

Universitätsbibliothek Wuppertal

Codicis Dn. Ivstiniani Sacratissimi Principis P.P. Avg. Repetitæ prælectionis Libri XII

Justinian <I., Byzantinisches Reich, Kaiser>

Francofurti ad Moenum, M D LXXXVII.

Iul. Pacii Ἐναντιοφανῶν seu Legum conciliatarum centuriae III

Nutzungsrichtlinien Das dem PDF-Dokument zugrunde liegende Digitalisat kann unter Beachtung des Lizenz-/Rechtehinweises genutzt werden. Informationen zum Lizenz-/Rechtehinweis finden Sie in der Titelaufnahme unter dem untenstehenden URN.

Bei Nutzung des Digitalisats bitten wir um eine vollständige Quellenangabe, inklusive Nennung der Universitätsbibliothek Wuppertal als Quelle sowie einer Angabe des URN.

[urn:nbn:de:hbz:468-1-1733](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:468-1-1733)



I V L . P A C I I I . C . E N A N -
T I O P A N O N

Seu

Legum Conciliatarum,
CENTVRIA I.

Ex titulo De iustitia & iure.

I. **Q**UÆRO, Vtrum ius gentium sit propriū
humani generis, an conueniat omnibus
animalibus. Respondeo esse proprium
humani generis. ita. n. definitur, *Quod so-*
lis hominibus inter se commune est, l. i. §.
vlt. D. de iust. & iur. Oppono: quia propul-
satio iniuriæ sine dubio est iuris gentiū. l. 3. D. eo. q̄ tamē
videtur concedi omnib. animantib. l. i. §. cum arietes. D. si
quadr. paup. fec. dic. vbi queritur, si arietes commiserint,
& alter alterum occiderit, an detur actio si quadrupes. &
distinguitur, vtrum is sit occisus qui alterū aggressus est,
an is qui fuit prouocatus. Priori casu denegatur actio: pos-
teriori conceditur. Cuius responsi ac diuersitatis hæc vi-
detur esse ratio, qd̄ non licuit arietem alterū aggredi: sed ei
qui laesitū est, licuit se defendere, ac pp̄llare iniuriā.
In quam sententiā (vt hoc obiter adijciam) scribit M. Cic.
lib. i. de offic. generi animantiū omni esse à natura tribu-
tum, vt se, vitam, corpusq; tuatur: declinetq; ea quæ no-
citura esse videantur. Solutio. Distinguedū est inter pro-
pulsationem iniuriæ, & sui defensionem declinationem-
que eius quod nociturū esse videtur. hæc enim differunt
vt species & genus. nec tantū homines, sed etiam bruta
dicuntur se defendere, & declinare quod nociturum esse
videtur. Verū soli homines propriè dicuntur propulsa-
re iniuriam: quoniam iniuria non cadit in bruta: quod
probat̄ duplici argumento. Primum sumitur à relatis: 50
quia bruta, cum sensu careant, non dicuntur facere iniu-
riam. d. l. i. §. ait prætor. D. si quadrup. Alterum à maiori
ad minus: nam seruis iniuria fieri non videtur. §. seruis.
Inst. de iniur. ergo multo minus animalibus brutis.

ii. **Q**UÆRO, Vtrum ius naturale (quo verbo nunc com-
plectimur etiam ius gentium) sit mutabile, an immuta-
bile. Respondeo, dici immutabile in §. vlti. Institut. de
iur. nat. Oppono l. 6. D. de iust. & iure. vbi dicitur, ius ci-
uile effici, cum aliquid additur, vel detrahitur iuri com-
muni. i. iuri naturali vel gentium. id enim mutatur; cui
detrahitur aliquid, vel additur. Solutio. Duo notanda
sunt. Primum, in d. §. penul. non simpliciter dici ius gen-
tium seu naturale esse immutabile: sed illud esse immu-
tabile, quod diuina prouidentia constitutum est. No-
tanda igitur est diuisio quædam iuris gentium in primæ-
uum & secundarium. primæuum appello, quod à Iustiniano
in d. §. pen. dicitur constitutum diuina prouidentia. i. quod à naturali
ratione incorrupta procedit, adeo vt etiam ante peccatum
Adami locum haberet. ad quod 70
ius referri debet pietas in Deum & parentes: quæ iuri gen-
tium tribuitur. l. 2. D. de iust. & iure. Secundarium voco;
quod fluxit ab humana ratione, primi hominis lapsu
corrupta ac deprauata. cui iuri accepta ferre debemus
bella, captiuitates, seruitutes, & id genus alia, quæ pec-
catum & humanam malitiam supponunt. Præterea no-
tandum est, ita demum dici ius mutari, si à suo auctore
mutetur, non item si contrarium ab alijs statuatur. Exem-
pli gratia: ius Romanorum non dicitur mutari, quamuis
ei lex Parthorum repugnet. Imò etiam si iura municipa-
lia in quibusdam casibus sint contraria iuri ciuili com-
muni, non propterea tamen dicemus ius ciuile muta-
tum esse. Tunc autem mutari dicitur, cum Imperator
nova lege ius antiquum abrogat, aut alia ratione emen-

dat. Similiterque ius gentium non dicitur mutari, si ius
aliquod ciuile, vt pop. Rom. vel alius gentis ei aduersetur;
sed si totum genus humanum contrario iure vtatur. His
expositis, pro solutione & locorum conciliatione dicen-
dum est, ius gentium secundarium esse mutabile, non
item ius gentium primæuum, Exempli gratia, seruitutes
aboleri omnino possunt, quemadmodum hodie nulli
ferè sunt serui apud Christianos, cum olim essent quam
plurimi. Pietas autem Deo necessariò debetur: & neque
iure scripto, neque longa consuetudine tolli potest. Re-
ctè igitur Aristotel. ait. lib. 3. Ethic. cap. 7. quædam iura
naturalia mutari posse, quædam non esse mutationi ob-
noxia. Quocirca d. l. 6. non contradicit d. §. penul. quia
non ait cuiusque iuri communi posse aliquid addi vel
detrahi, sed alicui. i. secundario. Est & altera ratio con-
cilian di sumpta ex posteriori nostra præmuntione: quia
ius gentium non mutatur, etiam si ius ciuile ei addat vel
detrahat.

iii. **Q**UÆRO, vtrum solus princeps, an etiam alij possint iu-
ra condere.

Respondeo, soli principi hoc permillum esse. l. vlti. C.
de legib. Oppono: quia cuius populo idem concessum
est l. omnes. §. D. de iust. & iur. §. ius autem ciuile. Institut. de
iur. nat. Solutio. Distinguedū est inter ius Romano-
rum, & ius vniuersaliter acceptum. Omnes enim populi
possunt ius sibi condere: sed populo Roma. solus Imper.
leges imponit, propter auctoritatem sibi à populo con-
cessam. l. i. D. de const. Princ. §. sed & quod Inst. de iur. nat.
Rursus oppono: quia apud Romanos non ambigitur sen-
atum ius facere posse. l. non ambigitur. D. de legib. So-
lutio. Hæc l. 9. intelligenda est secundum antiqua tempo-
ra, antequam Imperatores omnem ius condendi aucto-
ritatem sibi reseruent. Quanquam etiam hodie senatus
dici aliquo modo potest iura condere, non per se, sed qua
tenus Princeps non aliter leges condit, quam consulto
senatu. l. humanum. §. C. de legib.

iiii. **Q**UÆRO, Vtrum aliquid in hominibus reperiat̄ stabili
ac perpetuum.

Respondeo, Nihil tale reperiri Nouell. Constit. 7. cap.
2. Oppono: quia iustitia definitur constans & perpetua
voluntas. l. 10. D. de iust. & iur. Inst. eod. in princ.

Solutio. Cum iustitia definitur, non consideratur, vt
inest hominibus, sed ratione essentiæ & naturæ, quam
definitio explicare debet. Itaque etsi nemo est perpetuo
iustus, tamen ipsa iustitia semper talis est. Immo & iustus,
quæ iustus, semper est talis. mutatio verò ei contingit quæ
est homo. etenim quandiu est iustus, tamdiu constanter
& perpetuo agit secundū iustitiam: nec iustus dici potest,
etsi iuste agit, nisi βεβαίως, ἀμετακινήτως ἔχον τὰ δίκαια;
vt ait Aristoteles lib. 2. Ethic. cap. 4. Eadem est aliarum
virtutum ratio, vt Aristoteles ibidem docet, & Gellius in-
dicat lib. 17. cap. 5. vbi liberalitatem appellat perpetuæ be-
nignitatis constantiam.

v. **Q**UÆRO, An decretum prætoris iniquum valeat, nec ne.

Respondeo non valere l. i. D. de ferijs. Oppono l. pen-
ul. D. de iust. & iur. vbi prætor dicitur ius reddere; et-
iam cum iniquè decernit: quod non rectè diceretur, si
decretum iniquum non valeret. Solutio. Decretum
iniquum duobus modis esse potest. vel enim aduersatur

iuri communi vel iuri litigatoris. si iuri communi tepugnat, nullius momenti est. si iuri litigatoris aduerfatur, merito tenet. l. 1. §. item cum contra. in princ. D. quæ sentent. sine appel. quia res iudicata pro veritate habetur. l. penul. D. de stat. hom. Exempti gratia, finge testamentum minoris 14. annis iudicatum fuisse validum. si quæras, vtrum hæc sententia valeat nec ne: debes distinguere, vtrum iudex idèd probauerit testamentum, quia iudicauerit testatorem esse maiorem 14. annis, an quia iudicauerit minorem 14. annis posse facere testamentum. Priori casu sententia valet: posteriori non valet. Huius distinctionis alia exempla proponuntur in d. §. item cum contra.

VI. **Q**uæro, Vtrum iuris appellatione contineatur etiam locus, in quo iudex pedaneus iudicat, an verò solus locus vbi magistratus ius dicit.

Respondeo, Ius definitur eum locum, vbi prætor ius dicere constituit. Quoniam igitur hæc definitio non cõuenit loco iudicij, aliud enim est ius dicere, aliud iudicare: consequens est, vt dicamus iudicij locum appellatione iuris non contineri. Sed Oppono l. 4. §. quod ait. D. de interrog. in iur. fac. vbi verbum iuris difertè ita explicatur, vt significet vtrumque locum, nempe vbi ius redditur, & vbi iudicatur. Solutio. Si verbum, ius, accipiatur propriè, non potest iudicio conuenire, alioqui iudicare esset idem quod ius dicere. Sed in d. §. quod ait. verbum, Ius, accipitur latiùs & impropriè.

Exit. De origine iuris.

VII. **Q**uæro, Vtrum perfectum dici possit, cui pars aliqua deest. Respondeo. Nihil perfectum esse, quod non ex omnibus suis partibus cõstet. l. 1. D. de orig. iur. Immo quamdiu aliquid addendum superest, perinde habetur, ac si nihil actum fuisset. l. penul. in fin. C. de his quibus vt ind.

Oppono: quia perfectum ædificium vocatur, quodcunque potest esse in usu. l. ædificium. 139. D. de verb. sig.

Solutio. Iurisconf. non ait tale ædificium esse perfectum, sed videri perfectum, verbum autem videri, eo loco, vt & alijs locis, est nota improprietatis.

VIII. **Q**uæro, Vtrum interpretationes Iurisconsultorum sit pars iuris scripti, an non scripti. Respondeo. Dicuntur constare sine scripto. l. 2. §. his legibus. & §. ita in ciuitate. D. de orig. iur.

Oppono §. scriptum. Inst. de iur. nat. vbi difertè responsa prudentum collocantur sub iure scripto tamquam species sub genere. Solutio. Pomponius in d. l. 2. cum explicaret originem iuris, proinde rem altius repeteret, respexit ad antiqua tempora, & Iurisconsultorum interpretationes retulit ad ius non scriptum, eò quod non essent tabulis æneis incisa, vt leges & senatusconsulta, quæ erant partes iuris scripti. sed quia Iustiniani ætate scripta iura vocabantur, etiam si non essent in eiusmodi tabulis inscripta, propterea Iustinianus rectè responsa prudentum collocauit inter species iuris scripti.

Exit. De legibus.

IX. **Q**uæro, Quæ sint virtutes legis. Respondeo, quatuor enumerari in l. 7. D. de legibus. iubere, vetare, permittere, punire. Oppono definitionem legis: ex qua colligitur, omnem legem iubere seu præcipere: proinde hanc vnã esse virtutem legis. Lex enim definitur commune præceptum. l. 1. eod. titu. quod igitur non præcipit, sed vetat, aut permittit, aut punit, non est lex, quoniam ei non conuenit definitio legis. Solutio. Vetare & punire, præcipiendi verbo continentur. nam qui vetat vel punit, is præcipit ne fiat. Quocirca in definitione legis præceptum debet sumi generaliter, vt complectatur tam ea quæ fieri quam ea qua non fieri iubentur. Quæ verò permittit, non est propriè lex: siquidem legis proprium est imperare & præcipere, teste Vlp. titu. 24. in princ.

X. **Q**uæro, An iura condantur de his quæ rarò eueniunt. Respondeo, Hæc negligi à legislatore, adèd vt ex his iura non constituantur. l. 3. & sequent. D. de legib. l. 3. D. si pars hæred. per. Oppono, quia lex de insula nata in mari, lata est, quamuis rarò accidat. l. 7. §. insula. D. de acquir. rer. dom. §. insula Institut. de rer. diuis. Exstat etiam lex Iustiniani de partu edito ex muliere quinquagenaria: quamquam hoc mirabile esse, & rarò euenire ipse Imperator affirmat. l. si maior. 22. C. de leg. hæred.

Solutio. Casus rarò contingentes, duplicitèr considerari possunt. i. vel per se, vel per relationem ad legem aliquam generalem. Cum igitur dicimus hos casus negligi à legislatore, ita intelligere oportet, non quod nullæ leges de his condantur: protuli enim leges de huiusmodi casibus: sed quod ijs non obstantibus, leges generales constituuntur, nec mouentur legislatores, quominus eas leges condant, eò quod patiantur exceptionem, aut videantur per eiusmodi casus rarò contingentes subverti. Exempti gratia: lex simpliciter iubet depositum reddi ei qui deposuit, etiam si in quibusdam casibus non sit seruanda: veluti si furiosus gladium depositum repetat: & in alijs casibus, qui proponuntur à Tryphonino in l. bona fides. 31. D. depositi. Sed non potest aptius exemplum afferri, quam id quod proponitur in d. l. 3. D. si pars hæred. per. si quis enim decefferit filio superstiti, & vxore prægnante relicta: quasitum fuit, quæ portio paternæ hereditatis tribuatur filio iam nato, antequam mater pariat: quoniam incertum est, quot sit paritura. & placuit ei quartam partem assignari, quasi non plures tribus eo partu nasci possint. Non mouetur legislator, quòd minùs ita constituat, admittuntur ad successionem in bonis paternis. Quòd si hic partus non spectetur per se, sed per relationem ad filium iam natum, & ad legem, quæ certam partem tribuit filio iam nato, tunc dicemus eum I. C. talis partus nullam rationem haberi. Hæc solutio maximè conuenit verbis d. l. 3. & seqq. D. de legib. vbi non dicitur iura non condi de his quæ rarò accidunt, sed dicitur ex his iura non constitui. Pulchrè etiam congruit, & consentit cum ijs quæ traduntur ab Arist. 3. lib. Ethic. cap. vltim. Cuius auctoritate eo libentius in præsentia vtor, quòd iurisconfulti adhibuerunt auctoritatem Theophrasti, qui fuit Aristotelis discipulus. vnde nõ malè ex Aristotele explicamus ea Iurisconsultorum responsa.

XI. **Q**uæro, Vtrum leges constituantur de singulis personis, an generaliter tantum. Respondeo, generaliter tantum constitui. l. iura. 8. D. de legib.

Oppono: quia sunt constitutiones quædam personales, quæ non egrediuntur personam. l. 1. §. planè D. de constit. princ. §. sed & quod. Inst. de iure nat. quarum personalium constitutionum exempla quoque habemus in C. Iustin. l. quoniam 23. C. de Episc. & cler. l. neque 61. C. de decur. Solutio. Constitutiones personales, & omnino quæ de aliqua persona cauta sunt, non sunt propriè leges: quandoquidem lex est commune præceptum, cui omnes parère oportet. l. 1. & 2. D. de legib. sed sunt priuilegia. vide Gell. lib. 10. cap. 20.

XII. **Q**uæritur, an quod fauore alicuius introductum est, in eius incommodum detorqueri possit.

Respondeo, Non esse ita detorquendum. l. nulla. 25. D. de legib. l. 3. §. duæ. in fin. D. de Carb. edit. l. plures 19. C. de fid. instr. l. 5. in fin. C. de sec. napt. Oppono primùm: quia si quis vina emerit, exceperitque acida & mucida: quamuis hoc pactum emptoris causa factum sit, tamen contra ipsum detorquetur, adèd vt non possit ea perere à venditore, quamuis eius interfit. l. si vina. 6. D. de per. & commod. rei. vend. Solutio. Regula suprascripta locum habet, cum interpretamur verba dubia. Pactum autem modò propositum omni dubitatione caret: liquidò enim constat, vina acida, & mucida non fuisse emptione & venditione comprehensa, quia specialiter excepta fuerunt. Ergo emptori debent non possunt. Rursus oppono: quia libertus senatori patrono procurans, excusatur ab aliorum tutela si tamen ius anulorum aureorum impetrauerit: hoc anulorum beneficium, pro ipso liberto introductum, contra eum videtur detorqueri, eò quod ei adimit excusationem, adèd vt cogatur extranei tutelam subire, quamuis patroni negotia gerat. l. cum ex oratione. 44. in fin. D. de excusat. tut. Solutio. Priuilegium illud, vt libertus gerens negotia patroni excusetur ab aliorum tutela, non est introductum fauore liberti, sed fauore patroni senatoris, quòd meliùs negotia eius à liberto gerantur. Ergo non retorquemus contra libertum priuilegium fauore liberti introductum, siquidem (vt dixi) patroni potiùs, quam liberti fauore

fauore introductum est. Tertio oppono: quia Iudæis concessum est priuilegium, ne die sabbathi conueniantur. quod uideretur contra ipsos Iudæos retorqueri, qui similiter eo die non possunt alios conuenire. l. die. 13. C. de Iudæis. Solutio, quod dicitur Iudæos non posse alios conuenire die sabbathi: non efficitur ex eo priuilegio Iudæis concessio, ne die Sabbathi conueniantur, sed introductum est à lege, cuius duæ sunt partes: una pro Iudæis, ne conueniantur: altera contra Iudæos, ne ipsi agant. quæ duæ legis partes separatae sunt, & quasi duæ diuersæ leges. Quarto oppono: quia si quis nouum ius apud iudicem impetrauerit, ipse quoque aduersario quando cunque desiderante cogitur uti eodem iure. l. r. D. quod quisque iur. Ergo ius pro ipso redditum, contra ipsum valet. Solutio: Hoc est speciale, ut puniatur is, qui nouum. i. iniquum ius impetrauit.

XIII. **Quæro**, An princeps Augustæ tribuat priuilegia, quæ ipse habet.

Respondeo, tribuere, ut dicitur in l. princeps. 31. D. de legibus. Oppono: quia quod principi legatum est, eo antequam dies legati cesserit defuncto, successoris eius debetur: quod priuilegium non est Augustæ concessum. l. quod principi. 56. & l. seq. D. de leg. ij. Solutio, Iurisconsultus in d. l. princeps. non loquitur vniuersaliter, sed indefinitè. h. e. non ait imperatorem omnia sua priuilegia conferre in Augustam, sed ait cum priuilegia Augustæ concedere: quædam scilicet, nempe ea, de quibus expressè cautum reperitur, non omnia prorsus. Proinde, ut alia quoque exempla breuiter adiungam, nec bella gerendi, nec legis condendæ ius Augustæ habet.

XIII.

Quæro, An lex consuetudine abrogari possit. Respondeo, abrogari posse, ut perspicuè colligitur ex l. de quibus. 39. in fin. D. de legib. ubi dicitur, legem per desuetudinem abrogari. quod si per desuetudinem, multo magis per contrariam consuetudinem abrogabitur: cum quia contraria consuetudo habet in se desuetudinem: (etenim qui vtuntur consuetudine contraria, proculdubio non vtuntur ea lege, cui consuetudo aduersatur) tum quia contraria consuetudo maiorem vim habet, quam simplex desuetudo. Oppono l. 2. C. quæ sit lon. cons. ubi dicitur consuetudinis esse non vilem auctoritatem, non tamen tantam, ut rationem vincat, aut legem. Vnde sequitur legem non abrogari consuetudine: quia ius abrogans vincit, & præstat iuri abrogato. Solutio: Si lex & consuetudo simpliciter spectentur. i. ita ut non ponamus alterum ius esse prius, alterum posterius: tunc habent æqualem vim. æquæ enim seruari debent. atque hæc est sententia d. l. 2. Cum autem consuetudo est posterior lege, tunc vincit & abrogat legem, non quia maior vis inest in consuetudine, quam in lege, sed quia ius posterius præfertur priori. l. vlt. D. de constitut. princ. Et quidem ut consuetudo posterior vincit legem priorem, ita etiam vincitur à lege posteriori.

XV.

Quæro, Vtrum consuetudo possit legem interpretari. Respondeo, Optimam legum interpretem esse consuetudinem. l. si de interpretatione. 27. D. de legibus. Oppono: quia consuetudinis auctor est populus. l. de quibus. 32. D. eodem. atqui solus princeps potest legem interpretari. l. r. Cod. eod. ergo non potest legem interpretari consuetudo, alioquin etiam populus non solus princeps diceretur legem interpretari. Solutio: Distinguendum puto inter tacitam, & expressam interpretationem. Nam consuetudo tacito populi consensu recipitur, & tam legis habet vim, quam legem interpretatur. Solus autem Princeps expressè iura condit, vel interpretatur.

XVI.

Quæro, vtrum rerum iudicatarum auctoritas vim legis habeat, aded ut iudex cogatur eodem modo iudicare, quo alij antea iudicauerunt: an potius neglectis exemplis, & aliorum iudicijs, ex iure & legibus debeat iudicare.

Respondeo, Rebus iudicatis tribui vim legis. l. nam Imperator. 38. D. de legib. Oppono l. nemo. 13. C. de sentent. & interloc. omn. iudic. ubi cauetur, ne iudices exempla, seu res iudicatas sequantur, sed veritatis, ac legum iustitiæ que vestigijs inhæreant. Solutio: Multum interest, vtrum perpetuè, an aliquo dumtaxat tempore, sit eodem modo iudicatum. nam si certo tempore, rebus iudicatis stare non oportet. si perpetuè, consuetudinem inducunt, ideoque vim legis habent. Quapropter in d. l. nam Imperator. non agitur simpliciter de rebus iudicatis: sed expressè dicitur, rerum perpetuè iudicatarum eam esse auctoritatem, ut vim legis habeant.

Exit. De constitutionibus Principum.

Quæro, an interlocutio principis habeat vim legis. Respondeo, non habere. l. 3. C. de legibus. Oppono l. r. D. de constitut. princip. ubi, quod princeps interlocutus est, lex esse dicitur. Solutio: Interlocutio principis non habet vim legis, nisi constet principi placere, ut vim legis habeat. itaque interlocutio per se non est lex. d. l. 3. sed ex eo principis placito vim legis sumit. l. C. autè in d. l. r. de ea interlocutione principis loquitur, cum vim legis ei tribuit, quam princeps voluit vim legis habere, ut colligitur ex principio, & ex §. planè. eiusd. l.

XVII.

Quæro, Vtrum priuilegium alicui concessum, ei tantum personæ prosit, an etiam eam personam egrediatur & alteri quoque proficiat.

XVIII.

Respondeo, priuilegium esse ius personale, quod non egreditur personam, l. r. in fin. D. de constit. princ. Oppono: quia priuilegium indultum alicui circa sportulas, & litium expensas, ut scilicet minorem quantitatem soluat, quam regulariter soluendum sit, hoc (inquam) priuilegium seruatur etiam in persona aduersarij, qui similiter eodem priuilegio fruatur. l. vlt. Co. de fruc. & lit. expensis. Solutio: Hoc est speciale, propter naturam iudiciorum, in quibus æqualitas seruanda est, tam circa impensas, quam circa aduocatos. l. pen. C. de postul. alioquin is qui minus expendere deberet, facilè calumniaretur, & alios plus impensuros iudicio vexaret.

Quæro, Qualis interpretatio faciendæ sit beneficij à principe concessi.

XIX.

Respondeo, quàm plenissimam fieri debere. l. 3. D. de const. princ. Oppono: quia si quis à principe impetrauerit, ut possit ædificare in loco publico, non plenissimè interpretatur hoc beneficium: immò coangustamus, ut non possit ædificare cum detrimento alterius. l. 2. §. si quis à principe. D. ne quid in loc. pub. Item si quis impetrauerit à principe facultatem testamenti condendi: hoc beneficium ita accipitur, ut testetur non quomodo velit, sed seruatis omnibus præceptis iuris. l. si quando. 35. p. Co. de inoff. test. ergo & hoc beneficium angustè accipitur. Solutio. Cum dicimus beneficia principum latissimam interpretationem accipere, non est intelligendum nos omninò plenissimè interpretari debere, sed quàm plenissimè licet, ita ut interpretatio nostra vitio careat, argu. l. in ambigua. 19. D. de legibus. & voluntati principis non aduersetur: neque enim credendum est principem alicui velle officere. Theophil. in §. prætorum. Institut. de iure naturali. neque credendum est, eum iura multis vigilijs & laboribus excogitata velle euertere, aut abolere. d. l. si quando.

Exit. De statu hominum.

Quæro, Vtrum aliqua seruitus sit iuris ciuiliis, an omnis seruitus sit iuris gentiū. Respondeo, alios esse seruos iure gentium, quales sunt, qui in bello capti sunt: alios iure ciuili, ut qui passi sunt se venundari ad pretium participandum. l. §. r. D. de stat. hom. §. seruitus. Institut. de iure person. Oppono definitionem seruitutis, quæ est constitutio iuris gentium. l. 4. §. r. D. de stat. ho. §. r. Institut. de iur. person. Nam quia definitio cum definito recipiari debet. l. r. §. dolum. D. de dolo. videtur necessariò dicendum, omnem seruitutem esse iuris gentium, alioquin si dicas quendam esse iuris ciuiliis, ei non conueniet definitio seruitutis. Solutio: Ea non est vera definitio seruitutis, sed tantum descriptio. Nam definitio rei naturam & essentiam declarat, hæc verò originem potius docet quàm essentiam rei. Dicitur enim seruitus esse constitutio iuris gentium. i. constituta & introducta eo iure. & certè verissimum est, seruitutem generaliter acceptam, introductam esse iure gentium, quamuis postea ius ciuile introduxerit nouum seruitutis modum, per emptionem scilicet & venditionem.

XX.

Quæro, An sit aliquis seruus sine domino. Respondeo, Non videri seruū sine domino esse posse. quod colligitur non solum ex natura relationis, quia seruus ad dominum refertur: sed etiam ex definitione seruitutis, qua dicitur aliquis contra naturam dominio alieno subijci. l. 4. §. r. D. de sta. ho. non est igitur seruus qui non est dominio alterius subditus. i. qui domino caret.

XXI.

Oppono, quia seruus hæreditarius dicitur esse nullius. l. r. in princ. D. de rer. diuis. l. 3. in prin. D. de pecu. Respondeo, hæreditatem sustinere vicem domini, quatenus representat personam defuncti. l. denique. 13. §. quæsitum.

D. quod vi aut clam. l. cum hereditas. 9. C. de pos. §. seruus etiam. Inst. de hered. inst. quare hic seruus videtur dominum habere, nempe hereditatem ipsam. II. Oppono, quia si quis mala fide emerit vsum fructum hominis liberi, is dicitur fieri seruus sine domino. l. si vsum fructum. 23. in prin. D. de liber. cau. Quemadmodum etiam olim si alius habebat proprietatem serui, alius vsum fructum, & proprietarius solus manumittebat, ille manumissus erat seruus sine domino. §. seruus, ritu. Vlp. de liber. sed hodie ex constitutione Iustiniani liber est, etsi quasi seruus apud usufructuarium manet, quamdiu durat vsum fructus. l. i. C. communia de manumif. Item seruus sine domino est, quem dominus habuit pro derelicto. qua ratione, quia scilicet seruus ex persona domini stipulandi ius habet, hic autem seruus domino caret, stipulari non potest, l. quod seruus. 36. D. de stip. seruo. Solutio: Serui nomen capitur duobus modis. interdum. n. significat relationem. i. seruus accipitur relatione habita ad eum cui seruit. interdum vero significat qualitatem seu ius. i. ille dicitur seruus, qui vivit iure seruorum, non iure libertatis: quemadmodum dedititij liberti dicuntur, non qui se dederunt in bello, sed qui dedititiorum iure utebantur. vide §. vlt. & ibi Theophi. Inst. de liber. qui igitur sine domino serui dicuntur, non sunt proprie serui: sed ideo serui dicuntur, quia non habent iura libertatis, immo seruis comparantur, & seruorum iure utuntur. quamquam quod attinet ad seruum fructuarium, illud quoque dici potest, usufructuarium quodam modo haberi loco domini, sicut in multis quoque alijs casibus habetur. l. 4. D. de usufructu.

XXII.

Quæro, Vtrum vna, an plures sint conditiones seruorum.

Respondeo, vnam esse. l. 5. in prin. D. de stat. hom. §. vlti. Inst. de iur. perso. Oppono, quia multæ & diuersæ dicuntur esse conditiones seruorum: vt alia est conditio serui librarij, alia histronis, alia symphoniaci, alia atriensis, alia palæstricæ. l. sed si quid. 15. §. i. D. de usufr. Item alia dicitur esse conditio serui nouitij, alia veterani. l. vlt. §. vlt. D. de ædil. edict. Solutio: Verbum *conditio*, est homonymum, quia interdum significat statum, interdum qualitatem. quod enim ad statum attinet, vna est omnium seruorum conditio, quia omnes sunt æquæ serui. i. omnes æquæ subiecti sunt heri dominio, ac potestati. Quod vero attinet ad qualitates, certum est varias esse condiciones, & varios modos seruiendi, seu varia seruorum officia: quorum alij sunt viliora, alia nobiliora. vt. n. est in veteri pro uerbo *δούλος* *κατὰ δούλους*, *δραστήριος* *κατὰ δραστήριους*: seruus præstat seruo, & herus hero.

XXIII.

Quæro, An is qui est in vtero, habeatur pro iam nato. Respondeo, pro iam nato haberi. l. 7. & l. penul. D. de stat. hom. l. cum quidam. 30. §. i. D. de acqui. hered. l. quod dicimus. 23. D. de verb. sign. §. cum autem. Institutio. de tur.

Oppono, quod dicitur in l. vlti. D. de collat. non conferri ei qui est in vtero, sed iam nato. Ex quibus verbis colligi videtur, eum qui est in vtero, non haberi pro iam nato, alioquin ea distinctio inter eum qui est in vtero, & iam natum, esset inepta & vtrique æquæ conferri deberet.

Solutio: Verba d. l. vlti. non sunt ita accipienda, quasi sint duæ personæ separatae, is qui est in vtero, & is qui iam natus est. Etenim in successioneibus, qui est in vtero, habetur pro iam nato, non vt statim aliquid accipiat, sed vt admittatur postea vbi natus fuerit, & omnino in tempus nascendi omnia iura ei integra seruentur. d. l. cum quidam. 30. D. de acqui. hered. l. 3. D. si pars hered. per. Ante vero quam nascatur, idcirco non admittitur, & ei non conferitur, quia incertum est, an nasciturus sit. & quod dicimus eum haberi pro iam nato, ideo receptum est, vt sibi profit, non item alijs. d. l. 7. D. de stat. hom. d. l. quod dicimus. de verb. sig. Sibi autem prodesse non potest, nisi nascatur. Ergo ob hanc causam ita pro iam nato habetur, vt huius privilegij emolumentum tunc sentiat, cum nascitur.

XXIII.

Quæro, An is qui est in vtero, antequam nascatur, alij profit.

Respondeo, non prodesse. l. 7. D. de stat. hom. l. quod dicimus. 131. de verb. sig. Oppono: quia prodest matri prægnanti: quæ si vltimo supplicio sit afficienda, non statim punitur, sed interim seruat donè pariat: immo dum prægnans est, ne quæstioni quidem subijci debet. l. Imperator Adrianus. 18. D. de stat. hom. l. 3. D. de pæn. Solutio: Hoc est speciale, quia seruat non fauore matris, sed fauore ipsius partus, qui seruari non potest matre ante partum precepta, aut quæstionibus subiecta.

Quæro, Vtrum monstrosa & prodigiosa sint in numero liberorum.

XXV.

Respondeo, non esse, si credimus Paulo in l. non sunt. 14. D. de stat. hom. Quam sententiam videtur etiam Iustinianus probare in l. 3. in fin. C. de post. hered. instit. vbi constituit postumum nascentem, ita demum rumpere testamentum paternum, si viuus nascatur, & neque ad monstrum vel prodigium declinet. Oppono l. quæret. 135. D. de verb. sig. vbi Vlp. docet huiusmodi partus matri prodesse, tanquam liberi sint. scribebat. n. ad legem Iul. & Papiam, quæ orbam priuabat semisse eius, quod relictum ei fuerat. Ne igitur semis ei adimatur, profunt ei liberi quamuis monstrosi, & prodigiosi. Solutio duplex est afferenda: vna ex mente veterum auctorum, Vlpiani & Pauli: altera ex mente Iustiniani, cuius iussu responsa Iuriconsultorum posita sunt in Pandectis. Quod ad priorem solutionem attinet, notandum est, d. l. non sunt. sumptam esse ex lib. 4. sententiarum Pauli, titu. 9. sub quo titulo Paulus interpretabatur S. C. Tertullianum, Vlpianum vero in d. l. quæret. interpretari legem Papiam. in eo senatusconsulto monstra & prodigia non habentur pro liberis, nec profunt matri, vt possit succedere ex senatusconsulto: ex quo non admittitur mater ad successionem liberorum, nisi habeat ius trium liberorum. in l. autem Papiam dicimus prodigia, & monstra pro liberis haberi, ne matri adimatur semis eorum quæ ipsi relicta sunt. Diuersitatis ratio hæc afferri potest: quod S. C. Tertullianum matri concedit beneficium succedendi filio, quod antea non habebat: lex autem Papiamatri orbata adimit semissem, quem iure antiquo obtinebat. Quare S. C. Tertul. affert lucrum, lex Papiam interrogat damnnum. Ergo magis fauendum est mulieri in l. Papiam, vt vitet damnnum, quam in senatusconsulto vt accipiat lucrum. Est. n. vulgata iuris ciuiliis regula, fauorabiliores esse eos qui certant de damno vitando, quam qui de lucro captando. Hæc solutio est accommodata ad verba Iuricon. Sed animaduertendū est, verba Pauli non putanda fuisse posita in Pandectis, sed fuisse interpolata a Triboniano, vt cuius intelligere licet ex collatione d. l. non sunt. cum titu. 9. lib. 4. sentent. Paul. Etenim in d. titu. 9. Paulus ait, si monstrosum aut prodigiosum editum sit, id matri non prodesse. sed in d. l. non sunt. non ait Paulus non prodesse matri, sed non esse in numero liberorum. Quapropter altera solutio non incommode potest afferri ex mente Iustin. vt dicamus monstrosa non computari quidem loco liberorum, nihilominus tamen prodesse matri: prodesse (inquam) non quia sint liberi, sed quia mater enixa est, nec debemus ei imputare quod non fuit in ipsius potestate, sed fato accidit.

