominium revocabiliter in accipientem transire secundum *d. l. cum in corpus*, quæ interpretatio coacta & à mente ICtorum aliena est.

Videtur rectius igitur ab aliis inter obligationem constituendam, & dissolvendam distingui, ut scilicet, dissensus in causa non noceat, quando nec à me, nec à te id agitur ut obligeris, *d. l. cum in corpus*, ut secus, quando vel à me, vel à te id agitur, ut obligeris, *d. l. si ego*, 18. Faciliores enim semper esse debemus ad liberandum, quam ad obsignandum, *l. Arrianus. 47. de obt. & act.* adde Hackelm. *disp. 9. pand. thes. 20. lit. B.* Et secundum hanc distinctionem sic interpretantur verba Ulpiani *in d. l. cum in corpus*. Si pecuniam numeratam tibi tradam donandi causa, & tu eam quasi creditam accipias, id est, tu eam insolutum accipias tanquam ante à te creditam, & nunc ex

ea causa tibi solutam, Pet. Costal. & Zas. *n. d. l. 18. de reb. cred. Ant. Alciat. in lib. 5. pararg. c. 15. Iul. Pac. enant. cent. 3. q. 68. Ioan. Borch. in tract. de musuo, c. 5. n. 7.*

Alterum est, quod in accipiente dixi desiderari, acceptio. Apprehensio enim, non sola voluntas dominum facit: Eaque est vel Vera, vel Ficta.

Vera cum res mobilis transferendi animo tradita manu & acquirendi animo apprehenditur, *l. 1. §. 1. ff. de acquir. poss.* In rem autem immobilem, ut fundum aut ædes, ingreditur quis hac mente, ut vellet totam usque ad terminum sibi habere, *l. 3. de acq. poss.* Ficta, cum omittitur naturalis illa apprehensio, & nihilominus res pro præhensa & tradita habetur, ea fit etiam variis modis, 1. ut per trabium, & Tignorum significationem, *l. quod si, 14. §. 1. ff. de per. & commod. rei vend.* 2. vini digestionem, *l. 1. l. 4. ff. eod.* 3. Aspectum *l. pecuniam, 75. ff. de solut. l. 1. §. si iusseris. l. quod meo, §. si venditorem, 2. ff. de acquir. poss.* 4. Custodum appositionem, *l. quarundam, ff. eod.* 5. Constitutum, *d. l. quod meo, in prin.* 6. Usufructus retentionem, *l. quisquis, 18. C. de donat.* Atque hac ratione id, quod nostrum est, facto nostro, seu nostra traditione ad alium transfertur, Nec obstat huic regulæ, quod rei legatæ dominium sine ulla traditione in legatarium transferatur, *l. à Titio, 66. de fruct.* Nam hac regula nostra agitur de translatione domini, quæ fit inter dantem & accipientem: Donell. *ad l. traditionibus, C. de pactis.* Non obstat quoque quod sine traditione per usucapionem dominia rerum acquirantur: Nam per usucapionem nudæ possessioni dominia rerum adjiciuntur, *l. 3. ff. de usucap.* Rævardus *hic & ad l. 12. tab. Fornerius. lib. 2. select. c. 17.* Contius 4. *disp. c. 10.* Hæc autem adjectio Domini differt à translatione, quia illa nullum domini factum requirit, sed iure

jure tacito peragitur. Hæ consensu & facto tam tradentis, quam accipientis explicatur. Hoc ad extremum Coronidis loco hic queri potest. Utrum ex concessione Principis, dominium sine traditione transferatur? Et distinguendum est, utrum Princeps concedat aliquid per viam contractus, an vero per viam peculiaris gratiæ, vel privilegii: Hoc casu sine tra-

ditione dominium transit, illo non aliter quam traditio & apprehensio possessionis intervernerit, quia Princeps juxta communis juris regulas contraxisse præsumitur. Ita distinguit Bald. in c. 1. §. fin. de nova forma fidelitatis. Andr. de Servia, & Martin Ludensis, in d.l. traditionibus, C. de pact. Et huic distinctioni adstipulatur, Didac. Covarr. l. b. 2. variar. resol. c. 9.

Ad l. 12.

Paulus lib. 3. ad Sabinum.

In Testamentis plenius voluntates Testantium interpretantur alii, Interpretamur.

Quod Paulus hic ait: voluntates testamentum esse interpretandas plenius, id est, stricte, sed æquius paulo, quam stricta ratio ferat: hoc putat Decius, hic n. 3. procedere tantum in institutione hæredis, non in legatis, at male: est enim hæc lex desumpta ex Pauli lib. 3. ad Sabinum: ubi de usu & usufructu legato tractavit Ictus: Ideoque exemplis ex eodem libro petitis probari potest hanc regulam etiam in legatis obtinere, ut si cui domus usus legatus sit, non solum ipse, sed etiam cum illo uxor, hospites, liberi, inquilini, & clientes habitari possunt, l. 2. 3. & 4. de usu & habitat. addit Paulus in l. 5. ff. eod. socerum quoque cum nuru, cui adium usus legatus est, posse habitare; in domus igitur usu legato testatoris voluntatem plenius, quam contextu testamenti expressum est, interpretamur. At objicitur, quod Testatoris voluntas, quando est obscura, tunc in legatis, quod minimum est sequamur, l. nummis, 75 ff. de legat. 3. l. cum servis, 39. §. si, ff. de legat. 1. l. 9 ff. h. r. Resp. distinguendum hic est, inter formam & materiam. Ad formam quod atqinet, vo-

luntates testamentum interpretandæ sunt plenissime, ita nimirum, ut omnia rite, ac cum solennitatibus acta sint, atque ita valeat Testamentum potius, & in eo relicta legata, quam pereat; unde traditur in dubio pro testamento præsumendum esse, scilicet, quoad exteriores causas, ut sunt solemnitates, & voluntatis perseverantia, l. si divisionem; & ibi Bart. & Ias. C. de jur. & fact. ignor. Ias. & Dd. in l. Gallus. §. quod si is. ff. de lib. & post. Sed quoad materiam, id est, quoad res contractas & alii relictas distinguendum est, aut enim verba rerum ibi relictarum unum tantum continent sensum, & tunc extra illa verba interpretatio quærenda & indaganda non est, l. ille aut ille, 25. de legat. 3. quo casu nostra lex non habet locum, & ita eam expresse limitat Angulus de Ubaldis conf. 328. incipit: Anastasius olim; aut verba continent plures intellectus, & tum vel legatum certum usum respicit, ex quo legatum illud plenius interpretandum convenit, l. legatis, 6. ff. de aliment. & cibis. legat. Ubi legatis alimentis & vestes, & habitatio, & cibaria legata dicuntur: Cum tamen, qui de alimentis

mentis transegit, neque de habitatione, neque de vestiario transegit dicitur, nisi diserte singulorum fecerit mentionem, l. 8. §. qui transegit, ff. de transact. Atque

huc etiam pertinet, d. l. 3. §. ceterum, cum l. seq. ff. de usufr. & habitat. Vel certum usum non respicit, & tunc minimum debetur, d. l. nummis, 75. ff. de legat. 3.

Ad L. 13.

Ulpianus libro 19. ad Sabinum.

Non videtur cepisse, qui per exceptionem removetur à petitione.

Adduntur huic legi etiam, l. is, qui actionem, 15. l. non videtur, 51. l. Marcellus ait, 66. l. nihil interest, 112. l. si quis 115. §. non potest, & l. minus, 204. b. t.

Pæmonendum hic est, quod in d. l. 13. in Pandectis Florentinis verbum (cepisse) sine diptongo legatur, & significet, non ut Decius putat, inchoasse, sed acquisivisse, accepisse. Ex collatione autem harum legum, duæ regulæ constitui possunt.

Prior est: Qui actionem habet rem ipsam cepisse videtur, d. l. 15. l. rem in bonis, 52. ff. de acquir. rer. dom. l. bonarum, 47. vers. æque bonis annumerabitur, l. id apud 143. ff. tit. proximo. Ut is legatum habere dicitur, qui vel actionem ex Testamento, aut in rem pro eo consequendo nactus est, l. cum pater, 77. §. furdo, 3. de legat. 2. licet ignorans, l. magis. §. fundum, ff. de reb. eor. qui sub. tutel. l. si patrem, ff. quemadmod. servit. amitt. l. quasitum, §. 1. ff. de legat. 1. Sic in lege Atinia in potestatem domini in rem furtivam venisse videri dicimus cum Sabino & Cassio, si ejus vindicandæ, potestatem habuerit l. potestatis, 215. in fin. ff. tit. proximo. Quod de actione dicitur, ad interdictum recuperandæ possessionis porrigitur, nam is quoque, qui recuperandæ per interdictum unde vi possessionis potestatem habet censetur ipsam rem habere. l. si quis, 17. ff. de acq. poss. Sic qui restitutione in integrum impetrata rem recuperare potest, ea exclusus

esse non videtur, l. 5. de integ. rest. quinimo eam in bonis habere intelligitur, l. metum, §. licet, ff. quod met. caus.

Ait lex 15. (habere videtur) id est fingitur, existimatur, cum tamen aliquid intersit, nam præstat ipsi rei incumbere, & rei veritate inspecta, minus est actionem habere quam rem ipsam, d. l. minus, 204. b. t. Hinc is à quo petitur commodò possessoris trui, qui petit, petitoris onere fungi dicitur, l. 1. §. quoties, ff. uti possidet. l. is, qui destimabat, ff. de rei vindic. & qui in rem agit, fieri potest, ut nunquam rem consequatur, ipsius actionem Adversarii inopía reddente inanem, l. 6. de dolo malo, vel si actore non probante reus, à quo res petitur, absolvatur, l. 2. C. de probat. Denique sumptus in petendo, & eventus possunt esse incerti, l. 51. de peculio. Ex his igitur apparet revera minus esse actionem habere, quam rem ipsam hinc videmus, ut qui tantum actionem ad rei immobilis consequutionem habet, non removetur à satisfactione, quemadmodum, qui possidet. l. 15. §. si fundus, ff. qui satisfac. cogant.

Porro is rem cepisse & habere dicitur, qui habet actionem cum effectu, id est, sine exceptionis metu; Nam is rem habere non videtur, qui exceptione à petitione

tionem removeri potest, nam nec vere rem habet cum non accepit, nec ficte, cum ad illam consequendam actionem non habet, *nam paria sunt in iure, non habere actionem, aut talem habere, quæ per exceptionem elidi potest* d. l. nihil interest. h. t. l. & eleganter 7. §. 8. ff. de dolo mal. & certe inanis est, quæ exceptionis auxilium habet. l. Stichum. 95 §. aditio. 2. ff. de solution. l. quamvis. 8. §. Marcellus. 9. ff. ad SC. Vellejan. Unde Marcellus ait eum debitorem esse desinere, qui nactus est exceptionem iustam, nec ab æquitate naturali abhorrentem. d. l. Marcellus. h. t. Quod ita accipiendum est, ut nactus exceptionem desinat esse debitor naturali jure, non autem civili, nam jure civili nihilominus teneatur, sed intentata contra illum actio exceptione repelli dicitur: Qui igitur nactus est exceptionem non modo iustam, id est, jure civili receptam, & legitimam, sed etiam non abhorrentem à naturali æquitate, non quidem à jure civili liberatur, l. ex diverso. 17. §. 1. solut. mat. sed naturali jure, ideoque naturali hac exceptione tutus, si soluerit per errorem habet conditionem, quia solvit quod jure & natura non debuit. Cujusmodi exceptiones Pacti de non petendo, doli mali, jurisjurandi, SC. Velleiani, verum exceptio quæ non naturalis, & quæ à naturali æquitate abhorret, non tollit naturalem obligationem, sed civilem tantummodo, sic ut actionem repellat: hanc exceptionem qui habet omnino debitor jure civili esse non desinit, igitur solutum non condicet, & ea est causa exceptionis SCti Macedoniani l. si pæne. 19. de condic. indeb. l. sed etsi. in fin. & l. seq. ad SCum. Macedonian. Recte igitur Martianus ait in l. qui except. 40. de condic. indeb. Perpetuum non esse hoc, ut qui exceptionem habet perpetuam solutum per errorem repetere possit. Porro, quod dicitur in d. l. nihil interest. 112. ff. h. t. nihil interesse,

an quis actionem habeat, an vero talem, quæ exceptione perpetua, & peremptoria infirmari possit, habeat, hoc quoad effectum ita verum est, ordo tamen juris, agendi forma, & causa est diversa, nam si ipso jure non detur actio, tum Iudex etiam ex officio potest repellere agentem, etsi Reus non opponat, neque petat se ab instantia absolvi. l. pupilli. 6. §. videamus. ff. de negot. gest. Modo Iudici de hoc constat, ut Iudici, non ut privato, id est, ex actis. l. 6. §. veritas. cum ibi notat ff. de offici. Presl. aliu. in rub. ext. de except. n. 7. per gloss. in. l. ubi patrem. C. de except. si autem ipso jure actio competat, quæ exceptione potest excludi, ut Iudici ex actis etiam de illa exceptione constat, actori Iudex non repellit, si eam exceptionem Reus non opposuerit, ut existimat Bart. in l. si unus. 27 §. pactus. n. 18. ff. de pactis. Alexand. in l. eum qui. n. 6. & 7. ff. de verb. Obli. At contra quod & Iudex tunc supplere possit exceptionem ex officio, quando et de illa constat ex actis, docuit Angulus in d. §. pactus. Decius ad h. l. non videtur. 13. Felin. in d. rub. ext. de except. col. 2. quos sequitur Bellonus lib. 2. disput. c. 10.

Sed hædoctorum sententiæ, quæ prima fronte contrariæ videntur conciliari posse existimo hac adhibita distinctione: Aut reus suis responsionibus adjecit hanc clausulam salutarem; super quibus omnis & singulis deductis, & deducendis peto mihi jus & justitiam administrari, judicis officium implorando, & tunc Iudex ex officio supplere potest exceptionem in actis probatam, licet ea nominatim & expresse non sit opposita; nam vigore hujus clausulæ Iudex tenetur implere, & impartiri officium suum non tantum super petitis in conclusione, sed etiam super deductis & probatis in actis. Abbas in c. fin. ext. de jurejur. Iason. in l. naturaliter. §. nihil commune. de acquir. poss. &

E

Vigo-

vigore hujus clausulæ partes censentur prpooſuisse omne jus, quod maxime suæ intentioni inferuit, & convenit. VVeſemb. *conf. 21. n. 21. 23. 24. & 42. & consil. 3. n. 18. & seq.* Aut vero omisit hanc clausulam, & Iudex non tenetur implere exceptionem licet probatam; quia nonquam impartitur officium suum, nisi invocatus *l. 4. §. hoc autem. ff. de damn. infect. Dd. in l. runc. Cui quæ defunt advocat. itaque hætenus de priori regula.* Altera est, Cæpiſſe quis non videtur id quod ei necesse est aliis restituere *h. l. non videtur § 1. Cui Conſonat l. aliud. 71. ff. ut. proximo.* Vbi Ictus inter Capere & accipere hanc tradit differentiam, quod capere sit cum effectis accipere quid, quodque perpetuo apud accipientem mansurum est; sed accipere etsi quis non accipit, ut habeat: Accipere igitur generalius est, quam capere; quia quocunque modo nobis quid datur

traditurve etiam custodiæ tantum causa, vel ut conductum habeamus, aut detineamus datum traditumve sit accepisse dicimur. *l. naturalis. §. 1. de præscript. verb. l. si quis 13. in fin. & l. fin. ff. de posſin.* Capere vero est solummodo ita accipere, ut statim accipiens Dominus, aut quasi fiat, vel certe, ne res sibi invito avocari possit. *l. ex facto. §. fin. ff. vulg. & pupill. substit. l. ubi. 75. cum ibi notis. ff. de verb. oblig. huc spectat l. non videtur. 22. de acquir. posſ.* ubi dicitur illum non videri possessionem adeptum, qui ita nactus est ut retinere non possit. Hinc quoque Marcellus ait: cum qui legatum percepit, non recte de inofficioso testamento dicturum, nisi id totum alii administravit. *l. si pars. 10. ff. de inoff. testam.* nam qui id alii administravit, seu qui alieno nomine legatum accepit, non videtur percepisse vel cepisse legatum cum ei necesse sit id alii restituere.

Ad L. 14.

Pomponius libro 5. ad Sabinum.

In omnibus obligationibus, in quibus dies non apponitur, præſenti die debetur.

Omnis obligatio aut pure, aut sub conditione, aut in diem, vel deniq; ad diem & sub conditione concipi solet. *§. 2. Inst. de verb. obl. l. in ista. 8. ff. eod.* In hac lege de pura obligatione agitur: Pura obligatio est, cum stipulor quinque aureos mihi dari. *d. §. omnis. 2.* & tunc præſenti die quinque debentur, quoties enim in obligationibus dies non ponitur, ut Pomponius hic ait, id est, quoties obligatio pura est, præſenti die debetur, id est, statim debetur, statim solvendum est, & ut Imperator ait, confestim pecunia peti potest, atque hoc est, quod Vlpianus ait in *l. cedere diem*

213. de verb. Sig his verbis. Ubi pure quis stipulatus fuit, & cessit & venit dies. Cedere diem (eodem Vlp. interprete) significat incipere debere, illud scilicet, quod promissum legatum est, id est, Cedere diem nihil aliud est quam diem ad esse, quo incipit obligatio, vel jus ad aliquem pertinet. Venire diem significat (eodem Vlp. autore) eum diem venisse, id est, extitisse, vel adesse, quo pecunia peti possit, id est, quo ex ea obligatione vel de eo jure actione certare & Iudicium instituere liceat; Promissor itaque qui pure promisit, statim convenire & compelli potest, ut statim, quod promisit, solvat

solvat eodem etiam die, quo promissum est, *l. liber. homo. 118. §. decem hanc §. decem. Velem. in §. ult. Inst. de inutil. stip. accipit*, quod promissor purus eodem die cogatur solvere, sine temperamento. propter vocem (hodie) Verum Sandius docet in *h. §. decem. pecuniam promissam videri in manu, propter vocem (hodie) in d. §. positam. Et Philip. Math. respondet ad h. §. quod agatur ibi de petitione non autem de solutione. ff. de verb. obl.* Quod si tamen res promissa non sit in manu, dabitur ejus comparandæ spacium *§. ult. Inst. de inutil. stipul.* Non enim debitor venire cogitur cum sacco paratus, ex quo pecuniam statim numeret *l. quod dicimus. 105. ff. de solut. l. 1. §. item si ita. ff. ad L. Falcid. Alciat. lib. 2. *trapez* c. 8.*

At quæstionis est quantum temporis debitori tribuendum sit, ut pecuniam comparet? Quidem existimant decem dies esse concedendos. Horum sententiam amplectitur Goth. *ad l. 41 §. 1 de verb. obl. per l. 21 §. 1 hic allegatam & Senec. 3 contr. c. 5. quod probare nituntur per l. Promissor. 21 §. de const. pec.* Verum iste textus nihil ad propositum facit, quia loquitur de constituto, quod differt à stipulatione: Quia constitutum si fiat sine die, videtur collatum in diem decimum, *d. l. Promissor. 21.* At si Stipulatio fiat sine die statim debetur. Alii hoc spatium dicunt esse quatuor mensium, & in eam rem male citant. *l. cum militi. 16. §. fin. ff. de Compensat.* Nam ea lex non loquitur de hoc permodico spacio, sed de tempore judicati faciendi, quod lege datur: Verius igitur est cum in stipulationibus & aliis obligationibus modicum illud tempus quod Debitori indulgetur, in jure, non sit definitum, id ipsum relinquendum arbitrio Iudicis. Iacob. Concennarius *lib. 1. quæst. c. 3. n. 3. Ant. Gomez tom. 2. variar. resolut. c. 111. n. 1 & 2. Ia. Menoch. lib. 2. de arb. lud. qu. cas. 26. n. 5.*

Porro limitatur hæc regula, primo ut non procedat quando obligatio, quæ verbis quidem pura & præsens est, ex re ipsa debita dilationem capit, ut si promiserim tibi frumentum meum hujus anni: hodie vel cras à me non petere potes, sed necesse erit, ut messem expectes. *l. interdum. 73. de verb. obl.* Sic si stipulor à te domum mihi ædificari, hæc stipulatio ex re ipsa dilationem capit; nec enim statim ex hac stipulatione agere possum, sed tum demum, cum tantum temporis præterierit, quo domus ædificari potuerit *l. si ita. 14. l. si insulam. 84. de verb. obl.* At obstat *l. stipulationes. 72. fin. de verb. obl.* Ubi Ulpianus magis putat esse, ut statim, atq; mora faciendæ insulæ fieri cœpit, stipulationis dies cedat, agique ex eo possit. Jac. Cujac. *in d. l. si ita stipulatus. 14.* existimat hac in quæstione Proculianos, à Sabinis dissensisse, à qua sententia non est alienus Ant. Fab. *lib. 6. conject. c. 7.* Sed Cujac. hoc nomine reprehenditur à Ioanne Robert. *lib. 1. animad. c. 17. & lib. 1. notar. ad not. merc. c. 17.* Ioannes antiquus Glossator hanc pugnam ita in concordiam adduci posse tradidit, ut dicamus ex Ulp. sententia mora facta in ædificanda insula, statim agi posse in id, quod interest stipulatoris domum inchoatam esse; Ex Pauli & Celsi sententia statim agi non posse in id, quod interest Stipulatoris domum perfectam esse. Hæc solutio verior videtur, & communiter à Dd. approbata est Bart. Æmil. Ferrettus. Coras. Donell. *in d. l. stipulationes. §. fin.* quos refert & repudiata sententia Cujacii sequitur Ioan. Borch. *in comm. de verb. obl. c. 6. n. 16.*

Secundo limitatur hæc lex ut non præcedat propter adjectionem loci. *§. loca. Inst. de verb. obl.* Verbi gratia: Ego tibi hic promisi francofurti dare centum, hæc promissio pura quidem est, cæterum locum adjectum habet, quo pecunia dari

E 2 debeat

debeat, igitur tu statim à me decem non petes, sed teneris differre actionem donec Francofurtum perveniam. *l. cum, qui Calendis. §. 1. de verb. obl. d. §. nunquam. Inst. eod.* Quantum autem temporis hic tacite compræhensum censi debeat, cum in facto consistat, & alter celerius, alter tardidius proficiatur, quandoque etiam morbus, ætas, tempestas, & ejus generis alia excusant à mora, illud judicantis arbitrio æstimandum ex variis causarum, & circumstantiarum figuris permittitur,

quam rem Vult. late tractat *ind. l. continus. 137. §. cum ita & seqq. & in d. l. interdum. 73. de P. O.*

Tertio limitatur si ex qualitate, vel actu dies tacite insit, ut si quis promittat puellæ dotem, tacite intelligitur, cum erit nubilis ætatis. *l. qui filium. 4. ff. ubi pupill. educ. & morar. deb.* Decius *h. n. 2.* quia ante eam ætatem contrahere matrimonium fæminæ non possunt, *in prin. Inst. de nupt.* & dos sine matrimonio esse nequit. *l. 3. de jur. dot.*

Ad L. 15.

Paulus libro 5. ad Sabinum.

Is, qui actionem habet, ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.

De hac lege satis explicatum puto in *l. non videtur. 13. §. h. t.*

Ad L. 16.

Ulp. lib. 21. ad Sabinum.

Imaginaria venditio non est pretio accedente.

TRia ad veram venditionem requiruntur, 1. consensus ementis, & vendentis, 2. merx vel res, quæ venditur: & denique 3. prætium. *§. prætium. Inst. de empt. & vend.* Ad pretium quod attinet, illud est pecunia numerata æstimationi rei venditæ pro portione respondens: Hoc cum sit de substantia venditionis omnino necesse est intervenire, ut emptio contracta videatur. *l. 2. §. 1. ff. de contrah. empt.* Accedere vero non videtur pretium, quod injustum est, injustum est, quod fit nummo uno, id est, uno sextertio: Igitur venditio, quæ fit uno nummo, seu uno sextertio, dissentit Johan. à Leininghen. *in colleg. Inst. disp. 13. quest. 1.* est imaginaria venditio; Nam unus num-

mus habet tantum imaginem pretii, proinde talis venditio nulla est, & pro non facta habetur. *l. nulla. 55. de contr. empt. l. contractus. 54. de obl. & act. l. 1. §. divi fratres. 6. de quest. ionib.* Sic quoque locatio est imaginaria & nulla, quæ fit uno nummo. *l. si quis. 46. ff. locat. l. si quis. §. fin. ff. de acquir. poss. c.* nisi forte justum precium rei venditæ, & justa merx rei locatæ constet ex uno nummo, tunc enim venditio & locatio uno nummo fieri potest. Contractus igitur imaginarii nullum juris vinculum obtinent *d. l. contractus de obl. & act.* Nam neque locatio donationis causa contrahi potest. *l. si quis. ff. locat.* Quemadmodum venditio neque donationis causa fieri potest. *l. si quis donationis. de*

de contrah. empt. l. 3. C. eod. Quod tamen sic accipiendum est, ut, non valente eo, quod simulatur, Philip. Math. h. n. 11. pag. mibi 117. ubi objectionem petitam ex l. 66. in fin. ponit & diluit. id est, venditione, vel locatione valeat tamen id, quod agitur, id est, Donatio. l. empti. 9. in fin. C. de contrah. empt. ult. ff. pro donat. Quam quis in alium sub speciem venditionis, cum non verum contractum gereret, contulit, l. 14. C. de donat. inter vir. & uxor. sunt igitur huiusmodi venditiones, aut locationes, quæ fiunt uno nummo, verius donationes, quam venditiones, aut locationes. d. l. si quis conduxerit. d. l. sicut empt. locat. d. l. si quis donationis. de contrah. empt. Quod si tamen talis imaginaria venditio in fraudem juris fiat, nihil agi constat. l. si sponsus. S. circa. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. vir uxori. ff. ad SC. Vellejan. l. penult. ad L. repetund. Alias si Imaginariæ venditiones non fiant in fraudem legis, licitæ sunt, imo ad res expediendas erant olim omnino necessariae l. si usufructus. 66. ff. de iur. dot. sic imaginaria venditio olim in testamentis recepta fuit, quæ fiebant per æs, & libram, & per mancipationem imaginariam, ut loquitur Vlpianus, in frag. tit. de testam. Item in fideicommissariis hæreditatibus auctor Theophilus in §. instituta. Inst. de fideicommiss. hæred. ac in emancipationibus ut dicitur in §. præterea. Inst. quib. mod. jus pat. potest. sol. & meminit Cajus lib. 1. Inst. tit. 6. & Boethius in topicis Ciceronis, Itemque in Matrimonii contrahendis, & antiquis nuptiarum solennibus, ut traditum est ab Isidorus. c. 4. c. ult. lib. 9. etymol. Denique id juris subtilitas olim exigebat, ut quamvis quis nudam, ac sinceram donationem exercere vellet tamen cogetur rei exci-

piendæ causa imaginariam, venditionem celebrare, & ita aliud agere, aliud simulare, ut tamen plus valeretur quod ageret, quam quod simularet. Cont. lib. 1. disp. c. 16. & quod donatio venditione quadam imaginaria peragebatur, non obscure demonstrat Iustinianus in l. ult. C. de donat. Illud notandum est, interdum imaginariam venditionem dici quæ fit uno festertio, sed quæ fit per suppositam imaginarii emptoris personam, & sub imagine alterius personæ, ut Impp. loquuntur in. l. & qui sub imagine 10. C. de distract. pignor. quæ venditio etiam dicitur simulata l. 2. C. si advers. vend. Porro non est imaginaria venditio, ubi prærium accedit, ut Vlpianus in h. l. docet. quod verum est etiam si postea donandi causa pretium remittatur, nam ut venditio sit, non est necesse ut pretium solvatur, sed est necesse ut prius de pretio conveniatur. l. empti. C. de contrah. empt. quod etiam de locatione manifeste traditur: in. l. 5. ff. locati. & l. circa. 19. C. de locat. & Conduct. Item si de pretio sit conventum, licet aliud postea loco pretii, consentienti solvatur, idem dicendum est l. præii causa. 9. C. de rescind. vend.

Denique quamvis pretium interveniat, tamen si pretium illud non sit admodum modicum & tenue, & pactum appositum sit de retrovendendo à creditore fænerari socito, ac venditor in possessione rei venditæ maneat, & denique si causam contractui mutuum dederit, tunc contractus præsumitur imaginarius & simulatus, ut tradunt Dd. quos refert & sequitur Iacob. Menoch. lib. 2. de arbit. iud. quest. cas. 13. 39. 247. & 248. adde Guil. Cuciacum lib. 1. acad. quest. 68.

Ad L. 17.

Ulpianus libro 23. ad Sabinum..

Cum tempus in Testamento adjicitur; credendum est, pro hærede adjectum, nisi alia mens fuerit testatoris: sicuti in stipulationibus promissoris gratia tempus adjicitur.

Explicatur in hac lege etiam. l. nihil peti. 186. h. t.

EX hac lege (cum tempus) talis proponitur regula: Sive in testamentis, sive in stipulationibus, dies adjicitur in dubio credendum est pro debitore adjectum videri: Quando obligationi certum tempus, vel certus dies adjicitur, ante diem quidem debetur, sed peti priusquam venerit non potest. *Somnius. Inst. de ver. obl.* Nam in stipulatione quæ fit in diem cessit quidem dies, sed nondum venit, ut eleganter Ulpian. docet in *l. cedere diem de verb. sig. & Paulus in l. Centesimis de verb. Obl. Centesimis Calendis*, ait, dari utiliter stipulationem; quoniam præsens obligatio est, in diem autem dilata solutio; Dies enim non est, modus inducendæ obligationis, ut traditum est à Icto in *l. omnium fere. de Obl. & act.* Nec obstat quod Ulp. scribit, diem efficere ne præsentis die pecunia debeatur, & quod Paulus ait, Obligationem incipere ex die: Cum stipulor Calendis martii decem mihi dari *l. omnium fere. 44. §. 1. de obl. & act.* Hoc enim ad effectum referendum est, ut scilicet ante diem non possit peti: die igitur obligationi adjecto, obligatio quidem statim nascitur, sed ante diem non excipitur, imo ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, pecunia peti potest, quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet, neque enim (Inquit Imp.) certum est eo die, in quem promissum est, datum non esse, antequam is præterierit *d. §. om-*

nis. Inst. de verb. obl. & Celsus in h. l. nihil peti. ait, cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo præterito peti non potest, ut qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis non recte petet. *§. pen. Inst. de mutil. stipul. l. qui hoc anno. 42. de verb. obl. l. quod quis. 49. de obl. & actio.* similiter qui certarum nundinarum diebus dari stipulatus est, non nisi nundinis præteritis potest petere. *l. cum qui certarum. 138. ff. de verb. obl.* Ratio est quia diei adjectio non pro stipulatore, sed pro promissore est. *h. l. cum temp.* Quamvis autem qui in diem certum dare promissit compelli nequeat, ut ante diem solvat, tamen si volet ante diemolvere potest *l. stipulat. ista. 38. §. inter incertam 16. l. continuus 17. §. cum autem vers. nam & quod in diem debetur. ff. de verb. obl. l. pro certa die. 70. de Solut.* Et hoc dubium nullum habet si volenti creditori ante diem solvatur, Sed an Creditori etiam invito ante diem solvi possit, in Quæstionem vocatur? Quæ quæstio non est parvi momenti; Nam si debitor invito Creditori ante diemolvere non potest, & debitor Creditori recusanti offerat pecuniam, eaque deposita, & consignata postea pereat, periculo debitoris peribit: Sin a. faciamus debitorem polle invito creditori, si Creditor oblaram pecuniam recuset accipere, ea deposita periculo erit Creditoris. *l. acceptam. C. de usuris l. obfigna-*

signatione. C. de solut. Quid igitur de hac questione statuendum est? Bart *in d. l. stipulatio ista. §. inter incertam. de verb. Obl.* existimat debitorem non solum volenti, sed invito quoque creditori ante diem solvere posse: Et hæc Bart. sententia est communiter recepta, eumque ex Neotricis sequuntur. Coras. *in d. l. stipulatio ista. §. inter incertam.* Donel. *in l. eum que Calendis. de verb. Obl.* Lud. Charondas *in notis ad l. quod certa 70 ff. de solut.* V Velemb. *in parat. de solut. n. 5.* Othenius *in tract. de Mora. c. 5. n. 16.* Ant. Fab. *lib. coniect. c. 1.* Contra alii statuunt debitorem in diem ante diem quidem volenti creditori solvere posse, non autem invito & in ea sententia sunt Emil. Ferretus, Duar. Iacob. Cujac. *in d. l. stipulatio ista. §. inter incertam.* Idem. Cujac. *lib. 23. obs. cap. 23. & tractatu 8. ad African. in explicatione l. 39. de solut. & ad h. l. cum tempus.* Ioan. Borch. *in comment. ad tit. de verb. Obl. c. 6. n. 33. & seqq.* ubi Hugonis donelli argumenta refert, & confutat: hæc posterior sententia mihi verior videtur, Nam quamvis debitor ante diem offerre possit debitum nolenti & recusanti accipere, non tamen liberatur pecunia oblata perempta; Quoniam Creditor moram facere non videtur, quando suo die offertur pecunia. Offerenda n. pecunia est non tantum congruo loco, sed & oportuno tempore *l. si solut. 39. ff. de solut. l. creditor. 102. de solut.* Cum igitur Creditor, qui ante diem pecuniam accipere non vult, moram non facit, consequens est, ut non liberetur debitor, etiamsi res perimatur *arg. l. item illa. 18. de const. pecun. huc facit. l. 3. §. quod si servus. ff. de statu libris.* dum enim ibi dicitur benigne receptum esse, ut statu liber ad diem date Iussus ante diem oblata pecunia, perveniat ad libertatem, satis eo ostenditur idem non esse receptum in aliis causis Cujac. *d. lib. 23. obs. c. 23.*

Porro limitatur hæc regula ut procedat tantum in dubio, non autem quando aliter de mente Testatoris, aut contrahentium constat. *b. l. 17. ibi* (nisi alia mens fuerit Testatoris) licet enim regulariter dies pro promissore & hærede adjiciatur, tamen interdum etiam adjicitur pro stipulatore, & legatario, *l. si ita relictum 45. §. Pegasus de legat. 2. l. in fideicommissis 3. de usuris, l. 10. §. 4. ff. quad. dies. legat. cedat.* Igitur ante diem solvens debitor non liberatur. *l. 15. ff. de annu. legat.* ubi Javolenus etiam, qui rogatus post decem annos restituere pecuniam, ante diem restituerat; Respondit si propter capientis personam, quod rem familiarem tueri non posset, in diem fideicommissum relictum probetur, & perdituro ei heres id ante diem restituisse, nullo modo liberatum esse, ratio est, quia solvit contra voluntatem, & providentiam Testatoris. Idem ex constitutione Imp. Severi & Antonini respondet Marcianus *in l. filiusfam. 114. §. Drui. 11. de legat. 1.* Sed quid si debitor ante diem creditoris gratia adjectum solvat, anne donasse censebitur. Bulgarus & cum secutus Accursius opinantur, quod sic, sed male: Licet enim debitor non semper liberetur, tamen non præsumitur donasse. Igitur hic distinguendum est inter stipulationes & legata, si stipulatori in cuius gratiam dies appositus est solvi ante diem, repellam eum exceptione: Improbis enim est, qui vult iterum consequi, quod accepit. *l. si quis dolo 51. de re judic.* verum si legatarius ante diem acceperit, & perdiderit legatum, in hæredem salva est actio. *d. l. cum qui 15. de ann. legat.* Quod si tamen pupillo sine Tutore solvatur, & is perdiderit pecuniam, sive legatarius sit is Pupillus, sive creditor omnino non liberatur debitor, verum extante pecunia repellitur pupillus exceptione doli, si iterum agat, atque petat,

tat, qua non repelleretur si debitor donasse videretur. l. si pupilli 68. ff. de solut. l. apud 4. §. si quis 4. ff. de dol. mal. except.

atque ita non videtur donasse, qui ante diem solvit. Cujac. h.

Ad L. 18.

Pomponius libro 6. ad Sabinum.

Quæ legata mortuis nobis ad heredem nostrum transeunt, eorum commodum per nos his, quorum in potestate sumus, eodem casu acquirimus, aliter atque quod stipulati sumus. Nam & sub conditione stipulantes, omnimodo eis acquirimus, etiamsi liberatis nobis potestate domini conditio existat.

Paulus.

Si filius familias sub conditione stipulatus, emancipatus fuerit, deinde exstiterit conditio: patri actio competit, quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.

Interpretatur in h. l. etiam §. in stipulationibus. l. 144. h. t.

Difficilis & obscura est. h. l. 18. Adeo ut Franc. Hottom. lib. 5. obs. c. 13. eam valde contaminatam & mutilam esse opinetur, ea motus ratione; quod prior pars legis, quæ in genere de legatis loquitur cum posteriori parte, quæ de una tantum specie stipulationis agit, non cohereat: Sed tamen commodus ex ea sensus elici potest, si dicamus in tota lege tam tractari de legatis, quam stipulationibus conditionalibus, adeoque tradi differentiam inter legata conditionalia & stipulationes sub conditione conceptas: Quæsitum enim fuit: Servo filiove fam. ante conditionem impletam manumisso, aut emancipato, cui acquiratur legatum, patrive an filio Patronove an libero: Ad hanc quæstionem respondet Pomponius. Ea legata domino & patri duntaxat deberi, quæ ad heredem legatarii eo mortuo possunt transferri, hæc est major propo-

itio, quæ legata mortuis: &c. Minorem ICTus non expressit; ea igitur assumenda est ex aliis partibus juris nostri, hoc modo: atqui Conditionalia legata legatario mortuo ad heredem ejus non transeunt. l. unic. §. si autem. 7. C. de caduc. toll. & ibi Dd. l. 4. & §. l. huiusmodi 13. ff. quand. dies legat. l. si ita expressum. ff. de condit. & demonstr. Ergo servo filiove fam. cui legatum conditionale relictum est, ante conditionis eventum manumisso, vel emancipato ad patrem vel Dominum transferri tale legatum non potest. d. l. 5. in fin. l. 14. §. fin. ff. quand. dies. leg. ced. postea subjicit ICT. aliud obtinere in stipulatione conditionalis, quod scil. servi sub conditione stipulantis Domino acquirant, licet postquam manumissi sunt conditio primum existerit. Et hoc vult ICTus his verbis. (etiãsi libertatis nobis potestate domini conditio existat) id est, omnino, iis, quorum in potestate

testate sumus acquirimus, sive nostri juris, sive in Patris potestate adhuc sumus, existentis conditionis tempore. Hinc nunc colligitur differentia bene notanda, quæ est inter legata, & stipulationes; nempe conditionale legatum legatarium ante conditionis eventum decedentem ad heredem non transmittere, at stipulationem quamlibet, non solum puram, & in diem, sed & sub conditione contractam ad heredem transire. § *ex conditionali. Inst. de verb. Obl. l. necessario. §. quod si pendente. & ibi Dd. de peric. & comm. rei vend.* At quæ sit hujus rei differentie ratio, inter Interpretes non convenit. Cujac. in l. 28. de verb. Obl. Hanc adfert, quod stipulatio ex præsentii vires accipit. *l. usus fructus. 26 in fin de stipul. servor.* hoc est, in stipulatione spectatur tempus quo contrahitur *l. si filiusfam. 73. de verb. Obl. l. non omnem. 144. §. 1. h. t.* & ideo existente conditione stipulatio perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est jure, sive conditione facta esset. *l. potior. 11. §. 1. ff. qui pot. in pign. hab.* legatum vero vires accipit ex futuro conditionis eventu, id est, in legato spectamus tempus quo conditio extitit, & ob id existente conditione legatum periade habetur, ac si tum primum jure relictum esset, ergo pendente conditione quoque legatarius creditor non est, Et hæres ejus existente conditione legatum petere non potest. *d. l. unuc. §. fin autem. C. de caduc. tollend.* Hæc ratio verissima est, eaque, multis confirmatur ab. Ant. Fab. lib. 15. *conject. c. 6. & 7.*

Sed eam Donell. infringere conatur per. l. *cedere diem. de verb. sign.* ubi Ictus, Quod pendente conditione nihil debeatur, unde nec Creditori debetur, cui sub conditione quid promissum est, tamen si Creditoris loco habeatur. *l. creditores. 10. cum duobus seqq. de verb. sig. l. conditionales. 54. ff. ead. §. sub conditione Inst. de verb.* Hinc

colligit Donell. tam in stipulationibus, quam in legatis inspicendum esse tempus, conditionis existentis. Sed responderi potest; quod Creditor Conditionalis vere Creditor sit. *l. 16. cui. de Obl. & act.* habet enim debitorem jam obligatum, nec alio ullo suo facto indiget, ut ei vinculum injiciat obligationis. *l. qui balneum. 9. §. 1. l. potior. 11. §. videamus, qui pot. in pign. hab.* Sed tamen quia fieri potest, ut conditio deficiat, atque ita appareat nihil unquam debitum fuisse, cum obligatio sic contracta sit, ut ab initio conditionem habuerit, quia conditione pendente nihil debetur, sed spes tantum competit, ut aliquando debeatur, idcirco hoc respectu in nonnullis legibus negari videtur, debitorem esse eum, qui sub conditione debeat, aut creditorem illū, cui sub conditione debeatur. *l. debit. 108. de ve sig. C. Fulc. 7. §. si in diem. 14. ff. ex quib. caus. in poss. eat.* Non debetur igitur in conditionalibus stipulationibus quoad actum, at quoad potentiam aliqua subest, quia speratur, ut post alios monet Goddeus in tract. de stipulat. c. 9. n. 134. Sed hic jam rursus dubitatur, quare in stipulationibus spectetur tempus contractus, in legatis vero conditionalibus inspicatur tempus evenientis conditionis. Hujus rei hanc adfert rationem. Cujac. Quia defunctus præsumitur voluisse conditionis eventum expectari, Contrahentes vero præsumuntur ab ipso contractus initio obligari voluisse, & hujus præsumptionis hanc adducit rationem, quod is, qui contrahit, non tantum sibi, sed etiam posteritati suæ velit prospicere. *l. si pactum 9. de probat.* Contractus autem conditionalis posteritati non proficeret, si ab initio non caperet vires, mortuo ante conditionis eventum promissore; is autem qui legat, inquit, solum legatarium spectat, non etiam posteritatem illius, & idcirco pendente conditione, mortuo

le-

legatario legatum extingui, nec in legatarii hæredem transmitti. Cujac. sequitur. Iohan. Borch. *de verb. obl. c. 6. n. 57.* & Joan. Godd. *in tract. de stipul. d. c. 9. n. 172.* & *seqq.* verum hæc ratio prorsus scrupulum non tollit. Non est enim generalis, nec aptari potest filiofam. aut servo: Nam ut supra dictum est, si filiusfam. sub conditione stipuletur, actio acquiritur patri, etiamsi post mortem vel emancipationem conditio extiterit, at si, filiofam. sub conditione legefur, legatum non acquiritur patri, si conditio post mortem vel emancipationem Legatarii extiterit. *l. 18. h. t.* filiusfam. autem vel servus stipulans non id agit, ut hæredi suo, quem nullum habet, acquirat, sed potius ut patri vel Domino acquirat. Igitur hæc ratio non convenit, filiofam. aut servo. Alii alias hujus differentiae rationes comminiscuntur, sed nulla mihi videtur probabilior, ea, quam Adfert Ant. Fab. *d. lib. 1 §. conject. c. 7.* ubi ait: Ideo non in legato conditionali inspicitur tempus conditi testamenti, quemadmodum inspicitur in stipulationibus conditionalibus tempus contractus, quia quamvis testamentum ex præsentis vires capiat, non tamen jus ullum ex eo acquiri aut hæredi aut legatario posse, priusquam per legem confirmatum sit, quod non fit nisi mortuo demum testatore. Quod igitur in stipulationibus conditionalibus tempus est contractus, hoc in causis testamentariis tempus est mortis, sed nec tempus mortis in legatis conditionalibus spectatur, quoniam quod Testamentum morte confirmatur, non fit ex sola testatoris voluntate, sed præcipue legis auctoritate, & potestate, quandoquidem is qui testatur id agit ut bona sua omnia in alium transferat, sed ita demum, si translationem conferat in id tempus, quo ipse rerum suarum Dominus non erit: unde consequens est testamentum summo jure non subsistere, paria enim sunt aliquid fieri tem-

pore illicito, vel alicujus actus effectum & executionem conferre in tempus illitum *l. si res aestimata. ff. de jur. Dot. l. Titio cum moriatur. ff. de usufr. l. quod sponsæ C. de donat. ant. nupt. l. Stichus. servus. ff. de manu. test.* Quare testamentum quod ipso jure non subsistit lege confirmatur, lex autem confirmat supremas defunctorum voluntates ad eum prorsus modum, qui testamento præscriptus est, ideoque conditionale legatum tam diu in suspenso retinet, donec conditio existat, quia testator ante id tempus in legato quicquam juris legatarium habere noluit; mirum igitur non est, si nec mortis tempus spectemus, cum queritur de legato conditionali, nec admittamus, ut defuncto ante conditionem existentem legatario legatum in ipsius hæredem transmittatur, utrumque enim fieret non modo contra voluntatem testatoris, sed etiam citra auxilium legis, quod sicuti non intervenit, nisi ubi necessarium est, ita nec nisi quatenus necessarium est. Ad extremum notandum, quod illud quod dictum est, stipulationes conditionales ad hæredes stipulatoris transire, non tantum procedat in conditionalibus, casualibus, & mixtis, sed etiam in potestativis. *l. veteres 13. C. const. & comm. stipul.* Si modo tale sit factum quod ab hærede impleri possit, nam si persona promissoris coheret, cum persona etiam promissoris intermoritur, nec ad hæredes transit. *l. si decem 48. l. centesimis. 46. §. si ita stipulatus fuero. vers. alii. ita inutile, si ante quam constituas, morieris. ff. de verb. ob.* Quæ de re quid alii sentiant vide apud Ioan. Borcholt. *de verb. obl. c. 6. n. 64.* & *seqq.* Consule etiam Aemil. Ferret. & Franc. Duar. *in d. l. centesimis. Cujac. in l. si quis. 57. de verb. Obl. Hug. Donell. in l. qui Roma. 112. §. Agerius. ff. eod. Ant. Gomez. tom. 2. variar. resol. c. 11. n. 36.* Ioann. Godd. *in tract. de stipul. c. 9. n. 193.* & aliquot. *seqq.*
Ad L.

