

Solutio : Distinguendum est inter procuratorem aëtoris, procuratorem rei, & defensorem, nam defensor propriè dicitur, qui mandato caret: procurator autem propriè vocatur is, cui dominus mandauit, l. 1. D. de procurat. etsi interdum accipitur pro falso procuratore, cui non est mandatum, vt paulò pòst probabo : Itaque si procurator aëtoris iudicatum solui stipulatus sit, deinde procurator esse desierit, eo quòd iudicium in dominum litis translatum fuerit : certum est committi stipulationem iudicatum solui, & actionem ex ea dari domino, quasi ipse dominus per procuratorem stipulatus fuerit d. §. si ex parte. vers. sed etsi procurator. Quòd si à procuratore rei in ipsum reum iudicium transferatur : non potest dubitari, quin ipse dominus teneatur ex cautione iudicatum solui, propterea quod ipse dominus eam cautionem prætstitit pro suo procuratore, si ad defendendum, 10. primo responso, D. iud. solui. Denique si de defensore quærat: quia ipse defensor cogitur satisfacere iudicatum solui, d. l. si ad defendendum, secundo responso, (vbi procurator accipitur pro falso procuratore, qui caret mandato, vt accipitur etiam in l. nec vllam, 13. §. si quis absentis, D. de hæred. petit. l. non solum, 8. §. pen. D. de liberat. leg. l. si quis offerenti, § 8. D. de solut. l. si sine. 22. & l. vltim. D. rat. rem. hab.) idcirco translato iudicio in reum principalem, stipulatio iudicium solui extinguitur, etenim obligatio neque consistit respectu defensoris, qui exemptus est eo iudicio, cuius iudicij causa cautum fuit iudicatum solui, neque consistit obligatio ratione rei principalis : quia non mandauit defensori, vt litigaret, vel caueret: proinde non debet ex facto alieno, id est, ex cautione à defensore prætstita teneri.,

teneri. qua ratione dictum est, eam non teneri actione iudicati, condemnato defensore. l. si procurator. 18. D. de procur.

XXXV. Quæro, vtrum actio domino acquiratur per procuratorem ipso iure, an potius sit opus cessione, vtpotà si procurator stipulatus sit, quæro, vtrum dominus etiam procuratore inuito possit agere ex ea stipulatione, an agere non possit, nisi procurator actionem ei cesserit, faciens eum procuratorem in rem suam. Respondeo, per procuratorem non acquiri domino actionem ipso iure; sed eam à procuratore cedendam esse. l. possessio. 49. §. vlt. D. de acquic poss. nihil enim domino acquiritur per procuratorem, nisi rei possessio, & per eam possessionem dominium, vel vsucapio. l. l. C. per quas pers. nob acquir. §. ex his itaque: Instit. eod. tit. Oppono: quia ex stipulatione damni infecti à procuratore interposita datur domino actio. l. damni. 18. §. vlt. D. de dam. inf. Item ex stipulatione iudicatum solui, adeò verum est acquiri domino actionem utilem, licèt detur procuratori, qui stipulatus est, actio directà; vt dominus præferatur procuratori, & actio utilis domino competens habeat effectum: directà verò, quæ datur procuratori sit inefficax. l. in causæ, 27. in fin. D. de procur. Præterea utilis actio ex empto acquiritur domino per procuratorem. l. Iulianus. 13. §. si procurator. D. de action. empt. Solutio: Regulatiter non acquiritur actio domino per procuratorem, sed excipiendum est, nisi procurator non sit soluendo: tunc enim dominus aget, quia non posset aliàs à procuratore repetere: maximè cùm est actio bonæ fidei, vt ex empto, vel actio ex stipulatione prætoriana. nam ex his quoque stipulationibus prætor ad bonum &

æquum respiciens dat actionem utilem domino, l. 3. & 3. de stipul. prætor. constat autem inter eas numerari stipulationem damni infecti, l. 5. in princ. D. de verb. oblig. §. prætor. Inst. de diuis. stipul. & stipulationem iudicatum solui, l. 1. §. 1. eo. meritò igitur dictum est, ex his dari actionem utilem domino. Iterum oppono, quod dicitur in l. quod procur. 68. D. de procurat. dominum posse inuito procuratore petere id quod procurator ex re domini stipulatus est. Solutio: Hoc quoque speciale est: quia stipulatio est facta ex re domini.

Tertiò oppono l. si procuratori. 79. D. de verb. oblig. vbi etiam datur actio utilis domino ex stipulatione procuratoris. Solutio: Hic quoque specialis ratio est, quia stipulatus est domino præsentem, itaque dominus, quia præsens fuit, & consensit obligationis particeps, & quodammodo stipulatus esse videtur, arg. l. clauibus 74 D. de contrahend. empr. l. 1. §. si iusserim, l. quod meo. 18. §. si per venditorem. D. de acquir. poss. In summa regulariter non acquiritur actio domino per procuratorem, sed interdum, id est, in casibus à iure expressis, l. per procur. 71. eod. tit.

XXXVI. Quæro: si reus dederit procuratorem, an nihilominus possit conueniri. Respõdeo, si actor malit conuenire dominum quàm procuratorem, hoc ei licere, l. si actor. 29. D. de procur. Oppono, quia reus liberam habet potestatem transferendi onus actionis, qua conuenitur in alium, l. 3. D. fam. erisc. ergo non videtur amplius posse conueniri dato procuratore: alioquin non videtur in eum transfuisse onus, sed ipse nihilominus id subire. Solutio: Etiam si reus conueniatur, verè tamen dicitur onus translatum esse in procuratorem: quia ut liberum

berum est auctori, utrum malit conuenire reum principalem, an procuratorem eius; ita reo conueniente concessum est respondere per se, vel per procuratorem: itaque non subit onus, quod subiret, nisi dedisset procuratorem: immò omnem molestiam transfert in procuratorem: quia procurator in iudicio respondebit, licet reus principalis citatus fuerit.

XXXVII. Si sit vna lis plurium personarum, veluti si familiæ eriscundæ agatur inter multos hæredes, aut si duo simul rem sibi communem petant: Quæro, an possint dari plures procuratores. Respondeo, dari posse, l. si quis, 31. §. vnus, D. de procurat. Oppono, quod dicitur in l. 5. §. si tamen, D. iudica. sol. plures hæredes vnus rei, vel plures fideiussores, si litigent, non posse dare plures procuratores, sed vnum tantum. Solutio: Plures hæredes, vel plures fideiussores eiusdem debitoris idem coguntur dare vnum procuratorem, quia quodammodo habentur pro vna persona, eò quod vnus est reus principalis pro quo cautum fuit, vel vnus defunctus cui successerunt. Non eo mouemur, quod postea successerunt multi hæredes, cum initio vnus debitor fuerit: quoniam in stipulationibus spectatur initium, quo contrahitur, l. si filiusfamil. 78. D. de verb. oblig. l. omne. 144. D. de diuersis regulis iur.

XXXVIII. Si quis ad eandem rem multos procuratores in solidum eodem tempore dederit, mox vnus procurator occupauerit, id est, iudicium solus intentauerit: Quæro, an in ea re, quam hic procurator petit, alij quoque sint procuratores, nec ne.

Respondeo, occupantis procuratoris meliorem esse

esse conditionem, adeò vt Secundus non si procurator in eo quod Primus petit, licet initio dominus in solidum simul mandauerit Primo & Secundo. l. pluribus. 32. D. de procurat. Oppono: quia etiamsi vnus procurator egerit, tamen omnes ij, qui in solidum præcuratores dati fuerunt, mandati iudicio in solidum domino tenentur. l. creditor. 60. §. duobus. D. mandati. Cùm igitur omnes mandati teneantur in solidum: necesse est fateri, omnes manere procuratores. Solutio: Distinguendum est inter procuratores datos ad negotia, & procuratores datos ad iudicia. Cùm dati sunt ad negotia extra iudicium administranda: vno gerente negotium, alij quoque manent procuratores, ac mandati in solidum tenentur, quia mandatum in solidum receperunt. Cùm autem dati sunt ad litem: idcirco vno occupante, & solo agente, reliqui desinunt esse procuratores, nec tenentur eo nomine actione mandati, quia procurator in iudicio per litis contestationem fit dominus litis. l. procuratoribus. 22. & l. & sequen. C. de procur. adeò vt alius procurator non facile admittatur, etiamsi dominus velit, id est, non sine causæ cognitione. l. post litem. 17. D. eod.

XXXIX. Si quis de statu suo litiget ex possessione seruitutis: Quæro, an eo iudicio liberali pendente possit habere procuratorem ad lites.

Respondeo, eum qui ex seruitute ad libertatem prouocat, eo iudicio pendente pro libero haberi, ideoque posse dare procuratorem ad iudicia. l. seruum. 33. §. eum verò. D. de procur. Oppono l. i. in prin. C. de assert. tollend. vbi Iustinianus permittit ei qui est in possessione libertatis, & vocatur in seruitutem, litigare per procuratorem, sed expresse id

sè id ei interdicat, qui ex possessione seruitutis proclamat ad libertatem. Solutio: Qui ex possessione seruitutis litigat de statu suo, potest dare procuratorem ad alia iudicia, non ad hoc liberale, quo de ipsius statu quæritur. Differentiæ ratio hæc est: Vt procuratorem dare possit ad lites, debet haberi pro libero: nam seruis id concessum non est. d.l. seruum. in princ. tunc autem habetur pro libero, cum lis de statu contestata est. l. ordinata. 24. in princip. D. de libera. cau. l. lite. 14. C. eod. Quamobrem post litem contestatam potest in aliis causis dare procuratorem ad iudicia, quasi homo liber: ad causam autem liberalem procuratorem dare nequit, nec ante litem contestatam, quia nondum habetur pro libero: nec post litem contestatam, quia post litem contestatam non solet dari procurator, id est, non potest dari nisi causâ cognitâ. arg. l. post litem 17. D. de procur.

X L. Quæro, an reus criminis capitalis absens possit defendi per procuratorem. Respondeo, defendi posse tam per defensorem quàm per procuratorem: quia publicè interest, absentes à quibuscunque defendi, id est, non solum à procuratoribus habentibus mandatum, sed etiam à defensoribus mandato carentibus. vnde etiam in capitalibus iudiciis defensio absentis conceditur. l. seruum. 13. §. publicè. D. de procurat. l. 1. C. de accusat. Oppono. l. pen. §. 1. D. de publ. iud. vbi disertè dicitur, in publicis iudiciis procuratorem frustra interuenire, id est non admitti ad crimen persequendum, & multo magis frustra interuenire, id est, multo minùs admitti ad defendendum. Solutio: Non omnimodo & indistinctè absens per alium defendi potest, sed tunc cum & condemnari absens potest. d. §. publicè. vers.

cè. vers. vbicumque, alioqui non est opus procuratore: & cessat ratio, propter quam admitrimus procuratorem absentis, videlicet ne absens indefensus damnetur. Potest autem absens condemnari, Primò cum crimen tale est, vt ex eo soleat irrogari pœna vsque ad relegationem, non grauior. l. 5. in princ. D. de pœnis; vnde in his criminibus admititur procurator absentis, l. 1. D. an per al. cau. appel. red. pos. Secundò, si quis lege Cornelia accusetur, quod spadonem fecerit, l. 4. §. vlt. D. ad leg. Cornel. de sicar. Tertiò, si apparitor corruptus accusetur perfidiæ, l. ne diu. 21. C. de pœn. Quartò, ex Nouella constitutione Henrici Imperatoris, si quis accusetur crimine læsæ maiestatis extrauag. ad reprimendum. Quintò, si lis inchoata sit cum præsentem, mox ille abiit, l. inter. 10. D. de pub. iud. ergo & his casibus procurator admitti debet.

Ei quod dixi de pœna vsque ad relegationem, oppono, quia non videtur conuenire quæstioni de qua agitur, quærimus enim, an absens defendi possit in causa capitali, ac distinximus, vtrum irrogetur pœna vsque ad relegationem, an maior. atqui cum irrogatur vel pœna relegationis, vel minor pœna, non est causa capitalis, quia crimen capitale & pœna capitalis dicitur, cum eximitur caput de ciuitate Romana: quod fit deportatione, condemnatione in metallum, vltimo supplicio, non item relegatione, aut minori pœna, l. 2. D. de publ. iud. l. 2. & l. capitalium, 28. in princip. D. de pœnis. Solutio: Quamuis verbum *capitale* propriè pertineat ad pœnas relegatione grauiores, per quas caput eximitur è ciuitate Romana: quandoque tamen latius accipitur, vt complectatur etiam minores pœnas veluti relegationem, l. 4. in princ. D. si

D. si quis cautio. l. hos accusare, 12. §. ult. D. de accusat. l. licet, 103. D. de verb. significat.

XL I. Quæro, an procurator debeat satisfacere de rato in operis noui nunciatione. Respondeo, eum satisfacere debere, l. vel in operis, 26. D. de procurat. Oppono l. 6. D. de oper. noui nunc. ubi disertè dicitur procuratorem ita satisfacere non cogi. Solutio: Distinguendum est, utrùm procurator nunciauerit nouum opus, & satis acceperit de opere restituendo, ideòque conueniatur interdicto prohibitorio, ne vis fiat ædificanti qui satisfecit de opere restituendo: an opus nouum ipsi procuratori, eive cuius est procurator, nunciatum fuerit, adeò vt contra procuratorem sit locus interdicto restitutorio. Priori casu procurator non cauet de rato, quia est loco rei, non loco actoris: & aduersario agenti sufficit, quòd ei cauetur iudicatum solui, l. §. §. ultim. D. de oper. nou. nunc. Posteriori casu procurator de rato cauere debet: quia periculum est, ne postea dominus velit aliter defendere: vt putà quia procurator patitur opus destrui, quod dominus non pateretur.

XL II. Si procurator aduersario deferente iuret domino dari oportere: Quæro, an ex eo iureiurando actio domino detur. Respondeo, iusiurandum procuratoris parere actionem domino, proinde ex eo iureiurando dominum agere posse, l. nam posteaquàm, 9. §. penultim. D. de iureiur. Oppono, quod dicitur in l. non solum, 39. §. qui alieno. D. de procurat. hanc actionem ex iureiurando non posse domino competere, sed eam procuratorem intentare suo nomine. Solutio: In hoc §. non simpliciter negatur actionem ex iureiurando procuratoris dari domino, sed negatur dari actionem, qua
procura

procurator propter suum iusiurandum suo nomine agit. cum enim dominus agit ex iureiurando procuratoris, non eius sed suo nomine agit, quasi ipse per procuratorem iurauerit. Quare l. C. rectè adiiicit hæc verba, *Neque enim hæc actio domino competere potuit.* vbi notandum est pronomen *Hæc*, quod negationem coangustat ad actionem in præcedentibus verbis expressam, id est, qua procurator agit suo nomine.

XLIII. Si pater agat propter iniuriam filio factam: Quæro, an cauere debeat ratam rem filium habiturum. Respondeo, non solum si pater agat suo nomine, quia per filium fit iniuria patri, sed etiam si agat nomine filij, non requiri cautionem de rato: quia cum per filium acquiratur actio patri, siue pater agat suo siue filij nomine, semper agit tãquàm principalis, non quasi procurator filij, l. non solum, 39. §. si pater, D. de procurat. Oppono: quia si procurator patris agat ob iniuriam filio factam, cauere debet ratam rem filium habiturum, l. si sine. 22. §. penult. D. ratam rem hab. quod si procurator patris cauere debet filium rem ratam habiturum: dicendum omnino videtur, etiam ipsum patrem cauere debere, nulla enim ratio est, cur procurator patris oneretur hac cautione, nisi pater eam præstare debeat. Solutio: Verus proeurator patris, qui scilicet ab eo mandatum accepit, non cauet filium rem ratam habiturum, in d. autem, §. ult. ideo cauet filium ratum habiturum, quia non constabat de mandato patris, vt ex eo apparet, quod cogitur cauere etiam patrem ratum habiturum, ideo autè lex ait hunc cauere debere non solum patrem, sed etiam filium ratum habiturum: quia contingere posset, vt pater moreretur, antequàm ratum haberet:

beret : quo casu actio pertineret ad filium. Si igitur pater eorum habuisset , non requireretur ratihabitio filij. Cui consequens est , vt similiter dicamus non requiri ratihabitionem filij , si pater procuratori mandauerit : quia ratihabitio non habet maiorem vim , quàm mandatum : immò ideò valet , quia retrò trahitur , vt videatur mandatum fuisse.

XLIV. Quæro , an cautio de rato præstetur post litem contestatam. Respondeo , procuratorem ante litem contestatam cogi satisfacere de rato , post litem autem contestatam non compelli ad præstandam cautionem. l. Pomponius. 40. §. penult. D. de procur. Oppono , quod dicitur in l. 2. C. de consort. eiusdem litis. post litem legitimè ordinatam quibusdam absentibus , præsentibus posse agere in solidum , dummodò caueant absentes ratum habituros. Ecce igitur cauere de rato post litem contestatam : per quam cautionem fit , vt consors litis agat in solidum , id est , partim suo nomine , partim nomine procuratorio , absentis scilicet nomine , quem ratum habiturum cauet. Solutio : Hæ species , quæ tractantur in d. l. Pomponius. §. penult. & in d. l. 2. sunt longè diuersæ. Nam in d. §. penult. agitur de procuratore litis alienæ : in d. l. 2. de consorte litis , qui pro parte est dominus litis communis. Rursus in d. §. penultim. non quæritur , an procurator possit cauere de rato , sed an cogatur cauere : & respondetur , eum non cogi , sed etiam non caueat , nihilominus rectè interuenire , quia semel admissus fuit , & cum in eius persona lis contestata fuit , factus est dominus litis , vt supra probauimus : vnde non potest amplius ab eo exigi cautio de rato : cum exceptio procuratoria sit exceptio dilatoria , non peremptoria : constet autem exceptiones dilatorias esse

esse proponendas ante litem contestatam, quamuis peremptoriæ semper proponi possint ante sententiam: quia lis non debet differri, ex qua semel cœpta est, sed ex iusta causa potest perimi, in d. autem l. 2. dicitur lis fuisse legitimè ordinata, id est, contestata cum omnibus consortibus litis. verum post litis contestationem euênit, vt vnus ex consortibus abesse cœperit: idèò quærebatur, an alius consors pro eo posset interuenire; lex igitur eum admittit cum cautione de rato, quam cautionem meritò requirit: quia nondum admissus fuerat in hac lite pro parte absentis, sed pro sua tantum parte: si quidem posuimus litem contestatam fuisse cum omnibus, adeò vt nullus eorum videatur pro aliis interuenisse, sed singuli pro suis partibus. Itaque post litem contestatam non debet aliquis præsens admitti nomine consortis absentis, nisi si caueat eum ratum habiturum. immò omnino non videretur admittendus esse, si esset extraneus: sed facile admittitur propter eam coniunctionem, quia est consors eiusdem litis.

XLV. Quæro, an procurator in actione iniuriarum dari possit. Respondeo, dari posse, l. licet 42. §. 1. D. de procurat. Oppono: quia hoc conceditur solis personis illustribus, cæteris autem omnibus denegatur, l. vltim. C. de iniuriis. Solutio: Distinguedum est inter iudicium ciuile, & criminale, nam de iniuria vtroque modo agi potest, si enim ciuilitè agatur, procurator à quacumque persona dari potest; si verò criminaliter, ab illustribus tantum personis, §. in summa. Instit. de iniuriis.

XLVI. Si procurator iudicatum solui satisfecit, deinde non defendat reum, quia reus desierit esse soluendo: Quæro, vtrum procurator ob eam cau-

sam,

fam, id est, propter inopiam rei excusetur, an nihilominus committatur stipulatio iudicatum solui. Respondeo, procuratorem non excusari, sed stipulationem committi tam aduersus ipsum, quàm aduersus fideiussores ab eo datos, l. Titius 76. D. de procurat. Oppono, quod ait Paulus in l. mutus, 43. in fin. D. eod. tit. procuratorem hoc casu non cogi defendere, sed propter inopiam rei excusari. Solutio: Quod dicitur in d. l. mutus, in fin. non proponitur à Paulo quasi verum: sed proponitur tantum sententia Labeonis, quæ mox reprobat ab eodem Paulo in l. non cogendum, 45. in princ. eod. tit. vbi Paulus probat contrariam sententiam Sabini rectè existimantis procuratorem non quidem distictè cogi defendere: sed nisi defendat agi ex stipulatione posse ob rem non defensam, vt traditur etiam in d. l. Titius.

XLVII. Quæro, an procurator habens mandatum generale, possit res domini alienare. Respondeo: eum alienare posse, l. procurator cui, 58. & l. seq. D. de proc. l. qua ratione, 9. §. nihil. D. de acquir. rer. dominio. & §. nihil. Instit. de rer. diu. Oppono l. procurator totorum, 63. D. de procur. vbi dicitur procuratorem totorum bonorum, non posse res domini alienare, siue sint mobiles, siue immobiles, exceptis iis quæ facile corrumpi possunt, & l. si procuratorem, 16. C. eod. vbi dicitur, eum qui speciale mandatum non habet, alienare non posse. Solutio: Distinguendum est inter procuratorem cui simpliciter mandata est rerum administratio, & eum cui libera administratio data est, tanta enim est vis huius verbi *libera*, in mandato inserti, vt hic possit etiam res domini alienare qui liberam administrationem habet, quamuis alienare non possit is

K cui

cui simpliciter administratio mandata fuit. Denique aut speciali mandato, aut libera administratione opus est, vt procurator possit res alienare.

XLVIII. Quæro, an procurator ex necessitate factus, possit reconueniri, ita vt in reconuentione cogatur dominum defendere: is autem dicitur ex necessitate dari procurator, cui dominus actiones cedere cogitur: veluti emptor hæreditatis: nam venditor tenetur ei cedere actiones hæreditarias, faciens eum procuratorem in rem suam. Respondeo, procuratorem hunc frustra inuicem conueniri, neque cogi dominum defendere, l. seruum 33. §. vltim. D. de procurat. quia cum sit procurator in rem suam, quodammodo loco domini habetur, vnde etiam actiones vtilis suo nomine habet, l. procuratore, 55. D. eod. tit. Huius rei exemplum proponitur in l. si quis in rem. 34. eodem titulo, si quis enim vendiderit hæreditatem, & emptor agat contra debitores hæreditarios, non cogitur defendere venditorem, quia factus est ex necessitate procurator.

Oppono: l. pater 70. eod. tit. in qua l. tractatur talis species: Caius filio suo pupillo tutorem dedit Sempronium creditorem suum, Sempronius administrata tutela decessit hærede relicto Mæuius fratre suo, deinde Mæuius quoque vita functus est, & per fideicommissum Titio reliquit nomen debitoris, cui fideicommissum vt satisfacerent hæredes Mæuij, cesserunt Titio actiones sibi competentes contra pupillum tanquam patris sui debitoris hæredem, initio namque fingeamus Caium patrem pupilli fuisse debitorem Sempronij, cuius Sempronij hæreditas peruenit primùm ad Mæuium, deinde ad hæredes ipsius Mæuij. Titius itur factus est ex necessitate

sitate ab hæredibus Mæuij procurator in rem suam: quia propter vim fideicommissi cogebantur hæredes Titio cedere actionem contra pupillum. Iam si Titius agat contra pupillum, potest ab eo reconueniri, & cogitur defendere hæredes à quibus procurator ex necessitate factus est, id est, à quibus mandatæ sibi sunt actiones contra pupillum. Solutio: in hac specie dicendum est, Titium non ex necessitate factum esse procuratorem: quia non tam spectanda est persona hæredum, qui reuera cogebantur actionem Titio cedere, quàm persona Mæuij defuncti, qui sponte sua & liberè nulla necessitate cogente, legauit nomen Titio, natura enim fideicommissi, & legati hæc est, vt quamuis præstetur ab hærede, tamen videatur potius dari à defuncto, quàm ab ipso hærede: quia defunctus est prima, præcipua & verissima causa legati vel fideicommissi.

Ex tit. De negotiis gestis.

XLIX. **Q**Uæro, an negotia defuncti possint appellari negotia hæredis, antequàm hæreditas adita fuerit. Respondeo, ante aditam hæreditatem, quia nondum est hæres, non esse negotia hæredis. l. 3. §. hæc verba. D. de neg. gest.

Oppono: quoniam hæres videtur ex tempore mortis successisse defuncto, quamuis postea adierit. l. si ex re, 28. D. de stipul. seruor. omnis enim hæreditas, quamuis postea adeatur, tamen cum mortis tempore continuatur. l. omnis hæreditas. 139. D. de diuer. reg. iur. Solutio: Distinguendum est inter veritatem & fictionem iuris. veritate inspecta, hæres nondum adiit. idcirco si hoc tempore negotia gerantur, non possunt dici negotia hæredis, qui fortasse non adibit: quamquam si postea adierit: adi-

tio illa retrò trahetur, & per fictionem iuris continuabitur cum morte defuncti. Sic enim licet passim hæreditas dicatur personam domini repræsentare, quod fit fictione quadam iuris, nihilominus tamen verum est hæreditate iacente hæreditarias res esse nullius, l. 1. in prin. D. de rer. diuis. neque enim sunt defuncti qui obiit, nec hæredis qui nondum adiit.

L. Si quis condemnatus fuerit, & ex causa iudicati capta sint pignora, prætorque executionem sententiæ dederit, qui ea pignora distrahere, & creditori satisfacere debeat: hic autem executor dolo se versatus sit in iis pignoribus distrahendis: Quæro, qua actione propter eum dolum conueniri debeat.

Respondeo, eum teneri actione negotiorum gestorum. l. 3. §. si executor, D. de negot. gest. Oppono quod dicitur in l. si pignora, 50. D. de euct. nullam aliam actionem contra executorem dari, quàm de dolo. Solutio: Distinguendum est, utrùm contra executorem agat debitor condemnatus, an creditor pro quo iudicatum fuit. Nam contra eundem executorem ob eius dolum datur creditori actio negotiorum gestorum, si dolo executoris non est consecutus solidum quod sibi debetur. debitori autem datur actio de dolo; quia læsus est dolo executoris rem viliori pretio distrahentis, Differentiæ ratio hæc est: quia hoc negotium, quod geritur ab executore, non videtur esse negotium debitoris; sed creditoris: quia contemplatione & causa creditoris distrahuntur pignora. ergo creditor habet actionem negotiorum gestorum: proinde non potest agere de dolo, quoniam actio de dolo est subsidiaria, quæ non datur nisi cessantibus aliis actio

actionibus. l. i. D. de dolo. Debitor autem cum non possit agere negotiorum gestorum ob rationem quam exposui, necessariò confugit ad subsidiariam actionem de dolo.

L. I. Si quis alicuius mandato negotia gesserit: Quæro, an actione negotiorum gestorum possit conueniri ab alio, ad quem ea negotia pertinent.

Respondeo, cum negotia gesserit non mandato huius qui agere vult, sed mandato alterius, rectè hunc agere negotiorum gestorum. l. 6. §. si quis ita, vers. nam etsi cui. D. de negot. gest. l. si mandatum. 14. C. eod. Oppono l. si mandauero. 22. §. penult. vers. atqui si præsentibus. D. mandati. vbi curator bonis datus, qui bonorum debitoris venditionem mandato quorundam creditorum præsentium fecit, non potest à creditoribus absentibus conueniri negotiorum gestor. quamuis negotium ad eos pertineat, nec mandatum ab eis acceperit. Solutio: In hac quæstione distinguendum est, vtrum aliquo ex iis ad quos negotium commune pertinet mandante, negotium commune gestum sit, an vno mandante procurator non solum ipsius qui mandauit, sed etiam alterius negotia gesserit, falsò putans vtraque negotia pertinere ad mandatorem. Priori casu, quia vnum est negotium, licet multis commune, & vnius mandato gestum est: idcirco qui gessit, non tenetur, nisi ei à quo mandatum accepit: alij verò ad quos negotium pertinet, negotiorum gestorum agere debent, non contra hunc qui negotia gessit, sed contra eum qui gerendum mandauit. Posteriori casu, quia sunt duo negotia separata, quorum vnum pertinet ad mandatorem, alterum ad alium: is qui gessit; duobus obligatur, nam

k 3 ob

ob alterum negotium mandatori tenetur actione mandati, ob alterum tenetur actione negotiorum gestorum, ei scilicet ad quem negotium pertinet: quamuis hic qui gessit, non putauerit ad eum pertinere, veritas enim præfertur eius opinioni.

LII. Quæro, si quis amicitia ductus, aliena negotia sine mandato gerat, an habeat actionem negotiorum gestorum. Respondeo, eum habere actionem, si quis enim amicitia filiifamil. vel serui ductus, negotia pupillaria gesserit: patrem vel dominum habet obligatum de peculio actione negot. gestor. l. 6. §. sed si ego. D. de negot. gest. Oppono, & probo hunc non habere actionem: quoniam qui amicitia Titij motus, petiit tutorem impuberibus filiis eiusdem Titij, nullam habet eo nomine actionem l. is qui amicitia. 44. D. eod. tit. Solutio: Regulariter ob negotia gesta datur actio negotiorum gestorum, etsi amicitia causâ gestum fuerit, nisi scilicet videatur aliquis negotium pietatis causâ gessisse, non animo repetendi impensas. quod locum habet ex constitutione Seueri in casu modo proposito, cum aliquis petit tutorem pupillis. alias nemo præsumitur donare. l. cum de indebito. 25. D. de probat. ideoque impensas in negotio gerendo à se factas repetere potest actione negotiorum gestorum.

LIII. Quæro, vtrum ratihabitio pariat actionem mandati, an potius negotiorum gestorum. Respondeo, quia ratihabitio retrò trahitur, & comparatur mandato, l. licet 66. D. de iudiciis. l. vlt. C. ad S. C. Macedon. l. antepen. C. de donat. inter vir. & vxor idcirco propter ratihabitionem datur actio mandati directa, & contraria, quamuis initio mandatum non interuenerit. l. semper qui non prohibet, 60. D. de

de diu. reg. iur. Oppono l. 6. §. sed si ego. D. de negot. gest. vbi dicitur nihil agi ratihabitione, & l. si is qui negotia, §. 10. D. manda. vbi dicitur, nihil referre, an ratum habeatur, necne. & l. Pomponius, §. eod. tit. vbi post ratihabitionem agitur negotiorum gestorum, non mandati. Oppono etiam §. item quæritur, & §. seq. d. l. 6. & §. alioqui, l. ei qui seruo, §. 7. C. quod cum eo. vbi ratihabitio efficit, vt detur actio negotiorum gestorum, quæ non competiisset, nisi ratum habitum fuisset. Quomodo igitur hæc conciliabuntur? ratihabitionem parere actionem mandati, parere actionem negotiorum gestorum, & nihil efficere. Solutio: Distinguendi sunt quatuor casus, aut enim gestum est meum, aut non meum negotium: & vel gestum est meo, vel alio nomine. Cum meum negotium meo nomine gestum est: ratihabitio, quæ mandati vim obtinet, & mandato comparatur, parit actionem mandati. d. l. semper qui non prohibet. cū ea tamen concurrit actio negotiorum gestorum, d. l. Pomponius, d. l. si is qui negotia. sed cum meum negotium non meo nomine gestum est: omnino mihi & contra me datur actio negotiorum gestorum, l. 5. §. 1. D. de negot. gest. Cum autem alienum negotium gestum est meo nomine: ratihabitio mea facit, vt detur actio negotiorum gestorum: mihi scilicet detur contra eum qui gessit, & gestori contra me, d. §. item quæritur, & §. seq. quod ita intelligendum est, dummodò ex ea gestione aliquid ad me peruenerit: alioqui frustra ratum haberem, d. l. 6. §. quid ergo. Denique cum non meum negotium gestum est non meo nomine, actio negotiorum gestorum neque mihi, neque contra me datur: quia ratihabitio nihil operatur, d. §. sed si ego.

LIV. Quæro, an negotiorum gestor teneatur etiam ob illa absentis negotia quæ non gessit, an ob ea tantum quæ gessit. Respondeo; eorum tantum nomine teneri quæ gessit: quia voluntas ei finem facit: sufficitque, si vel in paucis amico satisfaciat, l. tutori 20. C. de neg. gest. Oppono, l. 6. §. videamus, D. eod. tit. ubi disertè dicitur, eum teneri ob ea quoque negotia, quæ non gessit, & l. in commodato, 17. §. si ex facto, vers. ut accidit, D. com. moda. ubi dicitur peritura eum non impunè deferere.

Solutio: Regulariter ob ea tantum tenetur, quæ gessit, & potest quædam gerere: quædam omittere: d. l. tutori, sed excipiendum est, nisi alius vir diligens negotia absentis gesturus fuit, qui nullum negotium prætermisisset; sed huius, qui quædam administravit; contemplatione ad negotia non accessit, sperans omnia per hunc gestum iri: tunc enim propter suam negligentiam tenetur, qui non omnia negotia gessit. d. l. 8. §. videamus, quia debuit omnia vel gerere, vel alij gerenda relinquere, ne incommodo aut damno absens afficiatur. Tenetur autem ob ea quæ gessit, siue ea absoluerit, siue inchoauerit tantum: neque. n. debet inchoata deferere, d. vers. ut accidit, qui loquitur de negotiis inchoatis non deferendis.

LV. Quæro, an debitor facto alieno liberari possit. Respondeo, debitorem liberari facto alterius, veluti si alius pro eo soluerit, l. soluendo, 39. D. de neg. gest. l. 1. §. pen. D. de exercit. act. l. solutione, 23. l. si pro me, 40. l. soluere, 63. D. de solut. vel si alius pro eo iudicium acceperit, d. l. solutione, vel si creditor ab alio nouandi causa stipulatus fuerit, l. si debitor tuus. 91. D. de solut. Oppono: quia iniquum

quum est, aliquem facto alieno liberari, l. si autem, 8. D. de neg. gest. Solutio: Factum alienum non tollit obligationem, nisi creditor consentiat, seu creditori satisfiat: quod contingit, cum ei soluitur, vel cum ipse creditor nouandi causa ab alio stipulatur, aut petit, his enim casib. non tantum extranei factum interuenit, qui soluit, aut iudicium accepit, aut nouationis causam promisit, sed etiam voluntas, & factum creditoris, qui exegit, vel petiit, vel stipulatus est. In specie autem d. l. 8. §. vltim. cum ad duos socios negotium pertineret: vno prohibente, altero non prohibente, Titius negotium gessit. ergo is qui non prohibuit, merito negotiorum gestorum Titio tenetur, nec debet liberari facto alieno, id est, eo quod socius prohibuit ne Titius gereret: quoniam huiusmodi facto. i. prohibitione socij; non satisfiat Titio creditori: nec dici potest, Titium consensisse, ac voluisse vnum liberari, eo quod alter prohibuit gerere.