Quæro, Vtrum ingenuus, si efficiatur seruus deinde per manumissionem perueniat ad libertatem, efficiatur ingenuus, an libertinus. Dixi, per manumissionem perueniat ad libertatem: quia si ponatur captus esse ab hostibus, & reuersus, iure postliminij: dubium non est, quin sit ingenuus: quandoquidē fingitur semper fuisse in ciuitate. sed hæc fictio cessat, cum est manumissus.

XXVI.

Respondeo, Eum non recipere iura ingenuitatis, sed esse libertinæ conditionis. l. homo liber. 21. D. de stat. ho. l. cum pacto. 40. D. de liber. cau.

Oppono §. vlti. Institut. de ingentis. Vbi Imperator ait ei qui ingenuus natus est, deinde fuit in seruitute, non officere manumissionem, quominus sit ingenuus. Solutio: Aliud est esse seruum, aliud, esse in seruitute. Hi namque proprie dicuntur esse in seruitute, qui cum liberi sint, pro seruis habentur, & possidentur. Et quoque. ii. D. ex quib. caus. maiores. Qui igitur in seruitute fuit, per manumissionem non efficitur libertus: quia manumissio illa non valet: soli enim serui recte manumittuntur. qui vero seruus effectus est, vt qui passus est se venundari, per manumissionem fit libertus. Hanc distinctionem & solutionem confirmo tribus argumentis: Primum, quia Iustinianus in d. §. vlti. manumissionem inquit non officere ingenuitati. quod si locutus esset de seruitute iuris, quæ est vera seruitus: non recte dubitasset, vtrum manumissio officeret ingenuitati: sed dubitare potius debuisset, an officeret seruituti. Quoniam igitur loquebatur de non vera seruitute, & supponebat esse hominem liberum in seruitute: idcirco dubitauit de manumissione. Secundum argumentum duco à definitione libertinorum. nam libertinus dicitur, non simpliciter qui ex seruitute manumissus est, sed qui ex iusta seruitute manumissus est. l. 6. D. de stat. hom. Iusta. n. seruitus est, ex qua serui appellantur, quemadmodum iusta libertas est, ex qua liberi

voca-

vocantur. §. 1. Infit. de iure personarum. Tertium argumentum est a simili. quemadmodum enim distinximus inter seruum esse & in seruitute esse: ita etiam distinguitur inter possidere & esse in possessione, l. 3. §. vlt. l. si quis. 10. D. de acq. poss. item inter prætorem esse & prætura fungi, l. 3. D. de off. prætore.

XXVII. **Q**uæro, si libertinus à patrono suo adoptetur, Vtrum fiat ingenuus, an maneat libertinus. Respondeo, Manere libertinum, l. vlt. D. de stat. hom. Oppono l. sciendum. 32. D. de rit. nupt. vbi dicitur consequi iura ingenuitatis.

Solutio: Non omnino consequitur iura ingenuitatis, sed in familia tantum patroni: ad eod. vt respectu patroni habeatur pro ingenuo, veluti ne debeat ei operas, & vt omnino cesset ius patronatus. Cæterum libertinus nihilominus manet, ideoque repellitur à nuptijs senatorijs, vt dicitur in ead. l.

XXVIII. **Q**uæro, Vtrum seruus, quicquid acquirit, acquirat domino. Respondeo, Eum acquirere domino, l. 1. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt. §. in potestate. Infit. eod. §. item nobis. Infit. per quas personas nob. acq. l. acquiruntur. 20. §. 1. D. de acq. rer. dom.

Oppono: quia seruus, cuius vsusfructus alienus est, ex quibusdam causis acquirit vsusfructuario. Item qui bona fide ab alio possidetur, ex quibusdam causis acquirit bonæ fidei possessori, d. l. acquiruntur. §. de his. D. de acq. rer. dom. §. de his. Infit. per quas personas nob. acq.

Solutio: Fructuarius & bonæ fidei possessor in his casibus pro dominis habentur. Secundo oppono: quia si testator reliquerit alicui, sub conditione, si decem dederit Stichus seruo Mæuij: legatarius, vt impleat conditionem, & possit accipere legatum, debet dare ipsi Stichus: nec implet conditionem, si dederit domino Stichus. Vnde videtur ex eo conditionis implemento non acquiri domino, l. qui hæredi. 44. in princ. D. de condit. & demonstr. Item si seruus stipuletur sibi ire agere licere, ipse tantum ire agere poterit, non etiam dominus eius, §. sed cum factum. Infit. de sti. seru. Ex ea igitur stipulatione non dicitur domino, sed ipsi seruo acquiri. Solutio: Distingendum est inter ea quæ sunt iuris, & quæ sunt facti. nam ea quæ sunt iuris, veluti rei acquisitæ dominium, transeunt ad dominum. quæ verò sunt facti, vt acceptio pecuniæ, vel ire per fundum alienum, hæc non transeunt ad dominum, d. l. qui hæredi. in princ. Notate tamen oportet, siue sit res iuris siue facti, semper domino acquiri, qui ex facto serui capit emolumentum. vt cum legatarius numerat pecuniã seruo alieno, vt impleat conditionem legati: quamuis cogatur dare seruo, tamen ea acquiritur domino. Item cum ex serui stipulatione ipse seruus potest ire agere per fundum alienum: ea stipulatione acquiritur domino per seruum: acquiritur (inquam) non ius eundi vel agendi, sed ius mittendi seruum, qui eat vel agat. nec dubitandum est, quin ex ea stipulatione competat actio domino, non seruo. Tertio oppono, quia seruus non acquirat domino possessionem corporalem, l. quod seruus. 24. D. de acq. rer. poss. Solutio colligenda est ex his quæ proximè dicta fuerunt, nempe ea quæ sunt facti, non transeunt ad dominum. Quoniam igitur possessio corporalis est facti, l. possessionem. 29. D. eod. l. Nemo. 10. C. eo idcirco non acquiritur domino.

De his qui sui vel alieni iuris sunt.

XXIX. **Q**uæro, quatenus domino liceat seruum coercere, & in eum sæuire. Respondeo, eum non posse supra modum sæuire: quia maior domini asperitas coercetur, ad eod. vt etiam cogatur seruum suum vendere, l. 1. & 2. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt. §. sed hoc tempore. Infit. eod. Oppono l. locum. 17. §. 1. D. de vsufru. vbi dominus proprietatis dicitur habere plenissimam coercionem in seruum. Solutio: Hoc non ita intelligi debet, quasi pro libito possit sæuire in seruum, sed quod eandem auctoritatem & coercionem habeat, quam ius tribuit habenti plenum dominium non separatum ab vsufructu. Iterum oppono l. si constante. 24. §. si maritus. D. sol. matr. vbi dicitur immoderatam sæuitiam domini in seruos esse quidem reprehendam, non tamen coercionem. Solutio: Immoderata sæuitia duobus modis accipi potest: nempe aut absolute & per se, veluti si seruum interficiat: aut respectu delicti, veluti si ob leue peccatum obiurgatione dignum, verberet seruum. Cum igitur lex ait immoderatam domini sæuitiam & maiorem asperitatem coerceri, intelligendum est de sæuitia & asperitate, quæ absolute loquendo modum superat. Cum autem lex ait immoderatam sæuitiam reprehendi, non coerce-

ri: loquitur de sæuitia, quæ non est per se immoderata, sed ideo vocatur immoderata, quia est maior delicto.

Quæro, An seruis iniuria fiat, nec ne. Respondeo, seruos quoque affici iniuria, quod ad eod. verum est, vt domini cogantur eos vendere, si infami iniuria affecerint, l. 2. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt. §. vlt. Infit. eod. Oppono §. seruus. Infit. de iniur. vbi Iustinianus ait nullam iniuriam seruis fieri intelligi, sed dominis per seruos fieri videri.

Solutio: Non ait Imperator iniuriam seruis non fieri, sed non videri, seu non intelligi fieri, hoc significans, quamuis seruus re vera patiat iniuriam, quippe qui ex verbis dolorem sentit, tamè quod attinet ad actionem iniuriarum, non tam seruo quam domino per seruum iniuriam fieri, propterea quod actio seruo competere non potest, & quia seruus iure civili pro mortuo habetur, l. quod attinet. 32. l. seruitutem. 208. D. de diu. reg. iur.

Quæro, si maritus per longum tempus abfuerit, & reuerfus inueniat infantem nuper natum, an cogatur eum loco filij habere. Respondeo secundum Iuliani sententiam, eum non esse filium, l. 6. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt. Oppono l. 1. §. item si quis longo. D. de agnos. lib. vbi Iuliano videtur tribui contraria sententia: Nempe si quis longo tempore abfuerit, & reuerfus vxorè prægnantem inuenit, si præcepta Senatus consulti neglexerit, suum hæredem ei nasci. Solutio: Non est ibi constituendus nouus §. vbi vulgò constituitur, id est, in illis verbis, *si quis longo*. alioquin erit antinomia, quæ dissolui non poterit. nam si suus hæres est, proculdubio filius est. quod tamen negatur in d. l. 6. Sed ea verba, *si quis longo*, coniungenda sunt cum superioribus, vt ita legatur: *Cæterum esse satis iniuriosum ait, si quis longo tempore abfuerit, & reuerfus vxorè prægnantem inuenit, & idcirco retineat, si quis ex his quæ senatus consulto continentur, omiserit, suum hæredem ei nasci.* Qua interpunctione admilla, Iulianus non dicit suum hæredem ei nasci, sed iniuriosum esse & iniquum, vt suus hæres nascatur: proinde eo casu non esse suum hæredem, nec filium. Hæc interpunctio & interpretatio conuenit etiam præcedentibus §§. eiusdem legis. Primus autem ita legendum esse notauit Lælius Taurelius, quem secutus est Ant. August. lib. 1. Emendat. c. 9.

Exit. De adoptionibus.

Quæro, An spado possit adoptare. Respondeo, posse, l. 2. §. illud. l. arrogato. 40. §. vlt. D. de adopt. §. sed & illud. Infit. eod. Oppono: quia adoptio imitatur naturam. §. minorem. Infit. eod. ad eod. vt non habeat locum in ijs personis, in quibus natura non potest habere locum, l. adoptio. 16. D. eod. Cum igitur spado filios gignere non possit, vt diserte dicitur in ll. supra adductis: qui fieri potest, vt adoptet? Solutio: In adoptante requiritur potentia, non quæ statim possit peruenire ad actum, sed quæ possit quodcumque in actum deduci. Sic enim qui non habet vxorè, potest adoptare, quamuis non possit secundum naturam habere filios legitimos absque vxore, l. & qui. 30. D. eod. nempe quia sufficit eum posse vxorè ducere. Similiter qui non habet filium, ei non potest nasci nepos ex filio: adoptare tamen in locum nepotis potest, quia sufficit eum posse quandoque habere filium, licet tempore adoptionis non habeat, l. adoptare. 37. D. eod. l. itaq; simili ratione vtendū est in spadone. spadonem namque intelligimus eum, qui ob naturæ frigiditatem non potest operam liberis dare, spem tamen habet, aliquando fore, vt eo impedimento sublato liberos procreare possit. propter quam spem non solum potest adoptare, sed etiam vxorè ducere, cum utrunque castrato denegeretur, qui omni spe generandi destitutus est, utpote cui sunt exacta virilia, l. h. serua. 39. D. de iur. dot.

Quæro, in quibus bonis arrogator pupillo substitue- re pupillariter possit. Respondeo, eum posse substituere pupillo in omnibus bonis, quæ ipsi pupillo reliquit, non solum in quarta quam ei debet ex constituto. Diui Pij. Quin immò & si cognatus aut amicus aliquid pupillo reliquerit, illud quoque ad pupillariter substitutum pertinebit, l. sed si plures. 10. §. in arrogato. D. de vulg. & pup. subst. Oppono l. si arrogator. 22. §. 1. D. de adoptio. vbi diserte dicitur, arrogatorem pupillo substituere posse in sola quarta, quæ ex bonis arrogatoris pupillus consequitur secundum constitutionem Diui Pij. Solutio: Quod dicitur in dict. §. 1. intelligendum est eo casu, cum nihil peruenit ad pupillum, præter propria bona & quartam debitam ex Diui Pij constitutione. adeo vt quod dicitur, arrogatorem posse substituere in sola quarta, sic accipiatur, vt verbum, *Sola*, excludat bona propria ar-

Conturia I.

rogati, in quibus arrogator substituere non potest: non excludat autem alia bona, quæ arrogator reliquit pupillo: quia (vt dixi) in his quoque bonis constat substituere eum posse. Iuriscōsultus autem supponit non peruenisse ad pupillum alia bona, vt facillè colligitur ex vltimis verbis principij eius legis, restitutos & bona arrogati, & præterea quartam partem: quibus verbis coheret dictus §. 1.

XXXIV.

Quæro, Si quis filium aut filiam emancipauerit, an possit postea mouere quæstionem, quasi non ritè emancipauerit, ideoque emancipatio non valeat. Respondeo, posse, l. 2. C. si aduersus rem iud. vbi pater, qui filium emancipauerat, non solum mouit quæstionem apud iudicem, sed etiam obtinuit, & iudicatum fuit emancipationem non valere. Oppono l. post mortem. 25. D. de adopt. vbi facultas mouendi hanc q. derogatur patri, ne veniat contra factum suum, id est, contra emancipationem à se factam. Solutio: Distinguendum est, vtum filia adhuc viuat, an mortua sit. nam pater contra ipsam filiam potest mouere quæstionem, contra hæredes eius non potest, quia diuturno silentio videtur emancipationem approbasse. Contra hæc solutionem obijcio, l. 5. C. ne de statu defunctor. vbi constituitur, etiam post quinquennium à morte filij queri posse, vtum fuerit in patris potestate, nec ne. Solutio: Hæc quæstio potest quidem moueri post mortem filij, etiam si quinquennium effluerit: sed ab alio cuius interest, non item à patre qui emancipauit. Finge aliquem decessisse extraneo hærede relicto, & fratre præterito. frater potest mouere quæstionem, ac dicere testamentum non valere, quia defunctus sui iuris non fuerit, ideoq; sibi deberi successione ab intestato.

XXXV.

Quæro, An pater cogi possit emancipare filium suum. Respondeo, Ex quibusdam causis cogi, veluti si filiam peccare coegerit, l. si lenones. 12. C. de Episcop. aud. filium. vt cōtra pietatem malè affecerit, l. vlt. D. si à parente quis man. sit. aut sub conditione, si filium emancipet sibi relictum agnouerit, l. si cui legatum. 92. D. de condit. & demonstr.

Oppono: quia pater nullo modo compelli potest, vt filium emancipet, l. non potest. 31. D. de adopt.

Solutio: Quamuis hæc lex significare videatur, patrem nunquam cogi emancipare: tamen ita intelligi debet, non cogi regulariter, exceptis certis casibus, quod confirmat Imperator in §. vlt. Instit. quibus mod. potest. solu. dum ait filios nullo penè modo posse cogere parentes, vt ab eis emancipentur. & Papinianus qui in l. penult. D. si tab. test. nullæ extab. non simpliciter ait patrem nõ compelli, sed non facillè compelli, vt filium emancipet, id est, non sine iusta causa. iustæ autem causæ sunt omnes quas modò recensui.

Exit. De rerum diuisione.

XXXVI.

Quæro, Si quis in littore ædificauerit, vtum ipse sit dominus ædificij, an ædificium sit commune omnium hominum. Respondeo, Ipsius ædificantis proprium esse, l. 6. in princ. D. de rerum diuis.

Oppono: quia littus inter res iure naturali communes enumeratur. Ergo & ædificium in littore positum debet esse commune, propter regulam illam, ædificium solo cedit, l. 7. §. cum in suo. D. de acquir. rer. dom. §. cum in suo. Instit. de rer. diuis.

Solutio: Illa regula non obstat, quo minus ædificium in littore positum, eius sit qui ædificauit: quia non potest ædificare, quin occupet littus. constat enim littus concedi occupanti. factus igitur dominus littoris per occupationem, meritò est dominus ædificij, secundum eandem regulam, qua dicitur ædificium solo cedere.

XXXVII.

Quæro, An in sepulchrum commune vnus cæteris inuitis mortuum inferre possit. Respondeo posse, l. 6. §. penult. D. de rerum diuis. §. religiosum. Instit. eod.

Oppono regulam, quæ ait, in re communi neminem dominorum quicquam altero inuito facere posse, l. Sabinus. 28. D. commu. diuid. Nam si nihil inuito socio facere potest, certè nec mortuum inferre potest.

Solutio: Cum queritur, an socius aliquid in re communi socijs inuitis facere possit nec ne, distinctione opus est. Aut enim vult facere aliquid noui, vt ex loco puro religiosum: aut vult re communi vti secundum eum vsum cuius gratia constituta est. Priori casu non potest aliquid facere inuito socio, & melior est conditio prohibentis, quam facere volentis. Posteriori casu non requiritur socij voluntas, sed eo quoque inuito re communi vti possumus, l. cum duobus. 52. §. item Mela. D. pro socio. Hinc est

quòd vnus alijs inuitis potest inferre mortuum in commune sepulchrum, nõ item in locum purum. d. §. religiosum. Instit. de rer. diuis.

Quæro, An puniatur is qui voluit delinquere, nec tamen deliquit. Respondeo, Eum non puniri, nisi voluntas ad effectum aliquem producta sit: hoc enim est quod vulgò dicitur, cogitationis pœnam neminem pati, l. cogitationis. 18. D. de pœn. Oppono: quia Remus ob id interfectus est, quod murum transcendere voluerit, l. vlt. in fin. D. de re. diuis. Ergo in magnis criminibus etiam voluntas puniri solet. Solutio: Remi voluntas non nuda fuit: sed verba legis ita accipienda sunt, vt dicatur Remus transcendere voluisse, quia volens non coactus transcendit. Eum namque transcendisse murum auctor est Liuius lib. 1. ab V. C. his verbis: *Vulgator fama est, ludicio fratris Remum nouos transiisse muros.* Hæc autem interpretatio non est noua, quoniam & in l. 4. C. fin. regund. dicitur vsurpare voluisse, qui volens vsurpauit. Item que voluntas accipitur pro expressa conuentione, in l. 5. C. de loca. & in l. 5. D. in quibus causis pig. vel hyp. tac. contrahitur.

XXXVIII.

Exit. De senatoribus.

Quæro, Si quis filium procreauerit priùs quàm senator vel decurio factus sit, an ille sit inter filios decurionum vel senatorum numerandus. Respondeo, Eum esse hominem priuatum & plebeium, l. Senator. 11. C. de dignitatibus. Oppono l. 5. D. de Senator. vbi Vlpian. ait, eum esse filium senatoris. Solutio: Hæc duo non pugnant, eundem esse plebeium, & esse filium senatoris. aliud enim est, filium esse senatoris: aliud, filium ex senatore natum. quemadmodum non idem est, filium esse decurionis, & esse filium ex decurione natum, l. 1. §. in filijs. D. de decurionibus. Item aliud est testamentum militis: aliud, testamentum factum à milite. l. Titius. 25. D. de test. mil. Quemadmodum igitur militis testamentum dicitur, quod factum est à pagano, qui postea militiam adeptus est, & iure communi censetur, non valet ex priuilegio militari, d. l. Titius. ita etiã natus ex patre plebeio, est plebeius, licet rectè dicatur filius senatoris, vel decurionis, eo quod postea pater senator vel decurio factus est.

XXXIX.

Quæro, si quis auum vel patrem senatorem habuerit, vtum patre eius senatu moto, inter liberos senatorum connumeretur ratione aui senatoris, an non connumeretur, quia pater senatu motus est. Respondeo, in l. 7. §. vlt. D. de senat. eum numerari inter liberos senator. Ait enim Vlp. aui dignitatem ei magis prodesse, quam noceat casus patris. Oppono, quia hic nepos subiicitur pœnis & quæstionibus plebeiorum, quibus liberi senatorum non poterant subiici, l. Diuo. 11. C. de quæstionibus. Solutio. Distinguendum est inter tractatum de matrimonio lege Iulia & Papia interdicto, & tractatum de quæstionibus & pœnis. lege Iulia & Papia prohibentur senatores & eorum liberi libertinas aut alias viliores mulieres vxores ducere, l. lege Papia. 33. & l. lege Iulia. 44. D. de rit. nup. Quoniam igitur si nepos senatoris talem mulierem vxorem duceret, id aliquo modo pertineret ad aui senatoris ignominiam, idcirco placuit eas nuptias prohiberi. Idque significauit Vlp. in d. l. 7. scribens ad l. Jul. & Pap. vt inscriptio eius legis ostendit. Alia est ratio quæstionum & pœnarum, quas placuit senatorum nepotibus irrogari, vt earum metu à delictis detererentur.

XL.

Quæro, An consul apud collegam possit manumittere seruum. Respondeo, Eum posse quidem apud se manumittere, l. si rogatus. 20. §. vlt. D. de manum. vindict. sed apud collegam non posse: quia nec prætor apud prætorem manumittere potest, l. apud filium fam. 18. eod. tit. & omnino nemo potest manumittere apud eum, cui par imperium est, l. apud eum. 14. D. de manum.

XLI.

Oppono l. vn. in fin. D. de offi. consul. vbi Iuriscōsultus ait consulem minorem 20. annis apud se manumittere non posse, apud collegam verò causa probata posse. quibus verbis videtur contineri sententia legibus supra dictis contraria omnino: nempe vt consul, si modò sit minor 20. annis, non possit manumittere apud se, sed apud collegam.

Solutio: Si hæc lex rectè interpungatur, & rectè explicetur, non repugnat alijs legibus, sed pulchrè consentit. Verborum namque Vlpiani sensus est, consulem qui est minor 20. annis, non posse simpliciter manumittere seruum suum apud semetipsum, quia ratione ætatis prohibetur lege Ælia Sentia manumittere seruum, nisi iusta causâ manumissionis probata fuerit. ipse enim causam ma-

lam ma-

ſam manumittendi examinare nõ potest, ne lex Ælia Sentia eludatur. Sed apud collegã suum causam probare debet: qua apud eum probata, manumittere potest, non apud collegam, sed apud ſemetipſum. adeo vt collega cognoſcat de cauſa manumittendi, ipſe autẽ dominus apud ſe manumittat. Hęc interpretatio ſacillimẽ accommodatur verbis legis, dummodo ſicilicet ſubijciatur verbo *probata*.

Exit. De officio præfeti vrbis.

XLII. **Q**uero, An aliquis cogatur res ſuas vendere iuſto pretio. **R**pondeo, Neminem cogi ita vendere: quia iuſtum eſt, vt vnicuiq; res ſuã committantur, l. non enim. 9. D. rer. amot. l. nemo exterus. 9. C. de Iudicis. idque rationi conſentaneum eſt: quia cum nemo cogatur vendere, l. inuitum. 11. C. de contrah. empt. certẽ ſi ſponte ſua vendat, non debet cogi, vt hoc aut illo pretio vendat.

Oppono l. 1. §. cura. D. de offic. præfeti vrbis. vbi dicitur ad præfctum vrbis pertinere, vt caro iuſto pretio vendatur.

Solutio: Regulariter nemo cogitur vendere certo aliquo pretio, ſed publicæ vtilitatis cauſa, ſunt excipiendæ res venales, quæ ad victum pertinent, quibus certum premium ſtatui ſolet. Huic ſolutioni oppono l. vlt. §. itẽ ſcripſerunt. D. de leg. Iul. de anno. vbi dicitur non poſſe ordinem decurionum premium ſtatuerẽ rerum quæ in vrbem inuehuntur. **S**olutio: Nec dicitur ibi frumentum fuiſſe venale, nec ſimpliciter negatur pretiũ eſſe definiendum, ſed negatur hoc ius competere decurionibus, quia potiũs pertinet ad præſidem.

XLIII. **Q**uero, An præſes vel alius magiſtratus poſſit alicui in perpetuum interdicerẽ, quominus arte ſua vtratur. **R**pondeo non poſſe. nam interdictio præſidis tamdiu valet, quamdiu magiſtratu fungitur. cum autem magiſtratu abiit, ea interdictio nullam vim habet, l. vlt. D. de pœ. **O**ppono: quia præſes aut alius magiſtratus poſſet in perpetuum interdicerẽ alicui, ne aduocati officio fungatur, l. 1. §. vlt. D. de offic. præf. vrbis. **S**olutio: Distinguendum eſt inter aduocationem, & ſordidas artes quæ vulgò vocantur mechanicæ. aduocati enim officium eſt nobile, ſed minus neceſſariũ quàm artes illæ: proinde & difficiliũs conceditur, & faciliũs prohibetur. vnde fit, vt magiſtratus qui non poſſet in perpetuum interdicerẽ arte aliqua vti, aduocatione interdicerẽ poſſit.

XLIV. **Q**uero, An præfctus vrbis cognoſcat de criminibus in quacumq; Italiae parte admiſſis. **R**pondeo, eum non cognoſcere, niſi de ijs quæ admiſſa ſunt intra cẽteſimum lapidem, l. 1. §. initio. D. de offic. præf. vrbis. **O**ppono principium eiũdem legis, vbi ſimpliciter dicitur cognoſcere de omnibus criminibus in vrbe vel intra Italiam commiſſis.

Solet etiã opponi l. vlt. eiũdem tit. ex qua videtur colligi, admiſſa extra vrbem, ad præfctum vrbis non pertinere: quoniam ibi dicitur præfctum vrbis extra vrbem non habere poteſtatem, id eſt, merum imperium quod ad crimina puniendã pertinet, ſed poſſe iubere iudicare. **S**olutio: Expoſitio princ. l. 1. peti debet ex d. §. initio. quæ enim intra centeſimum lapidem ſunt commiſſa, rectẽ dicuntur commiſſa intra Italiam. Ergo verba, *intra Italiam*, ſic accipie, id eſt, in ea Italiae parte, quæ centeſimo lapide clauditur. **Q**uod attinet ad l. vlt. ea lex re vera non pertinet ad præſentem quæſtionem: quoniam ibi non agitur de delictis commiſſis extra vrbem, ſed de præfcto vrbem egreſſo. Sanẽ præfctus, cum eſt extra vrbem, non habet poteſtatem, id eſt, nõ poſſet exercere imperium in homines facinoroſos. Dum tamen eſt in vrbe, de omnibus criminibus cognoſcit, ſue in vrbe, ſue extra vrbẽ intra centeſimum lapidem admiſſa fuerint.

Exit. De officio præfeti vrbis.

XLV. **Q**uero, ſi incendium ortũ ſit, an ſemper intelligatur eſſe ortum culpa inhabitantium. **R**pondeo non ſemper, ſed plerumq; eorum culpa fieri, l. 3. §. 1. D. de offic. præf. vrbis. **O**ppono l. ſi vendita. 11. D. de peric. & com. rei vend. vbi dicitur incendium ſine culpa non fieri. **S**olutio: Fit quidem ſemper incendium aliqua culpa, non tamen ſit ſemper culpa inhabitantium, quandoq; enim extraneus domum ingreſſus, incendij cauſam dat.

Exit. De officio proconſulis.

XLVI. **Q**uero, An legatus proconſulis habeat iuriſdictionem voluntariam. **R**pondeo, eum talem quoq; iuriſdictionem habere, ſiquidem apud eum manu-

mitti poſſet, l. apud proconſulem. 17. D. de manu. vind.

Oppono l. 2. §. apud. & l. ſeq. D. de offic. procon. vbi dicitur apud legatum manumitti non poſſe, quia non habet iuriſdictionem talem, id eſt, voluntariam, nec apud eum eſt legis actio. **S**olutio: In hac quæſtione animaduertendum eſt, verum legatus ſit ingreſſus in prouinciam, & ei à proconſule ſit mandata iuriſdictione, necne. poſtquam enim mandata iuriſdictionem in prouincia ſuſcepit, ſine dubio iuriſdictionem habet, l. 4. §. vlt. l. 5. l. legatus. 12. D. de eo. ſed antequam prouinciam ingreditur, non ſolum non habet iuriſdictionem contentioſam, ſed ne quidem voluntariam, d. l. 2. Ratio eſt: quia proconſul non mandat iuriſdictionem legato, prius quàm in prouinciam venerit: legatus verò nullam habet iuriſdictionem, niſi à præſide mandata acceperit, d. l. 4. §. vlt. **Q**uapropter in d. §. apud. ex proximo repetenda ſunt illa verba, *ſtatim quàm vrbem egreſſi fuerint*. ſententia namq; Iuriſconſulti hæc eſt: **Q**uamuis proconſul ſtatim ac eſt vrbem egreſſus, necdum prouinciam ingreſſus, habeat iuriſdictionem voluntariam, legatus tamen eius hoc tempore nullam iuriſdictionem habet.

XLVII. **Q**uero, an maritus pro vxore cõueniri poſſit. **R**pondeo, non poſſe, l. 3. C. ne vxor pro mar. **O**ppono l. 4. §. 1. D. de offic. proconſ. vbi dicitur, ſi quid vxores proconſulum deliquerint, ab ipſis proconſulibus rationem & vindictam exigi. **S**olutio: Hoc eſt ſpeciale in proconſule, qui vxorem ſecum duxit in prouinciam, quia ducere non debuit, & melius feciſſet, ſi ſine vxore profectus eſſet, d. §. 1. Nam & Tacitus lib. 3. annalium ſcribit Seuerum Cæſinam cenſuiſſe, ne quem magiſtratum, cui prouincia obueniſſet, vxor comitareretur. additq; rationem: haud enim fruſtra placitum olim, ne feminæ in focios aut gẽtes externas traherentur, in eſſe mulierũ comitatu, quæ pacem laxu, bellum formidine morentur.

XLVIII. **Q**uero, an accuſatio criminalis inſtitui poſſit apud legatum proconſulis. **R**pondeo non poſſe, l. 6. in princ. D. de offic. procon. **O**ppono, quia etiam legatis proconſulis conceſſum eſt, vt audiant cauſas criminales, l. vn. C. eod. **S**olutio: Legati audiunt cauſas criminales, non quia apud ipſos accuſatio inſtituta fuerit, ſed quia proconſules, apud quos accuſatio inſtituta fuit, cognitionem legatis mandant, d. l. 6. in princ. **I**terum oppono: quia tutor ſuſpectus poſſet accuſari apud legatum proconſulis, l. 1. §. an autem. D. de ſuſp. tut. **R**pondeo, hoc ſpecialiter introductum eſſe conſtitutione Seueri & Antonini, fauore pupillorum, quo familiũs tutores ſuſpecti remouentur, & ne in adminiſtratione mancant, dum proconſul alijs negotijs eſt impeditus.

XLIX. **Q**uero, An legatus proconſulis poſſit iudicem dare. **R**pondeo, eum poſſe dare iudicem, poſtquam ipſi à proconſule iuriſdictione mandata eſt, l. legatus. 12. D. de offic. procon. l. cum prætor. 12. D. de iud. **O**ppono l. 5. C. eod. tit. vbi proconſulis legato facultas dandi iudicis denegatur. **S**olutio: Distinguendum eſt inter legatum proconſulis vel omnino eum cui iuriſdictione mandata eſt, & iudicem datum ſue delegatum. Iudex enim datus nullam iuriſdictionem habet, proinde ne ſuam quidem ſententiam exequi poſſet, l. à Diuo Pio. 15. in princ. D. de re iud. Legatus autem proconſulis, & alij quibus mandata eſt iuriſdictione, funguntur iuriſdictione eius qui mandauit, l. 3. D. de offic. eius.

L. **Q**uero, An tutoris datio mandari poſſit. **R**pondeo, l. Eam mandari non poſſe: ipſe enim præſes tutorem dare debet: is verò cui præſes iuriſdictionem mandauit, tutorem dare nequit, l. nec mandante. 8. in princ. D. de tut. & eur. dat. **O**ppono, quia legatus proconſulis mandata ſibi iuriſdictione poſſet dare tutorem, l. penult. D. de offic. procon. **S**olutio: Notandum eſt, magiſtratum ea mandare poſſe, quæ ſibi competunt iure magiſtratus, & quæ iuriſdictione continentur, non item mandare poſſe ea, quæ ſibi ſpecialiter vel lege, vel ſenatuſconſulto, vel principis conſtitutione commiſſa ſunt, leg. 1. D. de offic. eius. **Q**uia igitur tutoris datio nõ pertinet ad iuriſdictionem, fidei tantum competit, cui lex, vel ſenatuſconſultum, vel princeps conceſſit l. 6. §. tutoris. D. de tutel. neceſſe eſt fieri, tutoris dationem mandari non poſſe. Legatus autem, cui proconſul iuriſdictionem mandauit, poſſet dare tutorem non ex vi mandate iuriſdictionis, ſed quia nominatim hoc ius ſibi conceſſum fuit conſtitutione D. Marci. l. 1. §. 1. D. de tut. & eur. da. Ergo hoc ſpeciale eſt in legato propter dictam conſtitutionem Diui Marci. Non autem locum habet in eo cui præſes mandauit iuriſdictionem: quia præſes, cum ipſe eſſet legatus Cæſaris, nullum legatum habebat.

Ex tit. De officio praesidis.