Ad. L. 19.

Ulpianus. lib. 24. ad Sabinum.

Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus. heredi autem hoc imputari non potest, cum non sponte cum legatariis contrahit, alii contrahat.

Duo axiomata in principio hujus legis proponuntur. Primum est: Quod qui contrahit, se propterea, quod ejus, cum quo contraxit, conditionem ignoraverit, excusare, aut juvare nequeat; qui enim cum alio negotium gerit, in dubio præsumitur scire qualitatem ejus, *l. si patronus. 4. ff. de confirm. tut.* Cagnolus *hic n. 5.* Nec refert etiam si probet se non scivisse, quia scire debuit, & patia sunt; scire & scire debere *Dd. hic. & in l. quod tu. ff. si cert. pet.* Conditionis verbum Cujac. *lib. 7. obs. c. 36.* & ad hanc legem de statu accipit, & hanc regulam ad filiosfam. & servos restringit. Sed cum Bulgaro *hic*, & Hottom *lib. 5. obs. c. 19.* Conditionis verbum existimo non tantum hoc loco statum, sed etiam mores, aetatem, fortunam, valetudinem, & sexum significare, ideoque ad eos omnes pertinere, qui vel contrahendi, vel distrahendi negotii jus non habeat, quales sunt pupilli, furiosi, prodigi. Et procedit hæc regula tam in contrahenda, quam distrahenda obligatione, & tam in reo credendi, quam in correo debendi. In contrahenda obligatione extat exemplum *in l. si Tit. ff. de fidej.* ubi traditur si Titius & Seja, pro Mævio fidejusserint, & Mævius non sit solvendo Titium, licet Seja sit satis locuples, solum teneri, quia Titius, scire potuerit, aut ignorare non debuerit, Sejam utpote mulierem frustra intercedere. Sic si quis crediderit filiosfam. Pupillo, Furioso, Prodigo, aliove modo cum illis contraxerit non

excusatur si dicat eorum sibi conditionem ignotam fuisse.

Distrahendæ obligationis exemplum est, si quis stipulanti filiosfam. cum ignoraret eum filiosfam. promisit & solvit, pecunia deperdita non liberatur, sed patri integra etiam actio est, quæ ipsi ex stipulatione filii quæsitæ est: Cujac. *lib. 7. obs. c. 36.* Sic quoque non recte solvitur pupillo, furioso, prodigo, nisi quatenus in rem earum versum erit. *l. pupillo. 15. ff. de solut. l. si debitor. 16. ff. de dol. mal. except.* Ut nec ei qui pro tutore gerit. *l. debitores. 28. ff. de solut.* aut qui litis procurator est, *l. hoc jure. 86. eod.*

Limitatur hæc regula primo; ut non procedat, quando justissimus error in facto intervenerit: ut si quis filiosfam. pecuniam mutuam dedit, quem credidit patremfam. non vana simplicitate deceptus, sed quia publice paterfam. plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribusungebatur, cessabit SCtum. *l. si quis. 3. ff. ad SCtum Macedon. l. 3. §. si à pupillo.* & ibi Bart. *ff. proem. l. Barbarius Philippus. ff. de offic. prator.*

Secundo limitatur, ut procedat tantum, quando is, qui de conditione sua excipit, damnum declinat. *l. quod infans. 60. de rei vindicat.* Quod fit, cum filiosfam. in rem suam converterit. Secus quando lucrum affectat. *§. at ex contrario. vers. fin. autem aliter Inst. quib. alienar. licet vel non. l. pupillo. 15. in fin. de solut.*

Tertio limitatur, quando contrahens

F 2

fuit

fuit inductus ab adversario per dolum ad contrahendum, asserendo se talem, qualis non erat. *l. 1. C. ad SCum Macedon.* Paulus de Castro *in l. etiam in fin. ff. solut. matrim.*

Quarto locum non habet, quando tempus, aut de negotio plenius deliberandi, & de conditione ejus, qui cum contrahit inquirendi spatium excluditur, Textus est ad hanc rem valde accommodatus *in l. 1. in prin. ff. de exerc. act. in verb. Tempus.*

Altera regula, quæ in hac lege proponitur, hæc est, quod hæredi conditionem personarum, quibus quid exhæreditate

debetur, ignorare liceat: Unde si filiosfam. quid legatum sit, hæres solvens filiosfam. liberatur, si ignoravit eum filiosfam. esse *l. si ususfructus, 14. §. pen. ff. quand. dies legat. ced.* quæ ita huic legi applicanda est, quoniam ex eodem libro 24. ad Sabinum, est desumpta, ut recte Cujas, *d. lib. 7. obj. c. 36. & ad h. l. monet,* quem sequitur Renard. hic. licet ab eo dissentiat Hostom. *lib. 15. quest. c. 19.* Ratio est, quia hæres non sponte contrahit cum legatariis, sed quasi contrahit, imo potius per aditionem in eos incidit, atque ita non potest dispicere de conditione eorum. *arg. d. l. 1. de exerc. act.*

Ad §. non solet.

Non solet exceptio doli nocere his, quibus voluntas testatoris non refragatur.

DOcetur hic, quibus ex testamento Agentibus exceptio doli objici possit, & quibus non: Estque hic §. accipiendus non de exceptione doli in specie sic dicta, quæ opponitur ei, qui ab initio ad contrahendum me dolo induxit, sed de generali exceptione doli, quæ concurrat cum omnibus in factum exceptionibus, quia dolo facit, qui petit quodcumque alioquin exceptione elidi potest. *l. 2. §. & generaliter. l. 4. §. mens. l. qui æquitate. 12. de dol. mal. except.* Sensus hujus §. est, quod legatariis vel fideicommissariis, vel etiam hæredibus ex testamento agentibus non possit objici exceptio doli, si eis non refragatur voluntas testatoris, & à contrario sensu, quod iis hæc exceptio noceat, si voluntas testatoris refragatur.

Accommodari huic regulæ species potest, quæ extat *in l. scribit Q. Mutius. 34. §. 1. & 2. ff. de aur. & argent. legat. Ma-*

ritus cum quinque libras auri haberet, uxori suæ ita legavit: Aurum quod uxoris causa paratum (est) hæres uxori dato, postea unam libram inde vendidit, quæstionis est, an hæres, si mortis testatoris tempore quatuor tantum libras inveniantur nihilominus tamen qualescunque præstare teneatur, & responsum est à Q. Mutio, hæredem in quinque obligatum esse idque hac ratione, quod articulus (est) quo testator usus erat demonstrationem in se contineat, subjicit tamen videndum esse, quæ de causa testator libram illam alienaverit, nam si animo diminuendi legati id fecerit, mulierem exceptione doli submovendam esse, si præter illas quatuor libras quæ in hæreditate inventæ sunt, aliquid contra voluntatem petierit: Sin autem necessitate & inopia adductus, non quod aliquid adimere vellet, detraxerit quinque libras dari debere, neque mulieri tantum auri

auri petenti doli exceptionem nocere, cum non petat legatum contra voluntatem testatoris.

Cæterum si ita legatum esset: quidquid auri uxoris causa paratum erit, libra alienata à testatore, ipso jure quatuor tantum debentur. Habet enim hæc scriptura & diminutionem & augmentum (ita enim in fine illius §. legendum est) non demonstrationem & argumentum, ut in pandectis Florentinis, & vulgaribus codicibus scriptum est vide Cujac. *lib. 2. obs. c. 39.*

Sic si inimicitia Capitales post conditionem testamentum, inter legatarium & testatorem intervenerint, nec ante mortem testatoris aliqua reconciliatio facta sit, le-

gatus nihilominus ex testamento petens exceptione doli repellatur, quia ipsi Testatoris voluntas refragatur, nam interpositis inimiciis legatum videtur à testatore tacite ademptum *l. 3. §. fin. & l. seqq. ff. de adim. & trans. legat.* Sed hoc tantum obtinet in legatis & fideicommissis, in quibus quacunque ratione testatoris voluntas repugnet, doli exceptio opponi potest; non autem procedit in hæreditate tanquam jure universali, quia ea sive legitima, sive testamento relicta sit, sola & nuda voluntate defuncti auferri non potest. §. *lex eo solo. Inst. quib. mod. test. infir. l. sancimus. 22. C. de testam.* Guil. Cujacius. *Acad. quest. quest. 44.*

Ad. L. 20.

Pomponius. libro. 7. ad Sabinum.

Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit.

Explicantur in h. l. etiam. l. semper in dubiis 56. l. in ambiguis. 85. l. libertas 106. l. libertas. 122. l. favorabiliores. 128. l. rapienda. 168. l. non est. 176. §. infinita. in l. obscura. 179. l. ea que 192. §. fin.

IN his textibus hæc generalis regula constituenda est (quod in ambiguis, vel obscuris, semper benigniora, seu favorabiliora sint præferenda) hanc Regulam tradit Gajus in *l. semper in dubiis. 56. h. t.* dum inquit (In dubiis benigniora præferenda sunt) cui convenienter Marcellus respondet, in *l. ea que. 192. fin. h. t.* (In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justus est, quam tutius) his consonat illud: Rapienda occasio est, quæ probet Benignius responsum *l. rapienda 168. h. t.* Eleganter (Rapienda occasio est) ut celeritatem quandam in capiendi demonstret, ne de manibus elaba-

tur, quæ fugit semper occasio, in quo in significato Rapiendi verbum latini auctores usurpant, apud Horat. *Epod. oda. 13.*

Rapiamus amici

Occasionem de die,

Et Iustinus. *lib. 38.*

Utendum igitur occasione, & rapienda incrementa virium: hæc regula nunc exemplis specialioribus regulisque ex *h. t.* desumptis declaranda & illustranda est. Principio igitur ad hunc benignioris interpretationis tractatū spectat. *l. n. 20.* quæ jubet, in causa libertatis, pro libertate respondendum esse, huic omnino convenit *l. in obscura. 179.* ubi Paulus. In obscura,

inquit, voluntate manu mittentis favendū est libertati. *l. ult. qui sine manu miss. ad. libert. perveniant.* Est enim libertas naturalis, eoque nomine servitutis iugo melior & favorabilior libertas, quæ proprie est res in æstimabilis, *l. libertas. 106. h. t.* ejusque infinita est æstimatio *l. non est singulis. 176. §. 1. h. t.* ideoque Diogenes Cynicus interrogatus, quid esset in homine optimum, recte respondit, libertas, ut refert Diogenes Laërtius in vita Diogeni, Cynici. Et senex ille Terentianus in Andria. 1. Commemorans quantis beneficiis servum qui liberaliter servierat, manu mittendo affecisset, summum, inquit, pretium quod habui persolui tibi. Hinc pro Libertate, Vlpiano Auctore, multa contra vigorem Juris constituta sunt, sic ut verba interpretemur secundum id, quod favor libertatis suadet. *l. generaliter. 24. §. si quis. 10. de fidei commissi. libert.* Propter incertitudinem tamen in liberali causa hæc benignior interpretatio non recipitur, ut ecce; Testator duos, Stichos habens, Stichum liberum esse iussit, neuter liber erit. *l. cum ex plur. §. 1. ff. de man. test. l. si quis. 27. ff. de reb. dub.* nullus enim hic defendendæ libertatis color est, nec res explicari potest, nam cum testator nomen servi expresserit, certum est eum uni tantum libertatem dare voluisse, atque ideo nullo colore dicere possumus utrisque libertatem competere: Item si quærat, de utro testator senserit, neuter non dicet sibi libertatem relictam esse, atque ita alterum alter impedit, propter incertam igitur voluntatem neutri libertas debetur, atque ita non tam favor quam color favoris inducendi deficit. Aliud nobis benignioris interpretationis exemplum suppeditat. *l. in ambiguis. 85. h. t.* ubi dicitur: Quod in ambiguis pro dotibus respondere melius sit, quæ lex reperitur. *in l. 70. ff. de jur. dot.* Dotium enim magnus favor est, *l. si*

ego. 9. §. si res. ff. de jur. dot. earumque præcipua & ubique causa est. *l. ff. de solut. mat.* Hujus rei exemplum nobis suggerit *l. Gajus Sejus. 45. ff. solut. mat.* quæ ex eodem libro. 8. quæstionum desumpta est, ex qua hac hæc lex: in ambiguis: talis ibi proponitur species: Avus Maternus nepti, quæ est in patris potestate, dotem dedit, & instrumentum dotali stipulatus est, divortio sine culpa mulieris facto, dotem omnem nepti, vel sibi restitui, mortuo avo & divortio facto in quæstionem vocatur, neptive, an ejus patri, an vero hæredi avi materni actio competat, & sane nepti non videtur posse competere: Generalis n. juris regula est; Ex alterius facto, vel stipulatione alteri actionem quaerere non posse. *l. quæcumque. 11. ff. de vel. & act. l. stipulatio ista. 38. §. alteri. de verb. ob. l. si genero. 26. C. de jur. dot.* ac proinde neptis non tam obligationis, quam solutionis causa adjecta videtur; Ideoque ei non videtur competere actio, & multo minus ejus patri, igitur videbatur dicendum hæredi stipulatoris actionem competituram, certe si juris stricti rationem habere velimus, ita omnino interposita specie esset respondendum, sed Paulus permittendum esse ait nepti ex hac avita conventionem, ne dotis commodo defraudetur, utilem actionem, idque cum favore nuptiarum, tum vero maxime propter affectionem personarum: in dubio igitur hic doti favetur, atque hic est verus sensus *d. l. Gajus*, licet Paulum ibi aliud scripsisse, & sensisse, & eum locum à Tribuniano interpositam esse opinetur. Ant. Fab. *conject. c. 4. & lib. 13. conject. c. 5.* vide etiam. Cujac. *tract. 7. ad African. in explanatione l. pater cum filia. de pact. dot. & ad. d. l. in ambiguis.* Godd. *de stipul. c. 10. n. 31.*

Aliud exemplum regulare est, quod legatum incertum non valeat, & incertitudo omnes contractus vitare soleat. *l. triticum. l. stipulationum quadam l. ubi autem non apparet.*

apparet. ff. de verb. obl. Sed singulari dotium favore receptum est, ut si dos, non definita certa re aut qualitate, fuerit promissa, promissio valeat, dosque pro modo facultatum, & dignitate natalium mariti & uxoris arbitrio boni viri constituta intelligatur. l. cum post. divorcium. 69. §. gener. 4. l. quero. 60. ff. de jur. dot. l. 3. C. de prom. dotib. Iacob. Menoch. lib. 2. de arbit. l. quæst. centur. 2. cas. 144. a. 34. & seqq. At vehementer obstat, l. 1. C. de dot. promiss. Ubi Imperator Alexander frustra dotem, non adjecta quantitate, promissam esse scribit; Variæ hæc Antinomia ab aliis dissolvitur, ut videre est apud St. Fercatulum. 2. cupid. Iurisperiti. c. 1. & 9. Pet. Costal. ad §. gener. Vandum. lib. 2. quæst. 4. Bronchorst. cent. 3. assert. 10. Ludovic. Charon. lib. 1. versim. c. 17. & alios quos refert. And. Fach. lib. 8. contr. c. 75. Nulla tamen mihi expeditior, & textui accommodatior videtur responsio, quam illa Harmenopoli. lib. 4. epir. tit. 8. §. 44. Qui d. l. 1. intelligit loqui de muliere dotem promittente, at d. l. 69. §. gener. 4. d. l. 160. de patre dotem promitt. Et hanc solutionem amplectuntur Franc. Duar. lib. 1. anniverf. disp. c. 56. Franc. Connan. lib. 8. comment. c. 8. And. Fach. d. c. 75. quæ sententia ratione non caret, nam quando mulier dotem promittit, tunc interest mulieris dotis promissionem ad quantitatem minimam redigere, ut re qua bona sint illi paraphernalia: contra autem est, quotiens pater, vel alius quispiam mulieris nomine dotem promittit, ne alioquin indotata maneat.

Porro Regula initio proposita etiam declaratur, per l. favorabiliores. 25. h. t. Ubi Gajus ait, Favorabiliores rei potius, quam actores habentur. Id ut intelligatur, distinguendum est interea, quæ pertinent ad litis ordinationem, & ea quæ spectant ad litis decisionem. In iis quæ spectant

ad litis ordinationem, magis favetur Actori, quam Reo, si is instat & actionem persequitur suam. l. de die. 8. in prin. & ibi Gloss. & Bart. n. 2. ff. qui satisf. cog. gloss. in c. ad sedem. ext. de restitut. spoliat. c. cum sint partium. & ibi Pet. Peckius, & Dynus de reg. jur. n. 6. Bald. in l. qui accusare C. de edend. Ideoque scilicet in civilibus causis tot dilaciones Reo, quot actori conceduntur. l. fin. ff. de feriis. & dilat. In litis autem principio pauciores vel nullæ dantur, ne litis ordinationem nimium suspendant. Jas. ad d. l. de die. n. 2. & 30. nam cum Reorum proprie sit fugere, litisque protrahere, undecunque, quo motam nectant, quæritant, arg. l. properandum. §. 1. C. de judic. Unde præsumptio est adversus eos, qui nimis subtiliter dilaciones quærent, quod non necessitate, sed quod moræ studio hoc faciant, c. nullus. ext. de præsumpt. ubi Felin. n. 1. Bald. citat verba ad c. in præsentia. in penult. col. ext. de probat. Non vadit, inquentis, pro mendicata suffragia, qui de innocentia sua confidit, sed festinat, ut veritas inquiratur.

In his, quæ pertinent ad litis decisionem, magis Reo favetur, quam actori, ut scilicet, à petitione actoris absolvatur, l. Arrianus. 47. ff. de obi. & act. c. ex literis 3. §. quod si ambarum. ext. de probat. c. inter delictos. 6. in fin. ext. de fid. instrum. Bart. in l. inter stipulantem 83. §. si Stichum n. 6. de verb. obl. c. cum sint. 11. ext. de reg. jur. in 6.

Hinc Paulus auctor est inter pares numero Iudices, si dissonæ sententiæ sunt aut proferantur, pro reo statutum obtinere. l. inter. 38. ff. de re jud. id, quod etiam Senec. lib. 11. epistol. testatur, dum inquit: Reus sententiis paribus absolvitur, ut semper quicquid dubium est, humanitas inclinatur in melius, hujus rei rationes explicat Arist. in problemat. sect. 29. Franc. Polet. lib. 5. histor. fori Roman. c. 15. vide Erasim.

Erasm. Rotterdam. Erasmus dicit; Aequali calculo. *chiliad.* 3. cent. 6. adag. 76. Cujac. *lib.* 11. *obs.* c. 16. Hoc tamen non procedit, quando tractatur de materia vel negotio favorabili, puta de Matrimonio, Libertate, testamento causa Ecclesie, vel minoris, Quia tum non habito respectu vel ad actorem, vel ad Reum pro tali causa favorabili judicatur. *d. l. inter.* 38. *de re Judic.* c. *fin. extr. de re Judic. si quis accepit.* *et ibi.* Gloss. verb. *tempore.* 33. *quest.* 1. *l. si pars.* 10. *de inoff. test.* *l. curabit. in fin. C. de act. empt.* Hinc quoque est, quod absens actor condemnatur, reus non *l. absentem.* 5. *de pœnis.* Sic in eo Favorabiliores Rei, quam Actores, erant, quod in capitalibus

causis tres dilationes Reis, accusatoribus duæ tantum dari, causa cognita, poterant. *l. ult. ff. de feriis.* Nam & Reis tres horæ ad dicendum, accusatoribus vero duæ præstutæ fuerant. *l. pamp. ut. Dio. scribit lib.* 43. 40. Plinius *lib.* 4. *epist.* 9. Tacitus. 3. *annalium.* Fr. Poletus. *lib.* 1. *hister. for. Roman.* c. 2. Denique pro Reo defendendo admittitur alius extraneus sine mandato modo caveat pro Iudicato solvendo *l. iunc. C. satisfd. l. exigendi.* 12. *C. de procurat.* Et tamen ad agendum sine mandato pro alio nemo admittitur, licet cautionem de rato offerat. *Bart. in l. non solum.* 39. *S. qui alieno. n. i. ff. de procurat.*

Ad. L. 21.

Vlpianus. libro. 27. ad. Sabinum.

Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere.

Dicitur in h. l. etiam ad l. inuitus. 156. S. cui damus. l. cui jus. 163. et l. cum quis. 165. b. t.

Proponitur in *h. l.* 21. comparatio majoris & minoris, à qua quomodo argumentum ducatur, inter Logicos non convenit; cum enim in omni comparatione duo sunt membra, antecedens & consequens, secund. Arist. videndum est, utrum sit, probabilius, nam si antecedens est probabilius consequente, argumentum est à magis, ad minus. Sin vero consequens est probabilius, argumentum est à minus, ad magis, atq; ita Aristoteles æstimat magis, & minus, non ex re majori aut minori, sed ex majori vel minori veri similitudine. contra: secundum Raminum videndum est, in utro termino ponatur terminus major: Nam si res major ponatur in antecedente vocatur argumentum à majori, Si vero sit minor in antecedente, & major in consequente

vocatur argumentum à minori.

Retenta autem Arist. sententia & convenienter dicemus in *h. l.* 21. duci argumentum à minus probabili, ad id, quod est probabilius seu à minori ad majus, exempli gratia. Cui damus actionem, eadem etiam exceptionem multo magis competere quis dixerit. *d. l. inuitus.* 156. *S. cui damus h. t. l. i. S. 16. autem. ff. de superficieb.* Minus enim verisimile est habere actionem, quam exceptionem, cum ali cui exceptio competat, actio vero denegetur, ut patet ex *S. ex diverso et S. sequi. l. de rer. divis. l. 7. S. certe. ff. de acquir. rer. dom. l. in alia. ff. de cond. in deb.* Similiter cui donandi jus est, etiam vendendi & concedendi jus est, plus enim est donare quam vendere, & concedere, quia donationis genere mutatur dominium etiam translatione

tionem non secuta, venditionis genere non mutatur dominium nisi secuta traditione, & pretio soluto, concessionis genere prorsus non mutatur dominium, nam conceditur id proprie, non cuius dominium transfertur, sed cuius usus tantum datur, ita ut res ipsa aliquando repeti possit, ut fit in commodato & precario *l. 1. in prin. l. 3. in fin. l. certe § is qui. l. 7. & 8. in prin. ff. de precario*. Pari ratione qui alienare potest, & alienationi consentire potest *l. cum quis. 165. h. t.* minus enim est alienationi consentire, quam alienare.

Porro valet hoc argumentum ad affirmationem duntaxat; ab affirmatione enim antecedentis minus probabilis colligitur affirmatio consequentis magis probabilis. Non autem valet hoc argumentum ad negandum. Ut non recte colligas. Non licet ei alienare, ergo non potest alienationi consentire, neque enim sequitur, cum non liceat, quod minus est probabile, non concedi idcirco quod est probabilius, & sane usufructuarius tamen si fundum, cuius usumfructum habet, alienare non possit, proprietario tamen vendente recte alienationi consentit, ideo si postea usumfructum vendicet, exceptione doli mali removeretur. *l. apud Celsum. 4. §. quasitum. 12 ff. de dol. mal. & met. excepti*. Atque hoc ita verum est, quando res alterius, quam consentientis alienatur: At si res consentientis alienatur, tunc generaliter obtinet, ut qui non possit, alienare non possit etiam consentire, & ex diverso, usque adeo ut statuta, quæ de alienatore verba faciunt, etiam in consentiente locum habeant. Nam si consideramus effectum juris, qui inde oritur, videlicet alienationem, quæ ex consensu procedit, eadem est ratio consentientis, & alienantis. And. Tiraquel. *ad l. si unquam. in verb. donatione largitus. n. 346. C. de revoc. donat.* Unde Ulpianus *in d. l. cum quis. 165.* cui donare

inquit, non conceditur, probandum erit, nec si donationis causa consentiret, ratam ejus voluntatem habendam, quare cum filiusfam. etsi maxime pœnalis administratio ei concessa sit, donandi jus non habeat, nec pactum ab eo de non petenda pecunia donationis causa factum valebit. *l. contra. 28 ff. de pactis*. Sic quoque Maritus, & uxor, ceteroque personæ donare prohibita aliis donationis gratia consentire non possunt. *l. 3. § si servus ff. de donat. inter vir. & uxor. l. 4. eod.* Sed interdum hæc argumentatio ne affirmativè quidem valet, ac proin sæpe falsa est, ut decurio fundum suum donare potest, eidem tamen absque decreto fundum vendendi jus non est, *l. 3. C. de præd. decur. lib. 10.* Non sequitur ergo decurionem, cum habeat facultatem donandi, multo magis vendere posse, nam venditione ei interdictum est, ne muneribus civilibus gerendis minus reddatur idoneus: donatio autem non inhibetur, quod facilius quisque rem suam vendat, quam donat: Sic Scito Velleiano succurritur mulieri obliganti non donanti, quia facilius se mulier obligat, quam donat, *l. 4. l. 5. l. quamvis 8. §. 1. ff. ad SC. Velleian.* est enim mulierum genus avarissimum Accurs. *in l. Mesennius. in verb. e contrario. ff. de negot. gest.* & miraculi est, quando mulier donat, ut inquit Bald. ex quo id prolixè refert And. Tiraquell. *in lb. connub. l. 9. glos. 1. part. 9. n. 43.* Sic præses Provinciæ Ius gladii habet. *l. illicitas. §. qui universas. ff. de offic. pref.* Inde tamen non recte argumentaberis, cum jus in insulam deportandi, aut confiscandi habere, quasi ei jus sit faciendi, quod magis est probabile, cum ei liceat, quod minus est probabile, constat enim ex *l. inter pœnas. 6. §. praesides. ff. de interd. & relegat. & ex l. unius. C. ne sine jussu. princip. certis Judic. confisc. licet.* horum neutrum Præsidi licere. Atque ita in his quæ sunt me-

ri imperii, hæc argumenta à minori ad majus non procedunt, ratio est, quia ex mero Imperio ea tantum quis sibi assumere potest, quæ lege specialiter data sunt. l. 1. §. *qui mandatum*. ff. de offic. ejus cui mandat. est iurisdic. Præsidi vero datum est jus Gladii, Ius damnandi in metallum, jus relegandi. l. *relegatorum* 7. §. 1. ff. de interd. & *relegat.* Ius vero confiscandi, vel deportandi nulla lege datum est. Cujac. ad l. *si quis filio*. §. *ejus qui deportato*. ff. de injust. rupt. & *irrit.* Cæterum ut cui, quod plus est, licet multo magis quod minus est licere debet, ita vice versa, cui quod minus est non licet, eidem multo minus conceditur quod majus est, argumento à majori ad minus ducto, cujus consequentia negative tantum valet, ut bona est consequentia: Minor honos ei interdictus est, ergo nec ad majorem aspirare poterit. d. l. *relegatorum* §. ult. l. 4. de

senatoribus. Non licet ei in pomærio civitatis versari, ergo multo minus ei licebit in ipsa civitate commorari. l. 5. ff. de servis *exportand.* Non valet autem consequentia, si quis potest in prourbio versari, igitur & in urbe: Collectio enim à magis ad minus affirmative non valet, sed nec negative in his procedet, quæ sunt meri imperii, quamvis enim magis probabile sit habere aliquem jus deportandi, quam in metallum damnandi, cum qui hac pœna afficiatur, maximam capitis diminutionem patiat, qui illa mediam tantum. §. 1. *Inst. de cap. diminit.* Iuncto §. *pœne servus*. *Inst. quib. mod. pat. potest. soluit.* Non valet tamen Collectio. Præses Provinciæ non habet jus deportandi, ergo multo minus habet jus in metallum damnandi. Nam hoc illi specialiter lege datum est, illud non item.

Ad. L. 22.

Vlpianus lib. 28. ad Sabinum.

In personam servilem nulla cadit obligatio.

Interpretatur hic etiam L. quod attinet. 32. l. cum servo. 107. l. qui in servitute. 118. l. in his. 175. l. servitutem. 209. & l. servus. 211. & ult. h. t.

PRO Explicatione. l. 22. & relinquarum legum adhibenda est distinctio, quæ in l. 32. traditur, inter jus naturale & jus civile. Ad jus naturale quod attinet omnes homines æquales sunt, ut, inquit, Vlpian. in d. l. 32. *hi ergo æque liberi sunt*. l. 4. ff. de inst. & jur. vnde fit, ut si contrahat servus ipse naturaliter obligatur Contrarium docet Franc. Connan. 2. *comm.* 2. ubi servum naturaliter obligari posse negat. & vicissim sibi naturaliter obliget l. *servi*. 14. de obl. & act. Ad quam obligationem respiciunt auctores nostri,

quando dicunt servum debere, vel ei aliquid deberi. l. *nec servus de peculio*. Hinc fit si manumissus, quod in servitute debere capit, solvit, vel si vice versa is qui servo debuit, ei manumisso solverit, indebiti conditio cesset. l. *si tuo servo* ff. de solut. d. l. *servi*. 14. de obl. & act. l. *si quod dominus*. 64. ff. de cond. indeb.

Quod attinet ad jus Civile, servi pro nullis habentur. d. l. *quod attinet*. 32. h. t. & mortuis æquiparantur: Nov. 12. c. 9. & l. *servitutem*. 209. h. t. ubi Vlp. ait. Servitutem mortalitati fere comparamus. Recte ait (fere)

(sere) quia plerumque servitus mortalitati comparatur, non perpetuo, & semper, & sic accipi debet, quod Iustinianus ait: Servitutem non procul à morte differre. *d. Nov. 22. c. 9.* unde quemadmodum legatum sub conditione relictum extinguitur, si legatarius ea pendente mortuus sit, sic etsi is cui sub conditione legatum relictum erat, servus poenæ fuerit effectus legatum intercidit *l. intercidit. 69. de condit. & demonstr.* Item quemadmodum donatio inter virum & uxorem, quæ ipso jure non valet, morte donatoris confirmatur *l. cum hic status. 32. §. 1. ff. de don. int. vir. & uxor.* Ita etiam impletur, donatore servo poenæ effecto. *l. res uxoris. 24. C. de donat. int. vir. & uxor.* Plane si donator privati servus effectus fuerit, non impletam sed peremptam donationem esse respondet Ulpianus. *in d. l. cum hic status. §. si donator. 6. P. Fab. ad l. 32. h. t. n. 16. & lib. 2. semest. c. 24.* adde Cuij. *lib. 18. obs. c. 13.*

Cum igitur servus jure civili pro nullo habeatur, inde consequens est nec eum in testamento testem esse. *§. testes. Inst. de testam.* Nec nuptias, sed contubernium contrahere *l. cum. 3. C. de incest. nupt. §. 1. Inst. de nupt.* Nec Iudicio contendere, si ve ipse conveniat alium, si ve ipse conveniatur. *l. servus. & l. seqq. C. de Iudic.* Nec Tutor aut Curator esse. *l. in servili C. qui dat. tut. test. poss. §. servus. Inst. de test. tut.* Nec Iudex dari *l. cum prator. §. servus ff. de Iudic.* Nec arbiter esse. *l. Pædus. §. 1. ff. de recept. qui arbit. recip.* Nec rei pub. causa ab esse possit. ut traditur *in i. fin. h. t.* Proinde licet is, qui servum Iudicio sisti promissit, iisdem exceptionibus uti possit, quas haberet, si pro libero hominē sistendi causa fideiussisset, tamen si dicet eum reipub. causa abesse, non est audiendus. *l. si quis servum. 7. ff. si quis. caut. & c. ex qua lege d. l. fin. h. t. est desumpta.* Nam in officiis, quæ per liberas personas leges fieri desiderant,

servus intervenire non potest. *l. in hi. 175. h. t.* quæ cum huc pertineat exempla hic enumerata ei sunt aptanda. Deniq; cum, ut dictum est, servi jure civili pro nullis habeantur, ex eo consequitur, nec Civilem obligationem in personam servilem cadere. *h. l. in personam. 22. h. t.* ergo servum neque civiliter obligare, neque obligari. *l. nec serv. 41. de peculio. l. servi ex delicto. 14. de obl. & act.* Quo circa si servus cum aliquo contraxerit, nulla ei & in eum ex isto contractu actio dabitur; ne quis autem inde ratiocinetur, servum ergo frustra contrahere, sciendum est ex illius contractu domino civilem obligationem & actionem acquiri: *Inst. per quas person. nob. oblig. acquir.* Et vicissim in eum jure prætorio actionem dari, si non in solidum saltem in peculium, & quatenus id, quod negotio provenit, in rem domini verum fuerit *d. l. nec serv. ff. de pecul. 1. ff. de in rem vers.* Sed quod dicitur dominum ex contractu servi actione de peculio teneri, id ita accipiendum, nisi servus infcio domino, & quidem extra causam peculii, aut extra rem domini pro alio intercesserit, vel compromiserit, vel Iudicio condemnatus sit, vel alicui Iusiurandum detulerit. Constat enim his casibus actionem de peculio adversus dominum non habere locum. *l. in persona. §. qui pecuniam. ff. de pactis. l. servus infcio. ff. de condic. indeb. l. non distinguemus. §. si servus ff. de recep. l. 3. §. si servus. 8. cum §. seq. de peculio l. servus. C. de Iudiciis. l. quotiens in fin. ff. de caut. in Iudic. sistendi caus. fact.* At Inquies, Paulus in *l. quidam 22. ff. de iurejur.* scribit dandam actionem de peculis in dominum, si servus Iusiurandum detulerit, Sed respondendum est Paulum eo loco recitare tantum opinionem eorum qui existimaverunt actionem ex hac causa in dominum competere, non autem probare, alioquin ex diametro adversabitur. *d. l. 5. §. si filiusfam.*

famil. ff. de pecul. vide Cujac. lib. 8. obs. cap. 11.

Dixi servum ex contractu civiliter non obligari, siue dominus ipse, siue extraneus cum eo contraxerit; quid autem si servus deliquerit, & quidem quod attinet ad dominum, certum est eum ex delicto servi actionem nullam habere, usque adeo, ut ne quidem adversus manumissum agere possit. *l. ult. C. an servus ex suo fact. post. manu. tex. §. hi qui parentem. Inst. de obl.*

que delict. nasc. l. servi & filii. ff. de furt. Quid igitur, an ab extraneo conveniri poterit? Minime: cum servo enim nulla est actio. l. cum servo. 107. h. t. l. quotiens. ff. si quis caut. Sed adversus dominum ejus noxalis actio instituenda erit. Inst. de noxal. act. Ceterum si priusquam noxali actione dominus iudicio conveniatur manumissus fuerit, ipse ex delicto convenietur. l. 4. C. an servus ex suo fact. &c. l. omnis. Inst. de noxal. act.

Ad §. Generaliter.

Generaliter probandum est, ubicunque in bonæ fidei Iudiciis confertur in arbitrium Domini vel Procuratoris ejus conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse.

Premittendum est hic, arbitrium esse duplex: Aliud enim est arbitrium merum, quod etiam liberum dicitur *l. 7. §. 1. de reb. dub. l. liberum arbitrium. ff. de adoptione; & plenum. l. fideicommissa, §. 1. §. quamquam autem. de legat. 3. & mera voluntas. l. si sic legatum. 75. in prin. de legat. 1. Aliud est arbitrium boni viri. l. 7. de contrah. empt. l. 1. de legat. 2. l. 3. de ann. legat. l. fideicommissa. 4. C. de fideom. libert.*

Liberum arbitrium nulla regula, nulla lege est circumscriptum vel circumdatum, sed qui illud habet, omnia pro libera voluntate facere potest.

Arbitrium boni viri dicitur illud, quando quis arbitratur alterum facere debere, quod ipse in re sua faceret. *l. 1. §. cavere. ff. de usufr. quemad. cau. Aut quod diligens paterfam. faceret. l. continu. 137. §. cum ita de verb. obl. virum n. bonum cum dicimus non iudicē dicimus, etsi ille maxime boni viri officio fungi debeat, l. ced. §. 1. fam. etc. sed plerunque omnibus virtutibus instructum & ornatum, justum, fidum, inno-*

centem. Cic. 5. Tuscul. quest. & 3. Offic. Item providum quemvis & industrium patremfam. rei controversæ peritum, qui sic à partibus aditur, ut æquitatem secutus in re, de qua agitur, æstimet & arbitretur Ioan. Corra. lib. 4. miscell. c. 23. n. 7. Jac. Rævard. hic.

His ita præmissis, ut jam hunc §. commodius explicemus, ei applicanda est species. *d. l. 7. de contrah. empt.* est enim utraque ex eodem libro desumpta: Finge igitur venditionem servi ita factam esse. Servus tibi venditus esto si rationes arbitrio meo reddiderit, constat quidem ex verbis venditionem hanc esse conditionalem, ideoque non ante perfici, quam conditio adjecta extiterit. *l. cedere diem. de verb. sig.* Sed utrum valeat nec ne dubitatur, quæstionem movet, quod arbitrii vocabulum conditioni insertum sit ambiguum, cum arbitrium aliquando pro mero, aliquando pro boni viri arbitrio accipiat. Si enim in specie proposita arbitrium accipiamus pro arbitrio mero, seu libito, venditio nullius erit momenti, ut quæ

quæ confertur in voluntatem unius ex contrahentibus. *l. quod sepe. §. 1. de contrah. empt. l. in vendentis C. eod.* Sin pro arbitrio boni viri, valebit contractus, si quidem non tam venditoris, quam boni viri, & æquitatis arbitrium eo casu insertum esse intelligitur: Placuit autem veteribus, ut scribit Vlpianus *ind. l. 7.* Arbitrium hic pro boni viri arbitrio habendum esse, cui responso, hæc videtur ratio subjecta fuisse ab Vlpia. ubicunque enim in bonæ fidei Iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris ejus conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse, ex quo sequitur valere venditionem, siue rationes accepit aut approbavit venditor, siue non. Nam si rationes accepit satisfactum est conditioni, sin autem eas accipere, aut, cum ex bona fide redditæ sint, approbare noluerit, ab illius persona recedetur, & vel alterius arbitri, vel Iudicis bonæ fidei interventu res peragetur, ita ut conditio adjecta habeatur pro completa, idem vero & in locatione & conductione, & societate locum habet, *l. si societatem ff. pro socio. l. si in lege. 24 ff. locat.*

Ait Vlpian. (In bonæ fidei Iudiciis) quibus verbis satis indicat, hanc regulam locum non habere in strictis Iudiciis: Nam plerunque ubi quid obtinere dicitur, in Iudiciis bonæ fidei, id existimandum non esse obtinere in Iudiciis strictis. Cujac. *17. obs. c. 17.* Igitur stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione, ut sine distinctione tradit Vlpian. *in l. stipulatio 17. de verb. obl.* Nam hic arbitrium, pro boni viri arbitrio accipere non possumus, cum in stipulationibus, verba stricte interpretemur, atque ita, uti pronunciata sunt.

Sic quoque legatum in voluntatem & arbitrium merum hæredis conferri non potest. *l. senatus, §. legatum. delegat. 1. Ve-*

rum legatum vel fideicommissum ita relictum, si arbitratus fueris, si æstimaveris, valet, quia ista etiam in legatis accipiuntur, non pro pleno arbitrio hæredis, sed pro arbitrio boni viri, *l. 1. de legat. 2 l. 11. §. quanquam. 7. de legat. 3.* Imo si libertas relicta sit, tunc etiam hæc verba (si heres voluerit) libertatis favore accipiuntur pro arbitrio boni viri. *l. fideicommissar. 46. ff. de fideicom. libert.* Vide And. Fachin. *lib. 5. controvers. c. 48.* Sic quoque in dote promissa arbitrio promittentis, arbitrium pro boni viri arbitrio, & non pro libero arbitrio, siue pleno promissoris, accipimus favore dotis. *l. 3. C. de promiss. dot.*

Rursus ait lex nostra (*Domini vel Procuratoris*) Quid si in extranei arbitrium conditio collata sit? Idem juris erit, ut scilicet arbitrium pro boni viri arbitrio accipiat, nam verba illa (*Domini vel Procuratoris*) pertinent ad casum specialem. *d. l. 7. de contrah. empt.* Ideoque non restringunt regulam, quæ generalis est, quod in bonæ fidei Iudiciis arbitrium pro boni viri arbitrio accipiat. *l. societatem. 76. l. in proposita 78. ff. pro socio. l. si in lege. 34. ff. locati.*

At quæstionis est si arbitrium in certam personam sit collatum, & ea antequam arbitretur, decesserit, vel alias arbitrari non potuerit, aut noluerit, an ab ipsius persona recedere liceat? Negant hoc communiter Dd. Bart. Duar. Farett. & reliqui interpp. *in d. l. si quis arbitratus. 43. de verb. obl. Jacob. Menoch. lib. 1. de arbit. jud. quæst. qu. 68. num. 52. Ioan. Godd. in tract. de contrah. stipul. c. 8. n. 170. & 171. Hotom. lib. 5. obs. c. 21.* Alii quos refert Menoch. *d. quæst. 68 n. 34. 35. & 36.* distinguunt inter accidentia contractus & substantialia, ut in illis à persona recedi possit, in his non. At verior mihi videtur Jacob. Cujac. sententia. *in d. l. si quis arbitratus. de verb. obl. distinguuntis inter con-*

tractus bonæfidei, & contractus stricti juris. Quod licet in contractibus stricti juris arbitrium strictè accipitur, nec receditur à persona ejus, qui nominatus est, itaque si ille vel noluerit, vel non potuerit arbitrari, contractus evanescit. *d. l. si quis arbitratus. 43. de verb. obl.* Si arbitretur verum inique, non corrigitur arbitrii iniquitas arbitrio boni viri. Et in bonæfidei contractibus non solum iniquitas arbitrii arbitrato boni viri corrigi potest, verum etiam à persona ejus, qui arbitrari debuit, siquidem non arbitrando moram fecerit, recedere licet, quia non tam persona illius, quam boni viri arbitrium electum censetur, *l. 43. de legat. 3.* Id quod his obstat *§. 1. Inst. de emp. & vend. ex d. l. 7. de contrah. empt.* satis est manifestum, ubi cum Vlpian. dixisset arbitrium in specie, de qua ibi quæritur pro boni viri arbitrio esse accipiendam, statim subjunxit, ergo non dominus rationes potuit accipere, nec accepit, &c. impleta conditio est, & ex empto venditor conveniri potest: unde sequitur, non propterea infirmari contractum emptionis, quod is, qui nominatus erat, non fuerit arbitratus: At ne quis existimet, id, quod ab Vlpian. eo loco traditum est, tum demum locum habere, cum vel in Domini, vel in procuratoris ipsius personam confertur conditio, quod ex hoc nostro *§.* colligi posse videtur. Paul. *in d. l. si in lege 24. ff. locat.* Idem esse ait, etsi alterius cujuslibet arbitrium fuerit insertum, Nam & hoc de arbitrio boni viri vult esse accipiendum, atqui arbitrium boni viri personam potest egredi, etiamsi sit collatum in certam personam, quia cum inseritur nominanter certa persona, non tam persona, quam æquitas inseri videtur. Igitur si hic nihil statuerit, vel æquum non statuerit, licet alium adire. Et hoc satis probatur *ex l. ult. vers. nulla conjectura. C. de contrah. empt.*

Cur enim Iustinianus in illo casu conjecturam hanc (utrum contrahentes pretio in arbitrium tertii collato respexerint certam personam, an vero boni viri arbitrium) explodendam judicaret, nisi ea esset vis, ac potestas arbitrii boni viri, ut eo, qui est nominatus, non arbitrante, nihilominus valet contractus. Nec obstat quod Interpr. ajunt, cum in extranei arbitrium quid confertur, contractum hanc habere conditionem, si is arbitretur, ideoque, eo non arbitrante, conditionem deficere, & contractum evanescere: Illud enim in bonæfidei contractibus eis concedendum non est, cum enim, ut paulo ante diximus in iis arbitrium pro boni viri arbitratu accipiat, magis boni viri, & æquitatis, quam personæ, cui arbitrandi potestas data est, arbitrium compræhensum esse censetur, sane si id specialiter actum sit, ut nisi ille qui nominatus est arbitretur, contractus non valet, dicendum est illo non arbitrante nihil agi, siquidem conditio, sub qua contractus initus erat, defecit. *l. si coita. 75. pro socio.* Sic si in emptione & locatione pretii vel mercedis definitio in extranei arbitrium collata sit, arbitrium personam electi non egreditur, nec valet emptio aut locatio aliter, quam si is, qui arbitrari debet pretium aut mercedem definivit. *l. ult. C. de contrah. empt. l. si merces. 25. in princ. locati.* Et ratio est, quia oportet & in emptione pretium, in locatione mercedem taxari: Tauxatio vero pretii, aut mercedis non apparet, antequam quis eam definiverit, ideoque eo, qui electus est, non arbitrante, nihil actum intelligitur.