LVI. Quæro, an actio iniuriarum dissimulatione eius qui iniuriam passus est, aboletur.

Respondeo, aboleri, l. non solum, 9. §. 1. D. de iniuriis, §. vlt. Instit. cod. tit. Oppono: quoniam actio, quæ semel competere coepit, nuda voluntate non tollitur, l. Pomponius, 9. D. de neg. gest. Solutio: Verba huius l. Pomponius, non sunt generaliter intelligenda, sed pertinent ad actionem negotiorum gestorum, de qua ibi tractatur. Est autem magnum discrimen inter actionem iniuriarum, & actionem negotiorum gestorum. actio namque negotiorum gestorum cum oriatur ex re & negotio gesto, non potest tolli nudo consensu: l. nihil tam naturale, 35. De diu. regul. iur. actio verò iniuriarum ideo dissimulatione aboletur: quia non volenti,

K 5 sed

sed inuito fit iniuria: nec videtur inuitus, qui dissimulat, ac de iniuria sibi facta non conqueritur.

L VII. Quæro, an possit aliquis reprobare id quod semel probauit. Respondeo, quod semel probatum est, ampliùs reprobari non posse, l. Pomponius, 9. D. de negot. gest. l. cum mulier, 47. D. solur. matrim. l. si vxor, 13. §. vltim. D. ad leg. Iuliam de adult.

Oppono: quia medici, oratores, grammatici, qui à Repub. semel probati, & in numerum recepti fuerunt, possunt reprobari, l. vt gradatim, 1. §. pen. D. de muneribus & honor. l. 2. C. profess. & med. Solutio: Non conceditur reprobatio nisi ex iusta causa, iusta autem causa est, veluti si quis negotia ab alio gesta probauerit, deceptus dolo gestoris, d. l. Pomponius, item iusta causa est, si hi, qui ad officium, aliquod promoti sunt, officio non funguntur, d. l. 2.

L VIII. Quæro, an manumissus teneatur de eo quod in seruitute gessit, vel contraxit. Respondeo; non teneri, l. eum actum, 17. l. atquin, 19. §. 1. l. quæ utiliter, 45. §. 1. D. de neg. gest. l. si cognati, 21. C. eod. l. 1. & 2. C. an seruus pro suo facto.

Oppono: quia si promiserit pecuniam domino, vt ab eo manumittatur, & manumissus non soluat, tenetur actione in factum, l. 3. C. eod. Præterea Iustinianus constituit, vt serui ex testamento ad libertatem peruenientes, rationem reddant eorum quæ in seruitute gesserunt, l. vltim. §. pen. C. de peti. hæred. Item orcinus libertus de peculio conueniri potest ob contractum in seruitute factum, l. 1. §. per contrarium; D. de dote prælega. Solutio: Regulariter manumissus non tenetur ob ea, quæ gessit ante libertatem. sed excipiuntur quidam casus ex bono & æquo propter certas & speciales rationes,

nes, vt in specie d. l. 3. iniquum erat dominum & seruo & pecunia carere, cum spe pecuniæ post manumissionem recipiendæ eum manumississet: proinde ex æquo & bono datur ei actio in factum contra manumissum, contra quem nulla actio ordinaria comperit. in specie autem d. l. vlt. §. pen. libertates competunt ex beneficio Iustiniani. licet dubitetur, an valeat testamentum, in quo relicta fuerunt. quod quidem beneficium Iustinianus concedere noluit cum detrimento eius, cui serui rationes reddere debebant, Denique in d. §. per contrarium. orcinus libertus conueniri potest, non quia contraxit ante libertatem, sed quia peculium ei legatum fuit: obligatio namque peculiaris sequitur peculium. l. si quis seruum. 29. in prin. l. si ex duobus. 32. §. vlt. & ll. seqq. deposui. 38. §. vlt. D. de pecul. 1. §. si præcepto. D. quan. act. de pecul. an. est. Porro dicto §. per contrarium. videtur contradicere §. item hæres. d. l. 1. Sed hæc loca infra conciliabo, cent. 4. quæst. 66.

LIX. Si libero homini, qui bona fide mihi seruit, mandem vt aliquid mihi agat: Quæro, qua actione eum conuenire possim. Respondeo, eum mihi teneri actione mandati. l. is qui, 13. §. si libero D. commod. Oppono l. atquin. 19. §. si libero. D. de negot. gest. vbi dicitur agendum esse negotiorum gestorum, non mandati. Solutio: Distinguendum est. vtrum gesserit quasi ex necessitate seruili, cum omnino putauerit se esse meum seruum, an volens gesserit, & sciens se esse liberum. quamuis nondum ad libertatem proclamauerit. Priori casu tenetur actione negotiorum gestorum: quia non valet contractus mandati, in quem non consensit, cum gesserit quasi ex necessitate seruili. Posteriori casu, quia

quia mandanti consensit, & voluit gerere, ideo tenetur mandati. Hanc distinctionem confirmant etiam verba d. l. atquin. §. si libero. Confirmatur etiam eadem distinctio sumpto argumento ex l. liber homo. 19. in fi. D. de acqui. rer. dom. vbi ex Labeonis sententia similis affertur distinctio, cum homo liber bona fide seruiens, iussu eius cui seruit, adiit hæreditatem. etenim si quasi ex necessitate seruii adiit hæreditatem, possessori acquisiuit. si sponte adiit, sibi quæsiuit. Hoc argumentum eo maiorem vim habet, quod eiusdem Labeonis sententia refertur etiam in d. l. atquin. §. si libero.

L X. Si quid procuratori meo solutum fuerit me ignorante: Quæro, an eius proprietas mihi acquiratur. Respondeo, per procuratorem proprietatem etiam ignoranti mihi acquiri. l. si procurator. rem. 13. D. de acqui. rer. dom. Oppono l. si ego. 24. D. de neg. gest. vbi Paulus ait, quod meo procuratori solutum fuit, non aliter meum fieri, quam si ratum habuero. Solutio: Distinguendum est inter verum procuratorem habentem mandatum, & falsum procuratorem carentem mandato. vbi enim mandatum fuit, non requiritur rati habitio. sed cum mandatum cessat, rati habitio est necessaria, quod autem in d. l. si procurator. agatur de vero procuratore, & in d. l. si ego. de falso procuratore. ex verbis legum perspicuum est. nam Nerarius in l. si procurator. ait. *emerit mandato meo.* Paulus in l. si ego inquit, *quia procurator dumtaxat negotium gessit.* quod perinde est, ac si diceret, quia procurator mandato caruit. eum verò qui mandato caret, quamquam propriè vocatur negotiorum gestor, tamen quandoque appellari procuratorem, docuimus quæst. 35. huius centuriæ.

L X I. Si

LXI. Si tutor postumo datus sit : Quæro, non natus postumo, quæ actio contra eum detur. Respondeo, non agi tutelæ, quia nullus tutor dici potest, sed negotiorum gestorum. l. cum pater. 29. D. de neg. gest. l. si nemo tutorum. 19. §. ult. D. de testam. tut. l. 1. §. si quis. D. de eo qui pro tuto. Oppono l. pen. D. de tut. & ration. distrahen. in qua l. Paulus ait, neque tutelæ, neque pro tutore, neque negotiorum gestorum agi posse.

Solutio. Non datur quidem actio negotiorum gestorum directa, sed tamen datur utilis. quod Paulus eodem loco significavit, subiiciens verba illa, & *ideo in eum utilis actio dabitur.* intelligit enim utilem actionem negotiorum gestorum.

LXII. Si mater pecuniam accipiat à debitore filiae impuberis cuius negotia gerit: Quæro, an debitor liberetur. Respondeo, debitorem filiae, qui non solvit creditori, sed matri eius, ea solutione non liberari. l. liberto. 31. §. pen. D. de neg. gest. Oppono l. filiae. 88. D. de solut. ubi argentarij, qui matri soluerunt pecuniam redactam ex venditione rerum ad filiam pertinentium, ea solutione liberantur, nisi dolo malo soluerint, & mater non sit soluendo.

Solutio : In hac specie argentarij matri soluentes ideo liberantur : quia cum matre, non cum filia contraxerant, id est, res filiae vendendas à matre acceperant : ideoque erant potius debitores matris, quam filiae.

LXIII. Si quis negotium sibi cum alio commune gesserit, & impensas in illud negotium commune fecerit : Quæro, qua actione eas impensas ab eo repetere possit, cum quo negotium commune habet.

Respon

Respondeo distinguendum esse, vtrum negotium possit separatim & per partes geri, nec ne. Si per partes geri possit, veluti si quis à debitore communi solidum exegerit (potuit enim partem tantum pecuniæ sibi debitæ exigere :) videntur esse plura negotia : proinde pro ea parte, quæ ad alium pertinet, agit contra eum, & inuicem ei tenetur actione negotiorum gestorum. Quod si negotium non possit geri per partes, sed necessariò geratur in solidum, veluti si quis seruum communem noxali iudicio defenderit (cogitur enim eum in solidum defendere. l. 4. D. si ex nox. causa agatur:) hoc casu datur actio communi diuidendo : quoniam hoc casu verè est vnum negotium commune. l. 6. § siue autem. D. communi diuidendo. Oppono l. liberto. 31. §. ult. D. de nego. gest. vbi cum litigaretur de aqua, id est, de aquæ ductu (nam aquæ appellatione ibi significatur seruitus aquæ ductus, vt in l. si communem. 10. D. quemadmo. seruit. amit.) vnus communem causam defendit, & impensarum in communem litem à se factarum partem reperit actione negotiorum gestorum : cum tamen res sit indiuidua, ius scilicet aquæ ducendæ. l. viæ. 17. D. de seruitut. ideoque secundum regulam supra traditam videatur esse agendum communi diuidendo, non negotiorum gestorum : quia cum res sit indiuidua, non potuit pro parte defendi. Solutio : In hac specie non potuit dari actio communi diuidendo : quoniam aquæ ductus, vel alia seruitus non venit in hoc iudicium. immò communio iuris separatim & per se considerati non potest intelligi. l. arbor. 19. §. si per eundem. & §. vltim. D. communi diuidendo. etenim per se nihil est, cum nihil aliud sit quam prædij qualitas. l. quid aliud. 86. D. de verbor. signif.

vnde

unde seruitus per se nec in bonis nostris esse, nec extra bona dici potest, l. 1. D. de usu & usufru. lega. Hac igitur ratione, cum de seruitutibus non possit agi communi diuidundo, necesse est uti actione negotiorum gestorum: Secundò oppono l. 3. C. de nego. gest. ubi hæres ex parte, qui vniuersum debitum pignoris liberandi causâ soluere coactus est, partem repetit à cohærede vel actione negotiorum gestorum, vel familiæ erciscundæ. & glossa quædam interlinearis in libro manu scripto rectè supplet, *vel communi diuidundo*: quoniam horum iudiciorum eadem est ratio, l. 6. §. cætera. D. commu. diuid. atqui causa pignoris est indiuidua, l. his consequenter, 18. §. Celsus, & §. cum vnus, l. hæredes, 25. §. idem obseruatur. D. famil. ercisc. l. rem hæreditariam, 65. D. de euictionib. ergo venire debet in iudicium familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo, non etiam negotiorum gestorum.

Solutio: In specie d. l. 3. duplex est obligatio: altera principalis, pecuniæ creditæ: altera accessoria, pignoris; quarum illa diuidua est, hæc indiuidua. quocirca pars à cohærede potuit repeti & actione negotiorum gestorum, quatenus obligatio, ex cuius causâ solutum fuit, diuidua erat: & familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo, ratione pignoris, quod hæres ea solutione luere voluit.

LXIV. Si quas res sponsus sponsæ donare volebat, pater aut mater puellæ acceperit: Quæro, qua actione filiæ vel hæredi eius teneatur. Respondeo, neque mandati neque depositi agendum esse, sed negotiorum gestorum, l. fideiussor. 32. §. 1. D. de neg. gest. Oppono l. die 25. in princ. D. de pos. ubi Papin. etiam hæredi puellæ contra patrem, qui res accepit, dat

dar actionem depositi. Solutio : In specie d. l. dic. virgo erat præsens, eique res fuerunt à sponso oblata : ideoque pater accepit voluntate filiae : propter quam voluntatem filia videtur breui manu res accepisse, & apud patrem deposuisse. In specie verò d. l. fideiussor. §. i. mater ignorante virgine res accepit : quare cum nullus fuerit consensus virginis, non potest videri res à sponso accepisse, & apud matrem deposuisse.

LXV. Si quis negotia aliena administrans, pecuniam in vsus suos conuerterit : Quæro an eius summæ vsuras, & quas vsuras debeat. Respondeo, eum præstare maximas, id est, centesimas vsuras : quoniam ob licentiam, qua abutitur, dum sibi nummos alienos accipit, maximis vsuris vice pænæ subiicitur, l. qui sine. 38. D. de neg. gest. Oppono, quod dicitur in l. idémque. 10. §. si procurator. D. mandati. cum quis pecuniam alienam in suos vsus conuertit, eum conueniri in vsuras, non maximas, sed modo legitimo in regione frequentatas. Solutio : Distinguendum est inter negotiorum gestorem qui mandato caret, & procuratorem qui domini mandato negotia administrat : nam procurator eas vsuras præstat, quæ in regione frequentantur : negotiorum autem gestor debet maximas vsuras. Differentiæ ratio perspicua est ; grauius enim peccat is qui sponte sua domino ignorante negotia gerit, quàm is qui mandato domini ad ea accedit : & minorem in his negotiis ac rebus domini auctoritatem habet negotiorum gestor, quàm procurator : ideoque magis ignoscimus procuratori, qui quodammodo habet voluntatem domini, quàm negotiorum gestori, licet enim dominus procuratori non mandauerit, vt pecunias conuerteret in
vsus

usus suos, tamen mandauit ut pecuniarum curam haberet, & eas administraret: cum negotiorum gestor neutrum mandatum fuerit.

LXVI. Si ædes sint duobus dominis communes: Quæro, utrum unus dominus possit damni infecti cauere pro sua tantum parte, an cogatur cauere in solidum. Respondeo, non cogi cauere in solidum, sed & pro sua tantum parte cauere posse, l. si communes, 40. D. de neg. gest. l. 6. si damni infecti. D. commun. diuid. Oppono: quia nisi caueat in solidum, aduersarius mittetur in possessionem l. 6. §. fin. in stipulatione, 23. D. de damno infect. ergo frustra cauet pro parte, cum ea cautione non vitet missionem aduersarij in possessionem, quorsum enim cautio de damno infecto, nisi ut aduersarius non mittatur in possessionem ædium, quarum nomine cautio desideratur? Solutio: Hæc l. in stipulatione potest intelligi de ædibus vnus domini: ut dicamus quemlibet eatenus cauere debere, quatenus dominus est; proinde eum, qui solus est dominus in solidum, cauere in solidum: eum verò, qui ex parte dominus est, cauere pro sua parte. Quod si placet hæc legem sic interpretari, ut eam contineantur etiam ædes communes pluribus: dicendum est, etsi aduersarius mittitur in possessionem, tamen cautionem ab vno ex dominis ædium præstitam, utilem esse, & ei proficere: quoniam aduersarius non mittitur in possessionem totarum ædium, sed tantum eius partis, pro qua cautum non fuit, si igitur vnus dominus pro sua parte cauit, satis sibi prospexit, quamuis socius suo non prospexerit.

Ex tit.

Ex tit. Quod metus causa.

L. X V I I. **Q** Væro, an velle dicatur is, qui velle coactus est; utputà si quis coactus sit vxorem ducere, an valeant nuptiæ coactæ, quæ non possunt esse sine consensu. Respondeo, voluntatem coactam, esse voluntatem. idcirco qui metu coactus adiit hæreditatem, fit hæres, & eget restitutione. l. si mulier. 21. §. penult. D. quod metus causa. l. si metus 85. D. de acquir. hæred. & filius qui patre cogente duxit vxorem, quam sponte sua non duxisset, contrahit matrimonium, l. si patre 22. D. de ritu nupt. Oppono: quia necessitas & vis est contraria voluntati. l. 1. D. quod metus causa, contraria autem simul consistere nequeunt. Solutio: Considerandæ sunt duæ voluntates, vna prior, altera posterior vi. Cùm enim aliquis cogitur velle: antequàm cogeretur, nolebat. vt in specie, quam suprà proposui, filius antequàm cogeretur à patre, nolebat vxorem: postea coactus voluit, sunt igitur duæ contrariæ voluntates, velle manere coelibem, & velle vxorem. Harum voluntatum priori vis est contraria, ideoque eam voluntatem tollit. sed non est contraria voluntati posteriori, immò eam efficit. Quapropter recte dicimus, hæc duo simul consistere, vim ac posteriorem illam voluntatem, quæ per vim effecta est. Rursus oppono: quia si quis coactus adiit hæreditatem: siue sit sui iuris, non fit hæres: siue sit seruus, non facit dominum hæred. l. 6. §. vlt. D. de acquir. hæred.

Solutio: In specie huius §. vlt. ideò non valet aditio: quia hæres scriptus, cùm adire cogeretur, fallens adiit, id est, simulans se velle adire, cùm re vera nollet. aliud autem est, aliquem coactum & inuitum facere; aliud est, aliquem coactum & volentem facere:

cere : sicut aliud est : rem alienam per vim rapere ; aliud est , metum domino incurrere , & efficere , vt res sibi à domino detur , nam hoc casu dominium rei acquiritur , licet restitui debeat ex edicto quod metus causa : sed priori casu raptor non acquirit dominium rei raptæ. *X vide in pag. 771.*

LXVIII. Si quis metu infamiæ aliquid promiserit vel dederit : Quæro , an possit id recipere per actionem quod metus causa. Respondeo : metum infamiæ non pertinere ad edictum quod metus causa : quo continetur tantum iustus metus : veluti mortis , aut vinculorum . l. nec timor . 7. in princ. D. quod metus causa. Oppono : quia metus infamiæ viris bonis maior esse debet , quam metus mortis , ideóque ad hoc edictum pertinere debet . l. isti . 8. § . pen. eod. tit.

Solutio : Distinguendum est inter falsam infamiam vel criminationem , & delictum importans veram infamiam . Metus infamiæ , id est , criminationis , vt conuicij & famosi libelli , non dat restitutionem : quasi vir bonus falsos rumores contemnere debeat . sed metus criminis admittendi , iustissimus est , vt in specie . d. l. 8. § . penult. magis vir bonus timere debet stuprum quam mortem . nam delictum omnino est fugiendum , etiam ei , cui non importat infamiam . etenim qui vi patiuntur stuprum , non notantur infamia . l. 1. § . remouer. D. de postulando . Iurisconsultus tamen in d. § . penult. docet satius esse mori , quam per vim stuprum pati .

LXIX. Si quis in adulterio vel furto deprehensus pecuniam dederit , vt se à periculo redimeret : Quæro , an habeat eius pecuniæ repetitionem .

Respondeo , eum non posse repetere : quia turpiter dedit : hoc enim casu non tantum in accipien-

ris, sed etiam in dantis persona turpitudine versatur l. 4. in princ. D. de condict. ob turpem causam. Oppono l. 7. & 8. D. quod metus causa, vbi datur ei repetitio. Solutio: Distinguendum est inter conditionem ob turpem causam, & actionem quod metus causa. In conditione ob turpem causam spectatur, an turpiter datum sit: ei namque negatur illa actio qui turpiter dedit. l. 3. D. de condict. ob tur. cau. In actione autem quod metus causa, non quaeritur an turpiter sit datum necne, sed an metu illato datum sit. d. l. 8. Quamobrem in specie proposita, adultero vel furi denegatur condictio ob turpem causam quia turpiter dedit: non tamen denegatur actio quod metus causa; quia etsi turpiter dedit, nihilominus tamen verum est, eum iusto mortis aut carceris metu perculsum dedisse.

LXX. Si quis existimans se de possessione deiectum iri, non expectauit deiici, sed profugit: Quaero an vi deiectus videatur. Respondeo, vi deiectum non videri. l. metum 6. in princ. D. quod metus causa. Oppono l. non solum. 33. §. si dominus. D. de vsurp. & vsucap. vbi dicitur eum deiectum videri.

Solutio: distinguendum est, vtrum venientes armatos viderit, an eos venire ex aliis audierit. nam conspectus rei timendae auget timorem. quocirca si eos viderit & profugerit, vi deiectus esse videtur. sed si tantum audiuit: non videtur vi deiectus, nisi armati postea veniant: & possessionem occupent: quod si fecerint, apparebit possessoris fugientis timorem non fuisse inanem: l. 1. §. idem. Labeo, l. 3. §. si quis & §. seq. D. de vi & vi arm. Porro notandum est, in d. §. si dominus: non esse legendum *existimauerit*, vt in libro Florentino legitur: sed *extimuerit*, vt in quibusdam libris scriptum est.

LXXI.

LXXI. Si quis coactus sit seruum suum manumittere. Quæro: an ei succurratur ex edicto quod metus causa. Respondeo. succurri, l. metum. 9. §. idem Pomponius, D. quod metus causa. Oppono: quia aduersus libertatem nulla restitutio datur. l. & eleganter. 7. in princ. D. de dolo. l. si ex causa 9. §. ult. D. de min. toto tit. C. si aduersus libertatem. Solutio: Ita succurritur ei qui coactus est manumittere, vt data libertas non rescindatur, non enim datur restitutio contra manumissum: sed actio quod metus causa, quæ est in quadruplum, in eum qui coëgit manumittere, per quam actionem consequetur quadruplum pretij, quo seruus ille æstimabatur. Iterum oppono: quia manumissio coacta non valet: ergo non est opus restitutione. l. ille 9. l. si priuatus 17. in princ. D. qui & à quibus. Solutio: Regulariter manumissio coacta valet, sed excipitur, nisi ipse seruus dominum coëgerit, vt ab eo manumitteretur. d. l. ille. item excipitur, nisi populus coëgerit. d. l. si priuatus.

LXXII. Quæro, vtrum actio quod metus causa, sit in personam. Respondeo, esse actionem in personam, §. præterea Instit. de actionibus. Oppono l. metum, 9. §. ult. D. quod metus causa. vbi disertè dicitur hæc actio esse in rem scripta. Solutio: Verbum *in rem*, est homonymum: atque hæc actio non dicitur esse in rem vt rei vindicatio: sed vt pactum in rem dicitur. quod est generaliter conceptum, adeò vt pertineat non solum ad pacifcentem, sed etiam ad successores. l. iurisdictionum, 7. §. pactorum. D. de pactis: & vt doli clausula dicitur esse in rem concepta, quia comprehendit dolum non solum promittentis, sed etiam successorum. l. 5. D. usufr. quemad. cau. ita etiam actio quod metus cau-

sa dicitur esse in rem, quia competit non solum contra eum qui metum incussit, sed etiam contra alios ad quos res per vim & metum extorta peruenit. Non propterea tamen est actio in rem, quatenus actio in rem opponitur actioni in personam.

Ex tit. De dolo malo.

LXXIII.

QUæro, quid sit dolus. ¶ Respondeo, Seruium ita definiuisse. Dolus malus est machinatio quædã alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur, aliud agitur, nam & G. Aquilius dolum ita definiuit, cum aliud sit simulatum, aliud actum, ut scribit Cic. lib. 3. de nat. deorum & li. 3. de offi. sed Labeo hanc definitionem reprehendit duplici argumento: quia neque convenit omni dolo, neque soli dolo, proinde non recipiatur cum re definita. Non convenit omni dolo malo: quia interdum dolus adhibetur aperte sine ulla simulatione. Non convenit soli dolo malo, quoniam interdum bona fide aliud agimus, aliud simulamus: veluti cum medicus propinans pharmacum, simulat, ac fingit aliud esse quam reuera sit: quod facilius sumatur ab egroto. Itaque ipse Labeo aliter definiuit dolum malum, nempe omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumueniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Vlpianus autem Labeonis sententiam & definitionem probat. l. 1. §. dolum. D. de dolo. ¶ Oppono: quia idem Vlpian. in l. iuris gentium. 7. §. dolo. D. de pactis, refert eandem definitionem, quam modò attulimus ex Seruio, eamque attribuit Pedio, ac probat. Eadem igitur definitio tribuitur Seruio, & reprobat in d. §. dolum. necnon tribuitur Pedio, & probatur in d. §. dolo. Solutio: Quoniam definitio non per

se spectari, sed ad rem definitam referri debet: idcirco eadem definitio, si tribuatur suo definito recta est: si de alia re dicatur, repudiari debet. Exempli gratia, si quis quærat, an hæc sit bona definitio, voluntatis nostræ iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit: Distinguendum est. nam testamentum hoc modò rectè definitur: contractus autem non rectè. Hæc igitur est bona definitio. testamentum est voluntatis nostræ, &c. hæc autem est mala definitio: contractus est voluntatis nostræ, &c. atqui utrobique definitio est eadem. sed res definitæ sunt diuersæ. Sic in quæstione proposita, Pedius rectè definiuit: quia non definiuit dolum generaliter acceptum, sed pactum dolo malo factum. pactum dolo malo fieri non potest sine dicta simulatione. Seruius autem & Aquilius malè definiuerunt dolum in genere. Quamuis igitur ea definitio non reciprocetur cum dolo malo, tamen reciprocatur cum pacto per dolum facto. quamobrem pactum ita rectè definitur: dolus autem malè definitur.

LXXIV. Quæro, an actio de dolo concurret cum aliis actionibus. ¶ Respondeo, esse actionem subsidiariam, quæ ita demum datur, si deficient alia omnia remedia. l. 1. §. verba. & §. ait prætor. D. de dolo. l. 2. C. eod. tit. ¶ Oppono: quia si fideiussor satisfecerit creditori, & ab eo acceperit pignora, quæ reus creditori dederat, tunc debitor fideiussor totum debitum offerat: fideiussor debitori pignora restituere debet. eoque nomine tenetur de dolo, l. 1. C. eod. atqui hoc casu certum est, debitori contra fideiussorem competere actionem mandati, l. si mandat. Titij, § 9. §. 1. D. mand. l. 2. D. de pignorib. ergo actio mandati, & actio de dolo concurrunt. ¶ Solu-

tio : Quod dicitur in d.l.i. C. de dolo fideiussorem
 posse de dolo conueniri: sic intelligendum est: non
 quòd conueniatur actione de dolo prætoria, quæ
 actio est subsidiaria: sed quòd de dolo conueniatur
 actione mandati, quæ cum sit actio bonæ fidei, in
 ea inest actio de dolo, vt numerus ternarius inest in
 quaternario. In omnibus enim actionibus bonæ fi-
 dei, inest actio de dolo, l. & eleganter, 7. §. non so-
 lum, l. si quis affirmavit, 9. in princ. D. de dolo, si-
 cut etiam in eis inest exceptio doli, l. etsi idè, 21. D.
 solut. matr. Nam bona fides & dolus malus oppo-
 nuntur l. non debet 11. in fin. D. de dolo: quare si
 actio sit bonæ fidei, dolus ea actione coercetur. Hac
 ratione iudicia, quæ à nostris auctoribus vocantur
 bonæ fidei, à M. Tullio, lib. 3. de natur. Deor. ap-
 pellantur iudicia de fide mala, id est, de dolo. Simi-
 liter in l. si quis, 14. §. si cui, D. de religio. actio de
 dolo accipitur pro actione mandati, atque ita lo-
 cum illum cum l. si verò non remunerandi, 12. §.
 ult. & l. seq. D. mand. conciliabo infra Cent. 4. q. 86.
 Similiter in l. si seruus. 21. in princip. D. de euct.
 Ulpianus ait de dolo agi posse, cum intelligat
 actionem ex empto, non actionem subsidiariam de
 dolo. Ex iis quæ diximus, notandum est d.l.i. C. de
 dolo commodius collocari potuisse sub tit. mandati.
 quamquam potuit etiam poni sub tit. qui non in-
 scribitur specialiter de action. dol. pr. sed generaliter
 de dolo, quia actiones ex cōtract. nominatis habent
 propria nomina, idcirco generalis appellatio præ-
 scriptis verbis tributa est specialiter actionibus in-
 nominatis, id est, quæ carent propriis appellatio-
 nibus, quia descendunt ex contractibus innomina-
 tis, tunc enim solemus nomen generale attribuerè
 speciei, cum nomen speciale desideratur, l. mortis
 causa

causa capitur, 3 1. in prin. D. de mort. cau. donat. Iterum oppono : quia actio de dolo concurret cum actione quod metus causa. leg. item si cum. 14. §. eum qui. D. quod metus causa. Solutio : Hoc est speciale : quia sicut actio de dolo tum datur, cum actiones aliae non competunt, ut probatum supra fuit : ita etiam actio quod metus causa, non datur nisi aliis cessantibus, d. l. item si cum. §. in causæ. quocirca cum actio de dolo, & actio quod metus causa, pari passu ambulent, & sint æquæ subsidiariæ: dubitari merito poterat, dolo malo & metu adhibito, utrum de dolo agendum sit, an quod metus causa, cuius dubitationis tollendæ causa, merito placuit utramque actionem concedi: præsertim cum certi iuris sit, actionem de dolo non solum dari, si alia actio non competat, sed etiam si dubitetur an competat, nec ne. l. & eleganter, 7. §. non solum, D. de dolo.

LXXV. Si actio, quæ alicui competeat, tempore finita sit: Quæro, an ea deficiente possit agi de dolo. Respondeo non posse, sibi enim debet imputare is, qui cum alia actione uti posset, agere superfluit, l. 1. §. idem Pomponius refert. D. de dolo.

Oppono l. Antæus, 14. D. de aq. & aq. plu. ar. cen. ubi dominus prædij, cui nunciatum fuit novum opus, aut qui fecit opus ex quo aqua pluvia vicino nocebat, prædium vendidit potentiori, ideoque dicitur ibi teneri quia vi aut clam, opus fecit; vel (ut Cuiacius emendat) conveniri posse quod iudicij mutandi causa, quia in fraudem vicini vendidit prædium homini potentiori ut duriorem adversarium ei opponeret: dicitur (inquam) posse conveniri intra annum eo inter-

L 5 dicto

dicto siue actione, anno autem elapso I. C. ait de dolo iudicium dandum. Ecce igitur, cum actio tempore annali finita sit, succedere actionem de dolo.

Solutio : In specie d.l. Antæus, necesse est ut intelligamus annum lapsum esse dolo venditoris, id est, eum qui opus fecit, deinde prædium vendidit, dolo malo fecisse, quo minùs intra annum conueniri posset; atque ob hunc nouum dolum tenetur actione de dolo. Nam & in d. §. idem Pomponius refert; non omnino dicitur cessare actionem de dolo, si alia actio tempore finita sit: sed hæc verba subiiciuntur, *nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit, ut tempus actionis exiret.*

LXXVI. Si is qui actionem aliquam habebat, eam in stipulatum deduxerit, atque ita nouauerit, deinde acceptilatione sustulerit: Quæro, an possit experiri de dolo, quia prior actio sublata est. Respondeo, de dolo agi non posse: quia semel alia actio competiit: sibiq; debet imputare, cur eam actionem peremerit, l. 1. §. pen. D. de dolo. Oppono id quod constituitur in l. 4. C. de transact. nempe si actio tutelæ per stipulationem & acceptilationem extincta sit, superesse actionem de dolo. Solutio: Hic quoque intelligendum est, ut in præcedenti quæstione dolum malum admissum fuisse in actione perimenda: adeò ut de dolo agatur, quia dolo acceptilatio facta fuit; alioquin transactio, præsertim per stipulationem Aquilianam confirmata, non rescinderetur, nisi dolus commissus fuisset: l. sub prætextu instrumenti, 19. C. eod.

LXXVII. Si pupillus tutore auctore ab alio circumscriptus sit, actio autem tutelæ sit inefficax & inanis, quia tutor non sit soluendo: Quæro, an
pupillus

pupillus habeat actionem de dolo contra eum, à quo deceptus fuit. Respondeo, eum posse agere de dolo. l. 5. De dolo. Oppono: quia potest in casu proposito restitui in integrum toto tit. C. si tut. vel cur. interue. ergo non potest agere de dolo: quia hæc actio cessat, quotiescumque est locus restitutioni in integrum. l. 1. §. idem Pomponius refert. D. de dolo. l. pen. C. de in integrum restit. Solutio: Non semper, nec indistinctè pupillus in integrum restitui potest: immò quibusdam casibus denegatur restitutio, veluti si captus pupillus sit in seruo manumittendo, quoniam aduersus libertatem nulla restitutio datur. l. si ex causa. 9. §. vlt. D. de minorib. to. tit. C. si aduer. libertat. His igitur casibus, quibus cessat restitutio, intelligas dari actionem de dolo.

LXXVIII. Quæro, an actio de dolo, & actio ex testamento possint concurrere. Respondeo, si datur actio ex testamento, cessare actionem de dolo: veluti si hæres seruum legatum occiderit: debet enim à legatario. conueniri ex testamento, non de dolo actione. l. & eleganter. 7. §. item si seruum. D. de dolo. Oppono. l. 5. §. vlt. D. quibus mod. vsufriu. vel vsus amit. vbi dicitur, hæredem vel ex testamento, vel de dolo conueniri; quoniam ædificauit in area, cuius vsusfructus legatus fuit, atque ea ratione, dum rei formam mutauit, peremit vsum fructum legatum. Solutio: Notandum est, in hac specie Iureconsultum non dare actionem ex testamēto, & actionem de dolo, sed vel hanc vel illam. quod ita intelligendum est, non quòd eodē casu detur electio legatario, vtrā harum actionum intentare velit; sed quod distinctis casibus interdum agitur ex testamento, interdū de dolo. nam si hæres, antequàm vsusfructum legatario

gatario constituerit, in dicta area ædificauerit, tene-
tur actione ex testamento, cui nondum satisfecit,
quia nondum legatum soluit. Quòd si vsufructu
tradito, ædificauerit, non potest amplius conueni-
ri ex testamento, cum legatum semel soluerit, quia
tamen rei formam mutando, vsufructum extin-
xit, actione de dolo conuenietur.

LXXIX. Quæro, qua ex causa detur actio de
dolo. Respondeo, non dari nisi ex magna & eui-
denti calliditate. l. & eleganter. 7. in fi. D. de
dolo.

Opponitur quia pupillus proximus pubertati tene-
tur de dolo, si quid egerit, quod non magnam ma-
chinationem exigat, veluti si impetrauerit à procu-
ratore aduersarij sui, vt ab eo absolueretur, aut si
de tutore mentitus pecuniam acceperit. l. hæredib.
13. §. 1. & l. seq. eo. tit. Solutio: In hac quæstione,
an ex parua calliditate seu parua machinatione de-
tur actio de dolo, animaduertendum est, duobus
modis hoc verbum accipi posse. vel enim dicitur
parua respectu maioris doli, cum tamen non adeò
parua sit, quin ipsa quoque sub definitionem doli
cadat. vel est adeò parua, vt non mereatur nomen
doli. Priori casu competit actio de dolo, vt cum di-
citur pupillus teneri ex non magna machinatione,
id est, ea quæ est, minor quàm aliæ calliditates à
maioribus commissæ Posteriori autem casu, quia
non est dolus, meritò dicitur non dari actionem de
dolo.

LXXX. Si quis noxali iudicio conuentus, eum
seruum, cuius nomine conuentus fuit, noxæ dedi-
derit pigneratum alij creditori: Quæro, vtrum ea
deditione liberetur, an adhuc teneatur, quia pigne-
ratum dedit. Respondeo, eum teneri actione de
dolo

dolo. l. si quis affirmauerit. 9. §. pen. D. de dolo.