L I. **Q**uæro, An magistratus sententiam suam definitivam mutare possit. Respondeo, Eum non posse. Sic enim discretè responderetur in l. quod iussit. 14. D. de re iud. Oppono, quia prætor ex quibusdam causis moderatur pœnam statutam in eum, qui patronum suum sine venia in ius vocavit, veluti si libertum pœniteat & actionem remittat, item si patronus vocatus in ius non venerit, aut non in ius vocatus fuerit. l. quavis. 11. D. de in ius voc. Multa quoque in eum statuta, qui in ius vocatus non venit, ex certis causis remittitur: ut puta si rusticus sit qui non venit, aut si dies fuit feriatas. l. 2. D. si quis in ius vocat. non erit. Solutio: His casibus prætor moderatur aut remittit pœnam sine vlla sententiæ mutatione, quia nulla sententia lata est. Hæc namque pœnæ non decreto, id est, sententia prætoris, sed edicto irrogantur. Rursus oppono: quia præses interdum moderatur pœnam, quam sententia irrogavit, l. 6. §. pen. D. de offi. præf. quod non videtur fieri posse sine mutatione sententiæ. Solutio: Hoc est speciale propter inopiam condemnati, qui pœnam irrogatam solvere non potest, l. vlt. §. vlt. C. de modo multar.

L II. **Q**uæro, An præscriptio temporis noceat ei, qui agere non potuit. ut puta si actio sit annalis, & intra annum agere non bene potuerit, vel quia fuit in potestate patris, vel ob aliam causam. **Q**uæro, utrum elapso anno possit efficaciter agere, an obstat ei temporis elapsi exceptio. Respondeo, Temporalis actionis ei, qui agere non potest, tempus non currere, sed post illud tempus elapsum actionem ei salvam manere, l. i. in fin. C. de annal. except.

Oppono: quia si actio temporalis præfidi competat, comitive, aut liberti eius, etsi non potest exerceri, quamdiu ille magistratu fungitur, tamen actio lapsu temporis perimitur, aded ut restitutione opus sit: quæ restitutio esset inanis, si actio duraret, l. senatusconsulto. 16. D. de offi. præfid. Solutio: Distinguendi sunt tres casus. aut enim nullo modo agi potuit, aut omnino agi potuit, aut quadantenus & ex parte potuit. Primo casu manet actio salva, quia præscriptio temporis non currit, quamdiu ille agere nequit. Altero casu actio lapsu temporis omnino tollitur, ita ut non restituatur. Tertio casu tollitur quidem ipso iure actio, sed restituatur. Primi casus exemplum attuli, cum actio dabatur filiofamil. Secundi casus exempla afferre necesse non est. Tertij casus exemplum est, quod dixi de præfide, & eius comitibus, aut libertinis: nam de eorum causis parcissimè ius dici debuit: potuerunt tamen agere, saltem eatenus, ut lis contestaretur, & per litem contestationem perpetuaretur, argum. vlt. §. si quid. eod. l. & argumento l. sed etsi. 28. §. penult. D. de iud. Quoniam igitur potuerunt agere, ideo dicimus eos amittere actionem, si præstituto tempore non egerint. sed quia rectè videntur non egisse, quatenus præses non debet sibi ius dicere, nec suis, idcirco actio ipsis restituitur.

Ex tit. De officio eius cui mandata est iurisdictio.

L III. **Q**uæro, An cognitio de suspectis tutoribus mandari possit. Respondeo, Non posse mandari, l. penult. in princ. D. de offic. eius. Oppono, quod dicitur in l. 1. §. suspecti. D. ad Turpil. ipsum præsidem de tutore suspecto cognoscere debere, alium verò ne quidem præfide mandante cognoscere posse. Solutio: Distinguendum est inter legatum proconsulis, & alios quibus iurisdictio mandata est. alij namq; hanc cognitionem non habent. legato autem proconsulis mandari potest: quia nominatim hoc permillum fuit constitutione Seueri & Antonini, d. l. penult. in princ. D. de offic. eius. l. i. §. an autem. D. de susp. tutor. §. 1. Insti. eod. Quoniam igitur præses (ut supra docuimus) nullum legatum habebat, idcirco dicitur nulli eam cognitionem mandare posse, d. §. suspecti. neque enim quod dicitur de proconsule & legato eius, producit ad præsidem, & eum cui præses iurisdictioem mandavit: quanquam producit per interpretationem ad prætorem, & eum cui prætor mandavit iurisdictioem, d. l. i. §. an autem. de susp. tut.

L IV. **Q**uæro, An is qui mandatum iurisdictioem suscepit, eam alteri mandare possit. Respondeo, non posse, l. vlt. in princ. D. de offic. eius. l. §. D. de iurisdict. Oppono l. cum prætor. 12. §. 1. D. de iud. vbi dicitur, eum cui iurisdictio mandata est, iudicis dandi auctoritatem habere. vnde colligitur, eum posse in alterum iurisdictioem transferre, præfertim cum iudicis dandi licentia sit pars iurisdictio-

tionis, l. 1. D. de iurisdict. Solutio: Aliud est, dare iudicem: aliud est, mandare iurisdictioem. Iudex enim datus nullam habet iurisdictioem, quia nullam habet coercionem, sine qua iurisdictio non consistit: sed tantum habet auctoritatem iudicandi, aded ut sententiam suam exequi non possit, sed is sententiam iudicis exequatur, qui iudicem dedit, l. à Diuo Pio. 15. in princ. D. de re iud. Is verò cui iurisdictio mandata est, iurisdictioem habet, quam suscepit, quamuis non habeat iurisdictioem propriam, sed utatur iurisdictioem mandantis, l. 3. D. de offic. eius. Sunt igitur tres gradus distinguendi. Nam magistratus habet iurisdictioem propriam, is cui mandata est iurisdictio, utitur iurisdictioem aliena. iudex pedaneus iudicat tantum, non ius dicit.

L V. **Q**uæro, An aliquis eodem tempore possit esse consiliarius & aduocatus. Respondeo, non posse: quia legislator præsumit non posse aliquem utriusque officio commode satisfacere, l. vlt. C. de assessor.

Oppono l. penult. D. de officio assessor. in qua assessori permitti videtur, ut aduocati officio fungatur, non quidem in suo auditorio, sed in alieno. verba legis in vulgaris codicibus ita leguntur: *Consiliarijs eo tempore quo assident, negotium tractare in suum quidem auditorium nullo modo concessum est, in alienum autem non prohibentur.*

Solutio duplex afferri potest, utraq; ad lectionem Florentinam accommodata, sed vnà tantum conuenit vulgaræ lectioni. Prima solutio hæc est, in d. l. penult. non agi de officio aduocati, sed de negotijs in auditorio iudicis tractandis. Nec enim aduocatus est, quisquis in auditorio negotia tractat, nec quisquis apud magistratum postulat: sed is aduocati officio fungitur, qui apud iudicem pro alio postulat. Nihil igitur vetat, quominus dicamus Consiliarium prohiberi tractare negotia aliena quasi aduocatum, sed posse tractare sua negotia in alieno auditorio. Hæc solutio non est incommoda. Sed altera mihi magis probatur, quæ pulchrè conuenit lectioni Florentinæ, nempe ut dicamus verbum *Consiliari* non esse in dandi casu accipiendū, ut alijs videtur, quasi sit *Consiliari* pro *Consiliario*: sed esse patrij casus, & scriptum esse *Consiliari* pro *Consiliarij*, ut alibi scriptum est *fili proflij: domini pro dominj*: & id genus alia, quæ sæpè occurrunt in Pandectis. Si igitur ita legamus, & ita interpretemur, nulla erit antinomia. neque enim dicitur in d. l. pen. Consiliarium tractare negotia in auditorio alieno, sed alium quempiam siue procuratorem, siue aduocatum, tractare negotia consiliarij, tractare (inquam) non apud iudicem, cui ille consiliarius assidet, sed apud alium iudicem.

Ex tit. De iurisdictioe.

L VI. **Q**uæro, si cuius familia damnum dederit, vnde teneatur dominus actione Aquilia noxali, utrum intelligatur esse plura delicta, quia multi serui damnum dederunt, aded ut non sufficiat dominum tantum præstare ei qui damnum passus est, quantum præstaret, si homo liber damnum dedisset, sed cogatur ad totam familiam quæ deliquit noxæ dedere, aut toties litem æstimationem præstare, quot sunt serui qui deliquerunt: An potius, quia sunt serui eiusdem domini, videatur etiam quodammodo vnū delictum, ita ut dominus semel tantum æstimationem damni dati præstet, perinde ac si vnus homo liber deliquisset. Dū ita quæro: perinde est, ac si quærerem, utrum damnum compareretur iniuriæ, an furto. Et enim si plures serui iniuriam fecerint, intelliguntur plures iniuriæ, & sunt plures condemnationes. sed si plures serui furtum commiserunt, habetur pro vno facto, & semel tantum pœnam dominus præstat, l. si familia. 9. D. de iurisdict. Respondeo, Damnum comparari iniuriæ, ita ut domino non sufficiat tantum præstare, quantum præstaret, si homo liber deliquisset, sed toties condemnationem subeat, quot sunt serui, d. l. si familia.

Oppono l. illud. 32. in princ. D. ad leg. Aquil. vbi discretè Caius defendit contrariam sententiam, & comparat damnum furto, aded ut dominus semel tantum condemnatur, & æstimationem soluat.

Solutio: Distinguendum est inter verba edicti prætorij & interpretationem à Iurisconsultis adiunctam. Nam si verba spectemus, prætor id beneficium domino concessit tantum in furto, ut, si familia furtum fecerit, dominus tantum præstet, quantum præstaret si homo liber deliquisset, l. i. D. si fam. fur. sec. dic. de damno dato nullum verbum est à prætore adiectum. Ergo quantum ad verba edicti, eadem est ratio damni, iniuriæ & aliorum delictorum, i

rum, in quibus cessat dictum beneficium prætoris. Idque Iuriscōsultus significauit in d. l. si familia. Sed ex mente prætoris & expendens rationem edicti Caius in d. l. illud. produxit edictum de furto ad damnum datum, quoniam in utroque casu eadem est ratio, nempe ne ob delictum seruorum dominus innocēs aut tota familia careat propter noxæ deditioem, aut magnam pecuniæ summam inferre cogatur, atque ita patrimonium eius subuertatur. Si quis quarat, cur non eadem ratio sit iniuriæ, & alibi corrupti: nam his duobus casibus certum est domino dictum beneficium non concedi a prætore, d. l. si familia. Respondeo, habendam esse rationem eius qui a seruis læsus est. grauius enim læditur, qui a multis quam qui ab uno iniuriam patitur. Ergo plus etiam præstandum est a domino, si plures serui, quam si vnus iniuriam fecerit. Similiter magis contemnitur auctoritas prætoris, si plures album corrumpant, quam si vnus. Ergo similiter maior condemnatio fieri debet, cum plures serui album corrumperunt. Non idem dicere possumus de damno, & furto. æquè enim læditur aliquis, siue vnus siue plures rem eius furpiat, vel corrumpat.

LVII. Quæro, An liceat patri ius dicere, aut iudicare in causa filij, & filio in causa patris. Respondeo, Neminem sibi aut suis ius dicere aut iudicare debere, l. qui iurisdictioni. 10. D. de iurisd. l. vn. C. N.º quis in sua causa iudic.

Oppono: quia pater filium & filius patrem dicitur iudicem habere posse, l. in priuatis. 77. D. de iudic. Solutio: Duæ distinctiones notandæ sunt, quarum prior hæc est, aliud esse ius dicere, aliud iudicare, d. l. vni cum similibus. Qui ius dicit, coercionem habet, l. i. in fin. l. vlt. in fin. D. de offic. eius. qui iudicat, nullam coercionem habet, aded vt suam sententiam exequi non possit, l. a Diuo Pio. 15. in princ. D. de re iud. Ius dicit magistratus, aut is cui iurisdictione a magistratu mandata est. iudicare proprie dicitur iudex pedaneus a prætore vel alio ius dicente datus. Iurisdictione libera est iudicandi autem potestas non est libera, sed per formulam prætoris coarctata. Vt si prætor iudici dato formulam præscribat: Si pater Titium a Mæuio mutua centum accepisse, nec ea Mæuio soluisse, condemna iudex: tum iudex ita erat formulæ adstrictus, vt non posset absolueret Titium, etiam si pactus esset cum Mæuio, ne a se pereretur, nisi pacti exceptio esset adiecta in formula prætoris. Altera distinctio est inter verbum posse, & verbum debere. Quædam enim fieri possunt, non tamen fieri debeat. exempli gratia, Titius sine consensu patris nuptias contrahere potest, & nuptiæ valent, dummodo pater eas ratas habeat, l. 5. C. de nupt. filius tamen non id facere, sed iussum patris expectare debet. nam iussum parentis præcedere debet. Inst. eod. in princ. His præmunitis, dicendum est, neminem posse aut debere sibi vel suis ius dicere, sed posse iudicare de suorum causis, cum id facere a prætore iussum est: hoc tamen fieri non debere, sed rectius committi iudicium extraneo, in quo non est ea suspicio, quæ in patre ac filio locum habet. Iterum oppono: quia pater filium apud prætorem manumittere potest, l. 1. D. de offic. prætor. quoniam idem potest apud semetipsum emancipari, aut in adoptionem dari, l. 2. §. D. eod. l. 3. D. de adopt. Item potest aliquis apud semetipsum emancipare filios suos, vel dare in adoptionem, vel seruos manumittere, l. 4. D. eod. l. 2. de offic. præsid.

Solutio: Distinguendum est inter iurisdictionem voluntariam, & contentiosam. nam hæc multo facilius conceditur, l. 2. D. de offic. procon. Quod igitur diximus, neminem sibi vel suis ius dicere posse: intelligendum est de iurisdictione contentiosa, qua potest alter litigatorum lædi, si iniquè ius dicatur. quæ ratio non habet locum in iurisdictione voluntaria, cum ius reddatur cōsentientibus, siquidem consentientibus non fit iniuria.

LVIII. Quæro, An magistratus possit iubere, vt iudex a se datus, iudicet certo die, quo is qui iudicem dedit, priuatus futurus est. veluti si Kalend. Ianuar. futurum est, vt prætura functus sit, & magistratu abierit: Quæro, vtrum Kalen. Octobris iubere possit, vt iudex sententiam dicat sequentibus Idibus Ianuarij, aut Kalen. Febr. Nam si inspicimus tempus, quo prætor iubet, videtur iussum valere, cum adhuc prætura fungatur. sed si rationem habere malimus eius dicit, in quem iussum confertur, id est, quo sententia a iudice pedaneo proferri debet: non videtur iussum valere, quia prætor eo die non erit. Respondeo, Huiusmodi iussum nullius esse momenti, l. eum qui. 13. D. de iurisd. secundum regulam illam: Paria sunt, aliquid fieri tempore illicito, & conferri in tempus illicitum.

Oppono: quia iudex a magistratu datus, non propterea desinit esse iudex, quod ille magistratu abierit, immo

nihilominus cogitur iudicare, l. venditor. 49. §. 1. D. de iudic. Vnde apparet non extinguere iussum prætoris, qui iudicem dedit: alioquin desineret esse iudex.

Solutio: Manet quidem iudex, etiam si priuatus fiat is a quo iudex datus est, & ita manet iudex, vt cogatur sententiam pronuntiare: sed non cogitur ab eo, a quo iudex datus fuit: quippe cum hic omnem potestatem amiserit: sed cogitur a successore eius, qui iudicem dedit. Ergo distinguendum est inter dationem iudicis & compulsionem ad sententiam ferendam. datio namque iudicis manet, quamuis prætor magistratu abierit: sed compelli iudex ad pronuntiandum non potest, nisi iussum eius, qui tum temporis magistratu fungitur, cum sententia pronuntianda est.

Quæro, Vtrum ij, qui errant, rectè dicantur consentientes, an error impediatur consensum, aded vt propter errorem non valeat id quod actum fuit. Respondeo, Quod actum est per errorem, non valere, quoniam error consensui maximè contrarius est, l. si per errorem. 15. D. de iurisd. l. nihil consensui. 116. D. de diuer. reg. iur.

Oppono: quia hæres, si per errorem consenserit, vt legatarius nanciscatur possessionem rei legatæ: veluti si Titio sit legatus fundus, & hæres falsò putans non esse locum Falcidiae, permiserit legatario venire in possessionem eius fundi: consensus ille hæredis habet effectum: nec obstat hæredis error, quo minus possessio fundi legati transferatur ad legatarium: & quidem ita transferatur, vt hæres per interdictum eam auocare non possit, l. 1. §. si legatarius. D. ad leg. Falcid. Præterea si quis indebitum per errorem soluerit, id est, falsò putans se debere, nihilominus transfert rei solutæ dominium in accipientem, aded vt non possit eam rem vindicare, sed necesse habeat confugere ad conditionem indebiti, l. 1. D. de condit. indeb. Ergo consensus per errorem adhibitus valet, & habet effectum, quatenus rei dominium transfert. Ad hæc, si quis ideo Titio donet, quod falsò putet ab eo sua negotia gesta esse, donatio valet, eo errore non obstante, l. in summa. 65. §. id quoque. D. de cond. ind.

Solutio: In hac quæstione adhiberi debet distinctio. aut enim erratur in causa negotij quod agitur, aut in ipsa re & negotio. Si erratur in causa dumtaxat, negotium valet, vt pote quod errore vacat, atque ita debent accipi leges proximè adductæ. Nam hæres non errabat in fundo, cuius possessionem legatario concessit: sed in causa errabat, quia falsò putabat se id permittere debere ex testamento. Item qui indebitum per errorem soluit, non errat in solutione, nec in eo quod soluit: sed errat in causa solutionis, falsò putans se teneri. Denique qui donat ei, a quo putabat negotia sua gesta esse, non errat in donatione, sed in causa donandi. Quod si error sit in ipso negotio, subdistinguendum est. aut enim erratur in corpore, aut in substantia, aut in genere contractus. Dicitur errari in substantia, veluti si quis emat æs, quod putet esse aurum. Dicitur errari in corpore, veluti si venditor putet se vendere fundum Tusculanum, emptor autem putet se emere fundum Seianum. Error est in genere contractus, veluti si rem tradens habeat animum vendendi, alter autem quasi sibi donatam aut commodatam accipiat. Cum in corpore erratum est, nihil actum esse videtur, & nullus est consensus, nec valet contractus ita celebratus: siue sit contractus bonæ fidei, vt emptio & venditio: siue contractus stricti iuris, vt stipulatio, l. in venditionibus. 9. D. de contrahend. emptio. l. inter stipulantem. 83. §. 1. & l. continuus. 137. §. 1. D. de verbor. obligatio. §. si de alia. Insti. de inutil. stipul. Si verò erratum est in substantia, subdistinctio necessaria est. Aut enim agitur de iudice adeundo: vt puta litigantes per errorem aduerunt prætorem tutelarem, quem falsò putabant esse prætorem fideicommissarium. aut agitur de contractu bonæ fidei: veluti si quis emerit æs pro auro, vel plumbum pro argento: aut de contractu stricti iuris, veluti si quis certum corpus stipulatus sit, quod putabat esse aurum, cum re vera esset æs. Primo & secundo casu error impedit consensum, aded vt non valeat, quod actum est apud iudicem per errorem, dicit. l. si per errorem. nec valeat contractus bonæ fidei per huiusmodi errorem factus, dicit. leg. in venditionibus. §. vlt. & l. sequentibus. Tertio casu, errore non obstante valet contractus. & ex dicta stipulatione, qua diximus aliquem stipulari corpus quod falsò putabat esse aurum, nascitur obligatio, & actio, qua stipulator petat illud corpus, quod stipulatus est, atque aded petat æs, non aurum. quamquam si in ea re deceptus est a promissore, habet eum obligatum ex doli clausula, quæ plerumq; stipulationibus sub-

ijci solet, quia cauetur dolum malum abesse abfuturumque esse, l. si id quod aurum. 22. D. de verb. oblig. Quod si doli clausula non fuerit adiecta, confugiendum erit ad actionem de dolo, arg. l. ita demum. ver. quod si huiusmodi. D. de recept. qui arbitr. Denique cum erratur in genere contractus, vt quia alter tradit quasi ex causa emptio- nis, alter autem accipit quasi mutuum: responsum est, errorem vitare contractum, ac dominium non transferri, l. si ego. 18. D. de rebus cred. In summa, vt contractus valeat, oportet consensum esse & in re, id est, in corpore, & in genere contractus. Huic solutioni oppono: quia error in causa pactio- nis, tollit vim pacti: vt in hac specie: Cum Sempronius Titio, Titius tibi decem deberet, de- lata tibi est hereditas Caij. qua adita, cum falso putares Caium legasse decem Sempronio, per hunc errorem ius- sisti Titio, vt ea decem qua tibi debebat, solueret Sem- pronio quasi ex causa legati. Titius loco solutionis pepi- git cum Sempronio de decem ab eo non petendis, quia iam diximtis Sempronium quoq; Titio debuisse decem. hoc pactum non obstat, quo minus Titius decem petat a Sempronio, itidemque tu petas decem tibi debita a Ti- tio, l. si cum te. 51. D. de pact. Solutio: Etsi hoc pactum no- perimit actionem tibi competentem contra Titium, nec actionem Titij contra Sempronium: non tamen est om- nino nullum, propter dictum errorem in causa paciscen- di: imo valet, & parit exceptionem, sed ea exceptio eli- ditur per replicationem doli mali, vt fit etiam in specie, l. tres fratres. 35. D. eod. Quare diligenter notandum est, iuriscōsultum in d. l. si cum te. non dicere pactum non valere, sed actionem pacto non esse peremptam, quia (vt dixi) defenditur actor per replicationem doli mali.

Rursus oppono: quia si hæres ignorans quantitatem hereditatis, & ea qua in vero erant, ac deceptus fallacia cohæredis, cum eo transegerit, dicitur non tam pactus quam deceptus esse. si pactus non est: ergo propter errorem, quia ignorabat ea qua in vero erant, non consensit, l. 9. §. qui per fallaciam. D. de transact. Solutio: Primum nota- re oportet, in ea specie non solum esse errorem hæredis decepti, sed etiam dolum cohæredis, cum quo pactus est. Præterea vt eius speciei decisio rectè intelligatur, distin- ctio est adhibenda. Aut enim ignorabat rei veritatem, quia non viderat testamentum, aut ob alias causas. si non inspexerat verba testamenti, transactio nihil profusus va- let, sed est omnino nulla. hoc enim specialiter receptum est fauore vltimarum voluntatum, ne transactio de rebus ad testamentum pertinentibus facta valeat, nisi inspectis & cognitis verbis ipsius testamēti, l. 6. eod. tit. l. r. D. quem- admodum test. tab. aper. Sed si alia fuerit erroris causa, transactio valet, & parit exceptionem: adeo vt opus sit doli exceptione, l. sub prætextu instrumenti. 19. Cod. de transact.

LX.

Quæro, An valeat pactum, quo renunciatur præscri- ptioni fori, & an is, qui renunciauit, ei pacto stare cogatur. Respondeo, Quamuis pacto de non competenti iudice adeundo, renunciatur fori præscriptioni, tamen eam præscriptionem cōpetere, si paciscentem pœniseat, quoniam iudex incompetens non habet iurisdictionem, nisi in eum consentiant litigatores eo tempore, quo ip- sum adeunt: nec sufficit antea consensisse, si postea pœ- niteat, l. si conuenerit. 18. D. de iurisdic.

Oppono l. si quis in conscribendo. 51. Cod. de episcop. & cler. qua totidem verbis repetitur in tit. de pactis, ordi- ne penultima. vbi dicitur, eum qui renunciauit præscri- ptioni fori non posse à tali pacto recedere: quia cui libet licet ijs renunciare, qua pro se introducta sunt.

Solutio: Distinguendum est inter pactum nudum, & legem contractus, a pacto nudo licet recedere. quod ve- rò inest contractui, necessariò seruandum est. Hac dis- tinctio confirmatur ratione, & auctoritate. Ratio sumit- ur à natura pactorum, qua non valent ad agendum, si sint pacta nuda: sed ita demum profunt agenti, si in con- tractu insint, l. iurigentium. 7. §. sed cum nulla. & §§. se- quentib. D. de pact. Auctoritas confirmat eandem distin- ctionem: quia Iustinianus in d. l. si quis in conscribendo, vitur his verbis: *Sancimus nemini licere aduersus pacta sua venire, & contrahentes decipere.* quibus verbis satis ostendit se loqui de pactis contractuum.

Ex tit. Quod quisque iuris.

LXI.

Quæro, An hæres succedat in pœnam, & puniatur ob delictum defuncti. Respondeo, hæredem in pœ- nam non succedere, quia morte delinquentis ex-

tingitur delictum, l. penult. D. de noui oper. nunciat. l. constitutionibus. 33. D. de obligat. & act. l. sicuti. 38. D. de diuers. reg. iur.

Oppono: quia pœna edicti, Quod quisque iuris, trans- lit in hæredem. nam aliquo nouum ius impetrante, vt sci- licet aduersario competens actio denegetur, aut eo, qui magistratu fungitur, competentem actionem denegan- te, non solum ipse punietur, sed etiam hæres eius: hoc est, non solum ipse denegatur actio, qua similiter ei cōmpē- tit, sed etiam eius hæredi, l. penult. §. quod autem. D. quod quisque iur.

Solutio: Quod dici solet, hæredem non succedere in pœnam, aut pœna non teneri: sic intelligi debet, id est, pœnam non incipere a persona hæredis, neque cogi hæ- redem delinquentis soluere pœnam, qua defuncto non fuit à iudice irrogata. Quod si defunctus propter suum delictum, aut soluit aliquid, aut amisit: hæres id non re- cuperat. Quamobrem in d. §. penult. rectè dicitur actio- nem denegari hæredi: quia pœna non incipit ab hæ- rede, nec adimitur hæredi actio competens defuncto: im- mo ideo denegatur actio hæredi, quia defunctus eam a- misit; proinde non potuit eam ad hæredem transmit- tere.

Ex tit. De iuris Vocando.

Quæro, Si quis apud aliquem magistratum causam L XII. agat, an possit ad alium iudicem vocari.

Respondeo, non posse, l. 2. verfic. nec enim. D. de in ius voc.

Oppono l. contra pupillum. 54. D. de rei iud. vbi vocatio in ius, qua quis vocatur ad alium magistratum, adeo pro- batur, vt excusetur is qui priorem litem deseruit, eo quod ad aliud maius auditorium vocatus fuit. potuit igitur ad alium iudicem vocari, ac talis vocatio habet effe- ctum.

Solutio: Hæ leges, quas adduximus, duobus modis conciliari possunt: & ni fallor, vterque conciliandi mo- dus admittendus est. Primum enim notandum est, in d. l. 2. non omnino prohiberi quo minus is qui apud alium iudicem litigat, ad aliud auditorium vocetur: sed prohi- beri, ne vocetur eo tempore, dum apud prætorem cau- sam agit. Ergo alijs temporibus, quamuis lite adhuc pen- dente apud prætorem, tamen poterit ad alium iudicem vocari. Hæc igitur est prima solutio. Altera solutio su- mitur non ex distinctione temporis, sed personarum. Cum enim dicimus non posse aliquem ad alium iudicem vocari: hoc eam vim habet, non vt puniatur is, qui vo- catus est, si vocantem secutus fuerit: sed vt puniatur is qui vocauit, propterea quod in edictum prætoris com- misit: ergo is qui vocatus est, cum paruerit maiori iudici, excusatur à pœna, quam promiserat, nisi se coram prio- ri iudice sisteret. is verò, qui vocauit, incidit in pœnam e- dicti, & cogitur soluere quinquaginta aureos, l. penult. D. de in ius vocan.

Quæro, Quæ sit propria significatio horum verbo- rum, *parentes, & liberi*, id est, quo gradu dicantur proprie parentes, vel liberi. Respondeo, parentes ac liberos prop- riè dici, cuiuscumque gradus sint in infinitum, l. 4. §. pa- rentem. l. sed & si. 10. §. liberos. D. de in ius vocan. l. 1. §. ge- neraliter. D. de legat. præst. l. liberorum. 220. D. de verbor. significat.

Oppono, quod dicitur in l. Iuriscōsultus. 10. §. paren- tes. D. de gradib. parentes apud Romanos proprio voca- bulo dici vsque ad tritaum, vltiores autem vocari maio- res: itidemque liberos dici vsque ad trinepotem, po- sterioribus autem nominari eos, qui sunt in vltioribus gradibus.

Solutio: In dict. §. parentes, proprium vocabulum non opponitur vocabulo improprie accepto: sed proprium opponitur communi, & idem valet quod speciale. liberi igitur & parentes vsque ad sextum gradum habent prop- ria vocabula, quibus notantur singuli gradus: vt pater & filij dicuntur, qui sunt in primo gradu: auus & nepos in secundo. similis est ratio cæterorum vsque ad sextum gra- dum, in quo collocantur tritaus & trinepōs. post huic 6. gradum nulla sunt propria & specialia vocabula, qui- bus significentur vel septimus, vel octauus, vel alius gra- dus: sed necesse est, vt generalib. verbis vtamur plures gra- dus comprehendētib. ac vocemus maiores, & posteriō- res: vel parentes, & liberos. ita parentum & liberorū vo- cabula omnibus gradibus communia sunt.

Quæro, si patronus libertum aut libertam iurare coege- rit ne nuptias contrahat, an filij eius priuentur iure pa- tronatus. L XIV.

tronus. nam ipsum patronum eo iure priuari constat. Respondeo, patronum solum puniri, non eius filios, l. adoptiuū. 8. §. vlt. D. de in ius vocan. Oppono: quia nec ipse patronus nec liberi eius quicquam iuris habent, ex quo libertus ad iusiurandum illud adactus fuit. l. qui cōtra. 15. D. de iure patro. Solutio: Distinguendum est inter edictū de in ius vocandō & legem Æliam Sentia pertinentem ad successionem in bonis liberti, vt constat ex l. 3. §. si quis libertam. D. de suis & legit. filij namque patroni non succedunt quidem liberti paterno propter dictum iusiurandum: ab eo tamen sine permisso prætoris in ius vocari non debent, denique aliquid iuris habent in persona liberti, non in bonis eius. Diuersitatis ratio hæc est: quia fauorabiliores sunt patroni, dum nolunt in ius à libertis trahi, quam cum lucrum captant & petunt successionem in bonis liberti.

LXV.

Si quis vendiderit ancillam hac lege ne prostituatur, & si prostituta fuerit: Quæro, vt fiat libera, emptore contra legem venditionis postea prostituente, atque ita ancilla ad libertatem perueniente, vtum hæc ancilla intelligatur esse liberta emptoris, an venditoris. vterque enim causam dedit libertati: venditor, quia pactum dixit, cuius vi effecta est libera: emptor quia prostituit & ob prostitutionem ad libertatem peruenit. Respondeo, venditorem haberi pro patrono. l. sed si. 10. §. j. D. de in ius voc. l. Diuus Vespasianus. 7. in princ. D. de iur. patron. Oppono, quia immo ipse emptor videtur manumississe. l. si mancipium. 34. in princ. D. de euictionibus. Solutio: Quamuis emptor videatur manumississe, non tamen habetur pro patrono: quia non simpliciter nec omnino videtur manumississe, sed quantum ad hoc non possit agere de euictione. absurdum enim esset, si emptor de euictione ageret aduersus venditorem, cum factō ipsius emptoris, id est, quia fuit ab emptore prostituta, mulier ad libertatem peruenit. In summa odio prostituentis semper interpretationem facimus contra emptorem, qui prostituit. Quare si agatur de in ius vocando, venditor habetur pro patrono, vt scilicet liberta possit in ius vocare emptorem, cui nullum honorem debet, non item venditorem. Quod si agatur de euictione, tunc dicimus emptorem videri manumississe: quia si videretur manumissa à venditore, emptor posset conqueri, & agere de euictione contra venditorem: quod non est ei concedendum.

Ex tit. Ne quis eum qui in ius vocabitur, si eximat.

LXVI.

Quæro, An vis possit esse sine dolo. Respondeo, nihil vetare, quo minus sit vis aperta sine dolo, vnde qui in ius vocatum eximit, punitur, non solum si dolo malo eximit, sed etiam si eximit vi absque dolo. l. 3. D. ne quis eum qui in ius voc. vi eximat. Oppono l. 2. §. doli. D. de vi bonor. rap. vbi dicitur, eum, qui vi facit, dolo malo facere, quia doli mali mentio vim in se continet. Ex quibus verbis perspicue colligi videtur, non esse vim absque dolo. Solutio: Aut consideratur vis generaliter: aut specialiter, quatenus sit eius mentio in edicto prætoris de vi bonor. rapt. Si generaliter spectetur, potest esse sine dolo, veluti si quis rem suam ab alio possessam, per vim rapiat, existimans id iure sibi licere, quia sit eius rei dominus. §. j. Instit. de vi bonor. raptor. Si verò specialiter consideretur in edicto de vi bonor. rapt. tunc vis rectè dicitur in se continere dolum: non quia bona rapi sine dolo nequeant, modò namque contrarium probatum est ex §. j. Instit. de vi bonor. rapt. sed quia prætor sub eo tit. non punit vim, nisi dolum malum adiunctum habeat. qua ratione Iustinianus in d. §. j. docet opus fuisse constitutionibus principum, vt puniantur ij qui res suas per vim rapiunt. Hæc interpretatio confirmatur etiam ex verbis d. §. doli. quia Iurisconsultus non simpliciter ait dolum malum in se continere vim: sed ait: *Doli mali mentio hic & vim in se habet.* hic, id est, in hoc edicto de vi bono. rapt.

Ex tit. Qui satisfare cogantur.

LXVII.

Quæro, Vtrum satisfaretur tantum fideiussoribus datis, an etiam datis pignoris. Respondeo, non satisfari nisi dentur fideiussores, vt facile colligitur ex definitione satisfationis. definitur enim cautio quæ sit adhibitis fideiussoribus. l. j. D. qui satisf. cogan. Oppono l. j. §. iuber. D. de collat. quo loco Iurisconsultus satisfationem appellare videtur, etiam si dentur pignora. Cum enim dixerit de collatione facien-

da satisfationem requiri: mox quærit, vtrum dandi sint fideiussores, an & pignora dari possint, quasi satisfaretur his duobus modis. i. datis fideiussoribus, vel pignoris. Solutio: Si rectè expendantur verba eius §. iuber, apparebit pignoris non satisfari, sed caueri. primum enim Iurisconsultus ait ex sententia Pomponij satisfandum esse. i. dandos esse fideiussores. deinde quærit, vtrum hoc tantum modo, an etiam datis pignoris caueri possit: non quod hæc sit diuisio satisfationis, sed quia quærendum erat, cum ex sententia Pomponij dictum fuisset posse satisfari datis fideiussoribus. vtrum hoc semper fieri debeat, an & aliter caueri possit.