In Testamentis idem hoc casu receptum est, quod in bonæfidei contractibus, ut licet arbitrium in personam certam collatum pro boni viri arbitrio accipiat, ac proinde personam egrediat. *l. 1. de lega. 2. l. ult. §. sed etsi quis. C. com-*

mens. de legat. Nisi de poena multave alicui infligenda agatur, *l. multa* 6. de *condict. & demonstr.* Idem quoque in promissione dotis, favore ejus admittendum

esse multi docent, quos refert & sequitur Jacobus Menochius *d. lib. 1. quest. 68. n. 39. & seq.*

Ad L. 23.

Ulpianus lib. 29. ad Sabinum.

Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam & dolum, & culpam. Dolum tantum, Depositum & precarium. Dolum & culpam, Mandatum, commodatum, venditum, Pignori acceptum, locatum, Item dotis datio, Tutela, Negotia gesta. In his quidem & diligentiam. Societas & rerum communio & dolum, & culpam recipit. Sed hæc ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus, in singulis contractibus. Nam hoc servabitur, quod initio convenit. Legem enim contractus dedit. Excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus præstetur. Hoc enim bonæ fidei Iudicio contrarium est. Et ita utimur. Animalium vero casus, mortes, quæque sine culpa accidunt; fugæ servorum, qui custodiri non solent; rapinæ; tumultus; incendia; aquarum magnitudines; impetus prædonum à nullo præstantur.

Dicitur in h.l. etiam ad l. culpa. 36. l. imperitia. 174. h.t.

Proponitur in h.l. contractus utilissima, & in foro frequentissima materia de conditione contractuum, quæ versatur circa dolum, & culpam, & casum fortuitum, & quidem duo præcipue sunt h.l. capita, prius tractat de naturali contractuum conditione, posterius de conventionali: Sed antequam ad hæc capita explananda accedamus, evidentioris intellectus gratia, præmittemus. 1. Quid sit dolus. 2. Quid culpa. 3. Quot culpæ gradus. 4. Quid casus fortuitus. 5. Et denique quot casuum fortuatorum gene-

ra. Initium igitur faciamus à culpa, quia latius patet, quam dolus.

Culpa latissime accepta definiri potest vitium hominis voluntarium, quo quid fit, quod fieri non debuit, & rursus quid non fit, quod fieri debuit.

Dixi (vitium) ut vocatur in *l. 5. & de pignorat. act.* Dixi (voluntarium) ad differentiationem vitii necessarii, cujusmodi est ætas infantium, & furor, nam furiosi & infans omni culpa vacant, etiamsi rem aliquam perdant, vel deteriorem faciant. Adjeci (quo quid fit, quod fieri non debuit,

buit, vel non fit, &c. Consistit enim culpa, tam in non faciendo, seu negligendo, quam in faciendo.

Dividitur culpa generaliter accepta in culpam malitiæ, & culpam imprudentiæ, per *l. si servum. §. 1. de verb. obl.* illa proprie dolus appellatur, hæc quia propriam non habet nominationem idcirco generis nominationem retinet, & specialiter culpa nominatur.

Dolus est culpa malitiosa alterius decipiendi causa adhibita. *l. 1. §. Dolum. ff. de dolo malo. l. 7. §. sed si fraudandi. ff. de pactis.* Huic bonafides opponitur, *l. 5. C. de rescind. vend. l. non debet 11. ff. de dolo.* Et ei fraus inest, *d. l. 7. §. sed si fraudandi,* & ibi Cujac *ff. de Peculio, l. culpa. 63. derei vindicat.* Distinguitur tamen fraus à Dolo, ut causa & effectus, Siquidem fraus damnum illud est, quod ex dolo proficiscitur. Imo fraus quandoque appellatur etiam si dolus non adit, & accipitur pro quolibet damno, *l. si longius. 18. §. male ego. ff. de indic. Terent. in Heautantim. act. 3. scen. 1.* In eandem fraudem ex hac atque illa re incidet.

Culpa in specie accepta est prætermisio diligentia in rebus alienis debita; dico (in rebus alienis) quia in rerum propriarum administratione proprie culpa non consideratur, *l. etiam. §. 1. ff. solat. matrim.* Consistit culpa non tantum in faciendo, ut Accurs. existimat, sed & in non faciendo seu omittendo. Cujac. *lib. 19. obs. c. 24. Corr. lib. 4. miscel. c. 4. n. 9.*

Porro quotnam sint culpæ species inter Dd. non satis convenit. Nam Bart. in *l. quod Nerva. ff. de pos.* quinque species constituit, Latissimam, Latiore, Latam, Levem, & Levissimam, Alii ut Uldariq. *Zaf. lib. 1. sing. resp. c. 2.* Hugo Donell. *lib. 16. comment. c. 7.* Jacob. Rævard. *ad h. l. contractus.* Duplicem tradunt esse Culpam Latam, & Levem. Verum nos

cum aliis multo certius constituemus species seu gradus culpæ, si consideraverimus quotnam sint gradus diligentia, quæ opponitur culpæ. Nam quia culpa nihil aliud est, quam negligentia, & desidia, & negligentia opponitur diligentia, consequenter diligentia & culpa invicem opponuntur, ac proinde; quot sunt gradus diligentia, tot erunt quoque gradus culpæ.

Est autem diligentia quædam vehementissima, & exactissima, & quasi diligentia quædam abundantia, quam diligentissimi Patresfam. adhibere solent, *l. in rebus. 18. ff. commod. l. si merces. 25. §. pen. ff. locat.*

Huic opponitur culpa levissima, *l. in l. aquilia. ff. ad l. aquil.* Est diligentia quædam media, & exacta. qua utuntur plerique patresfam. qui diligentes vocari solent, *l. ea igitur. 14. C. de pignor. act. §. ult. inst. quib. mod. re contrah. oblig.* ex adverso est culpa levis; est denique diligentia quædam minima, & quasi nulla, ex adverso est lata culpa, *l. quod Nerva. ff. de positi;* Tres igitur sunt culpæ gradus lata scilicet, levis, & levissima.

Lata culpa, quæ & latior vocatur, in *l. quod Nerva. ff. de pos.* & gravior culpa, *l. liber homo. §. 1. ff. de acquir. rer. dom.* Lata negligentia, *l. tutor qui repertorium. §. competit. ff. de administ. tutor. & dissoluta ignorantia, l. cum sex menses. ff. de Aedit. edict.* & magna culpa, in *l. magna negligentia. 266. de verb. sign.* Hæc inquam lata culpa est præter missio minimæ vel consuetæ in rebus propriis diligentia. Hujus enim culpæ duæ sunt notæ: Vna est non intelligere, quod omnes homines intelligunt, *l. cedere diem. l. lata. 273. de verb. sign.* Altera est, si quis in re aliena atque diligens non sit, ut in rebus suis, sive negliger eam rem custodierit, sive diligenter tantum, cum res suas diligentissime

soleat

soleat custodire. *l. quod Nerva 32 ff. de depof. vel ut Ulp. dixit, si quis peccet non consueta in rebus suis diligentia. l. mulier. 22. §. sed enim 3. ff. ad SCt. Trebell.* Porro hæc lata culpa dicitur esse dolo proxima. *d. l. mulier. §. sed enim dolo comparatur. l. 1. §. non alias. ff. si mens fals. mod. dix.* dicitur cadere in crimen doli. *l. 1. §. is quoq; de obl. & act.* Contineri appellatione doli. *d. l. quod Nerva. ff. de pos.* Imo dicitur dolus esse *d. l. mag. de verb. sig.* Quod verum est si interpretationem justam, jurisq; effectum spectes, ac proprietate verbi, & genere facti lata Culpa non est dolus, quia prope cum lata culpa esse possit, ubi nulla fit malitia,

Est igitur lata culpa potius dolus præsumptus, quam verus. *Corras. d. c. 1. n. 23. Vulte. lib. 1. jurispru. roman. c. 7. n. 80. Hugo Donell. lib. 16. comm. c. 7.* Comparatur autem lata culpa dolo, vel est dolus, quoad effectum in contractibus, & civilibus causis. Vnde quemadmodum ob dolum, ita quoque ob latam culpam deferitur iuramentum in litem, quod affectionis dicitur. *l. 2. c. de in lit. jur. l. in actionib. §. in his. & ibi Corras. ff. eod. Idem Corras. d. lib. 4. Miscell. c. 2. n. 11. Fr. Duar. ad in lit. jur. n. 33. Borch. in comment. ad eund. tit. c. 5. n. 7. & 8. Zas. lib. 1. singul. resp. c. 2. n. 35.* Sic quoque infamia irrogatur non tantum ob dolum, sed etiam ob latam culpam ut probatur per. *l. liberorum §. notatur. ff. de his qui not. infam;* & argumento est, quod in actione depositi. *d. l. quod Nerva. ff. de positi,* & in quibusdam aliis non tantum doli, sed & latæ culpæ nomine fit condemnatio: Atqui Prætor in suo edicto ait. His iudiciis condemnatos infamia notari. *l. 1. ff. de his qui infam. not.* Ergo & oblatam culpam damnatus infamia notatur; hic consequenter contra communem Dd. sententiam, quam etiam amplectuntur Vefemb. Thomas. Livius. & alii in §. suspectus. 6. *Inst. de suspect. tutor.* Recte as-

feritur tutorem ob latam culpam renotum infamia notari, ut recte tradunt Mnyling. & Hott. in d. §. suspectus. Duar. in d. tit. de in lit. jur. n. 35. Donell. lib. 16. comm. c. 7. parte 628. Nec obstat d. §. suspectus, quia ille §. est intelligendus de culpa levi non lata, nam simplicis culpæ appellatione venit tantum levis. *h. t. l. & l. 4. & 5. §. sed in his. 3. de in lit. jur.* Atque hæc ita ut dixi obtinent in causis civilibus, verum in causis criminalibus, si non pecuniaria, sed capitalis, vel alia corporalis pœna est infligenda, lata culpa non repræsentat dolum. *l. ff. de sicariis. Corras. d. c. 2. n. 1. Tiraquell. de pœnis. caus. 6. n. 10. & caus. 14. n. 6. & 7.* Exceptis certis causibus, ut commentariensis si in carceris custodia culpam latam committat perinde plectitur, atque si in dolo fuerit. *l. milites. 12. ff. de custod. reor. l. ad commentariensem. C. eod. Gomesius tom. 5. variar. resol. c. 9. n. 11. Iul. Clar. in pract. crim. quest. 2. n. 25. Menoch de arbit. iud. quest. lib. 2. cent. 4. cas. 301.* Commentariensi cum Custos arcis æquiparetur. *Bart. in l. ex divi C. Locat. recte Oldradus conf. 92. respondit cum qui custodiam arcis contra hostes tuendam suscepit, reum esse mortis si magna negligentia ejus factum sit, ut arcem hostes occuparint.*

Propter latam quoque culpam, dans poculum amatorium, si ex eo morte fuerit secuta, ultimo supplicio afficitur. *l. si quis aliquid. §. qui abortiones ff. de pœnis. Iacob. Menoch. d. lib. 2. de arbit. iud. quest. casu. 358. Ant. Guibert. lib. 1. quest. memorab. c. 16. n. 3. 4. & seqq.*

Culpa levis est prætermisio mediocris diligentia debita, ut cum illa non adhibetur & exercetur diligentia quam secundum communem naturam hominum prudentes & diligentes patresfamilias rebus suis adhibent. *l. socius socio. ff. pro socio. §. ult. Inst. eod. l. si cum venderet. §. ult. & l. seq. ff. de*

fig. act. Hæc culpa proprie culpa dicitur & in jure nostro verbo culpæ absolute posito à veteribus significatur, quod tamen ita verum est, si subiecta materia aliud non suadet ut in *l. imper. 132. h. t.* ubi Gajus ait: Imperitiam culpæ annumerari; Imperitiam intelligit Gajus non quamvis, sed artis, quam quis proficitur. Docuit enim Gajus *lib. 7. ad Edict. Provincial.* Medicum qui imperitia servum secuit aut medicamento perperam usus est, culpæ reum esse, quia imperitia culpæ annumeratur. *l. 7. ad l. aquilæ. 9. §. 5. ff. locati.* at imperitia artis, quam quis proficitur quæstus accipiendi causa, merito latæ culpæ ascribitur *l. 1. hac actio. vers. proinde. ff. si mens. fals. mod. dixerit. d. l. 9. §. Celsus. Locati. Zas. lib. 2. sing. resp. c. 2. num. 15.*

Iuris ignorantia latæne an levi culpæ adscribenda sit inter Dd. controversatur? Res hoc distinctionis sædere temperanda est. Ignorantia legum quæ divino præcepto, aut naturali jure confirmatæ sunt, vel ad instructionem morum cohibendam; in solentem hominum vitam pertinent, in latam culpam incidit *l. unic. C. de in jus vocand. l. leges sacratissima C. de kl.* At aliarum civilium legum ignorantia regulariter homines à lata culpa excusat, & eos tantum levis culpæ reos, facit, quod non adhibeant eam diligentiam quæ prudentes homines adhibere solent, qui jus quod ignorant à peritoribus scrutantur. *l. 2. §. ff. quib. ord. in bon. poss. servet.* Sed excipiuntur Iudices, Assessores, Advocati, qui ratione officii, quod sustinent & artis quam profitentur leges omnino scire tenentur. *l. 2. ff. quod quisque juris. l. si Iudex. ff. de ver. & extraord. crimin.* Ideoque cujusvis Iuris ignorantia hos à tali culpa non excusat. *arg. l. 2. §. servus ff. de org. jur. Zas. d. c. 2. n. 16. & seqq. Corral. lib. 4. miscell. c. 17.*

Levissima culpa est prætermisso exa-

ctissimæ diligentia debita, ut cum eam diligentiam, quam diligentissimus quisque paterfam. rebus suis adhibet, nec tantum præstat. *l. 1. §. si vero. 4. de obl. & act.* Huic culpæ opponitur diligentia vehementissima, quæ simpliciter diligentia vocatur; nam quemadmodum medius diligentia gradus proprie custodia dicitur & levi culpæ opponitur, sic summus gradus generis nominationem retinet, & culpæ levissimæ opponitur. *l. qui injuria. 52. §. qui alienus. de furtis,* adeo ut quotiescunque diligentia ab aliquo requiritur, is levissimam culpam præstare debeat. *l. 5. §. 2. vers. commodatum. ff. commodati. l. cum res. 47. §. culpa. de legat. 1. & h. nostra lege;* Sed hoc verum est nisi subiecta materia aliud postulet, ut in *l. magis fructus. 6. de administ. rer. ad civit. pertin.* & in *l. 1. ff. de tutelis & rat. dist. & in §. fin. Inst. quib. mod. re contrah. obl.* atque hæc de tribus culpæ gradibus dicta sufficiant, nunc de casu fortuito despiciamus.

Casus fortuitus est, quæ nullo humano consilio provideri potest, seu cui humana infirmitas resistere non potest. *l. 6. C. de pignor. act. l. 2. §. si eo tempore. ff. de administ. rer. ad civit. pertin. l. 18. in prin. & l. seqq. commod. l. 1. §. & ille. ff. de obl. & act.* Idem appellatur fatum. *l. verum. 11. §. item non. ff. de minor. l. utiq; 16. ff. de rei vend. casus fatalis. l. 5. C. de appellat. damnum fatale. l. 3. §. 1. ff. nauta caup. vis divina, & Græcè θεία βία. l. si merces. 25. §. vis major. ff. locati. l. plurim. 24. §. hac stipulatio & §. seq. ff. de damno infecto. vis major. d. l. 3. §. nauta caup. stab. l. 1. ff. locati. d. l. si merces. §. vis major. ff. eod. casus major. l. 7. ff. edendo; & casus improvisus. l. à procuratore. 13. ff. mandat.*

Hujus generis casus sunt insolita ventorum magnitudo, Turbines, pluviz, grando

grando, procellæ, fulmen, ictus, frigus, ruina, naufragia, aquarum inundationes, eluviones maris, mortes animalium, soli-
~~ta~~ *Quæ* incursiones hostium, prado-
 num impetus, piratarum insidiæ, fugæ
 servorum, qui à nobis custodiri non so-
 lent, quæ species passim occurrunt, ut
h. l. in fin. l. 5. §. quod vero. l. in rebus 18.
ff. commod. l. cum res, §. ult. de legat. 1.
l. fluminum 24. §. servus, de damno in-
fect.

Dubitatur de incendio, an inter casus
 fortuitos sit numerandum, propterea
 quod non possit fieri sine culpa, *l. si vendi-*
ta 11. de peric. & commod. rei vend. Sed
 dicendum quod quamvis incendium non
 fiat sine culpa alicujus, tamen dicatur ca-
 sus fortuitus respectu ejus, qui culpa va-
 cat. *d. l. si vendita 11.* Sic latronum in-
 cursus est casus fortuitus respectu ejus,
 qui incidit in latrones, non respectu la-
 tronum, qui dolo malo faciunt: *Jctus*
quoque in l. 3. §. 1. de offic. pref. Vigl. ait:
incendium plerunq; oriri ex culpa inhabi-
tantium, non culpa aliorum. In summa
idem dici potest casus fortuitus, & non
fortuitus respectu diversar. personarum.

Dubitatur etiam de furto, quia separa-
 tur à damno fatali, ut à latrocinio, & in-
 cendio, propterea quod is, qui furtum pa-
 titur, non vacat culpa, quia diligenti cu-
 stodia adhibita vitare potuisset, ne furto
 res ipsi subtraheretur. *l. cum duobus. §. dam-*
num, ff. pro socio. At in contrarium est l. in
ratione, 30. in prin. ff. ad L. Falcid. quæ
furtum annumerat aliis casibus fortuitis:
 Respondeo, furtum, fit culpa ejus, qui
 furtum pallus est, quia scilicet non satis
 diligenter rem custodierit, & quidem fur-
 tum adscribitur culpæ levissimæ, ut docet
 Glossa in *§. fin. Inst. quib. mod. re contrah.*
obl. quæ sententia communiter approbata
est, ut post alios testatur Covarruvias in
tit. de sponsal. part. 2. c. 6. §. 8. n. 14. Sed

in his negotiis aut contractibus, in quibus
 levissima culpa non præstat, sine culpa
 fieri dicitur, quod fit sine culpa levi,
 quamvis non fiat sine culpa levissima,
l. 3. §. hoc edicto. ff. naut. camp. stab.
Igitur in d. l. in ratione. 30. in pr. ff. ad L.
Falcid. furtum ideo dicitur fieri sine culpa
legatarii, quia legatarius non præstat le-
vissimam culpam, sic in l. fin nulla. 8. & l.
seq. C. de pign. act. Creditor quod res sibi
pignorata sit furto ablata, eo nomine
non tenetur, quia culpa caret nempe lata
& levi, licet non careat culpa levissima,
quia eam præstare non tenetur, §. fin. l.
quib. mod. re contr. obl. Ad extremum de
casu fortuito illud monendum est, quod
eum allegans teneatur probare. l. si credi-
tor. ff. de pignor. act. Sed hic distinguen-
dum est, an factum est manifestum, ut
quod tempestate ædes sint incensæ, vel
quod pruina, aut grandine segetes læsæ
fuerint, in istis facilis probatio est. Aut
factum est tale, quod clam fieri solet, ut
est furtum, & tum per conjecturas talis
casus probari potest, ut ostentione forium
fractarum, quod quia non sufficit, dicit is,
qui se fundat in tali casu etiam addere ju-
ramentum res illas ex conclavi fuisse ab-
latas. Paul. de Cast. in d. l. si creditor. C.
de pignorat. act. & Pet. de Ubaldis in tr. de
duob. fratr. part. 2. n. 14.

Sed elegans quæstio est, si dubitetur
 an dolo vel culpa alicujus casus aliquis
 acciderit, cui incumbat onus probandi, sin-
 ge rem aliquam apud aliquem deposui,
 vel alicui commodavi, hic dicit eam rem
 naufragio, incendio, furto, vel alio casu
 fuisse amissam, & deperditam, ego fateor
 quidem casum istū contigisse, at contem-
 do accidisse culpa depositarii vel commo-
 datarii. Iam quæritur utrum depositarius
 vel commodatarius probare debeat rem
 sine sua culpa fuisse amissam, an vero ego
 depositarii vel commodatarii culpam do-

cere tener? Dispicendum est utrum quis talem casum amissionis alleget, qui regulariter sine culpa fieri solet, ut sunt incursum hostium, imputus aquarum &c. Cum is qui dicit culpa casum hunc contigisse probare tenetur, ut enim dolus non præsumitur, ita nec culpa nisi probetur. *l. quoties. 18. §. 1. ff. de probat.* Atque hoc distinctionis membrum recte & apte probatur per *l. 5. & 8. C. de pign. act.* Nam Imp. in *l. 5. ant.* creditorem non teneri si nulla culpa vel segnitia ei imputari potest, ut ergo teneatur, culpa ei imputanda est, alioqui Creditor tutus erit quamvis non probet se culpa vacare: Quod si vero casus prætenderetur, qui regulariter absque culpa contingere non solet, ut est incendium, furtum, fuga hominum qui eudodiri solent, tunc quia præsumptio est contra allegantem hunc casum sine culpa illius contigisse, ideo non sufficit, quod casum hunc probet, sed necesse est, ut insuper probet etiam, absque culpa sua id ita factum esse. *l. domum. 9. §. Imperator. ff. Locat. Dd. in d. l. si Creditor. C. de pign. act.* Ant. Gomez. *lib. 2. variar. resolue. c. 3. tit. de locat. & conduct.*

Sed cum ut supra dictum est, culpa quæ ex huiusmodi casibus intervenisse præsumitur, sit tantum levissima, ideo prædicta doctrina in iis casibus tantum locum habet, in quibus etiam quis de levissima culpa tenetur, ut in commodato. *§. item is. Inst. quibus modis re contrah. obl.* secus vero est in aliis casibus, ubi quis latam saltem, ut in deposito; vel levem, ut in locato præstare tenetur, nam cum in his casibus probato furto, vel incendio nulla subsit juris præsumptio, quæ aliquem latæ vel levis culpæ arguat, is qui dicit culpa illius factum esse id probare tenetur, alioquin reus ex eo, quod de furto, incendio, vel alio simili casu con-

stat, satis excusatus erit. Ant. Gomez. in *d. tit. de locat. in fine.* Covarruv. de *spons. num. 14.* Iacob. Menoch. *lib. 2. de arbit. Iud. quæst. cent. 4. cas. 390. n. 10.* Hart. Pistor. *lib. 1. quæst. jur. quæst. 8. num. 10. & 11.*

His ita de dolo, Culpa, & Casu fortuito expositis, nunc videamus de naturali contractuum conditione, quæ in dolo & culpa quamvis versatur, non in casu fortuito. Quidam enim contractus naturaliter recipiunt dolum tantum & latam culpam; Quidam præter dolum & latam culpam etiam levem; quidam denique etiam culpam levissimam; nulli autem casum fortuitum: Quanquam autem in hac *l. contractus.* speciatim numerentur contractus, qui vel dolum tantum cum lata culpa, vel etiam levem aut levissimam culpam recipiunt, tamen cum ad rem melius intelligendam multum faciat, memoriamque juvet omnia certis regulis breviter comprehensa habere, ideo ex. *l. si ex certo. 5. §. nunc videndum. ff. de Commodat.* Tres regulas à fine contractuum desumptas præponemus.

In omnibus contractibus, in quibus solius dantis, ejusdemque creditoris utilitas, nulla debitoris, Dolus duntaxat præstat, & lata culpa.

Hujus generis est depositum, in eo enim solius depositoris cujus Interest, rem suam saluam esse, utilitas intervenit, non depositarii & ideo satis abundeque depositori esse dicitur, si depositarius præstet dolum & latam culpam, non etiam levem & levissimam *h. l. contractus d. l. §. nunc videndum. ff. Commod. l. 1. C. depositi.* vide *inf. pag. 168. in margino.* aliquando contrahitur commodatum utriusque gratia, *l. 18. vers. at si utriusque ff. Commod. & tunc*

tunc dolus lata & levis culpa præstat.

Hujus generis & Commodatum interdū est, si non commodatarii, sed commodantis tantum utilitas versetur. ut in specie, d. l. 5. §. interd. ff. Commod. si roganti quis sponsæ suæ, vel uxori commodaverit vestimenta sua, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si Prætor Ludos orditurus scænicis rogantibus vestimenta scænica accommodaverit, hoc casu solius commodantis utilitas versatur, nec quicquam hic distat depositum à Commodato, in utroque venit dolus cum lata culpa duntaxat. Cujac. 19. obs. c. 24.

Verum ab hac regula excipiuntur quidam contractus, in quibus licet sit nulla utilitas accipientis, suscipientis, administrantis, tamen partim levis, partim etiam levissima culpa præstat.

Levis culpa præstat in tutela. l. quicquid. 7. C. de arbit. tutel. Quamvis etiam tutela pupilli gratia suscipiatur, non tutoris, quamvis etiam Tutor Onus tutelæ, utpote munus publicum invitus subire cogatur, ac proinde videatur in officio alterius causa suscepto tanto majore excusatione dignus, tamen cum dentur tutores pupillis invitis, quo illis consulatur, licet sic dari, ne tutelæ beneficium ad injuriam miseræ ætatis convertatur, quod ita fieret, si liceret tutori imprudenti aut imperito quidvis facere aut instituere in pupillaribus rebus impune, ideoque favore pupillorum placuit, eum & levis culpæ nomine teneri, licet autem Cujac. ad h. l. & 5. tract. ad African. pag. mihi 220. secutus Constant Harnenop. lib. 6. epit. tit. 21. existimet Tutorem etiam teneri præstare levissimam culpam, tamen id nulla lege aperte proditum est, nam quod dicitur in l. 4. C. de peric. tut. & curat. A Tutore fortuitos casus non præstari.

Inde frustra colligitur tutorem ex cæteris omnibus civilibus causis, atque adeo ex culpa levissima teneri, nam ea lex est ad Libellum Principi oblatum, atque adeo ad casum propositum accommodata, Petrus Fab. h. num. 139. & Rescripta Imperat. non sunt regulæ juris, sed ad solam facti propositi speciem pertinent, sic enim in specie consultaverunt Imp. de casu fortuito, non de culpa levissima, de qua si consulti fuissent idem procul dubio respondissent.

2. Porro in negotiis alienis gerendis, etiam officium suscipi, absentis causa, non ejus, qui gerit, constat; in his tamen placuit eum, qui gerenda suscipit, non tantum dolum, sed & culpam etiam levem præstare debere. l. si negotia. ff. de negot. gest. l. negotium 22. C. cod. & hoc æquissima ratione adversus eum constitutum est; nam semper ei objicitur hoc ipsum, culpam esse, quod se immiscuerit rei ad se non pertinenti. l. culpa 36. h. t.

Adde quod negotiorum gestor conventus non possit dicere: tibi imputa quod sordido res gerendas commiseris. l. 23. in fin. ff. de minorib. l. 1. §. 1. si mens. fals. mod. l. 36. de reg. jur. non enim debet affectare id, in quo intelligit, aut intelligere debet imperitiam vel infirmitatem suam alii periculosam futuram. l. idem 8. ff. ad L. Aquil. Quod si tamen, quis aliena negotia susceperit, cum ab omnibus desererentur, ita ut necesse esset, ita suscipi, aut dilabi, administrator culpam non præstat l. 3. §. si executor vers. interd. ff. de negot. gest. hanc restrictionem etiam ponit Hed. disp. 10. thes. 14. & Ang. in §. actionem. n. 29. Inst. de actionib. Dixi negotiorum gestorem teneri de levi culpa. nam non tenetur etiam de levissima culpa, & Ratio est; quia actio negotiorum gestorū

est introducta, ut homines allicerentur ad absentium negotia administranda *l. si quis absentis. §. in prin. ff. de obl. & act. §. 1. Inst. de Ob. quæ quasi delict. nasc.* Cui hujus actionis fini plane contrarium esset, si gestor etiam levissimam culpam præstare tenebatur, tunc enim nemo facile absentis negotia gereret Marc. Anton. Delrio ad *h. l. contractus c. 14. in interpretat. ætimologiæ* Verum Iacob. Cuiac. ad *h. l. & d. tract. §. ad African. pag. mibi 220. & ad Modestin. in interpretat. l. actione ff. depositi.* docet negotiorum gestorum etiam regulariter culpa levissima teneri, quam sententiam novissime tuetur. Herm. Vult. *lib. unic. discept. schelast. c. 15 pag. 132. b. in fine. & lib. 1. Jurisp. Rom. c. 44. n. 40.* sed illorum argumenta facili negotio subverti possunt. Non enim movet Forstero ad stipulatur Burchol. ad hunc *§. 1. Inst. fol. mibi 274. c. §. 1. Inst. de obl. ex quas. cont.* ubi ex actitissima diligentia à gestore præstanda dicitur, quam levissimæ culpæ opponi dubio caret. Ibi enim proponitur exceptio, tum scilicet etiam negotiorum gestorem præstare levissimam culpam, si alius diligentior absentis negotia administraturus fuisset, qui gerentis contemplatione non accessit. *l. si pupilli negotia. 6. in fin. ff. de negot. gest. vel quando alius quidam diligentior negotiis absentis administrandis sese obtulit, cui gestor cedere noluit, vide Bron. cen. 2. §. 3. Hedm. diff. 10. thes. 15. Minus etiam urget l. si mater. 24. C. de usuris.* ubi dicitur negotiorum gestorem omnem præstare diligentiam, unde dicendum videbatur, cum etiam levissimam culpam præstare. arg. *l. preses. 3. de off. pres.* Nam commodè responderi potest, omnem diligentiam hic accipi pro exacta diligentia, ac levi culpa; levissima culpa siquidem, poenæ culpa non est, vide Hedm. *dis. 10. the. 13. ubi l. si mater. 24. C. de sur. ex verbis finalibus §. 1. Inst. d. r.* explicandū esse do-

cet. Vnde quoque rara ejus in libris nostri juris mentio fit; Id ut intelligatur, notandum est discrimen culpæ levis, & levissimæ: Culpæ n. levis semper est culpa, & in omnibus contractibus; quod non ita dici potest de culpa levissima. Ratio est, quia culpa levis est negligentia, negligentiam a. nullo casu lex probat, finge rem depositam perire culpa & negligentia depositarii, certe etiam si depositarius eo nomine non condemnatur, tamen recte dicitur negligens fuisse, & culpam admisisse, qui vero diligens est omnium culpa caret, nisi lex specialiter ab eo majorem diligentiam requirat, ergo negotiorum gestor aut diligens est, aut negligens, si est negligens admittit culpam levem, si vero diligens, vacat culpa quia functus est officio suo, & præstitit eam diligentiam, quam lex ab eo requirit, hoc igitur casu nulla est culpa levissima, ut merito dicatur gestor præstare omnem culpam, qui præstat latam, levem, & hac procul dubio ratione vlp. Ictus permotus in *l. si negotia. 11. de negot. gest.* levissimam culpam omisit, & casus fortuiti mentionem fecit.

Ad extremum à prædicta regula excipitur mandatum; quamvis enim illud non mandatarii, sed mandantis causa suscipiatur, tamen tenetur mandatarius seu procurator præstare non tantum dolum, latam & levem culpam, sed etiam levissimam culpam, ratio hæc est, quia qui aliena negotia suscipit, hoc in se quodammodo recipere ac polliceri intelligitur, se omnem curam, operam, diligentiam adhibiturum in ea re, quam administrandam suscipit, & ideo quasi ex conventionione non tantum doli, sed etiam desidii, negligentia, incuria, ineptia, & uno verbo, culpæ etiam levissimæ nomine domino tenetur, ut probatur per *l. à procuratore. 13. C. mandati.* Ibi Imp. à Procuratore, ajunt, dolum

dolum & omnem culpam, non etiam improvisum casum præstandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur. Dicunt Imp. omnem culpam, quibus verbis etiam compræhendunt culpam levissimam, omne enim qui dicit, nihil excludit, notandum etiam est, quod Imp. solum improvisum casum à mandato remonent, quo sane significant levissimam culpam à mandatario præstandam esse. *arg. l. quæsitum 12. §. idem respondit, 23. ibi:* Proponebatur enim qui legaverat, argentum, & rationes excepisse; nam qui hæc excepit non potest non videri de cæteris rebus, quæ in ea essent sensisse. *ff. de instr. vel instrum. leg.* Deinde hanc sententiam confirmat *l. in re mandata. 21. C. mandat.* ubi Constantinus Imp. aliena negotia, ait, exacto officio geruntur, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum, culpa vacuum est. Deinde suffragatur. *h. l. contractus.* In his quidam diligentiam (ita enim habet vulgaris lectio) quam Florentina meliorem esse monuit, Cujac. *d. tract. 5. ad African.* Ubi: Quidam est pluralis numeri, ut etiam *in princ. ejusd. l. quare ea voce plures contractus significantur*, qui diligentiam, id est, diligentiam exactissimam (ita enim diligentiae nominatio hic accipitur, ut supra monui) recipiant: Sed præter commodatum & mandatum nullos eorum contractuum, qui hic recensentur, probabitur juris textum levissimam quoque culpam recipere, & hanc sententiam tenent Const. Harmenop. *lib. 6. epit. tit. 2. Pet. Fab. ad h. l. contractus.* & ibi Hieron. Cagnol. *n. 30. Henr. Bocer. c. 4. n. 5. & Hippol. de Collib. Franc. Duar. ad tit. C. mandat. c. 2. Franc. Hottom. ad eundem tit. mandat. Fr. Balduin. lib. 2. de ll. Constant. Magn. ad d. l. in re mandata, C. mandati. Hugo Donell. lib. 13. commen. c. 11. mibi pag. 130. Cujac, d. tract. 5.*

ad Africanum, & ad Modestinum in d. l. actionum depositi. And. Gail. lib. 2. obs. pract. obs. 45. n. 4. & 5. Jul. Pacius cent. 4. Antinom. quæst. 83. Egregie hanc sententiam tuetur. *VVult. lib. unic. discep. scholast. c. 15.*

Atque hætenus de prima regula dispeximus, sequitur nunc altera in hunc modum.

In quibus contractibus solius accipientis, seu debitoris utilitas versetur, & nulla ex parte dantis, seu creditoris, in iis præter dolum, & culpam latam, ac levem, etiam diligentia, seu custodia exactissima, id est, levissima culpa præstat. *d. l. 5. §. nunc videndum, ff. commod.*

Hujus regulæ ratio evidens est, qui enim utilitatem ex re capit, consentaneum est, eundem ei rei custodiendæ exactissimam curam impendere naturaliter, quia propterea incommoda commodis sunt adjecta, & contra *l. contra naturam. h. t. l. 1. in fin. de caduc. toll.* Hujus generis contractus est commodatum, in eo enim res gratis datur commodatario utenda, ideoque is merito levissimam culpam præstat. *l. in rebus 18. in princ. ff. commodat. & ibi Goth.*

Ab hac regula excipitur precarium, in quo manifesta utilitas versatur accipientis, & quidem solius, & tamen is solum dolum præstat. *h. l. contractus. in princ. l. 2. l. quæsitum, §. illud. ff. de precario.* Excipiendi causa hæc redditur, ab Ulp. *in d. l. quæsitum. §. illud.* Quia precarium totum ex liberalitate ejus, qui precario concessit, totum dixit, ut intelligatur non tantum id, quod ab initio fuit, sed & quod relinquitur, & perseverat postea, per omne id tempus proficiscitur precarium à liberalitate, quia ut initium liberum fuit concedere.

Ita

Ita concessum & liberum est ei, qui dedit, revocare cum volet, sive id tempestive fiat, sive intempestive l. 1. & 2. de precario. visum igitur fuit, satis esse in præcario, ut re tam infirma dolum præstaret; nam nulla ejus utilitas spectari videtur, cum ex voluntate dantis pendeat: At commodatum nuda voluntate dantis non solvitur, obligat enim ultro citroque, non possum revocare rem commodatam antequam ejus usum compleveris. Si tamen commodatum solius commodantis causa contrahitur solum dolum præstat. l. 5. §. 10. commod. Si vero utriusque utilitas versetur dolum, latam & levem culpam præstat l. 28. vers. si utriusque ff. commod. Ant. Gomef. lib. 2. variar. resolut. c. 7. n. 3. Hedman. disp. 24. thes. 10. Sequitur 3. Regula.

In quibus contractibus utriusque contrahentis versatur utilitas, in iis præstatur Dolus, lata, & levis culpa. d. l. 5. §. nunc videndum. ff. commodati.

Ex hoc genere est emptio & venditio, ideoque venditor regulariter dolum, latam, & levem culpam in re vendita & nondum tradita præstat, h. l. contractus. l. si servus 108. §. cum quid. 12. de legat. 1. tenetur enim diligentiam & custodiam adhibere l. si ea res 31. l. venditor. 36. act. empt. qualem homines frugi, & diligentes patresfam. in rebus suis præstare solent, l. quod saepe 35. §. si res vendita 4. ff. de contrahen. empt. l. si vendita. 11. ff. de pericul. & commod. rei vend. levissimam igitur culpam non præstat, nisi cum vinum ad mensuram vendidit l. 1. §. l. 2. l. 3. ff. de perit. & commod. rei vend.

Locatio conductio quoque est ex iis contractibus, in quibus utriusque commodum versatur, & ideo sufficit si levis culpa præstatur d. l. 5. §. sed ubi ff. commod. &

h. l. Contractus. l. videamus 11. in prin. l. si merces. 25. §. Culpæ autem 4. l. cum in plures. §. servum. ff. locati: At obijcitur, Vult. disc. schol. c. 15. accipit de conductore, cujus gratia hic contractus est celebratus & a quo contractus initium sumpsit. Schneid. ad §. qui pro usu. h. t. Docet speciale hoc esse in rebus hic enumeratis, ut conductor de levissima culpa teneatur propter fragilitatem; Idem docet Gloss. h. quibus assentitur. Ant. Math. in not. h. §. ult. Inst. de locat. & conduct. ubi dicitur; Conductorem diligentiam seu custodiam talem adhibere debere, qualem diligentissimus paterfam. rebus suis adhibet Resp. Ubi Superlativus (diligentissimus) pro positivo (Diligens) ponitur. ut monet Pet. Fab. h. n. 103. quem sequitur Henri. Bocer. in comm. ad h. l. c. 4. n. 9. Sed rursus obstat. l. si merces. 25. §. qui calumniam ff. locat. Borch. ad §. conduct. 5. Inst. de loc. & conduct. putat etiam h. l. 25. §. qui calumn. superlativum pro positivo positum esse. ubi Gajus ICt. docet conductorem culpa vacare si fecerit omnia, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset. Resp; Iste textus procedit, quando quis conduxit id faciendum, cujus notitiam proficitur, tunc enim merito de levissima culpa tenetur. l. item. 13. §. si gemma. 5. ff. locati. V Veseimb. & Pacius in d. §. ult. Inst. de locat. Harm, Vult. lib. 1. discip. scholast. c. 15.

Huc quoque spectat dotis datio; nam & in ea cum mariti, tum uxoris commodum versatur, ideoque Maritus in dote restituenda de levi culpa tenetur. l. si filiofam. 25. §. maritum. ff. solut. mat. l. in rebus 17. ff. de jur. dot. Nec obstat l. si constante §. si maritus. ff. solut. mat. ubi Ulp. ait; eam demum à marito diligentiam exigere, quam suis rebus exhibet; Nec enim inde concludendum est, ipsum posse in rebus dotalibus esse supinum, quia talis est in suis rebus, ita enim fieret ut ne ob levem culpam qui-

quidem teneretur, sed et si alias diligentissimus sit, eandē quoq; diligentiam in rebus dotalibus præstare cogatur, nec sufficit hoc casu mediocrē adhibere. *l. in reb. sup. de jur. dot.* Societas quoq; siue necessaria siue voluntaria utriusque gratia contrahitur, ideoque & in eam dolus, lata & levis culpa, non etiam levissima venit. *h. l. contractus d. l. 5. §. nunc videndum ff. Commodati.* At effici posse videtur dolum tantum & latam culpam, non etiam levem culpam socium socio præstare; nam socius in rebus communibus tantam præstabat diligentiam quantam in suis rebus adhibet. *l. socius socio ff. pro socio. §. fin. Inst. de societate. l. heredes §. non tantum ff. famil. ercisc.* At à quo nihil aliud desideratur, is lata duntaxat, non etiam levis culpa nomine teneri dicitur; argumento est depositarius, qui cū eam præstare diligentiam debeat, quā suis rebus adhibet. *l. quod Nerva. ff. depositi.* de dolo tantum & lata culpa tenetur. Ergo & socius latam duntaxat culpam præstare debet: Verum respondendum est quod non eodem modo in societate siue voluntaria, siue necessaria, & depositario culpam æstimemus, Nam quæ in depositario est lata culpa, in socio levis est: Lata in depositario est, si non sit æque diligens & attentus in re aliena, ac in sua. *l. quod Nerva. Deposit.* In socio secus est, ut enim mihi in re mea negligentius esse licet, ita & in re communi, quia res communis ex parte mea est, ac ut unam ex rebus meis curare diligenter, alteram vero negligere licet mihi, sic quoque minus pecco rem communem negligentius atq; meam tractans, quam si rem alienam non æque diligenter servarem; Itaque cum socius rem communem negligentius servat, quam suam, levem culpā tantum admittit, de qua tamen tenetur, Boer. *ad h. l. cont. 13.*

Denique ad hanc regulam pertinet pignus, quoniam illud utriusque gratia datur, & debitoris, quo magis ei pecunia

credatur, & creditoris, quo magis in tuto sit ei creditum, §. ult. *Inst. quib. mod. re contrah. obl.* Proinde Creditor in pignore dolum, culpam & custodiam exactam, licet non exactissimam præstat. *h. l. contractus. l. ea igitur 14. l. si servus. 25. ff. de pign. act. l. sicut vim. 19. C. de pignorib. l. si Creditor. C. de pign. act.* Nec obstat, quod Ulp. ait: In pignoratitiam actionem venire culpam, ut in commodato. *l. si cum vend. 13. §. ult. ff. de pign. act.* Nam Creditor in eo comparatur commodatario, quod uterque præstat latam culpam. In altero autem distinguitur, quia commodatarius præstat, levem & levissimam culpam. In genere quidem conveniunt commodatum & pignus, quod utrumque culpam recipiat, & sic secundum quid, & non simpliciter Creditor autem latam & levem duntaxat, ideoque non ait Ulp. Præstari tantam, quantam in commodato, vide etiam Cujac. aliter respondentem *lib. 19. obs. c. 24.* Ibi Cujac. docet Creditorem de levissima culpa teneri, si ejus solius gratia pignus constitutum sit. Rursus objici posset, Creditorem ita demum excusari, si nulla ejus culpa pignus perierit. *l. 8. C. de pign. act.* ex quo sequi videtur Creditorem teneri, si perierit pignus per levissimam culpam: Sed responderi potest ex iis, quæ supra docui. Creditorem præstare omnem culpam, non tamen præstare levissimam culpam, quia hic culpa levissima nulla est, etenim si Creditor negligens sit, culpam levem committit, si diligens omni culpa caret, nisi lex specialiter exactissimam diligentiam ab eo requirit. Atq; hæc de contractibus, in quibus vel lata, vel levis, vel etiam levissima culpa præstat, dicta sufficiant.