Oppono : quia non est confugiendum ad hanc actionem subsidiariam, cum detur contra eum actio iudicati. l. si hominem. 69. D. de solu. Solutio: Distinguendum est, vtrum seruum dediderit ante sententiam iudicis, an posteaquam condemnatus fuit. Si ante sententiam dediderit, & propterea quasi recte dedidisset, absolutus sit, vt in specie d. §. pen. non competit aliud remedium, quam actio de dolo: neque enim iudicati agi potest contra eum, qui fuit absolutus. Si verè post condemnationem seruum noxæ dediderit, vt vitaret, litis æstimationem, secundum ea quæ traduntur. in l. 1. D. de noxal. act. tunc, quia condemnatus est, recte conuenitur actione iudicati. nec prodest ei deditio, quia pignoratium dedidit: quemadmodum deditio ei non proderet, si alienato vsufructu eius serui dedidisset. l. 4. §. ult. D. de re iudica. quia non plenè fecit seruum eius, cui dedit.

LXXXI. Quæro, an detur restitutio aduersus parentem vel patronum. Respondeo, filium aut libertum restitui posse contra patrem aut patronum, non per actionem de dolo, quæ est famosa, sed per actionem in factum, nulla facta doli mentione, licet dolus à patrono vel parente commissus fuerit. l. non debet. 11. D. de dolo. Oppono l. 2. C. qui & aduers. quos in integ. restit. non poss. vbi Iustin. constituit non dari aduersus has personas restitutionem, siue filius aut libertus sua simplicitate se lapsum dicat, siue dolo patris vel patroni deceptum asserat.

Solutio: Distinguendum est inter secundam & tertiam partem edicti de restitutionib. in secunda agitur

agitur de dolo, & de actione in factum accommodata ad actionem de dolo. in tertia de minorib. xxv. annis, & eius ætatis beneficio. In secunda igitur edicti parte restitutio datur aduersus parentem, vel patronum, ne hæ personæ ex dolo suo lucrentur, quamuis ob reuerentiam eis debitam in libello non fiat doli mentio. Ex tertia verò edicti parte, id est, ob minorem ætatem, Iustinianus vetuit restitutionem dari. Excipiuntur duo casus quos notavi Method. lib. 2. tit. 41. qui & aduer. quos in int. rest. non poss. §. 7. memb. 5.

LXXXII. Quæro, an libertus possit agere de dolo contra hæredem patroni. Respondeo, posse. l. hæredibus. 13. D. de dolo. Oppono: quia tantum abest, vt contra hæredem patroni possit agere de dolo, vt ne quidem contra eum vti possit doli exceptione. l. 1. §. aduersus. D. de doli except. vnde sequitur vt multo minùs possit agere de dolo, cum faciliùs detur doli exceptio, quàm doli actio. l. 1. §. ait prætor. l. cum à te. 25. & l. ult. D. de dolo. Solutio: Distinguendum est inter dolum patroni defuncti & dolum hæredis. libertus enim non debet reuerentiam hæredi patroni: sed eam debet patrono tam viuo, quàm defuncto, vt dicitur in d. §. aduersus. Quamobrem libertus hæredi patroni vel per actionem, vel per exceptionem potest obiiicere dolum ipsius hæredis, non item dolum patroni defuncti.

LXXXIII. Si quid mihi falsò persuaseris, propter quod passus sim te absolui: vt putà si, cum agerem tecum pro socio, quasi cum hærede socij mei defuncti, tu mihi falsò persuaseris te non esse hæredem socij mei, vel falsò dixeris te pecuniam, quam mihi debebas, soluisse procuratori vel seruo meo:

meo: Quæro, an possim te conuenire actione de dolo.

Respondeo, eam actionem contra te mihi competere, l. seruus tuus, 20. §. 1. de dolo. Oppono l. cum à te, 25. D. eod. vbi dicitur non dari de dolo actionem, quia potest alio modo mihi succurri, nempe quia possum ex integro tecum agere, quasi absolutus non fueris: & si obiicias mihi exceptionem rei iudicatæ, eam exceptionem elidam per replicationem doli: atque ita meum consequar sine actione de dolo. Solutio: Intelligendum est, te, qui absolutus fuisti, non posse ampliùs conueniri pristina actione, nisi sponte eam suscipere paratus sis. Ergo si paratus es eam suscipere, non possum agere de dolo, sed uti debeo pristina actione, quòd si recusas subire prius iudicium, cum inuitus non compellaris, necesse est ut confugiam ad actionem subsidiariam de dolo. Hanc solutionem confirmat l. & eleganter, 7. §. pen. D. eo. vbi in specie simili affertur similis distinctio. finge enim procuratorem meum dolo malo passum esse ut absoluereris, hunc autem procuratorem non esse soluendo, adeò ut inanis sit actio mandati contra eum mihi competens. quæritur, quomodo mihi succurratur. Iuriscons. ibi distinguit. Aut enim paratus es iudicium primum subire, & debeo eo iudicio agere: aut non vis iudicium illud suscipere, ideòque conueniam te subsidiaria actione de dolo, quia iudicio, quo semel absolutus es, non potes inuitus iterum vexari. Et secundum hanc distinctionem debet explicari, quod dicitur in l. si procuratorem. §. 1. D. manda. eum, qui per collusionem procuratoris absolutus sit, cum procurator non sit soluendo, teneri de dolo: nempe iudicium pristinum subire non sit paratus. Ut igitur in hac specie I. C. distinguit,

stinguit, ita & nos in superiori specie rectè distinguimus: atque ita loca conciliauimus.

LXXXIV. Si hæres deceptus à legatario, falsò putauerit bona hæreditaria sufficere ad omnia legata soluenda, ideóque solidum legatum hæres soluerit, à quo deceptus fuit: Quæro, qua actione hæres possit id repetere, quod supra modum legis Falcidiæ legatario soluit. Respondeo, hæredem ad id repetendum habere actionem de dolo, l. si legatarius, 23. D. de dolo. Oppono: quia cùm legatario soluitur supra modum lege Falcidia definitum, pars indebitè soluta potest repeti per condictiōnem indebiti, l. 2. §. 1. D. de condic. indeb. ergo eo casu cessat actio de dolo, quæ est subsidiaria, neque concurrat cum condictiōne indebiti, sed ab ea excluditur, l. arbitrio, 18. §. de eo. D. de dolo. Solutio: Distinguendum est, utrūm hæres, qui solidum legatum soluit, cū esset locus legi Falcidiæ, ideò soluerit, quia suo errore lapsus est, an quia deceptus est à legatario, error namque hæredis parit condictiōnem indebiti, l. fideicommissum, 7. C. de condic. indeb. dolus autem legatarij parit actionem de dolo. & hoc casu cessat condictiō indebiti: quia hæres non proprio errore ductus soluit, sed deceptus est calliditate & fallacia legatarij.

LXXXV. Si cui testamento libertas in diem relicta sit: Quæro, an hæres ante diem testamento præstitutum possit eum manumittendo ad libertatem perducere. Respondeo, etiam ante eum diem hæredem rectè manumittere: & libertatem tribuere, l. filius, 32. D. de dolo, l. 5. §. si ita D. de statu lib. l. 5. C. de operis libert. Oppono, quod dicitur in l. si cui, 31. §. 1. D. ad Trebell. libertatem ei seruo non esse ante diem præstandam contra voluntatem defuncti.

defuncti. Solutio : In hoc §. ideò dicitur libertatem non esse ante diem præstandam : quia relicta fuerat iure directo, non per fideicommissum : hæres autem nolebat adire hæreditatem : proinde inuito hærede, libertas non potest competere : nec per manumissionem præstari debet ante diem à testatore præstitutum, quia fieret contra ipsius testatoris voluntatem. Quod ut melius intelligatur, paucis eam speciem exponam. Quidam facto testamento Titium hæredem, & Stichum seruum suum ex certa die liberum esse iussit : Titium autem hæredem pure rogauit Stichus hæreditatem restituere, post mortem testatoris Titius recusabat adire hæreditatem : tanquam suspectam. quærebatur an ex Trebelliano S.C. cogi posset hæreditatem adire, & restituere Stichus fideicommissario desideranti. Iureconsultus responderet non esse locum Trebelliano : quoniam ante diem libertati adscriptum hæreditas restitui non potest : ergo Titius cogi non debet eam adire. quòd Stichus non possit restitui, sic ostenditur, quia si Stichus maneat seruus, eo quòd dies libertatis nondum venit, non potest fieri hæres. sin autem dicas libertatem Stichus præstandam esse, hoc erit contra voluntatem defuncti. Etenim si dicas eum fieri liberum iure directo, ut fiat libertus Orcinus, aduersaris testamento, in quo relicta est libertas in diem. nam qui libertatem in diem relinquit, non pure relinquit : Si verò dicas eum esse manumittendum ab hærede inuito, similiter aduersaris voluntati testatoris : qui cum reliquerit libertatem in diem, proculdubio noluit hæredem ante eum diem ad manumittendum compelli. In summa dicendum est, ante diem libertati adscriptum, non posse libertatem competere iure directo, nec esse præstandam

M

dam

dam ab hærede inuito, sed posse ab eo præstari, si velit sponte manumittere.

LXXXVI. Si mihi permiseris lapidem aut cretam è fundo tuo eximere, deinde non patiaris tollere: *Quæro*, qua actione te conuenire possim. *Respondéo*, tecum agendum esse de dolo. l. si cum mihi 34. D. de dolo. *Oppono*: quia mihi datur actio ad exhibendum, & rei vindicatio, utpote domino iam effecto. l. permisisti. 16. in prin. D. de præscript. verbis. l. qui saxum. 6. D. de donat. ergo non est locus actioni subsidiariæ de dolo. *Solutio*: Distinguendum est: utrum lapidem seu cretam exemerim, nec ne. Si enim iam exemi, donatio quasi traditione confirmata est: & effectus sum dominus: proinde uti debeo aliis actionibus, non actione de dolo. Quod si nondum exemi, quia nondum sum factus dominus, necesse est ut confugiam ad actionem de dolo. Iterum oppono l. si quis argentum, 35. §. ult. C. de donat. qua Iustinian. constituit: ut ex donatione nudo consensu facta detur actio, id est, condictio ex lege, etiamsi donatio neque stipulatione, neque traditione confirmata sit. unde fit, ut in casu proposito non requiratur exemptio lapidis aut cretæ: sed indistinctè: siue lapis exemptus sit, siue non detur actio civilis ex donatione proposita, proinde non detur actio prætorii subsidiaria de dolo. *Solutio*: Ea l. si quis argentum. introduxit nouum ius. supra dicta verò distinctio locum habet iure antiquo Pandectarum. hodiè igitur fatendum est in specie proposita omninò cessare actionem de dolo, & agendum esse vel rei vindicatione, vel ad exhibendum, vel condictione ex lege.

LXXXVII. Si quis tabulas testamenti apud se depositas deleuerit, aut alio quouis modo corruperit:

tit: *Quæro*, qua actione conueniri possit. Respon-
 deo, eum teneri actione de dolo: l. si quis tabulas.
 35. D. de dolo. Oppono: quia tenetur aliis actio-
 nibus ordinariis, nempe depositi & ad exhibendum
 & legis Aquiliæ, l. qui tabulas. 42. D. ad leg. Aquil.
 Solutio: In hac quæstione animaduertendum est,
 non esse omnium agentium eandem rationem:
 ideoque videndum est, quis ob eam causam agere
 velit. nam ipse testator, aut eius hæres qui aditione
 hæreditatis est factus dominus, habet dictas actio-
 nes depositi, &c. legatario autem, & hæredi qui
 nondum adiuit hæreditatem, nulla alia actio datur
 quam de dolo.

Ex tit. De minoribus viginti quinque annis.

LXXXVIII. **Q**Uæro, an adolescenti inuito cu-
 rator detur. Respondeo, adoles-
 centem inuitum non, accipere curatorem. §. item
 inuiti. Inst. de curat. Oppono: quia debitores ado-
 lescentis possunt eum compellere ad petendos sibi
 curatores. l. ait prætor. 7. §. sed etsi ei pecunia. vers.
 permittitur. D. de minorib. Solutio: Regulariter in-
 uiti non accipiunt curatorem. sed excipiuntur certi
 casus, quibus ob iustas causas coguntur accipere
 curatores, veluti si litigandum sit cum minore 25.
 annis, necesse est curatorem dari, vt iudicium fir-
 mitatem habeat. d. §. item inuiti. item si pecunia
 minori soluenda sit, requiritur curator, vt debitores
 tuto soluant, d. §. permittitur.

LXXXIX. Si quid in minori ætate inchoa-
 tum, & post ætatem legitimam perfectum sit. Quæ-
 ro, vtrum detur restitutio in integrum habita initij
 ratione, an denegetur restitutio sine inspecto. Re-
 spondeo, concedi restitutionem inspecto initio, ve-
 luti

luti si quis in minori ætate constitutus adiit hæreditatem, & post adolescentiam exegit à debitoribus hæreditariis: nihilominus intra tempus statutum potest restitutionem petere aduersus eam additionem. l. 3. §. scio D. de minorib. Oppono §. præcedentem eiusdem l. ubi iudicium cum minore cœptum, & eo maiore facto finitum est: nec tamen datur restitutio, vnde videtur magis finis, quam principij ratio haberi. Solutio: Adhibenda est distinctio, aliud enim iuris est, cum idem inchoauit, & absoluit: aliud verò, cum minor cœpit, alius autem perfecit. Cum enim idem inchoauit actum, & perfecit: datur restitutio inspecto initio actus. Sed cum alius perficit id quod minor inchoauit, vt fit in iudicio, quod inchoatur ab actore, terminatur autem à iudice per sententiam definitiuam: tunc videntur esse duo actus. alter minoris litigantis, alter iudicis sententiam pronunciantis. itaque contra actum minoris restitutio peti potest, veluti si libellus conuentionalis malè conceptus fuit, vel aliter in actibus iudiciariis est erratum. Sed contra sententiam iudicis non est admittenda restitutio: quia fingimus sententiam latam esse, postquam litigator peruenit ad iustam ætatem. Hæc si vera sunt, probanda est sententia Bartoli distinguentis & existimantis etiam aduersus dictam sententiam restitutionem dari, si quis non simpliciter conqueratur de sententia, sed iudex dicatur malè pronunciaſſe propter petitionem vel alia acta malè concepta, aut propter alium errorem in processu iudiciario admissum, quamuis si in ipsa lite peccatum non fuerit, sententia, licet iniqua esse dicatur, non possit rescindi per restitutionem in integrum.

X C. Quæro, an pater possit restitui aduersus obli-
gata

obligationem filij minoris. Respondeo, patri restitutionem dari etiam filio inuito: quia patris est periculum, ne forte conueniatur actione de peculio. l. patri. 27. in princ. D. de minor. Oppono l. 3. §. sed utrū versic. proinde etsi sine iussu, eodem titulo, vbi I. C. ait patrem, si de peculio conueniatur, non restitui, immò ne filium quidem restitui. Solutio: Non est distinguendum: utrū pater an filius petat restitutionem: sed utrū restitutio petatur contra obligationem directam qua tenetur filius ex sua persona, an contra actionem de peculio qua pater tenetur ex persona filij: constat enim utramque obligationem & actionem ex eodem actu oriri. Contra obligationem patris non datur restitutio: quia pater, cū sit maior xxv. annis, sibi debet imputare, cur peculium filio commiserit: neque vult prætor per filiosfam. minores succurrere patribus eorum maioribus, d. §. sed utrū versic. mouet dubitationem. Sed contra obligationem filij si restitutio petatur: notandum in primis est, quid quærat, ne confusè ad quæstionem propositam sespondeamus. aut enim quæritur an restitutio sit danda: & dicimus restitutori locum esse, quia agitur de obligatione consistente in persona filijfam. minoris aut quæritur quis hanc restitutionem petere possit: & respondemus non solum ipsum filium, sed & patrem filio inuito posse restitutionem petere, quia res ad patrem quoque pertinet, quippe qui, etsi proponatur causa, ex qua solus filius obligatur, neque datur actio de peculio in patrem, nihilominus tamen filio condemnato conueniri poterit actione iudicati de peculio. l. 3. §. idem scribit. D. de pecul. Ut igitur pater hoc periculum vitare possit, conceditur ei peti-

tio restitutionis in integrum nomine filij, licet ipse filius restitui nolit.

X C I. Generaliter quæro, ex quibus causis minor 25. annis restituatur in integrum. Respondeo, eum restitui, quicquid cum eo gestum fuerit, siue contractum sit, siue quid aliud contigit, quod minorem læsit. l. ait prætor. 7. in princ. D. de minor. Opono: quia Vlp. in l. verum. 11. §. ex facto D. eod. tit. docet minorem non restitui, contra curatorem suum perperam excusatum. quia cum eo non contraxit. Si igitur hæc ratio Vlp. est bona, non datur restitutio, nisi cum minore contractum sit.

Solutio: Contrahendi verbum in d. §. ex facto: latius accipitur, vt complectatur omnia, quæ cum minore quocumque modo gesta sunt, nec nouum, vt contractus significet quasi contractum. l. 1. §. debitum. D. de pecunia constituta. l. pen. in fin. D. de separat. denique contractus significat omnem obligationem: l. omnem 20. D. de iudiciis. Huic solutioni obiicio, quod iudicio quasi contrahitur. l. 3. §. idem scribit. D. de peculio. ergo in specie d. §. ex facto videtur esse quasi contractus, dum curator per iudicem excusatus est.

Solutio: In ea specie, quemadmodum Iurisperiti ostendunt, curator se excusauit absentibus minoribus, non accepto cum eo iudicio, sed simplicitate & *μονομερῶς* excusatione sua iudici proposita. cæterum non est dubium, quin minori in iudiciis quoque succuratur per restitutionem in integrum. l. 7. §. sed & in iudiciis. D. de minor.

X C II. Quæro, an detur restitutio contra restitutionem: veluti si quis restitutus sit vt repudiet hæreditatem quam adiit; an iterum restitui possit: vt iterum eam adcat. Respondeo, iterum restitui posse.

posse, l. ait prætor. 7. §. restitutus: D. de minoribus. Oppono l. vltim. §. vbi autem. versicul. non autem filio. C. de bonis quæ lib. vbi impetrata restitutione contra aditionem hæreditaris, non licet amplius restitutionem petere, & iterum eandem hæreditatem adire.

Solutio: Hoc casu speciale est, vt secunda restitutio non detur, quia prima restitutio impetrata fuerat contra factum patris, qui pro filio infante adiecit hæreditatem, ergo ne filius temerè petat restitutionem contra factum parentis, constitutum est, ne liceat ei variare: sed semel restitutus, vt repudiet, non possit postea restitui vt adeat. aliud iuris est, cum ipse minor adiit hæreditatem: tunc enim potest restitui contra priorem restitutionem secundum ea quæ traduntur in d. §. restitutus.

XCIII. Si minor quasi contumax, condemnatus fuerit: Quæro, an possit impetrare beneficium restitutionis in integrum. Respondeo, eum posse restitui. l. minor. 8. D. de minor. Oppono, quia minor non restituitur aduersus dolum à se commissum, l. si ex causa. 9. §. nunc videndum. D. eod. non potest autem dolo carere is qui propter contumaciam iudici non obtemperat. l. non potest: 199. D. de diuers. reg. iur.

Solutio: Non dicitur ille non parere iudici, qui ob contumaciam condemnatus est, sed qui id non fecit, quod est in iurisdictione postremum. l. vnic. §. 1. D. si quis ius dicenti non obtemp. quoniam igitur extremum iurisdictionis consistit in executione sententiæ definitiue, idcirco reg. d. l. non potest, non pertinet ad eum, cuius contumacia sententiam præcessit.

XCIV. Cum mulier circumuenta, totum patrimonium suum vel ultra vires patrimonij in dotem

dedit: ut puta quæ centum habebat in bonis, ducenta in dotem dedit: vel quæ centum habebat, centum & viginti in dotem dedit: vel habens centum ac debens viginti, centum in dotem dedit. Quæro, an in integrum restituenda sit. Respondeo, esse restituendam, l. si ex causa, 9. §. 1. D. de minorib. l. vn. C. si aduer. dot. Oppono: quia dicta dotis promissio est ipso iure nulla. l. siue generalis. 61. D. de iure dot. ergo non est danda restitutio. l. in causæ 16. in princ. D. de minorib. Solutio: Distinguendum est, utrum curator sciens mulierem circumueniri, an ignorans, auctoritatem suam interposuerit. Priori casu promissio est ipso iure nulla propter dolum curatoris. Posteriori casu propter auctoritatem curatoris bona fide interpositam promissio valet ipso iure: sed ut mulieri minori circumueniæ succurratur, ea promissio rescinditur per restitutionem in integrum.

XCv. Si minor 25. annis se dederit arrogandum: Quæro, an restitutionem, aduersus eam arrogationem petere possit. Respondeo, eum restitui debere, si in ipsa arrogatione se circumuentum doceat. l. 3. §. si quis minor. D. de minoribus. Oppono: quia res non recipit restitutionem, quæ statum suum mutauit. l. si ex causa. 9. §. Papinianus. D. eo. constat autem per arrogationem, quæ est minima capitis deminutio, statum mutari: si quidem omnis capitis deminutio est status permutatio. l. 1. D. de cap. minut. Solutio: Non omnis mutatio status impedit restitutionem, sed ea quæ fit per maximam capitis deminutionem, cum aliquis ex libero fit seruus, etenim aduersus seruitutem non datur restitutio, quemadmodum nec aduersus libertatem, d. l. 9. §. ult. D. de minorib. toto tit. C. si aduers. libert.

XCvi.

XCVI. Si minor vectigal non soluat : Quæro an merces eius in commissum cadant. Respondeo, cadere, sed minorem restitui, si dolo careat. l. si ex causa. 9. §. penultim. D. de minorib. Oppono : quia videtur esse tutus ipso iure, non autem in commissum vectigalis incidere, propterea quod Diuorum fratrum rescripto ea pœna remissa est. l. Imperatores, 7. §. item. D. de publica. Solutio : Rescriptum Diuorum fratrum non loquitur de adulto, sed de pupillo : nec omnino & indistinctè dictum beneficium pupillo tribuit, sed sub conditione, si postea intra xxx. dies vectigal soluerit. ergo nec pupillus post trigesimum diem, nec adultus beneficio eius rescripti fruitur, sed vterque eger restitutione in integrum. Vlpianus autem in d. §. penultim. loquitur de adulto.

XCVII. Quæro, an minor contra minorem restitui possit. Respondeo, eum non restituendum, si modò solus captus sit. cùm enim ambo capti sunt ; veluti cùm minor minori pecuniam credit, & is eam perdidit : cessat restitutio. l. verùm. 11. §. penultim. D. de minoribus. Oppono, & ostendo eum numquàm restitui. aut enim alter, contra quem restitutio petitur, est factus locupletior : & iure communi tenetur, adeò vt non sit opus restitutione in integrum. l. 3. D. commodati. aut non est factus locupletior : & restitutio contra eum dari non debet. d. §. penult. Solutio : Tenetur quidem is qui factus est locupletior : non tamen tenetur restituere id quod accepit. proinde ad id repetendum opus est restitutione in integrum. exempli gratiâ, minor rem, quæ valebat 100. aureos, minori vendidit 70. aureis, emptor tenetur venditori ad pretium, id est, 70. aureos soluendos : non tamen tenetur rem

M 5 empram

emptam venditori restituere, nisi vi restitutionis in integrum.

XC VIII. Quæro, an restitutio minori concessa profit eius fideiussori. Respondeo, restituto minore, non propterea necesse esse, ut fideiussor liberetur, sed eum sæpe efficaciter manere obligatum. l. in causæ cognitione versabitur. 13. in princ. D. de minorib. Oppono: quia sublata obligatione principali, tollitur etiam accessoria, l. nihil dolo. 129. §. 1. D. de diuer. reg. iur. ergo liberato minore, qui est debitor principalis, liberatur etiam fideiussor, cuius obligatio est accessoria.

Solutio: Ea regula tunc procedit, cum obligatio principalis omnino tollitur ipso iure. cum autem tollitur ope exceptionis: quia nihilominus durat iure ciuili, fieri potest, ut obligatio accessoria consistat. veluti si fors non debeatur efficaciter propter interpositum pactum de non petendo, nihilominus tamen vsuræ efficaciter debentur, l. lecta. 40. vers. pactumque id tantum. D. de reb. cre. Quoniam igitur restitutio non datur ipso iure: immò qui restitutus est, manet obligatus iure ciuili, quamuis liberetur à prætore: idcirco reo principali restituto in integrum, sustineri potest obligatio fideiussoris.

XC IX. Si minori competat aliquod remedium, quod etiam maiori competeret: veluti si ei detur condictio indebiti, quia indebitum per errorem promiserit, aut soluerit: Quæro, an nihilominus possit in integrum restitui. Respondeo, restitutionem in integrum concurrere cum remedio communi: & minoris esse electionem, utro remedio uti malit. l. in causæ. 16. §. Pomponius. D. de minorib.

Oppono

Oppono principium eiusdem l.vbi. I. C. ait non esse minori tribuendum auxilium restitutionis in integrum, quod est remedium extraordinarium, si communi auxilio & mero iure munitus sit. Solutio: Distinguendum est, vtrum minor ipso iure seruetur indemnus, vt quia pupillus sine tutore promisit; ipso enim iure non tenetur; an opus habeat actione, vt cum adultus promisit per errorem, quo casu obligatur, sed habet condictiōem indebiti. Primo casu non datur restitutio, cum nulla sit obligatio, quæ per restitutionem rescindatur. Altero casu datur restitutio: quoniam subest obligatio, quæ potest rescindi per restitutionem in integrum; quamuis etiam cautionis condictio competat. d. §. Pomponius. Huic solutioni oppono l. cum mandatu. 23. D. eod. vbi minor, qui mandato alterius negotia mea gessit, non debet contra me restitui, quia habet actionem mandati, ergo actio ordinaria excludit restitutionem in integrum, quæ extra ordinem tribuitur. Solutio: Distinguendum est, vtrum contra eum detur actio, contra quem petitur restitutio, an contra alium. Priori casu datur restitutio: quoniam is, qui conuenitur, non potest iuste conqueri, quod minor aduersus se malit vt restitutione, quàm actione. Posteriori casu denegatur restitutio, quæ non tam minori prodesset, quàm extraneo, contra quem minori actio competit. Quocirca si actio, quæ minori contra tertium datur, sit futura inanis propter rei inopiam: & responsum, & constitutum est, minorem restitui debere, ne damno afficiatur. d. l. eum mandatu. D. de minorib. l. properandum 13. §. vltim. C. de iudic. quia nulla actio esse videtur, quæ contra inopem competit. l. nam is 6. D. de dolo. Ita dicendum est,

est, si alia quavis ratione utilior minori sit restitutio, quam actio. generaliter enim quotiescumque minoris interest, restitutio ei dari debet. l. si ex causa. 9. in princ. D. de minor. l. ultim. C. si tutor vel curator interuenerit. Ex dictis colligamus, in hac quaestione distingui quatuor casus. Primo casu, cum minor ipso iure tutus est, cessat restitutio. Altero casu, cum datur minori actio contra eam personam contra quam vult restitui, non denegatur restitutio. Tertio casu, quando actio datur contra aliam personam, nec utilior est minori restitutio, quam actio, non debet restitui. Ultimo casu, cum datur actio contra aliam personam, sed utilior est restitutio, vel propter inopiam eius contra quem actio competit, vel ob aliam causam, restitutio indulgenda est.

C. Quaero, utrum restitutio sit imperij, an iurisdictionis, & an magistratus municipalis possit in integrum restituere. Respondeo, restitutionem esse magis imperij, quam iurisdictionis: ideoque restituendi ius non competere magistratibus municipalibus. l. ea quæ. 26. D. ad municipalem. Oppono, quod dicitur in l. in causâ. 16. §. ultim. D. de minorib. tam præfectum vrbi, quam alios magistratus pro iurisdictione sua restituere in integrum posse. dum enim I. C. ait *pro iurisdictione sua*, videtur iudicare ius restituendi pertinere ad iurisdictionem, dum autem generaliter ait etiam alios magistratus restituere posse, videtur includere etiam magistratus municipales. Solutio: In hac lege alij magistratus intelligi debent, non omnes prorsus, sed alij magistratus similes præfecto vrbi, ac si I. C. dixisset, tam præfectus vrbi, quam alij similes magistratus. denique I. C. loquitur de magistratibus populi Ro-

mani

mani, non de magistratibus municipalibus. Verba autem illa, *pro sua iurisdictione*, non probant restitutionem esse iurisdictionis partem. sed hoc tantum significant, magistratus posse illos restituere, & contra eos restitutionem indulgere, inter quos ius dicere potest. Sed & illud notandum est; restitutionem seu restituendi potestatem aliquo modo pertinere ad iurisdictionem. licet sit magis imperij, quam iurisdictionis; quia iurdictio & mixtum imperium numquam separantur. l. 1. in fin. & l. ultim. in fin. D. de offic. eius. l. 2. l. 3. vers. mixtum. D. de iurisd. In quibusdam tamen actionibus magis apparet vis iurisdictionis, quam imperij: ut cum prætor cognoscit, & pronunciat. in aliis magis fulget natura imperij, ut cum magistratus exequitur. Sic iubere cauere prætoria stipulatione, & in possessionem mittere, dicuntur magis esse imperij, quam iurisdictionis. l. 4. De od. Iridemque restituti magis est imperij, quam iurisdictionis. d. l. ea, quæ.



CENTVRIA III.



QUÆRO, an defunctus plus iuris & commodi ad hæredem suum transferre possit, quam ipse habeat. Respondeo, non posse. l. nemo plus iuris. § 4. l. nemo plus commodi. r 20. D. de diuers. regul. iur. Oppono: quia si quis anno ætatis suæ vigesimoquarto discesserit, & hæredem agentem

agentem annum vigesimum reliquerit, et si defunctus debebat intra biennium iure Digestorum, vel intra quinquennium ex constitutione Iustiniani, quæ est l. vltim. C. de temp. in integr. restit. petere in integrum restitutionem, tamen hæredi ius prolixius tempus conceditur: nempe iure Digestorum sex anni, iure Codicis nouem anni dantur ad eandem restitutionem petendam l. interdum 19. D. de minorib. Solutio: Iure hæreditario, idem tempus conceditur successor, quod defuncto: sed iure proprio, id est, propter ætatem ipsius hæredis fieri potest, vt plus temporis ei concedatur, quàm defuncto. vt in dicta specie defuncto dabatur iure Digestorum annus vtilis, iure Codicis quadriennium continuum. idemque tempus datur successor. sed vtrique computatur illud tempus post completum vicesimum quintum annum. quamobrem si minor ætate sit hæres, quàm defunctus fuit mortis tempore, plures annos ad petendam restitutionem hæres habet merito propriæ ætatis, non iure hæreditario: quo iure non plus eum consequi, quàm defunctus habuit, ex eo liquet, quòd si defunctus excessit annum vicesimum quintum, non totum legitimum tempus datur hæredi, sed quantum defuncto competeat tempore mortis. vtputà si defuncto supererant sex menses, hæredi quoque semestre tempus concedetur, postquàm scilicet ipse hæres compleuerit annum vicesimum quintum. d. l. interdum.

II. Quæro, si filiusfamil. mandato patris gesserit, an restitui possit. Respondeo, non esse restituendum. l. cum mandatu. 23. D. de minorib. Oppono. quod dicitur in l. 3, §. sed vtrum. versic. proinde. cod. tit. filium restitui, si iussu patris obligatus sit.

Solutio:

Solutio: Distinguendum est, an filij intersit restitui, nec ne. Si interest, veluti quia ipse filius est obligatus mandato patris, dabitur restitutio, vt libere-
tur filius minor 25. annis. sed si filij non interest, ve-
luti quia mandato patris vendidit rem paternam
vili pretio, restitutio denegatur: quia prator filio-
familiâs minori succurrere voluit, non maiori, cu-
ius mandato minor aliquid gessit.

III. Si minor omiserit vel repudiauerit hæredi-
tatem, deinde restitui velit: Quæro, an sit admitten-
dus. Respondeo, re integra eum admitti debere. si
verò iam distracta hæreditate, & negotiis finitis,
ad paratam pecuniam alieno labore veniat: non de-
bet restitui, vt ait Scæuola in l. quodd si minor. 24 §.
Scæuola. D. de minorib. Oppono l. ult. in fin. C. de
repud. vel abstin. hæred. vbi Iustinianus ad restitu-
tionem admittit etiam post res hæreditarias distra-
ctas. Solutio: Iustinianus disertè loquitur de suo hæ-
rede: Scæuola autem de extraneo, vt apparet ex ver-
bo *repudiauerit*. nam repudiare hæreditatem dicun-
tur extranei, abstinere dicuntur sui hæredes. Re igitur
non integra, beneficium restitutionis suis tan-
tùm hæredibus, qui sunt extraneis fauorabiliores,
Imperator concessit.

IV. Si pater filio emancipato legatum relinqui-
t: Quæro, an filius possit euertere testamentum
paternum. Respondeo, illud testamentum rescin-
di posse per bonorum possessionem contra tab.
nisi filius agnouerit legatum sibi relictum. l. si fi-
lius. 30. D. de minoribus. Oppono: quia filius le-
gato contentus esse debet, si legitimam portio-
nem ex eo consequatur; aut supplementum legi-
timæ petere debet, si minus sit in legato, quàm
in legitima. ll. omnimodè. 30. & 11. seqq. C. de inof-
fic. test.

fic.testa. §. sed hæc ita. Inst. eod. Dixi iure digestorum & Codicis: putà vt à Iustiniano, vt legitima non aliò quàm institutionis titulo filiis relinquatur. Non. 115. cap. 3. cum antea quocumque titulo posset relinqui. Inst. de inoff. testa. §. vlt. Solutio: Distinguendum est inter bonorum possessionem contra tab. quæ datur filio præterito, & quærelam inofficiosi quæ datur exhæredato. Nam legatum filio relictum, ei non obstat, quo minùs petat bonorù possessionem contra tab. officit tamen, ne agat de inofficioso testamento.

V. Quæro, an ex aspectu corporis ætas probari possit, & an eius aspectus rationem iudex habere debeat. Respondeo, iudicē posse ex aspectu corporis de ætate pronunciare. l. minor. 32. D. de minoribus. Oppono: quia Iustinianus vetuit inspicere habitum corporis. l. vlt. C. quan. tutores vel curatores esse de- si. Inst. quibus mod. tut. fin. in princ.

Solutio: Imperator sustulit impudicam inspectionem, qua veteres quærere solebant, an aliquis esset verè pubes: l. C. autem in d. l. minor. loquitur de honesta inspectione, per quam iudicatur, vtrum quis sit maior, an minor 25. annis.