LXVIII.

Quæro, si mulier fundum in dotem dederit, extra-neus autem de eo fundo controuersiam marito mouerit, vtrum mulieris satisfatio admittatur, an non. quod perinde est, ac si quærerem, an hanc interuentionem mulieris pro marito infirmet S. C. Velleianum, nec ne. Respondeo, mulierem hoc casu rectè fideiubere, & ex fideiussione obligari: quia fideiubet in rem suam. l. de die. 8. §. j. D. qui satisf. cog. Oppono: quia cum fundus sit res immobilis, & sit in dotem datus: tam maritus quam vxor eum fundum possidere videntur. proinde mulieri, si conueniatur, incumbit onus cautionis. l. pen. §. si fundus. eod. titu. Solutio duplex afferri potest. Primum quod dicitur, possessores rerum immobilium non satisfare, sic intelligendum est, eos non cogi satisfare. si tamen sponte sua satisfecerint: non est dubium, quin satisfatio valeat, ac pariat actionem. Itaque in casu proposito maritus non cogebatur dare fideiussorem sed si sponte dedit, & mulier pro eo fideiussit: dicendum est, eam obligari. Quamquam autem hæc solutio mihi verissima videtur, tamen altera quoque rejicienda non est: quia d. l. pen. vt omnes rectè interpretantur, pertinet ad solam cautionem iudicio sisti, quam non præstant possessores rerum immobilium, quia propter eam possessionem cessat omnis suspicio fugæ, & l. præsumit eos iudicio staturus. dictus autem §. j. l. de die. potest accipi commodissime de alijs cautionibus. Nam & duo seqq. §. loquuntur de cautione iudicatum solui. Quamuis igitur maritus, qui possidet fundum dotalem, non teneatur satisfare iudicio sisti, non tamen ab omnibus alijs satisfationibus præstandis liberatur. Quocunq; autem casu mulier pro viro satisfecerit in rem suam, quia scilicet fundus dotalis petebatur: dicendum est, satisfationem valere, ac mulierem obligari.

LXIX.

Quæro, an à sententia arbitri liceat appellare. Respondeo, non licere: quia nec actio iudicati ex ea datur, & omnino non habet vim sententiæ. vnde necesse est, vt ei adiungatur stipulatio pœnalis, vt metu pœnæ promissæ coercetur is, qui ab arbitro condemnatus fuit, quo magis arbitri sententiæ pareat, ne incidat in pœnam promissam. l. j. C. de recept. arb. Oppono l. 9 & 10. D. qui satisf. cogan. & l. vlt. in fin. C. de iudicijs. quibus locis dicitur ab arbitri sententia posse appellari. Solutio: Distinguendum est inter arbitrum datum à prætore, cum scilicet iudicium est arbitrium, & arbitrum sumptum ex compromisso. Ille est verus iudex à magistratu accipiens auctoritatem iudicandi: idèque non minus ab eius, quam aliorum iudicum sententijs appellare licet. Hic autem qui sumptus est ex compromisso, non est verus iudex: quippe qui à priuatis tantum hominibus, id est, à litigatoribus auctoritatem accepit. quamobrem ab eius sententia nõ est appellandum: quia & absq; appellatione nemo præcisè cogitur eius sententiæ parere: & siue quis appellauerit siue nõ appellauerit, incidit in pœnam promissam, eo quod non pareat sententiæ arbitri. dum enim ei non paret, implet conditionem stipulationis, & facit, vt ex ea agi possit: quandoquidem pœnam promissam sub ea conditione, nisi stare sententiæ arbitri.

LXX.

Si satisfatum fuerit iudicatum solui antequam dominus litis procuratorẽ dederit, post satisfationem autem præstitam interueniat domini mandatum: Quæro, an ob eam mutationem. i. quia litigans ex negotiorum gestore fit procurator, cautio illa iudicatum solui extinguatur. Respondeo, satisfationem non periri, immo reo condemnato fideiussores efficaciter teneri. l. Iulianus. 11. D. qui satisf. cog. Oppono l. si ante. 7. vers. vlt. D. iudic. solui. vbi l. C. disertis verbis contrarium affirmat. i. mandato postea interueniente satisfatione antea præstitam infirmari & inutilem reddi. Solutio: Sic distinguendum est: Aut hæc mutatio fit ex parte rei, aut ex parte actoris. i. vel negotiorum gestor cauit iudicatum solui, postea mandatum à domino accepit de iudicio suscipiendo: vel negotiorum gestor cautionem exegit, deinde accepit manda-

lum de lite intentanda. Priori casu, facta mutatione in persona qua conuenitur, satisfactio perimitur. posteriori casu, facta mutatione in persona agente, cautio rata manet. Diuersitatis ratio est: quia non tam interest fideiusforum, cui teneatur, & cui soluant, qua interest, pro quo teneantur, & pro quo soluant, malum enim pro certis personis, certis casibus fideiubere, qua pro alijs personis, vel alijs casibus. sed non ita curamus, apud qualem personam fideiubeamus.

LXXI.

Quero, si quis institutus fuerit sub conditione, & substitutum acceperit, an substitutus ab instituto possit exigere cautionem de hereditate non deminuenda. Respondeo, cautionem ab eo recte exigere, & praestandam esse: quia periculum est, ne interim bona hereditaria dilapidet, atque ita noceat substituto, qui fortasse ad eam hereditatem admittetur, deficiente scilicet conditione institutionis. Inter. 12. D. qui satis, cog. Oppono: quia heres substitutus potest videri calumniose satisfactionem petere, cum alius eum antecedit. l. Paulus notat. 8. D. de stipul. praetor. quamobrem haec petitio, quae calumniosa est, admitti non debet. heres igitur institutus non cogitur cauere. Solutio: Verba Pauli in d. l. 8. legi debent per interrogationem, adeo ut interrogatio habeat vim negationis. *Potest ne (inquit Paulus) videri calumniose satis petere quem alius antecedit?* q. d. non potest videri calumniose petere. Haec interpretatio, & interpretatio necessaria est: alioquin Paulus contradiceret & ijs quae proximè dixerat, & ijs quae tradit lib. 5. sententiarum tit. 9. in princ.

LXXII.

Quero, si cui competat actio qua fundum petat, vtrum interim si ab alio in ius vocatus fuerit, cogatur cauere iudicio sisti, quia non possidet res immobiles, an ea satisfactio ipsi remittatur, quasi possidenti fundum cuius habet petitionem. Respondeo, eum cogi satisfacere: quia reuera non possidet: nec potest dici possessor rei immobilis, qui eam rem petere potest. l. pen. §. diuersa. D. qui satis, cog. immo ex eo quod actionem habet, colligitur eum non esse possessorem: si quidem in iudicio petitorio alius est qui possidet, alius qui a possidente petit. l. is qui 24. D. de rei vind. quamquam aliter accipitur possessor in d. l. is qui aliter in d. l. pen. petitur enim res a possessore, quocumque modo, & quocumque titulo possideat. sed cum dicimus possidentem res immobiles, non satisfacere iudicio sisti: de eo intelligimus, qui tanquam dominus possidet. iam oppono l. id apud. 143. D. de verb. sig. & l. is qui actionem. 15. D. de diuer. reg. iur. quib. locis dicitur eum qui habet actionem ad rem persequendam, ipsam rem habere videri. Cui sententiae consequens esse videtur, ut non caueat iudicio sisti: quia fictio iuris passim veritati comparatur. sicut igitur non caueret, si re vera haberet rem immobilem: ita non debet ad cauendum compelli, si fictione quadam iuris videatur habere. Solutio: Quod dicitur, eum qui actionem habet, rem ipsam habere videri: non est ita accipiendum, quasi perpetuum sit, & omnibus casibus obtineat: sed in quibusdam tantum casibus videtur rem habere. Quocirca responsum est, minus esse habere actionem, quam rem ipsam: & commodius esse, rem possidere, quam ab alio possidente petere. d. l. is qui. D. de rei vind.

Ex tit. Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caueatur.

LXXIII.

Si seruus plurimum dominorum deliquerit, ut puta futurum fecerit, aut damnū dederit, ex quibus causis datur actio noxalis: Quero, si vnus ex dominis conueniatur noxali actione, an cogatur eum seruum defendere in solidum. Respondeo, eum cogi ita defendere. l. 4. D. si ex nox. cau. ag. Oppono: quia si ante litem noxalem contestata paratus sit actori parte sua cedere, id est, partem dominij quam habet in seruum, securus est, neque cogitur eum seruum defendere villo modo, aut vlla ex parte: tantum abest, ut cogatur defendere in solidum. l. si seruus. 8. D. de nox. act. Solutio: Distinguendum est, vtrum dominus seruum communem iudicio noxali defendere velit, nec ne si nolit defendere, non cogitur, nisi iam contra eum lis contestata sit. quod si defendere velit in solidum defendere cogitur, nec potest defendere pro parte sua: quia noxae deditio non potest fieri pro parte. Cuius sententiae ratio est: quia si seruus pro parte defenderetur: non solum is qui a seruo laesus fuit, vexaretur pluribus iudicijs, quippe qui cogeretur seorsim agere contra singulos dominos: sed etiam illo incommodo afficeretur, quod fieri posset, ut vnus ex dominis de seruo pro parte sua, alius autem mallet solvere litem aestimationem pro sua parte: vnde fieret, ut actor cogeretur habere eum seruum communem eum eo qui soluisset litem aestimationem, quod fieri non debet: quia

nemo inuitus cogitur ad comunionem. l. si non foretur. 26. §. si centum. D. de cond. indeb.

LXXIII.

Si seruus dicatur deliquisse, & aliquis de eo iudicio sistendo cauerit, deinde seruus manumissus fuerit, & post manumissionem a promissore iudicio sistatur: Quero, an videatur in eadem causa sisti, adeo ut promissor dicatur promissioni suae satisfecisse. constat enim seruum esse sistendum in eadem causa, in qua fuit tempore cautionis. l. j. D. si ex nox. cau. ag. Respondeo, eum non recte sisti, & eo modo non satisfieri cautioni: propterea quod alio modo seruus, alio liber homo puniri debet. l. pen. D. eod. Oppono: quia in delinquente puniendo, non spectamus statum eius eo tempore quo poena afficitur, sed eo tempore quo deliquit. l. j. D. de poenis. quauis igitur is qui deliquit, manumissus sistatur, tamen punietur ut seruus, quia tempore seruitutis deliquit. ideoque videtur recte & in eadem causa sisti. Solutio: Cum l. C. ait in d. l. pen. eum non recte sisti, quia aliter punitur seruus, aliter homo liber: haec verba non debent ita accipi, quasi l. C. diceret, hunc de quo agitur, propter manumissionem non posse amplius puniri quasi seruum. sed intelligendum est, quia est liber eo tempore quo sistitur, nemo autem liber praesumitur fuisse seruus, nisi probetur, idcirco deteriore esse causam actoris, qui non poterit efficere ut delinquens seruilibus poenis afficiatur, nisi probauerit eum fuisse seruū dum delinqueret. actori namque hoc probandi onus incubitur. l. 2. D. de probat. Hanc igitur ob causam seruus manumissus non recte sistitur, nam quotiescumque, sit ius actoris deterius, non sistitur in eadem causa. l. j. §. 1. D. si ex nox. cau. ag. sit autem ius deterius, dum actor oneratur necessitate probandi. Ex his apparet d. l. j. de poenis. non contradicere dictae l. pen. si ex nox. cau. ag.

Ex tit. De eo per quem factum erit, quo minus quis in iudicio sistat.

LXXIV.

Quero, si quis teneatur actione temporali, & eo nomine in ius vocatus fuerit, an nihilominus interim tempore liberari possit, quia scilicet post vocationem in ius exijt tempus actionis. Respondeo, eum liberari. l. 3. in prin. D. de eo per quem f. c. erit. Oppono, quod dicitur in l. 3. & l. 7. in princ. C. de praescrip. xxx. vel xl. annor. temporis praescriptionem sola conuentione interrupti: & quod dicitur in l. constitutionibus. 33. D. de oblig. & actio post reum conuentum actionem in herede huius transmitti. vnde apparet actionem perpetuari, nec posse amplius reum tempore liberari. Solutio: Separanda est conuentio a vocatione in ius. nam qui tantum in ius vocauit, non recte dicitur conuenisse, aut petiisse, sed conuenire seu petere voluisse: quoniam ideo vocat reum in ius, ut ab eo petat. l. amplius. 13. D. ratam rem hab.

Ex tit. Si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperauerit.

LXXV.

Si quis, cum iudicio se sistere debeat, absit ab eo loco in quo se debet sistere: Quero, quo inam tempus ei concedatur, intra quod se sistat. Respondeo, ei concedi vicena millia diurna, id est, eum singulis diebus viginti miliaria conficere debere, ut ad eum locum perueniat. l. j. D. si quis cautionibus. Oppono: quia tempus nullum praestituitur a lege, immo de die quo sit sistendum, inter litigatores conuenire solet: aut si inter eos non conuenierit, in potestate actoris est diem praefinire, moderatione tamen a iudice adhibita, ne reus ab actore nimium ardeat. l. de die. 8. D. qui satis, cog. Solutio: Distinguendum est, vtrum de die inter litigatores conuenierit, an non. si conuenit, conuentioni stari oportet. si non conuenit, locum habet legitima itineris dinumeratio viginti millium diurnorum. Haec distinctio confirmatur l. 3. D. de verb. sig. Sed videtur ob stare, quod dicitur in d. l. 8. si non conueniat inter litigatores, praefinitionem diei esse in potestate actoris, moderato tamen spatio a iudice statuendo. Ex quibus verbis colligitur, cessante conuentione, non esse locum dinumerationi legitimae, sed voluntati stipulantis & moderationi iudicis. Solutio: Quod dicitur, inter stipulantes non conuenisse, duobus modis intelligi potest. vel enim inter eos nihil actum fuit de die quo reus se sisteret: vel actum quidem fuit, sed non potuit inter eos conuenire: quoniam alium diem reus petebat, alio die actor eum sisti desiderabat. priori casu locus est dispositioni legis, ut singulis diebus conficiantur viginti millia passuum. posteriori casu obtinet voluntas actoris, quae tamen, ut diximus, non est omnino libera, sed cohibetur auctoritate iudicis, qui pro sua religione spacium moderatur.

Si reus

LXXVII

Si reus statum mutauerit, aut in exilium missus fuerit, ideoque detur ei exceptio, quia promiserat se iudicio statutum, nec stetit ob status mutationem postea contingentem: *Quæro*, An exceptio detur etiam eius fideiussoribus. *Respondeo*, exceptionem quæ reo prodest, non produci ad fideiussorem. l. defensionis. ii. C. de except. l. j. C. de fideiussoribus. *Oppono* l. 4. in prin. D. si quis cautionibus, ubi reus principalis iudicio non stetit, quia rei capitalis damnatus alio iudicio fuerat: & cum eo nomine excusetur, eadem excusatione defenditur etiam fideiussor. *Solutio*: Hoc casu fideiussor defenditur ex sua persona, non quod exceptio, quæ competit reo, producat ad fideiussorem. sicut enim reus excusatur, quia propter condemnationem non potuit se sistere; ita etiam fideiussor excusatur, quia non potuit reum sistere. Alia est ratio pecuniæ soluendæ: quamvis enim reus principalis aut non solidum, aut nihil soluere possit, quia bona per sententiam ipsi adempta fuerunt: nihilominus tamen fideiussor potest soluere: ideoque tenetur efficaciter, quippe qui nunquam se tuetur ex persona rei, id est, non potest vi exceptione quæ reo competit: sed ita demum potest excipere, si ex sua persona excusationem meretur, ut in d. casu, quia non potuit reum sistere.

LXXVIII.

Si quis cauerit iudicio sisti, mox crimine capitali accusatus sit, ideoque iudicio secundum promissionem non stiterit: *Quæro*, An excusetur. *Respondeo*, eum non excusari, nisi vinculis vel custodia militari impeditus fuerit: quoniam exceptio datur dumtaxat condemnato, non etiam accusato. l. 4. §. illud. D. si quis cauit. *Oppono* l. 2. §. ultimo versic. quod in priuatis. D. de custod. & exhib. reorum. ex quo loco videtur colligi, eum qui iudicio sistere se debet, non posse accusari, quod tamen fieri posse supponitur in d. §. illud. dum queritur, an propter accusationem excusetur, qui iudicio non stetit. *Solutio*: Quod dicitur in d. §. ultimo, si rectè intelligatur, non hoc significat, eum qui iudicio se sistere debet, non posse criminaliter accusari: sed ostendit eum non posse ciuilitè in ius vocari. At enim lex eos qui exhibendi postulati sunt, non posse ob aliud crimen, quod antè admissum dicatur, recipi in numerum reorum. quod ait in priuatis quoque causis, & hominibus sub fideiussore factis, id est, ijs qui iudicij sistendi causa satis dederunt, obseruari. Hæc igitur obseruatio & similitudo est: quia ut accusatus non potest accusari, ita in ius vocatus qui cauit iudicio sisti, non potest ad alium iudicem vocari. Antinomia esset, si ita explicaremus: ut accusatus non potest accusari nouo crimine; ita qui cauit iudicio sisti, non potest accusari. Sed hæc interpretatio non est accipienda.

LXXIX.

Si quis aliquid diuiduum promiserit, veluti si quis plures seruos sistere promiserit: (Est enim res diuidua: quia promissor potest quosdam seruos sistere, quosdam non sistere) *Quæro*, Stipulatione pro parte tantum impleta, veluti non omnibus sed quibusdam seruis statis, vtrum promissor maneat obligatus pro parte tantum, id est, nomine seruorum quos non stetit, an teneatur in solidum; quasi nihil egerit, & nullos stiterit. *Respondeo*, ipsum non teneri, nisi pro ea parte, pro qua stipulationi non satisfecit, tenetur enim in id tantum quod interest stipulatoris: proinde ob eos tantum seruos, quos non stetit. l. si procurator. 18. D. ratam rem haberi. *Oppono* l. si seruus. 9. §. si plurius. D. si quis cautionibus. ubi disertè dicitur, si pro parte stipulationi non satisfiat, quia non omnes serui stati fuerint, integram pœnam perinde committi, ac si nihil factum fuisset, id est, perinde ac si promissor nullum seruum stitisset. *Solutio*: Distinguentum est, & videndum, vtrum ex huiusmodi stipulationibus debeatur id quod interest stipulatoris, an pœna. debetur autem pœna, si stipulatio pœnalis adiecta fuerit: alioquin, siue quis stipulatus sit id quod sua interest, siue id omiserit, ex stipulatione facti non aliud consequi potest quam quod sua interest. Ergo si pro parte interfit, quia pro parte stipulationi satisfactum fuerit: promissor non potest nisi pro ea parte conueniri, pro qua non satisfecit obligationi. Cum autem adiecta est promissio pœnæ: non spectamus, quid interfit, sed quæ pœna promissa fuerit. §. alteri. Institutio. de inutilibus stipulatio. Quoniam igitur pœna est promissa sub ea conditione si priori stipulationi satisfactum non fuerit, veluti si serui non sistantur: ideo circum impletur conditio, & stipulatio pœnalis committitur, etiam si quidam serui, non tamen omnes stati fuerint. Cui consequens est, ut conditione stipulationis pœna-

lis ita impleta, promissor ipso iure debeat pœnam in solidum, neque excusatur pro ea parte, pro qua satisfecit, nisi ope doli exceptionis: quia cum pœna petitur, non agitur ex promissione iudicio sisti, sed ex altera stipulatione, quæ postea subiecta fuit, qua promissit pœnam nisi sisteret.

Si quis, cum actione temporali teneretur, tempore liberatus fuerit, alius autem eum iam liberatum sisti promiserit: *Quæro*, An teneatur eum exhibere vel defendere. *Respondeo*, eum debere aut exhibere, aut defendere, ut veritas inquiratur, & liquidò appareat, an sit liberatus nec ne. l. si eum. 10. in prin. D. si quis cautionibus. *Oppono*: quia cum aliquis non potest agere, frustra ei cauetur iudicio sisti. ex ea namque promissione non datur actio. frustra enim sisteretur reus, cum actor agere non possit. l. 2. §. j. D. qui satisf. cog. Atqui cum debitor liberatus est, non potest amplius conueniri. Ergo frustra de eo sistendo cautum fuit, nec tenetur eum exhibere vel defendere is qui eum sisti promissit. *Solutio*: Videndum est, vtrum actor ideo non possit agere, quia non habuit legitimam personam standi in iudicio, veluti quia sit impubes, vel seruus; an quia reus non est sibi efficaciter obligatus. priori casu iudicium non cõstitit, proinde nec promissio iudicio sistendi causa facta valet. posteriori casu iudicium non est nullum, sed rectè procedit, & rectè reus absoluetur. quia verò ante sententiã iudicis definitiuam reum absoluentè aut condemnantem, non planè constat, an is qui conuenitur, debeat nec ne: ideo rectè dictum est, eum esse exhibendum aut defendendum, ut veritas per iudicem inquiratur.

Si is qui sisti debuit, non sistatur, ad eò ut estimandum sit quanti stipulatoris interfit: (quia ex stipulatione facti, veluti ex stipulatione iudicij sistendi causa facta, debetur, ut supra exposui, id quod interest, nisi stipulatio pœnalis subiecta fuerit.) *Quæro*, Ad quod tempus referatur æstimatio. i. æstimetur ne quanti actoris interfuerit reum sisti, eo tempore quo stipulatus est, an eo die quo sisti reus debuit, an eo tempore quo stipulator agit quia reus status nõ fuit, an eo tempore quo promissor condemnatur quia non satisfecit stipulationi iudicij sistendi causa facta. *Respondeo*, æstimationem referri ad eum diem quo sisti debuit, ac tanti promissorem condemnari: nec quicquid interesse, quod tempore stipulationis, vel sententiæ, vel quouis alio tempore plus aut minoris interfuerit. l. qui autem. 12. D. si quis cauit. *Oppono* regulam iuris, quod æstimatio refertur vel ad tempus rei iudicatæ, vel ad tempus litis contestatæ, secundum distinctionè inter iudicia bonæ fidei & stricti iuris traditam in l. 3. §. in hac. D. commoda: i. *Solutio*: Considerandū est, vtrum in promissione vel alio contractu dies à contrahentibus præfinitus fuerit, quo die aliquid fieri debeat, an dies nullus fuerit præfinitus. Cū enim dies est adiectus, veluti quo die reus sisti debet: æstimatio ad eum diem referenda est die omisso, in æstimatione ineunda habetur ratio dictæ regulæ: hoc est, æstimatio refertur ad tempus litis contestatæ, vel rei iudicatæ. l. vinū. 22. D. de reb. cred. l. si. Kalend. 11. D. de re iud. Hinc est, quod si quis incidat in edictū de edendo; quia nõ ediderit, quod prætor eum edere iussit: tanti condemnatur, quanti actoris edi interfuit eo die quo edi debuit. l. vbi. 8. D. de edendo. Porro etiam ea regula & ea distinctio iudiciorum bonæ fidei & stricti iuris, difficultatè non caret, & quædã iura obijci possunt, quæ postea commoiori loco expendemus, ac Deo volente conciliabimus.

Exit. De ferijs, &c.

Quæro, An præses possit ferias constituere. *Respondeo*, cum ferias ex more & consuetudine prouinciæ constituere solere. l. 7. D. de offic. procon. l. 4. D. de ferijs. *Oppono* l. 4. C. eo. ubi dicitur, nulli iudici licere ferias cõdere, sed id referuari principis voluntati. *Solutio*: Distinguentū est inter ferias solemnes & repentinas. solemnes sunt, veluti quæ diuini cultus, aut messis, vindemiarũve causa seruantur, & reliquæ eiusmodi feriarũ ordinariæ. repentinae sunt, quæ extra ordinè indicuntur, ut puta ob rē à principe bene gestã. l. 3. C. de dilationib. l. sed & si. 26. §. si feriæ. D. ex quib. cau. maio. Itaq; præses nõ potest ferias repentinas cõdere, sed potest ac debet statuere tēpus solemnium feriarũ, ut vindemiæ vel messis causa.

Quæro, Vtrum in causis pecuniarijs dilatio semel tantum, an sæpius concedi possit. *Respondeo*, semel atq; iterum concedi. l. 7. D. de ferijs. *Oppono* l. ult. eod. tit. ubi dicitur dilationè semel tantum tribui. *Solutio*: Dilatio semel tribuitur sine vlla causæ cognitione: iterum con-

Centuria I.

ceditur causâ cognitâ, maximè si casus aliquis inopinatus emerferit, qui suadeat dilationem iterum concedi: veluti si tempestate aliquis impeditus fuerit, quò minus instrumenta, quæ erant in remoto loco afferre intra tempus à iudice præfinitum poterit.

LXXXIV.

Quia constat diem more Romano incipere à media nocte, & sequentis noctis media parte finire l. more. 8. D. de ferijs: Quæro, spectandum ne sit vtrum aliquid dimidiatis illis noctibus, an luce media actû fuerit: vtruta inter sit ne, vtrum testamentum vel contractus ante lucem, an ipsa luce factus fuerit. Respondeo, nihil interesse: quia quod agitur intra illud spatium 24. horarû, quæ computantur à media nocte vsq; ad sequentem mediam noctem, perinde habetur, ac si quavis hora lucis actum fuisset. d. l. more. Oppono l. 5. §. minor. D. de minorib. finge enim aliquem, qui meridiem nat' est, vltimo die anni vicesimo quinti contraxisse. iam si quærat, an restitui debeat aduersus illum contractum: distinguendum est, vtrum contraxerit ante meridiem, an post meridiem. nam si ante meridiem, restituitur. si post, non restituitur ergo multum interest, qua hora contractû fuerit. & si contractum, sit ante lucem post dimidiam noctem, certum est non dari restitutionem: si verò ipsa luce post meridiem, vel sequenti nocte contractum fuerit, non denegatur restitutio, vt dicitur in d. §. minorem. Solutio: Distinctione adhibere debemus: alia namq; sunt causæ, in quibus annus cœptus habetur pro completo. vt seruatur in muneribus & honorib. l. qui filium. 74. §. Fabius. D. ad Trebel. l. ad temp. 8. D. de munerib. & honoribus, alia sunt causæ, in quibus non annus, sed dies cœptus habetur pro cœpleto, vt in testamentis ordinandis. qui enim attingit extremum diem anni quartidecimi, potest facere testamentum quasi maior xiiii. annis. l. 5. D. qui testam. fac. poss. alia deniq; sunt causæ, in quib. nec annus nec dies cœptus habetur pro completo, sed tempus spectatur à momento in momentum. i. ratio habetur singulari horarum, vt placuit in minorib. restituendis. d. §. minorem. Hac distinctione posita, dicendum est nihil referre, quacumq; hora aliquid actû fuerit, dum modò actum sit intra illud spatium xxiiii. horarum, quæ faciunt diem civilem, à media nocte vsq; ad sequentem mediam noctem: nihil in quâ referre quantum ad hoc, vt dicatur esse actum eo die: proinde nihil referre in ijs causis, in quibus dies cœptus habetur pro cœpleto, propterea quod in ijs causis non habetur ratio horarum, sed tantum dierum. Exempli gratia, nihil refert, quâ hora aliquid testamentû fecit, dum modò testamentum non fecerit ante diem vltimum anni quarridecimi. Sed multum interest in alijs causis, in quibus singulæ horæ spectantur. quamuis enim in ijs quoq; causis verum sit ea die aliquid actû fuisse, nihilominus tamen interest, qua hora actum fuerit: quia, sicut exposui, horarum ratio habetur. veluti si quis natus sit meridiem, quod ad hoc vt dicatur cœtraxisse vltimo die anni vicesimoquinti, nihil refert, qua hora contraxerit: sed multum refert, quod ad restitutionem concedendam vel denegandam: quia ita demum restituatur, si ante meridiem contraxerit.

LXXXV.

Quæro, An aliqua dilatio concedatur in causis capitalibus. Respondeo, tres dilationes reo præstari, accusatori duas tantû: quia scilicet reus est fauorabilior quam accusator. l. vlt. D. de ferijs. Oppono: quia in crimine adulterij, quod quidè est capitale, nulla dilatio tribuitur. l. in crimine 41. D. ad l. Iuliam de adul. Solutio: Hæ leges, quæ prima facie videntur inter se contrariæ, facile conciliantur ex eo, quod vtraq; requirit causæ cognitionem. in crimine adulterij non conceditur dilatio, nisi causâ cognitâ: ergo causâ cognita datur dilatio. & hoc est, quod dicitur in d. l. vlt. duas vel tres dilationes concedi, sed vtrumq; fieri non sine causæ cognitione.

Ex tit. De edendo.

LXXXVI.

Quæro, An reus cogatur actori edere propria instrumenta, quibus contra se actor vtatur. Respondeo, cum non esse cogendum: quoniam absurdum est, aliquem compelli, vt aduersario suo arma tradat, & actor instructus ad iudiciû venire debet, non petere instructionem à reo. l. 4. C. de edendo. Oppono l. 3. D. eod. vbi fiscus agens cõtra aliquem, rectè petit sibi edi instrumenta à reo, quæ ad causam pertinent. Solutio: Hoc est speciale fauore fisci, cum regulariter reus nõ cogatur edere instrumenta actori. Rursus oppono: quia argentarius cogitur rationes edere ad alium pertinentes, siue ipse argentarius, siue alius ab eo conueniatur, qui rationes edi desideret. l. argentarius. 10. in prin. D. eod. Solutio: Argentarius ideo cogitur mihi edere rationes quæ ad me pertinent, quia

hæ rationes, quamuis ab argentario confectæ sint, tamè, quia meâ causâ confectæ sunt, mea quodammodo rationes sunt. l. 4. §. j. D. eodem titulo.

Ex tit. De pactis.

LXXXVII.

SI dedi tibi Stichum vt Pamphilum manumitteres, & manumisisti Pamphilum; deinde Stichus, quem tibi dedi, euictus est: Quæro, Quæ actione aduersus me vti possis. Respondeo, Iulianum dedisse actionem in factum prætoriam, ad quam confugimus alijs actionibus, quæ ordinariæ sunt, deficientibus. quamobrè à Mauritiano rectè reprehensus fuit: quia cum contractus propositus, sit contractus innominatus, nempe species contractus, do vt facias: ex eo competit actio ciuilem ordinaria, quæ vocatur præscriptis verbis: neq; confugiendum est ad remedium illud subsidiarium, hoc est, ad actionem illam in factum prætoriam. l. iurisgentium. 7. §. sed etsi in aliû. D. de pactis, Oppono l. 5. §. ar. cum do: vers. sed si dedi. D. de præscrip. verb. vbi Paul. ait, in hoc ipso casu Iulianum dedisse actionem in factum ciuilem, quæ nihil aliud est quam actio præscriptis verbis. falsò igitur & sine causa reprehensus est Iulianus à Mauritiano & Vlpiano in d. §. sed etsi in aliû. Solutio: Verba d. vers. sed si dedi. non sunt pura verba Pauli, sed interpolata fuerunt à Triboniano, cuius proculdubio est verbum illud *ciuilem*: quod ideo Tribonianus substituit in locum verbi *prætoriam* seu *decretalem*, ne Iuliani sententia iam reiecta in d. §. sed etsi in aliû. extaret in Pandectis. Itaq; Iulianus dedit quidem actionem prætoriam, sed ex Triboniani emendatione dedit actionem ciuilem, non prætoriam. Neq; hoc nouum videri debet: quoniam & in multis alijs casibus hoc factû fuit. sed cum multa exempla proferri possint, vno altero ero contentus. Quod enim dicimus, quartam ex fideicommissis detrahi per S. C. Trebellianû, & heredem, cuius suspecta est hereditas, eo senatusconsulto cogi adire ac restituere hereditatem desideranti fideicommissario: intelligendum est ex Iuliani emendatione: quoniam hæc introducta fuerunt senatusconsulto Pegasiano: sed à Iustiano transfusa fuerunt in S. C. Trebellianum. similiter in l. vn. C. de rei vxor. act. Iustianus constituit vt multi effectus actionis rei vxoriæ insint in actione ex stipulatu, per quâ dos soluto matrimonio repetitur. Itaq; veterum auctorum & legumlatorû verba interdum simpliciter intelligenda sunt. sæpe autem aliquid legi tributur, non per se, sed ex Imperatorum emendatione: vt videre est etiam in varijs poenis quæ irrogantur ob delicta publica, veluti quæ irrogantur adulteris, & ceteris: quos casus meminisse me notasse ad titulum Instit. de pub. iudic.

LXXXVIII.

Quæro, An fiscus semper habeat ius pignoris & hypothecæ. Respondeo, fiscum semper habere ius pignoris, vt discretè dicitur in l. aufertur. 46. §. fiscus. D. de iure fisci, & in l. 2. C. in quibus caus. pignus vel hypo. tac. contrah. Oppono princ. l. rescriptum. 10. D. de pact. vbi I. C. ait, pactum à creditoribus hereditarijs cum herede factum, nocere etiam fisco in ijs casibus, in quibus fiscus non habet hypothecas. ex quibus verbis perspicuum est, non semper habere fiscum ius pignoris. Solutio: Distinguendum est primùm inter poenas delictorum, & obligationes ex contractibus: deinde subdividendum est inter contractus fiscales & contractus factos ab homine priuato, cui fiscus successit. in poenis exigendis, fiscus non habet ius pignoris, nec priuilegia: immo postponitur creditoribus rei condemnati. l. in summa. 17. l. quod placuit. 37. l. Statius. 48. §. vlt. D. de iu. fil. l. vn. C. poenis fiscalibus cred. præferri, alioquin poena non tam noceret delinquenti, quam eius creditor: quod esset planè absurdum. In contractibus etiam factis à priuato cui fiscus successit, fiscus non habet ius pignoris, nec priuilegium, respectu temporis quod successionem fisci præcessit, cum enim fiscus in priuati ius succedat, priuati iure vti debet, ne plus iuris tribuamus successori quam defuncto. l. 6. D. de iure fisci. Sed si fiscus siue administrator rerum fiscalium contrahat, tunc fisco semper tribuitur ius pignoris, id est, etiam si de pignote pactum expressum non intercesserit: item ei competit priuilegium, vt præferatur alijs creditoribus in actionibus personalibus. d. l. aufertur. §. fiscus. d. l. 2.