Deinceps paucis agamus de casibus fortuitis, de quibus una & certa juris definitio est: Nempe casus fortuitos nullo bonæ fidei iudicio præstari & à nemine

*h. l. contractus in fin. l. qui fortuitos. 6. C. de pign. act. l. 1. C. commod. l. 2. §. si eo ff. de adm. mstr. ver. ad civit. pertin. cum simil. Nec obstat. i. incend. C. si cert. pet. ubi dicitur incendium non liberare debitorem ære alieno; Quia illa lex loquitur de mutuo, res mutuo data sit accipientis, at res domino suo perit, non aliis; deinde mutuū pertinet ad obligationem generis, quod nec incendio absumi, nec alio fortuito casu perire potest: At nos hic loquimur, de specie debita in contractu bonæ fidei quæ casu aliquo perit, ac dicimus debitorem ob illum casum non teneri, quæ sententia eo amplius producenda est ad contractus etiam stricti juris, ex quibus species debetur, nam ejus speciei interitu, si debitor culpa vacat, liberatur. *l. si ex legat. l. si Stichus. 37. ff. servum. in prin. 9. 1. de verb. obl.* Verum hic notanda est differentia inter contractum bonæ fidei, & stricti juris; Nam in strictis Iudiciis debitor rei interitu liberatur; amissione rei, quæ salvo corpore contingat, non item. *l. cont. 1. 37. §. illud. de V. O.* In bonæ fidei Iudiciis contra & interitu rei, & ejus amissione liberatur. *l. si ea res. 3. 1. de act. emt. l. qui fort. 6. C. de pign. act. & h. l. cont.**

Verum superior definitio non procedit, primum si culpa debitoris casu causam dederit, nam & tum præstatur etiam casus fortuitus à debitore. *l. 5. §. quod vero. 4. & §. interitum 7. ff. commod. l. 1. §. & illa quidem. 4. de obl. & act. t. si vendita. ff. de pign. & commod. rei vend. l. pign. in prin. ff. solut. mat. l. si merces. §. culpa. ff. locat.* sed hoc tum solum locum habet, cum agitur ex eo contractu, qui culpam recipit, seu in quo culpa, præstanda est; quod si contractus tantum dolum recipiat, ut depositum, casum fortuitum debitor non præstabit, si ve sine culpa casus acciderit, si ve culpa ejus, vide omnino. Ioh. Vaud. *lib. 2. quæst. 33.* Deinde hæc regula exceptionem patitur, quando debitor fuit in mora, quia mora rei debitor periculum in debitorem

transfert, ut non liberetur etiam si casu perierit. *l. si servum. 9. 1. §. sequitur. de verb. obl.* Sed in æstimationem rei condemnatur. *l. si servus. §. usufructum. de legat. 1. l. in conditione. §. 1. de condic. furt.* Et hæc exceptio cum hoc temperamento accipi debet ex Martini Glossatoris sententia, ut si eo casu perit res, qui omnino incidisset, etsi Creditori res præstita fuisset debitor liberetur, quanquam interpellatus non dederit, quæ sententia æquissima est, & in jure fundata. *l. si plures. 1. 4. §. 1. ff. depositi. l. cum res. 47. §. ult. de legat. 1.* Verum utrum hæc distinctio, Num eodem naturali facto, seu casu fortuito apud creditorem res perire potuisset, nec ne, semper & ubique obtineat, Aciat. Bart. Bald. Zaf. & alii in *l. quod te mihi. ff. si certum. pet.* docent debitorem, omni distinctione rejecta, post moram commissam ad rei factum peremptæ æstimationem præstandam teneri. Alii varios casus distinguunt inter quos est Duar. *ad l. 23. d. V. O.* vide omnino *disp. ad l. contractus. 23. de R. I.* habitam à Foppio sub Sandio *thes. 28.* variæ sunt nostrorum opiniones, quas hic excutere nimis longum foret, Ideoque ea de re consulendi sunt Iacob. Cujac. *tract. 6. ad African. in explicatione. l. si servus. §. si servus alienus. de legat. 1. & in l. si ex legat. 23. de verb. obl.* Hug. Donell. *lib. 16. commen. c. 2. pag. mihi 603.* Francisc. Hottom. *illust. quæst. 30.* Iohan. Borch. in *comm. de verb. obl. c. 7. & 8. n. 74. & seq.* Ioan. Goddæ. *ad l. 1. 2. §. 1. n. 9. ff. de verb. sign.* And. Fachineus. *lib. 2. contro. c. 71. & lib. 8. c. 100. & 101.*

Postquam hactenus pro infiniti nostri ratione satis de naturali contractuum conditione tractavimus restat ut paucis videamus quomodo eadem naturalis conditio conventionem contrahentium mutari ac reformari possit, pacta enim formant ipsam actionem. *l. Iurisgentium. §. quivimo. ff. de pactis,* aut ut dicitur in *l. cum dorem. C. de jor.*

jur. dot. formant contractum, hanc enim legem contractui dant, ut Vlp. interpretatur in *h. l. contractus*. & hoc est, quod alibi dicitur contractus legem ex conditione accipiunt. *l. 1 §. si convenit. depositi*; Modo pactum incontinenti, adjiciatur contractui; nam ex intervallo adjectum, neque actionē parit, neque contractus naturam immutat. *h. l. contractus. d. l. 7. §. quinquimo. ff. de pactis*. In continenti pactum adjectum dicitur non solum si in ingressu, vel in initio contractus venerit, verum etiam si statim (id est, antequam contrahentes ad alia negotia extranea divertant *l. continuus, in prin. de V. O.*) pactum contractum secutum sit *l. 7. §. 5. ibi*, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt. *ff. de pact. l. 40. de reb. cr.* ubi conveniens huic rei exemplum proponitur. vide *Disp. sup. all. thes. 20.*

Porro ut naturalis contractuum conditio circa dolum & culpam versatur, non etiam circa casum fortuitum; Sic conventionalis eorum conditio in culpa, & casu fortuito consistit, non etiam in dolo; nam rata non est conventio ne dolus praestetur in aliquo contractu. *l. si unus. 27. §. illud non prolab. ff. de positi*; quia hæc conventio bonæ fidei contraria est. *h. l. contractus*, & turpis est ac bonis moribus adversatur, & ad injuriam legumque contemptum contrahentem invitat ac excitat, ut inquit, Constan. Harmenop. *lib. 6. epit. tit. 2.* Sed sciendum est hic nos loqui de dolo futuro, de quo id conventionem agitur ne praestetur, si forte postea sit admissus. *d. l. si unus. 21. §. illud. 3. ff. de pactis*. At si quid dolo fecisti pacto actionem remittere possum *l. iurisperitum §. si paciscar. ff. de pactis. l. 4. in fin. & l. pen. C. de transactio*. Dixi naturalem contractuum conditionem in culpa & casu fortuito consistere, huic pacto seu conventionem fieri potest ut culpa non praestetur, vel ut una culpa pro alia praestetur. *l. 1. §. sepe & §. si convenit.*

ff. de positi. l. in Aristo. 3 §. ff. mandat. l. 5. §. interdum ff. commodat. l. 5. §. pen. ff. de prescrip. verb. Singularem tamen jure propter nubitum utilitatem receptum est, ut non liceat convenire, ut solus dolus praestetur. *l. 6. ff. de pact. dotal.* pactum quoque valet ut casus fortuiti praestetur *l. si ut certo. 5. §. nunc videndum 2. vers. an si hoc ab initio ff. Commodat. l. 1 §. si convenit. 6. ff. de pos. d. l. 7. sed etsi quis. 19. ff. de pact.* Hinc controversitur an qui casum fortuitum in se recepit, de insolito quoque teneatur? Quod cum Ario Pinell. *ad l. 2. c. 3. n. 30. C. de res. vend.* affirmandum existimo, is enim proprie casus fortuitus est, qui est inopinatus, & insolitus. *l. si stipulas. 78. §. ult. de contr. empt. l. 1 §. 2. ff. locati*. Dissent. varie Interpp. ut videre est apud Gomez. *lib. 2. variar. resolut. c. 3. n. 19.* And. Gail. *lib. 2. obs. pract. obs. 23 n. 18.* Iac. Menoch. *lib. 2. de arbit. l. d. quæst. cas. 80. n. 6.*

At difficilioris est quæstionis: An pactum generale de casibus fortuitis recipiendis sufficiat, an vero speciale requiratur? de qua quæstione variæ extant nostrorum sententiæ, Martinus existimavit generale pactum de omni periculo praestando sufficere, cum species contineatur sub genere, & qui omne dicit nihil excludit. Ioannes autem & Azo contrarium statuunt, speciale scilicet hic pactum requiri, hos sequitur Cost. in *l. sed etsi quis. 4. §. quæsitum 4. ff. si quis caut. l. d. si. caus. fact.* Bulgarus distinguit an aliqui casus speciales expressi fuerint, & deinde secuta clausula generalis, an vero nulli casus speciales expressi fuerint; priori casu fatetur generale pactum valere, posteriori non æque. C. Salicet. *ad l. 1. C. commodat.* ingenue fatetur se non habere in tantis opinionum fluctibus, quo se vertat: Alii Dd. distinguunt inter Commodatum, & reliquos contractus: Mihi Martini sententia verissima videtur, eamque existimo procedere

cedere non tantum in commodato, sed etiam in aliis contractibus: Primum quia pacta servanda sunt, nisi ratio aliqua juris iis obstat. *l. 7. §. ait praetor ff. de pact.* atqui huic pacto generali nihil obstat, ergo hoc pactum servandum est. Deinde plures leges pactum hoc generale confirmant: Ait enim Ulpian. *in l. 7. §. sed etsi quis ff. de pact.* Valere hoc pactum ut depositarius praestet omne periculum, hoc autem est illud pactum, de quo in praesentia quaerimus, ergo non est dubium quin valeat: Similiter probatur pactum, ut periculum sit ejus, qui mandatum suscepit. *l. et Aristone 39 ff. mandati.* ut colonus praestet domino sibi, si quid vi majori accidisset. *l. si quis domum. 9. §. Iulianus. ff. locati.* Ex his igitur locis satis patet sufficere pactum generale de casibus fortuitis praestandis, & hanc Martini sententiam post alios amplectuntur Ari. Pinell *in d. l. 2. c. 3. n. 36.* Ioan. Sicbard. *in l. 1. n. 8. C. commod.* Iac. Thoming. *decis. 1. n. 18.* Hug. Don. *lib. 4. c. 3.* And. Fach. *lib. 1. cont. c. 86.* Nec obstat *l. 1. C. commodati*; Nam patet ex contractu quod pactum fuerit simpliciter fa-

ctum & generaliter, nec mover, quod dicatur factum contemplatione incursionis, hoc enim ideo proponitur, quia pactum quantumvis generale non pertinet ad eum casum, de quo non fuit cogitatum. Rursus non movet *l. 4. §. quastum. ff. si quis caut. Iudic. sist. caus. fact.* Nam ibi proponi casum specialem vel inde liquet, quod ne quidem speciale pactum ex nonnullorum veterum Ictorum sententia valeat eo casu, cum enim illa stipulatio Iudicio sibi sit necessaria, contractus vero alii voluntarii sint. *§. mandatum. 11. hist. de mandato.* Proinde Iure minus favendum esse hoc casu aestimaverunt ei, qui paciscitur de casu praestando, quam in casu illo necessariae promissionis. arg. *l. si fidejussor. 7. §. si no. ff. qui satis. cog.* Denique non obstat. *l. negotia 12. C. de negot. gest. et l. 1. C. depositi.* Nam ibi speciale pactum non opponitur generali, sed tacito, ita ut specialiter nihil aliud sit, quam expresse: Quomodo accipitur etiam *in l. licet. 6. ff. quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrah. l. si pignus. 8. ff. qui pot. in pignor. l. aliam. 29. ff. de No. vat.*

Ad L. 24.

Paulus lib. 5. ad Sabinum.

Quatenus cujus inter sit, in facto, non in jure consistit.

AD intelligendam hanc legem omnino necessarium est praemittere aliquod de eo quod interest: Id quod interest nihil aliud est, quam utilitas, quam quis ex re ipsa, de qua agitur, habiturus erat, nisi damnum ei datum fuisset, vel lucrum interceptum: Cuj. *in paras. C. de sent. quae pro eo quod inter. profer.* Borch *in comment. de verb. obl. c. 7. et 8. n. 127.* Existimam enim id quod inter est, tam ex eo, quod lucrari potuimus,

quam quod nobis abest. *l. unie. in fin. C. de sent. quae pro eo quod interest. prof. l. si commissi 13. ff. rem. rat. haber. l. quicquid. C. arbit. tutel.* Qua ratio autem haec quanti cujusque inter sit obscura est, & non in re, sed in facto consistit, id est, in conjecturis, & fallacibus argumentis posita est, ideoque ejus disquisitio pertinet potius ad Iudicem, ac virum bonum quam ad Ictum. Praescripsit autem Iudici Iustinianus certam ejus quod interest taxandi rationem, qua-

quatenus fieri potuit in *d. l. unic. C. de sent. exco.* & constituit ut in casibus certis, id est, certam quantitatem vel naturam habentibus, in quibus scilicet res numero, pondere, vel mensura constant, vel res certis suis finibus ita terminata ut totum suum integrum idque certum conficiat, & certam communemque sui aestimationem recipiens versatur, in istis inquam, casibus id quod interest duplum non excedat, duplum inquam pretii, quo res est aestimata; in incertis vero casibus omne damnum, quod revera datum est, resarciatur; Exempli gratia. Servus 20. aureis emptus, & traditus emptori evictus est, habet igitur emptor hoc nomine adversus venditorem actionem ex empto, in quam non pretium modo venit verum etiam id quod præterea interest. *l. evicta. 70. de exco.* Verum quia hic casus certus est, Iudex in taxando eo quod interest, non excedet duplum pretii, quo servus est emptus, itaque licet emptor quod sua interest. 30. aureis aestimet, & tanti sua interesse etiam probet, nihil tamen hoc nomine ultra, 20. consequetur, atque ita obtinet primo pretium, quod est 20. aureorum, deinde pro eo quod sua interesse debebat alterum tantum, id est, 20. quæ summæ conjunctæ duplum pretii, quod in casibus certis superari non debet, in taxando eo quod interest, constituit: Exemplum casus incerti sit hoc. Iugum habuit mularum inter se convenientium sibi quæque similibus, quam ob causam multo majoris erant pretii conjunctæ, quam separata; junctæ aestimabantur 200. aureis, singula separatim vix 50 aureis dignæ erant. Titius unam earum injuria occidit, ago adversus eum ex *L. Aquilia de damno injuria dato*, petens mihi non solum pretium mulæ interruptæ, quod est 50. au-

reos, verum etiam quod præterea mea interest, videlicet. 100. mihi dari; tanti enim mea interesse ex his quæ ante dixi patet: Quæritur quomodo hoc casu sit taxandum id quod interest, & sane quia casus est incertus, siquidem agitur de damno injuria dato, quod non recipit certi sui aestimationem, dicendum est, Iudicem damnum, quod mihi datum est debere aestimare, & consequenter condemnare Titium in 150.

Verum enim vero Iustinianus hæc sua constitutione id, quod interest, in omnibus causarum figuris non definivit aut taxavit, ut nec definire aut taxare potuit, sed in casibus incertis ejus taxationem officio judicis: In iis vero, qui certi sunt id ipsum judicis officium his cancellis conclusit, ut duplum egredi non debeat, non uti semper eo usque pertingat: Verum igitur adhuc manet, quod Paulus ait: Quatenus cujusque inter sit, in facto, non in jure, consistere, ideoque quantitas ejus in incerto est, & actoris probationem exigit: Nam Iudex in aestimando eo, quod interest non spectabit allegationes Actoris, sed inquiret diligenter quantum revera damnum datum sit, quantum lucri interceptum *d. l. unic.* Hinc sæpe numero fit, ut quamvis Actor plurimum sua interesse dixerit; eo tamen non probante intensionem suam, id quod interest ad minimam summam deducatur. *l. ult. ff. de pret. stip.* Siquidem in obscuris, quod minimum est sequi solemus. *l. 9. ff. h. t. l. semper in stipulationibus eod.* Quocirca commodius est obligationi, ex qua actio competit ad id, quod interest, nisi detur vel fiat, quod est promissum stipulationem poenalem subicere, *d. l. fin. de pret. stipul. §. ult. Inst. de verb. oblig.*

Ad l. 25.

Pomponius lib. 11. ad Sabinum.

Plus cautionis in re est, quam in persona.

CAutio duplex est, nuda promissio, sive simplex cautio, & idonea cautio: Simplex est, quæ nuda sit re promissione. *l. sancimus. 3. C. de verb. signif.* Idonea, in qua fidejussor, vel pignus datur. *l. si mandata. §. ult. ff. mand. l. 4. §. addici. ff. de fidejuss. libert.* Quoties cautio idonea exigitur, ei, qui cavere debet, alterutrius optio datur. *l. promissor. 21. §. 1. ff. de const. pec.* In stipulationibus tamen prætoriiis quis non liberatur dando pignus, seu dato fidejussore. Sit exemplum in Tutore & Curatore, qui satisfacere debent, non pignoribus, sed fidejussoribus, *l. 1. de satisfd. tutor. l. 7. pret. stip.* Nam *l. specialiter* hic personalium mentionem facit. Et quod in stipulationibus prætoriiis potius fidejussores, quam pignora exigantur ideo fit, quia facilius fidejussor conveniri potest, quam pignus vendi. Et sic resp. Hænon. *ad h. l. pag. 79. secutus Math. h. n. 6.* aliam rationem vide in *l. 52. de V. O. Bronch. 1. aß. 25. l. prætorie. 7. de pret. stip.* quia stipulationes prætorie apud Prætorem in jure interponuntur, eo non adfertur arca cum argento, sed eo adducuntur fidejussores. Alias extra hunc casum plus cautionis in pignore est, quam in fidejussore; minus enim habere est actionem, quam rem. *l. 204. h. t.* qui habet pignus paratum habet rei familiaris subsidium, vel id pignori dando. *l. 1. C. si pign. dat.* vel post denuntiationem id vendendo. At in fidejussore persequendo & judicii exitus

est, & inanis interdum actio, si fidejussor labatur suis facultatibus, si creditum abjuret: Item molestiæ magnæ & expensæ subeundæ sunt actori. *l. quod debetur § 1. de peculio.*

Declarari quoque hæc regula potest exemplo creditoris, cui pignus datum & surreptum est, quæritur an ei danda sit furti actio, si debitor sit solvendo, & nulla sua culpa factum sit? Et quamvis primo aspectu videatur actio deneganda, tum quod hoc nomine non teneatur debitori, tum quod suum servare a debitore possit, verius est tamen contingere ei furti actionem, semper enim illius interest pignus habere, quia expedit ei pignori potius incumbere, quam in personam agere, *l. ita fullo. de furtis. §. furti. Inst. de obl. quæ ex delict. nasc.*

Denique apposite à Cagnolo *hic. in princ. & Nicol. Bellono. lib. 1. supput. c. 8. n. 4.* hæc regula ad eos accommodatur, qui jus retentionis habent, ut qui expensas in aliquam rem fecit, rem retinere possit, donec ipsi expensæ refundantur: Sic Sartor rem retinere potest ob non solutam mercedem. *l. si is, qui rem. 59. de furt. l. univ. C. etiam ob Chyrogropham pecun. pign. retin. poss. Andr. Gayl. 2. obs. 12. n. 3. 6.* Hi igitur cautius facient, si rem in sua custodia tamdiu retineant, donec suum consecuti sint, quam si eam reddant, & postea actionem personalem intendant.

Ad l. 26.

Ad L. 26.

Ulpianus lib. 30. ad Sabinum.

Qui potest invitis alienare, multo magis & ignorantibus & absentibus potest.

Inculcatur hoc loco rursus argumentum à Minori ad Majus, de quo dictum est ad l. 21. Ait autem Ulp. lib. 30. ad Sabinum, cum qui possit invitis alienare, multo magis & absentibus, & ignorantibus posse. Hinc idem Ulp. eod. lib. tradit: Quod si stipulatus sum mihi aut Titio aliquid dari, promissor etiam me invito & prohibente Titio solvere possit; neque enim semel promissori datam electionem ei eripere possum. *l. vero procuratori. 12. §. alia causa. ff. de solut. §. plane Inst. de inutil. stipul.* Ergo ante litem mecum contractam multo magis me absente & ignorante ei solvere poterit *l. si quis stipulatus. 87. de solut.* Eadem ratione cum unus ex cohæredibus arbitrium familiæ arciscundæ etiam dissentientibus cæteris poscere queat, multo magis poterit arbitrium ejusdem absentibus & ignorantibus petere. *l. arbitrium 43. ff. famil. incif. vide Cujac. lib. 9. obs. c. 14.* Neque contra hanc regulam valet objectio, de creditore, qui debitore invito, pignus vendere potest, ignorante non potest; nam eadem ratione non potest illo invi-

to vendere, qua ignorante non potest, tam enim in præsentem & vidente denuntiatio requiritur, quam in absente & ignorante. *l. 4. C. de dist. pignor. l. debitor. 10. C. de pignor.*

Sic quoque non urget quod objicitur de Emphyteuticario quod is possit Domino invito vendere, non a. possit & inscio, & absente; Nam sive Dominus præsens sit sive absens semper ei denunciatus est, ut si velit ipse emere, reliquis præferatur emptoribus. *l. fin. C. de jur. Emph.* Ergo ante denuntiationem Emphyteuticarius non magis invito domino quam ipso inscio agere potest: Quidam etiam hanc regulam vitari putant in tribus Iudicibus, duos absente uno Judicare non posse, sed eodem præsentem, & contradicentem posse. Celsus ait in *l. duo ex tribus. 39. ff. de re jud.* verum ratio ibi additur à Celso; Quia scilicet omnes Judicare jussi sunt, ideoque Judicare omnes necesse est, at vero tunc demum omnes judicare intelliguntur, cum omnes adsunt, ut Marcellus tradit in *l. tunc. autem. 37. de Re Judic.*

Ad L.

Ad. L. 27.

Pomponius. libro. 16. ad Sabinum.

Nec ex Prætorio nec ex solenni Iure privatorum conventionione quicquam immutandum est, quamvis obligationum causæ pactione possint immutari & ipso jure, & per pacti conventi exceptionem. Quia actionum modus vel lege, vel per Prætorem introductus, privatorum pactiombus non infirmatur: Nisi tunc cum inchoatur actio, inter eos convenit.

Explicatur hic etiam. l. 45. §. privatorum. h. t.

DVo in his textibus proponuntur, unum, Nihil privatorum pactiombus derogari posse: Alterum quod obligationum causæ pacto mutari possint.

Ad prius illud quod attinet: Ait Pompon. *in h. l. 27.* Conventione, sive pactiōne Privatorum ex jure Prætorio, aut solenni, id est, civili, usitato, ac communi civium consensu receptq̃ jure nihil immutari posse. Cui consonat quod Vlp. ait. *in d. l. 45. §. privatorum.* Privatorum conventionione juri publico non derogari. *l. 28. ff. de pactis.* unde cum jus succedendi tam ex testamento quam ab intestato *l. 1. 2. tab.* proditum sit, de futura successione pacisci nefas est. *l. ult. C. de pact. l. 4. C. de inutil. stipul.* Adeo ut de succedendo pactum ne juramento quidem Iure civili vallari possit. *arg. l. ult. C. de pact. & l. 7. §. & generaliter. ff. cod.* Cui jus Canonicum non refragatur; Nam. *c. quamvis. de pactis in. 6. & c. licet. de Iurejur. in. 6.* loquuntur tantum de pacto de non succedendo, quare cum novum Ius contineant & ill. correctionem inducant, ad hoc pactum produci non debent, præsertim cum illud liberam testandi facultatem adimat, & votum captandæ mortis inducat. Hu-

jusmodi tamen pactum inter milites *l. licet. 9. C. de pactis.* & hodie ex generali totius Germaniæ consuetudine inter illustres personas tollerantur. *And. Gail. lib. 2. obs. pract. obs. 127.* Sic quoque non valet conventio hæc, ut filia dote contenta patri intestato non succedat. *l. 3. C. de collat.* vel ut filius certis rebus contentus sit, ne moveat querelam in officio si testamenti adversus testamentum patris. *l. si quando. 45. §. 1. C. de inoff. testam.* Quamquam hæc renuntiatio seu conventio hodie de jure Canonico subsistat, si Iuramentum intervenit *d. c. quamvis de pact. in. 6. c. licet. de Iurejur. in. 6.* Præterea inter virum & uxorem Iure, quod moribus introductum est, donationes prohibentur. *l. 1. 2. 3. ff. de donat. int. vir. & uxor.* Quare si promiserit maritus se uxori aliquid donaturum adjecta poena nisi fecerit, vel si dixerit se id quod dedit non repetiturum soluto matrimonio, nullius est momenti conventio, nam jus publicum ejusmodi pactis infringi non potest. *l. 5. §. 1. ff. de pact. dotal.* Sic pacta ne liceat divertere, tanquam ill. contraria & libertatem matrimonii impedientia, non valent *l. 2. C. de inutil. stip. l. si stipulatio facta fuerit. 19 de verb. obl.* Eodem modo lex mulieribus dotes salvas esse vult,

vult, quod Reipub. interfit, eas esse dotatas, ut tanto facilius nubere possint. *l. 2. de jur. dot. l. 1. solut. matrim. l. 3. ff. de priv. credit.* Non valent itaque pacta, quæ vel omnino contra dotem facta sunt, vel quibus dotis causa redditur deterior, veluti si convenerit, ut dos apud hæres mariti matrimonio ejus morte finito remaneat, vel ut longiori die reddatur. *l. 2. l. cum pater dotem. l. 1. cum quatuor ll. sequentibus ff. de pact. dotal.* Sic etiam, si quis vivo testatore paciscatur, ne hæres utatur, falcidia nihilominus tamen beneficio l. falcidiae locus erit, constat enim privatorum pactionibus legibus refragandum non esse. *l. que bonis. l. 5. §. ad l. Falcid.* Quod hodie correctum esse, adeoque hodie vivo etiam testatore L. Falcidia privata conventionione derogari posse existimat Cujac. *ad Novell. 1.* Sed hoc minime probandum est, cum jurium correctio utpote odiosa semper vitanda sit. *l. precipimus. 32. in fin. C. de appell.* Nec uno legis casu correcto ilico, & alium correctum esse dicendum, etiamsi utrobique par ratio sit, sed novæ constitutiones strictissime sunt accipiendæ. vid. Borch. *de pact. c. 5. n. 83.* Denique Pontifex ideo constituit Sacerdotem non posse renuntiare præscriptioni fori, quia Ius Publicum non possit immutari privatorum conventionione *c. si diligenti. ext. de for. compet.* verum Cujac. *ad l. jus publicum. 38. de pact.* bene tradit. Pontificem hac nostra regula abuti, quia sacerdos sic paciscendo renunciat juri privato, non publico.

Nunc videamus quomodo obligationum causæ, id est, ipsæ obligationes, sive contractus, pactione immutentur, hoc enim alterum caput est, quod initio tractandum nobis proposuimus. Dupliciter Contractus pacto immutatur, quando scilicet. Naturali contractus conditioni per pactum quid detrahitur, aut quid adjicitur, ut naturalis conditio & forma com-

modati est ut etiam culpa præstetur, at si convenerit ut solus dolus præstetur pactum erit detrahens. *l. 5. §. interdum. ff. Commodari.* Sic naturalis forma depositi est, ut dolus solus præstetur. *l. 1. C. depositi.* At si convenerit, ut etiam culpa præstetur, pactum est adjiciens. *l. 1. §. si convenerit. ff. eod.* Sive autem per pactum quid contractui adjicitur, sive quid ei detrahitur, semper contractus mutatur natura, vel ipso jure, vel per exceptionem pacti conventi: Ipso jure mutatur contractus, quando ei pactum adjicitur ab initio in ingressu contractus, vel in continenti, antequam contrahentes ad alia negotia divertant, atque hoc, est, quod Pomponius ait. *in h. l. 27.* Modum actionis vel lege, vel per Prætores introductum non infirmari, id est, mutari, nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos convenerit; pacta enim in continenti adjecta formant ipsam actionem. *l. juris gentium 7. §. quinimo. ff. de pactis:* aut ut dicitur *in l. cum dotem. 10. C. de jur. dot.* Formant Contractum, id est, legem contractui dant, *l. 7. quinimo. l. contractus.* Ibi: Legem enim contractui dedit. *ff. h. t.* ut verbi gratia, natura commodati est, ut non tantum dolus, sed & culpa præstetur, Sed si in commodato initio convenerit, ne culpa præstetur, culpæ nomine ipso jure non est actio commodati, nam pactum illud, in est contractui, quod enim paciscimur ab initio pars contractus, esse videtur: sic etiam in stipulatu, si stipulatus sim 100. quæ mutuo dederam ea lege mihi reddi calendis proximis, mox nullo facto intervallo die prærogato, ipso jure nulla est petitio ante dictum diem *l. lecta. 40. ff. de reb. cr. & sic fit, ut cum bonæ fidei, tum stricti Juris actio ipso jure tollatur, imo pactum ab initio adjectum non tantum tollit, sed etiam format actionem, ut verb. grat. Natura depositi est, ut lata, non le-*

vis culpa præstetur. *d. l. contractus h. t.* Verum si ab initio convenit, ut depositarius etiam culpam præstaret, hæc pactio tanquam in continenti adjecta contractum formabit, id est, hanc legem depositum dabit, ut in depositum veniat culpa levis, & ideo si depositarius culpam levem admiserit, poterit eo nomine actione depositi, vel præscriptis verbis conveniri, atque ita pactum format ipsam actionem, id est, facit, ut actio depositi vel præscriptis verbis ob culpam levem depositarii detur, cum alias & extra hanc pactioem depositarius culpam levem non præstet.

Vide Hedem. *disp. 6. thes. 62.* Atq; hoc procedit non tantum in bonæ fidei, sed etiam in stricti juris contractibus; pactum enim ab initio adjectum format tam strictam, quam bonæ fidei actionem, ut apertissime Paulus in *d. l. lecta. de reb. cred.* docet; ita tamen, ut acriter id esse disputatum satis innuat, dum ait: dicebam quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur, & paulo post: etsi ut ille putabat ad exceptionem, tantum prodesset pactum, quamvis sententia diversa obtinuerit, tamen &c. Huc etiam facit. *l. in conventionalibus. § 2. in prin. de verb. obl. l. si ita promiserit. § 5. §. Seja cavet, eod. l. iure. §. C. de fidejuss.* Denique textus est manifestus & expressus in *l. petens. 27. ibi:* seu antecessit pactum. *C. de pactis* Quod pactum qui de pacto stipulatione confirmato duntaxat intelligunt, non etiam de stipulationis lege, id est, de eo pacto, quod post stipulationem statim interpositum est, verbis ipsis Imp. violentas injiciunt manus: Quin ut maxime legum testimoniis pro hac sententia manifeste facientibus careremus, ratio ipsa multorum testimoniorum instar esse posset, in quo enim potissimum differunt, à bonæ fidei Iudiciis judicia stricta? Certe cum in aliis tum potissimum in eo, quod in stricta ju-

dicia nihil veniat nisi quod expresse lingua sit nuncupatum, in alia vero etiam ea, quæ sola postulat æquitas, ut maxime non fuerint nominatim inter contrahentes expressa, cum igitur pacta ex continenti stipulationi, vel alii cuiquam contractui stricti Iuris subiecta manifestam & expressam, ac lingua nuncupatam causam habeant, quidni æque in Iudicium veniant? inve actionem deducantur? vel quod idem est actionem ex stipulatu forment, atque pacta contractibus bonæ fidei ex continenti annexa? Nisi quis tam sit forte ridiculus ut de strictis & bonæ fidei Iudiciis cogitans duos imaginetur saccos, quorum alter ita sit strictus, ut pronunciatis duobus verbis promittis, promitto, mox ita distendatur & repleatur, ut nihil amplius in sarcini possit, ideoque pactorum quantumvis ex continenti subsecutorum non esse capacem, sed ea quasi liquorem vasi jam pleno super fusum diffuere, alter autem ita sit latus ut facile pacta subsecuta recipiat, modo saccus nondum sit colligatus, id est, modo pacta incontinenti subijciantur, at hujusmodi somnia valeant, ac maneant, vigeatque communis omnium interpretum, legibusque conformis, & vera sententia: Pacta scilicet: ex continenti adjecta contractibus semper inesse, sive de bonæ fidei sive de strictis Iudiciis agatur, & hanc sententiam recte defendunt & adstruunt Francisc. Duar. in *l. 7. §. quinimo ff. de pactis.* Fr. Hottom. *ill. quæst. 36. & lib. 7. obs. c. 15. & lib. 1. amic. resp. c. ult. & in d. l. 7. §. quinimo. & in l. petens C. eod.* Fr. Conan. *lib. 5. comm. c. 3. n. 8.* Steph. Forcatulus. *dialog. 90. n. 3. usque ad fin.* Ant. Contius *lib. 1. disp. c. 17.* Herm. Vult. *lib. Jurispan. Rom. c. 44 & Novissime And. Fachinæ lib. 2. cont. c. 99.* Sed ab hac sententia diverſi eunt Iac. Cujac. in *d. l. 7. de pact. lib. 2. obs. c. 24. & tract. 8. ad Afric. ea explic.*

plic. l. Tit. de præscr. verb. Don. in l. bonæ fidei. 13. C. de pact. & in l. testat. 40. ff. de reb. cred. Borch. in com. ad ut. de pact. c. ult. n. 46. & seq. & in tr. de usur. c. 3. n. 8. & seq. Bocer. in com. ad l. contractus. c. ult. n. 6. Ever. Bronch. aff. 23. c. 1. Qui pactum stricti Iuris contractibus in continenti adjectum non inesse ex parte actoris, sed tantum ad exceptionem reo prodesse existimant; verum fundamenta quibus nituntur facili negotio subverti possunt. Non enim urget d. l. Iurisgentium 7. §. quinimo. 5. in prin. & l. bonæ fidei C. de pact. ubi dicitur pactum bonæ fidei contractibus ex continenti adjectum iis etiam à parte Actoris inesse: unde dissentientes inferunt, in contractibus stricti juris id secus esse, sed male: nam unius inclusio non semper est alterius exclusio. Imo d. §. quinimo. nostram sententiam confirmat; in eius enim primis verbis proponitur regula, cui deinceps subijcitur exemplum: ubi, ut in bonæ fidei iudiciis: Quemadmodum argumento est certissimo, particula (ut) proinde cum plane absurdum esset exemplum æque generali esse ac regulam, præmissa necessario consequetur, nullam inter contractus bonæ fidei, & stricti juris, hoc casu differentiam admittendam esse: nec impedit particula (etiam) in d. §. quinimo. posita, quam præcipue urget Cujac. ea contractus stricti juris excludi existimans; eo enim loco Ulp. non agit de differentia contractuum bonæ fidei, & stricti juris, sed in eo saltem totus est, ut præmissam regulam declaret, & bonæ fidei iudiciorum sæpiusculæ mentio fit, non ad excludenda iudicia stricta, sed, quod aptius in bonæ fidei iudiciis jus aliquod pateat, ubi in strictis Iudiciis id vel obscurius apparer, vel in controversiam à quibusdam fuit vocatum: Quemadmodum hoc ipsum disputatum olim inter Ictos ipsos fuisse videtur arg. d. l. testat. de reb. cred. An pacta

stipulationi vel aliis strictis Iudiciis subiecta inessent, id est, ad agendum valerent, cum de bonæ fidei Iudiciis nunquam fuerit dubitatum, quorum solummodo idcirco cum in d. §. quinimo tum in d. l. 13. caute fit mentio. Non movet quoque ratio à Donnell. allata, cur bonæ fidei contractibus tantum à parte actoris pacta insint; quia ei nudo deficiantur consensu quod secus est in contractibus stricti juris, in quibus ut obligatio substantiam capiat, propter consensum rei quoque interventus, verborum, scripturæve solennitas requiritur; nam & contractus bonæ fidei re perficiuntur interdum, veluti commodatum §. Item 16. 2. Depositum. §. præterea. 3. & Pig. §. ult. Inst. quib. mod. cont. oblig. Quibus tamen pactum ex continenti adjectum non minus quam iis, qui solo perficiuntur consensu etiam à parte actoris inesse constat. l. publica. 26. ff. de depositi. l. in navem. 34. locati cum similib.

Porro per exceptionem pacti, ut non ipso jure mutantur obligationum causæ seu contractus, quando pactum opponitur ex intervallo, tale enim pactum non inest contractui ex parte actoris, sed reo tantum ad exceptionem prodest. d. l. Iurisgentium. 7. §. quinimo. & ibi Cujac. de pact. l. pacta. 72. de contrah. emp. Sed quod dixi pacta ex intervallo apposita prodesse tantum ad exceptionem, hoc intelligendum est de pactis, quæ fiunt de adminiculis contractuum. d. l. 7. §. quinim. d. l. 72. de contrah. empt. At pacta, quæ ex intervallo fiunt ex natura & substantia contractus ipso jure tollunt, mutant, reformant, & quasi renovant contractum, ac proinde non tantum exceptionem sed etiam actionem pariunt. d. l. Iurisgentium. 7. §. adeo. l. si unus. 27. §. pactus. ne paterit. vers. idem dicimus. ff. de pactis. d. l. pacta conventiona. §. ult. de cont. empt. l. 2. C. de revind. vend. Aide Cujac. lib. 2. obs. c. 24.

¶ c. 14. & 15. lib. 14. obs. c. 28. Hot-
tom. quest. illust. 36. Rævard. lib. 2. va-
rior. c. 1. Contium. lib. 1. dis. cap. 17.

Ioann. Borchold. ad. tit. de pactis. cap. ult.
n. 56. & sequen.

Ad. L. 28.

Vlpianus lib. 36. ad Sabinum.

Divus Pius rescripsit, eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id, quod facere possunt, condemnandos.

Satisfacitur in b. l. etiam. l. 173. b. t.

REcite Accursius huic legi speciem. l. si extraneus 33. de jur. dot. aptandam esse censet; cum enim eadem in illo capite sententia & quidem iisdem verbis proponatur, legem nostram inde desumptam esse verisimile sit. Nec obstat, quod utriusque diversa sit inscriptio: Non enim possum non assentiri P. Fabio, haud obscuris argumentis demonstranti inscriptionem d. l. si extraneus, vitiosam esse, & pro lib. 6. legendum esse lib. 36. ad Sabinum. Est autem d. l. extraneus species hæc: Extraneus quidam mulieris nomine dotem marito promisit, is antequam dotem promissam solveret, facultatibus lapsus est, quaeritur igitur an Marito imputari debeat, quod ab eo dotem non receperit, id est, an Maritus perinde teneatur, atque si dotem exegisset, & responsum est inter esse, utrum ex necessitate extraneus dotem promiserit, ut quia debitor fuerit mulieris: An vero ex voluntate seu donandi animo: Priori casu mariti periculum est, Posteriori non item: Id quod summam habet rationem; Nam ubi à debitore promissa dos fuit, maritus nullam causam habuit, quare eam primo quoque tempore non exegerit, neque enim vereri debuit, ne minus duriter, atque inhumaniter ageret cum debitore ei instans ut solveret quod promisit, quia & ante promissio-

nem illud ab initio exigi potuit; At si promissio donationis causa facta sit, excusationem meretur maritus, quod non precipitaverit promissorem ad solutionem; Quis enim & vitio vertat, quod ei pepercerit, cui mulier ipsa parcere debuit; nam etsi mulier hoc nomine promissorem convenisset, non condemnasset tamen eum ultra id, quod facere posset, quando ex rescripto D. Pii. Qui ex liberalitate sua conveniuntur in id tantum, quod facere possunt, condemnari debeant. h. l. 28. Si inquam mulier ipsa eum convenisset; Nam à Marito agi potest in solidum: Est n. Maritus hoc casu similis Creditori cui debitor eum, qui sibi donaturus erat, delegavit, quem solidum à Delegato exigere posse constat ex l. Nefennius. 41. de re jud. l. pen. de jur. dot. Sed licet in solidum potuerit Maritus agere suo nomine, tamen ignoscitur si pepercerit ei, qui uxori donaverit: vid. Cujac. lib. 12. obs. c. 17. & Ant. Fab. lib. 2. conject. c. 13.

Cæternim quod hic de donatore scribitur, ad alias etiam personas est producendum, quæ eodem gaudent privilegio, & in id tantum, quantum facere possunt, sunt condemnandæ. Ut sunt 1. Parentes. 2. Patroni. 3. Maritus, & uxor. 4. Socer & Gener. l. sunt. qui 16 & aliquot seqq. ff. de re jud. l. maritum, ff. de solut. matri. 3. Socius

Socius, five sit omnium bonorum, five rei certæ socius. *l. verum* 63. *ff. pro socio*. 6. Debitor, qui bonis cessit. *§. fin. Inst. de act. l. 4. C. de cession.* 7. Miles. *l. miles* 6. *l. item miles* 18. *ff. de rei jud.* Quod Privilegium ab Interpp. nostris etiam extenditur ad milites togatæ militiæ, putat Doctores, Clericos, Advocatos, Equites auratos, Comites, Barones, vid. VVesenb. *conf. 30. m. 19. 20. & 21.* Porro quando quaritur quantum quis facere possit, prius deducenda sunt alimenta; non enim totum, quod habent, præfatis personis est extorquendum, sed in condemnatione ipsarum ratio est habenda, ne egeant. *l. in condemnatione* 173. *h. t.* Proinde quantum pro conditione personarum, ætatis, patrimonii, & dignitatis requiritur, tantum illis alimentorum nomine est relinquendum. Sed sciendum est, quod dispar sit ratio donatoris, & cæterorum, qui in quantum facere possunt, condemnantur: Plenius inquam, succurritur donatori, quam cæteris; nam donator præter alimenta deducit etiam æs alienum, quod scil. non ex simili causa, id est, donatione contractum est; Nam si pluribus ex donatione debeatur, puta primo, secundo vel tertio: Agente prima non deducitur quod debetur secundo, vel tertio, sed potior erit causa occupantis, id est, prævenientis. *l. inter eos* 19. *ff. de re jud.* At si cui ex alia, quam donationis causa, debeatur, tunc is creditor præfertur donatario, quia æs alienum, ut dixi, hoc casu est præter alimenta deducendum: Cæteri vero, qui in id, quod facere possunt, tenentur, deducunt tantum alimenta, non etiam æs alienum. *d. l. sunt qui* 16. *& l. ex hereditum* 49. *ff. de re jud.* Ac proinde si hic concurrant plures ejusdem conditionis creditores, occupantis & primo venientis melior conditio est, vigilantibus enim

jura sunt scripta, non dormientibus. *l. pupillus* 24. *l. quod autem* §. sciendum. *ff. quæ in fraud. cred.* Licet is creditor, qui prior occupavit sit tempore posterior; Nam ratio temporis observatur in hypothecariis tantum, non in actionibus personalibus *l. si pignus* ff. qui pot. in pig. hab. Quod si tamen ex tribus sociis primus cum secundo egerit partemque suam integram sit consecutus, & tertius cum secundo agens integram suam partem consequi non potuerit, is cum primo, qui solidum accepit, in hoc experiri actione pro socio potest, ut partes communicentur, & inter eos exæquentur; æquum enim est, utriusque, id est, primi & secundi partes exæquari, ne alioquin ex eadem societate alius plus, alius minus consequatur, quod iniquum, foret. *l. verum* 63. *§. si cum tres* ff. pro socio.

Quod si etiam privilegiatus quis creditor sit, ut fiscus, mulier de dote actura, tunc quoque æs alienum ante deducitur, quamvis si privilegiatus cum privilegiato concurrant, occupantis melior sit causa. *d. l. inter eos* ff. de re jud. Hoc ad extremum pro declaratione horum textuum est annotandum, ita demum præfatarum personarum in condemnatione habendam esse rationem ne egeant, si exceptionem inopiæ ante sententiam opposuerint ac suum privilegium allegaverint, quod si non opponant, poterit Judex eas in totam summam condemnare, postea tamen ad impediendam executionem exceptio in quantum facere potest, adhuc opponi poterit. *arg. l. Nefennius* 41. *§. ult. de re jud. l. ex diverso* 17. *§. ult. solut. matrim.* Paul. de Castro. *ad l. maritum in prin. verb. facere potest* ff. solut. matrim. Boerius *decis. 10. n. 9.* vide Hug. Donell. *lib. 27. comm. ad l. Nefennius* §. ult. ff. de re jud. pag. mihi 408.

Ad L. 29.

Paulus libro 8. ad Sabinum.

*Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.**In h. l. etiam explicatur. l. in ambiguis. 85. §. 1. & l. omnia 201. & l. quæ ab initio. 210. b. t.*

QUæ in h. l. 29. & reliquis textibus proponitur juris definitio, ab omnibus fere Interpp. præsertim recentioribus, existimatur esse regula Catoniana, at male; Nam regula hoc loco posita est regula juris antiqui, quod ante Catonem obtinuit; Deinde regula Catoniana tantum in legatis locum habet. *l. 1. ff. de reg. Caton.* Nec ad hæreditatem, vel institutiones pertinet. *l. 3. & 4. ff. de reg. Caton.* de h. regula siue legis interpretatione vide Fab. 12. *conject.* 19. At hæc regula generalis est, & tam ad hæreditates *l. pen. h. t.* quam alia quæcunque negotia spectat. Ant. Fab. *lib. 12. conject.* c. 19. Hinc quoque detegitur error Placentini hic, & qui cum sequitur Barnabæ Brissonii in *lib. sing. de jure connub. col. 248.* qui hanc nostram regulam ad ea duntaxat pertinere, quæ testamento relinquuntur, & iisdem cum Caton. regula finibus circumscribendam esse censent; Sed latissime patere & variis juris articulos sub se comprehendere, exemplis mox docebo. Ait hæc lex: Quod initio vitiosum est, id est, quod non valet statim, & ab eo tempore, quo actus vel negotium aliquod geritur, hoc tractu temporis non convalescit, id est, non confirmatur solo temporis lapsu sine aliquo legitimi vel prætorii juris subsidio; Nam si ultra tractum temporis supervenerit causa confirmans, non est absurdum, ut actus ex post facto confirmetur. Divus in *c. non confirmat. de reg. iur. in 6.* Quæ lex sumpta est ex *lib. 8.*

ad Sabinum. Ubi Paulus de tutelis, & de auctoritate Tutoris interponenda tractavit; Nam ut pupillus obligetur, requiritur ut tutor in ipso negotio, id est, eo tempore, quo negotium geritur, præsens & perfectio negotio incontinenti; auctor fiat *l. oblig. 9. §. tutor. ff. de aut. & cons. tut. l. si u. 25. §. iussu. ff. de acquir. hered.* Quæstio est inter Interpretes, an Tutor Pupillo contrahenti in ipso negotio, an vero mox post contractum negotium auctor fieri debeat? & satis esse si præsens post perfectum negotium auctoritatem suam interponat, docet Arumæ. *exerc. Inst. 3. 12.* vide Donell. *3. com. 13.* confer Cujac. *13. obs. 31.* Hot. *1. amic. resp. c. 3.* unde si pupillus contraxerit sine tutoris auctoritate non obligabitur, etiam si Tutor postea contractum à Pupillo, habitum ratum esse voluerit; nam quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere; & sane regulare est quandoque consensus auctoritatis, & solennitatis gratia desideratur quod intervenire debet statim perfecto actu, nec rati habitio sufficiat *per text. in c. auditis. de electione* Pertinet hæc lex quoque ad ultimas voluntates; Nam ut Iavolenus Inquit in *l. omnia. 201. h. t.* Omnia quæ ex testamento proficiuntur, ita demum statim eventum capiunt, id est, sustinentur & effectum habent, si initio sine vitio caperint, id est, si ab initio constiterint; ac proinde, quæ ab initio inutilis fuit institutio ex post facto non potest convalescere, ut est

ut est in *l. pen. h. t.* ut ecce testamentum à Furioso, aut Impubere factum ab initio nullius est momenti, itaque non convalescit, quamvis hic pubes, aut ille mentis compos postea factus fuerit §. *preterea Inst. quib. non est permiss. fact. testam.* Sic quod ab initio falsum est testamentum, non potest tractu temporis confirmari. *l. sunt. C. ad L. Corn. de fals.* Sic si quis instituerit hæredem eum, qui illo tempore quo condebatur testamentum hæres esse non poterat, non valet institutio, etiamsi postea cum hærede scripto cæperit esse testamenti factio. *l. si alienam. §. fin. de hæred. Inst. §. in extraneis Inst. de hæred. qualit. & differen.* Ex his exemplis nunc satis patet, verum esse id, quod initio dictum est, pertinere sc. Regulam nostram ad hæreditates seu institutiones, ac proinde non esse regulam Catonianam, quippe cum ea ad hæreditates non pertineat. *d. l. 3. ff. de Reg. Caton.* Et Quamvis Iacob. Cujac. *lib. 4. observ. cap. 4.* annotaverit eo loco legendum esse libertates, non hæreditates, tamen eo nomine accommode satis perstringitur à Ioann. Roberto in animadvers. suis & in notis ad Notata Mercatoris utrobique *lib. 1. c. 13. & refutatur ab Anton. Fab. lib. 1. 2. coniect. c. 19.* In Stipulationibus quoque ceterisque contractibus hac regula utimur, ut si res commercio exempta, veluti, si liber homo, res sacræ, vel cuius commercium stipulator non habet promissa sit, adeo inutilis & irrita censeatur hæc stipulatio, ut ne quid ex post facto, si homo ille fiat servus sacra profanetur, aut stipulator commercii capax fieri incipiat, vires accipiat aut convalescat. §. 2 & 3. *Inst. de inut. stipul. l. inter stipulantem §. sacram l. existimo. de verb. obl.* Sic actio, quod iussu, qua ab initio fuit inutilis, eventu non confirmatur. *l. 2 §. ult. ff. quod iussu,* sed nec pacta initio vitiosa tractu temporis convalescunt. *l. si*

tibi decem 17. §. si pact. sim. 4. ff. de pact. Non obstat huic regulæ. *l. mulier. 20. §. 1. ff. de condit. Inst.* Nam libertas, quam in illa specie servo hæreditario hæres inutiliter dedit, adita hæreditate confirmatur voluntate testatoris, non tractu temporis, nec enim competit, nisi ex die aditæ hæreditatis, libertas, quamvis ante facta sit manumissio: Nihil item nos movere debet. *l. si quis in senatorio. 27. l. eos qui in patria. 65. l. si quis Tutor. 60. §. quid ergo. 6. ff. de rit. nupt. l. etsi contra. C. de nupt.* Etsi enim in casibus ibi propositis, quæ contra L. Iuliani SCta, Constitutiones Principum, à Senatore, vel eo qui in provincia officio aut Magistratu aliquo fungitur, vel à filio Tutoris adoptivo contracta erant, ideoque ab initio non consistebant, remoto deinde obstaculo impedimentoque confirmantur, non convalescunt tamen lapsu temporis, atque tractu, siquidem valent non quasi ex pristina voluntate, sed quasi ex nova voluntate, ac quæ ante uxor non erat, nunc propter novum consensum iusta uxor esse incipit, nec retro fuisse intelligitur, idque vel satis inde manifestum est, quod si demum liberi, qui post remotum impedimentum nati sunt, legitimi censeantur *d. l. eos in fin. de rit. nupt.*

Idem & circa usucapionem obtinet, ut si maritus prædium dotale alicui vendiderit, venditio nulla est propter L. Iulian. *Inst. quib. alien. lic. vel non. l. ex Iulia. ff. de fundo. dotal.* Si tamen mortua in matrimonio muliere dos mariti lucro cesserit, alienatio confirmatur & usucapio procedit. *l. cum vir. 42. ff. de usucap.* Idem juris est cum is, qui rem furtivam vendidit, postea Domino hæres extiterit *d. l. 42. in fin.* nempe purgato rei vitio, & sublato impedimento procedit usucapio, & prior actus, qui fuit inutilis, confirmatur, sed non

non ita ut retrahatur; nam ex hoc demum tempore bona fide rem, & pro suo possidere incipit. *l. si fur. ff. de usucap.*

Porro cum hactenus satis exemplis declaratum sit, id quod initio vitiosum est, non posse postea confirmari, tunc quæri potest quid contraria sententia dicendum sit, si id quod ab initio valuit in eum pervenerit casum, à quo incipere non possit, & regulariter definitum est, ea quæ ab initio consisterint evanescere, si in eam causam incidant, à qua initium capere non potuissent. veluti si res aliqua utiliter in stipulationem deducta, vel legata fuerit, si tamen antequam detur, vel tradatur, in eum casum inciderit sine facto aut fraude debitoris, aut hæredis, à quo incipere non potuisset, ut si fiat sacra, vel usibus publicis destineretur, stipulatio vel legatum evanescit. *d. §. item contra. Inst. de mut. stipul. l. existimo. 98. l. inter. 83. §. sacram. ff. de verb. oblig. l. quires. §. area. 8. ff. de solut. l. pro parte. 11. ff. de servit. l. 3. ff. de his quæ pro non scrip. hab.* Verum enimvero hæc definitio multas patitur exceptiones, inde Paulus in *l. in ambiguis. 85. §. 1. h. t.* Non novum esse scribit, ut quæ ab initio utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, à quo initium capere non potuerint; quasi dicat etsi regula juris ea, quæ recte constituerunt, resolvi dicat, si in eum inciderint casum, à quo incipere nequeunt, sæpe tamen illa vitatur. vide Goth. *ad d. l. 85. h. t.* ubi hæc verba (utiliter constituta sunt) exponit, consummata & perfecta sunt. Idem Paulus in *l. pluribus. 140. §. 2. de verb. obl.* aperte fatetur in omnibus huic regulæ locum non esse, cui consentit *§. ex contrario. Inst. de legat. c. in facta. ext. de reg. jur. in. 6.* ubi dicitur factum legitime retractum non oportere, licet casus postea eveniat, à quo non potuit inchoari: Vt ecce si rem alienam,

quam sub conditione stipulatus eram, pendente conditione nactus sim, non perimitur stipulatio, cum & ab initio rem meam sub conditione stipulari potuissem, & ideo si rursus conditionis. existentis tempore ea res mea non sit, stipulatio effectum habebit. *l. existimo. 98. de verb. obl.* Eadem ratione licet testamentum à furioso vel prodigo conscriptum nullius sit momenti, tamen superveniens furor vel bonorum interdictio testamentum legitime factum non vitiat, *§. præterea. c. §. item. Prodigus. Inst. quib. mod. non est permitt. fac. test.* Sic etsi furor non finit matrimonium contrahi, recte tamen contractum non dissolvit *l. pater furioso. ff. de his qui sui vel alien. iur. sunt. l. oratione. §. fin. ff. de rit. nupt.* Idem licet donatio in virum & uxorem non subsistat, non tamen fit irrita nec revocatur donatio in Concubinam aliamve mulierem collata, etiamsi nuptiæ sequantur inter donatorem, & donatariam. *l. donat in concub. 31. de don.*

Sunt nonnullæ species in quibus, an locum habeat, an vero vitietur hæc regula, non satis convenit inter JCTos: Prima hæc est. Qui ad fundum suum servitutem stipulatus erat, antequam ea constitueretur, duobus relictis hæredibus decessit, quæritur an hæredes ex stipulatu adversus promissorem agere possint: Quidam (ut Paulus refert in *l. 2. §. his. de verb. obl.*) existimant stipulationem post mortem stipulatoris corruptam esse, ut quæ in eum incidisset casum à quo non potuerit initium capere; nam nec stipulari quis fundo communi nec acquirere potest: Contra vero Pomponius & Paulus (quorum sententia in pandectas relata est) statuerunt eam nihilominus consistere, & singulos heredes in solidum ex eo agere posse. *d. l. 2. §. ex his. l. pen. §. ult. de verb. obl. l. via. 17. de servit. l. hæredes 25. §. an ea 9. ff. fam. ercis.*

Altera species est huiusmodi : Cum debitor id, quod pure debet creditori pure leget, legatum est inutile; at si, quod sub conditione vel in diem debetur, eidem pure leget, valet legatum, propter commodum representationis; quid igitur si vivo testatore conditio extiterit, aut dies venerit. Et Paulus in *l. debitor. 82. de leg. 2.* secundum regulam vulgarem corrumpti ait: Goth. ad *l. 82. de legat. 2. h. l. n.* solvit hæc duo pugnancia, quod inutile sit legatum huiusmodi & sine commodo cum actione personali ex obligatione peti possit legatum utile vero est cum Actione ex testamento peti possit, Verum Papinia. non propterea illud vitari scribit in *l. verbis legis. 5 ff. ad L. Falcid.* Hanc sententiam comprobavit Iustin. in *§ ex contrario. Inst. de legat.* licet contraria illa Pauli à Tribuniano in Pandectis Florentinis sit relicta. Francisc. Hor. in *d. §. ex contrario.* Anton. Goveanus. *lib. 2. lect. variat. c. 27. n. 2. & in d. l. verbis. ad L. Falcid.* Ant. Fab. *lib. 4. conject. c. 12.* Hug. Donell. *lib. 8. comm. c. 11. pag. 248.*

Tertia & postrema talis est: legatum patri, vel domino à filiofam. vel servo hærede instituto relictum valet, neque enim idem statim hæres est, & legatarius; Quippe pater dominusve legatarius est, quis hæres futurus sit, id vero adhuc incertum est, etenim si filiofam. emancipatus fuerit ipse hæres erit. Similiter si servus ante aditam hæreditatem manumittatur, aut alienetur, sibi vel novo domino hæreditatem acquireret; Quid autem si postea legatarius, id est, pater vel Dominus hæres efficiatur per servum vel filium iussu ejus adeuntem, Paulus nihilominus legatum valere, & falcidiam pati scribit in *l. à filio. 15. ff. de leg. 1.* licet ab eo casu non potuisset incipere. Mætinus (quem Iustin. sequitur in *§. ex diverso 33. Inst. legat.*) regulam nostram in ea

specie admittendam esse censet in *l. si à servo. 20. ad L. Falcid.*

Deniq; ut certo constare possit, quando hæc regula locum habeat vel non, distinguendum est, inter negotium quod omnibus suis partibus ita est perfectum, ut consummatum intelligatur, nec amplius quid sit dandum, faciendumve, an vero ita perfectum, ut tamen adhuc aliquid dari, fierive expectetur: Priori casu non evanescit, etiamsi ad eum casum perveniat res, à quo non possit incipere, quia nihil restat agendum, quod confirmari queat, veluti: Si donavi: Donatio non est, nisi & animo donandi dederim, vel tu ex eadem causa acceperis, & tunc nihil amplius agendum dandumve restat donationis causa. *l. 1. de Donat.* Quod si ergo donavi Concubinæ, eamque postea ducam uxorem non infirmabitur donatio. *l. Donationes in concubinam. ff. de donat.* Sic furiosi & prodigi testamentum ante rite recteque factum ita perfectum, ut quoad Testatorem nihil amplius restet faciendum, ideoque ob furorem postea exurgentem, & ob luxuriosam vitam interdicto notatam non infirmabitur, licet tunc fieri non posset, Si adhuc aliquid dandum faciendumve sit multum interest, utrum res ipsa ita afficiatur, ut commercio eximetur, an vero ut promissio impediretur, ob conditionem personæ, si nondum promissa res esset: Priori casu non est dubium extinguere obligationem, quia nec jam amplius promitti, vel deberi posset ob conditionem ipsius rei, ut si promissa fiat sacra vel religiosa ut publicetur, vel casu aliquo intereat: Posteriori casu non item, ut si promissor ex post facto furere incipiat, aut bonis ejus interdicatur. *l. 6. de verb. obl.* Sic si stipulanti servitus ad fundum promissa sit, & decesserit pluribus hæredibus relictis, non propterea extinguetur obligatio, licet

✠ I unus

unus stipulari nō potuisset communi fundo. *d. l. pluribus. §. 1. de verb. oblig.* & vice versa. Si promissor servitutis pluribus hæredibus institutis decēsserit, non propterea exticta erit servitutis promissio, licet

singuli pro parte sua præstare nequeant, & difficulter in unum cogantur, difficultas enim præstationis non liberat. *d. l. 2. §. 1. de verb. obl.*

Ad L. 30.

Ulpianus lib. 36. ad Sabinum.

Nuptias non concubitus, sed consensus facit.

Vitiose & imperite hanc sententiam generaliter, & indefinite pro regula juris à Triboniano hic propositum esse asserit Francisc. Hottom. *lib. 4. obs. c. 26.* ob hanc causam, quod præter consensum etiam ex jure civili desideretur in domum deductio. *l. mulieri. §. cum l. seq. ff. de rit. nupt. l. cui. 15. de condit. & demonstr. l. sancimus. C. de nupt.*

Cujus deductionis necessitas plurimis confirmatur ab Ant. Guiberto in tract. de matrim. c. 18. Cumque hac ipsa deductione in domum mariti tractet. *l. cui fuerit. 15. de condit. & demonstr.* ex qua desumptam esse legem hanc nostram constanter affirmat, propterea videndum (ait Hott.) ne Tribonianus in illud Sophisma incurrit, quod dialecticj appellant: A dicto secundum quid, ad dictum simpliciter. Et ita concipi regulam debuisse (in muliere domum deducta; Nuptias non concubitus, sed consensus facit) Verum ab hujus Sophismatis, in simulatione Tribonianum, vel potius regulam nostram vindicari posse non dubito; Si primo dicamus, non verum esse id, quod constanter affirmat Hottom. *d. l. cui. 15.* desumpta est ex Ulp. *lib. 36. ad Sabinum*, unde colligitur præsuppositum Hottomanni non constare; deinde etiam si concedamus *h. l.* nostram ex illa desumptam esse, non tamen propterea Tribonianus, & reliqui

Pandectarum Architecti, illud Sophisma commisissent; Nam nec ex *d. l. cui. 15.* nec ex alio ullo juris loco necessario evinci potest deductionem in domum mariti esse de substantia & essentia matrimonii: Sed è contrario potius à JCriss[ti] responsum, & ab Imp[er]p. rescriptum est, pompæ celebritatem in nuptiis omissam matrimonii firmitati non obesse. *l. per. de donat. inter vir. & uxor. l. donationum. 22. C. de nupt.* Quid igitur ad superiores locos respondebimus? Hoc nimirum, in re & voluntate certa, non esse hos ritus necessarios: Cum scil. certis rebus & minime dubiis de matrimonio, consensu conjutorum contracto, constat, at in ambiguo, vel quando de voluntate contrahentium nihil amplius proponeretur, quam eos velle celebrare nuptias, ibi deductio ad nuptias pertinuit, non quod præter consensum vellent veteres aliquid amplius adhiberi, sed quod intelligerent his rebus consensum declarari, atque hoc ritu adhibito tanquam ex certo indicio nuptiarum nuptias contractas argui. Adde Joan. Borch. in tract. de grad. c. in quib. diff. matrim. & spons. Hinc igitur sequitur nullius Sophismatis Tribonianum accusari posse, sed regulam hanc verissimam esse, non concubitus, seu coitus, sed consensum, vel maritalem affectionem facere nuptias. Id quod etiam D. Ambrosius c. 6. de m[is]t. virgin.

virgin. testatum reliquit, dum desponsata (inquit) viro, conjugis nomen accepit; cum enim initiatur conjugium, tum conjugii nomen adsciscitur: Non enim desponsatio virginitatis facit conjugium, sed pactio conjugalis; denique cum jungitur puella conjugium est, non cum virili admixtione cognoscitur. Haecenus Ambr. Quod Ambrosii dictum refertur in c. cum initiatur. 27. quæst. 2. Hæc quoque regula aliis juris nostri locis comprobari potest ut Nov. 22. c. 3. nov. 74. c. 4. ibi nuptiæ ex solo affectu valeant. Nov. 117. c. 3. ibi. Cum ex solo affectu possit consistere matrimonium, illud scilicet non est præteriundum, de jure Canonico, quo in causis matrimonialibus hodie plerumque utimur, requiri, ut antequam nuptiæ contrahantur publice in ecclesia denuntiationes futurarum nuptiarum per vices fiant, & coram Ecclesia aut cætu aliquot Christianorum ecclesiam repræsentante ac benedicente contrahentibus ecclesiæ ministro celebrentur nuptiæ. c. 2. ext. de clandest. spons. Quod etiam Imp. Græcorum Leonis Philosophi, & Alexii communibus constitutionibus cautum esse Harmenopolus lib. 4. tit. 4. scribit.

Porro quod hic de consensu dicitur, non de quolibet, sed legitimo consensu, id est, tali, qui juri congruat, accipiendum est; Nam si inter se consentiant hi, inter quos nuptiæ constare non possunt, non erit matrimonium, §. ergo. §. inter eos, & seq. §. si adversus. Inst. de nupt.

Qua de causa apud Labionem relatam est eam, quæ virum pati non potest, nuptam videri non posse. l. pen. quand. dies legat. ced.

Postremo usus hujus regulæ aliquot exemplis illustrandus est: Qui uxorem duxerat, priusquam se ei commiscuerit mortuus est; jam cum legibus cautum sit, ut uxor virum luceat. l. 1. vers. qui eam. l. 8. 9. 10. 11. ff. de his, qui not. infam. Et hunc à nova nupta lugendum esse responsum est, l. denique. 6. ff. de rip. nupt. Eadem ratione si vir post celebratas nuptias mulieri aliquid donaverit, non valet donatio, utpote inter virum & mulierem facta, idque procedit etiam si vir & uxor seorsim habitaverit, si modo sibi invicem honorem matrimonii habuerint, quippe non coitus, sed maritalis affectio matrimonium facit. l. cum hic status. 32. §. si mulier. 13. l. pen. ff. de donat. int. vir. & uxor. Similiter ubi lege municipalis introductum, aut moribus receptum, aut pactis dotalibus cautum est, ut, qui ex conjugibus alteri superstes fuerit, ei vel ex asse, vel ex parte, vel ex certis rebus succedat, superstes lucrum ex statuto vel consuetudine, vel pactis dotalibus proveniens percipiet, licet post celebratas nuptias statim, id est, ante concubitum alter decesserit, ut post alios prolixè docet And. Gail. lib. 2. pract. obs. obs. 80. Quamvis Anton. Guibert in tr. de matrim. c. 67. ac alii complures à Gail. d. loc. cit. in contrariam iverint sententiam.

K 2

Ad

Ad. L. 31.

Ulpianus lib. 42. ad Sabinum.

Verum est, neque pacta, neque stipulationes factum posse tollere. Quod enim impossibile est, neque pacto, neque stipulatione potest comprehendere, ut utilem actionem, aut factum efficere possit.

Interpretatur in h. l. etiam. l. ea quæ 135. & l. quod nullius. 182. & l. impossibile. 185. b. t.

IN his textibus tractatur de impossibilibus: Impossibilia secundum Doctores alia sunt natura, alia sunt jure, alia facto. Natura impossibile est, cui natura Impedimento est, quo minus existat. *S. Impossibilis Inst. de Inutil. stip.* Cælum digito tangere. *l. Impossibile. 7. de verb. obli.* factum infectum reddere *h. l. verum.* De jure impossibile est, quod leges & boni mores fieri vetant. *l. non dubium C. de legib. l. si stipulator. 35. l. Stipulatio hoc modo. 61. l. continuus. S. cum quib. ff. de verb. Obli.* Cum illud tantum nos posse putandum sit, quod salva pietate existimatione, & verecundia possimus. *l. filius. 15. l. quidem in suo. 27. de condit. Inst. l. nemo potest. 31. de legat. 1.* Facto Impossibile illud censetur, quod quidem neque honestate impediens, sed propter perplexitatem & extremam difficultatem impossibile est. Decius & Cagn. *ad d. l. impossibil. & l. ubi pugnantia h. t.* Impossibile perplexi illud definiunt Dd. quod ita in se recurrit, & revolvitur, ut propter repugnantiam existere non possit. *l. ubi repugnantia. h. t. l. si Titius. 16. de condit. Inst.* veluti si dico, Si Titius heres erit Sejus, hæres esto vel vice versa. *l. qui quadraginta. 88. ad L. Falcid.* Difficultas facti pœne impossibilitatem inducens est, veluti si quis sub hac conditione libertatem promittit servo si is millies-centena millia aureorum pe-

cuniarum suarum dederit. *l. cum hæres. ff. de statu lib.* Sed hoc impossibilitatis genus potius difficile est quam impossibile, maxime si non sit infinita difficultas futura. Cujac. *lib. 21. obs. c. 29. Ant. Fab. lib. 6. conject. c. 12.* Rursus impossibilitas, alia est in dispositione, alia in conditione, ut si dicam dabo tibi solem & lunam, impossibilitas est in ipsa dispositione: Sin autem dicam: Si solem & lunam mihi non dederis? Si digito Cælum non attigeris dabis mihi decem, tum possibile est in dispositione, impossibile in conditione. Alexand. *in l. impossibilis. 17. de verb. Obl.*

Denique subdistingendum est, aut Impossibilitas, quæ dispositioni inserta est respicit materiam & rem ipsam, ut in exemplo de sole & luna: Aut respicit non materiam, & rem ipsam, sed externum aliquod accidens: v. g. Si stipulor duos aureos mihi dari à Titio hodie Venetiis, in qua stipulatione inest impossibilitas, sed non respectu materiæ ipsius, id est, duorum aureorum, sed accidentium nimirum temporis & loci.

Impossibilitas in dispositione quoad materiam consistens impedit omnem obligationem, tam in ultimis voluntatibus quam in contractibus, & de hac impossibilitate intelligendæ sunt leges nostræ, unde si in stipulationem deducatur, vel legetur res sacra, religiosa, vel liber ho-

mo.

mo, stipulatio vel legatum nullius est momenti; Quod enim nullius esse potest, id ut alicujus fiat, nulla obligatio valet efficere. *l. quod nullius. 182. h. t. l. mortuo. 49. §. labeo. de legat. 2. §. non solum. vers. sed si talis res. Inst. de legat.* Sic quoque nec per pactum, vel stipulationem conveniri potest, ut vel quod jam factum est infectum fit, vel quod fieri impossibile est fit. *h. l. verum. 31.* Hinc Sabinus disputabat inutiles esse stipulationes furem aut fugitivum non esse. *l. si ita quis. 31. ff. de eviction.* A quo propter ulum vitæ quotidianæ dissentit Ulpian. & id, quod interest contineri contendit, ut & in *l. sciendum. 19. & l. si furtum. de adili edict.* eodem pertinet, *l. non impossibile de pactis.*

In tantum autem obligatio rei impossibilis est inutilis, ut ne poena quidem obligationi adjecta debeatur. *l. si homo mortuo. 69. de verb. obl. vide Dinum in c. nemo potest. de reg. jur. in 6. & Joan. Goddæum. in tract. de stipul. c. 6. n. 35. & 36.*

Impossibilitas consistens in dispositione, quæ concernit accidentia, seu externam aliquam circumstantiam, non vitiat ultimam voluntatem, sed vitatur. *l. si*

mihi & tibi. §. si quis servus. ff. de legat. 1. vitiat autem contractus, *l. insulam. 58. §. in operis. ff. locat.*

Hoc notandum quod si principalis obligatio sit rei possibilis ea non vitatur per poenam impossibilem adjectam, ut si stipulatus te sisti: Hæc est una stipulatio, eaque principalis: Subjeci alteram, nisi sistas hippocentaurum dari, vel hominem liberum: Hæ adjectiones sunt rei impossibilis, ideoque pro non adjectis habentur, salva manente principali obligatione, cui sunt adjectæ. *l. si ita stipulatus. §7. de ver. obl.* Atque ita intelligenda est. *l. ea que 135. h. t. utile enim per inutile non vitatur. utile de reg. jur. in 6.*

Denique Impossibilitas consistens in conditione utilem reddit contractum. *l. non solum stipulationes. de obl. & act. l. impossibile. de verb. obl.* Adeo ut fidejussor adhiberi non possit. *l. si sub impossibile. 29. de fidejuss.* Non reddit inutilem institutionem, legatum aut fideicommissum, sed pro non scripto habetur. *l. mulier. de cond. Inst.* Ratio diversitatis inter stipulationes & ultimas voluntates desumatur ex *l. non solum. 31. de obl. & act.*

Ad L. 32.

Ulpianus libro 43. ad Sabinum.

Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur. Non tamen & jure naturali: Quia quod ad jus naturale attinet, omnes homines æquales sunt.

De hac lege dixi ad legem 22. h. t.

K s

Ad l.

Ad. L. 33.

Pomponius libro 22. ad Sabinum.

In eo, quod vel is, qui petit, velis à quo petitur, lucri factururus est, durior causa est petitoris.

Explicatur in h. l. etiam l. quoties. 98. & l. nemo prædo 126. §. cum de lucro. l. in pari. 128. l. cum per debitum. 154. b. t.

HÆc quinque capita in regula generali comprehendendi ac concludi possunt: In pari causa sive lucrativo, sive oneroso, sive etiam de dolo, aut turpi causa agitur, melior conditio est possidentis: ut ecce res aliena est, non petitoris, aut possessoris; hunc illo potiorrem esse dicimus; Petitor enim probare debet quod intendit, & nisi probet, possessoris manet: In pari causa igitur melior est causa possidentis: Nam possessori non incumbit onus probandi: Res enim alienas possidens, licet justam tenendi causam nullam habeat, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur; ut ab Imp. rescriptum est, in *l. ult. C. de rei vind.* Imo quando sunt utriusque possessoris & petitoris jura obscura, semper judicatur secundum possessorem, contra petitorum § *restituenda. Inst. de Interdictis.* Vnde sequitur longe commodius ut sit possidere, & adversarium ad onera petitionis compellere, quam alio possidente petere. *l. is qui destinavit. 24. de rei vind.*

Iam proposita regula exemplis cum ex *h. t.* tum aliunde illustranda est. Et quidem de lucro in *h. l. 33.* & in *l. nemo prædo. 126. §. ult. h. t.* traditur specialis regula, nempe cum de lucro quaeritur, meliorem esse causa possidentis; quam specialem regulam Bulgarus ejusmodi exemplo declarat: Res eadem à duobus non dominis separatim duob. est donata,

jam si altero eorum possidente inter se de re donata Iudicio contendant, donatarii petitoris durior erit conditio, possessoris melior: Inter eos enim, inquit, Bulgarus, quibus ex eadem causa debetur, occupantis melior est conditio. *l. inter eos. 19. de re jud.* Exemplum satis est accommodatum, at ratio à Bulgaro allata nihil ad rem pertinet. Loquitur enim (*ut ex d. l. inter eos 19. patet.*) de eo qui prior agit, non de eo, qui rem possidet; Leges autem nostræ loquuntur de possessore, cujus hoc casu melior est conditio, etiamsi non inceperit agere, quare cum hoc refert Accurs. Bulgarus à Ioanne sit reprehensus, verisimile est Ioannem non tam exemplum, quam rationem reprehendisset subjectam.

At prædictis obstare videtur. *l. quoties. 98. b. t.* ubi dicitur quotiens utriusque causa lucris ratio vertitur, is præferendus est, cujus in lucro causa tempore procedit, id est, cui priori res tradita est, atque fieri potest, ut is, qui prius initio rem accepit, nunc eam non possideat, sed alius, cum igitur regula nostra statuatur potiorrem esse possessorem, at *h. l. quoties* dicat eum præferendum esse qui prius accepit, vel cui priori res tradita est, videntur pugnare hæc. Resp. Si eadem res duobus à diversis non dominis donata est melior est causa possidentis, at si ab eodem non Domino, vel ab eodem Domino acceperint, potior est, cui priori tradita est. *l. 9. §. si duo.*

duobus. ff. de publ. in rem act. l. quoties. 15. C. de rei vindic. Anne igitur falsum est, semper possessoris esse meliorem conditionem, respondeo sub distinctione, cæteris paribus semper est melior causa possessoris, alias non. Hic non est par causa, quoniam prior possessor præcedit, est igitur impar causa.

Procedit etiam regula nostra in causa onerosa, ut si duo Domini rem eandem duobus vendiderint, melior erit causa possidentis, quam petentis, licet huic priori res tradita sit: par enim utriusque causa est, cum uterque rem à non Domino emerit d. l. 9. §. si duobus. de publ. in rem act. At obstat. l. ea res. 31. §. ult. de act. empt. & vend. quæ hoc casu ejus conditionem potiore esse ait, cui primum res tradita est. Resp. aut alter eorum possidet, aut extraneus; Priori casu potior est causa possidentis: posteriori cum neuter possideat, videndum est uter prior rem acceperit à venditore, ut ei potius restituatur, quam alteri, cui postea tradita fuit, Adde Cujac. lib. 18. obs. c. 21. in fin. ubi putant hanc rem controversam fuisse inter Proculianos & Sabinianos. Quod si duo ab eodem domino, vel eodem non domino rem eandem emerint, is potior est qui prior rem accepit licet nunc non possideat. d. l. 9. §. si duobus. de publ. in rem act. Si alter à non domino, alter à Domino emit, is qui à domino emit, licet ei posteriori res tradita sit, omnino tuendus est. d. l. si ea res. 31. §. ult. de act. empt. Plane si ab eodem Titio perita fundum uterque nostrum diversis temporibus emerit, ego prius ab eo non Domino traditum acceperim, tu deinde ab eodem ipso jam Domino per successionem aut legatum, aut alia ratione qualibet effecto, per eleganter Iulianus (ut ab Ulp. relatum est in l. apud Celsum 4. §. si Titio. 31. ff. de Dol. excep. junct. l. si à Titio. 72. ff. de rei vindic.) ait æquum esse, ut me tueatur

Prætor, quia etsi Titius ipse fundum peteret, exceptione in factum comparata, vel doli mali submoveretur, ac per hoc intelligatur Titius eum sibi fundum rursus vendidisse, quem in bonis jam non haberet, utpote cum statim atq; ipsi Dominium acquisitum fuit mea quoq; confirmata emptio atque traditio existimetur ex postfacto, sed & antequam tibi venderet ab eo jam dominium abscisserit; sane in proposita specie si prior ego emissem, nec acceperim tamen à non Domino, deinde tu ab eodem ipso jam Domino effecto ex emptionis aut alio quolibet iusto titulo traditum bona fide acceperis, non me Prætor, sed te potius tueretur; Quia ipse, licet à Domino comparassem, dominus effici nisi traditione facta non potuerim. l. traditionibus C. de pactis. l. penul. ff. de rei vind. Atque hoc est quod Impp. in d. l. quoties. 15. C. de rei vindic. ita rescripserunt. Quoties duobus in solidum prædium jure, i.e. sine dolo malo distrahitur manifesti juris est, eum cui priori traditum est in detinendo dominio esse potiore, de qua lege vide Cujac. d. l. lib. 18. obs. c. 21. & ad. l. quoties. 98. h. t.

Quid si duobus eadem res locata sit? Et sane licet Iason. ad d. l. quoties C. de Rei vindic. velit primum preferri secundo etiam si secundo conductori facta sit traditio, tamen verius est in locatione quoque regulam nostram procedere ideoque eum conductorem præferendum esse, qui rei locatæ incumbit, is enim jure retentionis se defendere poterit contra alterum conductorem, qui non realem sed personalem tantum habet actionem, non contra alterum conductorem, sed contra locatorem, & secundum hanc sententiam Papin. judicatum esse refert Catell. Cott. in memorabilibus verb. locatio. Eandem post alios amplectitur Did. Covarr. lib. resol. c. 11.

In

In Pignore quoque hæc nostra regula aliquando procedit, Nam si duo non domini eandem rem diversis temporibus oppignoraverint, & quidem diversis creditoribus, possessor in pignore potior habebitur. *l. si non Dominus. 14. ff. qui pot. in pig. habent.* Sic quoque cum res eadem duobus simul in solidum obligata est: Possessoris conditio melior est. *l. 1. §. 1. ff. de Interdict. Salvam. l. si Debitor, 10. ff. de Pignor.* At si eadem res ab eodem non domino, vel etiam ab eodem domino diversis temporibus obligata est, non possessor, vel cui prius ex causa pignoris res tradita est, sed cui prius res obligata est, potior habetur. *d. l. si non Dominus. ff. qui pot. in pig. hab. l. diversis. 8. C. eod.* Atque in hoc casu pignus differt à venditione, ratio differentiae est, quia pignus solo consensu contrahitur *l. 4. ff. de pignor.* nec in eo de domini translatione agitur, at in emptione licet quoque nudo consensu perficiatur, tamen quia id agitur & dominium transferatur, necessario tempus traditionis inspicitur, siquidem venditor ante rem traditam dominus manet. *l. si tibi. C. de hered. vel. vend. l. si ancillam. C. de act. empt.*

Hoc amplius in pari turpitudinis causa potior est quoque conditio possidentis. *l. 3. & l. pen. ff. de condict. ob. turp. caus. l. mercalem. C. eod.* Atque hoc est quod Ulp. in *l. par delictum. h. t. tradit.* Cum

par delictum est duorum, inquit, oneratur petitur, & melior habetur possessoris causa, Communis enim Dolus aut Culpa, vel communis mora actori potius nocet quam reo. *l. si servum 91. §. sequitur. 3. de verb. obl.* unde de dolo non agit, qui ipse in eadem re dolum fecit, sed dolus cum dolo compensatur. *l. si duo. 36. ff. de dol. mal.* Nec in pari causa adversus doli exceptionem datur replicatio. *l. apud Celsum. 4. §. Marcellus. 14. ff. de dol. mal. except. d. cum par delictum. h. t.*

Quod autem de pari delicto dictum est, id tunc etiam locum obtinet, cum de paris delicti poena tractatur. Siquidem Ulp. ait in *d. l. cum par. in fin.* ei perimitti pœnam petere, qui in eam non incidit; Proinde si ambo in pœnam inciderint, ex pari delicto quin cesset petitio pœnæ nulla dubitatio est. *d. l. cum duo. 36. ff. de dolo.* Nam ut Labeo ait. Iniquum esset communem malitiam petitori quidem præmio, ei vero cum quo agit pœnæ esse. *l. apud 4. §. Labeo. ff. de dol. mal. except.* Ex qua causa fur, qui in poenam furti incidit re sibi surrepta pœnam furti non petit: *l. qui re 76. ff. de furtis.* Sic si inter duos adjecta certa pœna transactio facta sit, ut alter aliquid daret, alter à lite discederet, isto non dante, si alter controversiam rursus moverit, pœna ab eo non est petenda. *arg. l. quæ re. 54. §. inter locatorem. ff. locati.*

Ad L. 34.

Ulpianus libro 45. ad Sabinum.

Semper in stipulationibus & in cæteris contractibus id sequimur, quod actum est. Aut si non appareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in quo actum est, frequentatur. Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? ad id, quod minimum est, redigenda summa est.

Hæc lex explicata est ad legem 9. hujus tit.

Ad L.

Ad L. 35.

Ulpianus libro 48. ad Sabinum.

Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. Ideo verborum obligatio verbis tollitur: Nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.

Dicitur in hac lege etiam ad l. omnia 100. & l. fere h. t.

DOcetur his textibus, quod quibus modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberemur, & quibus modis rem acquirimus, iisdem in contrarium actis eandem rem amittamus. Obligamur Re, Verbis, Literis, & Consensu. Obligatio re contracta, rei restitutione dissolvitur. *l. prout. 80. ff. de solut.* Verbis contracta verbis contrariis conceptis & solennibus, id est, acceptilatione solvitur §. 1. *Inst. quib. mod. toll. obl. l. an inutilis. 8. ff. de acceptilat. d. l. prout. 80.* Nudo consensu perfecta contrario consensu re integra perimitur. §. *fin. Inst. quib. mod. toll. oblig. l. ab emptione. ff. de pactis. l. 3. de rescind. vend.* Literarum obligatio quoniam modo dissolvatur, nulla in toto jure civili litera est, sed & in hac nostra lege locum habebit; moris enim fuit, ut creditores expuncto ex tabulis suis debitoris nomine acceptum ferrent. Cicero pro Roscio. Plaut. in Cistellaria. Sciendum autem est hanc nostram regulam ad eas tantum obligationes pertinere, quæ ex contractibus oriuntur; quæ enim ex delictis nascuntur, non tolluntur contrariis modis, ut restitutio rei furtivæ non liberat furem actione furti. *l. pen. de vi bonor. rupt. l. qui ea mente. 65. de furt.* Sed tolluntur hæ obligationes pænæ solutione, quædam etiam ut furti & injuriarum nudo pacto & jurejurando tolluntur *l. legitima. l. si tibi. §. quædam. l. si unus. §. pactus*

ne peteret. vers. sed sitamen. ff. de pactis. l. 3. & 7. de jurejur. Injuriarum etiam actio dissimulatione aboletur. §. *injuriarum. Inst. de injuriis.*

Præterea notandum est obligationes ex contractibus descendentes non iis tantum modis, quibus contractæ sunt dissolvi, sed & aliis multis puta solutione, novatione, aquiliana, stipulatione, & acceptilatione subsequente, confusione, oblatione, & consignatione, compensatione, & rei ante moram interitu *in prin. §. prætera. & §. seq. Inst. quib. mod. tollit. oblig. l. debitor. C. de pactis. l. acceptam. C. de usur. l. obsignationes. C. de compensat.* Quæ de causa Paulus in *l. fere. h. t.* ubi ait: Iisdem nos modis liberari, quibus obligamur: Adjicit particulam (fere) significans etiam alios esse modos liberandi.

Cæterum ut obligationis vinculum eo, quo quæri solet, genere plerumque solvitur, sic etiam quibus modis quid acquiritur, iisdem in contrarium actis amittitur. *d. l. fere.* Quæ sententia à Triboniano generaliter hic tradita, specialiter ad possessionem restringenda est, de qua possessione sola *in lib. 65. ad Edictum.* egit Paulus, ut apparet ex *l. 8. de acquir. poss.* quæ est ex eodem libro: Cæterum cæteræ res acquisitæ alio modo quam contrario amitti possunt, ut res acquisitæ jure naturali per alluvionem, possunt amitti venditione, donatione, &c. Possessio non

M

nisi

nisi animo & corpore acquiri potest. l. 3. ff. de acquir. poss. corpore tantum acquiri nequit, quia requiritur quoque affectio & animus possidendi. l. 1. §. 1. de acquir. poss. Solo animo non acquiritur, quia corporali aliqua apprehensione opus est d. l. 1. in princ. & §. si iusserit. de acquir. poss.

Cum igitur eadem sit ratio amittendi, quæ est acquirendi, consequens est nullam amitti, nisi in qua utrumque in contrarium actum sit, id est, nullam nisi & corpore, & animo amitti. d. l. fere. h. t. & d. l. quemadmodum. 8. de acquir. poss. At obijcitur, l. 3. §. in amittenda. ff. de acquir. poss. ubi dicitur solo animo amitti possessionem, quamvis corpore retineatur, id quod huic nostræ definitioni ex diametro videtur refragari. Resp. Constant. Harmenopolus vocem (fere) quæ in initio d. l. habetur, existimat etiam adjiciendam esse in fine d. l. fere, ut hac particula significetur non indistincte & perpetuo verum esse possessionem animo & corpore simul amitti, sed solo etiam nonnunquam animo, atque ita hac particula designetur modum acquirendæ, vel amittendæ possessionis quandoque etiam claudicare, quæ sententia probatur Cujacio & P. Fabro. ad h. l. nō est. Sed mihi non videtur recipienda; quia in d. l. fere. initio proponitur definitio de modo contrahendæ & dissolvendæ obligationis, huic definitioni additur particula (fere) deinde illi subijcitur altera illa specialis de acquirenda vel amittenda possessione, quæ ex illa priori non infertur, sed interseritur alia de acquirendis vel amittendis rebus in hæc verba: Cum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittamus, à qua ducitur ea, quæ subijcitur de possessione, ista autem media generaliter & sine exceptione scripta est, non ut prior addito temperamento (fere)

Denique hæc particula (fere) non additur d. l. quemadmodum. 8. ff. de acquir.

poss. Quare omiſſa hac ſolutione. Reſpondendum eſt, Vtriuſque vere & recte dici & ſolo animo amitti poſſeſſionem, & poſſeſſionem amitti non ſolum animo, ſed etiam corpore: Nam quando dicimus ſolo animo amitti poſſeſſionem, hoc ita non eſt accipiendum, ac ſi tunc corpore etiam non amittatur poſſeſſio, verum hoc volumus in amittenda poſſeſſione ſufficere animum ſine corporali operatione, & ſatis eſſe animum conſiderare, quia cum animo deſino poſſidere, ſimul & corpore deſinam poſſidere neceſſe eſt, quia invito animo corpus nihil poſſidere poſteſt, & remoto poſſidendi animo, nulla poſſeſſio intelligi poterit, quamvis corpus adhuc ſit in fundo, ſicut poſſidere non dicimus eum, cui dormienti aliquid in manu ponitur, igitur ſolo animo amittitur poſſeſſio, nec requiritur corporeus actus in amittenda poſſeſſione, id quod naturæ conveniens eſt, nam ſemper ad faciendum requiritur corporis & animi operatio, ſed ad non faciendum ſolus ſufficit animus, hinc nunc patet, modos, qui in acquirenda poſſeſſione interveniunt, in eadem amittenda in contrarium agi, ut in acquirenda poſſeſſione animus vult poſſidere, contra in amittenda non vult poſſidere: Item in acquirenda poſſeſſione animi voluntas imperat potentiæ motivæ, ut corpore colat, aret, & reliquos actus poſſeſſorios exerceat, è contrario in amittenda voluntas imparat eidem, ne colat, ne aret, ne actum reliquum poſſeſſorium exerceat, atque ita in amittenda poſſeſſione non requiritur operatio corporis, ſi enim corpus operetur, modi, qui in acquirenda interveniunt in amittenda non operentur in contrarium, quod eſt contra. l. h. fere. & d. l. quemadmodum. Adde Donel. lib. 5. comment. c. 13. adde etiam Andreæ Fachineum lib. 8. Contro. cap. 21.

Ad. L.

Ad L. 36.

Pomponius lib. 27. ad Sabinum.

Culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti.

Hanc legem supra ad l. contractus declaravi. Exemplo negotiorum gestor, qui res alienas male gessit: Desumi potest aliud exemplum *ex l. fin. C. unde vi*. Ubi qui vacuum possessionem absente domino, & sine iudicis auctoritate occupat, non est sine causa: Immiscet enim se rei ad se non pertinenti, nec est, quod ullam prætendat huic facto ignorantiam; cum omnis scire debeant, quod suum non est ad alios, id est, omnibus pertinere, ut ait Imp. *in d. l.*

fin. C. unde vi. Eadem ratione si in actionibus in rem se quis defensionem offerat, cum neque rem possideat, neque dolo defuerit possidere, & litem secum contestari patiatur, non secus ac si possideret condemnandus est, imputatur enim ei, quod se immiscuerit liti alienæ, at vero qui se pro possessore gerit actorem decipit, itaque ob dolum in id, quod interest actoris deceptum non esse condemnari debet *l. is, qui se liti 25. ff. de rei vind. l. qui se liti. ff. de petit. hered.*

Ad L. 37.

Ulpianus libro 51. ad Sabinum.