VI. Quæro, an minor in executionib. pœnarum restitui possit: veluti si omiserit actionē iniuriarum, an possit eā repetere. Respōdeo, in huiusmodi causis restitutionē à prætore non dari. l. auxilium. 37. D. de minor. Oppono §. qua lege. D. de lege Iulia ambitus. vbi ambitus crimine damnatus, restituitur, si alium eiusdem criminis reum cōuicerit. Solutio: Hæc non sunt cōtraria, sed diuersa. Primùm enim Tryphonius in d. l. auxilium. loquitur de restitutione, quæ fit à prætore propter minorem ætatem: Modestinus autem in d. §. qua lege. loquitur de restitutione, quæ fit lege Iulia, datúrque vt præmium ei qui ambitus
alium

alium condemnauit. Præterea Tryphoninus quærit an derur restitutio, vt restitutus pœnam persequatur: Modestinus verò docet aliquem ita restitui, vt pœnâ liberetur. Quatenus autem ætas excuset minorem delinquentem, idem Tryphoninus tractat in d. l. auxilium. §. sed & in sexaginta. Secundò oppono l. 1. §. accusationem. in fi. D. ad Turp. vbi minor excusatur, qui accusationem sine abolitione deferit, nec incidit in S. C. Turpillianum. vnde videtur posse repetere accusationem, siquidem eam deferens excusatur. Solutio: Aliud est, omittere actionem vel accusationem nondum intentatam: Aliud est intentatam deferere. Itaque minor potest impunè cœptam accusationem deferere, non tamen potest omissam intentare. cuius differentiæ ratio perspicua est: quia fauorabilior est, cum agit de pœna vitanda, quàm cum agit de pœna persequenda. Tertiò oppono: quia temporalis præscriptio minoribus non currit. l. vlt. in fin. C. in quibus cau. in integr. restit. non est neces. Solutio: Iustinian. in d. l. vlt. loquitur de præscript. actionum ciuiliū, non criminalium, de quibus in præsentia quæstionem proposuimus.

VII. Quæro, an iudex possit de quæstione incidenti pronunciare. Respondeo, posse. D. de minor. l. intra 39. & ad leg. Iul. de adult. l. 2. §. vnde. & C. de ord. cogn. l. 3. Oppono, quòd tantum pronunciat de causa principali, non de incidente. C. de ord. iudic. l. 1. & de iud. l. 3.

Solutio: si causa incidens superat iurisdictionem iudicis, adeò vt de ea non possit sententiam ferre: de ea quidem in gratiam principalis causæ cognosceret, sed de sola causa principali pronuntiabit. Si verò causa incidens cadat sub iudicis iurisdictionem

N etiam

etiam de ea iudicare potest. Huic solutioni oppono, quòd præses provinciæ de causa status incidenter non pronunciat. d. l. 1. quamquam eius iurisdictionem non excedit. C. de iud. peda. l. 2. & ne de stat. defunct. l. pen. Solutio : Præses ita demum de causa status cognitionem habet, si in eius provincia reus domicilium habet, seu degit. C. eod. l. 3. & 4. in specie verò d. l. 1. alterius provinciæ præses erat, in qua erant bona hæreditaria, ideòque erat competens de hæreditate. C. vbi de hæred. aga. l. vn. non de causa status.

VIII. Quæro, an liceat appellare ab interlocutione iudicis. Respondeo, regulariter non licere. l. 2. D. de appel. recip. l. 2. C. de Episcop. aut l. pen. C. quorum appel. non recip. Oppono l. intra, 39. D. de minor. vbi præses, apud quem restitutio postulabatur de ætate pronunciauit, & ab huiusmodi pronuntiatione, quæ videtur esse interlocutio, fuit iure appellatum. Solutio : Accursius inquit hoc esse speciale, sed verius est, hanc non esse interlocutionem, quamuis sit de causa incidenti, sed esse sententiã definitiuam, quæ propriè dicitur sententiã: ideòq; non solum vocatur sententia in d. l. intra. sed etiam decretum. l. minor. 32. eod. tit. Obiter notandum est, iure Pontificio, quo hac in parte magis vtimur, appellari posse à quavis sententia, atque adeò etiam ab interlocutione iudicis. cap. 2. extr. de appel.

Ex tit. De capite minutis.

IX. **Q**Uæro, an seruus agere vel conueniri possit. Respondeo, non posse, quia non habet legitimam personam standi in iudicio, l. 3. D. ne quis cum qui in ius voc. vi exim. l. quoties. 13. D. si

D. si quis cautionibus. l. tutelae 7. §. si libertate. D. de cap. minut. Oppono l. ult. C. vbi causae fiscales ex qua constat, seruum Principis posse agere & conueniri. Solutio: Hoc est speciale in seruo Principis. Iterum oppono: quia praetor dat in seruum actionem vi bonorum raptorum. l. 4. §. pen. D. vi bon. rapt. & actionem de incendio, ruina naufr. l. 1. in pr. D. de incend. rui. naufr. & actionem sepulchri violati. l. 3. §. si seruus. D. de sepul. viol. Solutio: Dicitur dari actio in seruum, non quia seruus sit reus principalis in iudicio consistens, sed quia datur in dominum nomine serui: item quia ex his causis interdum ipsius serui corpus torquetur, l. 7. §. in seruos. D. de iurisd.

Ex tit. Ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur.

X. **Q**Uaro, an detur restitutio absenti reip. aut municipij causâ, qui procuratorem reliquit. ¶ Respondeo, restitutionem concedi, siue procuratorem habuerit, siue non. l. sed et si. 26. §. ult. D. ex quib. cau. maio. ¶ Oppono, quod dicitur in l. is qui, 39. D. eod. si is qui reipub. causa abfuturus erat, procuratorem reliquit, per quem defendi potuit, eum volentem in integrum restitui, non audiri.

¶ Solutio: Videndum est, utrûm procurator potuerit absentem defendere, an non. priori casu non datur restitutio, sed actio mandati contra procuratorem: posteriori casu datur restitutio: quoniam absens non videtur habuisse procuratorem; cum per eum defendi non potuerit. Idemque dicendum est, si procurator decesserit, ideoque factum sit, ut absens detrimentum sit passus, l. nec non, 28. in princ. D. eod. Sed & si actio mandati sit inanis propter

N 2

inopiam

inopiam procuratoris, restitutionem indulgendam puto argum. l. 5. D. de dolo.

¶ Dictæ solutioni ineptè opponitur imputandum absenti, qui virum socordem & ignauum elegit, nam socordia & ignauia falsò attribuitur ei qui ideò absentem non defendit, quia non potuit.

XI. Si relegatus aut exul reuersus fuerit: Quæro, an ei detur restitutio aduersus damnum, quod illo tempore passus est. Respondeo, non restitui, quia potuit relinquere procuratorem. l. Papinian. 20. D. de minoribus. Oppono l. si qua 80. §. 1. D. ex quibus caus. maior. vbi exuli reuerso conceditur restitutio. Solutio: Duo sunt diuersa genera restitutionum. aut enim agitur de restitutione, quæ fit iure ordinario, veluti de re exuli reuerso restituenda, quam alius temerè occupauerat: aut de restitutione, quæ fit cognitione prætoria. Primo casu restitutio omninò conceditur. d. l. si qua, §. 1. Altero casu non facillè datur restitutio, datur tamen ex causâ, veluti si procurator, quem exul reliquerat mortuus sit. l. sed etsi. 26. §. 1. D. eod.

*Ex tit. De alienatione iudicij mutandi
causa facta*

XII. **S**I quis, cui nouum opus nunciatum est, locum vendiderit, & emptor nouum opus fecerit: Quæro, possit ne venditor conueniri, quia nouum opus ei nunciatum fuit; an emptor, quia nouum opus fecit, & locum possidet. Respondeo, emptorem conueniri posse. l. vlt. D. de op. nou. nunc. Oppono l. 3. §. opus. D. de alienat. iud. mutan. cau. sac. vbi dicitur neque cum venditore ex operis noui nunciatione agi posse, quia nihil egit, id est, quia nouum opus non fecit: neque cum emptore, quia non

non fuit ei nunciatum nouum opus : proinde cum venditore agendum esse in factum ex illo tit. de al. iud. mut. ca. facta, Solutio: Emptor tenetur præstare patientiam, id est pati, vt opus destruatursed non tenetur ad impensas in opus demoliendum faciendas. quapropter has impensas is qui nouum opus nunciauit, recipiet à venditore per dictam actionem in factum.

XIII. Quæro, an is, qui ante litem contestatam dolo malo desit rem possidere, possit inuitus conueniri, quasi adhuc possideat. Respondeo, conueniri posse vtili actione. l. sin autem, 27. §. sed & is l. qui petitorio. 36. in pr. D. de rei vend. Oppono, quod non potest conueniri, nisi sponte sua paratus sit vtile iudicium subire, vt colligitur ex l. 3. §. vlt. D. de alien. iud. muran. cau. vbi Caius ait, eum, qui rem alienauit, teneri actione in factum ex eo edicto, nisi paratus sit iudicium vtile pati, perinde ac si possideret. Quare, si inuitus cogeretur iudicium pati, quasi possideret, numquam teneretur actione quod iudicij mutandi causa: quod est absurdum. Præterea Caius malè dixisset: *Si paratus sit vtile iudicium pati*. si quidem vel inuitus pati cogeretur. Solutio: In primis intelligere oportet, edictum de alienatione iudicij mutandi causa, non solum pertinere ad vindicationes. l. 4. §. Pedius. illo tit. sed etiam ad actiones mixtas, veluti communi diuidendo. l. vlt. eod. tit. l. communis. 24. §. 1. C. commun. diuid. Quod ergo dicitur à Caio de eo qui sponte sua paratus est subire iudicium vtile, potest intelligi de iudicio mixto: atque ita cessabit obiectio sumpta à rei vindicatione vtili. Nam etsi dicatur etiam vtile iudicium communi diuidendo, cum res communis esse desit, tamen tunc solum

N 3

datur

datur propter præstationes personales, l. 6. in pr. & §. 1. D. commu. diuid. Quia tamen edictum de alienatione iudicij mutandi causa, pertinet etiam ad vindicationem: videndum est, cur utilis vindicatio, quæ datur contra eum qui dolo malo desit possidere, concurret cum actione in factum quod iudicij mutandi causa. Ergo sciendum est, actionem quod iudicij mutandi causa, prius fuisse à prætore propositam, quam recepta sit utilis vindicatio contra eum qui dolo desit possidere. quæ quidem utilis vindicatio recepta est per interpretationem Senatusconsulti de petitione hæreditatis facti. d. l. fin autem: §. sed & is. Actio igitur quod iudicij mutandi causa, datur in eum, qui non vult conueniri utili rei vindicatione, propterea quòd eo tempore, quo actio illa in factum introducta fuit, non cogebatur inuitus utilem rei vindicationem pati, postea verò hoc receptum est: sed nihilominus mansit actio in factum semel data edicto prætoris. Itaque hodie in eum qui iudicij mutandi causa rem alienauit, utraque actio concurret, id est, utilis rei vindicatio, & actio quod iudicij mutandi causa.

XIV. Quæro, an res iudicij mutandi causa alienata possit vsucapi. Respondeo, eum, qui rem accipit posse vsucapere, l. 4. in princip. D. de alienat. iudi. mut. cau. Oppono, quia alienatio facta est fraudulenter, l. 1. l. 4. §. 1. ver. non tamen, eod. tit. ergo sit res furtiua, nec potest vsucapi. §. furtiua. Instit. de vsucap. Solutio: Potest ea res vsucapi, vel quia est immobilis, in quam vitium furti nō cadit. d. §. furtiua vers. quod autem, vel quia is, qui alienauit, initio habuit bonam fidem, & cœpit vsucapere, deinde alienauit: is verò, qui eam rem accepit, vsucapionem compleuit. hoc enim casu vsucapio procedit: quia

quia bona fides initio tantum, & in auctore tantum, non in successore requiritur. §. diutina. & §. seq. Instit. de vsucap.

XV. Quæro, si res iudicij mutandi causa sit alienata, & ab eo qui accepit vsucapta, an detur actio in factum quod iudicij mutandi causa. Respondeo, hanc actionem dari in eum qui alienauit. l. 4. in princ. D. de alien. iud. mut. cau. Oppono: quia res mobilis vsucapitur triennio, immobilis autem decem aut viginti annorum spatio. Instit. de vsucap. in pr. ergo re vsucapta, ideóque trium, aut decem, aut viginti annorum spatio effluxo, non potest habere locum hæc actio in factum, quæ est annalis. l. 6. D. de alien. iud. mutan. cau. Solutio: Intelligas, vt dixi in præcedenti quæstione, eum, qui alienauit: inchoasse vsucapionem, & cum modicum tempus superesset ad perficiendam vsucapionem, rem alienasse (exempli gratiâ) intra quatuor, aut quinque menses post alienationem vsucapio perficietur, actio vero in factum dabitur intra annum à die alienationis. Hæc interpretatio hodie est necessaria: olim non ita, quoniam ante constitutionem Iustiniani vsucapio rerum mobilium anno perficiebatur. d. tit. Instit. de vsucap. in pr.

Ex tit. De receptis, qui arbitrium receperunt, vt sententiam dicant.

XVI. QVæro, an ex compromisso detur exceptio. Respondeo, non dari exceptionem, sed pœnæ petitionem. l. 1. D. de recept. qui arbitr.

Oppono: quia si duo sibi inuicem debeant, & nudo pacto compromittant, id est, paciscantur de non petendo si arbitri sententiæ non paruerint: in-

de datur exceptio pacti. l. litig. 11. §. interdum. D. eod. titul. non tamen datur petitio, quia ex nudo pacto non nascitur actio. l. 7. §. sed cum nulla. D. de pactis. Solutio: Quod dicitur ex compromisso non dari exceptionem, intelligendum est de exceptione rei iudicatæ: quæ quidem exceptio non magis datur ex compromisso, quàm actio rei iudicatæ. cæterum exceptio pacti nõ minùs competit ex compromisso quod nudo pacto factum fuit, quàm actio ex stipulatu, si compromissum stipulatione pœnali firmatum sit. Vt autem harum actionum & harum exceptionum differentia clariùs intelligatur: finge Primum Secundo debere Stichum: Secundum autem debere Primo decem: ac pone inter eosdem Primum & Secundum esse controuersiam de fundo: de hac controuersia factum esse compromissum: ita vt Primus pactus sit ne petat Stichum à Secundo, nisi paruerit sententiæ arbitri; itémque Secundus pactus sit ne petat decem à Primo, nisi arbitro obtemperauerit. deinde finge arbitrum pronunciaſſe contra Secundum, & iudicaſſe fundum pertinere ad Primum. effectus huius sententiæ hic erit: Primus non poterit à Secundo possidente petere dictum fundum, quia non habet actionem ex sententia arbitri. quòd si ipse Primus possideat, & Secundus fundum petat: Primus non potest excipere de sententia arbitri, sed etsi apud arbitrum obtinuerit, nihilominùs tamen à iudice condemnabitur, si Secundus probauerit fundum suum esse. sed quia Secundus, siue possidens fundum nolit restituere, siue non possidens petat. contra sententiam arbitri facit, & pactus est de non petendo si arbitro non paruerit: idcirco petens Stichum sibi debetur summouebitur pacti conuenienti exceptione.

XVII. Quæro, an in duos compromitti possit, non nominata tertia persona assumenda si duo primi dissenserint. Respondeo, tale compromissum valere: quia prætor coget duos illos arbitros, ut certam eligant personam, cuius auctoritati pareatur, l. item si vnus, 17. §. pen. D. de receptis. Oppono §. si in duas. ea. l. vbi dicitur tale compromissum non valere: quia ut in causa diiudicanda, ita etiam in tertia persona assumenda facile possent dissentire, atque ita res non haberet exitum. Solutio: Distinguendi sunt tres casus. vel enim ita compromissum est in duos, ut, si in iudicando dissentiant, tertium, quem voluerint, assumant; vel ita ut certum quendam, puta Sempronium assumant: vel denique simpliciter compromissum est, non facta mentione tertij assumendi. Primo casu compromissum non valet propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem: quia (ut dixi) etiam in assumendo tertio possunt dissentire: ideoque nullus esset rei finis. Altero casu compromissum valet; quia non possunt dissentire in tertia persona eligenda, quæ est persona certa, & in compromisso nominata: Tertio quoque casu valet, quia tertiæ personæ electio non est arbitris commissa: immò eius electionis nulla mentio facta est in compromisso: proinde cessantibus compromissi verbis, ipse prætor aliquem eliget, in quem arbitros consentire coget.

XVIII. Quæro, an compromissum socij noceat socio: Respondeo, nocere: quia si is, qui compromisit, ab arbitro veritus sit petere, & socius eius petat: pœna committitur. l. si duo. 34. in princip. D. de receptis. Oppono: quia pactum vnius socij alteri non nocet, l. si vnu. in princ. D. de pact.

N 5 Solutio:

Solutio: Alia est ratio compromissi, alia pacti de non petendo. socius compromittere potest, quia & petere potest, sed non licet ei pacisci de non petendo. Differentiæ ratio est: quia petendo, vel compromittendo, diligenter & rectè versatur in rebus communibus, licet postea fieri possit, ut malus sequatur euentus, ut putà quia non obtineat apud arbitrum. cum autem paciscitur de non petendo, malè gerit, & id agit; ut actionem extinguat: quod facere nequit: siquidem nec potest alienare rem communem, nisi pro sua tantum parte. l. nemo ex sociis. 68. in princ. D. pro socio. Hæc quæstio videtur vix digna esse, quæ hîc referatur, licet Bartol. asserat hoc contrarium esse ita difficile, ut aliud, quod sit in mundo.

XIX. Quæro, an ex priuatorum contractu possit fisco pœna deberi. Respondeo, posse. l. i. versic. vel pœnam. D. de iure fisci. Oppono: quia si inter duos ita compromissum sit, ut qui arbitro non paruerit, centum aduersario præstet, & ut præterea liceat arbitro contumacem fisco in certam summam condemnare: si, inquam ita compromissum sit, & arbitrer secundum formam compromissi contumacem fisco condemnauerit, tamen ex eo priuatorum compromisso, & ex ea arbitri sententia nihil acquiritur fisco. l. arbiter. 43. D. de receptis. Solutio: Ex contractu priuatorum acquiri fisco, sic intellige, non quod priuati fisco stipulentur, sed quod sint quidam contractus illiciti, unde lex iubet aliquid confiscari: ut contingit, cum is qui officium in prouincia administrat, aliquid per se vel per suppositam personam emit extra causam victus quotidiani. l. aufertur. 64. § quod à præside. D. de iure fisci. l. vni. C. de contract. iud. l. i. & l. omnis. C. Theod. de iis quæ administrant.

XX. Quæ

XX. Quæro, an possit aliquis esse arbiter de re sua. Respondeo, non posse. l. pe. D. de receptis. Oppono, quod dicitur in l. re mandata. 21. C. manda. quemlibet rei suæ moderatorem esse atque arbitrum. Solutio: Arbiter in hac l. non accipitur, ut in d. l. pen. pro arbitro compromissario, sed pro moderatore, qui pro libitu de re disponit.

Ex tit. De iudiciis.

XXI. SI legatus Romæ constituerit, quod ante legationem debere cœperat, vel quod in prouincia acceperat: Quæro, vtrum Romæ legationis tempore conueniri possit, an reuocandi domum ius habeat. Respondeo, non posse Romæ conueniri, l. si quis in legatione, 8. D. de iudiciis. Oppono l. 5. §. 1. D. de pecu. const. vbi disertè dicitur legatum Romæ constituentem quod in prouincia acceperat, conueniri debere. Solutio: In hoc §. 1. addenda est negatio, & legendum, *conueniri non debere*, alioquin si l. C. proponere voluisset sententiam affirmatiuam, non dixisset, *conueniri debere*, sed *conueniri posse*. verbum autem *debere*, magis conuenit sententiæ neganti. Præterea cum mox mutata specie proponat sententiam negantem, non utitur aduersatiua particula, *sed si*, sed coniunctione, *sed et si*: ex qua apparet vtrumque responsum esse negatiuum. Ergo concludendum est, legatum non posse Romæ legationis tempore conueniri, etiamsi vel Romæ constituerit, vel in prouincia constituerit se soluturum Romæ. Vna est exceptio, si constituerit se legationis tempore soluturum, l. 3. de legationibus. Quare si quis in d. l. 5. §. 1. negationem addere nolit, quia sæpè à iuris auctoribus, *debere & posse*, item *sed si*, *sed & si*, accipiuntur promiscuè: is sic

is sic interpretari debet, ut dicat, in d. l. 8. legatum constituisse simpliciter, in d. autem §. 1. responso primo, eum Romæ constituisse se legationis tempore soluturum.

XXII. Quæro, quomodo iudex litem suam faciat. Respondeo, eum litem suam facere, si malè iudicet dolo malo. l. filius fam. 15. D. de iudi-
ciis.

Oppono, quod dicitur in l. ult. D. de extraord. cog. eum non propriè ex maleficio obligatum videri, sed per imprudentiam peccasse. Solutio: iudex litem suam facere potest duobus modis, id est, vel dolo malo, vel imprudentiâ. non sunt igitur hæ leges, quas adduxi, contrariæ: in quibus non dicitur *dolo tantum*, aut *imprudencia tantum*. Immo vix hoc notassem quasi *ἐπαυτοφανεῖς*, nisi Budæus notasset quasi *ἀντινομία*.

XXIII. Si filius fam. iudex litem suam fecerit: Quæro, in quantum teneatur. Respondeo, in tantam quantitatem eum teneri, quanta tunc erat in peculio. cum sententiam dicebat l. filius fam. 15. D. de iud. Oppono: quia ex suo facto tenetur in solidum, licet obliget partem de peculio tantum. l. pen. D. quod cum eo. l. si quis cum filio fã. 44. D. de pecul. Solutio: Hæ ll. loquuntur de contractu filij fam. ex quo datur actio secundum rationem iuris. sed. l. filius fam. loquitur de quodam quasi contractu, id est, cum iudex, qui malè per imprudentiam iudicavit, litem suam fecit: quo casu tenetur actione in factum, in quantum religioni iudicis bonum & æquum videbitur. l. ult. D. de extraord. cog. æquum autem bonum videtur, ut teneatur in eam quantitatem, quæ tunc erat in peculio, cum iudicabat: quamquam de eo peculio non solvet patre inuito

inuito : quandoquidem pater eo nomine non tene-
tur. §. pen. Instit. de oblig. quæ qua. ex deli. Dixi
per imprudentiam : quia si dolo malo iudicauit , in
solidum, id est , in veram litis æstimationem tene-
tur. d. l. filius fam. §. 1.

XXIV. Quæro , vbi hæres conueniendus sit.
Respondeo , hæredem in causis hæreditariis sequi
forum defuncti. ita vt proprio priuilegio vti , &
actorem ad alium iudicem reuocare non possit. l.
hæres. 19. in prin. D. de iud. Oppono : quia fiscus
succedens priuato, vtitur suo priuilegio. l. 6. in prin.
D. de iure fisci. Solutio: Aliud est, priuilegium fori:
aliud priuilegium prælationis ac tacitæ hypothecæ.
lex 6. loquitur de priuilegio prælationis tacitæque
hypothecæ , non de priuilegio fori, de quo tracta-
tur in d. l. hæres.

XXV. Quæro, an valeat hæc conuentio , vt ali-
quis alibi conueniatur , quàm vbi contraxit, cùm
ratione contractus ibi sortiatur forum, vbi contra-
xit. l. hæres. 19. §. proinde. D. de iud. Respondeo, eam
conuentionē valere. d. l. hæres. §. proinde. Oppono:
quia nemo cogitur huiusmodi conuentioni stare. l. si
conuenerit. 18. D. de iurisdic. Solutio : Primùm
distinguendum est inter pactum nudum , & legem
contractus. mutatio fori non fit pacto nudo , sed
lege contractus , id est pacto , quod contractui
adiectum est incontinenti, ita vt contractu insit, vt
exposui Centur. 1. quæst. 60. Præterea in d. §. proin-
de. pactum seu conuentio intelligi potest , non
de mutatione fori, de qua agitur in d. l. si conue-
nit, sed de electione. id est , cùm reus possit conue-
niri duobus locis , vel vbi domicilium habet , vel
vbi contraxit , adeo vt electio sit actoris, vtro loco
malit reum conuenire: pactum intercessit perimens
eam

eam electionem : quia conuenit, vt reus ibi conueniretur, vbi habet domicilium, non in loco contractus.

XXVI. Quæro, an id, quod nondum debetur sed deberi speratur, vt putâ quia pendet conditio sub qua promissum fuit, peti possit. Respondeo, peti non posse. l. non quemadmodum. 35. D. de iudiciis. Oppono : quia si quis chirographum alterius deleuerit, in quo continebatur obligatio pecuniæ sub conditione debitæ, potest lege Aquilia conueniri, & condemnari, antequàm aliquid debeat, id est, antequàm eius obligationis conditio extiterit. l. in lege. 40. D. ad legem Aquil. Solutio: Alia est obligatio contenta in chirographo proposito, quæ exempli gratiâ fingatur esse obligatio mutui: alia est obligatio, ex qua conuenitur lege Aquilia is qui chirographum corrumpit. obligatio in chirographo contenta, est conditionalis, & pendet. sed obligatio legis Aquiliæ est præsens & pura. ideóque rectè lege Aquilia actum fuit: quamquàm exactio non statim fit, sed differtur, vt explicatur in d. l. in lege. Nec enim propterea pendet, aut differtur obligatio, quòd differtur effectus eius, id est, exactio.

XXVII. Quæro, utrùm is, qui intentauit iudicium petitorium, possit intentare possessorium, an potius videatur huic iudicio renunciaſſe. Respondeo, non videri renunciaſſe, immò posse vti interdicto de possessione: l. naturaliter, 12. §. nihil commune. D. de acqui. pos. Oppono, quod dicitur in l. si de vi. 37. D. de iudic. prius cognoscendum esse de possessione, quàm de rei proprietate. Solutio: Hæc lex non simpliciter ait prius cognoscendum esse de possessione: sed addit hanc conditionem, si

de

de possessione quaratur: ergo in arbitrio agentis est, vtrum malit incipere à petitorio, an à possessorio iudicio: verum si possessorium proponat, aduersarius non potest hoc iudicium vitare, dicens separatum subire iudicium petitorium de rei controuersæ proprietate.

XXVIII. Quæro, an furiosus possit dari iudex. Respondeo, non posse l. cum prætor. 12. §. non autem. D. de iudiciis. Oppono, quod ait Papinianus in l. cum furiosus. 39. eo. tit. furiosum posse iudicem addici, licet in præsentia non possit iudicare: quia (inquit) si suæ mentis effectus iudicauerit, sententia rata est. Solutio: Distinguendum est inter perpetuò furiosum, & eum qui habet dilucida interualla: ille non potest dari iudex, vt disertè dicitur in d. §. non autem. hi verò potest dari iudex: quia licet hodie, id est, quo die iudex efficitur, non possit iudicare, tamen paulò post intermittente furore iudicare poterit.

XXIX. Quæro, an possit aliquis iudicio conueniri eo tempore, quo magistratu fungitur. Respondeo, non posse conueniri, sed expectandum donec magistratu abierit. l. pars literarum. 48. D. de iudiciis. Oppono: quia durante magistratu potest conueniri actione iniuriarum. l. nec magistratibus. 32. D. de iniuriis. Item potest conueniri ob concussionem factam, vel ob sententiam venditam, & alias huiusmodi causas. l. 4. C. ad leg. Iul. reperund. Solutio. Distinguendum est inter maiores magistratus, qui imperium habet, nec possunt in ius vocari, quales sunt consules, præfecti, prætores, proconsules, l. 2. D. de in ius vocan. & minores magistratus, qui potestate carent, & in ius vocari possunt quales sunt Duū viri. l. vni. D. si quis ius dicenti non obtemp.

obtemp. Rursus distinguendum, & considerandum est, ex qua causa magistratus conueniatur; vtrum quia in officio deliquit, vt puta sententiam venalem habuit, aut per concussionem pecuniam extorsit; an ex alia causa. His distinctionibus adhibitis, ita definiendum est. Quod dicitur, magistratus non posse conueniri: intelligendum est de magistratibus maioribus, qui imperium & potestatem habent. nam minores possunt conueniri. maiores autem non conueniuntur. d. l. nec magistratibus. nisi in officio deliquerint, ex qua causa puto etiam maiores magistratus conueniri posse. d. l. 4.

X X X. Si actor post edictum peremptorium absit: Quæro, quid iudex facere debeat.

Respondeo, eum debere edictum circumducere, atque ita iudicium perimere. l. & post edictum. § 3. §. 1. D. de iudiciis. Oppono: quia potius debet iudex peruenire ad sententiam definitiuam non obstante absentia actoris. l. properandum. § 3. & si quidem. C. de iudic. Nou. 112. cap. 3. Solutio: Adhibenda est distinctio. aut enim abest is, qui edictum impetrauit: aut, is, contra quem impetratum est. Priori casu circumducitur edictum. d. l. & post edictum. §. 1. Posteriori casu distinguendum est inter ius Codicis, & ius Nou. nam iure Codicis non peruenitur ad sententiam definitiuam actore absente, nisi ex actis iam confectis possit rei veritas à iudice cognosci. d. §. & si quidem. sed ex d. Nou. 112. veritas inquiretur ex allegationibus rei conuenti, atque ita peruenietur ad sententiam definitiuam. d. cap. cap. 3. §. si verò propositis.

Ex tit.

Ex tit. De inofficioso testamento.

XXXI. **Q**Uæro, an sententia inter duos lata, pro-
sit vel noceat tertio, qui non litigauit.
Respondeo, nec prodesse, nec nocere. l. 1. D. de ex-
cept. rei iud. to. tit. C. quib. res iud. non nocet. tot.
tit. C. inter alios acta vel iudicata, aliis non noce-
re. Oppono: quia si quis ex iis personis quæ ad
successionem ab intestato non admittuntur, de in-
officioso testamento egerit, & casu (nam iure non
potuit) obtinuerit: victoria non ipsi prodest, sed
alij succedenti ab intestato. l. 6. §. 1. D. de inoffi.
testam.

Solutio: Notandum est per querelam inofficio-
si actorem nihil acquirere (vnde etiam dictum est,
eam non esse propriè petitionem nec actionem)
sed tantum efficere vt testamentum à iudice rescin-
datur quo rescisso, hæres ab intestato succedit, non
ex sententia (alioquin ei obstaret regula illa, quòd
res inter alios iudicata, tertio non prodest) ex dispo-
sitione legis, vel aliis iuris, quo vocatur ad
successionem. Iterum oppono: quia sententia lata
contra hæredem scriptum pro hærede legitimo, no-
cet legatariis, aded vt non possint amplius conse-
qui legatum. l. Papinianus. 8. §. penult. C. de in-
officioso, testam. l. 3. in prin. D. de pig. l. ult. §. pe-
nult. D. de pet. hæred. exceptis certis casibus ve-
luti si hæres causam non egerit, aut cum hærede le-
gitimo in fraudem legatariorum colluserit. l. si ser-
uus plurimum, 50. D. de leg. 1. l. qui repudiantis,
17. §. 1. D. de inoffic. testam.

Solutio: Hoc est speciale, propterea quòd his
personis nihil debetur, nisi constet testam. valere.
d. l. 3. Huic solutioni oppono d. l. 1. D. except. rei
iud.

iud. vbi iudicatum fuerat contra testamentum, & nihilominus conceditur legatariis, vt sua legata persequantur. Solutio: Distinguendum est, vtrum iudicatum fuerit contra hæredem scriptum, an contra quosdam legatarios. Si contra heredem iudicatum fuerit: quoniam institutio hæredis est caput & fundamentum testamenti. §. ante hæredis. Inst. de legat, idcirco nihil ex eo testamento debetur. Si verò contra quosdam legatarios iudicatum fuerit: sententia non tollit testamentum, quippe cum testamentum non pendeat à legatariis, proinde ea sententia neque nocebit hæredi scripto, nec aliis legatariis.

XXXII. Si duo sint liberi à parente exhæredati, quorum alter queratur de inofficioso testamento, alter non queratur; Quæro: an exhæredatus, qui non queritur, partem faciat alteri, id est, efficiat, quo minus alter possit petere totam hæreditatem, seu debeat partem suam duntaxat, id est, semissem petere. Respondeo, etiamsi vnus non queratur de inofficioso, nihilominus tamen alterum partem petere debere, non totam hæreditatem. l. Papinianus 8. §. quoniam. D. de inoffic. testam. Oppono l. qui repudiantis. 17. in pr. eod. tit. vbi dicitur eum, qui non queritur, non facere partem alteri, & l. si ponas. 23. §. ult. eod. tit. vbi dicitur non agentis partem alteri accrescere. Solutio: Distinguendum est, aut enim speratur, eum qui in præsentia non queritur, postea conquesturum: aut certum est, eum non posse conqueri, vtrputà quia repudiavit. priori casu is qui non queritur, facit partem: quoniam absurdum esset, interim alium petere totum, quandiu hic potest admitti ad partem suam petendam: posteriori casu cum alter non possit amplius admitti: necesse

necesse est, vt tota hæreditas ad alterum pertaineat : ideoque is, qui non queritur, nec potest queri, non facit partem alteri querenti de inofficioso testamento.

XXXIII. Si quis hæres institutus, rogatus sit post aliquod tempus restituere hæreditatem, medio autem tempore fructus percipiat ex rebus hæreditariis: Quæro an hi fructus imputentur in portionem debitam, & excludant querelam inofficiosi, necne.

Respondeo, fructus imputari in debitam portionem, & querelam cessare. l. Papin. 8. §. vnde. D. de inoffic. test. Oppono l. inbemus. 6. C. ad Trebell. vbi constituitur quartam non sumi ex fructibus, licet testator id iusserit: sed detrahi de ipsis rebus hæreditariis. Solutio: Regulariter fructus ex rebus hæreditariis percepti imputantur in debitam portionem. sed excipiuntur soli liberi primi gradus, quibus hoc priuilegij indultum est, vt lucrentur omnes fructus, & præterea consequantur debitam portionem ex ipsis rebus hereditariis, d. l. 6. §. ult.

XXXIV. Si quis hæres institutus sit ex parte, quæ sit minor portione debita: Quæro, an possit agere de inofficioso testamento. Respondeo, non posse queri de inofficioso, sed petere debere supplementum debitæ portionis. l. omnimodò. 30. & ll. seqq. C. de inoffic. testam. Oppono l. Papinianus. 8. §. meminisse, D. eod. tit. in cuius §. specie hæres scriptus egit de inoffic. testa. nec petiit supplementum legitimæ portionis. Solutio: In ea specie hæres egit quidem de inoffic. testam. sed non rectè egit: immò debuit petere supplementum debitæ portionis, & meritò iudicio superatus fuit. sanè habita ratione antiqui iuris, quod Papiniani ætate in vsu erat, hæres in illa specie iudicio victus, fuit ob aliquam

O 2 aliam

aliam rationem. sed ex dictis constitutionibus Iustiniani etiam ob hanc rationem succumbere potuit, quia hæres scriptus fuerat ex aliqua parte, proinde perere debuit dictum supplementum non agere de inofficioso testamento.