Si multi sint creditores hereditarij, quorum alij sint priuilegiarij, ita vt præferri ceteris creditoribus debeant in actionibus poenalibus intentandis contra heredem; alij verò non sint priuilegiarij: Quæro, vtrum pactum cum herede factum à maiori parte creditorum, quo pacto certa debiti pars sit heredi remissa, noceat etiam creditoribus

LXXXIX.

ditoribus absentibus priuilegiarijs. vt puta si maior pars creditorum remittat trientem debiti, id est, paciscatur de besse tantum eius quod debetur petendo: **Quæro**, an etiam creditores priuilegiarij cogantur remittere trientem, id est, non possint petere solidum sibi debitum, sed tantum bessem. **Respondeo**, pactum creditorum præsentium, factum scilicet à maiori parte creditorum hereditariorum, nocere absenti creditori, quamuis priuilegiario. l. referiptum. 10. in princ. D. de pactis. **Oppono**: quia iniquum est ei creditori absentis auferri priuilegium propter pactum creditorum præsentium. l. si precedente. 48. §. Lucius. D. mandati. non potest igitur pactum præsentium nocere absenti creditori, propter priuilegium absentis concessum. **Solutio**: Cum quaritur, an pactum præsentium creditorum noceat absenti priuilegiario: hæc quæstio potest accipi duobus modis. vel enim quaritur, vtrum ei noceat in summa & quantitate exigenda, vel an ei noceat quantum ad priuilegium. siue enim dicamus priuilegiarium non posse exigere solidum, sed partem tantummodò, propter pactum aliorum creditorum, siue dicamus creditorem priuilegiarium amittere suum priuilegium, id est, nõ præferri amplius alijs creditoribus in exigendo eo quod exigere debet, siue totum siue partem exigere debeat: vtrius modo pactum creditorum præsentium nocebit absentis priuilegiario. **Hac distinctione posita, dico pactum propositum, nocere creditori priuilegiario quantum ad summam petendam, non quantum ad priuilegium: hoc est, creditor priuilegiarius non poterit exigere solidum, sed tantum cogitur remittere heredi, quantum remiserunt alij creditores. quapropter exiget tantum partem, sicut & alij creditores exigunt partem. sed in ea parte exigenda priuilegiarius vtetur suo priuilegio, id est, præferretur alijs creditoribus, adeo vt prius ipsi satisfieri oporteat, quam alijs creditoribus. quod habet magnam utilitatem. fieri enim potest, vt bona ita non sint soluendo, vt non solum non possit solui solidum singulis creditoribus, sed ne quidem possit solui omnibus ea pars de qua soluenda conuenit. quo casu priuilegiarius partem suam consequetur, etiam si non tantum in bonis supersit, vt possit alijs creditoribus ita satisfieri.**

XC.

Si pacto subiecta sit stipulatio pœnalis, id est, si debitor cum creditore pactus sit ne à se petatur, & stipulatus sit ab eo pœnam si petat: Quæro, vtrum debitor contra fidem conventionis à creditore conuentus, possit exceptione pacti se tueri, & nihilominus pœnam ex stipulatione petere, an contentus esse debeat alterutro remedio, vt vel excipiat nec petat pœnam, vel omissa exceptione pacti, patiat se efficaciter conueniri, deinde pœnam petat ex stipulatione. **Respondeo**, cum debere alterutra via contentum esse: adeo vt, si excipiat, cogatur accepto ferre pœnam ex stipulatione debitam. l. referiptum. 10. §. si pacto. D. de pact. Cuius decisionis ratio videtur hæc esse: quia quodammodo non videtur esse conuentus, qui propter exceptionem ineffaciter conuentus fuit. vnde pœna remittitur, perinde ac si conuentus non fuisset. **Oppono** l. cum proponas. 17. C. de transact. & l. qui fidem. 16. D. eod. tit. quibus in locis aperte dicitur, & exceptione summoueri auctorem & nihilominus pœnam rectè peti. **Solutio**: Distinguendum est, vtrum pœna simpliciter promissa fuerit, an adiectum sit, vt pactum ratum maneat. hæc enim adiectio facit quamuis pœna sit soluenda, tamen pactum maneat ratum, id est, detur etiam exceptio pacti. Cum igitur pœna simpliciter sine ea distinctione promissa est, non licet vti vtroque remedio: sed qui excipit, debet remittere pœnam: & qui pœnam consecutus est, ei denegatur exceptio. Cum autem ea verba stipulationi adiecta fuerunt, per quæ pactum confirmatur: dicendum est, exceptionem pacti & actionem ex stipulatione ita concurrere, vt simul liceat vtraque via vti, quoniam ita expressè inter partes conuenit. **Rursus oppono** l. qui Romæ 122. §. vltimo. D. de verb. oblig. In cuius specie non fuit facta illa adiectio, vt pactum ratum maneret: nihilominus tamen Scæuola ibi respondet, & exceptionem conventionis locum habere, & pœnam promissam committi. **Solutio**: Aliud est, pœnam committi: aliud est, pœnam efficaciter peti posse. In eo igitur casu pœna ipso iure committitur & debetur, sed non potest peti, propterea quod debet acceptò ferri, vt dicitur in d. §. si pactum. acceptilatio vero supponit præcedere obligationem, quæ acceptilatione tollatur. rectè igitur Scæuola dixit pœnam committi, non quia stipulator eam consequi possit, sed quia debet eam acceptam facere.

Quæro, Quænam pacta vel traditioni adiecta valeant. **Respondeo**, in traditionibus rerum quodcumque pactum fiat, valere. l. in traditionibus. 48. D. de pact. **Oppono**: quia si quis dederit nouem ea lege vt sibi reddantur decem, pactum non valet, quia non potest re obligatio contrahi vltra quàm datū est. l. tibi. 17. in princ. D. de pact. l. rogasti. 11. §. j. D. de reb. cred. l. cum vltra. 9. C. de non num. pec. Item si quis locum alienauerit, & adiecerit pactum, ne in locum monumenti alienatum mortuus inferatur; pactum non valet. sed qui vult id efficere ne liceat cadauer inferre, debet vti stipulatione. l. quod si locus. 11. D. de religiosis. **Vsura quoque non debentur regulariter ex pacto nudo pecuniæ creditæ adiecto, sed stipulatio necessaria est.** l. 3. C. de vsur. **Solutio**: Quod dicitur, quodcumque pactum traditioni adiectum valere, non ita accipi debet, quasi hæc regula nullam patiatur exceptionem, quid enim, si pactum esset iniustum? proculdubio non valeret. l. iuris gentium. 7. §. prætor ait. l. contra. 28. in princ. D. de pact. ergo regulariter quodcumque pactum valet, id est, siue factum sit ad augendam obligationem, siue ad minuendam. sic enim accipio illud verbum *quodcumque*. Sed nihilominus adhibendæ sunt exceptiones ob rationes quasdam speciales. veluti datis nouem, non valet pactum de reddendis decem, propterea quod decimus numus non potest deberi ex mutuo cuius natura est, vt eatenus oriatur obligatio, quatenus datum est: nec potest deberi quasi vsura, cum vsuræ ex nudo pacto non debeantur: nec potest videri donatus, cum quia temere non præsumitur donatio. l. cum de indebito. 25. D. de probat. præsertim cum ille non sponte videatur ad liberalitatem procedere, sed decem promittere propter nouem quæ accepit: tum etiam quia iure Pandectarum non poterat fieri donatio nudo pacto, quamquam Iustinianus postea constituit, etiam nudo pacto factam donationem validam esse. l. si quis argentum. 35. C. de donat. §. alix. Instit. eod. Quod attinet ad mortuum non inferendum, & ad vsuras: hæc sunt specialia fauore religionis, & odio vsurarum.

Si pater paciscatur ne à se néve à filio suo petatur: XCII.

Quæro, An illud pactum profit filio. finge enim filium contraxisse in causa peculiari, quo nomine & ipse erat obligatus, & patrem de peculio obligauerat. ideòq; pater pactus est, vt diximus, ne à se néve à filio petatur. **Respondeo**, pactum patris non prodesse filio, etiam si filius patri heres extiterit. l. si tibi. 17. §. si pactus. D. de pact. Immo pactum prodesse filio data exceptione, non conventionis, sed doli subsidiaria. l. & heredi. 21. §. nos autem. D. eod. Immo filio dari exceptionem pacti. l. auus. 33. eod. tit. Hæc igitur tres leges inter se dissidere videntur. **Solutio**: **Distinctio** adhibenda est, multum enim interest, vtrum pater sit pactus filio vt filio, an filio vt heredi: quia constat posse nos etiam heredibus nostris pacisci. d. l. auus. multum quoque interest, vtrum ponamus filium esse in potestate patris, an emancipatum, cum emancipati pro extraneis habeantur. Si igitur pater pactus est filio vt heredi, id est, filio cauere voluit, ne tanquam heres patris conueniatur: dicendum est pactum omnino valere, & filio pacti exceptionem competere. Sed si pater filio quem habet in potestate, paciscatur non vt heredi, sed vt filio, quia scilicet filius ex sua persona conueniri possit, nempe quia ipse filius contraxit: tunc filius, qui etiam viuò patre potest conueniri, habet exceptionem doli ex dicto pacto patris. Si verò filius sit emancipatus, pater autem ei non vt heredi pactus sit: tunc pactum filio non prodest: & cum ab initio non valeat, non confirmatur ex post facto, id est, ex eo quod filius postea patri heres extitit: non magis quam si extraneo pater pactus fuisset, ac deinde extraneus pacifcenti successisset. d. §. si pactus.

Si quis possideat hereditatem quæ ad alium pertinet: XCIII.

at, & cum creditoribus hereditarijs paciscatur ne petant, aut cum debitoribus hereditarijs ne ab eis petatur: Quæro, vtrum huiusmodi pacta vero heredi postea euincti hereditatem profint vel noceant; adeo vt heres habeat exceptionem pacti vel doli contra creditores hereditarios, & ipse summoueat exceptione à debitoribus hereditarijs. **Respondeo**, pactum possessoris veto heredi nec prodesse, nec obesse. l. si tibi. 17. §. pen. D. de pactis: quia pactum ab aliqua persona factum, ad aliam personam non pertinet. l. si vnus. 27. §. pacta quæ turp. vers. ante omnia. D. eod. **Oppono**, quod dicitur in l. si post. 22. D. de pec. constit. si quis possessori hereditatis constituerit se soluturum, deinde hereditas euicta fuerit, actionem de constituta pecunia transferri ad verum heredem. quoniam igitur constituitur nudo pacto sine stipulatione. l. j. §. cum

qui. D. eod. §. de constituta. Inst. de act. inde apparet pactum possessoris prodesse heredi. Solutio: Licet constitutum fiat nudo consensu, tamen habet quaedam specialia, quibus se iungitur ab alijs pactis nudis. id autem in eo principium est, quod omnino sequitur præcedentem principalem obligationem. Hinc est, quod constitutum non valet, si quis constituat se soluturum quod non debebatur: si quidem constitutum sumit vires ex ea obligatione, cui accedit. Hinc etiam est, quod constitutum, licet fiat nudo pacto, tamen parit actionem de constituta pecunia, nempe quia ita est pactum nudum, ut maiorem vim habeat, quam alia pacta nuda, propter vim quam ei dixi inesse ex obligatione cui accedit. Denique hinc est, quod actio de constituta pecunia, acquisita possessori, transit ad verum heredem. cum enim ad eum transferatur obligatio principalis: necesse est, ut transferatur etiam hæc actio accessoria, quæ sequitur principalem.

XCIV.

Si filiusfamilias ex causa peculiari obligatus sit, quo casu in ipsum datur actio directa, in patrem verò actio de peculio; filius autem sibi prospexit pacto personali, id est, pactus sit ne à se petatur; deinde pater moriatur, extraneo herede relicto: *Quæro*, An dictum pactum proficit heredi patris, si conueniatur actione de peculio. Respondeo, pactum ei prodesse. l. acquirent. 19. & l. seqq. D. de pactis. *Oppono*: quia propositum pactum est personale, quod non transit ad heredem paciscentis, & omnino alij quam paciscenti non prodest. l. item. 25. D. eodem. quomodo igitur dictum est, tale pactum prodesse non solum patri paciscentis, sed etiam heredi eius? Solutio: Pactum filij ideo prodest patri vel heredi patris, quia conueniuntur de peculio ex persona filij: ut idem ferè sit, ac si filius conueniretur. vnde filio viuo, pactum illis prodest: morte autem filij extinguitur, & non solum non prodest heredi patris, sed ne quidem ipsi patri. l. & heredi. 21. in princ. eod. tit.

XCV.

Si reus cum creditore pepigerit, ne à se petatur, eo adiecto, ut pactum illud non proficit fideiussori, sed à fideiussore petere liceat: *Quæro*, An exceptio fideiussori dari possit. Respondeo fideiussorem efficaciter conueniri posse nulla ei data exceptione. l. nisi. 22. D. de pactis. *Oppono*: quia creditor, si vult efficaciter conuenire eum, qui pro alio interuenit, cogitur ei cedere actiones efficaces contra reum principalem. l. Stichum. 95. §. pen. D. de solut. atqui in casu proposito actio contra reum principalem est inefficax, quia tollitur per exceptionem pacti. Cum igitur creditor non possit cedere actionem efficacem fideiussori contra reum principalem, non videtur posse eum fideiussorem efficaciter conuenire. Solutio, Distinguendum est inter fideiussorem & mandatarem. vterque enim pro alio interuenit, sed diuersis modis. mandator contrahit tantum cum creditore, cui mandat ut credat: ideoque nullam habet actionem contra debitorem, nisi vtatur actione sibi cessã a creditore. l. si quis alicui. 27. §. vlti. & l. seq. D. mand. fideiussor autem non solum contrahit cum creditore, quatenus ei stipulanti promittit, sed etiam contrahit, aut quasi contrahit cum debitore. contrahit, si mandato eius fideiubeat. quasi contrahit, si sine mandato fideiubeat tamquam negotiorum gestor. proinde reum principalem obligatum habet vel actione mandati, vel actione negotiorum gestorum: nec indiget actione à creditore cedenda. l. qui fidei. 13. l. ex mandato. 20. D. eod. tit. Ex his apparet antinomiam dissolutio. diximus enim pactum rei non prodesse fideiussori, sed fideiussorem efficaciter conueniri, licet ei non cedatur actio efficax à creditore: quia scilicet cessio illa opus non est, ut in mandatore: sed ipse proprijs actionibus, id est, vel mandati vel negotiorum gestorum repetet à reo principali, quod pro eo soluit creditori. Rursus oppono: quia fideiussor non potest conueniri, antequam sit excussus reus principalis. Nou. const. 4. cap. j. si igitur propter pactum reus non possit conueniri, ne fideiussor quidem poterit. Solutio: Hoc nouissimè fuit introductum à Iustiano. sed ea quæ tradidimus, locum habent secundum ius Codicis & Digestorum: quo iure fideiussor conueniri poterat ante reum principalem. l. §. C. de fideiussor. Illud quoque tentari potest, etiam nouissimo iure fideiussorem posse conueniri non obstante pacto ne à reo petatur: quia pactum non obstat, quominus is, qui pepigit, conueniri possit: sed cum conuentum tuetur summo actore per exceptionem. vnde videtur dici posse, reo conuenito, siue ab eo non possit exigi propter eius inopiam, siue propter pactum de non petendo, rectè agi posse contra fideiussorem. Sed obstat, quod supra dixi de effic. act. ced.

Quæro, an vnus ex duobus reis stipulandi nouare obligationem possit in præiudicium correi, adeo ut debitor liberetur non tantum ab eo qui nouauit, sed ab vtroque reo stipulandi. Respondeo per huiusmodi nouationem reum omnino liberari ab vtroque stipulatore, ut ait Venuleius in l. si re. 31. §. si duo. D. de nouat. *Oppono* l. si vnus. 27. in princ. D. de pact. quo loco Paulus, cum videatur dixisse, argentarium vel filiumfamilias non posse nouare obligationem in præiudicium coargentarij vel patris, subiungit idem dicendum esse in duobus reis stipulandi. reus igitur stipulandi per nouationem nocere correo non potest. Solutio: Verbis Pauli rectè intellectis, nulla est antinomia. sed totus labor conciliandi consistit in interpretatione verborum Pauli. Primum Paulus ait, si vnus ex argentarijs cum debitore pactus sit ne ab eo petatur, exceptionem alteri coargentario non obesse. deinde addit idem esse dicendum in duobus reis stipulandi, nimirum ut pactum vnus non noceat alteri. Itaque Paulus non loquitur de nouatione facta à correo, ut Venuleius: sed agit de pacto. nec valet argumentum à nouatione ad pactum, sed eorum ratio diuersa est. constat enim huiusmodi personis, vtputa vni ex reis stipulandi, vel vni ex argentarijs rectè solui, ita vt ea solutione debitor omnino liberetur etiam à correo, vel à coargentario. constat etiam pactum harum personarum alijs non nocere, veluti pactum argentarij non nocere argentario socio, & pactum rei stipulandi non nocere correo. Iam si de nouatione quærat: certè nouatio comparatur solutioni, non pacto; quia nouatio & solutio tollunt obligationem ipso iure, pactum verò de non petendo tollit obligationem ope exceptionis. Quocirca Paulus rectè inquit, pactum argentarij non nocere socio: quia tantum constitutum est, ut vni ex argentarijs solui possit: non item concessum est, ut paciscatur in detrimentum coargentariorum. Idemque dicendum esse ait de duobus reis stipulandi, ut scilicet vnus possit exigere à debitore, non in præiudicium alterius pacisci de non petendo. His, quæ nunc exposui, quæque ibi traduntur à Paulo, interijciuntur quædam *κατὰ πρόληψιν*. Nam vt argentario solui potest, ita vt obligatio in totum dissoluatur: ita posset aliquis credere eum rectè pacisci, & paciscendo obligationem omnino tollere: quasi valeat argumentum à solutione ad pactum: siquidè pactum de non petendo videtur simile solutioni. Hanc tacitam obiectionem soluens Paulus ait, tantum abesse vt valeat argumentum à solutione ad pactum, ut ne quidem semper valeat à solutione ad nouationem, licet nouatio, vt supra exposui, sit similis solutioni, & regulariter argumentum sit efficax à solutione ad nouationem. l. cui rectè 10. d. l. si rem. §. si duo. D. de noua. Ergo Paulus vtitur argumento negante à maiori ad minus, hoc modo: Non rectè arguitur à solutione ad nouationem: ergo multo minus à solutione ad pactum. Consecutio probatur ex eo quod dixi, nouationem magis assimilari solutioni, quam pactum. Antecedens, id est, non semper rectè argui à solutione ad nouationem, probat I. C. inquiring, nec nouare alium posse, id est, quemdam alium, non argentarium, sed diuersum ab argentario (nam argentarius nouare potest) licet possit exigere, non tamen posse nouare. cuius rei exemplum proponit in filiofam. creditore, cui quidem rectè soluitur, quia creditur: sed obligationem nouare nequit, propterea quod, licet ipse contraxerit, tamen obligationem & actionem non sibi acquisiuit, sed patri in cuius potestate est: ideoque nouare in præiudicium patris non potest. Aliud exemplum possumus nos adiungere ex d. l. cui rectè. D. de nouat. quia si stipuler mihi aut Titio centum dari: centum Titio rectè soluentur: quanquam Titius obligationem nouare nequit, quia scilicet in eius personam collata est tantum solutio, non obligatio. Hac interpretatione admissa, pulchre dicitur l. concilianur: cum in altera Paulus loquatur de pacto, in altera Venuleius de nouatione.

Si quis paciscatur ne petat, deinde paciscatur vt petat. XCVII.

Quæro, Vtrum pactum prius à posteriori tollatur ipso iure, an ope exceptionis. Respondeo, tolli ope exceptionis, non ipso iure, propterea quod in pactis versatur factum, non ius. l. si vnus. 27. §. pactus ne peteret. D. de pactis. hoc est in pacto est nudus consensus, qui est facti: non inest autem in pacto causa, quæ est iuris, id est, vis producendi obligationem & actionem, aut vis dissoluendi obligationem, vis inquam à civili iure tributa. Hinc igitur est, quod pactum vim suam producit facto hominis, id est, proposita exceptione, non ipso iure. *Oppono*: quia pactum producit naturalem obligationem l. j. D. eod. tit. l. §. Imperator. D. de solut. obligatio autem naturalis

per

per pactum tollitur ipso iure. l. Stichum. 95. §. naturalis. D. de solut. ergo prius pactum, quod naturaliter obligavit creditorem ne peteret, ipso iure tollitur per contrarium pactum posterius. Solutio: Notandum est, in pacto de non petendo duplicem vim inesse. Primum enim tale pactum naturaliter obligat creditorem ne petat, quia in id consentit ne petere deberet: natura autem æquum est, pacta & conventiones seruari. d. l. j. de pactis. altera vis est: quia huiusmodi pactum parit exceptionem, per quam actor summouebitur, si contra fidem conventionis petat. Prior vis & effectus spectatur in creditore, qui obligatur ne petat. posterior vis consideratur in debitore, qui si conveniatur potest se tueri per exceptionem. Ergo prior vis & prior effectus, nempe obligatio naturalis ne petatur, ipso iure tollitur per pactum posterius. sed alter effectus manet, nimirum ius excipiendi contra actionem. Recte igitur dicimus pactum illud non tolli ipso iure per pactum posterius: quia non in totum tollitur, immo præcipua eius vis manet, quæ consistit in exceptione actori opponenda.

XCVIII.

Si debitor paciscatur de non petendo, paciscatur (inquam) in rem, adeo ut exceptio pacti non ipsi tantum, sed etiam fideiussori eius proffit, deinde in contrarium paciscatur ut creditori petere liceat: Quæro, An hoc pactum posterius, quod proculdubio nocet debitori paciscenti, noceat etiam fideiussori eius, quemadmodum pactum prius debitoris non tantum profuerat debitori, sed etiam fideiussori. Respondeo, pactum quidem prius debitoris proficere fideiussori, sed pactum posterius ei non obesse: quia cum semel liberatus sit, quamquam non ipso iure, sed ope exceptionis liberatus est, non debet iterum inuitus obligatione adstringi. lege vltima D. de pactis. Oppono l. si vnus. 27. §. pactus ne peteret. eod. titul. vti cum Paulus dixisset, si fiat pactum prius de non petendo, mox pactum posterius de petendo, prius pactum tolli per posterius, adeo ut exceptio prioris pacti non proffit amplius debitori qui pactus est: subiungit, eadem ratione contingere, ne fideiussoribus prius pactum proffit, quia scilicet sublatum est pacto posteriori. Solutio: Multum interest, vtrum fiat vtrumque pactum à debitore principali, an prius à debitore, posterius à fideiussore, vel vtrumque à fideiussore. Fideiussor namque semel liberatus, siue suo siue debitoris pacto liberatus sit, non potest iterum obligari pacto debitoris sine suo consensu. ergo si debitor principalis fecit pactum posterius de petendo, hoc pactum non adimit fideiussori beneficium prioris pacti. sed si ipse fideiussor posterius pactum fecerit: non est dubitandum, quin suo consensu sibi noceat, & amittat beneficium prioris pacti. In specie igitur d. l. vlt. vtrumque pactum factum fuit à debitore principali: ideoque prius pactum fideiussori prodest, posterius non nocet. sed in specie d. §. pactus ne peteret. fideiussor aut fecerat vtrumque pactum, aut saltem pactum posterius. & sententia verè eadem ratione hæc est: Vt debitor principalis, qui poterat se tueri per exceptionem pacti de non petendo, amittit hoc ius, si postea paciscatur ut creditori petere liceat: ita etiam fideiussorem, qui ea exceptione tutus erat, posse efficaciter conveniri, si ipse fideiussor postea pactus fuerit ut se petere liceret.

XCIX.

Si obligatio alternatè contracta fuerit, vtruta si mihi stipulanti decem aut Stichum promiseris, postea alterutrum, exempli gratià decem acceptò tibi tulerim: Quæro, Vtrum obligatio in totum dissoluatur, an Stichus nihilominus debeatur. Respondeo, acceptilatione vnus rei totam obligationem alternatam dissolui. l. si vnus. 27. §. sed si stipulatus. D. de pactis. Oppono l. & per iusurandum. 13. §. si Stichum. D. de acceptila. vbi is qui decem aut Stichum stipulatus fuerat, Stichum acceptum fecit, & l. C. ibi responder decem ei deberi. Solutio: Notandum est in specie huius §. si Stichum. obligationem decem ideo manere, quia fuit acceptilatio inutilis: Stichum autem non deberi, non propter acceptilationem quam dixi esse inutilem, sed quia decessit. vnde Stichus perempto, necesse est debitorem soluere decem. ideo autem acceptilatio est inutilis, quia stipulatio erat conditionalis, & pendente conditione Stichus acceptò latus decessit, posteaque existit conditio stipulationis. Stichus igitur, qui ante conditionem stipulationis mortuus est, numquam fuit in obligatione, sed in conditione duntaxat. ergo frustra acceptò latus fuit, cum non deberetur. Dum ita soluo, sequor vulgatam lectionem, quæ mihi magis probatur, quam Florentina. in libro enim Florentino scriptum est, Stichum aut decem acceptum fecerit. in alijs autem libris Stichum acceptum fecerit. Si quis autem amplectatur le-

ctionem Florentinam, species erit minus dubia, & acceptilatio multò magis inutilis: quia secundum eam lectionem non solum obligatio, sed etiam acceptilatio est alternata, nempe accepto tulit stipulator Stichum aut decem. huiusmodi autem acceptilatio non valet, non magis quam acceptilatio facta in diem, aut sub conditione. acceptilatio namque similis est solutioni: & quibus modis solui non potest, ipsidem acceptò ferri non potest. Qua ratione probatur non valere acceptilationem conditionalem, aut in diem factam. l. 4. & 5. D. de accep. Eadem igitur ratione non valet acceptilatio alternata, quia nec solui alternatè potest.

Si obligatio sit alternata, vtruta togæ aut lancis, & pactum fiat ut alterutra res non sit in obligatione, puta ne toga amplius debeatur. Quæro, Vtrum maneat obligatio lancis, an obligatio in totum perimatur. Respondeo, obligationem eo pacto in totum tolli, sicut supra diximus alternatam obligationem in totum perimi, si alterutrum accepto feratur. l. si vnus 27. §. sed si stipulatus. D. de pactis. Oppono l. 4. D. de rescind. vend. vbi toga aut lanx alternatè empta fuerat, & pactum subsecutum est ut alterutra res esset inempta: l. C. autem respondet, alteram emptori deberi. Solutio: Alia ratio est obligationis ex stipulatu, de qua agitur in d. §. sed si stipulatus. alia emptionis & venditionis. Emptio namque & venditio nudo consensu contrahitur, proinde nudo consensu immutatur, & reformatur. dum enim contrahentes paciscuntur ut toga sit inempta, videntur tacito consensu repetere emptionem lancis: quemadmodum si fundus venditus fuerit, mox fiat pactum ut pars fundi sit inempta, tacitè censetur repetita emptio alterius partis. l. iuris gentium. 7. §. adeo. D. de pactis. De stipulatione hoc dici non potest: quia stipulatio non fit consensu, sed verbis, & est contractus stricti iuris, in quo quod non est expressum, habetur pro omisso l. quicquid astringenda. 99. Digest. de verb. obligat. Cum igitur stipulatio est alternata & subicitur pactum de altera re non petenda, veluti de toga non petenda: nihil poterit amplius ex ea stipulatione peti. non enim peti potest lanx: quia stipulator ita petendo, plus causâ peteret, adimens debitori electionem, in cuius potestate est, vtrum soluat. l. plerumque. 10. in fin. D. de iure dot. Toga quoque non potest peti, cum eadem ratione, quia plus causâ peteretur, tum etiam quia pactus fuit de toga non petenda. Denique cum ex huiusmodi stipulationibus alternatis debeat alternatè petitio concipi, id est, peti debeat toga aut lanx: id fieri non poterit propter dictum pactum: quia non debet in libello conventionis inferi, quod non debetur efficaciter. vnde fit,

vt dum petit togam aut lancem, exceptio
pacti de toga non petenda in to-
tum summoueat
actorem.

* *

* *



CENTVRIA II.

I cui genus debeatur, vtruta si hominem stipulatus fuerit, deinde pactus sit de specie non petenda, veluti de Stichum non petendo: Quæro, An hoc pactum valeat. Respondeo pactum valere & eius vim hæc esse, ut stipulator, si Stichum petat, exceptione conventionis summoueat: quamquam alium hominem rectè petere potest. l. si vnus. 27. §. sed si generaliter. Digest. de pactis. Intelligendum autem est id actum fuisse inter contrahentes, ut electio esset stipulatoris: alioquin nec Stichum, nec alium specialem hominem petere posset: quia plus causâ peteret, cum in huiusmodi obligationibus electio sit debitoris, nisi aliud actum fuerit. §. si quis agens. Institutio. de act. Oppono l. homine. decim. octau. Digestis, de optione leg. vbi dicitur homine generaliter legato, nihil agere legatarium, si repudiaverit Pamphilum, quia nihilominus cum ipsum Pamphilum eligere & petere poterit. cum enim non species, sed genus legatum sit: consequens est, ut species repudiari non possit. & cum pactum

Centuria II.

de non petendo videatur esse repudiatio quaedam. dicendum videtur, pactum de specie non valere, cum genus est in obligatione. Solutio: Alia est ratio repudiationis, alia pacti. nam repudiari non potest, quod peti nequit, proinde & quod sub conditione relictum est, ante conditionem impletam frustra repudiatur. l. si ita sit scriptum. 45. §. j. D. de leg. ij. pacto autem remitti potest etiam ius, quod nondum competit, sed competiturum speratur. l. pactum. 46. D. de pact. & relictum quoque sub conditione, potest conditione pendente in pactum cadere, & pacto amitti. l. j. C. eod. tit. Secundum hæc, cum genus debetur, licet pacisci de specie: non tamen licet repudiare speciem, propterea quod ea species, antequam electa sit, non debetur legatario, ergo nec repudiari ab eo potest.

II. Si genus sit in obligatione, & species aliqua ex ea obligatione eximatur: Quæro, Vtrum obligatio generis extinguatur, an nihilominus maneat propter alias species, quæ deberi possunt. veluti si homo debeatur, & Stichus accepto feratur: quæro, an obligatio maneat, nec ne. Respondeo, totam obligationem perire. l. & per iusiurandum. 20. §. si is. D. de accep. Oppono l. si vnus. 27. §. sed si generaliter. D. de pactis, ubi genus velut homo debeatur, ita ut electio esset creditoris: creditor autem pactus est ne peteret Stichum, atque ita Stichus desijt esse in obligatione, quatenus non poterat amplius efficaciter peti, propter exceptionem conuentionis. sed nihilominus alius homo peti potest. Solutio: Distinguendum est inter acceptilationem & pactum de non petendo. acceptilatio speciei tollit omnino obligationem generis. pactio verò de specie non petenda, non officit obligationi, nisi quantum ad eam speciem, de qua pacti sunt. Differentiæ ratio est, quia acceptilatio est prorsus similis solutioni, quippe quæ definitur solutio imaginaria. sicut igitur specie soluta, non debetur amplius genus, quia bona fides non patitur ex eadem obligatione sæpius exigi: ita etiam acceptilatio vnus speciei tollit generis obligationem. pactum autem de non petendo, non est simile solutioni: nec enim videtur accepisse, qui pactus est ne petat: immò si rem debitam accepisset, frustra pacisceretur. Iam verò hoc pactum non valet ipso iure, sed parit exceptionem: quæ quidem exceptio non potest opponi actori, si aliam speciem petat, quam eam de qua pactus est. d. l. si vnus. §. pacta quæ turpē. D. de pactis.

III. Si quis pactus sit ne petat ædificium, deinde petat singulas res, veluti ædificium destructo tigna petat: Quæro, an exceptio pacti ei obstet. Respondeo, exceptionem obstare, ideoque eum non recte petere. l. si vnus. 27. §. item si pactus. D. de pactis. Oppono l. si quis. 7. §. sed in cementis. D. de excep. rei iud. ubi dicitur, eum qui insulam petijt, nihilominus posse petere cæmenta vel tigna: nec ei obstare exceptionem rei iudicata, quoniam aliud petit: aliud enim est ædificium, vel insula: aliud cæmenta, vel tigna. l. qui vniuersas. 30. in prin. D. de acqui. pos. l. eum qui ædes. 23. in prin. D. de vsurp. & vsucap. Cum igitur pactum de vna re factum, ad aliam non pertineat, ut supra diximus: pactum de ædificio non petendo, non videtur nocere petenti cæmenta vel tigna. Solutio: Distinguendum est inter pactum & iudicium. quamuis enim cæmenta & tigna nec sint ædificium nec partes ædificij, tamen continentur pacto de ædificio, quia in tali pacto omnis causa, id est, quicquid ad ædificium aliquo modo pertinet, & eo continetur quoquo modo, deduci videtur. In iudicium autem, quo petitur ædificium, ideo non videtur deduci tigna aut cæmenta, quia nec peti possunt stante ædificio. l. j. D. de tigno iuncto cum similibus.

IV. Quæro, An pactum valeat, quod factum est contra ius. Respondeo non valere. l. 6. C. de pactis. l. 7. §. ait prætor. D. eod. Oppono, quia edictum ædilium curulium est pars iuris honorarij. §. prætorum. Inst. de iu. natur. & contra hoc edictum pacisci licet. l. pacisci. 31. ff. eodem. Solutio: Distinguendum est, vtrum aliquis paciscatur contra ius commune, an contra ius sibi competens. Nam simili distinctione l. C. vitur in tractatu de sententijs & appellationibus. sententia namque contra ius commune lata, ipso iure non valet, ut appellare non sit necesse. quæ autem contra ius litigantis pronuntiat, valet, ac per appellationem rescindi debet. l. j. §. item cum contra. D. quæ senten. sine appel. rescindi. Sic igitur pactum contra ius commune non valet, id est, pactum quod fit iure vetante, veluti si quis paciscatur ne futurus dolus præstetur, propriè namque contra ius fieri dicitur, quod iure vetante fit. l. contra. 29. D. de legib. l. qui vetante. 102. D. de diu. reg. iur. Pactum autem contra ius paciscentis factum, i quo paciscens remittit & renuntiat iuri sibi competenti, sine dubio valet. l. pactum. 46. D. de pact. l. pen. C. eo. Tale

est pactum contra edictum ædiliū. Non. n. fit vetante edicto: nec valeret, si pacisci ædiles veteret. sed improprie dicitur fieri contra edictum, quatenus fit contra ius & beneficium emptori competens ex edicto. quamobrem rectè dictum est, eiusmodi pactum valere.