Nemo, qui condemnare non potest, absolvere potest.

In Pandectis florentinis hæc Regula ita legitur: Nemo, qui condemnare potest, absolvere non potest: In vulgatis exemplaribus legitur prout habetur in textu: Quamvis autem florentina lectio non sit incommoda ejusque sensus probetur, *per l. 3. de re judic.* Malim tamen receptam lectionem hic retinere, quam etiam sequuntur Bulgarus & Accursius, ejusque sententia est, quod nemo possit absolvere, qui non possit condemnare. Exemplum extat *in l. 6. ff. de offic. proconsul.* ubi traditur, quod legatus proconsulis reos non possit liberare vel absolvere, cum eos non possit condemnare, vel punire, sic executor, qui condemnare non potest, non potest etiam absolvere. *l. si ut proponis. C. de execut. rei jud.* quia executor non est iudex, sed tantum la-

tam à iudice sententiam exequitur. Vitiatur hæc regula in specie. *l. 3. §. adeo autem. C. ubi senat. vel clariss.* Ubi Cognitor sacer, id est, Principis delegatus illustres personas condemnare non potest & tamen potest absolvere.

Conversio enim hujus regulæ est *in d. l. 3. ff. de re jud.* Ubi ponitur regula affirmativa, ut, scil. Qui potest condemnare, possit etiam absolvere, quæ regula pertinet ad veterem iudiciorum morem: Prætor Romanus aut Præses Provinciæ, vel Proconsul non solebat ipse controversias privatas judicare, sed iudicem dabat præscripta certa formula, quam ille in iudicando sequeretur: Veluti Lucius Octavius Iudex esto, si apparet fundum Cipenatem esse Publii Servilii: Neque is fundus ei à Sempronio restituatur, tum

M 2

Sem-

Scimpronius damnetur. Item si paret Lucium Titium Sejo centum debere, tum cum condemnato. Vide Francisc. Duaren. ad l. Iurisperitum. §. & ideo. ff. de patris. & lib. 1. disput. c. 53.

Hinc ergo quæritur an Iudex, qui à Prætoris condemnandi potestatem accipit etiam absolvendi jus habeat? Et responsa est in d. l. 3. de re Iudic. cum qui condemnare potest, etiam absolvere posse, nec immerito; Nam qui facit Iudi-

ci potestatem condemnandi, is vi ipsa etiam potestatem absolvendi fecisse intelligitur; Deinde si voluit eundem habere potestatem condemnandi, multo magis voluit eundem habere potestatem absolvendi, quia plus est condemnare quam absolvere. l. absentem. ff. de pœnis. Cui autem tribuitur id quod plus est, eidem quod minus est, concessum intelligitur, l. non debet. 21. h. t.

Ad. L. 38.

Pomponius libro 29. ad Sabinum.

Sicuti pœna ex delicto defuncti heres teneri non debeat: Ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset.

Interpretantur in h. l. etiam l. toties. 44. l. pupillum. 111. §. ult. l. cum Prætor. 127. l. hoc jure. 152. §. fin. & l. ad ea. 157. §. fin. h. t.

His textibus traditur, an & quatenus hæredes ex delictis ac contractibus defuncti conveniri possint. Delicti appellatio hic latissime patet, continentur enim hac voce non tantum quatuor illa privata delicta, ex quibus ordinarie actiones nascuntur, ut furtum, rapina, injuria, damnum injuria datum, verum etiam quasi delicta, Item ea, ex quibus actiones restitutorie dantur, verum dolus & metus, & denique pleraque facta quæ legibus aut jure Prætorio coercentur, ut alienatio Iudicii mutandi causa facta, iniqua distributio & similia: Ex hujusmodi causis actiones nascuntur, quæ aut pœnæ persequendæ causa comparatæ sunt, aut rei persequendæ causa, aut utriusque.

Actiones mere pœnales omnino in hæredes aliosque successores non transeunt. l. 1. de privat. delict. l. pupillum. 101. §. fin. h. t. Nisi lis cum defuncto

fuerit, contestata. §. non autem vers. pœnales. Inst. de perpet. & temp. actionib.

Mixtæ quoque actiones, quæ partim rem, partim pœnam persequuntur, cum defuncto lite non contestata in hæredem, ad quem nihil pervenerit, non dantur. d. §. non autem. Inst. de perpet. & temp. act. d. l. Pupillum 101. §. fin. h. t. Sed si hæres inde factus sit locupletior, adversus eum in id quod ad eum pervenit competunt; neque enim id quod turpiter aut scelere quæsitum est, ad compendium hæredis pertinere debet, neque ferendum est, ut hæres alieno scelere ditetur. l. quod diximus in fin. ff. de eo quod met. caus. l. 1. C. de delict. defunct. l. in hæredem ff. de calumni.

Dixi mixtas actiones in hæredem dari, quatenus ad eum pervenit; sufficit autem si vel momento ad eum pervenit, ex delicto defuncti, quare si hæres id, quod scelere quæsitum fuit, consumserit, actione, quæ adversus defunctum compete-

bat

tebat, tenetur non solum ipse, sed & ejus hæres, licet ad hunc nihil pervenerit. *l. cum prator. 127. h. t. l. videamus. 17. ff. de eo quod met. caus.* Si inquam consumserit rem, id est, si ejus facto res interierit, nam si naturaliter periit id quod ad eum pervenit, verius est, eum absolvi exemplo singularis successoris. *l. item si cum. 14. §. aliquando. 5. ff. quod met. caus. l. si ipsa res. 18. ff. eod.* Atque hoc locum habet quando res ante litem contestatam absq; facto hæredis periit, nam de ea, quæ post litis contestationem periit, hæres nihilominus tenetur, quia spectatur quid habuerit litis contestatæ tempore. *l. quantum. 20. ff. de eo quod met. caus.*

Porro hujus generis actiones sunt 1. Actio *L. Aquiliæ. l. inde Neratius. 23. §. hanc actionem. 8. ff. ad L. aquil. 2.* Actio quod metus causa. *d. l. item si cum. 14. §. 1. & §. hac actio. l. quod diximus. 16. ff. quod met. caus. 3.*

Actio in factum de calumniatoribus. *l. in heredem. ff. de Calumni. 4.* Actio Servi corrupti. *5.* Actio arborum surtim cessarum. *6.* Item actiones, quæ dantur ex delicto de incendio, ruina, naufragio, rante aut nave expugnata. *l. hac. actio. de servo corrupto. l. surtim. §. fin. ff. de arbor. surt. cas. l. 4. §. fin. de incend. ruin. & naufr.* Plane actio vi bonorum raptorum etiamsi mixta sit, tamen in heredem non datur, ne quidem in id quod ad illum pervenit. *l. 2. §. fin. ff. de vi bonor. rapt.* Existimavit enim Prætor sufficere hoc casu conditionem furtivam *d. §. fin.* Atque hæc ita obtinent de Iure Civili, à quo discere jus Canonicum existimatur: Eo enim Iure putant Dd. per censuram Ecclesiasticam indistincte heredem compelli pro viribus hæreditariis ad satisfaciendum, licet nec aliquid ad eum ex delicto pervenerit, nec cum defuncto lis contestata fuerit per *l. ult. ext. de sepult. & c.*

in literis. de rapa. Covarru. lib. 3. variar. resolut. c. 3. n. 7. Vasquius. lib. 3. illust. controvers. c. 96. n. 27. And. Fachinæ. lib. 9. controvers. c. 5. Vtū si prædicta capitula diligentius expendamus, apparebit ea non probare id quod Dd. volunt, ibi enim hæres ideo ad satisfaciendum tenetur pro defuncto, quia defunctus confessus & accepta poenitentia absolutus fuerat; Non poterat autem absolvi, nisi vellet satisfieri iis, quibus delinquendo damnum dederat, quare propter eam voluntatem defuncti, & ne absolutio fieret irrita, hæres tenetur læsis satisfacere, & damna resarcire; Illa igitur dispositio Iuris Canonici cessat in aliis casibus, in quibus hæ rationes considerari non possunt.

Denique Mixtis actionibus similes sunt actiones, ex delictis descendentes, quæ rei tantum persecutionem continent ex parte actoris, id est, quibus actor nihil aliud persequitur, quam quod sibi abest; Nam ex his eatenus duntaxat hæres tenetur quatenus ex delicto defuncti locupletior factus est. *l. toties. 44. h. t.* Exempli gratia. Actio, quæ ex delicto de alienatione Iudicii mutandi causa facta datur, etiamsi ad rei persecutionem pertineat, id est, id tantum persequatur, quod interest actoris alienationem factam non esse, non competit tamen adversus heredem nisi de eo, quod ad ipsum pervenit, quippe cum ex delicto descendat. *l. 4. §. fin. & tribus ff. de alienat. Iudic. mut. caus. fact.* Item actio de dolo, quia simpliciter actor nihil aliud petit, quam quod sua interest deceptum non esse, de eo tantum in heredem datur, quod ad illum pervenit. *l. si plures. 17. §. fin. l. in heredem. 26. ff. de dolo mal.* Sed nec rerum amotarum actio, quam respectu actoris rei quoque persecutoriam esse constat in heredem datur, nisi quatenus

fit locupletior factus *l. fin. C. rer. am.* Sic & interdictum unde vi in id tantum datur in hæredem, quod ad eum pervenit. *l. 1. §. fin. l. 3. §. ult. ff. unde vi & de vi & vi armat.* Eadem ratione nec Tributoria actione hæres tenetur, nisi quatenus factus sit locupletior: Oritur enim Tributoria actio non ex contractu sed ex delicto, id est, iniqua mercium peculiarium distributione: atque hæc est communis Dd. de actionibus rei persecutoriis ex delicto descendentibus sententia, quam sequuntur. Hart. Pist. lib. 1. *quest. jur. quest. 27. n. 2.* Cujac. ad *h. l. sicuti.* Anton. Gomez. lib. 1. *variar. resol. c. 1. n. 83.* Andr. Fachinæ. lib. 9. *controv. c. 5.* ubi Ant. Faber, lib. 4. *conject. c. 1.* dissidentis argumenta refert & confutat.

Verum excipitur conditio furtiva, quæ licet ex delicto descendat, in hæredem tamen furis in solidum datur. *l. 2. l. pro fure. 7. §. ult. l. in conditione. 9. ff. de cond. furt. ubi VVesemb. in parat. n. 17.* Hart. Pist. d. *quest. 27. v. 3.* Ant. Faber. d. lib. 4. *conject. c. 1.* quanquam autem olim Cujacio. lib. 7. *obj. c. 37. & lib. 13. obj. c. 37. & in parat. C. de cond. furt.* placuerit conditionem hanc tantum in hæredem dari quatenus ad eum pervenit: Tamen postea in recitationibus ad tit. *C. de delict. defunct. & ad h. l. sicuti,* ab ea opinione recessit, communem amplexus sententiam: Atque hæcenus de actionibus ex delicto descendentibus egimus, deinceps videamus de actionibus quæ ex contractu nascuntur.

Quoties actio ex contractu nascitur, hæres ob dolum defuncti in solidum tenetur, etiamsi nihil ad eum pervenerit. *l. si hominem. 7. §. 1. ff. de positi. l. ex de positi. 12. l. ex contractibus. 49. de obl. & act. l. hoc jure. § 2. §. ult. l. ad ea. 157. §. ult. h. t. l. ex pacto. 121. §. ult. de verb. obl.* Sed notandum hæredem non ex

omni dolo defuncti teneri, licet actio ex contractu descendat. Sed ex eo tantum quod rebus actoris damnum attulit. *l. 1. C. de hered. int. §. aliquando,* & ibi vide Borch. *Inst. de perpet. & temp. act.* Iac. Cujac. lib. 13. *obj. c. 39. & lib. 21. obj. c. 2. & in parat. C. de in lit. jur.*

Excipitur quoque actio depositi, incendii, ruinæ, naufragii causa, ea enim cum in duplum competat adversus depositarium pœnalis est, quare cum pœnalis actio non detur in hæredem, nisi de eo, quod ad ipsum pervenit, neque hic de dolo defuncti conveniendus erit hæres. *l. 1. in prin. & l. de eo 18. ff. de positi. §. sequent. vers. plane Inst. de act.* Simili modo nec de precario actio in hæredem ex dolo defuncti datur, nisi quatenus est locupletior factus. *l. questum. §. fin. ff. de precario.* Ratio est, quia precarium non transit ad hæredes ejus, qui precario rogavit. *l. cum precario. §. ult. ff. de precario.* Reliqui vero contractus sequuntur hæredem, ideoque hæres in solidum ex iisdem tenetur, nec ad rem pertinet, quod etiamsi societas morte solvatur, actio tamen pro socio adversus hæredem in solidum competat etiam tunc cum de dolo defuncti agitur, quamvis enim societas non transeat ad hæredem, lucrum tamen & emolumentum ex societate perveniens eum sequitur; ex precario autem nihil ad hæredem commodi venit.

His igitur casibus actio ex contractu descendens ob dolum defuncti in hæredem non datur, quos intellexisse videtur Iustinianus, cum tradidit. Aliquando etiam ex contractu actionem contra hæredem non competere, cum testator dolose veritus, & ad hæredem ejus nihil ex dolo eo pervenerit. *d. §. aliquando Inst. de perpet. & temp. act. & ibi Cujacius in pr. not.*

Atque ita his casibus exceptis firma manet

manet superior definitio, quotiescunque scilicet ex contractu actio competit heredem in solidum teneri ob defuncti dolum vel latam culpam, quæ dolo comparatur.

At quæstionis est, an hæres etiam ob levem culpam in contractu à defuncto commissam teneatur? Quod ut in aliis contractibus admittendum videatur; Quia si hæres ex contractu defuncti tenetur, & ex ea causa tenetur qua defunctus tenebatur, consequens est eum etiã ex levi culpa defuncti teneri, tamen secus omnino dicendum est de negotio tutelæ, ex quo hæres ob levem culpam Tutoris non convenitur ut patet ex l. 1. *C. de hered. tut.* Quo loco Imp. Sever. & Anton. rescripserunt hæredes tutorum ob negligentiam, quæ non lata culpæ comparari possit condemnari non oportere: Vbi licet Iac. Cujac. olim lib. 13. *obs. c. 39.* detrahendam esse negationem existimaverit, perinde ac si hæres ob latam culpam tutoris non teneatur, teneatur autem ob levem: Tamen ab hac correctione postea recessit, & lib. 21. *obs. c. 2.* nihil mutandum, & distrahendum esse monuit: Apertius hanc sententiam probat. l. 4. *ff. de magistr. conven.* Quæ ait heredem Tutoris non teneri negligentia nomine, quod est non esse succedaneum culpæ levis ipsius Tu-

toris; Non enim audiendus est Iohan. Mercerus, qui lib. 2. *opinion. c. 24. d. l. 1. C. de hered. tut. & d. l. 4. ff. de magistr. conven.* intelligit loqui de culpa hæredis propria, quomodo etiam Cujac. d. lib. 4. olim accepit, male, nam (ut idem Cujac. lib. 21. *obs. c. 2.* recte docet) comparat in d. l. 4. Ictus heredem tutoris magistratus heredi, cujus negligentia propria nulla esse potest; ut igitur hæres magistratus culpæ est ipsius magistratus dolo proxima, id est, lata, non levis succedaneus. l. 2. *C. de magistr. conv.* Ita consequens est huic comparationi, & consentaneum, ut hæres quoque tutoris ob latam tantum tutoris culpam, non levem teneri: Nec negotium nobis facessit, l. 4. *ff. de fidejuss. tut.* Vbi scriptum est negligentiam propriam heredi non imputari; Id enim non (quomodo Iohannes Mercerus & olim Cujacius) sic accipi debet, ut ipsius defuncti negligentia, sed ita, ut ne quidem propria imputetur, quod majorem habere videbatur dubitationem, cum adversus heredem Tutoris ex proprio dolo juretur in litem contra quem tamen ex ipsius tutoris dolo non jurari, eadem illa lex non obscure significat, denique generale est, ut ex proprio magis, quam ex alieno facto teneatur quis. Ant. Faber. lib. 1. *conject. c. 12.*

Ad L. 39.

Pomponius libro 32. ad Sabinum.

In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium mora sit, quo minus fiat. Varie h. l. legitur ut videre licet ex Phil. Math. ad h. l. pag. 257.

Hic explicatur etiam l. in jure civili. 161. b. t.

Quoties per alium, quam per eum, qui dare aut facere aliquid debet, stat, quominus illud detur aut fiat, perinde est ac si datum, aut factum fuisset;

Qua de causa pro soluto habetur, quod cum oportuno loco ac tempore offerretur, Creditor accipere noluit, & quidem si debitor pecuniam oblatam obsignaverit, &

rit, & deposuerit, statim atque adeo ipso jure liberatio ei contingit, pignoratitia actio datur, & cursus usurarum sistitur. *l. ob signatione. C. de solut. l. aliena de pignor. act. l. fin. C. eod. l. si Creditor. C. de usuris. l. debitor. ff. eod.* Eadem ratione: Si tibi, adjecta poena, me judicio statutum promiserim, & dolo malo factum fuerit quominus ad diem dictam me sisterem, veluti si curaveris ut me ad judicium ire volentem magistratus retineret, agentem te ex stipulatu actione, doli mali exceptione repellam. *l. 1. § si reus. ff. de eo per quem fact. l. 2. § ult. ff. Si quis caut.* Sic quoque conditio habetur pro impleta quoties per debitorem vel eum cuius interest, vel fin cuius persona conditio erat adimplenda, stat quominus impleatur. *l. in jure civili. 161. h. t. l. jure civili. 24. ff. de cond. et demonstr. l. in execut. § fin. ff. de V. Off. ob. l. fin. de condit. infer. c. cum per eum. de R. l. in 6. Exempla sumantur ex *l. in testam. l. cum pupillus. ff. de cond. et demonstr. l. Titia cum testam. § si ea cond. ff. de legat. 2.**

Dixi conditionem haberi pro impleta, quoties per eum cuius interest ut impleatur, vel per eam, in cuius personam conditio collata est, stat eam non impleri: Nam si quis ab extraneo fuerit impeditus, ac prohibitus, conditio non habebitur pro impleta, sed ab eo recuperare poterit, si quid sua interest, non fuisse impeditum. *arg. l. 2. in fin. et l. 3. ff. sequis cau.* Quid si casu fortuito fiat, ut conditio non impleatur, an pro impleta habebitur? Quod existimant Communiter Dd. Quæ sententia etiam probatur P. Fabro *ad h. l. 39. n. 7.* sed contraria sententia verior est, nempe generaliter conditionem non pro impleta, sed pro defecta haberi, si non per eum cuius interest ut impleatur, vel in cuius persona implenda erat, stat, sed vel per extraneum, vel per casum is, cui conditio adscripta est, impeditur condi-

tionem parere, ut ecce: Cum Titio legatum sub hac conditione relictum esset, Si Sejam uxorem duceret, Seja ante Matrimonium contractum mortua conditionem legati ejus morte defecisse responsum est *in l. ex testamento. 31. ff. de cond. et demonstr.* Sic si quis sub hac conditione institutus sit, si Stichum manumiserit, & Stichus antequam manumitteretur decesserit, Morte Stichi hæres conditione defectus intelligitur, ut Vlp. probat *in l. inde Neratius. 23. §. 2. ff. ad l. Aquil.* Cui vehementer refragari videtur ejusdem Vlpiani responsum, quod extat *in l. quæ sub conditione. 8. §. mortuo. 7. ff. de condit. inst.* Cujac. *ad h. l. 39.* respondet *In l. in Neratius.* Servum fuisse occisum post mortem testatoris; at *in d. l. sub conditione 8.* Servum esse mortuum vivo testatore nec potuisse manumitti conditionis implendæ causa: Quæ responsio nequaquam subsistere potest, Nam etiam si Servus vivo testatore decesserit, tamen conditionem defecisse satis liquet. *ex d. l. inde Neratius. §. 2.* Dum Vlp. ait. Quod si vivo testatore occisus sit hæreditatis æstimationem cessare, quia retrorsum, quanti plurimi fuit, inspicitur, quibus verbis satis ostendit Vlp. Occiso servo etiam vivo testatore conditionem institutionis deficere, & licet defecerit conditio tamen quia servus manumittendus occisus erat vivo testatore, quo tempore hæreditas non est delata ejus damni ratione non esse habendam in actione. *l. aquil. l. n. Aquilia ait.* Id quod interest inspicere retrorsum, at hic damnum retro non potest inspicere illatum super re, quæ nondum extabat, & tunc hæreditatis permatura spes est, ut inquit. *l. 1. §. si impub. ff. de collat. bonor.* Alii respondent interesse utrum Stichus naturaliter sit mortuus, an ab alio occisus: Ut illo casu habeatur conditio pro Impleta, hoc non aque. Quæ solutio

solutio etiam à Cujacio existimatur habere rationem: Sed mihi non viderur admittenda: nam siue Servus naturaliter moriatur, siue ex accidente nihil potest imputare ei, qui conditionem implere debebat, nec inter unum, vel alterum casum potest reddi diversitatis, ratio, nec ad rem facit, quod hæres in servo occiso possit consequi indemnitate ab occidente, at servo naturaliter mortuo à nemine posset consequi indemnitate; Non enim hoc in causa est, ut conditio habeatur, vel non habeatur pro impleta, nec ideo conditio deficit, qui pretium hæreditatis ab occiso consequi possumus, sed quia deficit conditio, ideo hæreditatis pretium consequimur.

His igitur responsionibus insuper habitis pro harum ll. conciliatione dicendum in d. l. *qua sub conditione* §. *mortuo*. 7. Manumissionem impositam consistere in modo non in conditione: Scribit n. Vlp. mortuo vel manumisso Stichum vivo testatore eum qui ita hæres institutus est, si jurasset se Stichum manumissurum non videri defectum conditione; Institutus est igitur hæres non hac conditione; si manumississet, sed hac; Jurasse se manumissurum Stichum; Quia vero Stichus vivo Testatore decessit, ac turpe foret hæredem jurare se Stichum, qui mortuus est manumissurum, idcirco & jurandi conditio à Prætoribus remittitur, remissa conditione, institutio pro pura habetur. *arg. l. 5. §. sed si eam. ff. quand. dies legat. ced.*

At dices quamvis Iurisjurandi conditio hæredi remissa sit, debet tamen Stichum manumittere, quia id facere iussus est: Resp. Hæres iussus est manumittere Stichum, sed quasi sub modo, non quasi sub conditione. ac proinde tenebitur implere modum si possit, & si non faciat, denegabuntur ei hæreditariæ actiones: Quod si id non potest, neque id quod

ipsi impossibile est ab eo exigimus, & hæreditas nihilominus apud ipsum manebit: Modus n. impossibilis, vel qui efficitur impossibilis nunquam vitiat dispositionem. *l. fundum. 92. §. si Titio. de legat. 1. Francif. Sarvientus. lib. 2. select. interp. c. 3. n. 8. & seqq.* At rursus dixerit aliquis, quod Vlp. non obscure videatur innuere impositam hæredi manumissionem, in conditione consistere: Sed in jure non est infrequens, ut sub conditionis verbo modus significetur. *l. 1. C. de his qua sub condit. vel mod. & l. quoniam C. de rer. permut. Andr. Tiraquell. de utroq; retractu. part. 2. §. 2. gloss. 1. n. 76. confer Francisc. Servientem d. lib. 2. select. interp. c. 2. n. 9. Hug. Donnell. lib. 8. comment. c. 34. vers. quid dicemus. ut vers. non erat scilicet.*

Rursus vehementer obstat. *l. turpia. 54. §. 1. de legat. 1.* ubi de hac conditione si legatarius Stichum manumiserit, ita scribit Pomponius ut dicat legatum ex hac conditione debere, si servi mors impedierit manumissionem, quia per legatarium non steterit quominus servus pervenerit ad libertatem. Resp. P. Faber. *ad d. l. ibi. h. t. n. 3.* existimat hoc jus olim inter veteres Ictos controversum fuisse, & quidem Pomponium cum in d. l. *turpia*: tum in d. l. *multa. 6. §. ult. de condit. & demonstr. secutum fuisse partes Servii, Sabini, & Cassii: Vlpianum vero Neratii, & Iuliani sententiam probasse. in d. l. inde Neratius ad L. Aquil. à qua solutione non est alienus Francisc. Sarvientus. d. c. 2. n. 7.* Sed quamvis ea probabilis sit, tamen ne facile antinomiam admittere videamur, responderi potest cum Hugo. Donell. in d. c. 34. priorem nostram definitionem hoc Pomponii responso non prorsus subverti, sed potius temperari, & hunc Pomponii sensum esse. Conditionem scil. hoc casu impletam videri, si mors servi, non quæ liber, sed mors sola

N

impe-

impediat manumissionem, quod ita si cum constaret legatarium vivo servo ea facere, quæ ad manumissionem pertinent, puta ad magistratum proficisci manumissionis causa, interea servus non vi, vel alio casu externo, sed naturali morte obierit, tum enim videtur, impedimen-

tum magis à servo ipso, quam aut à casu, aut negligentia legatarii contigisse, & in libertate danda magis videtur testatorem voluisse indicare officium & diligentiam manumittendi, quam præcisam manumittendi necessitatem.

Ad L. 40.

. Pomponius lib. 34. ad Sabinum.

Furiosi, vel ejus, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.

Comparatur hic furioso Prodigus: Prodigus est qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando, & dissipando profundit. *l. 1. de curat. furios.* Et in eas res sumptus facit, quarum memoriam, aut nullam aut brevem est relicturus. Cicero. *lib. 2. offic.* Hic igitur recte Furioso comparatur, Luxus enim illius quædam est dementia, & quamvis in sermonibus videatur mentis compos, in factis tamen est impos. *l. his qui 12. §. 2. ff. de curat. & tut. dat.* Nec minus moribus desipit, quam furiosus animo *d. l. 1. de curat. fur.* Imo habet furiosum exitum *d. l. 12. §. 2.* Hinc consequens est non magis Prodigum quam furiosum contrahendo se aliis obligare, res suas alienare & Testamentum facere posse. *l. is qui 6. de obl. & act. l. is cui lege. qui testam. fac. poss.* Cæterum quod dicitur Prodigum, cui bonis interdictum est, exemplo furiosi non obligariis, cum quibus contrahit, usque adeo verum est, ut ne quidem naturaliter obligetur, atque ideo fidejussor pro eo intervenire nequeat *d. l. 1. t. 1. §. si quis ita. ff. de verb. obl.* At obstat. *l. Marcell. 25. de fidejuss.* ubi Fidejussor pro prodigo proq; furioso non minus intercedit, quam pro Pupillo: Pro-

digus igitur & furiosus naturaliter saltem obligantur: Resp. sub distinctione: Aut Fidejussor intercessit pro prodigo vel furioso jure obligato, ut puta ex quasi contractu vel delicto. *l. furios. 46. de obl. & act.* & tunc fidejussor efficaciter tenetur, & ita intelligenda est *d. l. Marcellus. 25.* cui consonat. *l. si à reo. 70. §. si à furioso. 4.* ibi quod si pro furioso jure obligato. *ff. de fidejuss.* Aut fidejussor intercessit pro furioso vel prodigo jure non obligato, ut puta quādo stipulanti sine consensu curatoris promiserunt, & tunc nec Fidejussor pro eis adstringitur. & de eo casu loquitur. *d. l. 6. de verb. oblig.* Iac. Cujac. *in d. l. 6. & in l. si hominem. 19. de usucap.* Ioh. Robert. *lib. 2. recept. lect. c. 34.* Alii aliter hanc Antinomiam tollere laborant, ut videre est apud Duaren. *in l. 6. de verb. obl.* Ant. Contiv. *lib. 2. lect. subsecivar. c. 3.* Iacob. Rævard. *lib. 2. varior. c. 9.* Ant. Fab. *lib. 8. conject. c. 5. & 6.* Ioh. Godd. *in tract. de stipul. c. 7. n. 131.*

Porro quamvis in hac regula Prodigus furioso comparatur, non semper tamen hæc comparatio procedit: Everhard. Nicol. *in loco legal. 73.* à minori ad Furiosum, vel prodigum, sed in aliquibus juris articulis, Prodigus à Furioso differt. Vt ecce Prodigus stipulando, sibi acqui-

rere,

re, conditionemque suam meliorem facere potest, & in eo est instar Pupilli. *l. certi. 9. §. sed etsi 7. ff. de rect. cred. l. 6. verb. obl.* Furiosus autem nullum negotium gerere potest. *l. 5. ff. h. t. l. 1. §. furiosum. de obl. & act.* Præterea Prodigus doli capax est, cum plerunque nimia luxuria doli aliquis sit, & improba machinatio: Ideoque nec de eo dubitatur prodigum ex delicto & dolo suo malo obligari tam ad pœnam pecuniariam, quam corporalem. Everhard. *d. l. 73.* Decius & alii. *ad h. l. Ant. Gomez. variar. resol. tom. 3. c. 1. n. 75.* Iul. Clar. *lib. 5. sent. §. ult. quæst. 60.* vide omnino And. Fachinæ. *lib. 2. controvers. c. 68.* At Furiosus doli incapax est, ac proinde delinquere nequit. Dixi *ad d. l. 5.* Denique furiosis, quam primum ex mentis suæ potestate exierunt, bonis ipso jure, vel sine aliquo hominis adminiculo interdicitur; Sed ut Prodigum rerum suarum administratio adimatur, sententia Iudicis declaratoria requiritur, id est, debet per sententiam prodigus declarari, ad hoc, ut ei administratio rerum suarum sit interdicta. *l. patri. 27. in prin. ibi.* ut merito etiam bonis ei debeat interdici *ff. de minor. l. Iulianus. 10. ibi;* Quæstiones quæ in *h. l.* sequuntur idem Sandius tractat in tractat. de prohibita alienatione. *c. 1.* Quibus per Prætore bonis interdictum est. *l. si furioso. 16. §. 1. ibi.* Nisi pater aliquid testamento cavisset, Prætor ei bonis interdicturus esset. *ff. de curat. furios.* Formula Interdictionis habetur apud Iulium Paulum. *lib. 3. recept. sen. tit. 4.* hanc interdictionis formulam etiam ex Paulo. *3. sent. tit. 4.* repetit & explicat Borch. in *§. furiosus. inst. de curat.* ubi dicit certam olim interdicens formulam Prætores usos fuisse; quæ formula plane fuisset supervacanea, si ipso jure, & non à Magistratu prodigo bonis fuisset interdictum: Atque hæc est communis Dd.

sententia, quam ex recentioribus etiam defendunt Francisc. Duar. & Jac. Cujac. in *d. l. 6. de verb. obl.* Vigl. Zuichem. in *§. item prodigus. n. 3. Inst. quib. non est permitt. fac. test.* Ioh. Borch. *ad tit. de verb. obl. c. 3. n. 55. & seqq.* Ferd. Vassq. *illust. controvers. lib. 1. c. 17.* Adde Philip. Math. *ad h. l. n. 14.* Iohan. Godd. in tract. de stipulat. *c. 7. n. 134* cum multis sequentibus. Verum dissentiunt Hugo Donell. in *d. l. 6. de verb. obligat.* Stephan. Berchtoldus. *de Iudic. c. 6. n. 87.* verbo & à Magistratu nondum. Diss. item VVilhelmi. Dronryp. in *th. 5. de verb. oblig. lit. 6.* ubi vide multos Dd. allegatos. And. Fachinæ. *lib. 2. contro. c. 63.* Videamus quibus potissimum moveantur rationibus: In primis adducunt *l. is cui lege. ff. qui test. fac. poss. l. 1. ff. de curat. furios. & similes;* Vbi traditum est, quod lege fiat interdictio: lege autem fieri dicitur, quod solius legis auctoritate fit, nulla opera, nullo facto hominis intercedente, unde consequens esse videtur Prodigum bonis interdictum etiam antequam ipsi bonis interdicatur à Prætoribus, vel Magistratu: Sed Respondendum, Prodigis ex lege à Magistratu bonis interdici, id est, non quemlibet magistratum bonis interdicere posse, sed eum duntaxat, cui speciali lege id concessum est, atque hæc est prædictarum legum sententia, quam confirmat auctoritas Ciceronis in Catone Majore, & Valerii Maximi. *lib. 3. c. 5.* Ad eundem modum dicitur Tutor dari ex lege à Magistratu. *l. mutuo. 6. §. Tutoris. ff. de tutelis.* Itemque merum imperium exerceri à Magistratu ex lege *l. 1. ff. de off. ejus cui mand. est Iurisdic. Ioann. Goddæ. d. c. 7. n. 162.* Deinde sic arguunt. Prodigus æquiparatur Furioso; atqui furioso ipso jure administratio interdicitur; Ergo & Prodigum. Resp. ad majorem: Argumentum à Furioso ad Prodi-

gum interdum procedit, non vero semper, præsertim cum diversa in his personis militat ratio, ut hoc nostro casu: Furor enim natura & lege certus est, ac proinde supervacaneum esset, si in eo declarando Iudicis auctoritas requireretur, quod secus est in Prodigio, in quo nec lege nec natura prodigalitas ulla est definita, sed ex variis causarum circumstantiis colligi debet, quare omnino Iudicis auctoritas necessaria visa est. *arg. l. in ambiguis. 85. §. ult. & l. 105. h. t.* Denique obijcitur quod interdictum Prodigio factum ipso jure tollatur, ubi in sanos mores receperit *l. 1. ff. de curat. furios. & c.* unde videtur concludendum, quod interdictio etiam ipso jure fiat sine magistratu. Resp. Vt maxime concedamus prodigum, ubi manifeste frugalis esse cæpit & Prodigus esse definit bonorum suorum administrationem sine Magistratus decreto ipso jure recuperare (quod tamen negat Bernhardus Gualterus *lib. 1. Miscell. c. 38.*) Indetamen minime consequens est bonorum administrationem, etiam ipso jure adimi, quia res redit facile ad suam naturam, & facilius ad ea, quæ sunt juris communis & libertatis reditur ac inde receditur.

Illud quoque à nostris in controversiam vocatur, an in eo qui revera luxuriose vivit, Iudicis decreto opus sit, ita ut ante subsecutam interdictionem contrahendo obligari nequeat? Ioh. Fab. & qui cum sequitur Mynsing. *in §. furiosi 3. Inst. de Curat. censent*, nō requiri, ut notorie prodigo bonis interdicatur, cum manifestum & notorium æquiparetur Iudicato. *l. emptorem. ff. de act. empt.* Sed verius est hoc casu etiam declaratoriam Iudicis sententiam desiderari, ac proinde contractum ante initium validum esse; nam & in notoriis sententia declaratoria opus est. *l. si confessus ff. de custod. & exhib. reor. c. nos in quemquam, 2. quest. 1. Clement. Pasto-*

ralis ibi: Ac quod superdicta notoria per imperialem inter locutoriam declarata de sent. & re Iudic. Atque hanc sententiam tutantur Vigl. Zuichemius. *in §. item Prodigus. n. 3. Inst. quib. non est permiss. fac. test.* Iodoc. Damhouder. *in tract. de tutor. & curat. c. 8. n. 9.* Valentinus Francus *in tract. de fidejussoribus. c. 2. n. 86.* ubi ait hanc esse commune Dd. opinionem: Quod si tamen quis emat ab homine Luxurioso, quem sciat scorto pecuniam illico daturum, aut alias turpiter consumpturum ea emptio non subsistit. *l. si quis. 8. ff. pro emp.* Turpis enim est venditionis causa, & quasi tacito jure ea alienatio est interdicta.

Coronidis loco non impertinenter & hæc quæstio moveri potest, An Meritrici bonis sit interdictum, quod Accursius existimat motus. *per. l. & mulieri. 15. ff. de curat. furios.* ubi hæc verba (mulier luxuriose viventi) exponit meretrici, quem sequitur Cujac. ad Iul. Paulum *lib. 3. sentent. tit. 4. §. 6. & ad. l. 6. de verb. oblig.* Sed verius est nullam legem de scortorum effusione cohibenda positam esse, ut enim rarum est, ut mulier donet. *l. 33. de donat. inter vir. & uxor. l. 4. ff. ad SCum Velleian.* tum vero maxime meritricum genus avarum est, ac proinde deridiculum esset istis meretricibus obscæni quæstus artem professis curatorem dare, qui ne patrimonium everterent, observaret, istis lupis scilicet quibus nihil præter prætiū dulce est, iis scopulis, quibus illisi plerique; fortunarum fecere naufragium: Nec obloquitur *d. l. 15.* quia est referenda ad mulierē patrimonii decoctricem? Nam in toto illo titulo magna ex parte de Prodigio tractatur, & luxuriose vivere, non libidinosè tantum, & petulanter vivere est, sed etiam profuse *l. ex damni. 40. ff. de Damno infecto.* Guil. Fornerius. *lib. 2. select. c. 5.* Anton. Augustin. *lib. 4. emendat. c. 11.*

Ad L.

Ad L. 41.

Ulpianus libro. 26. ad Edictum.

Non debet auctori licere, quod Reo non permittitur.

A It Ulpianus lib. 26. ad Edictum. non debere licere auctori, quod Reo non permittitur: Favorabiliores enim plerumque Rei sunt, quam actores. *l. favorabiliores. h. t.* Ergo vice versa quod auctori licet id multo magis reo licebit. Hinc cum Reus condemnatur, si nec jurare, nec solvere, nec iusiurandum referre voluerit, consequens est ex relatione non jurante auctore absolutionem sequi debere, ut idem Vlp. eod. lib. auctor. est in *l. iusiurandum & ad pecunias. 34. §. ult. ff. de iurejur.* Nec scilicet auctori liceat, quod Reo non licet; sic non licet Reo post litem contestatam procuratorem mutare, nisi causa per Prætozem cognita. *l. post. litem. 17. & ll. seqq. ff. de procurat.* Ergo nec auctori licebit. *l. quæ omnia. 25. ff. eod.* Est tamen casus in quo aliquid auctoribus licet, quod non licet reis; Nam illis beneficio rescripti Principis licet hos extra forum suum trahere.

Novell. 53. in Prin. Rei etiam si rescriptum Principis in hoc impetraverint jus mutandi fori, litemque ex provincia, in qua deliquerunt (quæ pro foro competentis est *l. 1. C. ubi de crimen. agi oportet*) educedendi non habent. *Novell. 69.* unde desumpta est authen. quia in provincia *C. ubi de crim. agi oportet*: Ita fit ut non modo auctori aliquid liceat, quod reo non conceditur, sed etiam ut contra aliam juris regulam hic favorabilior sit auctoris quam rei conditio, sed hic casus singularis est, in quo duæ illæ regulæ perdunt officium suum, & merito quidem propter publicam utilitatem, ad quam vindicta & ultio scelerum pertinet, Reorum autem accusatio, & criminale Iudicium non facile institui potest evocatis per longum forsitan iter, & non sine magna impensa testibus quorum etiam corruptioni diuturnitas temporis & locorum longinquitas occasionem & facultatem præbet.

Ad §. In re obscura.

In re obscura melius est favere repetitioni, quam adventitio lucro.

Quemadmodum in superiori sententia, sic & in hac reus cum auctore confertur, Verum hic potius auctori quam reo favetur, causa siquidem est dispar, & reus de lucro, auctor vero de damno certat. *l. ult. §. fin. vero C. de jur. delib.* Exemplum sumatur ex titulo de conditione indebiti: Condictio indebiti ei denuum competit, qui per imprudentiam, & errorem indebitum solvit, qui

sciens id facit repetitionem non habet, etiam si eo animo solverit, ut repeteret. *l. 1. & l. quod sciens. ff. de condict. indeb. l. cuius per errorem 53. infra. h. t.* Verum si incertum sit, utrum quis sciens an per errorem solverit, repetitio seu condictio locum habet. *l. si non §. si quis falsum. ff. de condict. indeb.* in re enim obscura æquius & melius est repetitioni favere, quam adventitio lucro: Eadem ratione fit, ut ei, qui cum

N 3 dubi-

dubitaret utrum obligatus est, nec ne, pecuniam indebite solvit, conditio indebiti detur. *l. fin. C. de condict. indeb.* Non obstante transactionis præsumptione, propter quam repetitio cessare prima facie videbatur. *l. in summa §. 1. de condict. indeb.* At contra hanc legem objicitur. *l. cum hic status. 32. §. si ambo. 14. ff. de donat. int. vir. & uxor. & l. si inter. 8. ff. de reb. dub.* ubi donatione inter virum & uxorem facta, siquidem is, cui donatum est prior mortuus fuerit, res ad illum qui donaverat, redit, quod si simul decesserint, & dubitetur uter eorum prior exspiraverit valet donatio: In re igitur dubia juris auctores hoc casu hæredibus ejus, cui donatum est, de lucro certantibus magis favent, quam hæredibus illius qui donaverat, de damno certantibus. Ref. Donationem va-

lere propter duas causas: Primum enim in oratione, qua donationes inter virum & uxorem infirmantur, hæc verba extant: Nullius momenti esse donationem si prior vita decesserit, qui donatum accepit, cum simul perierit. *d. l. cum hic status. §. si ambo.* Deinde eadem oratione cavetur, ne, si is qui donavit decesserit, hæres ejus rem donatam repetat: Hæredi n. id quod donatum est, eripere durum & avarium est. *d. l. cum hic status. 32. §. ait. oratio.* Ut ergo revocari possit donatio, donatorem, qui rem donatam condicat, superstitem esse oportet; atqui in proposita specie non est superstes donator, qui rem repetat, itaque recte responsum est donationem firmam ratamque esse *d. l. si inter virum 8. ff. de reb. dub.*

Ad L. 42.

Gajus libro. 9. ad Edictum provinciale.

Qui in alterius locum succedunt, justam habent causam ignorantia, an id, quod peteretur, deberetur. Fidejussores quoque non minus, quam hæredes, justam ignorantiam possunt allegare. Hæc ita de hærede dicta sunt, si cum eo agatur: Non etiam si agat. Nam plane qui agit, certus esse debet: cum sit in potestate ejus, quando velit, experiri: Et ante debet rem diligenter explorare, & tunc ad agendum procedere.

Quamvis hæres defuncti personam sustineat, & in universum jus vitiorum pariter, & virtutum succedat. *l. hereditas. ff. tit. proxim. l. jam hæres. ff. de divers. & temp. præscript.* tamen cum hæres in se ignorare potest negotia defuncti, summa ratione placuit, si quid ipsius ignorantia commissum sit, id ipsi reo imputari non posse. *h. l. l. liberorum. ff. de his qui not. infam.* Hinc consequitur hæ-

redem qui à creditore hæreditario interpellatus pecuniam petitam non statim solvit, sed cum ignoraret an, & quantum deberet ad judicium provocavit ad usuras non teneri, etiamsi ex bonæ fidei contractu pecunia illa debeatur, itemque si species debita post interpellationem fuerit extincta, non tamen idcirco ejus esse periculum, nam & in bonæ fidei contractibus usuræ ex mora demum debentur, ut quæ non

non ob lucrum petentium, sed ob moram non solventium infliguntur. *l. mora §. in bonafidei, & l. cum quidam. §. si pupillo. ff. de usuris.* Et periculum rei ita demum ad debitorem pertinet, si post moram illius perierit res. *l. quod te ff. si cert. pet. l. si ex legati causa de verb. oblig.* Atqui hæres in proposita specie nullam moram commisit, siquidem nescivit, an, quantum, & quid debuerit defunctus. *l. non potest. 99. infra. h. t.* Itaque non debet ei vitio verti, quod Iudicium accipere & litigare, quam solvere maluit. *l. si quis solutioni. 24. ff. de usuris. l. qui sine dolo. 63. inf. h. t.* Sed notandum hæredem habere Iustam ignorantiam usque ad publicationem instrumentorum, & productionem testium, & quibus certior fieri potest de negotiis defuncti; quare si nihilominus in lite perseveret erit ab illo usque condemnandus in expensas litis, quia non potest amplius allegare Iustam ignorantiam Bart. *ad h. l. per. l. si quis inficiatus. ff. de positi.* Adde And. Fachinæ. *lib. controvers. c. 41.*

Quod de hærede hætenus dictum est, hoc in *h. l.* dicitur etiam obtinere in fidejussore, ut scilicet is quoque Iustam possit allegare ignorantiam, unde si Fidejussor conventus, cum pecuniam debitori non numeratam esse, vel exceptionem pacti de non petendo, aliamve similem ei com-

petere ignoraret, ex causa fidejussionis solverit, mandati actione solutum repetere poterit, quia nihil est quod ei hoc casu imputetur, & vere debitor potuisset & debuisset eum certiore reddere, ne forte ignarus solveret indebitum. *l. si fidejussor. 29. ff. mandat.* Verum enim vero quod dictum est hæredem Iustam ignorantiam allegare posse, id locum habet quando convenitur, non quando agit, nam qui litem alicui movet, etiamsi hæres sit, de re tamen de qua agit certus esse debet, habet enim in sua potestate quando utatur jure suo, seu quando agat, cum econtrario is qui convenitur non habet potestatem, quando conveniatur, Quo etiam fit ut actio doli anno finiatur exceptio vero doli perpetua sit. *l. pure. 59. §. fin. ff. de dol. mal. except.* Item ut in petenda restitutione in integrum, si dilatio ultra receptum legitimi temporis spatium petatur, actori petenti denegetur, reo concedatur. *l. penult. C. de temp. in integ. restitut.* Ergo si hæres plus quam ad se pertinet petierit, non erit audiendus, si velit allegare ignorantiam, sed incurrit in poenam in eos, qui vel re vel tempore, vel loco, vel causa plus petunt jure novo constitutam. *§. si quis agens. & §. sed hæc quidem. Inst. de act. §. hodie Inst. de except.*

Ad L. 43.