XXXV. Si testamentum iudicatur inofficiosum: Quæro: an legata in testamento relicta debeantur. Respondeo, non deberi, quia testamentum per querelam rescinditur. l. Papinianus. 8. §. penult. C. de inoffi. testam. Oppono l. cum mater, 28. eod. tit. vbi sustinentur legata & fidei commissa: cum hæreditas materna defertur filio, quem mater falso putans iam decessisse, præterierat. huic autem filio à matre præterito certum est succurri per querelam inofficiosi testamenti. l. si instituta. 27. D. eod. ergo testamento per querelam euerso, videntur legata & fidei commissa deberi. Solutio. Notandum est, huic filio à matre præterito duplex remedium competere, nimirum quærelam inoffi. testam. & ex decreto D. Hadriani actionem ex præsumpta voluntate matris: qualis actio ex præsumpta voluntate defuncti datur etiam in specie. l. ult. D. de hære. inst. cum enim mater ideò præterierit filium, quia putabat eum iam obiisse: præsumitur voluisse eum esse hæredem; instituisset enim heredem, si sciuisset eum viuere. Itaque si filius agat de inofficioso testamento, rescinditur testamentum, ac legata non valent. quòd si agat ex præsumpta matris voluntate, præstare debet legata & fidei commissa in eo testamento relicta. Quod diximus, testamento per querelam inofficiosi rescisso, non deberi legata nec fidei commissa, intelligendum est procedere secundum iura Digestorum & Codicis. nouissimo enim iure, etsi testamentum per querelam inoffi. rescinditur,

dicur, nihilominus tamen alia omnia in eo testamento relicta debentur, & sola hæredis institutio infirmatur. Nou. Const. 115. cap. 3. in fin. & cap. 4. in fin.

XXXVI. Si motâ inofficiosi testamenti querelâ, transactio facta sit inter hæredem legitimum de inofficioso testamento querentem, & hæredem scriptum; hæres autem scriptus fidem transactionis non præstet: Quæro, vtrum salua maneat causa inofficiosi, an per transactionem sit omninò extincta & perempta. ¶ Respondeo, inofficiosi testamenti causam integram esse. l. si instituta. 27. in prin. de inoffi. test. ¶ Oppono, quia lis per transact. sublata, non potest instaurari. l. cum mota. 6. C. de transact.

¶ Solutio: Distinguendum est inter personam transigentem, & hæredem eius. is qui transigit, potest litem instaurare: quia non cogitur stare transactioni, cuius fidem diuersa pars non implet, l. si diuersa 14. C. de transact. sed si is qui transigit, non instaurauit litem, hæres eius id facere nequit, immò est omninò transactione obstrictus. Nec nouum, vt defunctus à conuentione discedere potuerit, hæres autem non possit: nam & cum coniux, coniugi donat, ipse potest repetere quod donauit, sed si ipse non reperierit, donatio ita eius morte confirmatur, vt ab hærede non possit reuocari. l. cum hic status, 32. §. ait oratio. D. donat. inter vir & vxor.

¶ Huic solutioni, & distinctioni inter transigentem & eius hæredem, opponit primò Decius in d. l. cum mota. quòd ille contextus ait querelam semel omissam non posse instaurari.

¶ Respondeo legem non hoc simpliciter dicere, sed non posse instaurari per hæredem transi-

O 3

gentis

gentis. ¶ Addit Decius hanc rationem magis militare in matre, quæ transegit, quàm in eius hærede, qui non transegit, sed propter exclusionem matris excluditur. ¶ Respondeo hoc falsum esse : quia iniuria non est hæredis, sed ipsius matris, quæ præterita vel exhæredata fuit, arg. l. Papinianus. 8. in pr. De hoc tit. idcirco facilius à querela excluditur hæres, quàm mater. vnde quemadmodum actio iniuriarum ad hæredem non transit, nisi contestata sit. D. si quis cau. l. si eum 10. §. qui iniuriar. & Inst. de perpet. & temp. actio. §. non autem. ita etiam inofficiosi querela non transit ad hæredem, nisi sit præparata. D. h. t. l. 6. §. ult. & l. 7. & l. filius, 22. §. multò magis. & C. eod. l. 5. Quare perspicuum est fieri posse, vt etiam non excluso defuncto, hæres à querela excludatur. Vera igitur & ἀποδεκτικὴ causa propter quam hæres excluditur, non est matris exclusio. ¶ Opponit secundo Decius dicto loco, quod si mater admitteretur ad querelam ob fidem sibi non seruata, pari ratione præparatio querelæ per transactionem sublata deberet redintegrari, vt omnia in pristinum statum restituerentur : & tunc virtute præparationis querela hæredibus competere, quod tamen in d. l. cum mota. negatur. ¶ Respondeo hæc procedere, si mater querelam instaurare noluisse : nam sine dubio querela hæredibus competere, sed in specie d. l. cum mota. ideo querela hæredibus non competit, quia mater eam non instaurauit. ¶ Opponit tertio Fachin. lib. 1. controuersiar. iuris, cap. 10. quod ex persona hæredis natura obligationis non mutatur. D. de verb. oblig. l. 2. §. ex his. ¶ Respondeo primo, regulam oppositam esse de hæredibus debitoris, nos loqui de hæredibus actricis.

Respondeo

Respondeo secundo, regulam illam ad rem non facere, quia nulla est hîc obligatio, cuius natura ex persona hæredis mutetur: sed quia querela est de iniuria matri facta, & mater non perseveravit in voluntate querelæ peragendæ, rectè eam denegamus eius hæred. D. h. tit. l. nam etsi parent. 15. §. 1. & C. eod. si quis filium 34. in fin.

Ex tit. De hæreditatis petitione.

XXXVII. **S**I post petitam hæreditatem res hæreditaria perierit: Quæro, an possessor illius rei nomine condemnari debeat. Respondeo, distinguendum esse inter bonæ & malæ fidei possessorem. rei namque extinctæ nomine, malæ fidei possessor condemnatus est, bonæ fidei verò possessor non tenetur, l. illud 40. D. de hæred. pet.

Oppono: quia post petitam hæreditatem omnes possessores pares sunt, & quasi prædones seu malæ fidei possessores tenentur. l. sed etsi lege, 25. §. si ante. eod. tit. Solutio: Post petitam hæreditatem omnes possessores habentur pro prædonibus, quantum ad alia veluti quantum ad fructus restituendos. d. l. sed etsi lege. §. de eo. & quantum ad sumptus repetendos, l. si quid possessor. 31. §. penult. eod. tit. non etiam quantum ad interitum rei hæreditariæ: immò in hac causa est adhibenda ea distinctio inter bonæ & malæ fidei possessores, quàm suprà attulimus. Diuersitatis ratio est: quia possessor, à quo petitur hæreditas, potest res hæreditarias non negligere, potest fructus colligere, quæ nisi fecerit, sibi imputet. sed quo minùs res intereat, præstare nequit: sic enim accipienda sunt ea, quæ suprà diximus, rem periisse sine facto possessoris: alioquin si

facto possessoris res perierit, veluti si hereditarium seruum occiderit, non est dubitandum, quin omninò teneatur. l. si à domino. 36. §. si possessor eod. titul.

Ex tit. Si pars hereditatis petatur.

XXXVIII. **S**I speretur postumus nasciturus, & alij sint superstites eodem gradu: Quæro, quæ portio in bonis defuncti assignetur superstitibus: quia incertum est, quot sint nascituri: ignoramus enim, quot sint in vtero, cum modò vnus, modò plures eodem partu edantur. Respondeo, hos qui iam nati sunt, interim dum speratur posthumus vel posthumi, fieri hæredes ex quarta parte. quod ideò placuit, quia videtur faciliè euenire posse, vt tres, non plures eodem partu edantur. l. 3. D. si pars hæred. pet. & l. sed & si restituatur, 28. §. vltim. D. de iudic. Oppono, quod dicitur in l. 1. §. vlt. eod. iis qui iam nati sunt, dari petitionem incertæ partis. Item oppono: quia in l. cum quidam, 30. §. suum hæredem. D. de acquir. hæred. tribuitur superstiti pars dimidia bonorum defuncti, perinde ac si constaret vnum tantum esse nasciturum, quia vnus tantum erat in vtero, quamuis id sciri non posset, antequàm mulier pareret. Solutio: Priùs distinguendum est inter suos hæredes, & extraneos. Deinde inter ius, & effectum iuris. id est, inter ius succedendi seu successionem, & petitionem hereditatis ea successione quæ sitæ. Nam extraneus & fit hæres ex parte incerta, & petere debet partem incertam: quippe qui fit hæres aditione, nec potest adire, nisi ex incerta portione, quoniã ignorat, quot posthumi nascituri sint. suus autè hæres, quia sine vllò suo facto fit ipso iure hæres etiam ignorans,

rans, idcirco est hæres ex parte certa, habita ratione numeri eorum qui sunt in vtero. Finge vnum esse defuncti filium iam natum, vnum in vtero. is, qui iam natus est, succedit patri ex semine, licet nesciat quot sint in vtero, quia scientia eius in huiusmodi successione non spectatur. quia tamen interdum plures nascuntur, ideoque posthumis periculosum & damnosum esset, si filius iam natus semissem occuparet: quid enim si postea duo aut tres eodem partu ederentur? idcirco habita ratione incerti euentus, interim antequam posthumus vel posthumi nascantur, superstiti filio, quem diximus hæredem ex semisse, assignatur quarta pars, ex qua sola successionis effectus fruitur, quamdiu alter est in vtero. sed mox vno nascente, dicemus superstitē etiam retrò fuisse hæredem ex semisse. licet tūc temporis non poterit petere nisi quadrantē. Quod ergo dicitur in fine d. l. 3. *Et si vnum paritura sit nō ex parte dimidia, sed ex quarta interim hæres erit*: sic intellige, vt dicatur esse hæres ex quarta parte cum effectus, & eam partem petere possit. vnde ea lex recte collocatur sub tit. in quo agitur de hæreditate petenda. Cū igitur interim non possit petere nisi quartam partem, videtur ex ea parte esse hæres, quamuis re vera sit hæres ex semisse: nempe quia est ex quadrante hæres cum effectus. verba autem in iure accipiuntur habita ratione effectus. l. 1. §. ult. D. si quis ius dicenti non obtemp. quamobrem bonorum possessor, qui non est hæres. vers. quos autē. Inst. de bon. pos. interdū appellatione hæredis continetur. l. in conditionibus. 19. §. si patronus, D. de condit. & demonst. quia effectus ipso & re ipsa iisdem emolumentis fruitur, quibus verus hæres. l. 2. D. de bon. pos. l. prætor. 117. D. de diuer. reg. iur.

XXXIX. Quæro, an is, qui ignorat qua ex parte hæres scriptus est, possit adire hæreditatem. Respondeo, posse. l. 5. in fi. D. si pars hæred. petat. Oppono: quia dicitur additio non valere, in l. ex semisse. 75. D. de acqui hæred. Solutio: Aditio valet, si adeat ex parte incerta, quia nescit suam portionem, non valet autem, si ex parte ea adierit, quam falsò putabat sibi deferri. exempli gratiâ, si sit hæres scriptus ex quadrante, adeat autem ex semisse, quòd putet se ex hac parte hæredem scriptum esse: hæc aditio non valet.

Ex tit. De rei vindicatione.

XL. **Q**uæro, utrùm res singulares dumtaxat veniant in rei vindicationem, an etiam vniuersitas hac actione peti possit. Respondeo, non solum res particulares, sed etiam vniuersitatem, vt gregem, posse vindicari. l. 1. §. ult. D. de rei vind. Oppono principium eiusdem l. vbi distinguitur hæc actio ab actionibus, quibus petitur vniuersitas, ex eo quòd hac actione singulas res petimus.

Solutio: Alia est vniuersitas iuris, id est, quæ in iure consistit, vt hæreditas: alia facti, vt grex. vniuersitas iuris non venit in hanc actionem, sed vniuersitas facti hac actione rectè petitur. l. vindicatio. 56. D. eo tit.

XLI. Si quis æstimationem, vel id quod sua interest, consecutus sit: Quæro, an nihilominus rem seu debitum principale petere possit. Respondeo, eum posse petere. nam condemnato eo qui dolo malo rem desit possidere, non liberatur is qui rem possidet, immò ipse quoque conueniri potest. l. nec vllam. 13. §. pe. D. de hæred. petit. l. si is qui obtulit.

obtulit. 7. D. de rei vind. l. Stichum. 95. §. dolo. D. de solut. Oppono : quia si actor pretium hæreditatis à venditore consecutus sit : postea petens hæreditatem, summouetur exceptione. l. sed etsi lege. 15. §. item si rem. vers. certe. D. de hæred. petit. Item si tutor vel curator ob prædium pupilli vel adolescentis illicitè venditum condemnatus fuerit, & æstimationem soluerit : vindicatio pretij inhibetur : quia pupillus vel adolescens debet esse contentus rei pretio, quod à tutore consecutus est. l. illicitè. 10. D. de rebus eorum. Item si creditori, qui in possessionem rei seruandæ causâ missus est, eò quòd non est admissus in possessionem, solutum fuerit id quod eius interest : hic creditor non poterit amplius debitorem suum efficaciter conuenire. l. si quis dolo. 51. §. 1. D. de re iud.

Solutio : Hæc loca per distinctionem conciliari debent. aut enim agitur contra eandem personam, aut contra diuersas personas, id est, aut auctor ab eo petit rem principalem, à quo iam consecutus est æstimationem, vel quod sua interest, aut petit ab alio. Contra eandem personam agi efficaciter non potest : quoniam obstat exceptio doli. sed alio condemnato, & pœnam solvente, nihilominus alius conueniri potest l. 3. §. deinde quæritur. D. de tabulis exhib. Hoc tamen non est perpetuum, vt alio condemnato & solvente alius conueniri possit. Primum enim excipiendum est, nisi is, qui prior est condemnatus, dolo careat : alioquin quod soluit, non est pœna, sed succedit loco rei principalis, proinde res principalis amplius peti non potest nec ab eadem, nec ab alia persona. d. l. illicitè. Præterea excipere oportet, nisi possessor, qui secundo loco conuenitur, habeat regressum, vt actionem

nem de euictione, contra priorem condemnatum: tunc enim actio efficax dari non debet. d. versi. certè. quia quodammodò ac τῇ δυνάμει conueniunt is, qui semel condemnatus fuit. l. aduersus, 29. D. de recept.

XLII. Quæro, an res sacræ vindicari possint, Respondeo, posse, l. sancimus nemini. 21. C. de sacrosan. eccl. Oppono l. in rem. 23. §. 1. D. de rei vind. vbi expresse dicitur, has res non posse vindicari. Solutio: Iureconsultus in eo §. non omnino negat has res posse vindicari, sed ait non posse vindicari quasi nostras, quia scilicet sunt nullius. l. in tantum. 6. §. sacræ res. D. de rerum diuis. possunt tamen vindicari ratione iuris qualis qualis actori competentis. quædam enim res vindicari possunt, non tamen quasi nostræ, quia in nullius dominio sunt. sic enim & vindicare possumus liberos nostros ex iure Quiritium, quamuis non sint in nostro dominio, quia sūt homines liberi. l. 1. §. pen. D. de rei vind. Denique vindicatio latius patet, quàm rei vindicatio: nam vindicatio significat quamcumque actionem in rem. inst. de actio. §. appellamus, sed rei vindicatio datur soli domino, d. l. in rem, in prin. ergo res sacræ vindicantur d. l. sancimus, non tamen rei vindicatione d. l. in rem. §. 1.

XLIII. Si quis in aliena tabula pinxerit: Quæro, quis sit dominus tabulæ pictæ, id est, vtrum tabula cedat picturæ, an contra pictura cedat tabulæ. Respondeo, tabulam picturæ cedere, ideóque rei dominium ad pictorem pertinere. l. qua ratione. 9. §. sed non vti. D. de acquir. rer. dom. §. si quis in aliena. Inst. de rer. diu Oppono l. in rem. 23. §. sed & id D. de rei vind. *Sed & id (inquit Paulus) quod in charta mea scribitur, aut in tabula pingitur, statim meam*

mentis sit, licet de pictura quidam contra senserint pro-
pter pretiū picturæ, sed necesse est ei rei cedi, quod sine
illa esse non potest. quæ verba omnes interpretes ita
accipiunt, quasi Paulus repudiet eorum sententiam,
qui existimarunt tabulam cedere picturæ : repudiet
autem hoc argumento : quòd res , quæ sinæ altera
consistere nequit , ei rei cedere debet, sine qua esse
non potest. quoniam igitur pictura non potest esse
sine tabula, sed tabula sine pictura : idcirco dicen-
dum est , picturam tabulæ cedere. Cum itaque ita
exponant verba Pauli , deinde ineptis distinctioni-
bus conciliationem quærunt. Ego verò puto con-
trariam esse Pauli sententiam : & verba eius ita ac-
cipio, vt Paulus doceat regulariter id quod sine alia
re non potest esse, ei rei cedere : ex illa tamen regu-
la generali picturam excipiat propter priuilegium
specialiter pictoribus indultū. Primùm igitur Pau-
lus proponit hanc sententiam , scripturam cedere
chartæ, & picturam cedere tabulæ. mox hanc sen-
tentiam corrigit quantum ad picturam & ait, *licet*
de pictura quidam contra senserint. vbi notandū est
particulam *licet*, esse notam correctionis, & intelli-
gendum est probari eorum sententiam , qui de pi-
ctura contra senserunt, hoc est, qui existimarunt pi-
cturam tabulæ non cedere. cui interpretationi non
repugnant sequentia verba Pauli, immò pulchrè cō-
sentiunt. subdit enim Paulus, *sed necesse est, &c.* quo-
rum verborum hic est sensus: licet ea sententia vera
sit, quòd pictura non cedat tabulæ, tamen id est spe-
ciale, & præter regulam iuris : nihilominus autem
generalis regula tenenda est, quæ in aliis casibus ob-
seruabitur: nec euertitur ex eo, quod diximus de pi-
ctura : quandoquidem exceptio non euertit regulā,
immò eam cōfirmat in casibus non exceptis. Quare
non

non obstante ea exceptione de pictura, Paulus ait retinendam esse regulam generalem, nimirum id, quod sine alia re esse non potest, ei rei cedere debere.

XLIV. Si quis rei vindicatione conuentus, & condemnatus rem restituat: Quæro, an etiam de dolo & culpa cauere debeat, ne forte rem deterioratam restituat. Respondeo, bonæ fidei possessorem cauere de dolo, malæ fidei possessorem cauere etiam de culpa. l. si homo. 45. D. de rei vind. Oppono: quia si rem deteriorauit, statim eo nomine condemnari debet, adeò vt non sit opus vlla cautione. l. non solum. 13. D. eod. Solutio: Distinguendum est. aut enim quo tempore condemnatur vt rem restituat, constat eum rem deteriorasse: aut non constat. Si constat, non adhibetur cautio, sed statim fit condemnatio. Si verò non constat, quia condemnari non potest, confugiendum est ad cautionem, id est non cogitur aliquid soluere, quia non constat eum debere, sed cauet se soluturum, si postea debitum apparuerit.

XLV. Quæro, ad quem pertineat id quod ex re mea superest, veluti si bos mortuus sit: quæro, cuius sint cornua & corium. Respondeo, mea esse: quia quod ex re mea superest, meum est, ideòque id vindicare possum. l. solum. 49. §. 1. D. de rei vindicat. Oppono l. mortuo. 49. in prin. D. de legat. 2. vbi dicitur, mortuo boue qui legatus est, neque corium neque cornua ad legatarium pertinere.

Solutio: Hæc lex loquitur de legato nondum acquisito, id est, nondum agnito. nam agnitione acquiritur legatum. l. ei qui ita. 13. D. de condit. inst. Ergo. distinguendum est inter rem nostram, & rem nobis debitam. quod superest ex re nostra; nostrum

nostrum est. quod autem superest ex re nobis debita, nobis non debetur, propter regulam illam iuris, Interitu speciei debitor liberatur, & obligatio extinguitur. D. de verb. oblig. l. si ex legati. 23.

XLVI. Quæro, an emptor possit rem emptam, & nondum sibi traditam vindicare. Respondeo, non posse. l. si ager. 50. D. de rei vin. propterea quòd emptio & venditio secundum naturam contractuum parit actionem, non transfert rei dominium. proinde ut emptor dominium acquirat rei emptæ, requiritur traditio. §. per traditionem. & §. seq. Inst. de rer. diuis. Oppono, quod dicitur in l. si quis hac lege. 41. in prin. D. de rei vindic. si cui fundus in diem addictus sit, eum ante adiectionem ab alio factam, id est, antequàm alius conditionem meliorem offerat, habere eius rei vindicationem, postea verò non habere. Solutio: Hæc lex per præcedentem explicari debet: & ut vulgò dici solet, supponendi sunt termini habiles, id est, cùm lex ait, emptorem habere vindicationem rei, antequàm alius conditionem meliorem offerat: supponendum est, rem ei fuisse traditam. Nemo autem mirari debet, quòd in contextu id fuerit prætermissum: quia eius loci quæstio non pertinebat ad traditionem, sed ad adiectionem seu melioris conditionis oblationem. ideòque supponitur id, quod ad quæstionem propositam non pertinebat, ac breuitatis causâ affertur distinctio de re proposita. Ergo emptor potest rem vindicare, cui scilicet res tradita fuit, antequàm alius adiiciat, quamvis possit postea adiicere, atque ita rem huic auferre. Post adiectionem verò ab alio factam, licet iam res à venditore sibi tradita fuerit, tamen eam vindicare emptor nequit,

XLVII. Quæ

XLVII. Quæro, an ei, qui suo nomine agit, ob-
iici possit quòd eandem vel contrariam actionem
intentauerit nomine alieno. Intentat aliquis ean-
dem actionem, veluti si priùs tanquàm procurator
Titij fundum Tusculanum vindicauerit, deinde
eundem fundum suo nomine, id est, quasi suum
vindicare velit. Contrariam actionem sic intellige:
veluti si quis legatum petierit, deinde velit agere
de inofficioso testamento, hæ actiones sunt contra-
riæ: quia si testamentum sit inofficiosum, legata
iure Pandectarum & Codicis non debentur. Re-
spondeo, nocere ei, qui suo nomine agit, quòd an-
tea nomine alieno vel eadem vel contraria actione
usus fuit. Si quis enim procurator vel aduocatus
fuerit legatarij, summouetur à querela inofficiosi
testamenti. l. ult. D. de inoff. test. Oppono, quod
dicitur in l. inter officium. 54. D. de rei vendic.
posse eum nihilominus eam rem suo nomine po-
stea vindicare. Solutio: Distinguendum est inter
scientem, & ignorantem. si quis enim sciens ius si-
bi competere, alieno nomine egerit: videtur iuri
suo renunciaſſe. si quis autem ius suum ignorans,
egerit nomine alieno: id ei obesse non debet. Qua-
propter meritò scientiæ mentio fit in d. l. inter
officium.

XLVIII. Si condemnetur is, cuius dolo factum
est, quòd minùs res possit restitui auctori: Quæro, an
actor actiones suas ei cedere debeat. Respondeo, ita
demum actorem reo actiones suas cedere debere, si
culpâ, non item si dolo reus fecerit, quòd minùs res
ipsa restituatur. l. si culpa. 63. l. is qui, 69. D. de rei
vindicat. Oppono l. in depositi. 12. D. de re iudica.
vbi dominus rei cogitur actiones suas cedere depo-
sitario vel commodatario condemnato, licet dolo
ipsius

ipsius depositarij vel commodatarij res non fuerit restituta. Solutio : Distinguendum est inter actionem in personam, & actionem in rem. qui rem vindicat, non cogitur actiones cedere ei, qui dolo malo non restituit. qui verò agit in personam, cedere debet. Differentiæ ratio est : quia plus iuris habemus in rebus nostris, quàm in rebus nobis debitis : & dominij maior est vis, quàm obligationis. proinde magis peccat, qui non vult rem domino vindicanti restituere, quàm is, qui non restituit agenti actione personali : quandoquidem dominium parit rei vindicationem, obligatio verò parit actionem in personam.

Ex tit. De usufructu.

XLIX. **Q** Væro, an fructus sine usu esse possit. Respondeo, non posse. l. si alij. 42. in prin. D. de usufr. l. per servum, 14. §. 1. & §. seq. D. de usu & habitat. Oppono, quod dicitur in d. §. 1. vers. sed si fructus, fructum sine usu constitui posse. & in l. 5. §. pen. D. usufr. quemad. cau. fructum sine usu obtingere. Solutio : Quemadmodum usufructus capitur duobus modis, id est, vel propriè, quatenus est separatus à proprietate, & est servitus quædam : vel impropriè, quatenus est coniunctus cum proprietate : quorum priorem Doctores nostri formalem, posteriorem causalem appellant : ita etiam alius est usus coniunctus cum fructu, qui impropriè dicitur usus ; alius est usus propriè dictus : qui separatus est, non solum à dominio ; sed etiam à fructu. Etenim fructuarius utitur quidem, sed non habet eum usum, quem usuarius : quemadmodum dominus, etsi re fruitur, non tamen habet eum fructum, quem fructuarius.

P Possumus

Possumus autem facilioris doctrinæ causâ, exemplo Doctorum, alterum vocare vsum causalem, qui cum fructu coniunctus est: alterum formalem, qui est à fructu seiunctus. Hac distinctione exposita, dico fructum non esse sine vso causali, sed esse sine formali. Quamobrem Vlpianus in d. §. 1. versic. sed si fructus. ait *fructum sine vso videri constitui, qui & ab initio constitui potest*, q. d. non omninò fructum esse sine vso, sed sine eo vso, à quo separatur, id est, sine vso formali. Item Florentinus in d. l. si alij, non simpliciter ait fructuarium habere vsum, sed addit *fruendi causa*, quibus verbis ostendit non eundem esse vsum fructuarij, & vsuarij. vsuarius vtitur, (vt ita loquar) vtendi causâ, fructuarius autem vtitur fruendi causâ, hoc est, quatenus non potest frui, quin vtatur.

Ex tit. De vso & habitatione.

L. **Q** Væro, an fructus deducto vso legari possit. Respondeo, hoc legatum valere. l. §. penultim. usufruct. quemadmodum caue. quatenus autem fructus sine vso consistere dicatur, exposuimus in quæst. præced. Oppono l. per seruum, 14. §. 1. versicul. denique. D. de vso & habitat. vbi dicitur disertè, si fructus deducto vso legatus sit, Pomponium scribere inutile esse legatum. Solutio: Hæc sententia Pomponij ab Vlpiano refertur, non tamen probatur: sed mox refutatur in versic. sed si fructus eod. §.

Ex tit.

Ex tit. De Seruitutibus.

L I **Q**Uæro, an seruitus sub conditione constitui possit. Respondeo, ipso iure non posse. l. 4. in princ. D. de seruit. Oppono: quia via promitti potest sub conditione. l. existimo, 98. D. de verb. oblig. Solutio: Distinguendum est inter promissionem, & constitutionem seruitutis: quemadmodum distingui solet inter promissionem & traditionem rei corporalis. nam constitutio est similis traditioni, id est, quemadmodum, corpus traditur, ita seruitus quasi traditur, hoc est, constituitur & imponitur fundo seruienti, ergo potest aliquis sub conditione promittere se alteri constitutum viam, & conditione promissionis impleta teneatur viam constituere. sed ipso iure viam purè tantum constituere, non sub conditione potest: quia conditionis adiectæ ratio non habetur ipso iure, sed beneficio tantum prætoris, & ope exceptionis, vt explicatur in d. l. 4.

L I I. Si via per fundum legetur non determinatâ à testatore parte fundi, per quam eatur: Quæro, quis debeat eligere locum, in quo via constituatur. Respondeo electionem concedi hæredi. l. si via 23. D. de seruit. prædior. rust. Oppono, quod dicitur in l. si cui, 9. D. de seruit. legatarium, quâ vult, viam dirigere modò ciuilitè id faciat, ne fortè per vineas ire velit, cum per alias partes commodè transire possit. Solutio: In hac lege non quæritur, cuius sit electio: sed quo casu electio est legatarij, quæritur, per quam partem fundi legatarius possit viam constituere, ac responderetur, eum non habere prorsus liberam electionem. sed ciuilitè ex bono & æquo locum determinare debere. Electio autem legatario

P 2 compe

competit non regulariter. d. l. si via. sed tunc, cum testator nominatim electionem legatario concessit. cuius rei ideò mentio facta non est in d. l. si cui. quia (vt exposui) ibi non quærebatur, an legatarius haberet electionem: proinde non erat, cur I. C. afferret causam, propter quam legatarius habet electionem: sed eo, vt dixi, supposito, docet qualis sit electio legatario competens.

¶ Huic solutioni opponitur primò, falsum esse, quòd legatarius non habeat electionem in d. l. si cui. ¶ Hæc obiectio est ineptissima: quia non negavi legatarium in specie illius legis habere electionem: immò expresse dixi eam ipsi competere. ¶ Opponitur secundò, quòd in eodem contextu nulla mentio fit de electione legatario per testatorem concessa: ergo diuinatoria est nostra interpretatio, qui dicimus ideò legatarium habere electionem, quia testator hoc ei concessit. Respondeo, solutionem patere ex suprà dictis, non diuinamus enim cum supponimus terminos habiles, licet præter verba contextus. vt cum dicitur maiorem quatuordecim annis posse facere testamentum. D. qui testa. fa. poss. l. 5. sine diuinatione intelligimus esse ciuem Romanum, sanæ mentis: quia non est quæstio de statu, vel mentis qualitate, sed de ætate dumtaxat. Similiter in d. l. si cui. non est quæstio, an legatarius habeat dictam electionem, alioquin dicendum omninò fuisset eum ita demùm eam habere, si testator id dixerit: sed quæstio est cum electionem habet, utrùm eam habeat omninò liberam, an aliquo modo limitatam. eo igitur supposito, nò exposito, de quo non quærebatur, Iuriscons. declarat quod in quæst. positum erat. Sic in l. legata 37. in princ. D. de legat. j. legato genere, vt homi-
ne

ne, non declaratur quis eligat, sed quis seruus eligi possit.

LIII. Quæro, an seruitus possit vsucapi. Respon-
deo, non posse vsucapi, nec seruitutes prædiorum
rusticorum, quia non habent possessionem conti-
nuam nec prædiorum urbanorum, quoniam ha-
rum vsucapio interdicta est lege Scribonia. l. ser-
uitutes. 14. in prin. D. de seruit. l. 4. §. vlt. D. de vsurp.
& vsucap. Oppono, quod dicitur in l. si quis diutur-
no. 10. in pr. D. si seru. vind. seruitutem acquiri diu-
turno vsu, & longa quasi possessione, quod etiam
confirmatur. l. 1. §. vlt. D. de aq. & aq. plu. arc. l. 5. §. pe.
D. de itin. act. que priua. l. 1. & l. 2. C. de seruit. Solu-
tio: Aut considerantur seruitutes per se, aut quate-
nus accedunt prædiis, quibus debentur. Si seruitu-
tem per se spectes, non potest vsucapi, potest tamen
longo vsu acquiri, quia acquisitio longè differt ab
vsucapione, vt Cuiacius docet ad d. l. 4. §. vlt. D. de
vsurpat. præcipuum verò discrimen est: quia talis
acquisitio non requirit titulum, cum in vsucapione
iustum titulum esse necessarium, constet. Quod au-
tem seruitutes non vsucapiantur per se, disertè tra-
ditur in l. si aliena. 10. §. j. D. de vsurpat. & vsucap.
Item quod diximus seruitutes acquiri longa quasi
possessione, longam intellige decem, aut viginti an-
norum, exemplo præscriptionis rerum immobi-
lium. d. l. 2. C. de seru. Quamquam autem seruitutes
per se non possunt vsucapi: tamen quæ accedunt
prædiis dominantibus, per vsucapionem acquiri
possunt. qui enim vsucapit prædium dominans, non
solum acquirit ipsum prædium, sed etiam seruitu-
tem ei prædio debitam. l. si aliena. §. j.

LIV. Quæro, quis possit. acquirere seruitutem,
Respondeo, cum tantum posse acquirere seruitu-

P 3

tem

tem, qui est dominus prædij, in cuius gratiam seruitus constituitur. l. j. D. communi. prædiorum. l. j. primo resp. D. si seru. vind. & §. ideò. Inst. de seruit. Oppono, quia constitui potest via ad sepulchrum. l. seruit. 14. §. j. D. de seru. d. l. j. secundò resp. D. si seru. vind. cum tamen sepulchrum, utpote religiosum, in nullius bonis sit. l. 6. §. sacræ res. D. de rer. diuis. l. 4. C. de relig. Solutio: Licet sepulchrum, propriè loquendo, in nullius dominio sit: tamen quia ius inferendi mortuum, continet totam vtilitatem sepulchri: idcirco qui hoc ius habet, quodammodò videtur dominus sepulchri: atque hac ratione seruitutem itineris ad sepulchrum acquirere potest.

L V. Quæro, an possit aliquis acquirere seruitutem, quæ sibi seu prædio suo non sit utilis. Respondeo, etiam seruitutem inutilem acquiri posse: utputà si velim aquam ducere in meum fundum, cui non prodest, aut etiam nocet. l. pen. D. de seru. Oppono: quod dicitur in l. quoties. 1. eod. seruitut. non consistere, nisi dominantis inter sit. & l. §. §. 1. D. de seru. præd. rustic. vbi dicitur seruit. calcis coquendæ, vel cretæ eximendæ, non vltra constitui posse, quàm quatenus ad fundum dominantem opus est.

Solutio: Notandum est, has leges non simpliciter dicere seruitutem non valere, si eius non interest qui vult habere seruitutem, vel si utilis ei non sit, sed loqui de illis casibus, in quibus nihil peruenit ad prædium dominans: ideòque non potest dici seruitus: veluti ne vicinus meus in fundo suo deambulet, nève ibi consistat: hæ namque seruitures dici nequeunt: quia nec prædio meo vtilis sunt, nec ad meum prædium inde aliquid peruenit. Eadem ratio est calcis coquendæ, vel cretæ eximendæ.

Ex tit.

Ex tit. De Servitutibus prædiorum urbanorum.