V. Quæro, An possimus consulere & prospicere vni tantum ex futuris nostris hæredibus. i. an possim cum creditore meo pacisci ne petat ab vno ex meis hæredibus: & si ita pactus fuero, quæro, an pactum valeat, ita vt vni tantum hæredi proficiat. Respondeo, pactum valere, & illi soli proficere cui pactus sum. alijs autem hæredibus non proficere. l. auus. 33. D. de pac. Oppono l. continuus. 137. §. vlt. D. de ver. obli. ubi traditur non posse nos vni hæredi acquirere: sed necesse esse, vt omnibus hæredibus acquiratur. quomodo igitur pactum vni hæredi proderit? sic enim defunctus vni tantum hæredi acquireret exceptionem pacti. Solutio: Distinguendum est inter acquisitionem quæ fit ipso iure, & eam quæ fit ope exceptionis. Ipso iure non potest acquiri vni hæredi propter legem xij. tabul. quæ inter omnes hæredes ipso iure diuidit omnia iura defuncti, tam actiua quam passiuia, vt Doctores nostri loquuntur. alia est ratio exceptionis & pacti. hic enim requiritur factum hominis opponentis exceptionem: quod facere non potest nisi ea persona quæ pacto comprehensa est. l. si vnus. 27. §. pacta quæ turpem. versi. vlt. D. de pactis: vnde fit vt pactum ei soli hæredi proficiat, qui à paciscente nominatus fuit. Dicitur autem §. vlt. non loquitur de acquisitione exceptionis per pactum, nec de acquisitione in genere, sed de acquisitione per stipulationem, cum quis stipulatur sibi & hæredi dari: quæ acquisitione fit ipso iure, proinde lex xij. tabul. ad omnes hæredes stipulatoris pertinet pro partibus hereditarijs. Iterum oppono: quia si quis ita stipulatus sit, Te & Titium hæredem tuum daturum spondes? Titij persona frustra pacto comprehensa est. nam et si pactum videatur interpositum, ne petatur à cohæredibus Titij, tamen eis nihil prodest, sed omnes hæredes promissoris ex ea stipulatione tenentur pro partibus hereditarijs. l. eum qui. 56. §. j. D. de ver. obli. Solutio: Hoc pactum non prodest cohæredibus Titij, non quia pacto non possit prospici quibusdam hæredibus, sed quia illud pactum est prorsus inutile: nempe quia est pactum tacitum, quod colligitur ex stipulatione. quatenus enim stipulatus sum Titium hæredem tuum daturum, tacite pactus videor ne petam ab alijs tuis hæredibus. atque stipulatio, quod ad hoc, est inutilis, quia supra ostendimus, cum stipulatio valeat ipso iure, necessario eius vim in omnes hæredes valere pro partibus hereditarijs ex leg. xij. tab. cum igitur stipulatio sit inutilis: pactum tacitum, quod ex ea colligitur, valere non potest, propter regulam iuris, quæ ait, ex stipulatione inutili non colligi pactum utile. l. j. §. eum qui. D. de pec. constit. l. j. §. si quis ita. ff. de verb. oblig.

VI. Quæro, An valeat pactum, quo debitori reipu. remittitur, quod ab eo reip. debetur. Respondeo, tale pactum non valere. l. Imperatores. 37. D. de pac. Oppono l. 5. C. de vsur. quæ confirmatur pactum & quidem tacitum contra remp. creditricem. debitor. n. reip. maiores vsuras promiserat, vt puta bestes: deinde per aliquod temporis spatium minores soluerat, exempli gratiã trientes. ait igitur lex eum non posse in posterum conueniri vt soluat vsuras bestes, sed tantum peti posse trientes: quas dum sæpius soluit, videtur tacite pactus ne à se bestes perantur. Solutio: Distinguendum est inter sortem & vsuras. pactum de sorte reip. debita, non valet in preiudicium reip. nisi fiat transactionis causa. l. præses. 12. C. de transa. Pactum autem de vsuris valet, quamuis non sit transactio, propterea quod vsuræ sunt odiosæ. proinde facilius est minuere obligationem vsurarum, quam sortis.

VII. Si pactum sit obscurum vel ambiguum, quod factum est inter venditorem & emptorem: Quæro, Vtrum in dubio sit interpretatio facienda contra venditorem, an contra emptorem. Exempli gratiã, singe me tibi vendidisse ædes, & adiecisse tale pactum, Stillicidia vti nunc sunt, ita sint, dico esse pactum ambiguum: quia non constat, vtrum locutus sim de seruitute stillicidiorum debita ædibus quas tibi vendidi, an de seruitute quæ hæc ædes vicinis ædibus debeant. Quæro igitur, quonam modo sit accipiendum hoc pactum: hoc est, de quibusnam seruitutibus intelligi debeat: de actiuis ne, an de passiuis, vt cum doctoribus nostris loquar. Respondeo, pactum explicari contra venditorem: qui sibi debet imputare, cur non apertius locutus sit. l. veterib. 39. D. de pactis. vt in ea specie, quam proposui, dicendum est venditorem videri locutum de seruitutibus debitis domui venditæ, non de ijs quas ea domus debet. itaque

Itaque propter vim pacti propositi venditor tenetur hoc praestare, aedibus a se venditis seruitutem stillicidiorum debere, ipsas autem alius non debere. l. cum in lege. 33. D. de contrah. emp. l. si arborem. 17. §. pen. D. de seruit. praed. urbanorum. Oppono: quia cum aliquis obscura vel ambigua oratione utitur: id accipi debet, quod ipsi utilius est, non quod ei nocet. l. si quis intentione. 66. D. de iud. Solutio: Distinguendum est inter conuentionem seu pactum, & iudicium seu actionis libellum. etenim libellum actoris interpretatur pro actore. verba autem venditoris pacis entis interpretatur contra ipsum venditorem. Differentiae ratio est: quia contractus & conuentiones non valent, nisi ex consensu vtriusque partis. lege prima. §. adeo. Digest. de pact. proinde venditor non potest uti contra emptorem in verbis a se prolatis, nisi secundum eam sententiam, in quam emptor quoque consensit quoniam igitur emptor in dubio non creditur consensisse, nisi ut quam minimum sibi noceat: idcirco fit interpretatio pro emptore contra venditorem, qui sibi debet imputare, cur non apertius locutus sit. Alia ratio est iudicij: quia iudicium redditur etiam in inuitum. quapropter in libello conuentionis non spectamus, quid reus senserit, de cuius consensu non sumus solliciti: sed tantum quaerimus, quid actor petere voluerit. ideoque sic verba accipimus, ut maxime profint actori. l. inter. 83. §. primo. Digest. de verb. obligat. II. oppono. l. si in emptione. 34. D. de contrah. emp. vbi tractatur talis species: Quidam vendidit fundum, & adiectum fuit pactum, ut emptioni fundi accederet Stichus, forte villicus qui eum fundum colere solebat. cum autem essent duo Stichus, neque constaret de vtro Sticho contrahentes senserint: l. C. ait eum Stichum accedere, quem venditor intellexit, non quem emptor velit. Ecce igitur pactio-nem ambiguam intelligi contra emptorem pro venditore. Solutio: Diligenter distinguendum est inter legem venditionis & legem emptionis. lex venditionis dicitur, quam venditor dixit: lex emptionis appellatur pactum dictum ab emptore: sumitur enim appellatio ab eo qui legem dixit. Hac distinctione adhibita, quae etiam in alijs contractibus seruanda est, (nam similiter differunt lex locationis, & lex conductionis) dico verba pactorum esse intelligenda contra eos, a quibus prolata fuerunt: cum quia sibi debent imputare, cur non apertius locuti sint: tum etiam quia verba illa contra alterum non valent, nisi quatenus alter consensit, qui non praesumitur consensisse, nisi ut minimum sibi noceat. Ergo lex venditionis intelligitur contra venditorem: lex emptionis contra emptorem. in d. l. veterib. vocatur lex venditionis. in d. l. si in emptione. appellatur lex emptionis, quoniam ab emptore dicta fuit, qui desiderauit accessionem Stichus, nam venditor maluisset dare solum fundum, quam fundum cum Sticho. Huic solutioni oppono l. insulam, 13. D. qui pot. in pig. hab. quo loco proponitur talis species: Habebam insulam, eamque Titio locaueram: mox eam tibi vendidi: & conuenit, ut primi anni pensionem Titius mihi venditori solueret, sequentium annorum pensionem tibi emptori refunderet. idcirco adieci pactum, ut pignora, quae Titius mihi obligauerat pro pensione, tam tibi quam mihi essent obligata: id est, mihi pro pensione primi anni, tibi pro pensionibus sequentium annorum. hoc pactum ambiguum est: quia ex verbis ipsius pacti non constat, vtrum ego tibi sim preferendus, ita ut ex omnibus rebus pigneras primū mihi satisfiat in solidū, deinde tibi ex residuo si quid supererit: an vero pignora vtrique, teneatur p. rata portione, vt si ambobus satisfieri nequeat, pars mihi, pars tibi decedat. prior interpretatio fauet mihi venditori, q. ea ratione tibi pferor. posterior interpretatio fauet tibi emptori, q. p. eā mihi adiungeris tamquam equalis, non posterior creditor. Iuriscōsultus autē tibi pbat interpretationē, q. fauet veditori. et si ab ipso veditore lex dicta fuerat. Solutio: Hoc est speciale in pignore, p. p. terea q. pignus sequitur principale obligationē. l. 2. C. p. quas psonas nob. acqui. Sicut igitur in obligatione principali ita res se habet, vt primum mihi solui debeat, postea tibi, q. mihi debetur prior pētio, tibi relique pēssiones: ita etiā ex pignorib. antē mihi satisfieri debet q. tibi. Item oppono: q. si quis stipuletur Kalendis dari, hāc stipulatio intelligitur de Kalendis proximis, q. quidē interpretatio est utilior stipulanti. l. eū q. Kalendis. 41. in prin. D. de verb. obli. Solutio: Quod diximus verba pactorum intelligi cōtra eos, a quib. prolata fuerunt, sic accipi debet, vt ita demū hac interpretatione vtamur, si res dubia sit, nec alia sit interpretandi ratio potior. Primum. n. spectare oportet, quod inter pacificētes actū fuit. si id nō appa-

ret, tunc id sequimur, quod ex vsu regionis & consuetudine loquendi, vel ex natura contractus verisimile est: si verò ne id quidem apparet, confugimus ad supra dictam interpretationem, & verba accipimus contra proferentem. d. l. cum in l. D. de contrah. emp. l. semper in stipulationibus. 34. D. de diuer. reg. iur. Quocirca in specie d. l. cum qui. ideo admittimus interpretationem quae fauet stipulanti, quia vsus & consuetudo loquendi talē interpretationē requirit. quoriefcunq. enim Kalendarum mentio fit, nec adiecitur, quae Kalendae significentur: semper intelligimus Kalendas proximas, cuius interpretationis ratio esse videtur, quia aliae Kalendae praeter proximas sunt infinitae, adeo vt certam interpretationem afferre non possimus, nisi proximas intelligamus.

Si quis creditori suo fundum pignerauerit adiecto pacto, vt ipse debitor quamuis possessionem eius fundi ad creditorem transtulerit, tamen tributa ex eo fundo debita soluat. Quæro, An hoc pactum valeat, nec ne. Respondeo, Pactum esse iustum, ideoque seruandum. l. epistola. 52. §. pactum. D. de pact. Oppono, quod dicitur in l. inter. 42. eo. tit. talem conuentionem non esse seruandam, quia pacto priuatorum ius fisci, cui tributa debentur, mutari nequit. Solutio: Pactum propositum partim est seruandum, partim non seruandum, valet enim inter debitorem & creditorem qui pacti sunt: non valet in prauiudicium fisci, cum quo pactum factum non est: quia pacta inter certas personas facta, ad alias non pertinent. l. si vnus. 27. §. pacta quae turpem. vers. ante omnia. D. eod. Ergo si fiscus tributa petat a creditore possidente fundum tributarium, creditor non poterit exceptione dicti pacti se tueri, quo minus tributa soluat, sed habebit regressum contra debitorem sibi ex dicto pacto obstructum. II. oppono: quia non potest aliquis ad alium transferre fundum retento onere tributi fisco inferendi: & si de ea re pactum interuenerit, inutile erit. l. vlt. Cod. sine cen. vel reli. fund. compar. non pos. Solutio: Distinguendum est, vtrum aliquis transtulerit fundi dominium, an possessionem solum. Dominio translato, verbi gratia in emptorem aut donatorem, onus tributi retineri non potest: quia est onus patrimoniale, quod necessario sequitur praedium. si quis autem solum possessionem transferat fundi dominio retento, vt contingit in fundo pignurato, cuius dominium manet penes debitorem. l. pignus. 8. C. de pignorat. ac. tunc valet pactum, vt is qui possessionem transtulit in alterum, soluat tributa, quia est dominus fundi tributarij.

Si quis aliquid promiserit ne maleficium fiat, veluti si promiserit decem Titio ne alium interficeret, aut ne furtum committeret: Quæro, An promissio valeat & pariat obligationem atque actionem. Respondeo, Ex huiuscemodi promissione nullam oriri obligationem. l. iurifigentium. 7. §. si ob maleficium. Digest. de pactis. Oppono: quia hāc conuentio probatur, & valere dicitur, si tecum paciscar ne facias furem seruum meum. l. non impossibile. 50. eod. vnde liquidō apparet valere conuentionem ne maleficium fiat. Solutio: Distinguendum est inter conuentionem gratuitam ne delictum committatur, & promissionem ne fiat maleficium. cum gratis conuenit, nulla in ea conuentione turpitudine inest, ideoque pactum valet. cum autem pecunia promittitur alicui ne delinquat, turpitudine inest in ea promissione ex parte eius cui sic promittitur: quia cum gratis praestare debeat, ne delinquat, vult ob eā causam pecuniam accipere. lege prima, secunda & vltima. D. de condit. ob turpem causam. quam obrem ea promissio non valet, ne stipulator ex sua turpitudine aliquid lucretur.

Quæro, Si emptio & venditio, vel locatio & conductio ex vna parte dissoluatur, vtrum ex altera parte maneat, an in totū sublata esse intelligatur. vt puta si locator conductorem liberarit obligatione locati conducti: quæro, an conductor nihilominus possit agere cum locatore. Respondeo, in huiuscemodi contractibus sublata obligatione ex vna parte, ex altera quoque parte sublata obligationem intelligi, ne claudicent contractus, qui sunt vltro citroque obligatorij. lege quinta in principio. Digest. de ref. vend. lege vltima. D. de acceptilat. Oppono. l. si conuenient. 56. D. de pact. in cuius legis specie conuenit inter dominum fundi & colonum, ne dominus a colono aliquid peteret: l. C. autem respondet, colonum nihilominus posse agere contra dominum. Solutio: Regulariter tota obligatio dissoluitur, sed excipiendum est, nisi sit iusta causa conuentionis, propter quam causam vnus ex contrahentibus liberetur: alter enim ideo non liberatur, quia causa illa in eius persona locum non habet. Exempli gratia, colonus debet domino pen-

VII

IX

X

nonem & mercedem: dominus autem debet restituere colono impensas ab eo in fundum meliorandum factas. Iam pone, ppter grandinem ac tempestatem colonū nullos aut paucos fructus percepisse, ideoque dominum ei pensionem remisisse. certè etsi cōductor ab ea obligatione liberatur, tamen habet dominum fundi obligatum, à quo repetet impensas actione conducti: quia sterilitas, quæ fuit causa cur liberaretur colonus, non potest esse causa cur sic liberetur dominus fundi. Hoc significatur in d. l. si conuenerit. illis verbis, *Et iuxta causam conventionis fuerit*, id est, si ob aliquam causam æquum fuerit liberari colonum, quæ tamen non suadet liberari dominum.

XI. **Quæro**, An valeat pactum, si quis paciscatur ne possit de re sua pro libito disponere, veluti ne sibi liceat locum suum dedicare, aut in suo loco mortuum sepelire, aut vicino inuito prædium alienare. Respondeo, Huiusmodi pactorum nullam esse vim. l. pen. D. de pac. Oppono l. vlt. C. de pac. inter empt. & vend. vbi valet pactum ne emptor monumentum extruat in fundo empto. Item oppono l. vltim. C. de reb. alien. non alien. in qua probatur pactum ne quis rem suam alienet. Solutio: Distinguendum est inter pacta nuda per se facta, & leges contractuum. constat enim maiorem esse vim legis contractus quam pacti nudi. ergo pacta illa ne dominus disponat de re sua, ita demum valent, si insint contractui, non etiam si seorsim à contractibus fiant. & d. l. pe. loquitur de pacto nudo facto seorsim à contractu, leges autem oppositæ loquuntur de lege contractus, id est, de pacto quod contractu inest. II. Oppono: quia petitor est dominus fundi quem pigneravit. l. pignus. 8. C. de pig. act. valet tamen pactum nudum, si creditor cum eo pepigerit ne eum fundum alienet. l. si creditor. 7. §. vlt. D. de distract. pig. Solutio: Hoc est speciale, propterea quod creditor, etsi non est dominus pignoris, tamen habet ius in re. proinde non est comparandus extraneo, qui inutiliter eo modo pacisceretur.

Ex tit. De transactionibus.

XII. **Si** controuersia inter scriptum & legitimum hæredem orta de viribus testamenti, per transactionem sopita fuerit, qua transactione conuenerit, vt partem hæreditatis obtineat hæres scriptus, partem legitimus: **Quæro**, Vter eorum conueniri debeat, hæresne scriptus, an legitimus, an vterque. Dubitandi causa est, quia non constat, vtrum testamentum valeat, necne: quandoquidem ea controuersia non fuit à iudice decisa, sed à transigentibus sopita. proinde non constat, vtrum succedatur ex testamento, an ab intestato. cui consequens est, vt difficile sit dictu, vtrum conueniendus sit hæres scriptus, an legitimus. Respondeo, solum hæredem scriptum conueniri. l. 3. in prin. D. de transactionibus. Oppono l. controuersia. 14. cod. titul. vbi disertè dicitur, vtrumque conueniendum esse pro ea parte, quam ex hæreditate secundū conventionem accepit. cuius responsi hæc ratio afferitur, quod incertum est ius successionis: id est, quia non constat, vtrum succedatur ex testamento, an ab intestato, vt supra exposui. Solutio: Distinguendum est inter legatarios & creditores hæreditarios. legatarij namque agere debent contra solum hæredem scriptum: creditores autem hæreditarij contra vtrumque pro partibus, quas quisque possidet. Differentiæ ratio est: quia legatarijs nihil debetur, nisi valeat testamentum: proinde legatarij nihil possunt petere ab hærede legitimo, quo succedente legata non debentur: sed debent in solidum conuenire hæredem scriptum, tamquam testamentum valeat, cum aliter non possint consequi legata. Alia est ratio creditorum, quibus omnino debetur, siue testamentum valeat, siue non. Quamobrem creditores, non habitatione virium testamenti, debent agere contra vtrumque hæreditatis possessorem, hæredem scilicet scriptum, & legitimum, pro partibus quas possident.

XIII. **Si** cum dubitaretur de fideicommissio, vtputa quæ quantitas per fideicommissum relicta esset, transactionem fuerit, deinde post transactionem prolata sint codicilli, ex quibus apparuerit vera quantitas fideicommissi, ac proinde apparuerit fideicommissarium ex causa transactionis minus accepisse, quam sibi relicta fuerat per fideicommissum: exempli gratia, cum ei centum relicta essent, fideicommissarius id ignorans transigat sexaginta. **Quæro**, An possit aliquid ex ijs codicillis petere, hoc est, saltem reliqua quadraginta, an ei petenti obstat exceptio transactionis. Respondeo, cum non obstante transactione, posse petere fideicommissum: sed ei imputari,

quod accepit ex causa transactionis, adeo vt non centū petere debeat, quāuis cētum relicta fuerint, sed petere eum oporteat reliqua xl. quandoquidem lx. consecutus est ex causa transactionis l. 3. §. j. D. de transact. Oppono l. Lucius. 78. §. vltim. D. ad Trebell. vbi dicitur post transactionem non posse peti fideicommissum, & ne quidem peti posse reliquum, id est, quanto minus est consecutus ex causa transactionis quā fuerat in fideicommissio: non posse inquam id peti, etiam si post transactionem instrumenta reperta fuerint, quæ faueant causæ fideicommissi. Solutio: Alia est ratio codicillorum, aliæ instrumentorum. instrumenta namque post transactionem reperta eam non infirmant, nec eo minus transactio valet, q̄ transactionis tempore instrumenta prolata non fuerant. l. sub prætextu instrumenti. 19. Cod. de transactio. testamentorum autem & codicillorum proprium privilegiū est, vt, nisi proferantur eorumque verba inspiciantur & intelligantur, transactio de re in testamento vel codicillis relicta, non valeat. quod placuit fauore vltimæ voluntatis, quod magis proferatur, nec ab aliquo celetur, lege sexta, Digest. eodem titulo, l. prima. §. primo. Digest. testament. quemadmodum aper. Conciliatio igitur legum adductarum in eo consistit, quod in dicta lege 3. §. j. post transactionem inuenti fuerunt codicilli in quibus fideicommissum relicta fuerat, ideoque transactio non valet. in d. l. Lucius. §. vlt. fuerunt postea reperta instrumenta, non codicilli, nec testamenta.

Si opinatus hæres transigat cum debitore hæreditario, & ex causa eius transactionis aliquid accepit ab eo debitore, mox verus hæres euincat hæreditatem: **Quæro**, Vtrum falsus hæres, dum restituit hæreditatem vero hæredi, cogatur etiam ei restituere id quod accepit ex causa dictæ transactionis. Respondeo, falsum hæredem non cogi id restituere vero hæredi, cui restituit hæreditatem. lege tertia, §. vltimo. Digest. de transactionibus. Oppono l. sed etsi lege 25. §. petitio. l. post senatusconsultum. 28. & l. euieta. 55. D. de petit. hæred. quibus in locis dicitur eum, cui hæreditas cuieta est, etiam si bonæ fidei possessor fuerit, tamen restituere vero hæredi quicquid ab aliquo accepit, & omne lucrum quod occasione eius hæreditatis nactus est. Solutio: Distinguendum est inter possessorem hæreditatis ad alium pertinentis, & eum qui iactat se hæredem, cum neque sit hæres neque possideat hæreditatem. possessor enim hæreditatis omne lucrum restituit: quia non conuenit bonæ fidei, vt lucretur ex hæreditate aliena: constat autem petitionem hæreditatis esse bonæ fidei: vnde ea actione conuentus omnia restituit. Alia ratio est eius, qui non possidet, sed falsò iactat se esse hæredem, atque ita per transactionem aliquid extorsit à debitore hæreditario: hic enim nulla actione tenetur vero hæredi: quia neque cum eo contraxit, neque possidet rem aliquam, aut ius ad hæredem pertinentis.

Si cui alimenta in testamento relicta fuerint, ita vt ei debeatur quicquid ad victum pertinet, etiam habitatio & vestimenta: deinde is cum hærede de vestimentis permissu prætoris (hoc enim requiritur) transigat: **Quæro**, Vtrum post eam transactionem possit petere habitationem & vestes, an ea petenti obstat exceptio conventionis. Respondeo, transigentem de alimentis, non videri transigere de habitatione, nec de vestiariis: idcirco ea nihilominus petere posse. l. cum hic §. qui transigit. D. de transact. Oppono, quod appellatione alimentorum etiam habitatio & vestiarij continentur, & legatis alimentis hæc quoque legata videntur. l. legatis. 6. & l. vlt. D. de alimentis legat. Solutio: Appellatione alimentorum continentur quidem habitatio & vestiarij, quasi species appellatione generis, proinde tamquam generali appellatione, sed in transactione de alimentis ideo non veniunt, quia Diuus Marcus fauore alimentorum constituit, vt de his non verbis generalibus, sed nominatim & specialiter transigatur.

Ex tit. De postulando.

XVI. **Quæro**, An minor xxv. annis, maior xvij. possit esse procurator. Respondeo, eum posse esse procuratorem. l. si collectaneus. 13. Digest. de manumissis vindicta. §. iustæ. Instituit. quibus ex causis manumitt. non lic. quæ iura loquuntur generaliter de procuratore: vnde apparet, eum posse fieri procuratorem etiam ad lites: immo si ea loca, cum generaliter sint concepta, coangustari debent ad aliquam speciem procuratoris, potius intelligi debent de procuratore ad iudicia, quāti

XIV.

XV.

XVI.

quam (vt vulgus interpretum opinatur) de procuratore ad negotia. ratio est: quia ibi dicitur, hanc esse iustam causam manumittendi seruum, vt detur procurator, dummodo sit maior xvij. annis. atqui si intelligamus procuratorem ad negotia, non erit ea iusta causa, propter quam concedatur domino minori viginti annis, vt manumittat seruum: quandoquidem nihil vetat seruum fieri procuratorem ad negotia. sed iusta causa manumittendi erit, si intelligamus procuratorem ad lites: quia seruus non potest esse ita procurator, cum non habeat legitimam personam standi in iudicio. præterea cum maior septemdecim annis possit in iure postulare. lege prima, §. initium. Digest. de postuland. multo magis potest esse in iudicio procurator: quia facilius alicui conceditur vt procuratoris officio fungatur in iudicio, quam vt in iure postulet. vt ex eo intelligere licet, qd infames personæ ad eas procuraciones admittuntur. §. vltimo. Institut. de excep. pro alijs tamen postulare nequeunt. lege j. §. secundo loco. D. de postuland. Ergo ex his probatum est, maiorem septemdecim annis posse dari procuratorem etiam ad lites. Oppono l. minor. 51. D. de procurat. vbi Iuriconsultus ait minorem viginti quinque annis non esse idoneum defensorem. Solutio: Distinguidum est inter procuratorem, & defensorem. defensor proprie dicitur, qui mandato caret: procurator autem proprie dicitur, qui mandatum habet. Maior septemdecim annis, qui est minor viginti quinque, potest esse procurator cum mandato, non defensor sine mandato. Differentiæ ratio est: quia prohibetur pro alio in iudicio interuenire, non absolute, sed ijs casibus quibus potest in integritate restitui, vt expressum est in d. l. minor. ne scilicet iudicium inane reddatur per restitutionem in integrum tam vero minor, qui pro alio litigauit, ita demum habet beneficiu restitutionis, si sine domini mandato litigauit, veluti defensor. nam si procuratorio nomine interuenierit, restitutio denegatur: qd si concederetur, non tam prodesset minori qd est procurator, qd ei cuius est procurator, sed hic, si læsus sit propter minorem ætatem sui procuratoris, sibi debet imputare, cur non alium magis idoneum elegerit. l. cum mandatu. 13. D. de minoribus. Hinc igitur est, quod minor potest esse procurator, non defensor. I. I. Oppono: quia in procuratore legitima ætas requiritur. lege exigendi duodecima Cod. de procurator. ætas autem legitima viginti quinque annorum curriculum compleri dicitur. lege vltima. Cod. de his qui veniam ætatis impetrauerint. Solutio: Ætas legitima seu perfecta (nam hæc duo vocabula pro eodem sumuntur. dicta lege vltima) varijs modis accipitur, pro subiecto scilicet argumento. in quolibet enim tractatu ætas legitima est, quam lex in eo tractatu definit & requirit, adeo vt interdum legitima & perfecta ætas dicatur etiam post quartumdecimum annum completum. §. vlt. Institut. de At. tut. l. 4. Cod. de testam. mil. Quamobrem multo facilius legitima & perfecta ætas dici potest post septimumdecimum annum completum: quamquam absolute & simpliciter loquendo, legitima vel perfecta ætas dicitur post annum viceimum quintum, quoniam eius ætatis homines, ad omnia ferè à legibus admittuntur. Exempli gratia, maior quatuordecim annis potest facere testamentum, sed non potest esse procurator: maior septemdecim, potest facere testamentum & esse procurator, non res suas sine auctoritate curatoris libere administrare: maior autem viginti quinque annis hæc omnia facere potest. ergo decimoquarto anno completo ætas legitima & perfecta est quantum ad testamenta cõficienda, post decimum septimum annum, quantum ad testamenta, & ad officium procuratoris. post viceimum quintum annum est omnino & simpliciter legitima & perfecta ætas, non respectu huius vel illius actionis quod respexit Imperator in d. l. vlt. definiens hoc modo ætatem legitimam & perfectam. sed ea definitio nihil obstat, quod minus decimo septimo anno completo dicatur ætas legitima & perfecta non omnino, sed quod ad hoc vt aliquis possit esse procurator.

XVII.

Quæro, Si quis famoso iudicio damnatus, mox restitutus fuerit, vtrum maneat infamis, an infamia eximatur. Respondeo eum infamia liberari, lege prima, §. deinde adijcit. Digest. de postuland. lege prima. Codicis de sententiam passis. Oppono l. generalis. 7. Codicis eodem titul. & l. vltima Cod. de gener. abolit. vbi dicitur poena tantum gratiam fieri, non etiam infamiam criminis tolli. Solutio: Distinguidum est inter restitutionem in integrum, & generalem ac simplicem indulgentiam principis. dum enim princeps simplici erga aliquem indulgentia vtitur, poenam tantum remittit. dum autem

ait, In integrum te restituo, magna est vis horum verborum, & intelligitur princeps eum honoribus & cæteris restituere. dicta l. j. Cod. de sententiam passis.

Ex tit. De his qui notantur infamia.

SI miles missus fuerit eo non adiuncto quod ignominia causa missus sit. Quæro, An fiat infamis. Respondeo, infamem non fieri. l. 2. §. ignominia. D. de his qui not. infam. Oppono l. milites agrum. 13. §. missionum. D. de re milit. vbi dicitur, etiamsi sine ignominia mentione missi sint, eos fieri infames. Solutio: Missio infamat, siue hæc verba expressa fuerint, militem ignominia causa dimitti: siue expressa fuerit causa missionis, quæ causa importet infamiam: veluti si dicatur miles dimitti, eo quod adulterium commiserit. quamuis enim ignominia nulla mentio expressè videatur fieri, tamen sufficit expressum esse delictum quod est causa ignominia: sed si ea causa expressa non fuerit, miles dimissus, non erit infamis, quamuis ex turpi causa dimissus sit. Simili distinctione vtimur in tutoribus, qui remouentur quasi suspecti. nam si remoueantur ob dolum, sunt infames. si ob culpam, non item. quid si causa expressa non fuerit, sed simpliciter remoueantur? adhuc dicendum est eos non esse infames. lege tertia: §. vltimo, & lege 4. D. de suspect. tutor.

XVIII.

Quæro, si miles exauctoratur, an efficiatur infamis. Respondeo eum infamem fieri. l. j. §. ignominia. versic. sed et si. D. de his qui not. inf. Oppono l. 4. §. non omniff. de re milit. vbi dicitur exauctoratum non fieri infamem, qui scilicet ideo exauctoratus est, quod nomen militiae dederat in fraudem aduersarij sui cum quo litigabat, vt duriorum aduersarium se ei præberet. Solutio: Alia est exauctoratio verbalis, nimirum cum verbis tantum miles liberatur sacramento militiae: alia realis, cum militi detrahuntur insignia militaria. Quod dictum est, exauctoratum omnino inter infames effici, de reali exauctoratione intelligi debet. quod Iureconsultus disertè ostendit in d. §. non omniff. illis verbis, id est militaria insignia detraxerit. hæc enim insignium detractio videtur exauctoratum omni honore spoliare.

XIX.

Quæro, Si quis ad tempus exulare iussus fuerit, an finito exilij tempore sit infamis, nec ne. item quæro, an postquam de exilio reuersus est, possit pro alijs postulare, nec ne. hæc posterior quæstio pender à priori: quoniam infames remouentur à postulando. l. j. §. secundo loco. D. de postulando. ideo simul vtramque quæstionem tractabimus. Respondeo, finito exilij tempore eum non esse infamem. l. 2. Cod. de his qui in exilium dati l. 3. Cod. ex quibus causis infam. irrog. ideoque posse pro alijs postulare, non adhibita distinctione criminis quo damnatus est. l. Imperator. 8. ff. de postulan. Oppono: quia si damnatus fuerit ex causa continente perpetuam infamiam, veluti ex causa furti, aut publico crimine: (nam hæc causæ infamiam irrogant. l. furti. 6. §. j. D. de his qui not. infam. l. infamem. 7. D. de publi. iud.) necesse est, vt maneat infamis etiam postquam de exilio reuersus sit, cum infamia perpetua non possit tempore aboleri. cui consequens est, vt pro alijs postulare nequeat. l. 4. §. ad tempus. D. de re milit. l. ad tempus. 6. Cod. ex quibus causis infam. irrog. Solutio: Distinguidum est inter infamiam quæ à lege, & eam quæ à iudice irrogatur. lex autem modò notat factum, id est, delictum, veluti adulterium: vnde adultera est infamis, etiamsi damnata non sit. l. palam. 43. §. pen. D. de rit. nup. modò notat damnatum, adeo vt delinquens non fiat iure infamis, nisi cum damnatur: & si appellauerit, non fit infamis nisi ex die sententiæ à iudice appellationis pronuntiatæ. vt contingit in furto. nam fur non est infamis infamia iuris, nisi sit condemnatus. d. l. furti. §. j. D. de his qui not. infam. nempe quia edictum prætoris non irrogat infamiam furi, sed furti damnato. l. j. eodem titul. iam vero inter infamiam quæ à iure, & eam quæ per sententiam iudicis infligitur magna differentia est. etenim infamia, quæ à iudice imponitur, tam diu durat, quam diu vt duraret, iudex iusserit, qd si iudex ad tempus poenam inflixerit, non potest esse infamia perpetua: quia poena tempore determinata, non debet contra sententiæ fidem ulterius porrigi. d. l. Imperator. infamia vero, quam lex irrogat, est perpetua, nec vnquam aboletur. d. l. palam. §. non solum. D. de ritu nuptiarum. quin immo nec per sententiam iudicis tolli potest. l. non poterit. 63. Digest. de furtis. l. ordine. 15. in prin. D. ad municip. nisi forte ob grauiorem poenam à iudice impositam videatur de existimatione transactum esse:

XX.

quo casu cessat infamia, vt oneratus à iudice in pœna corporali, releuetur in existimatione. l. quid ergo. 13. §. pœna grauior. ff. de his qui not. infam. d. l. ordine. in prin. His præmunitis, dico eum qui de exilio temporali reuersus est, non esse infamem, quod attinet ad infamiam iudicalem, quia pœna sententiæ finita est tempore: sed posse esse infamem infamia legali, (sic enim distinctionis gratiâ liceat appellare) nempe si damnatus sit ex causa inferente perpetuam infamiam. Eadem solutionem repeto alijs verbis, ac dico, finito exilio temporali non manere infamiam, quocumque crimine aliquis damnatus fuerit, dummodo non sit tale crimē, quod infamiam legalem secum trahat, ad quam infamiam legalem & ad crimina talem infamiam importantia Papinianus in d. l. Imperator. non respexit: alioquin malè dixisset infamiam cessare post tempus exilij: quia iam ostendi infamiam, quæ lege irrogatur, esse perpetuam.