Vlpianus Libro. 28. ad Edictum.

Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit. §. 1. Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet.

IN hac lege duæ proponuntur sententiae, quarum una cum sit de reo, altera de actore, ex iis inter se collatis ap-

paret plus reo permitti, quam actori. De reo priori loco scriptum est, videlicet non prohiberi eum compluribus eisque diversis

versis defensionibus uti, quod & traditum est in l. 8. ff. de except. c. nullus. de reg. jur. in 6. Ergo etiam si debitor initio litis se obligatum esse negaverit, postea tamen per exceptionem pacti de non petendo, vel iurisiurandi, vel rei iudicatae se defendere potest. & contra etiam si principio opposuerit actioni, vel temporalem vel peremptoriam exceptionem, non prohibetur tamen postea nihil à se deberi, nec ideo quod exceptione usus est, existimabitur esse confessus intentionem actoris. l. non utiq. 9. ff. de except. Cautionis tamen est, ut exceptio sub conditione proponatur; Veluti, Reus negat debitum, & si contingat probari opponit exceptionem pacti de non petendo. Divus in d. c. nullus. Dd. in l. siquidem. C. de except. quam cautelam Advocatorum appellant Salicetus. & Bald. in l. 1. C. de furtis.

Sed quid si reus primo simpliciter exceptionem opposuit, numquid id quod petitur, negare possit? velutiis, cum quo tanquam cum fideiussore agebatur usus est exceptione ordinis seu excussionis, postea vero negat se fideiussisse, an erit audiendus? Vel si reus conventus prius simpliciter dicat se solvisse, an postea poterit opponere exceptionem non numeratae pecuniae? Dubium movet, quod hic exceptio, quae non probatur, videatur resolvi in confessionem, ut tradit Felinus in c. cum venerabilis. n. 13. u. ext. de except. Verum hoc nihil obstante existimo reum se negando postea tueri posse, ut actor id quod intendit probet. l. qui accusari. C. de edendo. l. actor. 23. C. de probat. Nam exceptio opposita non ante probari debet, quam si actor docuerit, quod asseverat. l. exceptionem. 19. C. de probat. Et Erroneum est, quod dicitur exceptionem non probatam resolvi in confessionem. Rectius Bald. in d. l. exceptionem tradit reum excipiendo non fateri intentionem esse ve-

ram, qui ad effectum contradicendi excipit, non ad effectum confitendi, nec huic sententiae officit, quod reus exceptionem suam probare debeat; hoc enim verum est, si vel reus ipse palam confessus sit de intentione actoris asseverando se exceptione munitum esse, tum n. de hac tantummodo agi oportet, & reo ea est probanda. l. siquidem. C. de except. aut si actor suam intentionem probavit, secus est si reus de intentione actoris dubitet. d. l. exceptionem & ubi Dd. C. de probat. Porro quod dictum est reum posse pluribus defensionibus uti, hoc ita procedit nisi lex impediat. h. l. nost. Vt ecce Dominus qui ex delicto servi sui convenitur etiā condemnatus ipsius corporis quod deliquit deditione litis aestimatione evitare potest. l. 1. ff. de Noxal. act. Inst. de Noxal. act. in prim. At si negaverit servum, cuius nomine actio noxalis instituerit, in potestate habere, mendacii convictus non utetur ea defensione, sed dabitur adversus eum iudicium sive noxae deditione, id est, cogetur litis aestimationem sufferre l. quoties. §. prator. l. si servus depositus. §. si negavit. ff. de noxal. action. Idem obtinet in actione de pauperie l. in 1. prin. & §. interdum. ff. si quadr. paup. fecisse dicat. Sic si debitor, adversus quem conditionem certi ex mutuo agitur, Sygrapham quam actor profert se scripsisse negaverit, aut pecuniam sibi non numeratam esse dixerit, non poterit postea alia defensione uti. Novell. 18. §. Studium. Hanc tamen inficiationis poenam quis evitabit, si utatur hac clausula: Nego narrata pro ut narrantur, Et dico petita non esse vera: Quia per talem negationem videtur negare illud, quod est de substantia Libelli, non autem ejus circumstantias, ut post alios declarat Hypolitus de Marsil. in sing. 242. & Maranta in aurea prax. part. 6. tit. de litis contest. n. 5. Atque haecenus de Reo egimus.

Ad

Ad actorem quod attinet: Is si plures habet ejusdem rei nomine actiones, una tantum experiri potest. *h. l. 43 in fin.* Quod ut rectius intelligatur operæ pretium erit obscuram illam & nostrorum disputationibus intricatam de actionum concursu quaestionem fusius aliquanto, proindeq; planius explanare: Cum Reip. intersit quæque jus suum persequi posse, & delicta non manere impunita: Cumq; nobis expediat plura habere remedia, quibus id, quod nostrum est, vel nobis debetur consequamur, saepe accidit, ut uni adversus eundem non modo diversarum rerum. *l. plura. § 3. de obl. & act.* sed etiam ejusdem rei nomine plures actiones competant. *h. l. 43 & d. l. plura.* De his igitur actionibus simul concurrentibus: Quæritur an quia omnes competunt, etiam omnibus experiri liceat? Quæ quaestio hac adhibita distinctione explicanda est. Quoties plures actiones ejusdem rei nomine concurrunt: Aut omnes sunt rei persecutoriae: Aut omnes sunt pœnales, siue merae, siue mixtae, eaque aut ex pluribus factis, aut ex pluribus delictis, aut ex uno facto, aut uno delicto, aut ex uno facto & pluribus delictis nata: Aut una est rei altera pœnæ persecutoria: Aut una rei persecutoria, altera mixta. Rursus quando omnes concurrentes actiones sunt rei persecutoriae, tunc aut omnes sunt reales, aut omnes sunt personales: Eaque aut ex diversis causis, aut ex eadem descendentes: Singula hujus distinctionis membra singulis regulis includemus.

Quoties concurrunt plures actiones reales ejusdem rei nomine, una tantum quis experiri debet. *h. l. nost. in fin. l. 3 §. 6. 7. & l. 14. § 2 ff. de except. rei jud.* Ratio Regulæ est in *l. bona fides h. t.* ubi traditur: bonam fidem non pati, ut bis idem exigatur. Non obstat *l. 1 §. qua*

autem. ff. quod legator. Ubi de re hæreditaria ab aliquo occupata dum incertum est, utrum is pro legato, an pro hærede, prove possessore possideat: permittitur hæredi agere petitione hæreditatis & simul interdicto, quod legatorum: Nam verbis hic proponuntur quidem de eadem re plures actiones, revera autem & exitu non nisi una; Instituuntur enim hæ actiones sub contrariis conditionibus, ita ut non possit nisi una ex his vera esse conditio: Atque hac admittitur sic locus fiat uni actioni, ut altera etiam intentione & sententia actoris repudietur, quod ipsum non obscure Jctus indicat, dum ait: Quoties incertum est, quæ otius actio teneat: Nam duas dictamus potestati ex altera nos velle consequi quod nos contingit: In casibus igitur incertis cumulatio actionum admittitur. And. Gail. *l. 1. obs. c. 63. n. 3*

Quoties plures actiones personales rei persecutoriae ex diversis causis descendentes concurrunt omnibus licet experiri.

Singulas enim obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ullæ earum alterius petitione variatur *d. l. 14 § 1 de except.* Huc spectat *lex nunquam. 130 b t.* Nunquam, inquit Jctus, actiones personales de eadem re concurrentes alia aliam consumit; quibus verbis eum non solum actiones pœnales de eadem re concurrentes complecti apparet, nam particula (præsertim) indicat idem obtinere in rei persecutorii, nempe personalibus. Igitur si eadem pecunia ex mutuo & ex fideicommisso debeatur, creditor si pecuniam ut debitam ex mutuo petierit & succubuerit, poterit nihilominus ut fideicommisso relictam petere; Nec ei obstat exceptio rei judicatae. *l. Lucius Titius. 93. § 1. de legat. 2. l. Aurelius. 28. §. ult. ff. de liber. legat.* Idem est si mihi Stichum

O

pro.

promiseris per stipulationem, eique postea hæres extiteris, qui mihi servum legaverat vel etiam promiserat; Nam ex duabus causis ejusdem servi nomine duabus actionibus tecum experiar. *l. 1. si 16. 18. ff. de obl. & act.* Sic si primo vendidi servum, & eundem postea integrum secundo vendidi, teneor utrique ex vendito, sed etsi primo secundus hæres aut successor extiterit, bis me secundus ex empto convenire actione poterit, & ante aditam hereditatem, quasi venditorem proprium, & adita hereditate quasi hereditarium: Idem est etsi venditor venditorihæres extiterit, cum ab utroq; antea servum emptor separatiim comparasset, & hæc est sententia. *l. non est novum. 10. ff. de act. empt.*

Verum hæc regula non procedit, quando eadem res ex duabus causis lucrativis, debetur, tunc enim ea non amplius quam semel exigi potest: Nam duæ lucrativæ causæ in unam, & eandem personam concurrere non possunt. *§. si res aliena. Inst. de legat. l. si mihi & tibi. 12. ff. de legat. 1. l. omnes. 17. ff. de de obligat. & action.*

Quando plures actiones personales ejusdem rei nomine, & ex eadem causa concurrunt, una tantum non omnibus utendum est.

Nam ideo plures alicui deferuntur actiones, non ut eas omnes simul dictare possit, sed ut laxior & uberior facultas suppetat, & una ex pluribus electa intretur. *h. l. nemo l. plura. 53. de obl. & act.* igitur ex pluribus actionibus de eadem re concurrentibus, & ex eadem causa descendentes, si actor una egit, & res Iudicio finita est, continuo altera actio de eadem re consumitur. *l. qui servum. 34. ff. de obl. & act.* Vbi si concurrant cum actione commodati, conditio furtiva altera alteram consumit ipso jure, vel per exceptionem. Ipso jure si prius actum sit conditione; Per exceptionem si prius a-

ctum sit commodati, quæ est bonæfidei, nam si postea agatur opponitur exceptio, atque ita per priorem actionem perimitur ipso jure posterior, si sit bonæfidei: Perimitur per exceptionem si sit stricti juris. Differentiæ ratio indicatur. *in l. 3. circa fin. ff. de rescind. vend.* Non obstat huic regulæ. *l. hæc distinctio. 35. §. ult. ff. locati:* ubi ex eodem contractu quis duas actiones simul movit locati, & conducti: Non enim ejusdem rei nomine utramque infert, Nam conducti actione pars Rei: Locati pars actoris in Iudicium venit, ut Africanus & ad eum notans Cujac. ibidem docet: Non adversatur etiam hujus regulæ. *l. 1. §. ult. ff. quand. de pecul. act. annal. est.* Vbi ex eodem contractu ejusdem rei nomine bis eadem actione agere licet; Nam id eo fit, quoniam prius Iudicium actor errans male intentarat, male etiam ei objecta fuerat exceptio.

Denique hæc regula ita demum procedere intelligenda est, si omnium actionum concurrentium eadem vis, causa, & efficientia sit, id est, si nihil amplius in una, quam in altera sit, nam si quid pluris sit in posteriore, quam fuit in priore, tunc illa per hanc non in totum perimitur, sed in id adhuc superest, quod amplius in ea est. *l. si ex facta. 49. & l. si actum. 43. ff. pro socio.*

Quando concurrat actio personalis cum actione reali tunc altera per alteram non consumitur ipso jure, Sed tantum ope exceptionis. *l. 9. §. 1. ff. de furtis.* ubi vindicatio & conditio ejusdem furti nomine intentari possunt, nam altera alteram non tollit ipso jure, quia altera personalis est altera realis. Verum si Dominus vindicatione rem suam est consequutus, & postea conditione agit, opposita exceptione quod rem sit consecutus, repellitur. *l. si pignore. 54. §. cum furti. 3. ff. de furtis.* Vnde etiam Pomponius in *d. l. 9. ait:* Vitium

Ultimum illud summi juris Iudicis officio corrigendum esse.

Quando ex pluribus factis, & pluribus delictis de eadem re plures nascuntur actiones, altera alteram non consumit.

Nam, ut Inquit Vlp. in l. 2. ff. de pri-
v. delict. Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur, neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam, ut si unus occiderit hominem, & eandem furatus sit, duo sunt facta, & duo delicta, & duæ inde competunt actiones: agitur enim ex l. Aquil. & furti: Altera alteram non consumit, id est, ex utraq; actione actor solidum consequitur, utrumque punitur: Cedes & furtum d. l. 2. Sic ejusdem rei nomine quis ex diversis factis tenetur furti manifesti, & nec manifesti tenetur actione l. vulgaris. 21. ff. de furtis. Item si Tutor in tutela gerenda aliquid abstulerit & averterit ex bonis pupilli, & quid fraudandi animo subripuerit, tenetur non modo actione rationibus distrahendis, sed etiam furti, nec illo conventus hac liberatur, altera alteram non tollit, quia ex eodem facto utraq; non oritur, sed una ex actu & administratione tutelæ male gesta; ex furto vero altera. l. 1. §. hunc tunc tutorem. 22. & l. 2. ff. de tutel. & rat. distrab. Igitur quoties ex pluribus factis plures actiones sunt, una non minuit aut tollit alteram, siue omnes meræ pœnales sunt, siue una pœnalis & altera mixta.

Si duæ actiones mixtæ ex duobus factis, & ex duobus delictis concurrant, altera alteram consumit, quatenus rei persecutionem utraque continet, non consumit, quatenus utraque pœnalis est.

Veluti si (ut proponitur in l. 2. ff. de privat. delict.) aliquis hominem rapuerit, & occiderit, nam & vi bonorum raptorum, & l. Aquilia tenetur, quæ ambæ actiones mixtæ sunt harum altera alte-

ram consumit, quatenus una actio æstimationem consequitur: Hactenus igitur sunt plures actiones ejusdem rei nomine, ideoque æquitas suadet, ut hactenus una tantum experiamur, una tantum contenti simus, una hactenus alteram consummat. h. l. 43. in fin. l. actione 50. ff. pro socio l. qui servum. §. 1. de obl. & action. Quatenus autem utraq; hæc pœnalis est, altera alteram non consumit quoniam æquum est nullius delicti impunitatem dari.

Cum ex uno facto & uno delicto vel ex uno facto & pluribus delictis plures nascuntur actiones omnibus experiri permitti post magnas varietates obtinuit.

L. cum ex uno. 32. ff. de obl. & act. quæ lex loquitur quidem de eo casu, quando unum est delictum, & unum factum, sed longe major æquitatis subest ratio, ut permittatur omnibus actionibus uti, quando plura delicta sunt, quam ubi unum solum est delictum itaque inter hos casus nulla statuenda est differentia.

Ex uno delicto plures competunt actiones veluti si quid Publicanus non jure abstulerit unum delictum est, sed sunt plures actiones; tenetur enim edicto de publicanis in duplum, & actione furti vel bonorum raptorum l. 1. §. 2. ff. de publican. Et si quis rem alienam rapuerit, unum delictum est, sed sunt plures actiones, furti & vi bonorum raptorum: Nonnunquam accidit ut unum sit factum & plura delicta, veluti si quis virginem imminaturam constupraverit, duo delicta uno facto committit. injuriam committit & Damnum injuria datum. l. si Stuprum. 25. ff. de jurejur. l. inter liberas. 6. ad l. Iul. de adult. Si quoque alienum servum quis injuriose verberet, duo sunt delicta, unum factum duo delicta ut Damnum & Injuria: Damnum quia deteriore & vilioris fecit. l. 13. ff. de rei vind. Injuria

ria quia contumelia affecit. *l. 5. § injuriam. ff. ad L. Aquil.* His igitur duobus casibus pluribus actionibus uti licet.

At vehementer obstare videtur *l. plura. § 3. ff. de obl. & act. ubi.* Modestinus plura delicta, inquit, in una re (id est, in uno facto) plures admittunt actiones sed non posse omnibus uti, probatum id est, non quemadmodum ubi plura sunt delicta & facta omnibus actionibus uti licet, ita ubi plura delicta & unum factum, sed hic tantum una agendum est; utitur autem Modestinus comparatione plurimum actionum, quæ oriuntur ex una obligatione, id est, ex uno contractu vel quasi: Nam, inquit, si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo non omnibus utendum est, ergo etiam hoc casu, cum non ex pluribus, sed ex uno tantum facto plures nascuntur actiones, non omnibus sed una tantum experiri licebit. Resp. Regula nostra locum habet si plus in actionibus reliquis, minus in ea, quæ jam dictata est, actione sit, ut scilicet omnibus experiri liceat ejus videlicet quod plus erit consequendi causa, & hoc temperamento, hanc regulam intelligendam esse suadet. *l. quoties. 41. §. 1. ff. de obl. & act.* ubi Paulus ita definit: Si eodem facto (adde & uno ac eodem vel pluribus delictis) duæ competant actiones postea Iudicis partes potius esse, ut quod plus sit in reliqua actione id actor ferat, si tantundem aut minus, Nihil (sic enim legendum esse Jacob. Cujac. *lib. 3. obser. c. 25.* recte notavit, temere reprehensus à Iohanne Roberto in animadvert. & notis ad Notata Mercatoris utrobique *lib. 1. c. 29.*) ex posteriori actione consequatur, facit. *l. 1. & l. penult. de arb. fuit. cas. & l. 1. ff. de vi bonor. raptor.* Atque ita uno facto vel pluribus delictis pluribus actionibus experiri licet, si prior leviori actor sit usus. Nam

quod plurius est in altera peti potest, ut si egerit cum raptore furti in duplum, qui tenetur etiam vi bonorum raptorum in quadruplum, superest actio vi bonorum raptorum, seu in id tantum, quod amplius in ea est, actio quæ est levior delibat, & diminuit, & ad aliquod consumit actionem graviolem, nempe vi bonorum raptorum, non omnibus uti licet, si prius egerit graviore actione, ut si prius egerit vi bonorum raptorum consumitur actio furti nec manifesti; atque hoc temperamentum in definitione Modestini etiam est intelligendum: quod enim ait non posse nos uti omnibus, sic interpretandum est, ut non possimus uti indistincte, & pro arbitrio, ut puta etiam in eam summam, quam semel una aliqua consecuti fuerimus, non etiam ut non liceat consequi, quod nobis ex una amplius debetur. Ex his nunc intelligenda est differentia, quæ est inter hanc regulam & regulam sextam: ubi enim plura sunt facta, & plura delicta, omnibus actionibus experiri licet, ut singulis solidum consequamur; ubi vero unum factum est & unum delictum, vel unum factum & plura delicta non omnibus simul competentibus actionibus agere permittitur, ut singulis solidam poenam consequamur, quod plus fuerit in una actione, quam in alia.

Si rei persecutoria concurret cum poenali, Neutra alteram tollit.

Ut conditio furtiva non tollit actionem furti. *l. si pro fure. 7. ff. de condict. furti.* Actio furti non tollit actionem depositi. *l. si sacculum. 29. ff. de depositi.* Neque actionem locati: *l. si locatum. 42. ff. locat. d. l. qui servum. 34. §. hinc de colono. de obl. & act.* Neque pro socio. *l. res communis. 45. ff. pro socio:* Quoniam aliud rei persecutoria persequimur nempe rem: Aliud actione poenali scilicet poenam: Ita non ejus-

eiusdem, sed diversarum rerum nomine hæ actiones competunt, ideoque non mirum si altera alterum non consumat.

At huic regulæ ob stare videtur *l. 3. §. pen. & l. licet gratis. 6. ff. naut. caup. & stabul.* Ubi dicitur si actum sit actione de recepto, quæ est rei persecutoria non posse agi actione furti: Resp. sub distinctione: Aut idem in eundem habet actionem mere pœnalem & rei persecutoriam, & tunc altera alteram non tollit: Aut idem in unum habet actionem rei persecutoriam, in alterum mere pœnalem, vector, qui habet in exercitorem actionem de recepto, in furem furti, hic sane si elegerit exercitorem, non potest transire in furem quod si elegerit furem, de recepto exercitor absolvitur, una igitur actione vector contentus esse debet, ne sæpius de unius hominis admisso quaeratur.

Rursus ob stare vid. *l. 1. C. de furtis*: ubi furti & mandati actione quis simul agere nequit: contra. *l. si servus. 14. ff. Commodat.* Resp. ubi Dominus agit mandati non ut pecuniam recipiat suam, sed ut *L. Titius* mandatum impleat, & ex bona fide fundum restituat sua pecunia comparatum, quo genere plane habet ratum omne id, quod cum servo *L. Titius* gessit. Ideoque furti agere non potest, alioquin secum pugnaret, nam agendo furti improbaret quod *L. Titius* cum servo gessit, & idem probaret agendo mandati: At si ageret mandati ad pecuniam accipiendam duntaxat, non prohibetur etiam furti agere: Cum enim una rei persecutoria sit, altera pœnalis, utriusque concurrentis. Cujac *lib. 7. obs. c. 12.*

Denique dubitationem movet. *l. si is cui. 71. in prim. ff. de furtis.* Vbi qui cum mandatario agit furti, commodati agere nequit, & vice versa. Resp. Actio furti

genus est, cujus duæ sunt species, una ad pœnam duntaxat, quæ generis nomen retinet, altera ad rem, quæ dicitur condictionio furtiva: Quanquam autem actio furti plerumque significat actionem pœnalem, tamen nonnunquam etiam significat condictionem furtivam, ut in *l. cum furti. 9. ff. de condict. furt.* atque ita etiam ea accipienda in *d. l. si is cui. 71.* cum igitur condictionio furtiva, & actio commodati sint ambæ rei persecutoriæ, recte altera per alteram tollitur.

Concurrente actione rei persecutoria, cum mixta pœnali, si prius actum fuerit rei persecutoria, tollitur mixta, quatenus rem continent, quam actor rei persecutoria est consecutus, & in id quod super est actio mixta remanet: Sin prius actum sit actione mixta, rei persecutoria tollitur omnimodo.

Vt si Commodatarius, colonus, socius, rem commodatam, locatam, communem deretio rem reddiderit, tenetur eodem tempore actione commodati, locati, vel pro socio; & simul actione *L. Aquiliae*; Quod si igitur prius actum sit actione commodati, vel locati, vel pro socio, actio. *L. Aquiliae* non omnino tollitur, sed quod plus in ea erit, actor consequetur, pœnam scilicet. *l. 10. ff. de rei vind.* Verum si prius ex *L. Aquilia* actum fuerit deinde commodati, vel alia rei persecutoria actione agere velit, non audietur. *l. unde. 7. in fin. ff. Commod. l. qui servum. 34. §. fin. ff. de obl. & act.* Qui §. legendus est deimpta bina negatione, ut eum legit Cujac. *lib. 3. obs. c. 23.* & post eum Hottom. *illustr. quest. 27.* & Vincentius Cabotius. *lib. 1. disput. c. 30.* Quamvis dissentiant Ioannes Robert. *lib. 2. recept. lect. c. 25.* & in animadvers. & in notis. ad Notata Mercatoris utrobique *lib. 1. c. 29.* & Hugo Donell. *lib. 21. comm. c. 3.*

Non obstat hujus regulæ l. si Colonus. 9. ff. de arb. furt. cas. ubi concurrat actio locati, & actio arborum furtim casarum mixta. l. si vulneraveris. 43. ff. locati. Vbi est actio locati & L. Aquilæ: Nam quod iis locis dicitur actorem una contentum esse debere, & si una earum actum fuerit, cæteras tolli, illud cum hac moderatione accipiendum est, si prius actum sit mixta actione. d. l. 7. & l. 18. ff. Commod. Vel si prius actum sit rei persecutoria, ut eatenus tollatur mixta, quatenus ex priori Iudicio ad actorem pervenerit, omnino au-

tem non tollatur. l. 1. ff. arb. furt. casar.

Sic quoque non refragatur l. in heredem. 5. ff. de calumniis. Dum enim lex ait: Alterutram actionem sufficere, hoc ita accipe si prius egero in quadruplum ex illo edicto de Calumniatoribus. Quod tibi pecuniam dedi ne me vexares, & negotium facereres, postea non agam conditione ob turpem causam, & si prius egero conditione ob turpem causam non agam in quadruplum, sed in triplum tantum: Atque hæc de actionum concursu dicta sunt

Ad L. 44.

Vlpian. lib. 29. ad Edictum.

Toties in heredem damus de eo, quod ad eum pervenit, quotiens ex Dolo defuncti convenitur, non quotiens ex suo.

De hac lege actum est supra. ad L. 26. h. t.

Ad L. 45.

Vlpianus libro. 30. ad Edictum.

Neque pignus, neque Depositum, neque precarium, neque Emptio, neque locatio rei suæ consistere potest.

Quemadmodum nemini res sua servire potest, Sic nec cuiquam res sua obligari, nec rei suæ pignus consistere potest, quia nemo in re sua quicquam præter Dominium & proprietatem habere potest. l. non solum. §. si rem tuam. ff. de usurpat. & usucap. Sed etsi ab initio pignus recte constitutum fuerit, veluti si debitor rem propriam creditori obligaverit, solvitur tamen ubi Creditor Dominium ejus acquisivit, cum res in eum recederet casum, à quo incipere non potest. l. pen. §. ult. ff. de except. rei Jud.

Nec obstat. l. debitor. 49. ff. ad SC. Trebellianum. Nam in ejus legis specie pignus idcirco remanet, quod cum restituta Fideicommissario hæreditate rei pignoratæ, & cæterarum rerum hæreditariarum dominium à creditore abscedat, ac obligatio naturalis, quæ inter ipsum, & defunctum fuit, restauretur, etiam pignus perseverare certum est. l. questum in fin. ff. de pignor. Similiter nec depositum rei suæ valet; nec enim in bona fide est ut rem suam dominus cuiquam restituere cogatur, unde si Dominus rem suam apud te Depositam

sitam restituerit, indebiti conditionem eo nomine, habet. *l. qui rem. 1 §. l. bona fides §. fin. ff. Depositi.* Sic etsi Dominus rem suam precario rogavit nullius est momenti precariū. *l. in rebus. §. item. si rem. ff. de precario.* Nam & Domino tametsi usus rei non fuisset ei concessus uti tamen ea pro arbitrio licuisset: Possessionis n. quæ apud alium est precarium valere constat, ut si debitor rem, quam pignori dedit, à Creditore, precario rogaverit. *l. certe. 6. §. fin. ff. de precario.* Pari ratione nec emptio rei suæ tenet. *l. suæ rei. ff. de contrah. empt. l. servum. ff. de condict. indeb.* Nam quod quicquid emitur eo fine comparatur, ut à nobis acquiratur, res autem nostra à nobis acquiri non potest; quia quod seinel est meum, non amplius meum fieri potest. *§. sic itaque. Inst. actionib. l. non ut ex pluribus. h. t. l. 4. C. de contrah. empt.* Nihil autem refert sciens ne an ignorans quis emerit rem suam, quia neutro casu constat emptio, ad pretium tamen solutum quod attinet, multum interest inter scientem & ignorantem, nam qui rem suam ignorans emit, pretium solutum condicere potest. *l. servum. 37. ff. de condict. indeb.* Qui sciens id fecit repetitionem nullam habet: Nam scivit, aut emptionem suæ rei non consistere, atque idcirco se ad pretium solvendum non teneri, & videtur donasse pretium. *l. cuius per errorem. h. t.* Aut falso existimavit rem suam emi posse, & erravit in iure, qui autem in iure errat indebitam pecuniam solvens non repetit. *l. error. ff. de jur. & fact. ignor.*

Ceterum quod diximus emptionem rei suæ non valere, de ea, quæ pure contrahitur, intelligi debet; Nihil n. vetat rem, quæ nostra est sub conditione, emi, ut quia futurū speratur ut nostra esse desinat, quo quidem casu, valet emptio, si conditionis

existentis tempore res desierit esse nostra: Sin autem adhuc nostra fuerit, Nihil actum est. *l. existimo. ff. de contrah. empt.* Quin etiam aliquando rei nostræ emptio etiam pure contracta constat, si forte Dominium ejus aliquo casu nobis auferri possit. *l. 4. C. de contrah. empt.* Similiter si res emptor cum alio sit communis consistit emptio, sed pro illa tantum parte, quæ aliena est, itaque si pretium scinditur, ita ut pro parte duntaxat aliena exigi possit. *l. sed si communis. de contrahen. empt.* Sed etsi rem meam possideat alius, qui in iudicio possessionis potior esset futurus, recte ab eo possessionem eruo. *l. si aliquam rem. 28. §. nam etsi. ff. de acquir. possess.* Denique nec locatio rei suæ tenet, nam cum proprium sit Domini re sua posse uti iniquum esse ejus usus nomine cui quam à Domino Mercedem præstari. *l. qui rem. propriam. C. locati.* Quin etiam si ab initio locatio contracta sit, extinguitur tamen si postea Conductoris res esse cæperit. *l. si quis domum. §. fin. ff. locat.* Verentamen ut emptor & præcarium ita & conductio possessionis rei suæ valet. *d. l. 28. de acquir. possess.* Porro ex his quæ diximus, Duo consequuntur. Primum est Dominum, qui rem suam pignori accepit, vel apud se deponi passus est, vel præcario rogavit, vel emit, vel conduxit, neque pignora titia, neque depositi neque de precario, neque ex empto, neque ex locato teneri. *l. rem suam. ff. depositi. l. si de eo. 40. §. ult. ff. de acquir. possess.* Alterum est interpellari his casibus usucapionem, neque enim qui rem vero Domino pignori dat precario concedit, vendit, locat, vel apud eum deponit possessionem per eum retinere potest. *l. ei a quo. 21. & l. 33. §. 5. ff. de usucap. & usurpat.*

Ad §.

Ad §. Privatorum.

Privatorum conventio Iuri Publico non derogat.

Hunc §. explicavi supra ad *l. nec ex pratorio. 27. h. a.*

Ad L. 46.

Gajus libro 10. Ad Edictum Prævinciale.

Quod à quoquo pænæ nomine exactum est, id eidem restituere non cogitur.

Quoniam delinquens Reipublicæ simul, quam offendit, & illi cui damnum dedit obligatur. *tit. Inst. de oblig. qua ex delict. nasc. l. si rerum 52. ff. de re iudic.* Consentaneum est, ut id quod sui liberandi, idest, pænæ nomine dedit repetere non possit: Pænæ enim non solent repeti, cum sunt pensæ, id est, solutæ. *l. pænæ. 42. ff. de condict. indeb.* Quare si quis à legatario, cui sub conditione legatum erat, interdicto de tabulis exhibendis conventus & condemnatus a stimulationem rei præstiterit legati non poterit, etiam deficiente conditione, id quod solvit repetere: præstitit enim contumaciæ suæ pœnam, ut qui ideo à Iudice in eam summam condemnatus est, quod tabulas testamenti exhibere noluerit. *l. 3. §. condemnatio. 11 ff. de tab. exhib.* Eadem ratione fit ut L. Iulia ambitus condemnatus & in integrum restitutus pœnam pecuniariam, quam ea de causa præstitit, repetere non possit, quamvis res ad causam indebiti-recidisse videatur. *l. 1. ff. ad L. iul. ambit.* Ex hac quoque regula responsum est recte, quod condemnati ob contumaciam in expensas non recuperent res, etiamsi victoriæ causa potiantur. *Id. in l. prope-*

randum §. fin. autem ex gestis. C. de iudic. Boerius Decis. 334 n. 5. Victor enim contumax victo præsentem condemnatur in expensas. *vid. Ant. Fachinæ. lib. 1. controvers. c. 40.* Similiter nec creditor, quod à debitore actione furti exigit eidem restituere aut sorti imputare cogitur. *l. si pignore. 22. de pignor. act. l. si debitor. 79. de furtis.* Quod inquam à debitore si exigit: Nam pignore surrepto adversus alium furti egerit quicquid ea actione consecutus fuerit, vel sorti imputare vel debitori restituere debet. *d. l. pignore. 22. de pignor. act.* Atque huc mihi respexisse videtur Gajus hoc loco scribens, non restitui eidem, quod à quoquo pænæ nomine exactum fuerit, id est, pœnam exactam non reddi eidem, à quo fuerit exacta, quasi dicat accidere (ut in casu jam proposito) ut quod ab uno pænæ nomine exegi id alteri restituere cogar; plane, quod Commodatarius vel Conductor rei commodatæ locatæve nomine furti actione expertus percepit, commodatori vel locatori id restituitur à quocunque tandem exactum fuerit. *l. 6 ff. locati l. fin. §. sed cum C. de furt.* Nec mirum videri debet, quod aliud in creditore aliud in commodatario & conductore sit receptum; Nam hi usum rei habent, cuius æstimationem resti-

restituere non coguntur, ideoque æquum est, ut quod propter usum interceptum consecuti sunt, retineant. Ille vero pig-nore uti non potest, sed possidet id tan-tum securitatis gratia: unde quicquid vel propter rem, vel propter usum ablatum consecutus fuerit, Creditori præstare de-bet. Adde Cujac. *lib. 8. c. 39.*

Porro procedit hæc regula, quando pœna est soluta ex vera causa, at si error intervenerit pœnæ repetitio est. *l. elegan-ter. 23. in fin. ff. de condit. indeb. exceptis casibus in quibus in Duplum ex inficia-tione crescit æstimatio, §. dupli Inst. de a-ctionib.* Et nisi ex post facto lex pœnam constituerit *l. 4. C. ad L. Aquil.*

Ad L. 47.

Ulpianus libro 30. Ad Edictum.

Consilii non fraudulenti nulla obligatio est, ceterum si dolus & Callidi-tas intercessit, de dolo actio competit. §. 1. Socii mei socius, meus socius non est.

DUæ in hæc lege proponuntur re-gulæ: Prior, quæ dicat ex consi-lio non fraudulento neminem obligari, pertinet ad Tractatum Man-dati, ut constat ex *l. 2. §. fin. ff. mandati. & §. tua Inst. eod.* Hujus regulæ ratio est quod consilium plerunq; de fu-turo detur, de quo nemo satis callidus, satisque prudens est, quoniam sæpe prava magis quam bona consilia prospere eve-niunt, cum plerasque res fortuna ex sua libidine agitet, quare si fraus absit, nemo ex consilio tenetur, etiamsi non expediat ei, cui datur *c. nullus ex consilio. de reg. jur. in 6.* cum ex affectione amicali proficis-catur. *l. Idemque §. si quis ea ff. mandat.* Et liberum sit cuique apud se explorare an expediat sibi consilium. *d. l. 2. ff. Man-dat. d. §. tua Inst. eod.* Exemplum hujus regulæ est in *l. 1. §. idem Pomponius. 14. ff. depositi, & in l. idemque 10. §. si quis ea. 7. ff. mandat.* Est etiam exem-plum hujus regulæ in *l. 2. ff. de proxenet.* Nam si proxenata (cujus beneficio & in-terventu inter duos negotium contrahi-tur, vel nomina, vel nuptiæ, vel amici-

tiæ conciliantur. Cujac. *lib. 11. obs. c. 18.*) eum cui mutuo dabatur pecunia idoneum esse affirmavit, cum non esset, non dabitur adversus eum, vel locati, vel commodati actio: Et quidem locati actio locum non habet, quia etiamsi quid Phi-lanthropii nomine datum sit, id tamen magis honorarii quod mandatario præ-statur, quam mercedis naturam accedit: Mandati vero non competit, quia magis monstrasse quam mandasse nomen vide-tur *d. l. 2. de proxenet.* Commendationes quoque nihil obligationis continent. *l. si vero non renumerandi 12. §. cum quidam. 12. ff. mandati l. sciendum in prin. ff. de æ-dilit. edict.* Quanquam pudorem nobis excutiant, si personæ qualitas nostræ commendationi non respondeat. teste Horatio. *lib. 1. epist.* Quod si tamen quis in literis commendatitiis petisset, ut ei, quem commendasset suo periculo pecu-nia crederetur, dubium non est, quin hu-jusmodi literæ ipsum obligent. *l. si literas 7. C. de mandat. l. fin. C. quod cum eo qui in alien. potest. est.* Atque hæc ita proce-dunt, si fraus non intervenerit, Nam con-

P

siliura

silium fraudulentum omnino est obligatorium. *h. l. n.* Fraudulentum autem consilium, non tam ex eventu, quam voluntate æstimandum est. *l. fraudis. h. t.* Quare sapienter Agrippino Augustum (ut ex Dionis *lib. 15*. Faber hic refert) monuisse videtur, quia plerunque homines ex eventu consilii æstimant, ne iis, à quibus consilium petiisset crimini duceret, si forte res secius, quam illi existimasset, caderet: Est enim omnino iniquum, quamvis usu receptum (ut inquit Plinius *lib. 5. Epist. in fin. ult. epist.*) Quod honesta consilia aut turpia prout male aut prospere cadunt, ita vel probantur vel reprehenduntur. Ex consilio autem fraudulento actio de dolo datur contra consultorem. *l. quod venditor. l. eleganter. §. ult. cum l. seq. ff. Dolo malo*, nisi dolus vindicetur actione ex contractu, vel in propriam delicti speciem cadat; Nam ubi talis actio competit, qua etiam dolus coerceri soleat, ea sufficit. *l. si quis affirmaverit, & l. quod si ff. de Dolo malo.* Cæterum si dolus in propriam delicti speciem cadat, actione, quæ ex illo delicto oritur, erit utendum. *l. ult. C. de noxal. actionib. l. si quis uxori §. cum Titio de furtis l. non solum. §. si mandato de injur.* In delictis consulens, si is cui consultitur alias delictum non commisisset pari poena punitur Forst. *in quæst. Inst. ad §. 11. de furt. contrarium docet & multos pro hac sententia ibi allegat. l. non solum. 11. §. Attilius. 6. ff. de injur.* Si vero alias commisisset tunc non eadem poena punitur consultor qua principalis delinquens, sed mitiori Iudicis arbitrio Iacob. Menoch. *lib. 2. de arbit. Iud. quæst. cas. 351. n. 17. & seqq.* Iacob. Concenatius. *lib. 1. quæst. jur. quæst. 8.* fallit hoc in eo qui servo alicujus consultit & persuasit ut fugeret, vel aliud delictum faceret: Nam talis etiam si factum secutum non sit, tenetur Actione servi corrupti in duplum,

tot. tit. de serv. corrupt. Imo utilis competit in eos, qui liberos nostros corrumpunt *l. ut tantum in prin. ff. de servo corrupt.* vide VVes. *in com. de act. pag. 84.* Ita demum autem consulens punitur, si consilium malignum sit factum, seu res secuta arg. *l. sape 53. §. ult. ff. de verb. sig. l. si quis uxori 52. §. utroque verbo 19 de furtis. l. item apud Labeonem. 13. §. si curaverit. 10. ff. de injur.* In atrocibus tamen ut in crimine læsæ majestatis *l. quisquis. in prin. C. ad Leg. Jul. Majest. In Parricidio. Lutrura ff. ad L. Pompei. de Parricid.* consilium etiam & nuda voluntas punitur, quamvis effectus non sit secutus. Iacob. Cujac. *lib. 16. obser. c. 25.* Iacob. Menoch. *d. lib. 2. cas. 360.* Huc pertinet Ciceronis pro Milione dictum; Nisi forte quia res perfecta non est, non fuit punienda, proinde quasi exitus rerum non hominum consilia legibus vindicentur; minus dolendum fuit re non perfecta, sed puniendum cerre nihilominus: Alex. ab Alexandro *lib. 2. Genial. dier. cap. 16.*

Altera regula, quæ hic proponitur, docet socii mei socium, non esse meum socium: Nam cum societas absque consensu non contrahatur, nemo mihi invito & ignorantia socius fieri potest: Itaque qui à socio meo admittitur, licet ipsi socius fiat, mihi tamen non fit socius. *l. qui admittitur, & aliquot. ll. seqq. ff. pro socio*: Quamvis autem pari modo amicus inimici mei meus inimicus non sit. Decius hic *n. 3. & 4.* suspectæ tamen est fidei arg. *l. liberi 18. ibi.* Vel Inimicis meis suas amicitias copulaverit *C. de inoff. test. c. repollantur. ext. de accusat. l. 3. in prin. ff. de testibus.* Imo cum pater & filius pro una eademq; persona reputentur *l. fin. C. de impub. & aliis substit.* fit ut inimicus patris filii quoque inimicus esse censeatur *l. 1. ibi.* Cum sua suorumq; domo *C. si quacunque perditus dignitat.*

Ad L.

Ad L. 48.

Paulus libro 35. ad Edictum.

Quicquid in calore iracundiæ vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit Iudicium animi fuisse. Ideoque brevi reversa uxor nec divertisse videtur.

HÆC lex ad tit. de divortiis & repudiis pertinet, ut patet cum ex ejus inscriptione, tum ex l. 3. *sup. de Divort.* ex qua ad verbum est descripta, ut Matrimonium sit animo & voto perpetuæ & individuae consuetudinis, ita divortium sit animo perpetuæ dissentionis, unde consequens est mulierem, quæ irata à Marito discessit, eique repudium in illo iracundiæ calore misit, divortisse non intelligi; Quia non videtur repudium missum animo perpetuam constituendi dissentionem. *h. l. & d. l. 3. ff. de repud.* Quod n. per iracundiam fit rato consilio fieri non videtur, ira quippe inimica est consilio, & rationi contraria. Cicero pro Marcello. Imo à Cicerone *lib. 4. Tuscul. quest.* & aliis auctoribus furori comparatur: Quemadmodum si mulier à Marito discessit irata, non ante quod egit ratum erit, id est, non erit habendum pro divortio, quam si extincto iracundiæ calore in eadem sententia permaneat, nec ad maritum redire velit. Quod si postquam ira deflagravit poenitentia ducta ad maritum reversa fuerit, non divortium dicitur, sed jurgium, vel fribolarium dissidium, quod à Ictis in l. cum hic status. 32. §. quod si divertium. ff. de donat. int. vir. & uxor. appellatur fribasculum, vel frigasculum (ut Haloander legit) quod (ut Ravardus hic notat) interim uxoris discessu frigeat maritalis affectio, frigeat rei familiaris cura, frigeant denique mariti & uxoris officia, donec tandem bene-

ficio Deæ viriplacæ domum concordēs revertantur; Nam cum rixæ jurgiaque conjugaria inter conjuges intercesserint de facello Deæ viriplacæ reconciliabantur. Valerius *lib. 2.*

Pertinet hæc lex quoque ad alia. Nam qui iracundiæ calore, vel alio inconsulto animi motu per Deum, vel Principem perjuraverit non punitur. Cum si consulto id fecisset omnino puniendus esset l. 2. C. de reb. cred. l. 2. C. ad l. Iul. Majest. Sic qui inconsulto calore falsa alicui crimina intendit, poenam in calumniatoribus propositam subire non cogitur, quia calor ille calumniæ vitio caret. l. 1. §. quari. ad SC. Turbil. Quanquam alias in delictis ira non excuset: unde si quis iracundus alicui convitium fecit, injuriarum tenetur: l. si non convitii. 5. C. de injur. Iul. Clar. in §. injuria. n. 16. Sed plerique Dd. volunt verba injuriosa per animi commotionem prolata intra 30. dies (ut Decius hic existimat) vel (ut Cagnolus hic vult) usque ad litem contestatam revocari posse, atque poenitentiae locum esse. VVesemb. in parat. de Injuriis n. 4. Quod tamen aliis non immerito displicet quia licet revocetur injuria calore iracundiæ facta, non tamen tollitur læsio injuriarum. vide Ant. Gail. lib. 2. obs. 106. n. 9. & seqq. Quamvis autem iracundia in delictis non mereatur prorsus excusationem, tamen cum, qui in calore iracundiæ delinquit, mitius puniendum Dd. volunt, quam si sedato animo deliquisset

Decius *hic. n. 7.* And. Tiraquell. *de pœni causa prima.* Menoch. *de arbit. jud. quest. lib. 2. c. 319. n. 32. & seqq.* Andr. Gail. *lib. 2. obs. obs. 110. n. 35.* Verum hoc distinctionem recipit; nam aut quis Iusto dolore commotus deliquit, & mitiore poena est imponenda *l. Grachus. 4. C. ad L. Iul. de Adult.* Nam difficilimum est iustum dolorem temperari. *l. si adulterium. 38. §. Imperator 8. ad L. Iul. de adult.*

Aut non fuit iustus dolor, & tunc inane nequitiam delinquentem excusat. *l. lex Julia. §. ult. ad L. repetund. fac. l. aut facta. §. causa. 2. ff. de pœnis.* Iul. Clar. *in pact. criminat. §. fin. quest. 60 n. 9.* Iacob. Menoch. *d. lib. 2. cas. 361. n. 14.*

Denique procedit hæc regula in contractibus, in confessione Iudiciali, voto, & similibus. *l. licitatio. in prin. de publican. fac. capit. si quis iratus. 2. quest. 3.*

Ad L. 49.