LVI. **Q**VARO, utrùm ius altiùs tollende ædis & per hoc officiendi luminibus vicini, sit species seruitutis. Respondeo, esse seruitutis speciem. l. 2. D. de seruit. prædior. urb. §. æquè. Institur. de actio. Oppono: quia libertas & seruitus non sunt idem, immò opponuntur: atqui dominus ædium potest eas altiùs ædificare iure libert. l. altiùs. 8. C. de seru. l. cum eo. 9. l. Imperat. 14. D. de seruit. præd. urb. ergo non tollit altiùs beneficio seruitutis. Solutio: Ius altiùs tollendi ædes, interdum est species seruitutis, interdum est libertas. Omne enim prædium nisi seruitus sit ei imposita, natura liberum est, proinde si ædes non fuerint effectæ seruæ, tolli possunt altiùs iure libertatis; sed fieri potest ut hæc libertas sit extincta vel lege, vel testamento, vel pacto. lege, velut in extructione balnei. l. 1. C. de ædificiis priu. aut si ædificetur in loco proximo areæ, in qua fructus conculcantur. l. ultim. C. de seruit. aut si lege municipali cautum sit, ut vicinus non possit inuito vicino supra tot pedes ædificare. testamento, vel pacto, veluti si imposuerim hanc seruitutem ædibus meis, ne eas inuito altero tollam. His casibus libertas altiùs tollendi est perempta: proinde potest imponi seruitus, ut liceat altiùs ædificare. Obiiciet aliquis contra hanc solutionem. quia dum paciscor, ut possim altiùs tollere ædes meas, non tam videor nouam seruitutem imponere, quam seruitutem ne altiùs meæ ædes tollantur, iam constitutam perimere, atque ita ædes in naturalem libertatem vindicare. Respondeo, hoc pactum, ut liceat altiùs ædificare, ita intelligendū esse, ut non in totum tollat contrariā seruitutē, sed nihilominus ea serui-

tus maneat, vnde fiet: vt duæ feruitutes quodãmodò contrariæ consistent. exēpli gratiã, finge ædes meas debere tuis hanc feruitutem, ne altiùs tollantur. iam paciscor, vt eas liceat altiùs tollere vsque ad decem pedes. Hoc igitur ius altiùs tollendi vsque ad decē pedes, non est libertas: nam iure libertatis possem altiùs ædificare in infinitum, non tantum in decem pedes: quapropter est seruitus, & quemadmodum meæ ædes tuis debēt hanc feruitutem, ne altiùs tollantur: ita è contrario tuæ meis ædibus debent hanc feruitutem, vt earum luminibus officii possint per mearum extructionem, per quam ad decem tantum pedes altiùs tollantur. Hoc exemplum & hanc speciem sumpsi ex l. legi. 26. D. de except. rei iudi.

LVII. Quæro, an is, qui habet feruitutem, possit nouum opus nunciare vicino, si vicinus opus aliud faciat, quo noceat feruituri. Respondeo, nouum opus nunciari posse. l. inter. 15. D. de seruit. prædiorum vrb. l. 5. §. & bellè, C. de op. no. nunc. l. 1. §. ius habet, D. de remis. Oppono l. qui viam, 14. D. de oper. no. nunc. vbi dicitur, eum, qui viam habet, si opus nouum nunciauerit aduersus ædificantem in ea via, nihil agere, quia non ei conceditur noui operis nunciatio, sed feruitutis vindicatio. Solutio: Distinguendum est inter prædia vrbana, & rustica. is enim nunciare nouum opus potest, cui debetur seruitus à prædio vrbano, non item cui debetur à prædio rustico.

LVIII. Quæro, an res mobilis possit à duobus possideri pro diuiso. Respondeo, non posse. leg. Pomponius. 8. D. de rei vindic. Oppono: quia si sint duæ ædes vna contignatione tectæ, tigna eorum rectorum sunt ambobus ædium dominis communia pro diuiso. ea namque tigni pars, quæ est supra

pra meas ædes, mea est: altera verò pars, quæ est in tuo tecto, ad te pertinet. atq; hæ sunt partes acceptæ pro diuiso, l. binas. 36. D. de seru. præd. urb. Solutio: hoc casu tigna tantum abest vt possideantur pro diuiso, vt ne quidem possideantur villo modo: immò nec possunt vocari res mobiles, nec spectantur extra causam totius ædificij, quod est immobile, l. eum qui ædes, 23 in princ. D. de vsurp. & vsucap. dicuntur enim implicari rebus soli. l. rerum mixtura, 30. §. 1. eod. tit. Hac ratione tignum est duorum pro diuiso, quamdiu ædibus iunctum est, quòd si separatum fuerit: quia tunc per se spectatur, & est res mobilis: idcirco definit esse communis pro diuiso, & incipit esse communis pro indiuiso. l. arbor. 19. in princ. D. communi diuidundo.

Ex tit. De seruitutibus prædiorum rusticorum.

LIX. **S**I sunt duo prædia duobus dominis communia: Quæro, an alterum alteri seruire possit. Respondeo, posse. nam si duo prædia sibi inuicem seruiant, & à dominis communicentur: seruitutes retinentur. Exempli gratiâ, meus fundus tuo fundo debet seruitutem itineris, tuus autem meo aquæductum; hos fundos communes efficiamus, certum est, tam seruitutem itineris, quàm aquæductum retineri; atqui fundus vterque est iam factus communis: ergo alter fundus communis alteri seruire potest, l. vnus, 34. D. de seruit. prædiorum rusticorum. Oppono l. si communi, 27. eod. tit. vbi definitur hæc species: Fundus Tusculanus erat mihi communis tecum. huic fundo seruiebat fundus Titij, eum fundum seruientem in commune emimus, seruitus extinguitur: quia par ius habemus in vtroque fundo: hoc est, tam fundus Tusculanus, quàm

P 5

Titianus

Titianus sunt nobis communes. vnde colligitur, fundo communi seruire fundum communem non posse. Solutio : Si quærat, postquam fundi communes sunt, an possit alteri imponi seruitus, quæ alteri debeat: certum est, seruitutem constitui non posse: sed si post seruitutem constitutam, fundi communes fiant; & quærat, vtrum seruitus maneat, an extinguatur: distinguendum est. aut enim fundus seruiens, eodem tempore acquiritur vtrique domino, vt in ea specie, cum in commune emimus fundum à Titio: aut fundus seruiens pertinet ad vnum ex dominis prædij dominantis, qui deinde huc fundum communicat cum socio suo. Priori casu seruitus extinguatur: quia (vt diximus) par est ratio vtriusque fundi: & cum simul emamus fundum seruientem, quasi pro vna persona habemus. Posteriori casu seruitus manet: quia cum dominus fundi seruientis, eum fundum communicat, non transfert dominium totius fundi ad socium suum, sed partem transfert, partem retinet: quamobrem seruitus retinetur ratione partis ad socium non translata. constat enim seruitutem, etsi non possit per partes acquiri, tamen posse per partes retineri. +

Ex tit. Communi prædiorum.

LX. **S**I quis sibi & alteri contrahat, cum res alteri acquiri non possit: Quæro, vtrum totum pertineat ad eum qui contraxit, an pars tantum: vt putà si quis sibi & alteri fundum emerit, vel stipulatus fuerit, vtrum totus fundus, an pars ei debeat. Respondeo, totum deberi ei qui contraxit. l. 5. D. communia præd. l. fundus, 64. D. de contrah. emp. Oppono l. si mihi & Titio. i 10. in princ. D. de

D. de verb. ob. & §. si quis alij versic. quod si quis Inst. de inut. stip. vbi dicitur, si mihi & Titio decem stipulatus sim, non tota decem, sed quinque tantum mihi deberi. Solutio : Aut contractus factus est de re indiuidua, veluti de seruitute; aut de corpore diuiduo, vt fundo : aut de quantitate diuidua, vt pecunia numerata. Primo casu totum necessario debetur contrahenti: quia non potest ei deberi pars, cum res nullas partes recipiat. Altero casu similiter debetur totum contrahenti, sed alia ratione, hoc est, ne fundus sit communis inter contrahentes inuitos. id enim eo contractu actum fuit, vt totius fundi dominium trasferretur, nemo autem inuitus debet compelli ad communionem. l. si non sortem, 26. §. si centum. D. de cond, indeb. Postremo casu pars tantum contrahenti debetur: quia pecunia recipit diuisionem, ita vt nulla sit communio inter contrahentes, nam si mihi & Titio promiseris decem; & cum Titio nihil debeat, mihi soluas quinque: non propterea constituitur aliqua communio inter te & me, quemadmodum constitueretur in corpore, vt in fundo, si dimidiam partem fundi mihi dares.

Extit. De interrogationibus in iure faciendis, & interrogatorijs actionibus.

LXI. **Q**Uæro, an in iure confessus, pro damnato habeatur. Respondeo, pro damnato haberi. l. 1. 6. D. de confessis. l. vnica. C. eod. Oppono: quia si interrogatus in iure confiteatur, non habetur pro condemnato, sed tenetur quasi ex contractu, pro quo pulsabitur. l. de ætate. 11. §. qui interrogatur. D. de interrogat. in iure fac. Solutio: Distinguendum est inter eum qui in iure fatetur se debere, qui quidem pro condemnato habetur, & eum

eum cuius confessio dirigitur in causam & fundamentum actionis. veluti si quis fateatur se esse hæredem Titij, non potest haberi pro damnato, quia non est falsus se debere: sed ea confessio facit, ut possit actione conueniri, tamquam hæres Titij. Similiter si quis in iure confiteatur seruum, qui deliquit, suum esse. non habetur pro damnato, sed ob eam confessionem rectè conuenietur actione noxali, etiamsi seruus ad eum non pertineat, id enim facit confessio.

Ex tit. De rebus creditis.

LXII. **Q**UARO, an id, quod in contrahendo tacitè agitur, pro cauto & expresso habeatur.

Respondeo, pro cauto haberi. l. 3. D. de reb. cred. l. triticum. 94. D. de verb. oblig. Oppono l. quicquid adstringendæ. 99. in princ. D. de verb. oblig. vbi dicitur, quicquid ad obligationem adstringendam pertinet, id, nisi palam verbis exprimat, omissum intelligi. Solutio: Quod tacitè agitur pro cauto habetur ita demum, si actum probetur præsertim verò in stipulationib. non præsumitur actum, quod non est verbis expressum, quia verba stipulationis angustè accipi debent, & explicari contra stipulantem, qui sibi debet imputare, cur non apertius locutus sit. quæ ratio affertur in d.l. quicquid adstringendæ, & à nobis exposita fuit cen. 2. quæst. 7. Ergo l. C. in d.l. quicquid adstringendæ. non omnino negat actum pro cauto haberi: sed ait, id quod non est expressum, intelligi omissum, id est in dubio non videri nec præsumi actum, nisi probetur.

LXIII. QUARO, an rei debitæ interitu debitor liberetur.

liberetur. Respondeo, liberari. l. item si cum exceptione. 14. §. quid si homo. D. quod metus cau. l. si plures. 14. §. vltim, D. depositi. l. si ex legati, 23. D. de verb. obliga. l. qui decem. 72. in pr. D. de solut. Opono. quod rei interitu non liberetur. l. item si verberatum. 15. §. vlt. D. de rei vindi. l. 5. D. de reb. cred. l. si in Asia. 12. §. vlt. D. depositi. l. cum seruus, 39. §. 1. vers. ipse. l. cum res. 47. §. vlt. D. de leg. 1. si seruum 91. in pr. D. de verb. oblig. Solutio: Aut debetur genus, vt homo, vel decem: (nam generis appellatio- ne etiam quantitatem complector) aut debetur species, vt Stichus. Genus perire non potest: proinde generis interitu dici non potest debitorem liberari. sed nec speciei interitu liberatur debitor generis: quia non debet speciem, & vna specie perempta, alia manent, quarum aliqua solui debet. Itaque morte Stichi non liberatur is qui hominem promisit nec certis nummis perditis, aut peremptis, liberatur is qui decem promisit, aut alia ratione decem debet. l. in ratione. 30. §. incertæ. D. ad leg. Falcid. Excipien- dum tamen est, nisi debitor generis obtulerit credi- tori aliquam speciem, creditor autem accipere eam noluerit. nam propter moram creditoris, interitu speciei oblata debitor liberatur, quamuis deberet genus, d. l. qui decem. in princ. Deinceps agamus de obligatione speciei. Aut res debita periit facto debitoris, aut sine eius facto. Si facto eius periit: quo- niam absurdum esset, aliquem suo facto liberari, non satisfacientem creditori: idcirco manet obligatus post interitum speciei, etiam si moram non fecerit solu- tioni, d. l. si seruum, in princ. Quod si sine facto de- bitoris res perierit: subdistingue. aut enim nulla mo- ra præcessit: aut creditor fecit moram in accipien- do; aut debitor commisit moram in soluendo: aut
alius

alius ex parte debitoris fuit in mora, vtputà debitoris pater qui tenetur de peculio, vel fideiussor. Si nulla mora præcessit, debitor re perempta liberatur. d. l. si ex legati. Idem dicendum est, si præcessit mora creditoris, quia non debet mora creditoris nocere debitori. d. l. qui decem. Si verò debitor fuit in mora, subdistingendum est. aut enim ea mora, postea purgata fuit, putà oblatione, vel nouatione: aut non fuit purgata. Si fuit purgata, nihil ampliùs operatur: ideòque debitor re extincta perinde liberatur, ac si numquàm moram commisisset. d. l. item si cum exceptione. §. quid si homo. Si mora non fuit purgata: subdistingue. aut enim res, si soluta fuisset, eodem modo periisset apud creditorem, veluti quia seruus morbo extinctus est: aut non periisset. hoc casu æstimatio rei peremptæ soluenda est. d. l. si in Asia. §. vltim. d. l. cum seruus. §. i. versic. ipsius. Illo casu aut creditor erat rem distrahturus, si eam accepisset à debitore, aut non erat distrahturus. si distrahturus erat, debet consequi pretium. d. l. item si verberatum. §. vlt. d. l. cum res. §. vlt. si distrahturus non erat nihil potest petere: quia eo ipso quòd res periit, debitor est liberatus. d. l. si plures. §. vltim. Denique si alius ex parte debitoris, vt pater aut fideiussor, moram fecerit: nihilominùs rei interitu debitor liberatur: sed is, qui moram fecit, vtili actione conuenietur. l. cùm filius fam. 49. D. de verb. oblig.

L X I V. Cùm tibi petenti pecuniam mutuam dare vellem, nec haberem in numerato: dedi tibi lancem vel massam auri, aut aliam quamlibet speciem, vt eam venderes, & nummis ex venditione reductis vtereris. Quæro, vtrùm sit mutuum. an alius contractus Respondeo, esse mutuum. l. rogati. 11. in princ. D. de rebus cred. Oppono: quia
agitur

agitur præscriptis verbis tamquam ex contractu innominato. l. rogasti. 19. D. de præscript. verb. Solutio: Agitur præscriptis verbis, si nondum rem vendidisti aut vendidisti quidem, sed nondum exegisti pretium: neque enim dici potest, te habere pecuniam mutuam, quam nondum accepisti: nec speciem mutuam, quia species in mutuū non cadit. Cū autem exegisti pretium, tunc nummorum mutuū est, & agitur certi condictione tamquam ex mutuo. Rursus oppono, quod ait Africanus in l. qui negotia, 34. in pr. vers. his argumento. D. mandati. pecuniam creditam hoc casu non rectè peti, licet pecunia ex massæ venditione redacta fuerit. Solutio: Mutuū hoc casu dici non potest, secundum rationem iuris, & naturam mutui, ad quam Africanus in d. l. qui negotia. respexit: quia pecunia numquā fuit mea: ergo non est factum de meo tuum: proinde non est mutuū. l. 2. §. appellata. D. de reb. cred. Sed Vlpianus in d. l. rogasti. mutuū sustinet ex bono & æquo, propter fictionem iuris: quia breui manu videris eam pecuniam, quam ab emptore exegisti, mihi soluisse, itaque meam fecisse, deinde à me mutuū accepisse, l. singularia, 15. D. eo. Ergo in summa hoc est mutuū fictum ex æquo & bono, non verum mutuū nec stricto iure mutuū.

¶ Huic solutioni opponitur primò, quòd secundum nostram interpretationem Africanus corrigeretur ab Vlpiano. ¶ Respondeo correctionem non esse: cū Africanus loquatur de vero mutuo, Vlpianus de mutuo ficto, & vtriusque Iurisconsulti responsum verum sit.

¶ Opponitur secundò, quòd illa fictio Vlpiani, & brevis manus etiam in casu Africani considerari possunt. ¶ Respondeo potuisse quidem considerari

siderari ab Africano, sed non fuisse ab eo considerata: quoniam obtinent in mutuo ficto, ipse autem loquebatur de vero mutuo.

L X V. Si filiusfam. contra S. C. Macedonianum mutuatus, pecuniam peculiarem creditori soluerit: creditor autem eam consumpserit (nam si pecunia extaret, sine dubio pater eam vindicare posset:) Quæro, an detur patri eius pecuniæ condictio. Respondet, non dari. l. si filiusfam. 14. D. de reb. cre. Oppono l. sed si pater. 9. §. 1. D. ad Maced. ubi disertè dicitur conditionem in specie proposita competere. Solutio: Aut creditor pecuniam bona fide consumpsit, aut mala fide. Priori casu non tenetur, neque condictione furtiva propter bonam fidem, neque condictione ex consumptione, secundum rationem Marcelli in d. l. si filiusfamil. quoniam hæc condictio iis tantum casibus datur, quibus condictio certi fuisset ex numeratione, si dominium translatum fuisset in accipientem: quod in casu propositi dici nequit. etenim si filiusfam. creditori suo solvens, transulisset in eum pecuniæ solutæ dominium, proculdubio cessaret condictio, quippe cum creditor sibi debitum accepisset. ergo similiter, condictio cessat non translato dominio, quia pecunia non erat filij solventis, sed patris, etiam consumptæ: quæ minime à creditore. Posteriori casu creditor tenetur condictione furtiva, propter malam fidem, non tenetur autem condictione ex consumptione, propter supra dictam Marcelli rationem, quæ non minus in hoc casu locum habet. Ergo Ulpianus ex Marcello in d. l. si filiusfam. loquitur de condictione ex consumptione: ideò namque ponit nummos consumptos à creditore: & ratio, quam ibi afferat ad hanc condictionem pertinet: meritò igitur simpliciter

placiter & generaliter negat eam conditionē competere. Idem Vlp. in d.l. sed si paterfam. §. 1. loquitur de creditore habente malam fidem, vt ex eo intelligere possumus, quòd quærit, an creditor tutus sit, non propter bonam fidem: sed quia pecunia, quam acceperat non erat à patre profecta, sed filio donata fuerat ab extraneo: vnde nō videbatur pater eam consumptam posse repetere, licet creditor non haberet bonam fidem: tamen Vlpianus respondet, creditorem conditione teneri in omnem euentum, id est siue nummi extant, siue ab eo consumpti sint: nempe quia cū mala fide eam contrectauerit, furtum commisit, proinde contra eum datur conditio furtiua, tamquā contra furem, siue res extet, siue non: nemo enim rem suam extantem condicere potest, nisi aduersus furem: l. ult. D. v. usufr. quemad. cau. sic itaque. Inst. de act.

LXVI. Si quis pecuniam debeat ex causa mandati, vt quia mandato creditoris exegit pecuniam à debitoribus eius, deinde cum creditore suo paciscatur, vt eam pecuniam retineat quasi sibi creditam, ac teneatur ex causa mutui: Quæro, an eo pacto obligatio mandati conuertatur in causam mutui.

Respondeo, secundum Africanum in l. qui nequitia. 34. in princ. D. mand. non fieri pecuniam mutui, sed manere immotam obligationem mandati. Oppono quia Vlpianus in l. singularia. 15. D. de re cre. disertis verbis defendit mutuum in casu proposito.

Solutio: Hic quoque distinguendum est inter mutuum verum, & fictum: siue inter strictum ius, & bonum & æquum: quemadmodum distinximus in quæst. 65. huius centuriæ. Stricto enim iure & re vera non est mutuum, propterea quòd non fit de

Q

meo

meo tuum : quandoquidem pecunia mihi debita, quam à meis debitoribus meo mandato exegisti, non est mea, prius quam à te mihi tradatur, sed est tantum mihi debita, nuda autem conventionem non fit mutuum, quod in iis contractibus numeratur, qui re perficiuntur : quocirca non est mutuum, si obligationi mandati, quæ solo consensu contrahitur, adiungatur pactum nudum. Sed quamquam hæc stricto iure vera sunt : tamen Vlpianus ex bono & æquo tentat mutuum defendere, adhibita iuris fictione, de qua diximus ad d. quæstionem 65. quia dum paciscor, ut pecuniam, quam mihi ex causa mandati debes, quasi ex mutui causa retineas, breui manu videris eam pecuniam mihi soluisse, atque ita dominium in me transtulisse, deinde mutuam à me accepisse.

L X V I I. Quæro, an dissensus circa causam dandi & accipiendi : impediatur translationem dominij : veluti si pecuniam quasi donaturus tibi dederò, tu eam quasi mutuam accipias. Respondeo, dominium non transferri, l. si ego, 18. ff. de reb. cre. Oponno l. cum in corpus, 36. D. de acqui. rer. do. ubi Iulianus ait dominium transferri in accipientem non obstante dicto errore. Solutio : Distinguendum est inter obligationem constituendam, & dissoluendam : quia liberatio est fauorabilior obligatione, l. Arrianus 47. D. de oblig. & act. Itaque dictus error non impedit, quo minus valeat solutio, dominiumque transferatur ex causa solutionis. veluti si ego tibi dem ex causa donationis, tu verò accipias in solutum : licet obstat, quo minus dominium transferatur ad obligationem constituendam, veluti si tibi donationis causam dederò, tu quasi mutuam acceperis : verius enim est, nec mutuum esse, nec donationem, cum in neutram

neutram causam utraque pars consenserit. Secundum hanc distinctionem ita interpretabimur ea verba Vlpiani. *Si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratiâ, tu eam quasi creditam accipias*: id est, tu eam in solutum accipias, tanquam antea à te creditam, & nunc ea causa tibi solutam.

Verbum igitur *creditam*, accipio in significatione propria, non pro debita, ut accipiunt las. in d. l. si ego. Alcia, lib. 5. Paradox. cap. 15. Gilber. Regius, lib. 2. Conciliationum, cap. 20. Quare argumenta contra illorum interpretationem adducta, nobis non officiant. ¶ Opponitur tamen, quod in d. l. cum in corpus verba *tradam*, & *accipias*, sunt temporis præsentis: ergo eiusdem temporis est verbum *creditam*, quod si verum est, certè non creditit, qui accepit, sed qui tradidit. ¶ Hæc obiectio nullius momenti est: nam prima illa consequentia de tempore nullo modo valet: nam verba *tradam*, & *accipias*, sunt tantum præsentis temporis, participium verò *creditam*, plerumque est temporis præteriti: atque adeò huius temporis esse potest, etiam iunctum verbis aliorum temporum, ut in l. qui negotia 34. in princ. D. mand. unde sumamus tale exemplum: Fateor decem apud me residua esse ex administratione rerum tuarum, eamque creditam mihi me debiturum cum usuris, hæc oratio rectè constat, & verba *fateor esse*, præsentis sunt temporis; *creditam*, præteriti: debiturum, futuri. Sexcenta alia exēpla similia possent afferri: nam si dicatur aliquis accipere, vel reddere rem depositam, vel tradere rem venditam: non intelligitur tunc depositam, vel tunc venditam, sed antea quodcumque.

L X V I I I. Si pupillus soluerit sine auctoritate tutoris, is autem, qui accepit, nummos consum-

Q 2 pserit:

pferit: *Quæro* an pupillo detur eorum nummorum conditio. *Respondeo*, nummos non condici, sed pupillum liberari. l. non omnis. 19. §. 1. D. de reb. credit. l. obligari. 9. §. pupillus. D. de auct. tut. l. quod si fortè, 14. §. ult. D. de solut. *Oppono* l. interdum. 29. D. de condict. indeb. vbi dicitur nummis consumptis conditionem locum habere.

Solutio: Aut pupillus soluit ex ea causa, ex qua potuit efficaciter conueniri, vtputà, ex causa hæreditaria, vel quia factus est locupletior: & condictionem non habet, sed nummis à conditore consumptis liberatur: aut soluit ex ea causa, ex qua non potuit efficaciter conueniri, vtputà tenebatur ex contractu defuncti, cui successit, sed tutus erat exceptione perpetua pacti de non petendo, quæ defuncto competiit, & ab eo in pupillum translata fuit: & hoc casu dicendum est pupillo dari condictionem nummorum, quos creditor consumpsit.

L X I X. Si quis rem alteri dedit ea lege vt ab eo sibi reddatur: *Quæro*, an transferatur dominium.

Respondeo, dominium transferri, adeò vt is, qui dedit dominium amittat, mox recipiat. l. si tibi, 20. D. de reb. cred. l. seruus 58. D. solut. matr. l. qui id quod, 33. §. 1. D. de donat. *Oppono* l. qui sic soluit. 33. D. de solut. vbi dicitur non alienari nummos, qui sic dantur, vt recipiantur.

Solutio: Rei, quæ datur ea lege vt restituatur, ita demum dominium transfertur, si quid commodi apud eum, qui rem accepit, remansurum est post rem restitutam, vt in specie d. l. seruus, mulier accipit à marito seruum dotalem, vt per eum acquirat hæreditatem, deinde marito eundem seruum restituat retenta hæreditate, & in d. l. si tibi, & in d. l. qui id quod. §. 1. is qui accipit pecuniam vt eam restituat,

stituat, non obstante restitutione lucratur: quoniam accipit eam ex causa donationis, & reddit eam ex causa mutui, donatorem suum ea ratione sibi obligans certi conditione.

LXX. Quæro, utrùm creditor cogatur accipere partem eius quod sibi debetur, an frustra ei offerat debitor, nisi offerat solidum. Hanc quæstionem intellige de re diuidua: nam si res non reciperet partem: frustra quæreretur, an creditor cogeretur recipere partem. Rursus intellige non interuenisse pactum ut pars solui possit, vel ut solidum solui debeat: quia dubium non est, quin conuentioni standum esset, l. tutor. 21. §. 1. D. de vsur. Sed cum res est diuidua, pacto cessante, quærimus, an creditor cogatur partem accipere, necne. Respondéo, creditorem inuitum non cogi partem accipere, d. l. tutor. 41. C. de vsur. l. ob signatione, 9. D. de solut.

Oppono: quia si Titius debeat Primo centum. Secundo quinquaginta, Tertius autem Primo & Secundo succedat: iam Titius Tertio debet centum & quinquaginta, & potest ei offerre sola centum, vel sola quinquaginta, l. vlt. D. quib. mod. pig. vel hip. solu. Solutio: Dum offert centum, vel dum offert quinquaginta, offert totum debitum, non est enim vnum debitum ceterum & quinquaginta, sed duo debita: quia scorsum, & ex alia causa debentur centum ex alia quinquaginta, nec mutat, quòd hæ duæ obligationes in eandem Titij personam translatae sunt: nihilominus enim separatæ obligationes manent, & scorsum dissolui possunt, quoniam obligationis conditio ex persona hæredis mutari non potest. De de ver. obl. l. 2. §. ex his.

Secundò oppono: quia si dominus seruo liberta-

Q 3

tem

tem reliquerit sub conditione si decem hæredi dederit: seruus hic, vt ad libertatem perueniat, non cogitur offerre simul tota decem hæredi, sed hæres cogitur per partes accipere, l. 4. §. item si decem. D. de statu lib. Solutio: Hoc est speciale fauore libertatis. Tertiò oppono quia tributa solui possunt per partes, dummodò annuum tributum in res solummodò partes diuidatur, l. 4. C. de collat. fundor. patr. Solutio: Hoc specialiter, tributum pendentibus concessum est, vt cùm in tributis præstandis onerentur, hæc ratione aliquo modo releuentur. Quartò oppono: quia prætor cogit creditorem accipere partem, l. permittendum 8. D. si pars hæretatur, l. quidam existimauerunt, 21. D. de reb. cred. Solutio: Aut constat totum deberi: aut de parte constat, de parte dubitatur, vt quia debitor partem tantum se debere fatetur. Priori casu totum simul solui debet, neque compellitur creditor accipere partem. Posteriori casu cogitur partem accipere ex bono & æquo, vt lis minuatur, quod tamen ita intelligi debet, non vt distriçtè cogatur accipere partem, sed, vt pro parte oblata, quam accipere recusauit, prætor ei denegat actionem, l. si debitor 30. D. de solut. & periculum interitus pro ea parte oblata ad ipsum creditorem pertineat, l. qui decem 72. eod. tit.

LXXI. Quæro, an re petita iudex possit condemnare in eius æstimationem. Respondeo, non posse: nam Iustinian. in l. vlt. C. de fideicom. libert. stultum vocat eum iudicem, qui non condemnat in rem petitam, sed in eius rei æstimationem, quod ratione confirmari potest: quia sententia debet esse conformis libello, l. vt fundus, 18. D. commun. diuidun. cùm igitur res sit petita: rei condemnatio
facienda

facienda est. Oppono: quia re petita condénatur reus in æstimationem, l. vinum, 22. D. de reb. cred. l. pen. & ult. D. de trit. actione. Solutio: In his leg. non idèd minùs fit condemnatio rei, quòd fit condemnatio æstimationis. Nam hæ leges pertinent ad actionem triticiariam, quæ est arbitraria, iudiciorum autem arbitrariorum proprium est, vt in eis fiant duæ condemnationes, vna rei, altera æstimationis: quam æstimationem iudex arbitrio suo facit, nisi ipse reus satisfecerit priori sententiæ, id est, nisi rem actori præstiterit, satisfaciens enim reus priori sententiæ, non incidit in posteriorem condemnationem: sed nisi priori obtemperauerit, posteriore tenetur, §. præterea. Inst. de action.

LXXII. Si reus in æstimatione condemnandus sit: Quæro, ad quod tēpus iudex æstimatione referre debeat. Respondeo, distinguendum esse inter obligationes conditionales, vel in diem, & obligationes puras: rursus inter iudicia bonæ fidei, & iudicia stricti iuris. In obligationibus enim cōditionalibus, vel in diem, tanti res æstimatur, quanti tunc fuit, cū conditio extitit, vel dies venit, quod locum habet, non solū si dies in obligatione cōstituenda expressus fuerit, veluti KALENDIS ILLIS DARI: sed etiam si tacitè subaudiatur, vt quia promissum est certo loco: quæ obligatio licet pura videatur, tamē habet tempus tacitè adiunctum, intra quod possit in eum locum perueniri, quo solui debet. l. 2. §. qui ita D. de eo quod cer. loc. Quòd si obligatio sit pura, & bonæ fidei, æstimatio refertur ad tempus sententiæ. Si verò est pura, ac stricti iuris: tanti res æstimatur, quanti fuit tēpore litis contestatæ, d. l. vinū D. de reb. cred. d. l. ultim. D. de trit. act. l. ult. D. commodit. l. si Kalendis, 11. D. de re iudicata, l. quoties, 69. & l.

Q 4

seq.

seq. D. de verb. oblig. l. fundum. 18. vers. denique.
D. de nouat.