XXI. Si quis tempore seruitutis turpiter egerit, vt putà si lenociniū exercuerit, aut si mulier vulgò quæstum fecerit: deinde ad libertatem peruenerit: Quæro, An turpitudinis tempore contracta, noceat manumisso. Respondeo non officere. l. pen. D. de his qui not. inf. Oppono l. 4. §. ait prætor, eod. tit. vbi manet nota post manumissionem. Solutio: Hæc quæstio non est generaliter definienda: sed videre oportet, vtum delictum sit grauius, an leuius. ex quibusdam enim causis durat infamia post manumissionem, ex alijs causis non durat. Ecce enim: mulieri manumissæ non officit, quod seruitutis tempore meretrix fuerit. viro autem manumisso nocet, quod in seruitute lenocinium exercuerit, vt probatur ijs l. quas supra adduxi: quia scilicet leno grauius peccat, quàm meretrix: quippe qui non solum peccat, sed etiam alijs peccandi causam præbet: quod peccatum grauius est, quàm si quis solus delinquat. Nou. Const. 8. cap. 8.

XXII. Quæro, An actiones pœnales competant in hæredes delinquentium: cuiusmodi sunt actiones furti, vi bonorum raptorum, & similes. Respondeo non competere. §. non autem. Instit. de perpet. & temp. act. Oppono l. 6. §. si quis alieno. D. de his qui no. infam. vbi hæres furis datur furti: dicitur tamen non esse infamis, quia damnatur nomine alieno, cum ipse nihil deliquerit, sed delinquenti successerit. Solutio: Actio pœnalis non competit contra hæredem, nisi cum defuncto, qui deliquit, lis fuerit contestata cæterum litis contestatio perpetuat actionem, ac transmittit eam in hæredem. §. pen. d. tit. de perpet. & temp. act. Quod ergo dicitur in d. §. si quis alieno. hæredem furis condemnari furti, sic accipiendum est vt eum fure lis contestata fuisse intelligatur.

XXIII. Quæro, An hæres tutoris possit suo nomine condemnari iudicio tutelæ. Respondeo, non posse. l. 6. §. illud. D. de his qui not. infam. quia tutela finitur morte tutoris. §. simili. Instit. quibus modis tut. fin. hæres igitur, cum non sit tutor, non potest iudicio tutelæ condemnari suo nomine, id est, quasi tutor, sed nomine alieno, hoc est, rãquam hæres tutoris. Oppono principium l. 4. D. de fideiussor. & nominat. vbi dicitur dicitur hæredem tutoris suo nomine condemnari iudicio tutelæ: veluti si post mortem tutoris pecuniam à pupilli debitoribus exegerit, vel in arca repertam acceperit & consumpserit. Solutio: Hæres tutoris regulariter non potest condemnari suo nomine obrationem adductam, quia scilicet non est tutor. sed excipiendum est, cum tutor negotia quædam pupillaria inchoauit, nec tamen absoluit. hæres enim tutoris, si masculus sit & perfectæ ætatis, debet ea negotia perficere. l. j. d. tit. de fid. & nomi. & in ijs potest damnari suo nomine, quæ ipse perficere debet: condemnari, inquam, iudicio tutelæ, propterea quod hæc negotia fuerunt inchoata à tutore.

XXIV. Quæro, An dominus damnatus contrario mandati iudicio sit infamis. Respondeo, non esse infamem, licet procurator, qui damnatur iudicio mandati directo, fiat infamis: Cuius differentie ratio est: quia iudicio directo agitur de fide, quam rumpens fit infamis: iudicio autem contrario agitur de calculo, non de fide. l. 6. §. vlt. D. de his qui not. infam. Oppono §. mandati. eiusdem legis. vbi dicitur etiam contrario mandati iudicio fieri infamem. Solutio: Damnatus contrario iudicio regulariter non fit infamis: quia regulariter non condemnatur ob fidem fractam, sed ratione calculi. interdum tamen fit infamis: quia interdum ideo damnatur, quod fidem fregit. veluti si dominus promisit procuratori se ei restitutum impensas ab eo faciendas, nec velit restituere: per condemnationem fiet infamis.

XXV. Quæro, Vtrum transactio noceat, an profit existima-

tioni transigentis. Respondeo, transactionem infamare delinquentem qui transegit. l. 6. §. pactusque. D. de his qui not. infam. Oppono, quod dicitur in l. quid ergo. 13. §. pœna grauior. D. eod. si grauior pœna quàm à lege statuta sit, delinquenti per iudicem irrogetur, condemnatum non fieri infamem, sed existimationem eius conseruari: quia dum pœna grauior irrogata fuit, videtur de existimatione eius transactum fuisse. itaque vi huius transactionis existimatio delinquentis conseruatur. Solutio: In d. §. pactusque. fuit vera transactio. sed in §. pœna grauior. fuit quasi transactio. Rursus in §. pactusque. transactum est de pœna. in §. pœna grauior. transactum est de existimatione. Denique in §. pactusque. transactio fuit voluntaria, & sponte facta. sed in §. pœna grauior. transactum est auctoritate iudicis, quia propter grauem condemnationem videtur quasi transactum. constat autem transactionem non infamare, si iussu iudicis transactum est. Ex his apparet propositas species longè diuersas esse: ac transactione ab accusato vel suspecto criminis facta, ita demum eum teneri infamia, si sponte transegerit de delicto & pœna.

XXVI. Quæro, An iudex possit augere vel minuere pœnam legibus constitutam. Respondeo, eum posse id facere: potest enim furem nec manifestum, qui iure tenetur in duplum, condemnare in quadruplum. l. quid ergo. 13. §. pœna grauior. vers. sed si in causa. D. de his qui not. infam. Oppono: quia pœnæ persecutio non mandatur voluntati iudicis, qui de facto non de iure cognoscere debet, sed reseruat auctoritati legis. l. j. §. quorum. D. ad Turpil. Solutio: Pœna dicitur non mandari voluntati iudicis: quia non omnino pender ab eius voluntate, id est, quia iudex non potest eam tollere, immo non potest eam mutare, nisi quatenus expressè ei concessum est à iure. hoc autem duntaxat est ei concessum, vt ex iusta causa pœnam augeat, vel minuat: ita tamen, vt modum non excedat. l. hodie. 13. D. de pœnis. Iustarum causarum exempla hæc sunt. Iudex potest moderari pœnam legitimam propter minorem atatem delinquentis. l. auxilium. 37. vers. in delictis. D. de minorib. aut quia peccauit aliquis casu inconsulto, non dolo malo l. 5. §. vlt. D. de pœnis. Item potest exacerbare pœnam, si multis grassantibus atque idem delictum committentibus, exemplo opus sit, quo magis nocentes homines deterreantur. l. aut facta. 16. §. vlt. D. eod. tit. Atque hæc dicta sunt de pœna legitima & ordinaria. Iudex enim maiorem habet auctoritatem in pœna extraordinaria: quæ non est ita à legibus definita: sed modò grauior, modò leuior irrogatur, prout iudici visum fuerit, quamquam & in hac pœna infligenda iudex non debet modum excedere. d. l. hodie.

XXVII. Quæro, An damnatus crimine stellionatus, sit infamis, nec ne. Respondeo, Iudicium stellionatus non esse famosum: proinde condemnatum eo crimine, non esse infamem. l. 2. D. de crim. stel. Oppono, quod dicitur in l. quid ergo. 13. §. vltimo. D. de his qui not. infam. crimen stellionatus infamiam irrogare damnato. Solutio: Hic quoque distinguendum est, vt distinximus in quæstione 20. inter infamiam quæ à lege, & infamiam quæ à iudice irrogatur. Crimen enim stellionatus non infert infamiam legitimam, id est, per se non infamat, licet aliquis eo crimine condemnatus fuerit: sed afficit delinquentem infamia iudiciali, id est condemnatus sit infamis, si iudex eum infamem esse iusserit. Hæc sententia confirmatur ex natura iudicij stellionatus, quod est extraordinarium, ideoque non habet certam pœnam lege constitutam: sed modò infamat, modò nõ infamat, prout iudex iudicauerit. Quod autem dicitur in d. §. vlt. Crimen stellionatus infamiam irrogat damnato, videtur mihi sic explicandum esse, vt verbum irrogat, non significet actum sed potestatem, perinde ac si I. C. dixisset, infamia irrogari potest, nempe si iudicij visum fuerit. Nec noua videri debet hæc interpretatio: quoniam & verbum *videbitur*, accipitur pro videri poterit: & *nocebit*, pro nocere poterit: vt iureconsultus interpretatur in l. Labeo. 21. D. de statu liberis. Eodemque modo necesse est nos interpretari verbum *habebunt*, in l. j. §. ait prætor. D. de postul. id est, habere poterunt. ibi namque prætor dat aduocatum ijs qui aduocatum non habebunt, id est, habere non poterunt.

XXVIII. Quæritur, An is, qui hortatur ad accusandum, videatur mandasse: & si sententia iudicis dicatur fuisse instigator accusatoris, an notetur infamia. Respondeo, si iudex ita pronuntiauit, *Callido commẽtio sideris accusatoris instigator fuisse*, his verbis pudorem potius onerari, quàm ignominiam irrogari, id est, eum notari potius infamia facti, quàm infamia iuris. l. ob hæc. 20. D. de his qui not. inf.

not. in f. Oppono: quia Martianus in l. 1. §. incidit. D. ad Turp. comparat instigatorem mandatori, & ait eum incidere in S. C. Turpil. cum tamen Papinianus in dict. l. ob hæc disertis verbis neget eum qui exhortatur & instigat, mandatoris opera fungi. Solutio: Martianus in d. §. incidit, non omnino, sed quod attinet ad S. C. Turp. comparat instigatorem mandatori: immo non simpliciter comparat, sed de eo loquitur, qui non solum instigauit ad accusandum, sed etiam accusatorem instruxit dando probationes, & allegando accusationes. ergo distinguendum est inter eum qui tantum instigauit & hortatus est ad accusandum, & eum qui præterea instruxit accusatorem. Ille enim notatur tantum infamia facti: hic verò infamia iuris tanquam calumniator.

XXIX.

Quæro. An fustibus casus notetur infamia. Respondeo, ictum fustium infamiam non importare. Ictus. 22. D. de his qui not. infra. Oppono, quod dicitur in l. pen. §. minuitur. D. de extraord. cog. exiltimationem minui, cum plebeius fustibus cæditur. vbi l. C. mentionem facit plebeij, non quod decurionis fama integra maneret si fustibus cæderetur, sed quia decuriones & eorum liberi non debent fustibus cædi.

Solutio: Animaduertendum est, ex qua causa aliquis fustibus casus est: quia non ictus fustium, sed crimen, quod ictum fustium meruit, irrogat infamiam. d. l. ictus: adeo ut infamia non sit effectus fustigationis, sed tam infamia quam ictus fustium sint effectus criminis. ergo si quis propter condemnationem fustibus cædatur, sit infamis. si verò quæstionis causa, cum tamen eo crimine non damnetur, cuius erat suspectus, non sit infamis. l. nullam. 14. C. ex quib. caus. infarro.

Ex tit. De procuratoribus.

XXX.

Quæro, An furiosus sit loco absentis. Respondeo, furiosum loco absentis haberi. l. vbi non voce. 124. D. de diuer. reg. iuris.

Oppono l. 2. D. de procuratorib. vbi deserte dicitur, furiosum non esse habendum absentis loco. Solutio: Distinguendum est inter eas causas in quibus præsentia requiritur, & eas in quibus requiritur consensus seu rati habitio. vbi requiritur præsentia, veluti ut aliquis sit testis in testam. dicimus furiosum haberi pro absente. i. frustra adesse. in illis autem casibus in quib. admittuntur absentes, si postea ratum habuerint, furiosus non habetur loco absentis. i. non admittitur, quia non potest habere ratum. Exempli causâ, cum dictum sit absentem posse dare procuratorem. l. 1. §. vlt. D. de procurat. & subiiciatur ratio in l. 2. quia potest ratum habere: rectè illud adiungitur, furiosum non esse loco absentis. i. non contineri illa regula qua dicimus posse absentem dare procuratorem, quia sc. furiosus non potest eam dationem ratam habere. Quo circa notandum est, eam l. vbi non voce. malè esse interpunctam in editione Florentina, & ceteris posterioribus, & perperam constitui initium §. in verbo, furiosus. quod enim ibi dicitur de furioso, eum loco absentis haberi, nõ est absolute & generaliter accipiendum, sed pender ex superioribus, & intelligi debet eo casu, vbi non voce sed præsentia opus est.

XXXI.

Quæro, Vtrum procurator cogatur districtè dominum litis defendere, an non cogatur defendere, sed sufficiat actori, quod habet actionem ex stipulatione iudicatum solui, quæ stipulatio committitur ob rem à procuratore non defensam, cum tres clausulas habeat, ex quibus committi potest, quarum vna hæc est de re defendenda. l. iudicatum solui. 6. D. iudica. solui. Respondeo procuratorem non esse cogendum defendere, sed ob rem non defensam agi posse ex stipulatu. l. non cogendum. 45. in prin. D. de procurat. hoc enim in omnibus stipulationibus & obligationibus, quæ in faciendo consistunt, locum obtinet, vt nisi fiat quod promissum fuit, promissor non compellatur præcisè ad faciendum id quod promissum fuit, sed condemnatur in pecuniam. i. in id quod interest stipulatoris. l. si quis. 13. in fi. D. de re iudicata. Oppono l. filiusfam. 8. §. vlt. D. de procurat. vbi prætor disertè adiicit, se compulsurum procuratorem ad litem suscipiendam datum, vt iudicium subeat. Solutio: Videndum est, vtrum ipse procurator promiserit iudicatum solui, an dominus litis. Si procurator promissum, non cogitur defendere, quamuis promiserit se defensurum, sed tenetur in id quod interest actoris secundum naturam stipulationum, quibus factum aliquod veluti defensio rei, promittitur. Si verò dominus pro procuratore sciente & consentiente cauerit iudicatum solui, tum est locus edicto prætoris, quo districtè procurator cogitur defendere: quia cum con-

fererit, coërceri debet, ne decipiat actorem: nec potest ita coërceri vt in priori casu. i. non potest conueniri in id quod interest, quia nihil ei promissum. supponimus enim promissionem à domino litis factam fuisse. qua de causa visum fuit prætori alia ratione coërcere hunc procuratorem, districtè eum cogendo vt iudicium accipiat. Iterum oppono leg. sed & hæc. 35. §. vltim. D. eod. titul. de procurat. vbi dicitur procuratorem compelli ad iudicium accipiendum, nec sufficere quod ob rem non defensam committatur stipulatio iudicatum solui: cum tamen nec afferatur ibi, nec locum habeat ea ratio quod promissio iudicatum solui, facta fuerat à domino litis, non à procuratore. immo ipse procurator cauerat iudicatum solui, & ex ea stipulatione tenebatur ob rem non defensam. Iurisconsultus tamen ait hoc non sufficere, sed nihilominus eum cogi iudicium accipere. Solutio: Distinguendum est inter procuratorem rei qui conuenitur ab actore, & procuratorem actoris qui inuicem conuenitur, seu (vt Doctores nostri loquuntur) reconuenitur a reo. Procurator enim rei, qui cauit iudicatum solui, non cogitur districtè defendere, sed tenetur ex stipulatione in id quod interest, aut in pœnam certam, si certa pœna comprehensa fuerit ea stipulatione. alia est ratio procuratoris agentis & reconuenti: quia reconuentus omnino cogitur eum defendere cuius nomine agit, quemadmodum edicto prætoris cautum fuit. quod tamen rectè intelligi debet: quia neque hoc casu absolute cogitur defendere, sed sub conditione cogitur, si velit agere nomine absentis. pœna enim procuratoris reconuenti & nolentis eum defendere cuius nomine agit, hæc tantum est, quod ei denegatur actio. l. mutus. 43. §. pœna. D. de procur.

XXXII.

Quæro, An is qui procuratorem ad iudicium dedit, liberè & indistinctè mutare possit eum procuratorem, & alium in eius locum substituere, vel remoto procuratore ipsemet iudicium accipere. Respondeo, liberam facultatem mutandi aut remouendi procuratoris concessam esse domino litis ante litem contestatam. leg. ante litem. 16. D. de procurator. quo loco libera potestas hoc significat, eam mutationem fieri posse sine causæ cognitione, quæ causæ cognitio requiritur in procuratore mutando vel remouendo post litem contestatam, vt ibi subiicitur. l. post litem. 17. eodem titul. Oppono: quia dominus litis non præfertur procuratori in litem mouendam. l. procuratore. 55. eodem titul. atqui lis, quæ est mouenda, nondum est contestata. ergo ante litem contestatam dominus non habet liberam potestatem remouendi procuratorem, quia non potest inuitum remouere. Solutio: Quod dicitur dominum litis non præferri procuratori, non habet locum in quouis procuratore, sed specialiter obtinet in procuratore dato in rem suam, de quo solo l. C. loquitur in dict. leg. procuratore. propterea quod hic procurator pro domino habetur, quippe qui vtiles actiones suo nomine intentat, vt dicitur in eadem leg. procurator. nam qui suo nomine actiones intentat, non agit quasi procurator, sed quasi dominus litis. Rufus oppono, quod dicitur in leg. is cuius. 64. D. eodem titul. eum cuius nomine defensor extitit, si ante litem contestatam velit iudicium in se transferri, causa cognita audiendum esse. c. n. requiratur causæ cognitio, non datur ei libera potestas, quam ita interpretati sumus. id est, sine causæ cognitione. Solutio: Notandum est, duplicem esse causæ cognitionem, pertinentem ad hunc tractatum: altera causæ cognitio est, qua quæritur, vtrum permittenda sit mutatio vel remotio procuratoris. altera causæ cognitio in eo consistit, vt quærat, an ea persona, quæ litigat, possit litigare per semetipsum, an verò cogatur litigare per procuratorem. quædam enim persona propter dignitatem qua sunt decorata, certis in causis non possunt per se litigare, sed coguntur procuratorum opera vt. leg. quicumque. 25. C. de procurat. ergo quod supra diximus, non requiri causæ cognitionem ante litem contestatam, intelligendum est de priori causæ cognitione. nam posterior semper locum habet. Quapropter notandum est, in dict. leg. is cuius. non agi de mutando procuratore: (id enim fieri potest sine causæ cognitione) sed de eo agi, vt lis transferatur in dominum: quod requirit causæ cognitionem (vt exposui) ratione tantum personæ in quam lis transferri debet.

XXXIII.

Quæro, An reus satisfaciat iudicatum solui: Respondeo eum non satisfacere. §. sed hodie. Institut. de satisfatione. Oppono, quod dicitur in leg. in causa. 27. §. si

ex parte. D. de procurator, translatione litis facta ex parte actoris nihilominus committi stipulationem iudicatum solui à reo factam. quibus ex verbis perspicue apparet, reum satisdedit iudicatum solui, eamque satisfactionem effectum habere. Solutio: Considerandum est, utrum ipse reus iudicium suscipiat, an procuratorem dederit. nā si per procuratorem litigare velit, pro eo cauere debet iudicatum solui. l. si ad defendendum. 10. D. iud. solui. §. si verò aliquis. Inst. de satisdat. quod si ipse suo nomine iudicium subeat, eam cautionem non praestat. d. §. sed hodie. quamquam olim etiam is, qui suo nomine actione in rem pulsabatur, satisdare cogebatur iudicatum solui. Inst. d. tit. de satisd. in prin.

XXXIV.

Si praestita fuerit cautio iudicatum solui, cum litigaretur per procuratorem, posteaque lis in dominum translata fuerit: Quæro, Vtrum ea mutatione stipulatio extincta sit, an nihilominus committatur. Respondeo, stipulationem ratam manere, & committi posse. l. in causa. 27. §. si ex parte. D. de procurat. Oppono l. i. §. vltim. D. quibus modis pignus vel hypoth. solui. vbi disertè dicitur, iudicium in dominum translato, non tenent fideiussores, quos defensor dederat, cauens iudicatum solui. Solutio: Distingendum est inter procuratorem actoris, procuratorem rei, & defensorem. nam defensor proprie dicitur, qui mandato caret: procurator autem proprie vocatur is, cui dominus mandauit. l. i. D. de procurat. etsi interdum accipitur pro falso procuratore, cui non est mandatum, ut paulò post probabo. Itaque si procurator actoris iudicatum solui stipulatus sit, deinde procurator esse deserit, eo quod 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. Quod 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 praestitit pro suo procuratore. l. si ad defendendum. 10. primo respons. D. iud. solui. Deniq; si de defensore quaeratur: quia ipse defensor cogitur satisdare iudicatum solui. d. l. si ad defendendum. secundo respons. (vbi procurator accipitur pro falso procuratore, qui caret mandato, ut accipitur etiam in l. nec vllam. 13. §. si quis absentis. D. de hered. petit. l. non solum. 3. §. penult. D. de liberat. leg. l. si quis offerenti. 58. D. de solut. l. si sine. 22. & l. vlt. D. ra. rem hab. idcirco translato iudicio in reum principalem, stipulatio iudicatum 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, ut litigaret, vel caueret: proinde non debet ex facto alieno. i. ex cautione à defensore praestita teneri. quia ratione dictum est, eum non teneri actione iudicati, condemnato defensore. l. si procurator. 28. D. de procur.

XXXV.

Quæro, Vtrum actio domino acquiratur per procuratorem ipso iure, an potius sit opus cessione. vtruta si procurator stipulatus sit: quæro, utrum dominus etiam procuratorem 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 acq. poss. nihil enim domino acquiritur per procuratorem, nisi rei possessio, & per eam possessionem dominium, vel vsucapio. l. i. C. per quas pers. nob. acquir. §. ex his itaque. Inst. eod. tit. Oppono: quia ex stipulatione iudicatum solui adeo verum est acquiri domino actionem vtilem, licet detur procuratori, qui stipulatus est, actio directa, ut dominus praferatur procuratori, & actio utilis domino competens habeat effectum: directa verò, quæ datur procuratori, sit inefficax. l. in causa. 27. in fi. D. de procurat. Solutio: Regulariter non acquiritur actio domino per procuratorem, sed excipiendæ sunt stipulationes prætoriae, ex quibus prætor ad bonum & æquum respiciens dat actionem vtilem domino. l. 5. D. de stipu. prætor. constat autem inter eas numerari stipulationem iudicatum solui. l. i. §. i. eod. merito igitur dictum est, ex ea dari actionem vtilem domino. Iterum oppono, quod dicitur in l. quod procurator. 68. D. de procur. 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. In summa regulariter non acquiritur actio domino per procuratorem: sed interdum, in casibus à iure expressis. l. per procurat. 72. eod. tit.

Quæro, Si reus dederit procuratorem, an nihilominus possit conueniri. Respondeo, si actor malit conuenire dominum quæ procurator, hoc ei licere. l. si actor. 29. D. de procur. Oppono: quia reus liberam habet potestatem transferendi onus actionis, quæ conuenitur, in alium. l. 3. D. fam. erc. ergo non videtur amplius posse conueniri dato procur. alioquin non videbitur in eum transfusisse onus, sed ipse nihilominus id subire. Solutio: Etiam si reus conueniatur, verè tamen dicitur onus translatum esse in procuratorem: quia ut liberum est actori, utrum malit conuenire, reum principalem, an procuratorem eius, ita reo conuenito concessum est respondere per se, vel per procuratorem. itaque non subit onus, quod subiret, nisi dedisset procuratorem: immo omnem molestiam transfert in procuratorem: qui procurator in iudicio respondebit, licet reus principalis citatus fuerit.

XXXVI.

Si sit vna lis plurium personarum, veluti si familiae eriscunda agatur inter multos heredes, 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. de iudica. sol. plures heredes vnus rei, vel plures fideiussores, si litigent, non posse dare plures procuratores, sed vnum tantum. Solutio: Plures heredes, vel plures fideiussores eiusdem debitoris ideo 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. Nec eo mouemur, quod ei postea successerunt multi heredes, cū initio vnus debitor fuerit, quoniam in stipulationibus spectatur initium quo contrahitur. l. si filiusfam. 78. D. de verb. oblig. l. non omne. 144. D. de diuer. reg. iur.

XXXVII.

Si quis ad eandem rem multos procuratores in solidum eodem tempore dederit, mox vnus procurator occupauerit. i. iudicium solus intentauerit: Quæro, An in ea re, quæ hic procurator petit, alij quoque sint procuratores, nec ne. Respondeo, occupantis procuratoris meliorem esse conditionem, adeo ut Secundus non sit procurator in eo quod Primus petit, licet initio dominus in solidum simul mandauerit Primo & Secundo. l. pluribus. 32. D. de procurat. Oppono: quia etiam si vnus procurator egerit, tamen omnes ij, qui in solidum procuratores dati fuerunt, mandati iudicio in solidum domino tenentur. l. creditor. 60. §. duobus. D. mandati. Cum igitur omnes mandati teneantur in solidum: necesse est fieri, omnes manere procuratores. Solutio: Distingendum est inter procuratores datos ad negotia, & procuratores datos ad iudicia. Cum dati sunt ad negotia extra iudicium administranda vno gerente negotium, alij quoque manent procuratores, ac mandati in solidum tenentur, quia mandatum in solidum receperunt. Cum autem dati sunt ad litē: 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 procurat. adeo ut alius procurator non facile admittatur, etiam si dominus velit. i. non sine causæ cognitione. l. post litem 17. D. eod.

XXXVIII.

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 in libertatem prouocat, eo iudicio pendente pro libero haberi, ideoque posse dare procuratorem ad iudicia. l. seruum. 33. §. eum verò. D. de procu. Oppono l. i. in princ. C. de alett. tollen. vbi Iustinianus permittit ei qui est in possessione libertatis, & vocatur in seruitutem, litigare per procuratorem: sed expressè id ei interdicit, qui ex possessione seruitutis proclamatur ad libertatem. Solutio: Qui ex possessione seruitutis litigat de statu suo, potest dare procuratorem ad alia iudicia, non ad hoc liberale, quod de ipsius statu quaeritur. Differentiæ ratio hæc est: Ut procuratorem dare possit ad lites, debet haberi pro libero: nam seruis id concessum non est. d. l. seruum. in prin. tunc autem habetur pro libero, cum his de statu contestata est. l. ordinata. 24. in princ. ff. de liber. cau. l. lite. 14. C. eo. 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. i. non potest dari nisi causa cognita. arg. l. post litem. 17. D. de procur.

XXXIX.

Quæro,

XL.

Quero, An reus criminis capitalis absens possit defendi per procuratorem. Respondeo, defendi posse tam per defensorem quam per procuratorem: quia publicè interest, absentes a quibuscumque defendi. i. non solum a procuratoribus habentibus mandatum, sed etiam a defensoribus mandato carentibus. vnde etiam in capitalibus iudiciis defensio absentis conceditur. l. seruum. 33. §. publicè. D. de procurator. l. 3. C. de accusat. Oppono l. pen. §. 1. D. de publ. iud. vbi disertè dicitur, in publicis iudiciis procuratorem frustra interuenire. i. non admitti ad crimen persequendum, & multo magis frustra interuenire. i. multo minus admitti ad defendendum. Solutio: Distinguendum est, vtrum crimen, de quo agitur, tale sit, vt ex eo soleat irrogari pœna vsque ad relegationem, an pœna grauior. in illis enim causis admittitur procurator vel defensor, in quibus infligi solet pœna relegationis, vel alia minor pœna: non item in iis, in quibus imponitur pœna grauior, vt deportatio, vel mors. l. 1. D. an per alium cau. appellat. red. pos. Differentiæ ratio est: quia tunc admittitur procurator vel defensor, cum absens potest condemnari: satius enim est alium pro eo dicentem audire, quam nemine audito eum condemnari. non admittitur autem procurator, cum absens condemnari non potest: quia procurator seu defensor frustra audiretur, cum sententia ferri non possit. Hæc distinctio colligitur ex d. §. publicè. versic. vbi cumque. Quoniam igitur absens ita demum condemnari potest, si irrogetur pœna non grauior relegatione. l. 5. in princ. D. de pœnis. idcirco procurator vel defensor absentis ita demum admittitur, si sit causa, ex qua non debeat irrogari pœna relegatione grauior. Contra hæc solutionem obijciō: quia proposita distinctio non videtur conuenire quæstioni qua de agitur. quarimus enim an absens defendi possit in causa capitali: ac distinximus, vtrum irrogetur pœna vsque ad relegationem an maior. atqui cum irrogetur 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. capitulum. 28. in princ. D. de pœnis. Solutio: Quamuis verbum *capitale* propriè pertineat ad pœnas relegatione grauiores, per quas caput eximitur de ciuitate Romana: quandoque tamen latius accipitur, vt complectatur etiã minores pœnas, veluti relegationem. l. 4. in princ. D. si quis cautio. l. licet. 103. D. de verb. sig.

XLI.

Quero, An procurator debeat satisfacere de rato in operis noui nuntiatione. Respondeo, eum satisfacere debere. l. vel in operis. 26. D. de procurat. Oppono l. 6. D. de oper. noui nun. vbi disertè dicitur procuratorem ita satisfacere non cogi. Solutio: Distinguendum est, vtrum procurator nuntiauerit nouum opus, & satis acceperit de opere restituendo, id est que conueniatur interdicto prohibitorio, ne vis fiat ædificanti qui satisfacit de opere restituendo, an opus nouum ipsi procuratori, ei ve, cuius est procurator, nuntiatum fuerit, adeo vt contra procuratorem sit locus interdicto restitutorio. Priori casu procurator non cauet de rato, quia est loco rei, non loco actoris: & aduersario agenti sufficit, quod ei cauetur iudicatum solui. l. 5. §. vltim. D. de oper. no. nun. Posteriori casu procurator de rato cauet debet: quia periculum est, ne postea dominus velit aliter defendere: vt puta, quia procurator patitur opus destrui, quod dominus non pateatur.

XLII.

Si procurator aduersario deferente iuret domino dari oportere: Quero, An ex eo iureiurando actio domino detur. Respondeo, iureiurandum procuratoris parere actionem domino, potius de ex eo iureiurando dominum agere posse. l. nam posteaquam. 9. §. pen. D. de iureiur. Oppono, quod dicitur in l. non solum. 39. §. qui alieno. D. de procur. hæc actionem ex iureiurando non posse domino competere, sed eam procuratorem intentare suo nomine. Solutio: Distinguendum est inter actionem directam, & vtilem. nam procurator non potest acquirere actionem domino directam, sed tantum vtilem. l. in causa, 27. in fi. D. de procurat. Sic igitur ex iureiurando procuratoris datur actio domino. d. l. 9. §. pen. non tamen directa, sed utilis. vnde quia in d. §. qui alieno. Iureconsultus loquebatur de actione directa, merito negauit eam actionem domino competere, quod autem ibi loquatur de actione directa, ex eo probatur, quod ait procuratorem eam actionem intentasse & quidem suo nomine. non potest enim dubitari, quin procurator mouerit actionem sibi competentem. i. directam. Quare l. C. rectè adiicit hæc verba, *Neque enim hæc actio domino competere po-*

ssit. vbi notandum est pronomen *Hæc*: quia non simpliciter negat, ex iureiurando procuratoris competere actionem domino, sed negat competere hæc. i. directam, de qua proximè locutus fuerat.

XLIII.

Si pater agat iniuriarum propter iniuriam filio factam: Quero, An cauet debet 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 tamquam principalis, non quasi procurator filij. l. non solum. 39. §. si pater. D. de procur. Oppono: quia si procurator patris agat ob iniuriam filio factam, cauet debet ratam rem filium habiturum. l. si sine. 22. §. pen. D. ratam rem hab. quod si procurator patris cauet debet filium rem ratam habiturum: dicendum omnino videtur, etiam ipsum patrem cauet debere. nulla enim ratio est, cur procurator patris oneretur hac cautione, nisi pater eam præstare debeat. Solutio: Verus procurator patris, qui scilicet ab eo mandatum accepit, non cauet filium rem ratam habiturum. in d. autem §. vltim. ideo cauet filium ratam habiturum, quia non constabat de mandato patris, vt ex eo appareat, quod cogitur cauet etiam patrem ratam habiturum. ideo autem lex ait hunc cauet debere non solum patrem sed etiam filium ratum habiturum: quia contingere posset, vt pater more retur, antequam ratum haberet: quo casu actio pertineret ad filium. Si igitur pater ratum habuisset, non requireretur ratio habitio filij, cui consequens est. vt similiter dicamus non requiri ratio habitioem filij, si pater procuratori mandauerit: quia ratio habitio non habet maiorem vim, quam mandatum: immo ideo valet, quia retrorahitur, vt videatur mandatum fuisse.

XLIV.

Quero, 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. §. penul. D. de procur. Oppono, quod dicitur in l. 2. C. de consort. eiusdem litis, post litem legitimè ordinatã quibusdam absentibus præsentibus posse agere in solidum, dummodo caueant absentes ratum habituros. Ecce igitur cauet de rato post litem contestatã: per quã cautionem fit, vt cõsors litis agat in solidum. i. partim suo nomine, partim nomine procuratorio, absentis scilicet nomine, quã ratum habiturum cauet. Solutio: Hæc species, quæ tractantur in d. l. Pomponius. §. penul. & in d. l. 2. sunt longè diuerse. Nam in d. §. penul. agitur de procuratore litis alienæ: in d. l. 2. de consort. litis, qui pro parte est dominus litis communis. Rursus in d. §. penul. non quaritur, an procurator possit cauet de rato, sed an cogatur cauet: & respondetur, eum non cogi, sed etsi non cauet, nihilominus rectè interuenire, quia scilicet 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, nõ peremptoria: conser autẽ exceptiones dilatorias esse proponendas ante litem contestatam, quamuis peremptoria semper proponi possint ante sententiam: quia lis non debet differri, ex quo semel cœpta est, sed ex iusta causa potest periri. in d. autẽ l. 2. dicitur lis fuisse legitimè ordinatã. i. contestatã cum omnibus consortibus litis: verum post litem contestationem euenit, vt vnus ex consortibus abesse cœperit: ideo quærebatur, an alius cõsors pro eo posset interuenire. lex igitur eum admittit cum cautione de rato, quam cautionem merito requirit: quia nondum admissus fuerat in hac lite pro parte absentis, sed pro sua tantum parte: siquidem posuimus litem contestatam fuisse cum omnibus, adeo vt nullus eorum videatur pro aliis interuenisse, sed singuli pro suis partibus. Itaq; post litem contestatam non debet aliquis præsens admitti nomine consortis absentis, nisi cauet eum ratum habiturum. immo omnino non videretur admittendus esse, si esset extraneus: sed facillè admittitur propter eam coniunctionem, quia est cõsors eiusdem litis.