Vlpianus lib. 35. ad Edictum.

Alterius circumventio alii non præbet actionem.

DE huius capitis sententia non convenit inter Interpretes: Diversitatem Interpretationis peperit ambiguitas vocabuli (circumventionis) quod tam active quam passive accipi potest: Bulgarus & Accursius agendi significationem secuti hunc ejus sensum esse dicunt, ex dolo alterius non datur alteri actio, vel si datur inutilis erit, quia poterit doli mali exceptione elidi, ut ecce, si Tutor decepit eum qui cum in rem pupilli contraxit, pupillo ex hoc contractu agenti obstat doli mali exceptio, quod & in adolescente, cujus curator dolo aliquid fecit, locum habet. *l. apud Celsum 4 §. illa ff. de dol. mal. & met. except.* Verum nec ex suo dolo quis actionem habet: Nam cum quis dolum adhibuit, aut ipso jure nullam actionem habet, aut si qua illi datur, illa redditur inutilis doli mali exceptione. Neq; n. magis ex meo dolo, quam ex alieno lucrari quicquam possum *l. fin. §. 1. ff. de eo per quem fac. l. ult. ff. de dolo.* Quod cum ita sit, non sine causa queri potest, quare Vlpianus ejus duntaxat, quem alius admisit, doli mentionem fecerit, ac non sic potius hanc regulam conceperit: Circumventio nunquam

præbet actionem, aut si præbet inutilem præbet, propter doli exceptionem.

Quamobrem non possum non probare interpretationem Ioannis Glossographi accipientis nomen circumventionis passive, ut sit sensus, ex eo quod ego deceptus sum non datur alii actio, verbi gratia. Si Procurator meus, servum quem furem aut fugitivum, aut morbosum sciebat, meo nomine emerit, etiam si mihi mandati, vel negotiorum actione sit obstrictus, non potest tamen vel ex mea persona adversus Creditorem exhibitoria experiri: ipse enim vitia servi non ignoravit, & redibitoria deceptis tantum emptoribus datur, non his, quibus vitia rerum emptarum sunt nota. *l. 1. §. 1. & §. si intelligatur. de Edilit. Edict.* Ex eo autem, quod ego sum deceptus illi non datur actio, quandoquidem unius circumventio alii non præbet actionem. *h. l. & l. cum mancipium. §. 1. de Edilit. edict.* Sic vice versa. Si procurator ignorans emerit servum fugitivum illius circumventio non præbet Domino actionem redibitoriam vel ex empto. *l. 13. de contrah. empt.*

Ad L.

Ad L. 50.

Paulus libro 39. ad Edictum.

*Culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest.**Explicatur hic etiam l. Nullum. Crimen. 109. b. t.*

Inscriptio legis 50. ostendit eam ad tit. de Noxal. act. referendam esse: Nam Paulum de Noxalibus actionibus descriuisse in lib. 39. ad Edictum, argumentum est. l. si Communis servus. ff. de noxal. action. Quæ ex eodem libro est descripta: Sciendum autem est ita Demum dominum ex noxia & maleficio servi conventum, Noxæ deditioe litis astimationem evitare posse, si servus eo inscio deliquerit, nam ubi servus sciente Domino furtum fecerit, aut bona rapuit, aut Damnum injuria dedit, aut injuriam commisit, Dominus in solidum obligatur. l. 2. & 3. de noxal. act: Scientia vero Domini in delictis servorum ita accipienda est, si & sciverit Dominus, & cum prohibere posset non prohibuerit: Sed si sciverit quidem, & prohibere non potuerit excusatur: Veluti si servus ad libertatem proclamans, aut alioquin contemnens Dominum eo sciente quod fecerit, aut si cum transflumen esset, Domino, qui in contraria ripa erat, vidente & invito noxam admiserit l. 4. in prin. de Noxal. act. l. 4. C. eod. Etenim Culpa caret qui scit, sed prohibere non potest. ut h. l. 50. dicitur. Sic servus culpa caret, ac ob id liberatur poena Scii Syllaniani, qui Dominum in se scientem, id est, manus sibi inferentem non prohibuerit, cum prohibere posset. l. 1. § sibi manus. ad Sc Syllan

Similis proponitur regula in l. nullum. 109. b. t. ubi Paulus ait. Nullum patitur

crimen, id est, extra causam delicti est, vel non delinquit, vel (ut Ravardus interpretatur) accusari non potest, qui non prohibet, cum prohibere non potest, ita habet vulgaris lectio: Verum in Pandectis Florentinis legitur demta negatione, hoc modo: Nullum crimen patitur is, qui non prohibet cum prohibere possit: Hanc lectionem Bulgarus & Græci Interpretes sequuntur, eamque intelligunt de extraneo, ut scilicet is non teneatur, si cum potuisset injuriam ab aliquo propulsare, non propulsavit tamen: Cæterum quamvis hæc sententia sit vera ut mox videbimus, tamen à vulgata scriptura non est recedendum, quam confirmat ipsa inscriptio, quæ indicat h. l. pertinere ad tit. de his qui not. infam. Paulus siquidem libro 5. ad Edictum de infamibus egit ut constat ex l. quoniam. ex l. in actionibus. ex l. uxores. ex l. qui iussu, & ex l. servus. ff. de his qui not. infam. Ex eodem tractatu desumi exempla possunt: Pater qui filium filiamve bina sponsalia constituere passus est infamia notatur. l. 1. § fin. l. quid ergo §. 1. ff. de his qui not. infam. In eadem causa est is, qui filium uxorem ducere passus est illam, quæ nondum luxit virum. d. l. 1. § fin. & l. liberorum. § ult. ff. de his qui not. infam. Sed hoc ita procedit, si cum prohibere posset, quominus quid eorum fieret, non prohibuerit, at si pater cum vellet prohibere non potuit, nullum crimen patitur, sed ipse filius erit infamis. d. l. 1.

ult. Atque ita hæc leges procedunt in Domino vel patre, ut scilicet non teneantur, si prohibuerint servum vel filium quid admittere, si prohibere non poterint, & è contrario sensu non excusentur, si cum possent prohibere tamen prohibere noluerint.

Hinc nunc dubitatio exoritur de extraneo, anne scilicet is etiam teneatur si cum posset à proximo suo injuriam propulsare, & non propulsavit, sed crimen fieri passus est, quod impedire potuisset?

Et sane videtur dicendum hunc culpa non carere. Nam Cicero 1. officior. scriptum reliquit: Qui socium non defendit, aut obstitit, si potest, injuriæ, tam est in vitio, quam si parentes, aut amicos, aut patriam deserat: & Seneca in Troade ait: Qui non vetat peccare cum posset, jubet. Cui convenit illud Arnobii lib. 4. ad vers. gentil. c. 28. Quisquis patitur peccare peccantem, is vires subministrat audaciæ; Ac sapienter Symachus lib. 2. Epist. 7. dixit: Integer animus putat innocentiam minui, si periculis desit suorum. Hinc eos, qui morituris auxilium denegabant, plecti solere, autor est Apulejus lib. 2. Metamorph. Dum: An ignoras, inquit, eos etiam qui morituris auxilium salutare denegaverint, quod contra bonos mores id ipsum fecerint, solvere puneri? His consonat Ius Canonicum in c. non in inferenda & c. qui potest. seq. 23. quest. 3. c. delicto. de sent. excomm. in 6. c. negligere 2. quest. 7.

Hanc sententiam defendit Bart. per l. 9. §. 1. vers. sed licet. ff. quod met. caus. cui versiculo respondet Phil. Math. h. n. 12. Iul. Clar. lib. 5. sent. quest. 87. n. 7. ubi Hieron. Cagnol. in h. l. assertionem suæ opinionis contrariam rejicit Verum enim vero quamquam hæc secundum legem honestatis regulamque Charitatis ac Canones, qui æquitatem sequuntur, vere

recteque dicantur: Attamen de jure civili nemo extraneus, quamvis possit injuriam prohibere, ac delicto obviare, tenetur. arg. l. 4. §. si extraneus. ff. de Noxal. act. Nemo enim per leges tenetur alteri benefacere sed male agere prohibetur, ut inquit gloss. in c. ad reprimendum ext. de offi. ordm. in verb. malitia. Atque hæc est recepta Dd. sententia Iul. Clar. in pract. criminal. quest. 87. n. 3. Gomez. Tom. 3. variar. resol. c. 2. n. 8. & c. 3. n. 4. Ferdin. Vasquius de success. creat. §. 1. n. 18. & seqq. Dd. ad h. l. 50. Damhoud. in prag. Criminal. c. 80. Dinus in c. non esse sine culpa. de Reg. Jur. in 6. n. 4.

Quamquam autem Didacus Covarru. in c. peccatum. 4. part. 2. tom. 1. §. 3. n. 4. de R. l. & in Clemen. si Furiosus. part. 3. tom. 1. §. 2. n. 5. eumque secutus Iacob. Menoch. lib. 2. de arbit. Iud. quest. cent. 4. cas. 355. n. 7. existiment de jure civili etiam cum, qui futuro delicto obviare potuit, & non obstitit, poena arbitraria puniendum esse arg. ex h. l. culpa. 50. ducto, à contrario sensu. Tamen non puto à Communi sententia esse recedendum, nam hæc l. culpa cum sit desumpta ex tractatu de noxalibus actionibus, non adeo generaliter est intelligenda, sed restringenda ad Dominum non prohibentem servum delictum admittere.

Sunt tamen certi casus, quibus etiam de jure civili quis tenetur obviare futuro crimini, illudque detegere; ut si quis intellexerit aliquos contra Principem vel Rempub. conspirasse, eosque detegere debet, alioqui punitur. Decius & Cagnol. ad h. l. culpa. Clar. d. quest. 87. n. 2. Sic filius, qui conscius insidiarum patri structarum, eas non detegit, punitur. l. 2. ff. ad L. Pomp. de parricid. Similiter qui non prohibuit nummos adulterinos confari, cum prohibere posset.

set. L. Cornelia de falsis punitur. l. lege
Cornelia. 9. ff. ad L. Cornel. de fals. Sunt

& alii nonnulli casus, quos notat Me-
noch. d. cas. 355. n. 17. & seqq.

Ad L. 51.

Gajus lib. 15. ad Edictum Provinciale.

Non videtur quisquam id capere, quod ei necesse est alii restituere.

Hanc legem exposui supra ad legem 13. h. 1.

Ad L. 52.

Ulpianus lib. 44. ad Edictum.

*Non defendere videtur, non tantum qui latitat: sed & is, qui præsens
negat se defendere, aut non vult suscipere actionem.*

INversus esse videtur in hac lege natu-
ralis verborum ordo; Nam horum
articulorum, non tantum, sed & ac
consimilium ea vis est, ut quæ faciliora,
clariora notiora, sunt prius proponi, tum
deinde (ut crescat oratio) ad difficiliora,
obscuriora, ignotiora progressum fieret,
atque (ut ita loquar) ascendi oporteat.
Proinde sic hæc verba accipienda monet
P. Faber hic. Atque si hoc ordine scripta
essent. Non defendere videtur non tan-
tum is, qui præsens negat se defendere,
aut non vult suscipere actionem, sed & is
qui latitat: Hoc loquendi modo ornandæ
comendæque orationis gratia sepe utun-
tur cum Icti, tum alii auctores, ut mul-
tis exemplis probat P. Faber. l. 1. seme-
strum. c. 23. Definitur autem h. l. Quan-
do Reus contumax esse & se non defen-
dere velle videatur, ita ut in contumacis
bona missio fieri posset, ac bona possideri
iussa possint distrahi ac vendi. Primo is
dicitur non defendere qui latitat fraudati-
onis causa, id est, qui se turpiter & frau-
dandi animo occultat ne secum aliqua a-

ctio moveatur. l. eum qui. 36. ff. de reb.
auth. l. possid. l. Fulcimus. ex quib. caus.
in posses. eat. Latitare non videtur, qui ex
iusta causa abest. l. si pater. 47. §. Si Sti-
chus. ff. de fideicommiss. libert. vel qui sui
non est idoneus defensor, ut minor l. 5.
ff. de reb. auct. l. possid. Quamvis au-
tem minor 25. annis videri non possit
fraudationis quæstu latitare, si tamen à
Curatore non defendatur, nec alium de-
fensorem invenit, bonorum patitur ven-
ditionem etsi copiam sui faciat. d. l. 5. ff.
de reb. auth. l. possid.

Deinde non videtur latitare qui præ-
sens, id est, qui etiamsi adesset suscipere
Iudicium non cogitur l. 3. ff. de Iudic. Cu-
jus legis sensus est: Quibus competit jus
revocandi domum, vel exceptio declina-
toria vocati quidem venire debent, sed si
non venerint, in bonorum eorum posses-
sionem non est actor mittendus, quia
qui præsens non compellitur litem con-
testari; non videtur fraudationis causa
latitare. vid. Duar. ad tit. de Iudic. c. de fo-
ro competent. Secundo defendere non vide-
tur,

tur qui præsens negat se id facturum esse. *h. l. idem est si tacet, nam & is in ea causa est, ut negasse videatur. l. de atate 11. §. qui tacuit 4. ff. de interrog. in jur. fac. d. l. 5. §. si autem negent. ff. quib. ex caus. in poss. eatur.*

Tertio defendere non videtur, si iudicium accipere recuset cum id facere iustus est. *l. sed hæc persone. 35. §. 3. ff. de procurat.* His casibus bona Rei conventi tanquam contumacis Prætor & possideri à Creditoribus, & venundari jubet.

Illud ad extremum monendum quod quamvis de jure communi reo ante litem contestatam contumaciter absente peragi

causa, & ad sententiam definitivam procedi nequeat, sed tantum actor in bonorum possessionem mittendus sit. *l. item §. ceterum ff. ex quib. caus. major. l. si quis emptoris §. pen. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Attamen ex ordinatione Cameræ Imperial. & recepto harum Belgarum stylo lis in contumaciam Rei pro contestata habetur, & in causâ principali ad sententiam definitivam proceditur. *Ioach. Mynsing. cent. 4. obs. 66. & 67. Andr. Gail. lib. 1. obs. 59. n. 7. Masver. in sua praxi tit. de centum. n. 5. 6. Duaren. ad tit. de iudiciis pag. 164. col. 2.*

Ad L. 53.

Paulus. lib. 42. Ad Edictum.

Cujus per errorem dati repetitio est, Ejus consulto dati donatio est.

Indebitum per errorem solutum conditione indebiti repeti potest: Quod vero quis sciens indebitum solvit ejus repetitio nulla est. *h. l. 1. l. si is 24. l. si non sortem 263. & §. qui filiosam. 8. ff. de condict. indeb. l. indebitum. 8. C. eod.* Est autem indebitum quod omnino non debetur, *l. si non sortem 216. §. indebitum. 3. l. ex his §. 4. l. in summa, 65. de condict. indebit.* Vel 2. quod conditione debetur, quæ an extitura sit incertum est. *l. sub conditione 16. §. 1. d. tit.* At quod in diem debetur non est indebitum, licet nec dum dies venerit. *l. cedere diem de verb. sign.* Ideoque ante diem solutum repeti non potest. *in diem. 10. de condict. indeb.* etiamsi dies incerta sit. *l. nam si cum moriar. 17. ff. d. tit.* Quod verum est si sit incertum non quidem an, sed quando dies extitura sit cum moriar dare promissero, certum enim est me aliquando moriturum, etsi quando sit incertum. *l. 1. ff. de condit. & demonstr.* At si dubitetur, An

Dies sit unquam extitura; veluti si navis ex Asia venerit, Si Titius consul factus fuerit, tunc dies incertus conditioni comparatur, ac dicitur conditionis vim habere. *l. dies incertus 75. de condit. & demonstr.* Ideoque in diem omnino incertum debetur, ante diem solutum repeti tanquam indebitum potest. *d. l. sub conditione. 16. §. 1. ff. de condit. indeb.* Quæ lex ita cum *d. nam si cum moriar.* in concordiam reducitur, ut non sit opus *d. §. 1. negationem addere cum Cujac. lib. 13. obs. c. 20.* quo nomine eum etiam reprehendit Ant. Fab. *lib. 4. conject. c. ult.* vide etiam Ioannem Robert. *lib. 1. sent. c. ult.* Indebitum etiam est, si pro eo, quod debetur, aliud per errorem solvatur *l. si pœne. 19. §. si putem. 3. de condict. indeb.* Item si quod alii debetur, alii sit solutum *l. in summa. 65. §. ult. l. si pœne. §. 1. ff. de condict. indeb. l. 5. C. eod.* Cui vehementer adversari videtur *l. repetitio. 44. de condict. indeb.* In qua Paulus scribit nullam repetitionem

tionem esse ab eo, qui suum receperit tametsi ab alio, quam à vero debitore sit solutum. Resp. Hac difficultas adhibita distinctione est tollenda & explicanda: Aut enim quis solvit suo nomine quasi ipse deberet, aut nomine veri debitoris, priori casu repetit quia revera est indebitum. *l. si à patre. 5. C. de condict. indeb. l. si pæna. 19. §. 1. ff. cod. l. si quid possessor. 31. in prin. ff. de hered. petit. l. cum quis. 38. §. de peculio. ff. de solut. Posteriori casu non repetit. l. quod nomine. 8. l. servus cuiusdam. 36. vers. ult. ff. de condict. indeb. l. de hereditate. 5. ff. de petit. hered. Cujac. lib. 8. obs. c. 9. Duaren. de condic. indeb. c. 7. Zasius in tract. adversus Stellam. vide Phil. Math. ad h. l. u. 3. & seq. ubi etiam illud indebitum esse docet quid civiliter quidem debetur naturaliter autem non ut contingit in eo qui chirographo confessus est numeratam sibi esse pecuniam, quæ tamen numerata non est. Denique indebitum esse intelligitur, quod civili quidem jure debetur, sed exigi non potest propter exceptionem perpetuam aliquam, si modo ea in favorem debitoris, non vero odium Creditoris ut Sciti Macedoniam comparata sit *l. si non sortem. 26. §. indebitum. 3. & §. adeo. 7. l. qui exceptionem 40. de condict. indeb.* Porro ut condictio competat, per errorem seu ignorantiam solutionem factam esse necesse est; Sed cum error duplex est Iuris scilicet, & Facti *l. 1. ff. de jur. & fact. ignor.* Quæri potest an tam in jure, quam in facto erranti succurratur; Et quamvis Accursius eumq; secuti communiter Dd. existiment etiam juris errore indebitum solutum repeti posse, si modo is qui solvit vel omnino, vel naturaliter saltem non fuerit obligatus: Tamen veriore puto sententiam Iacob. Cujac. 5. obs. 39. Duaren. ad tit. de condict. indeb. c. 3. Ioann. Robert. lib. 1. sent. c. 6. Eguinar. Baron. ad §. 1. Inst. quib. mod. re contrah.*

obligat. Pacii cent. 4. quest. 6. Hug. Donell. lib. 1. comm. c. 21. & lib. 14. c. 14. & Andrei Fachinari. 8. cont. c. 106. Statuentium errorem Iuris indebiti repetitionem impedire. Nam Primo in *l. regula. §. si quis jus ignorans. ff. de jur. & fact. ignor.* diserte scriptum est non juris sed facti ignorantiam indebitum repetituris prodesse, cui congruit, quod in *l. error facti C. ad L. Falcid.* scriptum est, si in jure erratum sit indebiti condictionem cessare. Denique textus est manifestus in *l. cum quis. C. de jur. & fact. ignor.* ubi generaliter atque indistincte rescriptum est, repetitionem non habere locum, ubi quis ignorans jus indebitam pecuniam solverit, & facti tantum errorem facere, ut condictio detur.

Nec movet quod in *l. Iuris ignorantia. 7. C. de jur. & fact. ignor.* Responsum est: Iuris ignorantiam suum petentibus non nocere; Siquidem qui condicit indebitum, non petit quod suum est, sed quod sibi debetur: Nam etsi in jure erraverit, Dominium tamen pecuniæ solutæ, si modo dominus ejus fuerit, in adversarium transtulit: Alioquin enim non posset condictione, id est, actione in personam experiri, quippe cum certi Iuris sit, neminem rem suam nisi à sure condicere posse. *l. fin. ff. de usufr. quemad. caretur. §. sic itaque Inst. de act.* At inquires, juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet. *l. error facti 8. ff. de jur. & fact. ignor.* Sed qui indebitum repetit de Damno contendit, proinde non obstat ei juris error, quo minus id quod dedit condicat. Resp. Iuris error in damnis non nocet, id est, non facit ut aliquis rem amittat, non tamen obstat quominus res amittatur ex alia causa: In summa, Error Iuris in damnis non prodest, nec nocet. Quocirca & hoc casu error Iuris nec nocet solventi, quia non amittit rem suam

propter

propter errorem sed propter solutionem à se factam, nec eidem prodest, id est, non tribuit ei condictionem indebiti ad repetendum id quod solutione amisit: Denique *d. l.* non loquitur de eo qui rem alienatam repetit, & de eo, qui rem suam repetit & persequitur. Ergo non pertinet ad hunc tractatum.

Nihil item ad rem facit, aut pertinet *l. 5. C. de condict. indeb.* Nam in ejus legis specie filius emancipatus, qui cum intra tempus petendæ bonorum possessioni præstitutum, id est, intra annum patri non successisset, Nihilominus per errorem ut successor patris creditoribus solvit in facto non in jure erravit, ut qui existimat annum nondum præterisse.

Denique nihil impedit quod Imp. in *§. is quoque. Inst. quib. mod. contrah. oblig.* docet indistincte condictionem erranti dari: Nam & iste *§. ut & alie l.* simpliciter loquentes, ex aliis textibus distinguuntur sunt explicandæ. Denique erroris verbum simpliciter prolatum in usu Juris, facti errorem denotare solet; Nam is qui in jure errat, quod omnes scire oportet. *l. leges. C. de h. pro errante non habetur sed pro stulto. l. regula 9. §. pen. ff. de jur. & fact. ignor. l. 4. ff. quod vi aut clam.* Ac proinde licet nusquam Juris error exciperetur, leges tamen simpliciter de errore loquentes ex vocabuli proprietate ad facti errorem restringendæ essent arg. *l. non aliter, 69. in prin. de legat. 3.* Ex his nunc recte concluditur errore Juris solum repeti non posse, at repeti posse solum errore facti. In facto autem errare censetur non tantum, qui ignorat se non debere, sed & is qui dubitat, anne debeat nec ne. *l. ult. C. de condict. indeb.* Sunt tamen casus quibus solum repetitur etiam si in jure erratum fuerit. Primus casus est in *l. 1. in prin. ff. ut in poss. legat.* Vbi hæredi Ius nescienti

ac satisfacti benigne succurritur, si Testator remiserit hæredi cautionem de legatis præstandis, ipse autem existimans cautionem remitti à testatore non posse. Atque adeo in jure errans nihilominus caverit: Verum quod ibi benigne receptum est in consequentiam non est trahendum *l. qui negotia ff. de mand. dat.* Alter casus est si mulier ignorans se tutam esse exceptione S. Cti Vellei. solverit pro eo, pro quo intercesserit: Quamvis enim erret in jure, id est, S. Cti beneficio: Tamen propter sexus fragilitatem plene ei succurritur, ut possit etiam solum repetere. *l. quamvis 9. C. ad S. Ctum Velleian. l. ult. ff. de jur. & fact. ignor.* Rusticis quoque jus ignorantibus in damnis succurritur. *l. 2. in fin. ff. de jur. fisci.* Minoribus item & militibus juris ignorantia non modo non in damnis, sed nec in compendiis obest. *l. regula. in prin. & §. si filiusfam. ff. de jur. & fact. ignor. l. quamvis. si C. eod.* ut autem his casibus errore Iure solum repeti potest: Ita ex adverso aliquando solum errore facti condici nequit? Nam quod ex his causis præstatum quæ per inficiationem in duplum crescunt, non condicuntur etiam si sit indebitum. *§. fin. Inst. de oblig. quæ ex quas. contr. nasc. l. ea. quæ 4. C. de condict. indeb.* Crescunt autem inficiatione in duplum actio L. Aquilæ. *l. item venium. 20. ff. de petet. hered. Actio deposti, tumultus, incendii, naufragii causa. §. sed furti. Inst. de act.* Actio quæ legatorum ad pias causas relictorum nomine datur. *d. §. fin. Inst. de obl. quæ ex qua contr. nasc.* Eadem ratione si ut qui ex causa judicati solvit quamvis Judicatum eum non teneat, vel quia falso putat se condemnatum, vel quia sententia non valet, tamen indebiti condictionem non habeat *l. 1. C. de condit. indeb.* Nam & Judicati actio olim inficiatione crescebat

esse

teste Iulio Paulo. *lib. 1. sent. tit. 20. & lib. 5. tit. 5.* & Marco Tullio. in oratione pro Flacco, illo loco: Frater meus pro

sua prudentia & auctoritate decrevit, ut si iudicatum negaret in duplum iret.

Ad L. 54.

Ulpianus libro 46. ad Edictum.

Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet.

Explicatur. hic etiam l. nemo plus commodi. 120. & l. aliud. 160. §. fin. h. t.

Objicitur. *h. l. n. l. 19. ff. de minor. 25. annis.* ubi hæres prolixius tempus habet ad petendam restitutionem in integrum quam habebat defunctus, cui successit. Resp. accurate huic objectioni Philipp. Math. *n. 18.* Hæc Regula, latissime patet, pertinetque tam ad Iuris, quam ad rei seu Dominii successores: Ergo ut à Iuris ordiamur successoribus: Nemo plus juris seu commodi hæredi suo relinquere potest, quam ipse habet. *h. l. 54. & l. nemo plus commodi. h. t.* Nemo poterit hereditatem ad se nondum delatam ad hæredem transmittre, quapropter si is, qui defuncto successurus erat ab intestato, hæredibus scriptis de adeunda vel repudianda hereditate deliberantibus, decesserit, nihil ex illa hereditate transfert ad proprios hæredes: decessit enim antequam ipsi deferretur hereditas, id est, priusquam aliquid juris in illa acquireret, quia certi juris est non admitti hæredem legitimum, quamdiu possit ex testamento hereditas adiri. *l. quamdiu. in prin. de acquir. vel amitt. h. red. l. quamdiu. 89. h. t.* Pari modo si miles, qui rem bona fide possidebat, decesserit & hæres ejus usucapionem impleverit etiam adversus hæredem hac usucapione læso restitutio in integrum dabitur, nam si miles ipse usucepisset, usucapio utique rescinderetur, quando-

quidem absentia ejus, qui repub. causa abest, non ipsi modo, sed nec aliis damnosa esse debet. *l. absentia. h. t. §. rursus. Inst. de actionib. l. 1. ex quib. caus. major. in integ. rest.* Atqui eadem in hæredibus, qui in usucapionem successerunt servanda sunt, quæ si res à defuncto usucapta esset, locum haberet, cum quia possessio defuncti quasi juncta descendit ad hæredem & plerunque nondum adita hereditate completur, tum quia alias nemo plus commodi hæredi relinquere potest, quam ipse habuerit. *l. cum miles. 30. in prin. ff. quib. caus. major. in integrum restit. d. l. nemo plus commodi.* Quam legem ad hanc quæstionem referendam esse judico, cum sit ex eodem libro, ex quo *d. l. cum miles. 30.* desumpta; Sed nec qui in rem succedunt veluti legatarii, donatarii, emptores & similes plus sibi in re vindicare possunt, quam fuerit apud autorem, seu eum à quo causam habent: Quo fit ut cum quid ex causa emptionis alicui traditur, Non aliter Dominium ejus transferatur, quam si is, qui tradit dominium habuerit. *l. traditio. 20. ff. de acquir. rer. dom. l. ex empto. 11. §. 2. ff. de act. empt.* Eadem ratione si fundus venditus, vel legatus servus sit, cum servitute in legatarium emptoremve transit. *d. l. traditio. 20. l. alienatio. 67. de contrahend. empt.* Huc pertinet quod in *l. aliud. §. fin. h. t.*

scriptum legitur, absurdum esse plus habere juris eum, cui legatus est fundus, quam hæredem seu testatorem, si viveret; ut ecce si rem alienam quis mihi vendiderit postea dominium nactus, eam à me vindicare non potest, petens n. exceptione rei venditæ & traditæ, item doli mali submovebitur. *l. 1. de except. rei vend. & l. vindicantem. de evictio-nib.* Idem & de hærede ejus dicendum est, quia is succedit in universum jus, quod defunctus habuit, proinde si venditor rem illam alicui legaverit, legatario rem ex causa legati vindicanti eadem obstabunt exceptiones. *l. si rem legatam. de except. l. apud Celsum de dol. mal. & met. except.* Nam alioquin melior esset conditio legatarii, quam testatoris vel hæredis.

Non obstat huic regulæ vide de *h. l.* Philip. Math. in comment. ad. hunc tit. in explicat. *h. l. pag. 317. n. 24. l. quod nostrum. 63. ff. de usufructu*, ubi Paulus ait: Quod nostrum non est transferimus ad alium, veluti is qui fundum habet, quamquam usufructum non habeat, tamen usufructum cedere potest. Nam respondet jus utendi fruendi, de quo in specie ejus legis agitur, non erat alterius, quam ejus qui transfert, & quamvis verum sit dominium non habuisse in fundo suo servitutem tamen eam alteri recte constituit, licet enim res mea mihi servire nequeat, efficere tamen possum, ut fun. lus meus alteri serviat, & sic eveniet ut quam ipse facultatem utendi fruendi in mea re habeam jure dominii, eandem nec majorem habeat jure usufructus, cui usufructum cesserò: Sunt tamen hic relati

per Glossam, in quibus hæc exempla vitari videtur. Ut creditor pignus vendens dominium ejus in emptorem transfert, quamvis ipse dominus non sit *§. contra Inst. quib. alienar. licet. vel non l. non est novum. 46. de acquir. rer. dom.* Sed hujus rei rationem adfert Justinianus quia distraxit ex ultima voluntate debitoris, ideoque nihil mirum est si transfertur Dominium, distrahente eo; similiter Procurator qui rem ex voluntate Domini venditam tradit, dominum facit emptorem, cum tamen ipse nihil Juris habeat *§. vendita. vers. nihil autem Inst. de rer. divis.* Idem fit in filiosam, qui nummos peculiares alteri mutuo dat. nam & hic illos nummos facit accipientis, licet nummorum dominus non sit *l. 93. de reb. cred.* quia credendo nummos peculiares alii accipientem dominum facit, non quidem ex se verum ex voluntate patris sui, cujus videlicet concessione peculium habet. *l. 7. §. 1. de peculio.* Idem de Tutoribus & Curatoribus, res pupillorum vel minorum, quæ servando servari non possunt, & fructus ex illorum prædiis collectos vendentibus? De Iudicibus familiæ Hericæ. communi divid. & fin. regund. uni ex litigatoribus aliquid adjudicantibus; De executoribus pignora ex causa Iudicati capta distrahentibus; & de Procuratoribus fisci res Fiscales cum privatis communes vendentibus est statuendum. *l. lex qua Tutores §. fin. l. fin. §. fin. C. de admindend. tut. vel cur. §. si familia §. eadem. & §. si finium. Inst. de off. Iud. l. si pignus de evict. l. si ob causam. eod. l. unic. C. de vendit. rer. Fiscal. lib. 10.*

Ad. l. 55.

Gajus libro. 2. de Testamentis ad Edictum urbicum.

*Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur.**Interpretatur hic etiam l. nihil dolo. 129. in prin. l. factum 155. §. non videtur.*

HÆc lex 55. ex lib. 2. Gaji de Testamentis ad Edictum urbicum est de sumpta, in quo illum de iis, qui omiſſa cauſa Teſtamenti ab Inſtato vel alio modo poſſident hæreditatem diſſe- ruiſſe, argumento ſunt *l. quamvis. l. cum enim hæreditas. & l. ſi duo hæredes. ff. ſi quis omiſſa cauſa. teſtam.* Quapropter recte cenſent, qui eam exemplis ex d. tit. ſump- tis illuſtrandam exiſtimant Qui omiſſa dolo malo teſtamenti cauſa hæreditatem ejusve portiunculam vel minimam poſ- ſidebant, Iure Prætorio proinde haberi ſolent atque ſi ex teſtamento hæredita- tem adiſſent. *l. 13. & 18. ff. d. tit.* Iam ſi ſinge Teſtatore cum Titium Agnatum proximum hæredem inſtituiſſet & ab eo legata reliquiſſet eidem permiſiſſe nomi- natim, ut ſi mallet hæreditatem ab in- ſtato potius caperet quam ex teſtamen- to, & Titium omiſſo teſtamento ab in- ſtato ei ſucceſſiſſe. Quæſtionis eſt, An Titius teneatur legatariis ex edicto, ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti? Et Reſpon- ſum eſt cum non teneri; Nam is demum in hoc edicto incidit, qui dolo malo fraudandorum legatariorum & fideicom- miſſariorum cauſa omiſſo teſtamento hæreditatem ab inſtato occupavit, atqui Titius in propoſita ſpecie nihil Dolo fe- cit, cum iure ſuo, id eſt, facultate à de- functo conceſſa uſus eſt. *l. quia autem. 6. §. plane & §. non ſimpliciter. ff. ſi quis omiſ- ſa cauſa. teſtam.*

Poteſt tamen hæc regula ad alias multas juris quæſtiones porrigi, Vt ecce: Qui re- tinet liberum hominem, quem in poteſta- te habet non tenetur edicto de libero ho- mine exhibendo: Interdictum n. in eos tan- tum datur qui dolo malo retinent, at qui retinet eum quem in poteſtate habet ni- hil dolo facit, quia ſuo jure utitur. *l. 1. & 2. §. hæc verba. verſ. 16. tamen. ff. de lib. hom. exhib.* Item cum eo qui in fundo ſuo fo- diens puteumque aperiens venas putei vicini præcidit agi non poteſt, nec de do- lo quidem *l. 1. §. idem ajunt n. ff. de aqua. & aqu. plur. arcend.* Sed cur de dolo actio non habet locum? Quia ſcilicet qui in ſuo puteum aperit ſuo jure id facit *l. flu- minum 14. §. ſin. l. Proculus 26. ff. de dam. inſect.* Pari ratione nec Creditor qui priuſ- quam debitoris bona poſſiderentur, quod ſibi debebatur excepit Actione Pauliana à reliquis Creditoribus conve- niri poteſt, etiamſi ſciverit debitorem ſolvendo non eſſe, quia nihil in fraudem reliquorum Creditorum feciſſe videtur, qui ſibi vigilavit, quique à debitore, quod ille vel invitus ſolvere coactus fuiſſet, conſecutus eſt *l. quod autem §. apud Labeo- nem & §. ſeq. ff. quæ in fraud. Cred.* Atque hoc nimirum eſt, quod in *l. nihil dolo 189. b. ut.* dicitur, nihil debitorem dolo facere qui ſuum recipiat.

Contra hanc regulam hoc modo op- ponitur; qui in fraudem Creditorum alienat ſuo jure utitur, cum Dominium

Q 3 trans-

transferre possit *l. si sciens. 26. ff. de contrah. empt.* Idem in eo locum habet qui rem à se mihi venditam alteri vendidit, nam & hic si posteriori emptori rem tradat Dominum eum facit. *l. quoties. C. de rei vindic.* Sed uterque dolum committere intelligitur; nam qui Creditores habere se fecit, & universa sua bona alienat intelligitur fraudandorum Creditorum consilium habuisse *l. omnes §. lucius. ff. de his quæ in fraud. Cred.* venditoris autem dolus ex eo deprehenditur, quod hac de causa pœna *L. Cornelia de fals. coerceatur. l. qui duobus 21. ff. ad L. Cornel. de Fals.* Cuiac. lib. 13. obs. c. 12. in quam non incideret, si nihil dolo fecisset. *l. nec ad impuberem l. eod.* Ergo fieri potest, ut quis dolo videatur facere tametsi utatur suo iure. Resp. Debitor & emptor in propositis speciebus dolum malum committunt, quod legibus improbantibus atque adeo prohibentibus jure suo utuntur: Is autem uti jure suo potest, cui juris auctoritas non refragatur. arg. *l. quemadmodum l. de Agricol. et lib. 11.*

Non obstat quoque *l. virilis. §. si adierit. ff. de legat.* ubi hæres institutus adiens hæreditatem suo jure utitur, & tamen nihilominus de dolo tenetur. Nā Resp. Hæres in specie istius legis ideo dolo facere videtur, quod ei fuerit denunciatum ne adiret, & quod propter illam denunciationem nihil fere juris habeat in hæreditatem, quippe cum sciat brevi fore, ut quicquid ex bonis Testatoris habet per bonorum possessi, cont. tab. sibi auferatur. Porro dolum quidem facere non videtur qui suo jure utitur, sic quoque vim facere non videtur, qui suo jure utitur, & ordinaria actione experitur, *l. factum cuiusque 155. §. non videtur. h. t.* Quapropter etsi Creditor, qui sine Iudicis auctoritate vel debitori pecuniam sibi debitam ex-

torfit, vel res eius occupavit, vim fecisse dicitur atque ideo non solum jus crediti amittit, sed etiam in pœnam *L. Iulia de vi privata* incidit, & tertia bonorum parte mulctatur, atque infamis fit *l. pen. et ult. ad L. Iul. de vi privat. l. extat. ff. de eo quod. mes. caus.* Tamen Creditor si adversus debitores suos egit, & per Iudicem id quod sibi deberi putet reposcat, non amittit jus crediti *d. l. extat. et d. l. pen.* Eadem ratione licet interdicto unde vi teneatur, qui rei controversæ possessionem propria auctoritate invaserit, & in hoc teneatur, ut possessione restituta vel dominium amittat, vel si Dominus non est, rei quoque ipsius estimationem præstet. *l. si quis in tantum. 7. C. unde vi.* Illum tamen non dicimus vim facere, qui ordinaria actione experitur, licet rem militari manu à contumace possessore per Iudicem auferat. *l. restituere ff. de rei vind.*

Idem juris est si Creditor Debitorem fugientem consecutus ei, quod sibi debebat, eripuerit, quin imo tantum abest, ut hoc casu vel jus crediti amittat, vel *L. Iul. de vi privat.* teneatur, vel actione furti, vel vi bonorum raptorum conveniri possit, ut ne quidem id quod abstulit debitori cum reliquis creditoribus, si modo bona debitoris nondum sint possessa, communicare cogatur. *l. ait. prator. 10. §. debitorem 16. ff. quæ in fraud. cred.* Lex enim 12. tab. cui hac in parte derogatum non est, Creditori facultatem dat fugienti debitori manus injiciendi: Si caluitur, inquit, pedenne struit, manum endo jacito: Festus in verb. *Struere.* Si caluitur, id est, movetur & frustretur. *l. si caluitur. de verb. signif.* Pedenne struit, id est fugit. Fest. d. loc. *Manum* & jacito, id est injicito: Endo, enim, valet In ut docet Fest. in verb. *endoitium*, id est; initium? endo plora

ploratum, id est, imploratum: endo pro-
cinctu, id est, in procinctu. Est autem
manum injicere nihil aliud, quam manu
præhendere, & pecuniam debitam, non
expectata Iudicis sententia auferre. Quia
igitur jure suo utitur hoc casu creditor,
nihil ab eo vi fieri videtur vid. Cujac. lib.
16. obs. c. 19.

Denique vim facere non videtur, sed
potius jure suo utitur, qui per vim pos-
sessionem suam retinet, vel eam ab alio
vi occupatam in continenti vi recuperat:
hoc enim jus à natura Comparatum est,
ut vim vi repellere liceat. l. 1. §. vim vi.
27. l. 3. §. eum igitur. 9. l. qui possessionem.
17. ff. unde vi & de vi & vi armat.

Ad L. 56.

Gajus lib. 3. de legatis ad Edictum Urbicum.

Semper in Dubiis benigniora præferenda sunt.

Hæc lex explicata est supra ad. l. 9. & 20. h. t.

Ad L. 57.

Gajus libro. 18. ad Edictum Provinciale.

Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.

Bona fides, id est, naturalis æquitas
& ratio non patitur, ut bis idem ab
eodem ex eadem causa exigatur, id
est, ut res & estimatio rei ab eodem exi-
gatur. h. l. c. bona fides. de Reg. jur. in 6. l.
qui adjicitur. 3. 2. de evict. l. si semel. 26. ff.
de pecul. l. venditor. de hered. & act. vend.
l. si fiduarius. §. cum Debitor. ff. mandat. l. si
quis dolo. §. 1. ibi: Improbis est, qui velit
iterum consequi quod accepit. ff. de rejud.
de cuius legis varia lectione vid. Cujac.
ad lib. 4. sent. Paul. tit. 7. & lib. 12. obs. c. 23.
Hottom. lib. 5. obs. c. 19. Ant. Fab. lib. 4.
consect. c. 19.

Hinc si legatarius ab hærede tabulas
exhibere nolente estimationem consecut-
us, postea petat exceptione doli erit re-
pellendus. l. 3. §. inde quaritur. ff. de tab.
exhib.

Dixi idem bis ab eodem non posse exi-
gi, nam à duobus, quorum uterque suo

nomine & diversa ratione convenitur,
eandem rem seu pecuniam bis exigi
non est iniquum. Ut ecce, qui se, cum
non possideret rem nec dolo possidere
desisset, defensionem seu vindicationem rei
obtulit, absolvendus non est, si modo
actor litis contestatæ tempore nesciverit
eum non possidere. l. qui se liti ff. de petit.
hered. l. 16. qui se liti, 7. ff. de rei vind. At
si ille condemnatus litis estimationem
præstiterit, res nihilominus à possessore
petitur. l. si is qui se liti 7. ff. de rei vind.
Nam qui se liti offert suo nomine con-
demnatur, & quidem ob dolum, quia
scilicet decipit actorem, is vero qui possi-
det rem, possessionis nomine convenitur
& condemnatur. Eadem ratione fit, ut
etiam si ab eo, qui dolo fecit quo minus
possideret (quem non minus quam pos-
sessorem, & petitione hæreditatis, & rei
vindicatione conveniri certum est) litis

æstimationem consecutus sit, non prohibet tamen rem postea à vero possessore petere *l. nec nullam. 13. §. pen. ff. de petit. hered.* Quia is cum quo primum egit suo nomine, & ex suo dolo condemnatus est: Adversus alterum autem propter rem, quam possidet, actio mihi datur, Item is qui debitorem in jus vocatum exemit, actione in factum conventus solvere cogitur, & tamen reum non liberat quominus & ille eandem summam solvere cogatur. *l. ult. ff. ne quis eum qui in jus vocat.* Sic & legatarius, qui interdicto de tab. exhibendis legat æstimationem ab extraneo tabulas testamenti exhibere nolente consecutus est, contra hæredem recte legati nomine agit: Is enim cum quo de tab. exhibend. actum est suo nomine & ob contumaciam suam condemnatus est, hæres etiam suo nomine ex testamento damnatur. *l. 3. §. pen. de tab. exhib.* Quare recte post Accursium Cujacius (temere eo nomine repræhensus ab Ant. Fab. lib. 4. conject. c. 19.) lib. 12. obs. c. 23. tradidit creditorem ab extraneo vim passum nec admissum in possessionem, etiam si ab eo quod sua inter erat consecutus sit, recte tamen à debitore

quod sibi debetur exigere, nam quod extraneus hoc casu solvit id ob suam contumaciam præstitit: debitor vero ideo punitur, quia jure civili puta ex empto, mutuo, vel similibus causis creditori est obligatus. Dixi ex eadem causa bis eandem vel rem & æstimationem eius exigi non posse. Nam bonafides non prohibet, quominus ex diversis causis res & æstimatio ejus exigatur, veluti ex duabus lucrativis causis concurrentibus §. si res aliena. Inst. de legat. l. melius. 66. §. 1. de legat. 2. Sic prius fundum post ejus æstimationem stipulatus recte ex utraque stipulatione acturus dicitur *l. fundum. 28. de novat.*

Interdum hæc regula viriatur: Nam cum debitor soluto jam ære alieno conditione certi ex chirographo conventus se chirographum illud scripsisse, vel sibi numeratam pecuniam esse negat, post mendacii convictus non potest allegare se ante pecuniam solvisse, ideoque cogetur bis solvere: *Novell. 18. c. 8.* Idem juris: Si evidenter appareat voluisse defunctum, ut eadē res bis legatario præstaretur, ut hoc Bulg. hic notavit.

Ad L. 58.

Ulpianus libro. 2. Disputationum.

Ex pœnalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari.

Filius familias ex contractibus & delictis non secus ac paterfamilias tenetur *l. tam ex contractibus 57. de iudic. l. filiusfamilias. de obl. & action.* Quod autem ad patrem ejus attinet contra eum quandoque, ex his causis actio de peculio datur, quandoque non datur; & rursus ubi peculii actio contra eum locum habet, aut datur peculio tenus, aut vero in id dun-

taxat quod est versum in peculium, vel in rem ipsius; Si cum filio pubere contractum sit, in id quod est in peculio Pater tenetur, nisi forte filiosam: inscio patre, pecunia numerata sit §. præterea §. illud. proprie. Inst. quod cum eo. l. 1. ff. ad SC. Macedon. Si cum filio impubere contractum, ita demum in patre dabitur si peculium inde sit factum.
pletius.