Oppono l. in re furtiua, 8. §. D. de condict. furt. & l. pen. D. de actio. rer. amot. vbi in causa furtiua, aut rerum amotarum, quæ est stricti iuris, nõ spectatur tempus litis contestatæ, sed res æstimatur quanti plurimi vnquam fuit. Solutio: Regulariter in iudiciis strictis spectatur tempus litis contestatæ: sed excipitur, nisi mora actoris, vel rei præcesserit. Nam si debitor fuit in mora, res æstimatur quanti plurimi fuit vel tempore moræ, vel postea vsque ad litem contestatam, si verò creditor moram fecit, è contrario res æstimatur quanti minimi fuit, l. hominem, 37. ij. respon. D. mand. l. si sterilis, 21. §. cum per venditorem. D. de act. empt. quia culpa vnus non debet ipsi prodesse, aut alij nocere: mora autem est culpa, l. si seruum, 91. §. sequitur. D. de verb. oblig. quoniam igitur in specie dictarum legum, quæ erant oppositæ quasi contrariæ, reus moram commiserat (fur enim semper est in mora, vt dicitur in d. l. in re furt. §. 1.) idcirco ratione moræ æstimatur res quanti plurimi fuit. Huic solutioni oppono l. 2. §. requisitum. D. de priuatis delictis, vbi Vlpianus ait, æstimationem, quæ fit ex conditione furtiua: non egredi retrorsum iudicij accipiendi tempus, ex quibus verbis videtur apertè colligi, quamuis fur sit in mora, tamen rei æstimationem referri ad tempus iudicij accepti, non ad tempus antè, proinde non ad tempus moræ. Solutio: Vlpianus non negat, in æstimatione rei furtiue considerari tempus ante litem contestatam: sed distinguit conditionem furtiuam ab actione legis Aquiliæ, negatque in conditione furtiua æstimationem vt in lege Aquilia fieri, id est, restringi ad annum

num retrorsus accipiendum ex die iudicij accepti, quemadmodum restringitur in lege Aquilia, hoc autem rectissime Vlpianus negat: quia fieri potest, ut inter moram & litem contestatam non annus vnus, sed longius tempus intercedat, ergo non computamus annum, sed totum tempus, quantumcumque est inter moram & litem contestatam. Præterea non computamus in conditione furtiua tempus, ut in l. Aquilia: nam in lege Aquilia computatur tempus retrorsum ex die iudicij accepti, in conditione autem furtiua simpliciter, & contrario modo computatur ex die moræ. Eidem solutioni oppono l. 3. §. ult. D. de act. empt. vbi vino vendito, si venditor moram fecit, non condemnatur utro tempore vinum plurimi fuit, id est, tempore moræ, vel sententiæ, sed quanti plurimi fuit tempore contractus celebrati, vel tempore sententiæ, si verò emptor fuit in mora, æstimatur vinum, quanti est, cum agitur: ergo hoc loco non videtur spectari tempus moræ, quod spectandum esse supra diximus. Solutio: Quod attinet ad moram venditoris, intelligendum est, idem fuisse tempus contractus & tempus moræ: quia contractus erat purus, & actum fuit, ut vinum statim traderetur: proinde cum l. C. facit mentionem contractus, perinde est, ac si faceret mentionem moræ: idcircoque huius §. sententia pulchrè conuenit iis, quæ supra dicta fuerunt. Quod ad moram emptoris, intelligas emptorem moram fecisse, non in pretio soluendo, sed in vino accipiendo: idcirco nisi perierit vinum (nam periculum esset emptoris qui moram commisit, l. 5. D. de periculo & commodo rei vend.) debet nunc vinum tradi emptori petenti, aut saltem dari debet æstimatio ad hoc tempus relata, quo vinum dari oportet, non ad tempus anterius: quia si antea pluris vinum fuit,

Q s

emptor

emtor sibi imputet, qui noluit accipere, si minoris fuit, hoc non prodest venditori, qui nunc debet vinum, & admittit culpam, dum non tradit vinum, quod enim antea non dedit, licet per moram emptoris factum sit, tamen debet nunc dare, argumento l. Celsus 23. §. 1. D. de receptis, quamobrem vinum æstimatur, quanti nunc est, sin autem emptor fuisset in mora dandi pretij: supra dictis convenienter, non æstimeretur vinum quanti nunc est cum agitur, sed quanti minimi fuit tempore moræ vel tempore sententiæ. Hæc dicta sint ad primam oppositionem, & ad obiectiones contra solutionem primæ oppositionis factas. Secundò oppono l. pen. D. de condict. tritic. vbi spectatur tempus vel condemnationis, vel mortis, vel moræ. Solutio: Hæc lex pertinet ad causas bonæ fidei, in quibus regulariter spectatur tempus condemnationis: sed excipitur, nisi res perierit: quia res antea extincta, non potest æstimari quanti nunc est cum sententia fertur, proinde æstimatur quanti fuit tempore interitus. Item excipitur, nisi res post moram debitoris depretiata sit, secundum ea quæ proximè diximus: nam moræ haberetur ratio tam in iudiciis stricti iuris, quàm in iudiciis bonæ fidei. Huic solutioni obiicio, quòd tam in hac l. pe. quàm in l. seq. agitur de eadem condictione triticiaria, & in d. l. pe. spectatur tempus sententiæ, in lege autem ult. tempus iudicij accepti. Solutio: Agitur in vtraque lege de eadem actione, sed ex diuersis causis competente: si ex causa bonæ fidei intentetur actio triticiaria, vt putà ex deposito: in æstimationem rei depositæ ineunda spectatur tempus condénationis: si verò agatur ex causa stricti iuris, veluti ex mutuo: æstimatio refertur ad tempus litis contestatæ,

vt

vt significatur d.l.vlt. quæ non minùs de mutuo intelligi debet, quàm d.l. vinum: si quidem hæ leges ambæ sunt penè iisdem verbis conceptæ. Tertiò oppono l. hominem, 37. j. resp. D. mandati: vbi Primus pro Secundo Stichum debente fideiussit, & soluit, cùmque mandati agat, & à Secundo repetat, quod pro eo soluit: in Stichi soluti æstimatione ineunda non spectatur tempus rei iudicatæ: licèt iudicium mandati sit bonæ fidei, sed æstimatio redigitur ad illud tempus, quo Stichus solutus fuit. Solutio: Cùm quis pro alio soluit, speciale est, vt referatur æstimatio ad tempus solutionis: nam idèd fideiussor agit contra reum, quia pro eo soluit: tantum igitur debet ab eo consequi, quantum soluit: ac tantum videtur soluisse, quanti res tunc fuit, cùm solueretur. Quarto oppono verba Celsi in l. si Kalendis, 11. D. de re iudi. *Ex eo tempore quidquid æstimatur quo nouissimè solui poterit*: ex quibus verbis videtur apertè colligi, non referri æstimationem ad tēpus moræ, vt suprà docuimus, etenim quid est in mora faciendi (dico faciendi, quia Celsus ibi loquitur de obligatione, quæ in faciendo consistit) quamdiu lis contestata non est, eam morā purgare potest, adeò vt post morā faciens quod promittit, liberetur, siue pura fuerit obligatio, l. si insulā 84. D. de verb. oblig. siue in diem, l. sed etsi, 17. D. de pecu. consti. l. & si post tres, 8. D. si quis cautionib. Si igitur post moram admissam solui potest, & ex sententia Celsi æstimatio refertur ad tempus quo nouissimè res solui potest certè non refertur æstimatio ad tempus moræ. Solutio: Diem, quo nouissimè solui potest, apud Celsum sic intellige, id est, quo solui potest, absolutè loquendo, & ex natura obligationis: cæterū solutio post morā, & purgatio moræ admittitur

titur ex bono & æquo, contra naturam obligationis, & contra rationem iuris, l. si seruum, 9 1. §. sequitur. D. de verb. oblig. nec, omnino & absolutè admittitur, sed ita demum si mora nullum damnum actori attulerit ante litem contestatam d. l. sed et si. Quapropter ad hoc nouissimum tempus æstimatione non refertur: neque ita nouissimum tempus Celsus intellexit, alioquin nisi hanc interpretationem admitteremus, Celsus in eadem oratione sibi contradiceret: quippe qui æstimationem refert ad diem stipulationi adiectum, id est, ad diem in quem solutio collata est: utitur autem ea ratione, quòd eo tempore quidque æstimatur, quo nouissimè solui potest: ergo diem, quo nouissimè solui potest, Celsus appellat eum diem, in quem solutio collata est; non eum, quo mora purgatur. Quintò oppono l. cum quis, 22. D. de oblig. & act. vbi cum quis mercem stipulatus, fideiussorem acceperit, Africanus ait in æstimatione facienda spectari eum diem, quo fideiussor acceptus est: quod videtur aduersari iis, quæ suprà diximus: nam diximus spectari eum diem in quem solutio est collata, non eum quo contractum fuit Solutio: Hæc verba Africani, *eius temporis quo satis acceperit*, sunt ambigua: nec solùm significant diem quo contractus factus est, id est, quo fideiussor promisit, sed etiam diem in quem solutio est collata, l. lecta. 40. ibi *ex die stipulationis*. D. de rebus cred. l. in operis. 26. D. loca, quemadmodum contractus post mortem compositus dicitur, cum solutio collata est in tempus quo contrahens mortuus erit, l. vn. in princ. C. vt act. ab hæred. & cont. hæred. & locus contractus dicitur, non solùm is quo contractum fuit, sed etiam is in què solutio est collata, l. 3. D. de reb. auctor. iud. possid. l. contraxisse, 21. D. de oblig.

oblig. & act. atqui cùm ambigua est legis oratio, debemus eam interpretationem accipere, quæ vitio caret, l. in ambigua, 19. D. de legib. ergo hîc, vt vitium & ἀντινομία vitetur, tempus fideiussionis intelligédum est in quo solui debet, non quo facta est stipulatio. Sextò oppono: quia etiã in iudiciis stric-ctis, non in solis iudiciis bonæ fidei, videtur specta-ri tempus sententiæ, potiùs quàm iudicij accepti: si- quidem auctori restituendum est, quicquid habiturus esset, si litis contestatæ tempore solutum fuisset, l. Iulianus, 17. D. de rei vind. l. cùm fundus, 31. in pr. D. de reb. cred. finge igitur pretium rei petitæ au-geri post litem contestatam, condemnandus erit reus, quanti res tempore sententiæ valet, non quan- ti valuit tempore litis contestatæ: alioquin auctor non acciperet, quicquid habiturus erat, si initio li- tis rem accepisset: quia si rem accepisset, nunc pos- set eam distrahere, & carius vendere. Solutio: Hoc casu æstimatio quidem refertur ad tempus litis cōtestatæ: sed quia rei pretium postea fuit auctum, quod non debet prodesse reo soluēti æstimationem loco rei debitæ, idcirco actor, qui consequitur mi- norem æstimationem, nempe ad tempus accepti iu- dicij relatam, debet etiam residuum consequi, ita vt tantum habeat, quantum haberet si res præsentî pretio æstimaretur: sed hoc residuum actor conse- quitur, non quia æstimatio referatur ad tempus sen- tentiæ, nec tamquàm rei petitæ æstimationem, sed quasi accessionem, & quod sua interest. Exempli gratiã, si res tempore iudicij accepti æstimeretur de- cem, tempore autem sententiæ valeat quindecim: actor poterit cōsequi quindecim: non quia res æsti- metur quanti nunc valet: immò æstimatur decem; sed reliqua quinque actor cōsequitur iure accessio- nis,

nis, & quia tanti eius interest rem accepisse; cuius æstimationem reus soluit. Sed ne videamur ita interpretari, ut lex sit posita potius verbis, quàm rebus: notandum est, multum interesse, vtrum ea quinque, & omnino quod accedit præsentis rei æstimationi, creditor consequatur quasi partem æstimationis, an quasi accessionem, & quod sua interest: & æquius esse, eum id consequi iure accessionis, quàm iure æstimationis: vnde fit, ut interdum hoc augmentum non consequatur, quod omnino consequeretur, si esset pars æstimationis, cum reus in solidam æstimationem condemnari debeat, finge enim vinum debitum non potuisse seruari ultra tempus litis contestatæ: nihil actori proderit, quod vini pretium post litem contestatam auctum sit, non enim propterea plus consequetur, quàm valuerit tempore litis contestatæ: quia non potest consequi hoc augmentum nec ratione æstimationis, cum æstimatio referatur ad tempus litis contestatæ: nec iure accessionis & quod sua interest, quia etiam si statim accepisset vinum, non tamen inde tantam pecuniam consecutus esset, quanti nunc vinum æstimatur, propterea quod non potuisset in hunc usque diem vinum seruare. Idem dicendum est, cum actor statim erat vinum distracturus, si accepisset tempore litis contestatæ.

LXXIII. Si quis rem certam stipulatus fuerit: Quæro, quæ actio ei competat. Respondeo, non dari actionem ex stipulatu, sed certi conditionem, l. si quis certum, 24. D. de reb. cred. quoniam actio ex stipulatu est actio incerta, l. 4. D. de usuris, l. 3. C. de inutilib. stipulat. Oppono: quia actio ex stipulatu interdum dicitur dari ex stipulatione rei certæ, l. si pacto, 14. C. de pactis, l. inter stipulantem, 83.

§. si

§. si rem. D. de verbo, oblig. atque ita vocatur actio ex stipulatu, qua petitur dos, quamvis res dotalis certa sit, l. vnic. C. de rei vxor. act. Solutio: Quemadmodum stipulatus vocabulum, ita & actio ex stipulatu bifariam accipitur, interdum enim actio ex stipulatu angustius sumitur pro ea, quæ persequitur rem incertam: interdum latius, vt significet omnem actionem ex stipulatione descendente: quia non nouum est, vt stipulatum auctores iuris accipiant pro stipulatione, l. pecuniæ, 9. in pr. D. de vsuris, l. vxori, 33. §. vlt. D. de lega. 2. l. 3. C. de inutil. stip. Sic etiam (vt hanc interpretationem exemplis similibus confirmemus) transactum accipitur pro transactione, l. vlt. C. si aduersus transact. sic etiam pactum non distinguitur à pactione, l. iuris gentium, §. sed cum nulla, & §. seq. D. de pactis, l. 1. §. & est. D. eod. adhibita l. 3. in prin. D. de pollicit.

LXXIV. Si seruum non imprudens bona fide emerim, & is seruus, postquam eum emi, & mihi traditus est vnà cum peculio, emerit hominem, vel aliam rem ex eo peculio, quod te vera ad te eius dominum pertinebat; atque ea res mihi à venditore tradita sit, eo quòd seruus emptus à me possideretur quasi meus: Quæro, contra quem agere debeas; vtrum contra me, quia rem à seruo tuo emptam possideo; an contra venditorem: quia cum vendiderit seruo tuo, est tibi adstrictus actione ex empto, per seruum acquisita: nec videtur liberatus ea solutione, quia non soluit ei, cui debuit soluere: soluit enim mihi falso domino, cum debuerit soluere tibi vero domino. Respondeo secundum Sabinum & Cassium te debere mihi eam rem condicere: quam sententiam Iulianus quoque probauit, l. si seruus, 23. §. 1. D. de act. empt. Oppono, quòd ex sententia eiusdem

eiſdem Iuliani agere debes ex empto contra venditorem : venditor autem mihi condicet, id eſt, repetet per conditionem indebiti, quippe qui indebitum mihi ſoluit, l. cùm fundus, 31. §. 1. D. de reb. cred. Solutio : Vtraque via vti potes : vtraque enim actio tibi competit, ita vt quam elegeris, ea tibi pateat: ſed altera tibi datur ſecundùm rationem iuris, altera ex bono & æquo. Ratio iuris facit, quoniam, actio ex empto per ſeruum tuum tibi eſt acquiſita, vt rem emptam petas à venditore actione ex empto : venditor autem, quia mihi ſoluit, cui non debuit, per conditionem indebiti repetat: ſed vtilius eſt conditionem vtilem breui manu ſtatim tibi dari, vt à me eam rem petas, quam ſtricto iure dixi me venditori, venditorem tibi dare debere. Quocirca dictæ actiones, id eſt, actio ex empto contra venditorem, & vtilis conditio aduerſus me concurrunt, vnde apparet ſententias ſuprà dictas, non eſſe contrarias, proinde potuiſſe vtraſque à Iuliano probari.

LXXV. Quæro, an præſes prouinciæ poſſit mutuatam pecuniam accipere. Reſpondeo, poſſe, l. præſidis, 34. §. 1. D. de reb. cred. Oppono l. pen. C. ſi cert. petat. vbi pœna irrogatur tam ei qui mutuum iudici dedit, quàm ipſi iudici qui accepit, nec dubium eſt, quin appellatione iudicis etiam præſes, prætor, & cæteri magiſtratus, quique in poteſtate ſunt, contineantur, l. ſi iudex, 41. D. de minor, l. 1. D. de iud. & tit. D. de reb. auct. iudic. poſſid. Solutio: Notandum eſt, Paulum in d. l. præſidis, vocare præſidem, Imperatores autem in d. l. pen. nominare indicem : quæ verba propriè ſunt accipienda, ita vt iudicis vocabulum habeat emphasi, & ſignificet eum, qui eſt actu iudex, id eſt, apud quem litigat is qui

qui mutuū dedit. Nam præsidi, quā præsēs est, mutuū dare possumus, quā verò est iudex, non possumus, id est, præsēs à subditis mutuū accipere potest, præterquā ab iis, inter quos iudicat. quod ideo placuit, ne prætēxtu mutui iudicia corrumpantur, & sententiæ præsidiū venales sint.

LXXVI. Quæro, an stipulatio vsurarum per pactum contrarium tollatur ipso iure, an ope exceptionis: veluti si stipulatus à te sim vsuras sortis mihi debitæ, deinde pactus sim ne eas vsuras petam. Respondeo, obligationem vsurarum stipulatione constitutam, non tolli per pactum ipso iure, sed ope exceptionis, l. si vnus, 27. §. pactus ne peteret. D. de pactis. §. præterea. Instit. de except. Oppono: quoniam ipso iure tolli dicitur. in l. lecta. 40. versic. & si vt ille. D. de reb. cred. Solutio: In primis notandum est, pactum, quod in d. l. lecta. dicitur ipso iure tollere obligationem vsurarum, non esse pactum de vsuris, sed de sorte. sic enim Paulus I. C. ibi disputat: cum fors & vsuræ deberentur ex stipulatu, sortis autem obligatio per pactum dilata fuerit, ipso iure non deberi vsuras eius temporis, quo non fuit necesse soluere, propter pactum, quo conuenerat, vt seriùs solueretur. Sed hæc solutio non sufficit. Nam si pactum de sorte, ipso iure tollit obligationem vsurarum, cur non idem faciet pactio de vsuris? Quare Solutio petenda est ex distinctione inter pœnam, & vsuram. vsura enim propriè dicitur, quæ debetur propter lucrū creditoris: proinde debetur ex stipulatione, etiamsi debitor omni culpa vacet, & præfinito tempore soluat. pœna autem tunc vocatur, cum debetur propter moram debitoris seriùs soluentis, quā conuenerit. nam mora est culpa, cuius pœna est vsura. vnde fit, vt vsura, quæ pœnæ no-

R

mine

mine promittitur, ita demum debeat, si debitor moram admiserit, propterea quod non est pœna sine culpa. Ergo in d.l.lecta obligatio vsurarum tollitur ipso iure per pactum & conuentionem nudam non ex vi pacti, sed ex natura & proprietate pœnæ, id est, quia vsura ibi debita, non erat vsura propriè dicta, sed pœna, ut liquidò constat ex specie ibidem proposita, quia disertè creditor pœnæ nomine stipulatus fuerat. Itaque debitor, quamuis ipso iure statim deberet sortem, quia purè stipulanti creditori promiserat, tamen tutus erat exceptione pacti: quia postea conuenerat ut certo die solueret, quod initio iure promiserat; hæc defensio per exceptionem pacti liberat eum à culpa, facitque ne videri possit esse in mora: cui consequens est, ut vsuras pœnæ nomine debere non possit.

LXXVII. Quæro, an iudicium familiæ erciscundæ & negotiorum gestorum possint concurrere. Respondeo, non concurrere: quia hæc actio datur si negotium sit diuiduum: veluti si vnus ex hæredibus exegerit solidum à debitore hæreditario, poterat enim exigere pro sua tantum parte: illa verò actio competit, cum negotium gestum est indiuiduum, utputà si hæres legatum solidum soluerit, ut legatarius de rerum possessione discederet, l. his: consequenter; 18. §. pen. l. hæredes, 25. §. si vnus, D. famil. erciscun. l. si communes, 40. D. de negot. gestis. Oppono leg. 3. Cod. eod. vbi dicitur, eum, qui soluit pro cohærede, atque ea solutione pignus liberauit, vel agere negotiorum gestorum vel familiæ erciscundæ, ergo hæ duæ actiones videntur concurrere. Solutio: Hoc etiam casu re vera dictæ actiones non concurrunt: quia dantur ex diuersis causis, quarum altera est diuidua, altera indiuidua, agitur enim

enim negotiorum gestorum propter debitum solutum, quod potuit solui pro parte. agitur familiæ eriscundæ propter pignus, cuius causa est indiuidua quia pignus non liberatur, nisi toto debito soluto. d. his consequenter. §. vlt. D. famil. eriscif. l. si rem. 9. §. omnis. l. solutum. 11. §. si in sortem. D. de pignor. act.

Ex tit. De Iureiurando.

LXXVII. **Q**Uæro, quæ actio detur ex iureiurando. Respondeo, dari actionem in factum l. sed si possessori. 11. §. 1. D. de iureiur. l. actori. 8. C. de reb. cred. Oppono: quia datur actio utilis ex ea causa, de qua iuratum est. veluti si quis iuret se emisisse, habet utilem actionem ex empto. si iuret se mandasse, utilem actionem mandati. eadem est ratio aliarum causarum. d. l. sed si possessori. §. vlt. l. si duo. 13. §. 1. l. si quis iurauerit. §. idem dicemus. & §. Marcellus. l. quod si iurauit: 29. D. de iureiur. l. 7. §. si petenti. D. de Publ. l. vlt. §. vlt. D. de liber. cau. Solutio: Actio utilis & in factum interdum distinguuntur. §. vlt. Instit. leg. Aquil. interdum pro eodem accipiuntur. nam quæ appellatur utilis in d. §. vlt. vocatur in factum in l. 9. §. si quis hominem, & l. quemadmodum. §. pen. D. eod. Sic in hoc tractatu de iureiurando eadem actio nominatur utilis. d. l. si duo, & in factum. d. l. sed si possessori. §. 1. Sed si quis propriè loqui velit, & inter hæc duo distinguere: videndum puto, vtrum in iudicio, an extra iudicium iuratum sit: & vtrum expressa causa, veluti, *iuro me tibi centum mutuo dedisse*, an sine causa, quod Doctores vocant iusiurandum informe, veluti, *iuro te mihi centum debere*. Cum iudicio iuratum est, datur utilis actio iudicati:

R 2 quoniam

quoniam is, contra quem iuratum fuit, pro cōdemnato habetur : quod significatur in d. l. 8. C. de reb. cred. illis verbis : *Ad similitudinem indicati*. etenim actio utilis dicitur dari ad similitudinem & exemplum directæ. Cū autem iuratum est extra iudicium adiectâ causâ, datur actio utilis ex ea causa, quæ est iureiurando expressa, vt in exemplis quæ suprà adduxi. d. l. si duo. §. si quis iurauerit. cum simil. Denique cū non est expressa causa actionis, veluti cū libertus iurat se munus, donum, operas patrono daturum. hæc vocanda est actio in factum. idem est, si quis iurauerit sibi centum deberi: non potest enim dici actio utilis ex certa causa, cū nulla causa appareat.

L X X I X. Quæro, vtrū periurium iure ciuili puniatur, an Deo committatur puniendum. Respondeo, periuros etiam iure ciuili puniri, & variis pœnis affici, vt priuatione dignitatis. l. quoties. 17. C. de dignit. infamia. l. si quis maior. 41. C. de transf. act. fustibus. l. si duo. 13. §. vlt. D. de iureiur. relegat. l. vlt. D. stellion Oppono: quia periurium satis Deum vltorem habet, nec irrogatur pœna læsæ maiestatis, licet per Principem peieratum sit, l. 2. C. de reb. cred. l. 2. C. ad leg. Iul. maiest. quod verò ad homines attinet, religioni stare oportet. l. quod si deferete. 21. D. de doló, ac prætor id agere debet. ne de cuiusquā iureiurando quærat. l. aduersus. 15. D. de except. Solutio: Distinguendi sunt tres casus. aut enim iurauit aliquis vi & metu coactus, veluti si captus à latronibus coactus sit iurare se pecuniam eis daturū: aut iurauit calore quodam: vt amore, quod magis (exempli gratiâ) frueretur amasiâ: vel irâ, quæ & ipsa caloris appellatione continetur. l. nec in ea. 22. §. vlt. D. ad l. Iul. de adult. veluti si quis iuret se fore semper iratum

eam causam, quæ iureiurando est decisa, non quæritur de periurio, sed de eo quæritur & agitur seorsum actione stellionatus, ut periurus puniatur. Quamobrem in l. quæ sequitur dictam. l. quod si deferente subiiciuntur hæc verba. *Nam sufficit per iury pœna.* quæ verba ostendunt periurum puniri extra ordinem: quamvis periurium non retractetur ciuili actione, quantum ad eam causam pecuniariam, de qua iuratum fuit.

LXXX. Quæro, an sententia ferenda sit contra eum: contra quem rectè fuit iuratum. Respondeo, contra eum iudicari, & sententiam ferri. l. iusiurandum & ad pecunias. 34. §. ult. D. de iureiur. Oppono, quod is, contra quem iuratum fuit, habetur pro condemnato: adeò ut contra eum sit executio parata. l. post rem, § 6. D. de re iudicata l. 2. D. de iureiur. l. 1. in prin. D. quorum rerum actio non datur. Solutio: Sententia contra eum potest pronunciari, potest etiam omitti, prout magis iudici placuerit, hoc enim seruatur etiam in iis, qui in iure confessi sunt se debere, l. 1. 3. §. ult. D. de confessis. l. vni. C. eo. quibus confessis comparantur ij contra quos fuit iuratum. d. l. post rem. ut non sit mirum, si idem iuris in vtrisque seruetur.

LXXXI. Si actor imperfectè probauit: Quæro, quid iudex facere debeat. ¶ Imperator Antoninus iubet actore, non probante reum absolui. C. de eden. l. 4. & de probat. l. 2. constat autem actorem non probare, qui imperfectè probat, idcirco Impp. Diocletianus & Maximianus pro reo iudicari iubent, nisi actor suam intentionem impleat, C. de rei vindic. l. ult. Sed iusiurandum à iudice deferri volunt iidem Imperatores. C. de reb. cred. l. 4. & l. in actione. 10. & Caius. D. de iureiuran. l. admonendi. 31. Con-

31. Conciliatio : Regulariter reus absolvitur , sed excipitur, nisi iudex ex iusta causa iusiurandum deferendum esse existimauerit: tunc enim rectè iusiurandum causa cognita defert, præsertim in iudiciis bonæ fidei. Iusta autem causa est, si actor semiplenè probauit , vt Doctores loquuntur : & omninò cùm est aliqua præsumptio pro actore nec omninò leuis, nec sufficiens ad reum condemnandum, de iureiur. c. vlt. §. sanè.

LXXXII. Quæro, an is, cui delatum est iusiurandum, possit referre. Respondeo, posse. l. iusiurandum & ad pecunias, 34. §. datur, D. de iureiur. Oppono, quod iusiurandum non potest referri, l. iusiurandum quod ex conuentione, 17. in prin. D. eod. l. Marcellus, 11. §. vlt. D. de act. rerum amot. Solutio: Distinguendum est inter iusiurandum delatum in iudicio, & delatum extra iudicium; hoc enim non refertur, d. l. 17. in pr. illud verò regulariter referri potest. Sed excipitur iusiurandum calumniæ, quod exigitur ab eo, qui detulit iusiurandum, quia non debet ei conditio iurandi displicere: cùm ipse eam intulerit. d. §. datur. Item excipiuntur actiones ex delicto, absurdum enim esset, si actor iureiurando sibi relato cogeretur iurare de rei conuenti delicto, cùm nemo iurare debeat de facto alieno, d. l. Marcellus, §. pen. & vlt. & ll. seqq. D. de act. rerum amot. l. 4. in pr. D. de in litem iurando.

LXXXIII. Si patronus liberto, vel pater filio deferat iusiurandum : Quæro, an priùs de calumniâ iurare cogatur. Respondeo, hoc iusiurandum calumniæ parentibus & patronis remitti. l. si patronus, 16. D. de iureiur. l. 7. §. nec deferentes, D. de obsequiis. Nam aliis quoque casibus parentes & patroni non iurant de calumniâ: veluti si petant in

municipium mitti satisfdandi causâ.l.de die.8.§.pen.
 D. qui satisf. cog. vel si stipulētur damni infecti. l. qui
 bona 13. §. pen. D. de damn. infecto. Oppono l. iusiur-
 randum & ad pecunias. 34. §. qui iusiurandum. D. de
 iureiur. vbi dicitur, hoc iusiurandum de calumnia
 neque patrono, neque parentibus remitti. Solutio:
 In libro quidem Florentino legitur, *neque patrono*
neque parentibus, sed hæc lectio mendo non caret,
 & legēdum est, vt in vulgatis libris, *aque patrono &*
parentibus: vel vt minùs recedamus ab archetypo,
aque patrono atque parentibus: quam emendationem
 etiam Basilica confirmant, in quibus scriptum est,
 Ὅν ἐκ ὁμῶσι πατέρ η̄ πᾶτρων hoc est, *quod iusiurandum*
non præstat, aut patronus, lib. 22. tit. 5. cap. 32.

LXXXIV. Si seruus detulerit iusiurandū. Quæ-
 ro, an noceat domino, & an detur contra dominum
 actio de peculio. Respondeo, iusiurandum domi-
 no obesse, & eum de peculio obstringere. l. seruus
 quod detulit. 20. & seqq. D. de iureiuran. Oppono:
 quòd seruus deferendo iusiurandum, non potest fa-
 cere conditionem domini deteriore: l. multo ma-
 gis. 24. eod. tit. Item oppono: quia etsi ex delatione
 filij datur actio de peculio contra patrem: tamen in
 seruo & domino diuersum receptum est, l. 5. §. si fi-
 liusfam. D. de peculio: Solutio: Distingtuendum est,
 an seruus habeat liberam peculij administrationem,
 nec ne. nam ita demum deferendo iusiurandum,
 domino nocet, si dominus liberam peculij admi-
 nistrationem ei concesserit: Huic solutioni obiicio,
 quòd eadem dicenda sunt de filiofa. & de seruo, vt
 disertis verbis ait I. C. in l. quidam. 22. D. de iureiur.
 quod si verum est quomodo defendi potest diffe-
 rentia, quæ constituitur inter filium & seruum, in
 d. §. si filiusfamiliâs? Solutio: Quod ad iusiurandum
 delatum

delatum extra iudicium, non distinguitur inter filiū & seruum: quia potest vterque deferre iusiurandum extra iudicium. verū differētia constituitur in iureiurando iudiciali, id est, quod deferitur in iudicio, propterea quòd iudicium cōsistere potest cum filiofam. d. l. multo magis. non cum seruo. l. 3. §. si seruus, D. de peculio. vnde fit, vt filiusfam. in iudicio possit deferre iusiurandum, seruus autem non possit.

LXXXV. Quæro, an iusiurandum delatum, possit recusari, adeò vt is, cui deferitur, nec iuret, nec soluat, nec referat iusiurandum. Respondeo, posse recusari, l. pen. §. si autem. C. de reb. cred. Oppono: quia manifestæ turpitudinis esse dicitur; si quis nec iurare velit, nec referre iusiurandum. l. manifestæ. 38. D. de iureiur. vbi supplendum est tertium membrum, *neque soluere*. nemo enim cogitur iurare aut referre, si malit soluere. Solutio: Quia delatio iurisiurandi interdum non valet (vt putà quia iusiurandum detulit is qui deferre non potuit, aut ei, qui iurare non cogitur: veluti si pupillus sine tutore deferat, aut pupillo deferatur:) idcirco in quæstione proposita talis distinctio adhibenda est. aut enim constat, iusiurandum rectè delatum esse: aut certum est, malè fuisse delatum, & delationem non valere: aut dubitatur, vtrū rectè, an secus delatum sit. Primo casu habet locum d. l. manifestæ. Secundo casu certum est, eum, cui iusiurandum non rectè delatum fuit, ad iurandum non compelli. Tertio casu, quia dubitatur, iusiurandum potest de facto recusari: sed an iure sit recusatum, nec ne, iudex dispicere debet: & si inueniat rectè delatum esse, iubebit eum iurare, aut soluere, aut referre. quòd si apparuerit malè fuisse delatum. consequens erit, vt pronunciet rectè fuisse recusatum.

R 5

LXXXVI.

LXXXVI. **Q**uæro, vtrum conditio iurisiurandi sit iusta & licita, an legibus reprobetur: veluti si quis Titio decem leget sub hac conditione, si iura-uerit se Romam iturum: aut si quis Titio stipulanti decem promiserit sub eadem, aut simili conditione.

Respondeo, conditionem iurisiurandi iustam esse, & aliis licitis conditionibus comparari, proinde implendam esse. l. si quis cum debitore. 39, D. de iur. iur. l. si cum patruo. 6. C. cõmunia vtriusque iudic.

Oppono: quia hæc conditio reprobatur à præ-tore. l. quæ sub conditione. 8. D. de condit. institut. Solutio. Distinguendum est inter contractus, & vltimas voluntates. nam conditio iurisiurandi repro-batur & pro non scripta habetur, si adiecta sit vlti-mæ voluntati: impleri autem debet, si fuerit ap-posita contractui. Differentiæ ratio est: quia excu-satur is, cui testator onus iurisiurandi iniunxit: quam excusationem non meretur is, qui sponte sua contraxit, & sciens prudens suscepit onus iurisu-randi præstandi.

Ex tit. De in litem iurando.

LXXXVII. **Q**uæro, an tutor possit in li-tem iurare. Respondeo, posse. l. 4. in prin. D. de in litem iur. Oppono, quòd solus dominus in litem iurat. l. vulgò, 7. eod. tit. Solutio: Tutor loco domini habetur, l. qui fundum, 7. §. si tutor. D. pro emptore. l. interdum, 56. §. penult. D. de furtis.

LXXXVIII. **Q**uæro, an taxetur quantitas, intra quam res per iusiurandum in litem æstimari debeat.

Respondeo, non taxari, sed in infinitum iurari posse.

posse. l. qui restituere. 68. D. de rei vind. Oppono, quod taxatio fit. l. arbitrio. 18. in prin. D. de dolo. l. 3. §. præterea. D. ad exhibendum. l. 4. §. iurare. l. 5. §. 1. D. de in litem iurando. Solutio : Quantitas, intra quam iuratur, non taxatur à lege : sed taxatio committitur arbitrio iudicis, qui definit quantitatem, intra quam iurare liceat. d. l. 4. §. iurare.

L X X X I X. Si in litem iuratum sit: Quæro, an iudex possit eum absoluerè, contra quem iuratum fuit : vel minoris condemnare, quàm aduersarius dato iureiurando rem æstimauerit. Respondeo, utrūque fieri posse ex iusta causa. l. 4. §. penul. D. de in litem iurando. Oppono Nou. Const. 82. cap 10. vbi Imperator prohibet, quominus iudex minoris condemnet, quàm iuratum est Solutio: Hæc Nouella loquitur de iureiurando veritatis id est. de impensis in litem factis. dictus autem §. pen. loquitur de iureiurando affectionis. Illud igitur iusiurandum non potest retractari, sed religioni stare oportet, ne arguatur periurij is, qui iurauit. l. quod si deferente. 31. D. de dolo. l. aduersus. 15. D. de doli except. Hoc autem iusiurandum retractari potest : quia non propterea periurij arguitur, qui iurauit, sed immodicæ affectionis, quã habuit erga rē, de qua iurauit.

X C. Quæro, an propter aduersarij culpam iuret in litem. Respondeo contra eum, qui culpam commisit. non iurari in litem, sed iustam æstimationem à iudice faciendam esse. l. 4. §. ult. D. de in litem iurando. Oppono, quod tutor & hæres tutoris hac ratione distinguuntur : quia contra tutorem iuratur in litem, si pupillaria instrumenta non exhibeat. etiamsi careat dolo: contra hæredem autem tutoris non iuratur, nisi ex dolo l. pen. C. eod. Solutio: Fautore pupilli hoc est speciale in actione tutelæ, quæ aduer

aduersus tutorem intentatur, cum regulariter ob culpam non iuretur in litem.

Ex tit. De conditione causâ data: causâ non secutâ.

X C I. **S**I quis sub conditione institutus, eam impleuerit: Quæro, an possit omittere hæreditatem. Respondeo, posse omittere. l. i. §. i. D. de condic. cau. data & eâ omiſſa repetere quod dedit. l. in summa. 65. §. sed agere. D. de condic. indeb.

Oppono: quia conditione impleta, neque suus hæres potest abstinere. l. iam dubitari. 86. D. de hæred. instit. l. 5. D. de condit. & demonst. neque extraneus repudiare. l. Antistius. 62. in prin. D. de acquir. hæred. Solutio: Impleta conditione institutionis, perinde est, ac si purè hæres institutus fuisset. l. si pupillus. 26. D. de condi. insti. proinde suus hæres statim est hæres necessarius ratione patriæ potestatis. d. l. 5. nec potest amplius abstinere. sed ei denegatur beneficium prætoris, quoniam sponte sua in eam necessitatem se coniecit. Extraneus verò non propterea hæres fit. quod impleat conditionem, sub qua institutus fuit. l. ei qui ita. 13. D. de condit. inst. nisi id quasi hæres fecerit, quo facto impleuit conditionem. l. Antistius.

X C I I Dedit tibi decem, vt Stichum intta mensem manumittas: Quæro, cum Stichum non manumiseris, an post mensem possim decem repetere.

Respondeo, decem repeti per conditionem ob causam dati. l. 3. quid si ita. D. de condi. cau. da. l. 5. §. cum do. D. de præscrip. verb. Oppono: quia ex constitutione Diui Marci Stichus fit ipso iure liber. l. 4. C. si

4. C. si mancip. ita fuerit alie. ergo causa secuta est; nec datur repetitio: quemadmodum nec poena nisi Stichus manumittatur promissa, peti posset. l. ult. D. eod. Solutio: Post tempus in contrahendo præstitutum, ut in specie proposita post mensem, Stichus ita demum fit liber, nisi dantem poeniteat. nam eius poenitentia obstat libertati, & facit cessare constitutionem. l. 5. §. 1. D. de condic. cau. da. l. 3. D. de seruis export. l. 1. l. ult. C. si manc. ita fuerit. alie. Huic solutioni obiicio l. 1. in fi. D. qui sine manumiss. ad libert. perue. ubi dicitur, etiam si mutauerit venditor voluntatem, nihilominus libertatem seruo competere, qui ea lege, ut manumitteretur, venditus fuerat. Solutio: Speciale est in casu huius l. 1. ut libertas competat non obstante poenitentia venditoris: quia & venditor & emptor sine hærede decesserant, unde nullius intererat hominem venditum in seruitute manere.

X C I I I. Inter nos conuenit, ut tibi darem decem ut manumitteres Stichum. manumisisti, nec tamen do tibi decem. Quæro, qua actione aduersus me agere possis. Respondeo, agendum esse conditione, quæ oritur ex proposito contractu, l. 3. §. quinnimo. D. de condic. cau. da. hoc est, actione præscriptis verbis, quoniam propositus contractus est innominatus. Oppono, quia datur actio subsidaria de dolo. l. 4. C. de dolo, quæ non concurrit cum actione præscriptis verbis. l. iuris gentium. 7. §. sed etsi in alium. D. de pactis. Solutio: Semper spectandum est, quid initio conuenerit. ut in specie proposita considerandum est, utrum fuerit ita contractum, *Dabo decem, ut manumittas Stichum*: an hoc modo, *Manumittes Stichum, ut dem tibi decem*. quoniam altero casu est contractus do ut facias: altero, facio

vt des. ex contractu do vt facias, agitur præscriptis verbis. ex contractu facio vt des, nulla actio civilis nascitur, sed agendum est de dolo. l. 5. §. at cum do. & §. seq. D. de præscriptis verb. Secundum hæc conciliari debent leges supra adductæ, quoniam in d. l. 3. §. quinnimò est contractus do vt manumittas, vnde agitur præscriptis verbis. sed in d. l. 4. est contractus manumitto vt des, ex quo agitur de dolo.

XCIV. Testator seruo libertatem reliquit sub conditione si decem daret Mæuio. Quæro, an seruus Mæuio decem de peculio dare possit, inuito & prohibente hærede. Respondeo, non posse l. 3. §. vlt. D. de condict. cau. da. & ideò eum qui inuito hærede sciens à seruo accepit. pro possessore videri eam pecuniam possidere, vt ei ab hærede auocari possit. l. etiamsi. 110. D. de condit. & demonstrat.

Oppono. l. si peculium. 20. §. 1. D. de statu lib. vbi dicitur seruum posse ex hac causa nummos alienare, etiam inuito hærede. Solutio: Distinguendum est, vtrum peculium sit seruo legatum, an non. Nam si legatum est ei peculium, potest de eo dare decem, etiam inuito hærede: hoc enim facit voluntas testatoris, & ad hunc casum pertinet d. §. 1. vt constat ex principio eiusdem legis. Si verò peculium non sit legatum: est quidem seruo concessum, vt decem det de eo peculio implendæ conditionis causa: sed & hæredi facultas est prohibendi quo minus seruus nummos peculiare alienare possit. d. l. 3. §. vlt. itaque hoc casu ita demum pecunia à seruo rectè alienatur, si hæres non prohibuit. omni modo tamen & indistinctè seruus ad libertatem peruenit, id est, etiamsi inuito hærede dederit. d. l. etiamsi. aut eo
prohi

prohibente dare non potuerit, l. 3. §. inde quæritur, D. de statu lib. d. l. §. ult. de condic. cau. da.

X C V. Si quis seruum ea lege acceperit vt manumitteret; & post mutatam eius, à quo accepit, voluntatem, manumiserit: Quæro, an eo nomine teneatur. Respondeo, actionem contra manumisso-rem competere propter pœnitentiam eius qui dedit, l. 5. §. 1. D. de condic. cau. da. Oppono, quod actio, manumisso seruo, euanuisse dicitur, l. quæsitum, 8. D. de seruis exportand. Solutio: Distinguendum est inter contractus nominatos, & innominatos. In his namque est locus pœnitentiæ, l. 3. §. sed si tibi, & §. seq. l. 5. in pr. D. de condic. cau. da. in illis verò non licet pœnitere, l. 5. C. de oblig. & act. Ergo hinc petenda est antinomix dissolutio: quoniam in d. l. quæsitum, est contractus nominatus, id est, emptio & venditio: sed in d. l. 5. §. 1. est contractus innominatus, do vt manumittatur.

X C V I. Si quis pecuniam ob aliquam causam acceperit, ea verò causa casu aliquo sine culpa eius qui accepit, secuta non sit: Quæro, an possit repeti, quod datum fuit. Respondeo, posse repeti, l. 5. in princ. D. de condic. cau. da. Oppono, quòd non potest repeti l. pen. C. eod. l. qui operas, 38. D. locati. Solutio: Hic quoque distinctione opus est, aut enim datum est ex contractu innominato, aut ex cōtractu nominato: & vel pœnituit dantem, vel non pœnituit. Ex contractu nominato datum, veluti ex causa locationis conductionis, non repetitur, d. l. qui operas, nec prodest pœnitentia: cui non esse locum in his cōtractibus, docui ad quæst. præced. ex cōtractu autem innominato datum nō repetitur, d. l. pen. nisi dantem pœnituerit: quia pœnitere potest, vt supra diximus. Dixi, nisi dantem pœnituerit: quoniam
niam

niam hoc ius est personale, nec transmittitur ad hæredem, qui nullo modo agere potest, nisi pœnituerit eum, cui successit. l. 3. D. de seruit. ex port.

XC VII. Dedi tibi pecuniam vt mihi Stichum dares. Quæro, qualis sit hic contractus. Respondeo, non esse emptionem, & venditionem, sed contractum innominatum, do vt des. l. vlt. D. de condic. cau. da. Oppono l. 5. §. 1. D. de præscript. verb. vbi dicitur esse emptio & venditio. Solutio: Notandum est, aliis verbis indicari contractum in d. l. vlt. aliter in d. l. 5. §. 1. Etenim in d. l. vltim. dedi vt dares: quod abhorret à natura emptionis & venditionis: quia venditor non tenetur rem dare emptori, sed tantum tradere: siquidem dare est dominium transferre l. vbi autem. 75. §. vlt. D. de verbor. oblig. §. sic itaque. Instit. de actionib. quod venditor facere non tenetur. l. si ita. 25. §. 1. D. de contrahen. empt. l. ex empt. 11. §. & in primis. D. de act. empt. est igitur contractus innominatus do vt des. Sed in d. l. 5. §. 1. ita contractum fuit, do vt accipiam. quod perinde est, ac si dicamus, do vt tradas: quod emptioni & venditioni conuenit.

¶ Huic solutioni Coras. lib. 2. Miscell. cap. 9. nu. 4. opponit, quod non putat supersticiosè Iurisconsultos scrupulosas verborum significationes insectatos. In quibus, vt Celsus adolescens dicebat, perniciosè errari posset. D. de verb. oblig. l. si seruum. 91. §. sequitur. ¶ Respondeo primò, Celsum non esse locutum de verborum significatione, sed de questionibus, quæ sunt de bono & æquo, vt ex verbis illius contextus perspicuum est: Iurisconsultos autem constat fuisse proprietatis verborum studiosissimos. Vt enim doctissimus Vulteius ad amicum in

cum quemdam scribit, *si ullius artis professores alij sollicitam de verbis, eorūque proprietate curam habuerunt, certè fuerunt Iurisconsulti nostri, ut verè dixerit ille, Latinam linguam amissam, vel ex solis Iurisconsultorum libris restaurari posse.* Respondeo secundò, perniciosè errari, si quis verborum proprietate abutatur ad sententiam iniquam vel absurdam confirmandam: secus est si per eam leges concilientur. Quid enim stultius, quàm verba accipere improprie, ut inducatur antinomia: ¶ Addit Coras. Paulum in d. §. & siquidem; vocare permutationem, cum ita contrahitur, *Do rem, ut rem accipiam*: in permutatione autem transferri dominium, proinde nihil referre utrū dicatur *do* ut des, an *do*, ut accipiam. ¶ Respondeo, verbum accipiendi, ut & verbum tradendi esse generale, quod pro subiecto argumento sumi debet, ut modò translatio dominij significetur, modò dominium non transferatur. D. de profer. verb. l. si dominus, 8. & de oblig. & actio. l. 1. §. & ille, & §. seq. & Inst. quib. mo. re. contrah. oblig. §. 1. & 2. commodior igitur significatio semper debet accipi, nēpe quæ vitio carer, ut ea quæ antinomiam non inducit. D. de leg. l. in ambiguis, 19. ¶ Opponitur præterea, quòd translatio dominij non est contra naturam venditionis, siquidem per traditionem ex causa venditionis transfertur dominium. D. de contrah. emp. l. clauib. 74. & Inst. de rer. diu. §. venditæ, nec est venditio, si id agatur, ne dominium transferatur. D. de contrah. empt. l. pen. §. ult. ¶ Respondeo, non abhorrere à natura venditionis, ut per traditionem, qua venditio non perficitur, sed impletur, dominium in emptorem transferatur, sed ab eius natura abhorrere, ut venditor ad id obligetur, tantum enim tenetur, ut suprà dixi ad rem tradendam

S

dendam

niam hoc ius est personale, nec transmittitur ad hæredem, qui nullo modo agere potest, nisi pœnituerit eum, cui successit. l. 3. D. de seruit. ex port.

XC VII. Dedi tibi pecuniam vt mihi Stichum dares. Quæro, qualis sit hic contractus. Respondeo, non esse emptionem, & venditionem, sed contractum innominatum, do vt des. l. vlt. D. de condic. cau. da. Oppono l. 5. §. 1. D. de præscript. verb. vbi dicitur esse emptio & venditio. Solutio: Notandum est, aliis verbis indicari contractum in d. l. vlt. aliter in d. l. 5. §. 1. Etenim in d. l. vltim. dedi vt dares: quod abhorret à natura emptionis & venditionis: quia venditor non tenetur rem dare emptori, sed tantum tradere: siquidem dare est dominium transferre l. vbi autem. 75. §. vlt. D. de verbor. oblig. §. sic itaque. Instit. de actionib. quod venditor facere non tenetur. l. si ita. 25. §. 1. D. de contrahen. empt. l. ex empt. 11. §. & in primis. D. de act. empt. est igitur contractus innominatus do vt des. Sed in d. l. 5. §. 1. ita contractum fuit, do vt accipiam. quod perinde est, ac si dicamus, do vt tradas: quod emptioni & venditioni conuenit.

¶ Huic solutioni Coras. lib. 2. Miscell. cap. 9. nu. 4. opponit, quod non putat supersticiosè Iurisconsultos scrupulosas verborum significationes insectatos. In quibus, vt Celsus adolescens dicebat, perniciosè errari posset. D. de verb. oblig. l. si seruum. 91. §. sequitur. ¶ Respondeo primò, Celsum non esse locutum de verborum significatione, sed de questionibus, quæ sunt de bono & æquo, vt ex verbis illius contextus perspicuum est: Iurisconsultos autem constat fuisse proprietatis verborum studiosissimos. Vt enim doctissimus Vulteijs ad amicum

cum quemdam scribit, *si ullius artis professores alij sollicitam de verbis, eorūque proprietate curam habuerunt, certē fuerunt Iurisconsulti nostri, ut verē dixerit ille, Latinam linguam amissam, vel ex solis Iurisconsultorum libris restaurari posse.* Respondeo secundō, perniciosē errari, si quis verborum proprietate abutatur ad sententiam iniquam vel absurdam confirmādam: secus est si per eam leges concilientur. Quid enim stultius, quā verba accipere improprie, ut inducatur antinomia? ¶ Addit Coras. Paulum in d. §. & siquidem; vocare permutationem, cum ita contrahitur, *Do rem, ut rem accipiam*: in permutatione autem transferri dominium, proinde nihil referre utrū dicatur *do* ut *des*, an *do*, ut accipiam. ¶ Respondeo, verbum accipiendi, ut & verbum tradendi esse generale, quod pro subiecto argumento sumi debet, ut modō translatio dominij significetur, modō dominium non transferatur. D. de profer. verb. l. si dominus, §. & de oblig. & actio. l. i. §. & ille, & §. seq. & Inst. quib. mo. re. contrah. oblig. §. i. & 2. commodior igitur significatio semper debet accipi, nēpe quæ vitio carer, ut ea quæ antinomiam non inducit. D. de leg. l. in ambiguis, 19. ¶ Opponitur præterea, quodd translatio dominij non est contra naturam venditionis, siquidem per traditionem ex causa venditionis transfertur dominium. D. de contrah. emp. l. clauib. 74. & Inst. de rer. diu. §. venditæ, nec est venditio, si id agatur, ne dominium transferatur. D. de contrah. empt. l. pen. §. ult. ¶ Respondeo, non abhorrere à natura venditionis, ut per traditionem, qua venditio non perficitur, sed impletur, dominium in emptorem transferatur, sed ab eius natura abhorrere, ut venditor ad id obligetur, tantum enim tenetur, ut suprà dixi ad rem tradendam

S

dendam

dendam: eamque traditionem modò sequitur, modò non sequitur translatio dominij: hæc igitur consideratio non est de natura contractus, sed de implemento: contractus verò do vt des, non aliter consistit, nec aliter perficitur, quàm dominij translatione, vt factum est in d.l. vlt. D. de cond. cau. da.

Ex tit. De condictione indebiti.

XC VIII. **S**I quis, cùm dubitaretur an deberet necne, soluerit quasi repetiturus si postea apparuerit esse indebitum: Quæro, an possit repetere, si postea indebitum esse apparuerit. Respondeo, dari repetitionem l. 2. in pr. D. de condict. indeb. Oppono l. quod quis, 50. eod. tit. vbi dicitur non posse repetere. Solutio: Videndum est, vtrùm id expressè actum fuerit: vt si constiterit esse indebitum, repeteretur: an is qui dedit, habuit quidem animum repetendi, sed eum non expressit; priori casu datur repetitio: posteriori denegatur, quia propositum in mente retentum, nihil operatur, l. 7. C. de condict. ob cau.

XC IX. Siquis falsò existimàs se alicui rei non suæ possessionem tradere debere, eam tradiderit: Quæro, an repetere possit. Respondeo, conditionem indebiti ei competere, l. indebiti, 15. §. 1. D. de cond. ind. Oppono l. si in area, 33. vers. sed & si eo. tit. vbi is qui bona fide in aliena area ædificauit, ideòque prædium domino restituere non tenebatur, nisi sibi impensæ bona fide factæ ab eo redderentur, per errorem possessionem ad dominum transfudit, nec potest eam condicere. Solutio: Distinguendum est, vtrùm, quis rei non suæ possessionem ad extraneum, an ad dominum transfulerit: priori casu datur conditio indebiti: quoniam aliquid indebitum

debitum, i. rei alienæ possessio peruenit ad eum qui accepit. posteriori casu repetitio locum non habet; quia nihil indebitum ad dominum peruenit, sed rem suam tenere incipit. Nec eo moueri debemus, quòd possessor non cogebatur rem tradere, nisi reciperet impensas: vnde videtur posse condicere, quasi plus debito tradiderit, arg. l. qui exceptionem, 40. §. 1. & l. si is qui hæreditatem 45. eod. tit. quoniam dictarum impensarum nomine retentionem & exceptionem tantum habuit, non actionem l. Paulus, 14. D. de doli except. d. l. si in area in fin. vnde fit, vt condicere non possit, l. ex quib. §. 1. D. de cond. ind. qui verò non solum retinere & excipere, sed etiam agere potest, ei condictio quoque indebiti competit, nec non ei qui negotium gessit & aliquid transtulit in accipientem, vt in specie d. l. qui exceptionem, §. 1. & d. l. si is qui hæreditatem. Vide q. 9. & 11. Cent. seq.

C. Cum sit certi iuris, rem ei, qui longi temporis præscriptione tutus est, vindicatione auferri non posse: Quæro, an detur in eum aliqua condictio. Respondedo, non dari, l. ult. C. de his qui à non dom. manum. sunt. Oppono l. indebiti, 15. §. 1. D. de cond. indeb. vbi datur condictio indebiti. Solutio: Datur actio ei, qui possessionem transtulit per errorem: denegatur autem ei, qui rem non tradidit: nec aliud prætere agere potest, quàm rei dominium. Quare Accursius errat, putans speciale esse fauore libertatis, quod constituitur d. l. ult.



CENTVRIA IV.



I debitum creditori ab eo soluatur, qui non debet: Quæro, an repetitio competat. Respondeo, competere, l. si pœnæ, 19. §. 1. D. de condi&t. indeb. Oppono, quod non datur repetitio, l. repetitio, 44. D. eod. l. de hæred. §. C. de petit. hæred. Solutio: Si non debitor vero creditori soluerit nomine debitoris, cessat repetitio: quia semper spectatur persona, cuius nomine soluitur, l. si per ignorantiam, 6. C. de cond. indeb. Quod si suo nomine soluerit, verè indebitum soluit, l. in summa, 65. §. ult. D. eod. & repetere potest per conditionem indebiti, l. si quid possessor, 31. in prin. D. de hæred. pet. l. cum quis, 38. §. de peculio. D. de solut.

II. Quæro, an aliquis possit ignorantiam in facto proprio prætere. § Respondeo, posse, l. sed & si me. 22. in pr. D. de. cond. indeb. Oppono: quod non potest, l. quanquàm, 7. D. ad S. C. Velleia. § Solutio: Pro diuersitate specierum modò ignorantia in facto proprio potest prætendi, modò non potest. In specie, d. l. sed & si me potuit memoriâ lapsus errare, falsò putans se illi aut illi promississe. In specie verò, d. l. quanquàm, cum vellet aduersus mulierem agere mandati, non potuit prætere ignorantiam, quasi nesciret sibi à muliere mandatum fuisse.

III. Quæro,

III. Quæro, an sint eadem operæ, quæ à duobus eiusdem peritiæ artificibus præstantur. ¶ Respondeo, easdem operas intelligi, l. 5. D. de duob. reis. ¶ Oppono: quod non sunt eadem: quia plerumque robur hominis, ætas, tempus, opportunitasque naturalis causam operarum mutant, l. si non sortem, 26. §. libertus. D. de condict. indeb. Solutio: Eadem sunt in genere, proinde à duobus reis deberi possunt: sed quia specie differunt, ideò non dicuntur eadem in conditione indebiti, per quam repetitur species, non genus.

I V. Si quis, cum hominem aut decem alternatè deberet: quinque soluerit: Quæro, an perimat partem obligationis. ¶ Respondeo, non perimere, l. si non sortem, 26. §. pen. D. de cond. indeb. Oppono, quòd partem perimit qui quinque acceptò fert. l. qui hominem, 17. D. de accept. eadem autem est ratio solutionis & acceptilationis, cum acceptilatio nihil aliud sit, quàm imaginaria solutio, §. item per acceptilationem. Inst. quibus modis toll. oblig. Solutio: Vtrùm omninò pars obligationis tollatur, est in pendentì, nam si debitor postea reliqua quinque soluerit, etiam priora quinque debita fuerunt, sed si debitor postea hominem præstiterit, quinque indebitè soluta dicuntur. Quod verò ad actionem interim instituendam, pars obligationis precepta est: quia creditor non potest amplius petere decem aut hominem, sed quinque aut hominem, ut in dd. ll. differtè traditur.

V. Quæro, si quis errore iuris lapsus indebitum soluerit, an possit repetere. Respondeo, non posse: quia ignorantia iuris non excusat. l. si fideiussor. 29. §. 1. D. manda. l. pen. §. ult. D. de iu. & fac. ign. l. cum quis 10. C. eo. tit. l. error. 9. inf. ad leg. Falcid.

S 3

¶ Oppono;

¶ **O**ppono: quia error iuris non nocet, cum agitur de damno vitando, l. 7. & 8, D. de iur. & fac. ign. ergo non nocet ei qui indebitum soluit: quominus repetat, ne damno afficiatur. Solutio: Regula opposita, ita intelligi debet, quod error iuris in damnis nec prodest, nec nocet: sed perinde est, ac si non fuisset erratum. Ergo cum quis per errorem iuris soluit indebitum, damnum facit, non propter errorem, sed propter solutionem: nam & si non errasset, damnum passus esset, merito autem ei denegatur condictio indebiti: quia dempto errore non ageret: ergo nec propter errorem agat, ne error iuris profit, & pariat actionem: quandoquidem diximus idem iuris esse, ac si non fuisset erratum.

¶ **R**ursus oppono: quia si hæres, cui fuit in testamento remissa satisfactio, putans eam remitti non posse, proinde in iure errans satisfecerit, liberationem condicit. l. 1. in princ. vers. si verò hoc non potuisse. D. ut in possess. legator. Item mulier repetit, quod pro alio soluit, & si per errorem iuris soluerit, ignorans se tutam esse S. C. Velleiano, l. quamvis, 9. C. ad S. C. Velleianum. Solutio: Hi sunt casus specialiter excepti: quoniam iure veteri nec satisfactio à testatore poterat remitti, nec exceptio dabatur mulieri pro alio obligatæ: hoc igitur ius vetus ex parte aliqua retentum fuit, nempe cum hæres satisfecit, aut mulier soluit.

V I. Si obligatione alternatè constituta, debitor aliquid per errorem soluerit: **Q**uæro, an possit repetere. exempli gratiâ, si is qui Stichum aut Pamphilum debebat, Stichum per errorem soluerit, ignorans se habere electionem, & posse Pamphilum solvere: **Q**uæro, an possit condicere Stichum, & solvere Pamphilum. **R**espondeo, eum posse repetere, l. cum

cum is, 32. §. vltim. D. de condit. indeb. Opp. l. si is cui, 19. D. de legat. ij. vbi dicitur non posse repetere. Solutio : Notandæ sunt quatuor differentiæ inter species dictarum legum. Primò in illa specie erat obligatio generalis hominis: aut decem in hac specialis Stichum aut Pamphilum. Secundò ibi debitor errauit in membro obligationis, putans se promississe, Stichum aut decem, cum promississet hominem aut decem: hinc errauit in alternatione seu electione, ignorans sibi promissum esse soluere vtrum mallet, Tertiò ibi volebat solutum repetere, vt aliud solueret contentum sub eodem obligationis membro, repetebat enim Stichum, vt solueret alium hominem, non vt solueret decem : hinc volebat solutum repetere, vt solueret alterum membrum obligationis: nempe repetere Stichum : vt solueret Pamphilum. Quartò (quæ præcipua & magis notanda differentia est, & locorum adductorum vera conciliatio) ibi erat obligatio ex stipulatione: hinc legatum: inter quæ multum interest. Denique speciale est in legato: vt qui sub disiunctione debet, & alterum per errorem soluit, non repetat quemadmodum in legato speciale est, vt creditor, id est, legatarius, habeat electionem, §. si generaliter. Inst. de legat. cum in aliis causis electio sit debitoris, nisi contrarium actum fuerit, l. 2. §. Scævola. D. de eo quod cer. lo. l. plerumque, 12. §. vlt. D. de iur. dot.

VII. Si fideicommissum relictum sit sub conditione dandorum hæredi decem, & ea data sint hæredi qui coactus adiit & restituit hæreditatem ex S. C. Trebelliano : Quæro, an repeti possint. Respondendo, ea non auferri hæredi, l. qui hæredi 44. §. sed cum suspectam. D. de condit. & demonstrat. ¶ Oppono l. is cui, 34. D. de cond. indeb. vbi dici-

§ 4 tur,

tur, eum, qui dedit, posse cōdicere, quia causam dandi non habuit. Solutio: In l. is cui: ideo repetit, quia frustra implevit conditionem fideicommissi, quod consequi non potest; fundus enim sub conditione si decem hæredi dederit, ei relictus fuerat, cui & tota hæreditas per fideicommissum fuera relictæ: cum igitur totam hæreditatem ex S. C. Trebelliano ab hærede, qui coactus adierat, consecutus esset: quomodo poterat ab eo petere fundum? Sed in d. §. sed cum suspectam, fideicommissarius consecutus erat quod sibi fuerat relictum. Immo in eod. §. non dubitatur, an fideicommissarius repetat, qui dedit: sed an hæredi pecunia auferatur, id est, an ex Trebelliano S. C. restituenda sit. Ergo, ut paucis concludam, aut fideicommissarius, qui decem hæredi dedit implendæ conditionis causa, rem sibi relictam est consecutus, & decem manent apud hæredem: aut non est consecutus, & potest repetere, vel condictione indebiti, vel condictione ob causam datorum, vel condictione sine causa, quoniam hæ conditiones concurrunt.

VIII. Si quis domum non deductis impensis tradiderit: Quæro, an ratione impensarum, quas deducere poterat, habeat condictionem indebiti, quasi plus debito tradiderit. ¶ Respondeo, ei condictionem incerti competere, l. qui exceptionem, 40. §. 1. D. de condict. ind. Oppono l. si in area, 33. eod. tit. ubi dicitur non posse condicere, & nullo alio modo quàm per retentionem impensas seruare posse. ¶ Solutio: Aut tradens transtulit rei dominium in accipientem: & potest incerti condicere: quia dedit, & negotium gessit, unde nascitur condictio indebiti, ut in specie d. §. 1. quia fideicommissum non transferebat dominium, nec res fiebat fideicom

commissarij, antequàm ei traderetur ab hærede: aut tradens non transtulit dominium, sed dominus rem suam recepit, propterea nullum negotium gestum est, ex quo agi possit condictione indebiti: & merito condictio denegatur, vt in specie dict. l. si in area, in qua aliquis ædificauerat in area aliena, deinde domino tradidit, cui iure soli ædificium antea quæsitum fuerat, rectè igitur l. C. condictionem ei non concedit, adducens eam rationem, quòd nihil fecit accipientis, sed dominus rem suam habere cœpit; quæ ratio in superiori specie non potest habere locum.

I X. Quæro, an pupillus sine tutoris auctoritate obligetur naturaliter: nam constat, eum non obligari ciuilitè, l. obligari, 9. in pri. D. de auct. tut. ¶ Respondeo, eum ne quidem naturaliter obligari: adèd vt si sine tutoris auctoritate promiserit, & soluerit, possit solutum condicere, l. quod pupillus, 41. D. de cond. indeb. ¶ Oppono, quòd ex ea promissione obligatio naturaliter tenere dicitur, l. 1. in fin. D. de nouat. ¶ Solutio: Quia naturalis obligatio solo æquitatis vinculo sustinetur, l. Stichum, 95. §. naturalis, D. de solut. idcirco si pupillus sit factus locupletior, naturaliter obligatur, ne contra naturam locupletetur cum detrimento alterius; alioquin hac ratione cessante, quia non sit factus locupletior, ne naturaliter quidem obligatur l. naturaliter, 13. §. 1. & l. seq. D. de cond. in d. l. 5. in prin. & §. 1. D. de auct. tut. Hanc naturalem obligationem ita Diuus Pius confirmauit, vt ex ea dederit vtilem actionem: nec propterea tamen effecit, vt esset obligatio ciuilis: sed nihilominus naturalis vocatur, l. 3. §. pupillus. D. de nego. gest. l. 3. in prin. D. commod. l. 5. in pri. D. de auct. tuto. quoniam

S s ob

ob naturalem quoque obligationem datur actio ciuilis, l. naturales, 10. D. de obl. & act. Multum igitur interest, vtrum lex obligationi tribuat vim pariendæ actionis, ita vt actio ex obligatione iure confirmata nascatur: an propter obligationem det actionem, adeò vt actio ex ipsa lege immediatè, non aliter ac Minerva ex Iouis capite, oriatur. Priori casu obligatio fit ex naturali ciuilis, & parit actionem directam, posteriori casu manet naturalis, & ob eam datur actio utilis, vnde utilis actio commodati dicitur, quæ ex Diui Pij constitutione in pupillum redditur, d. l. 3. in princ. D. com. moda. ¶ Suprà dictæ solutioni duo possunt opponi: 1. quòd pupillus, licèt locupletatus, non obligatur naturaliter: 2. quòd etiam non locupletatus obligatur. Primum videtur probari l. pupillus, 59. D. oblig. & act. *Pupillus* (ait ibi Rufinus) *mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur*. Hæc verba generalia sunt: cur ergo non accipiantur generaliter, siue pupillus sit factus locupletior, siue secus? præsertim cùm mutui mentio fiat, nō promissionis, vt in d. l. quod pupillus: magis enim locupletamur accipientes pecuniam, quàm promittentes. Solutio: Vis inest in verbo *accipiendo*, & sensus est, pupillum non ex eo obligari, quòd pecuniam accipiat, alioquin semper accipiens obligaretur, sed ex eo quòd factus sit ex ea pecunia locupletior; Ergo hæc lex nō tam docet casum, quo pupillus non obligatur: quàm causam, ex qua non obligatur, & generaliter verum est, siue pupillus sit factus, siue non factus locupletior, eum non obligari accipiendo, sed pecuniam in rem suam conuertendo. ¶ Secundum videtur probari l. si pupillus, 21. in princ. D. ad leg. Falcid. & l. si eius pupilli,

64. in

64. in princ. D.ad S.C.Trebellia.in quibus generaliter dicitur , pupillum , cui pecunia sine auctoritate tutoris credita fuit , si creditori soluerit , non repetere : nec distinguitur , vtrum sit factus locupletior , an non. Solutio : Intelligendum est , pupillum fuisse factum locupletiozem : quod ideò non exprimitur in contextu:quia non quærebatur , an esset talis obligatio , vt ex ea solutum non repeteretur : sed eo supposito , dubitabatur de repetitione , quia non tam soluendi , quàm conditionis implendæ causâ numerarum videbatur , cùm pupillo legatum esset sub conditione , si decem , quæ naturaliter debebat , hæredi reddiderit. Quin immò est id aliquo modo in contextu expressum , cùm in vtraque lege creditor pupilli vocetur : creditor enim is propriè dicitur , qui habet actionem , l.creditores , 10.D.de verb. sign. constat autem in pupillum non dari actionem , nisi factus fuerit locupletior , d.l.3. §. pupillus.D. de neg. gest. d.l.3. in pr.D. commod d.l.5.in princ. D.de auct.tut. § Idem obiectum magis probatur ex §.præterea. Inst.quib.mod. toll.obli. vbi Imperator ait , *licet posterior stipulatio inutilis sit , tamen primam nouationis iure tolli : veluti si id , quod Titio debes , Titius à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit : quo casu res amittitur : nam & prior debitor liberatur , & posterior obligatio nulla est.* Hoc igitur casu necesse est fateri , pupillum nō esse factum locupletiozem , (alioquin res non amitteretur , sed pupillus conueniretur ex rescripto Diui Pij) & nihilominus obligatio nascitur , quæ priorē nouat. l.1.in fin. D.de nouat.Solutio:cùm pupillus non est factus locupletior : vtrumque verè dici potest relatione ad diuersas quæstiones habita , id est , eū obligari naturaliter , & non obligari naturaliter. Etenim
si quæ

si quætas, an pupillus possit conueniri, vel an alia ratione ei officiat obligatio, putà iure retentionis, vel compensationis: negabo eum obligari, sed si de alia persona quæras, veluti an fideiussor acceptus vtiliter, & eiusmodi obligationi adiunctus sit: respondebo, pupillum videri naturaliter obligatū: sic igitur fideiussor à pupillo datus obligatur efficaciter, l. si pupillis, 127. D. de verb. oblig. sic liberatur, qui pupillus expromissorem dedit. d. l. 1. in fin. D. de nouat. d. §. præterea. Inst. quib. mod. toll. oblig. sic hæres pupilli hoc modo sibi obligati, solidū retinet ex hæreditate, non in quantum pupillus est factus locupletior, l. Stichum, 95. §. aditio. D. de solut. adeò vt naturalis obligatio in persona pupilli nō videatur consistere respectu ipsius pupilli, sed respectu aliarum personarum, in quibus cessat æquitas, propter quam negamus pupillum teneri: siquidem in naturali obligatione sola æquitas spectatur, vt supra dixi: & beneficium personale nō egreditur personam, nec pertinet ad alias personas, l. quia tale, 13. D. solu. matrim. l. cum patronus, 28. D. de legat. ij. Nec nouum, vt ratione diuersarum personarum, & respectu diuersarum quæstionum, idem in iure affirmetur & negetur: nam & cum pater filio impuberi substituit pupillariter: modò dicimus hanc substitutionem esse testamentum patris, non filij: modò filij, non patris: illud, si mater impuberis velit agere de inofficioso testamento: hoc, si eius frater queri velit. l. Papinianus, 8. §. sed nec impubetis, D. de inoffic. testam. ¶ Ex his, quæ supra exposui, licet intelligere, quæ sit vera lectio & interpretatio §. 1. l. cum illud, 25. D. quan. dies legat. ced. qui ad propositam quæstionem pertinet, sed propter variarum lectionum discrepantiam à me supra citari cōmodè non

non potuit. nunc verò cum locis suprà adductis, & cum probata à nobis sententia, quia prima fronte minùs conuenire videtur, conciliari debet. Verba Papiniani legis illius auctoris Florentiæ huc edita sunt: **HÆRES MEVS TITIO DATO QVOD MIHI SEIVS DEBET.** Si *Seius* pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepisset (nec) locupletior factus esset, & petitor ad præsens debitum verba retulit, quia nihil eius debet, nullius momenti legatum erit. Quod si verbo debiti naturalem obligationem & futuram solutionem cogitauit: interim nihil (si) *Titius* petet, quasi tacitè conditio inserta sit. non secus ac si ita dixisset, **TITIO DATO QVOD PVPILLVS SOLVERIT:** vel si legasset quod ex *Arethusa* natum erit, vel fructus qui in illo fundo nascentur. In hoc §. constat particulā, si, superfluere illo loco. interim nihil si *Titius* petet: quod illis notis indicarunt auctores Florētinae editionis. Sed dubitatur; utrū in specie ponenda dicendum sit, pupillum esse factum locupletiozem, an secus, vulgati enim libri habent, *nec locupletior factus esset:* sed ab archetypo Florētino abest particula *nec*, quæ in libro typis edito, quasi necessaria & perperam in archetypo ommissa, addita est, semicirculis tamen inclusa, vt indicetur eam deesse in libro scripto; videndum igitur est, vtra lectio sit melior. Vtramuis sequamur: incidimus in difficultatem: quoniam ex verbis Papiniani colligitur, pupillum esse obligatum naturaliter, non tamen efficaciter debere: atqui si factus est locupletior, efficaciter tenetur, & conueniri potest ex rescripto Diui Pij: sin minùs, ne naturaliter quidem tenetur, sed solum repetit, vt suprà ostendimus: proinde legatum, quocumque modo illud interpreteris, erit inutile.

Quid

Quid igitur dicendum? Probo lectionem libri Florentini, non excusi, sed manu scripti. Taurelius perperam addidit particulam *nec*, ut in l. 2. in princ. D. de le. Rhod. malè addidit particulam *&*, illo loco, *at non totam*: ipse enim edidit, *at si non, (&) totam*, atque ita corripit orationem, quam se perficere putavit. Sed in eo laudem meretur, quòd noris adhibitis fideliter indicavit, quomodo scriptum sit in archetypo, & quid ipse de suo vel ex aliis libris adiecerit. Ut redeam ad §. r. l. cùm illud. *mallem*, Taurelius ita edidisset, *accepisset locupletior factus esset*; & in ea specie pono pupillum esse factum locupletiorè, ideòque naturaliter fuisse obligatum, nec potuisse solutum reperere, ut meritò legatum utile dicatur, si testator ad naturalem pupilli obligationem respexerit. Cur igitur ait Papinianus legatum esse inutile, si testator ad præsens tempus verba retulit: quia pupillus nihil debeat; cùm ex rescripto Diui Pij pupillus rectè conueniatur, in quantum est factus locupletior; nempe quia quod naturaliter debetur, non propriè debetur, immò vocatur indebitum, l. si non sortem, 26. in princ. D. de cond. ind. l. 5. §. penult. D. de solut. testator autem in specie proposita non ita legavit, **Q U O D A T I T I O P E T E R E P O S S V M**, fuisset enim legatum utile ex constitutione Diui Pij: sed ita, **Q U O D M I H I S E I V S D E B E T**: ergo legatum est inutile, si testator nō ad naturalem tantum, sed ad civilem obligationem respexit, quia Seius civiliter nihil debet. Quocirca hic locus perspicuè refellit eorum sententiam, qui putant pupillum civiliter obligari ex rescripto Diui Pij: qui error est prorsus similis errori existimantium donationis placitum à Iustiniano esse contractum effectum, quoniam