XLV.

Quero, An procurator in actione iniuriarum dari possit. Respondeo, dari posse. l. licet. 42. §. 1. D. de procurat. Oppono: quia hoc conceditur solis personis illustribus, ceteris autem omnibus denegatur. l. vlt. C. de iniuriis. Solutio: Distinguendum est inter iudicium ciuile, & criminale. nam de iniuria vtroque modo agi potest. si enim ciuilitè agatur, procurator à quacumque persona dari potest. si vero criminaliter, ab illustribus tantum personis. §. in summa. Instit. de iniurijs.

XLVI.

Si procurator iudicatum solui satisfacit, deinde non

defendat reum, quia reus defierit esse soluendo: **Quæro**, Vtrum procurator ob eam causam. i. propter inopiam rei excusetur, an nihilominus committatur stipulatio iudicatum solui. **Respondeo**, procuratorem non excusari, sed stipulationem committi tam aduersus ipsum, quam aduersus fideiussores ab eo datos. l. Titius. 76. D. de procur.

Oppono, quod ait Paulus in l. mutus. 43. in fi. D. cod. ti. procuratorem hoc casu non cogi defendere, sed propter inopiam rei excusari.

Solutio: Quod dicitur in d. l. mutus in fi. non proponitur à Paulo quasi verum: sed proponitur tantum sententia Labeonis, quæ mox reprobat ab eodem Paulo in l. non cogendum. 45. in prin. eod. tit. vbi Paulus probat contrariam sententiam Sabini rectè existimantis procuratorem non quidem districtè 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 procur. l. qua ratione. 9. §. nihil. D. de acquir. rer. dom.

Oppono l. procurator tutorum. 63. D. de procurat. vbi dicitur procuratorem totorum bonorum non posse res domini alienare, siue sint mobiles siue immobiles, exceptis his quæ facillè corrumpi possunt.

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 mādato inserti, vt hic possit etiam res domini alienare, qui liberam administrationem habet, quā uis alienare non possit is cui simpliciter mandatum fuit.

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 hereditatis: nam venditor tenetur ei cedere actiones hereditarias, faciens eum procuratorem in rem suam. **Respondeo**, procuratorem huic frustra inuicem conueniri, neque cogi dominum defendere. l. seruum. 33. §. vlt. D. de procurat. quia cum fiat procurator in rem suam, quodā modo loco domini habetur. vnde etiam actiones utiles suo nomine habet. l. procuratore. 55. D. eod. tit. Huius rei exemplum proponitur in l. si quis in rem. 34. eod. tit. si quis enim vendiderit hereditatem, & emptor agat contra debitores hereditarios, non cogitur defendere venditorem, quia factus est ex necessitate procurator. **Oppono** l. pater. 70. eod. tit. in qua tractatur talis species: Caius filio suo pupillo tutorem dedit Sempronium creditorem suum. Sempronius administrata tutela decessit hærede relicto Mæuio 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 nāque sūgebamus Caium patrem pupilli fuisse debitorem Sempronij, cuius Sempronij hereditas peruenit primū ad Mæuium, deinde ad hæredes ipsius Mæuij. Titius igitur factus est ex necessitate 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: à quibus mandata 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 actionē Titio cedere, quam persona Mæuij defuncti, qui sponte sua, & liberè, nulla necessitate cogente, legauit nomen Titio. natura enim fideicommissi, & legati hæc est, vt quā uis præstetur ab hærede, tamen videatur potius dari à defuncto, quam ab ipso hærede: quia defunctus est prima, præcipua, & verissima causa legati vel fideicommissi.

Extit. De negotijs gestis.

XLIX. **Quæro**, An negotia defuncti possint appellari negotia hæredis, an tequam hereditas adita fuerit. **Respondeo**, ante aditam hereditatem, quia nondum est hæres, non esse negotia hæredis. l. 3. §. hæc verba siue. D. de neg. gest. **Oppono**: quoniam hæres videtur ex tempore mortis successisse defuncto. quamuis postea adierit. l. si ex re. 28. D. de stipu. seru. Omnis enim hereditas, quamuis postea adeatur, tamen cum mortis tempore cō-

tinuatur, l. omnis hereditas. 138. D. de diuer. reg. iur. **Solutio**: Distinguendum est inter veritatem, & fictionem iuris, veritate inspecta, hæres nondum adit. Idcirco si hoc tempore negotia gerantur, non possunt dici negotia hæredis, qui fortasse non adit: quamquam si postea adierit, aditio illa retrahatur, & per fictionem iuris continuabitur cum morte defuncti. Sic enim licet passim hereditas dicatur personam domini repræsentare, quod fit fictione quadam iuris, nihilominus tamen verum est hereditate iacente hereditarias res esse nullius. l. i. in prin. D. de rer. diuis. neq; enim sunt defuncti qui obiit, nec hæredis qui nondum adit.

Si quis condemnatus fuerit, & ex causa iudicati capta sint pignora, pratorque executorem sententiæ dederit, qui ea pignora distrahere, & creditori satisfacere debeat, hic autem executor dolosè versatus sit in iis pignoribus distrahendis: **Quæro**, Quæ actione propter eum dolum cōueniri debeat. **Respondeo**, eū teneri actione negotiorum gestorum. l. 3. §. si executor. D. de neg. gest. **Oppono**, quod dicitur in l. si pignora. 50. D. de euit. nullam aliam actionem contra executorem dari, quam de dolo.

Solutio: Distinguendum est, vtrum 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 laus est dolo executoris rem viliori pretio distrahentis. Differentiæ ratio hæc est: quia hoc negotiū, q; geritur ab executore, nō videtur esse negotiū debitoris, sed creditoris: quia contemplatione & causa creditoris distrahantur 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 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.

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 eum agere negotiorum gestorum: l. 6. §. si quis ita. vers. nam et h. cui. D. de neg. gest. l. si mandatum. 14. C. eod. **Oppono** l. si mandauero. 22. §. pen. ver. 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 accepit. **Solutio**: In hac quæstione distinguendum est vtrum aliquo ex ijs ad quos negotium commune pertinet mandante, negotium cōe gestum sit, an vno mandante procurator non solū ipse qui mandauit, sed etiā alterius negotia gesserit, falsò putans vtraque negotia pertinere ad mandatorem. Priori casu, quia vnum est negotium, licet multis cōe, & vnius mandato gestum est: idcirco qui gessit, non tenetur, nisi ei à quo mandatum accepit: alij verò, ad quos negotium pertinet, negotiorum gestor 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 ob alterum negotium mandatori tenetur actione mandati, ob alterum tenetur actione neg. gest. eis scilicet ad quos negotium pertinet: quamuis hic qui gessit, non putauerit ad eum pertinere: veritas enim præfertur eius opinioni.

Quæro, Si quis amicitia ductus aliena negotia sine mandato gerat, an habeat actionem negotiorum gestorum. **Respondeo**, eum habere actionem. si quis enim amicitia filijfam. vel serui ductus, negotia pupillaria gesserit: patrem vel dominum habet obligatum de peculio actione negot. gest. l. 6. §. sed si ego. D. de neg. gest. **Oppono**, & probo hunc non habere actionem: quoniam qui amicitia Titij motus, petit tutorem impuberibus filijs eiusdem Titij, nullam habet eo nomine actionē. l. is qui amicitia. 44. D. cod. tit. **Solutio**: Regulariter ob negotia gesta datur actio negotiorum gestorū, etiā amicitia causa gestum fuerit, nisi sic videatur aliquis negotiū pietatis causa gessisse, non animo repetendi impensas. quod locū habet ex cōstitutione Seueri in casu modo proposito, cū aliquis petit tutorem pupillis. aliàs nemo præsumitur donare l. cum de indebito. 25. D. de probat. ideoq; impensas in neg. gerendo à se factas repetere potest actio neg. gest.

Quæro,

L.

LI.

LII.

LIII.

Quæro, Vtrum ratihabitio pariat actionem mandati, an potius negotiorum gest. Respondeo, quia ratihabitio retrahitur & comparatur mandato. l. licet. §. 6. D. de iudiciis. l. vlt. C. ad S. C. Macedon. c. ratihabitio de reg. iur. lib. 6. idcirco propter ratihabitio nē datur actio mandati directā & contraria, quamuis initio mandatum non interuenerit. l. semper qui non prohibet. 60. D. de diu. re. iur. Oppono l. 6. §. sed si ego. D. de neg. gest. vbi dicitur nihil agi ratihabitio nē. & l. Pomponius. 9. eod. tit. vbi post ratihabitio nē agitur negotiorum gest. non mandati.

Oppono etiam §. item queritur. & §. seq. dicta l. 6. vbi ratihabitio efficit, vt detur actio neg. gest. quæ non competisset, nisi ratum habitum fuisset. Quomodo igitur hæc conciliabuntur? ratihabitio nē parere actionem mandati, parere actionem neg. gest. & nihil efficere. Solutio: Distinguendi sunt quatuor casus. aut enim gestum est meum, aut non meum negotium: & vel gestū est meo, vel alio nomine. Cū meum negotium meo nomine gestum est: ratihabitio, quæ mandati vim obtinet, & mandato comparatur, parit actionem mandati. d. l. semper qui non prohibet. sed cū meum negotium non meo nomine gestum: omnino mihi & contra me datur actio neg. gest. l. §. 1. D. de neg. gest. Cū autem alienum negotium gestum est meo nomine: ratihabitio mea facit, vt detur actio neg. gest. mihi scilicet detur contra eum qui gessit, & gestori contra me. d. §. item queritur. & §. seq. Quod ita intelligendum est, dummodò ex ea gestione aliquid ad me perueniat: alioqui frustra ratū haberem. d. l. 6. §. quid ergo. Denique cū non meum negotium gestum est nō meo nomine, actio neg. gest. neque mihi, neque contra me datur: quia ratihabitio nihil operatur. d. §. 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. eo. ti. vbi de ferre dicitur: eum teneri ob ea quoque negotia, quæ non gessit.

LV.

Solutio: Regulariter ob ea tantum tenetur, quæ gessit: & potest quædam gerere, quædam omittere. sed excipendum 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, quia debuit omnia vel gerere, vel alij gerenda relinquere, ne incōmodo aut dāno absens afficiatur.

Quæro, An debitor factio alieno liberari possit. Respondeo, debitorem liberari factio alterius, veluti si alius pro eo soluerit. l. soluen. 39. D. de neg. gest. l. 1. §. pen. D. de exereit. act. l. solutione. 23. l. si pro me. 40. l. solueret. 53. 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 est, aliquem factio alieno liberari. l. h. autem. 8. D. de neg. gest.

Solutio: Factum alienum nō tollit obligationem, nisi creditor consentiat, seu creditor i satisfiat: quod contingit, cū ei soluitur, vel cum ipse creditor nouandi causa ab alio stipulatur, aut petit. his enim casibus non tantum extranei factum interuenit, qui soluit, aut iudicium accepit, aut nouationis causa promisit: sed etiam voluntas & factum creditoris, qui exegit, vel petiit, vel stipulatus est. In specie autem d. l. §. vlt. cum ad duos socios negotium pertineret: vno prohibente, altero non prohibente, Titius negotium gessit. ergo is qui non prohibuit, merito negotiorum gest. Titio tenetur, nec debet liberari factio alieno, id est, eo quod socius prohibuit ne Titius gereret: quoniam huiusmodi factio. i. prohibitione socij, nō 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, aboleatur. Respondeo, aboleri. l. nō solum. 9. §. 1. D. de iniuriis. §. vlt. Instit. eod. tit. Oppono: quoniam actio, quæ semel competere cœpit, 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 gest. de qua ibi tractatur. Est autem magnum discrimen inter actionē iniuriarum, & actionem neg. gest. actio namque neg. gest. cum oriatur ex re & negotio gesto, non potest tolli nudo cōsensu. l. nihil tam naturale. 35. D. de diu. reg. iur. actio vero iniuriarum ideo dissimulatione aboletur: quia non volenti, sed inuito fit iniuria: nec videtur inuitus, qui dissimulat, ac de iniuria sibi facta non conqueritur.

LVII.

Quæro, An possit aliquis reprobare id quod semel probauit. Respondeo, quod semel probatum est, amplius reprobari non posse. l. Pomponius. 9. D. de neg. gest. l. cū mulier. 47. D. solut. mat. l. si vxor. 13. §. vlt. D. ad leg. Iuliam, de adult.

Oppono: quia medici, oratores, grammatici, qui à Re. publ. semel probati, & in numerum recepti fuerunt, possunt reprobari. l. vt gradatim. 11. §. pen. D. de munerib. & honor. l. 2. C. de 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. itē iusta causa est, si hi qui ad officiū aliquod promoti sunt, officio non funguntur. d. l. 2.

LVIII.

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 vtiliter. 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. vlt. §. pen. C. de peti. hæred. Item Orcinus libertus de peculio conueniri potest ob contractum in seruitute factum. l. 1. §. per contrarium. D. de dote præleg.

Solutio: Regulariter manumissus non tenetur ob ea, quæ gessit ante libertatem, sed excipiuntur quidam casus ex bono & æquo propter certas & speciales rationes, vt in specie d. l. 3. iniquum erat dominum & seruo & pecunia carere, cū spe pecuniarum post manumissionem recipienda eum manumississet: proinde ex æquo & bono datur ei actio in factum contra manumissum, contra quem nulla actio ordinaria competit. In specie autem d. l. vlti. §. pen. libertates competunt ex beneficio Iustiniani, licet dubitetur, an valeat testamentum, In quo relicte fuerūt. 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, vt pluribus ostendi in comment. ad le. frater a fratre. D. de condict. indeb. illo loco, *Postremo Videndum est, &c.*

Si libero homini, qui bona fide mihi seruit, mandem vt aliquid mihi agat: Quæro, Qua actione eum cōuenire possim. Respondeo, eum mihi teneri actione mandati. l. is qui. 13. §. si libero. D. commodati.

LIX.

Oppono l. atquin. 19. §. si libero. D. de neg. gest. vbi dicitur agendum esse negotiorum gestorum, non mandati.

Solutio: Distinguendum est, vt rōm 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 neg. gest. quia non valet contractus mandati, in quem non consensit, cum gesserit quasi ex necessitate seruili. Posteriori casu quia mandati 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. re. 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 seruili adiit hæreditatem, possessori acquisiuit. si sponte adiit, sibi quæsiuit. Hoc autem argumentum eo maiorem vim habet quod eiusdem Labeonis sententia refertur etiam in d. l. atquin. §. si libero.

LX.

Si quid procuratori meo solutum fuerit me ignorante: Quæro, An eius proprietatem mihi acquiratur. Respondeo, per procuratorem proprietatem etiam ignoranti mihi acquiri. l. si procurator. 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, quā si ratum habuero.

Solutio: Distinguendum est inter verum procuratorem habentem mandatum, & falsum procuratorem carentē mandato. vbi enim mandatum fuit, non requiritur ratihabitio, sed cum mandatum cessat, ratihabitio 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 Neratius in l. si procurator. ait *emerit mandato meo.* Paulus in l. si ego. inquit, *quia procurator duntaxat negotium gessit.* quod perinde est ac

si diceret, quia procurator mandato caruit. eum verò qui mandato caret, quamquam propriè vocatur negotiorum gestor, tamen quando que appellari procuratorem, docuimus quæst. 35. huius centuriæ.

LXI.

Si tutor postumo datus sit: Quæro, non nato postumo, quæ actio contra eum detur. Respondeo, non agi tutelæ, quia nullus tutor dici potest, sed negotiorum gestor. l. cum pater. 29. D. de neg. gest. l. si nemo tutorum. 19. §. vlt. D. de testam. tut.

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 gestor. directa, sed tamen datur utilis. quod Paulus eodem loco significauit subiiciens verba illa, *Et ideo in eum utilis actio dabitur.* intelligit enim utilem actionem negotiorum gestorum.

LXII.

Si mater pecuniam accipiat à debitore filij impuberis cuius negotia gerit: Quæro, An debitor liberetur. Respondeo, debitor filia, qui non soluit creditori, sed matri eius, ea solutione non liberari. l. liberto. 31. §. pen. D. de neg. gest.

Oppono l. filia. 88. D. de solut. vbi 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, i. res filia vendendas à matre acceperant: ideoque erant potius debitores matris, quam filia.

LXIII.

Si quis negotium sibi cum alio commune gesserit & impensas in illud negotium commune fecerit: Quæro, Quæ actio eas impensas ab eo repetere possit, cum quo negotium commune habet. Respondeo, distinguendum esse, utrum 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 debitam 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 necessario geratur in solidum, veluti si quis seruum communem noxali iudicio defenderit: (cogitur enim cum in solidum defendere. l. 4. D. si ex nox. causa agatur) hoc casu datur actio communi diuidendo: quoniam hoc casu verè est vnum negotium cõe. l. 6. §. si tunc autem. D. communi diuidendo.

Oppono l. liberto. 31. §. vlt. D. de neg. gest. vbi cum litigaretur de aqua. i. de aqua ductu (nã aque appellatione ibi significatur seruitus aque ductus, vt in l. si communem. 10. D. quemadmod. seruit. amitt.) vnus communem causam defendit, & impensarum in communem litem à se factarum partem repetit actione negotiorum gestorum: cum tamen res sit indiuidua, ius se aqua ducenda. l. via. 17. D. de seruit. 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 aqua ductus, vel alia seruitus regulariter non venit in hoc iudicium. l. arbor. 19. §. si per eundem. & §. vlt. D. communi diuidendo. quamobrem necesse est uti actione neg. gest.

LXIV.

Si quas res sponso sponsæ donare volebat, pater aut mater puellæ acceperit: Quæro, Quæ actio filia vel hæredi eius teheatur. Respondeo, Neque mandati neque depositi agendum esse, sed negotiorum gestorum. l. fideiussor. 32. §. 1. D. de neg. gest.

Oppono l. die. 25. in prin. D. de pos. vbi Papin. etiam hæredi puellæ contra patrem, qui res accepit, dat actionem depositi.

Solutio: In specie d. l. die. virgo erat præsens, eique res fuerunt à sponso oblata: ideoque pater accepit voluntate filia, propter quam voluntatem filia videtur breui manu res accepisse, & apud patrem deposuisse. In specie verò d. l. fideiussor. §. 1. 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 summa vsuras, & quas vsuras debeat. Respondeo, eum præstare maximas. i. centesimas vsuras: quoniam ob licentiam, qua abutitur, dum sibi nummos alienos accipit, maximis vsuris vice pœnæ subicitur. l. qui sine. 38. D. de neg. gest. Oppono, quod di-

citur in l. idemque. 10. §. si procurat. D. mandati. cum quis pecuniâ alienam in suos vsus conuertit, 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, quam is qui mandato domini ad ea accedit; & minorem in his negotiis ac rebus domini auctoritatem habet negotiorum gestor quam procurator: ideoque magis ignoscimus procuratori, qui quodammodo habet voluntatem domini, quam neg. gest. licet enim dominus procuratori non mandauerit, vt pecunias conuerteret in vsus suos, tamen mandauit vt pecuniarum curam haberet, & eas administraret, cum neg. gest. neutrum mandatum fuerit.

Si ædes sint duobus dominis communes: Quæro, Vtrum vnus 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. commu. diuid. Oppono: quia nisi caueat in solidum, aduersarius mittetur in possessionem. l. in stipulatione. 23. D. de damno infec. ergo frustra cauet pro parte, cum ea cautione non vitet missionem aduersarij in possessionem. quorum enim cautio de damno infecto, nisi vt aduersarius non mittatur in possessionem adium, quarum nomine cautio desideratur. Solutio: Et si aduersarius mittitur in possessionem, tamen cautio ab vno ex dominis adium præstita, utilis est, & ei proficit. aduersarius enim non mittitur in possessionem totarum adium, sed tantum eius partis, pro qua cautum non fuit. Si igitur vnus dominus pro sua parte cauit, satis sibi prospexit, quâuis socio suo non prospexerit.

Exit. Quod metus causa.

Quæro, An velle dicatur is, qui velle coactus est. vt puta 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 adit hæreditatem, fit hæres, & eger restitutione. l. si mulier. 21. §. pen. D. quod metus causa. l. si metus. 87. D. de acquir. hæ. & filius qui patre cogente ducit 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. Cum enim aliquis cogitur velle: antequam cogeretur, nolebat. vt in specie, quam supra proposui, filius, antequam cogeretur à patre, nolebat vxorem, postea coactus voluit. sunt igitur duæ contrariæ voluntates, velle manere cœlibem, & velle ducere vxorẽ. Harum voluntatum prioris vis est contraria, ideoque eam voluntatem tollit. sed non est contraria voluntati posteriori: immo eam efficit. Quapropter rectè dicimus, hæc duo simul consistere vim scilicet, ac posteriorem illam voluntatem quæ per vim effecta est. Rursus oppono: quia si quis coactus adit hæreditatem: siue sit sui iuris, non fit hæres: siue sit seruus, non facit dominum hæredem. l. 6. §. vlt. D. de acquir. hæred. Solutio: in specie huius §. vlt. ideo non valet aditio: quia hæres scriptus, cum adire cogeretur, fallens adit. i. simulans se velle adire, cum re verâ nollet. aliud autem est aliquem coactum & inuitum facere, aliud est aliquem coactum & volentem facere: sicut aliud est, rem alienam per vim rapere, aliud est, metum domino incutere, & efficere, vt res sibi à domino detur. nam hoc casu dominium rei acquiritur, licet restitui debeat ex dicto, Quod metus causa: sed priori casu raptor non acquirit dominium rei raptæ.

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 timorem. 7. in prin. D. quod metus causa. Oppono: quia metus infamiæ viris bonis maior esse debet, quàm metus mortis, ideoque ad hoc edictum pertinere debet. l. isti. 8. §. pen. eod. titul. Solutio: Distinguendum est inter falsam infamiam vel criminationem, & delictum importans infamiam. Metus infamiæ. i. criminationis, vt conuicij, & famosij libelli, non dat restitutionem: quasi vir bonus falsos

LXVI.

LXVII.

LXVIII.

rumores contemnere debeat. sed metus criminis admit-
tendi, iustissimus est, vt in specie dict. leg. 8. §. penultim.
magis vir bonus timere debet delictum stupri, quam
mortem. Nam delictum omnino est fugiendum, etiamsi
nō importet infamiam. etenim qui vi patiuntur stuprum,
non notantur infamia. l. i. §. remouet. Dig. de postulando.
Iurisconsultus tamen in d. §. penul. docet satius esse mori,
quam per vim stuprum pati.

LXXIX. Si quis in adulterio vel furto deprehensus pecuniam
dederit, vt se à periculo redimeret: **Quæro**, An habeat e-
ius pecuniæ repetitionem. **Respondeo**, cum non posse re-
petere: quia turpiter dedit. hoc enim casu non tantum in
accipientis, sed etiam in dantis persona turpitudine versa-
tur. leg. 4. in princip. Digest. de condict. ob turpem cau-
sam. **Oppono** l. 7. & 8. D. quod metus causa. vbi datur ei re-
petitio.

Solutio: Distinguendum est inter conditionem ob
turpem causam, & actionem quod metus causa. In con-
ditione ob turpem causam spectatur, an turpiter datum
sit: ei namque negatur illa actio qui turpiter dedit. leg. 3.
Digest. de condictio. ob turpem causam. In actione au-
tem quod metus causa, non queritur an turpiter sit da-
tum nec ne, sed an metu illato datum sit, dict. leg. octaua,
quamobrem in specie proposita adultero vel furi dene-
gatur conditio ob turpem causam, quia turpiter dedit:
non tamen denegatur actio quod metus causa, quia etsi
turpiter dedit, nihilominus tamen verum est, cum iusto
mortis aut carceris metu percussum dedisse.

LXX. Si quis existimans se de possessione deiectum iri,
non expectauit deieci, sed profugit: **Quæro**, An vi deie-
ctus videatur. **Respondeo**, vi deiectum non videri. l. me-
tum. 9. in prin. Dig. quod metus causa. **Oppono** l. non solum.
33. §. si dominus. D. de vsurp. & vsuca. vbi dicitur, eum
deiectum videri. **Solutio**: Distinguendum est, vtrum
venientes armatos viderit, an eos venire ex alijs audi-
erit. Nam conspectus rei timendæ auget timorem,
quocirca si eos viderit & profugerit, vi deiectus esse vide-
tur, sed si tantum audiuit, non videtur vi deiectus, nisi ar-
mati postea veniant, & possessionem occupent: quod si
fecerint, apparebit possessoris fugientis timorem non fu-
isse inanem. leg. 1. §. idem Labeo. l. 3. §. si quis. & §. sequen.
Digest. de vi & vi arm. Porro notandum est, in dict. §. si do-
minus. non esse legendum *existimauerit*, vt in libro Flo-
rentino legitur: sed *existimauerit*, vt in quibusdam libris re-
ctè scriptum est.

LXXI. Si quis coactus sit seruum suum manumittere: **Quæ-
ro**, An ei succurratur ex edicto quod metus causa. **Re-
spondeo**, succurri. l. metum. 9. §. idem Pomponius. Digest.
quod metus causa. **Oppono**: quia aduersus libertatem
nulla restitutio datur. l. & eleganter. 7. in pr. D. de dolo. l. si
ex causa. 9. §. vlt. D. de minorib. toto tit. Cod. si aduersus li-
bertatem.

Solutio: Ita succurritur ei qui coactus est manumit-
tere, vt data libertas non rescindatur, non enim datur
restitutio contra manumissum: sed actio quod metus
causa, quæ est in quadruplum, in eum qui coegit manu-
mittere, per quam actionem consequetur quadruplum
pretij, quo seruus ille æstimabatur. Iterum **oppo**: quia
manumissio coacta non valet: ergo non est opus restitu-
tione. l. ille. 9. l. si priuatus. 17. in princip. Digest. qui & à
quibus.

Solutio: Regulariter manumissio coacta valet. sed ex-
cipitur, nisi ipse seruus dominum coegerit, vt ab eo ma-
numitteretur. d. l. ille. item excipitur, nisi populus coege-
rit. d. l. si priuatus.

LXXII. **Quæro**, Vtrum actio quod metus causa, sit in perso-
nam. **Respondeo**, esse actionem in personam. §. præterea.
Instit. de actionibus. **Oppono** l. metum. 9. §. vltim. Dig.
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 pa-
ctum in rem dicitur, quod est generaliter conceptum,
adeo vt pertineat non solum ad pacifcentem, sed etiam
ad successores. l. iurisgentium. 7. §. pactorum. Dig. de pa-
ctis: & vt doli clausula dicitur esse in rem concepta, quia
comprehendit dolum non solum promittentis, sed etiam
successorum. l. 5. Digest. vsufruct. quemadmo. cau.
ita etiam actio quod metus causa, dicitur esse in rem,
quia competit non solum contra eum qui metum
incussit, sed etiam contra alios ad quos res per vim & me-
tum extorta peruenit. Non propterea tamen est actio in
rem, quatenus actio in rem opponitur actioni in perso-
nam.

Exit. De dolo malo.

Quæro, Quid sit dolo. **Respondeo**, Seruium ita de-
finitur, Dolo malo est machinatio quædam alteri-
us decipiendi causa, cum aliud simulatur, aliud agi-
tur. sed Labeo hanc definitionem reprehendit duplici ar-
gumento: quia scilicet neque conuenit omni dolo, ne-
que soli dolo, proinde non recipiatur cum re definita.
Non conuenit omni dolo malo, quia interdum dolo ad
hibetur apertè sine vlla simulatione. Non conuenit etiam
soli dolo malo: quoniam interdum bona fide aliud
agimus, aliud cogitamus: veluti cum Medicus propi-
nans pharmacum, simulat ac fingit aliud esse quam reuera
sit, quo facilius sumatur ab agrote. Itaque ipse Labeo
aliter definiuit dolum malum, nempe omnem callidita-
tem, fallaciam, machinationem, ad circumueniendum,
fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Vlpianus
autem Labeonis sententiam, & definitionem probat. l. i.
§. dolum. Dig. de dolo. **Oppono**: quia idem Vlpianus in l.
iurisgentium. 7. §. dolo. Digest. de pactis. refert eandem
definitionem, quam modo attulimus ex Seruio, eamque
attribuit Pedio, ac probat. Eadem igitur definitio tri-
buitur Seruio, & reprobat in d. §. dolum. nec non tribui-
tur 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, repu-
diari debet. Exempli gratia, si quis querat, an hæc sit bo-
na definitio, voluntatis nostre iusta sententia de eo, quod
quis post mortem suam fieri velit: distinguendum est. nam
testamentum hoc modo rectè definitur: contractus au-
tem non rectè. Hæc igitur est bona definitio, testamen-
tum est voluntatis nostre, &c. hæc autem est mala definitio,
contractus est voluntatis nostre, &c. atqui vtrobique
definitio est eadem. sed res definitæ, sunt diuersæ. Sic in
quæstione proposita, Pedius rectè definiuit: quia non de-
finiuit dolum generaliter acceptum, sed pactum dolo malo
factum: quia pactum dolo malo fieri nō potest sine dicta simu-
latione. Seruius autè malè definiuit dolum in genere. Quia
uis igitur ea definitio non recipiatur cum dolo malo,
tamen recipiatur cum pacto per dolum facto. quamob-
rem pactum ita rectè definitur: dolo autè malè definitur.

Quæro, An actio de dolo concurrat cum alijs a-
ctionibus. **Respondeo**, esse actionem subsidiariam,
quæ ita demum datur, si deficient alia omnia remedia. l.
1. §. verba. & §. ait prætor. Digest. de dolo. l. 2. Cod. eodem
titul. **Oppono**: quia si fideiussor satisfecerit creditori, &
ab eo acceperit pignora, quæ reus creditori dederat, tum
debitor fideiussori totum debitum offerat: fideiussor de-
bitori pignora restituere debet, eoque nomine tenetur de
dolo. l. i. Cod. eo. atqui hoc casu certum est, debitori con-
tra fideiussorem competere actionem mandati. l. si man-
data Titij. 59. §. 1. D. manda. ergo actio mandati & actio de
dolo concurrunt.

Solutio: Quod dicitur in d. l. i. Cod. de dolo, fideiussor-
em posse de dolo conueniri, sic intelligendum est, non
quod conueniatur actione de dolo prætoris, quæ actio
est subsidiaria: sed quod conueniatur actione mandati,
quæ cum sit actio bonæ fidei, in ea inest actio de dolo,
vt numerus ternarius inest in quaternario. In omnibus e-
nim actionibus bonæ fidei inest actio de dolo. l. & eleganter.
7. §. non solum. l. si quis affirmauit. 9. in princip. Dig.
de dolo. sicut etiam in eis inest exceptio doli. l. sed & si id-
eo. 21. D. solu. matr. Nam bona fides & dolo malo oppo-
nuntur. quare si actio sit bonæ fidei, dolo ea actione co-
ercetur. Hac ratione iudicia, quæ à nostris auctoribus vo-
cantur bonæ fidei, à Tullio libr. 3. de natura Deor. ap-
pellantur iudicia de fide mala, id est, de dolo. Similiter in
l. si seruus 21. in princip. Digest. de euictio. Vlpianus ait, de
dolo agi posse, cum intelligat actionem ex empto, non a-
ctionem subsidiariam de dolo. Ex ijs quæ diximus, duo
notanda sunt. primum, d. l. i. Co. de dolo, esse in loco pere-
grino, hoc est, ad eum titulum non pertinere, sub quo
temere posita fuit à Triboniano. præterea de dolo actio-
nem esse nomen & generis & speciei. nam specialiter ac-
cipitur pro actione prætoris subsidiaria, generaliter au-
tem pro quauis actione in quam veniat dolo. plerum-
que tamen accipitur specialiter pro actione prætoris
quoniam hæc actio proprio nomine caret, aliæ verò a-
ctiones rectius proprijs appellationibus designantur, vel-
uti actio ex empto, actio mandati, &c. Similis ratio est a-
ctionis præscriptis verbis quod nomen conuenit etiam
actionibus ex contractibus nominatis, siquidem
omnium actionum erant præscripta verba & cer-

LXXIII.

LXXIII.

rae formulæ, vt Pomponius docet in l. 2. §. deinde ex his legibus. Digest. de orig. iur. sed quia actiones ex contractibus nominatis habent propria nomina, idcirco hæc generalis appellatio præscriptis verbis, tributa est specialiter actionibus innominatis, id est, quæ carent proprijs appellationibus, quia descendunt ex contractibus innominatis. Iterum oppono: quia actio de dolo concurrat cum actione quod metus causa. l. item si cum. 14. §. cum qui. D. quod metus causa.

Solutio: Hoc est speciale: quia sicut actio de dolo tum datur, cum actiones aliæ non competunt, vt probatum supra fuit: ita etiam actio quod metus causa, nõ datur nisi alijs cessantibus. d. leg. item si cum. §. in causa. quocirca cõ actio de dolo, & actio quod metus causa pari passu ambulent, & sint æquæ subsidiariæ: dubitari merito poterat, dolo malo & metu adhibito, vtrum de dolo agendum sit, an quod metus causa. cuius dubitationis tollendæ causa meritò placuit vtramque actionem cõcedi: 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. Digest. de dolo.

LXXV. Si actio, quæ alicui competebat, tempore finita sit: Quæro, An ea deficiente possit agi de dolo. Respondeo, non posse. sibi enim debet imputare is, qui, cum alia actio ne vti possit, agere superfedit. l. 1. §. idem Pomponius refert. D. de dolo. Oppono l. Antæus. 14. D. de aq. & aq. plu. arcen. vbi dominus prædij, cui nunciatum fuit nouum opus, aut qui fecit opus ex quo aqua pluuia vicino nocebat, prædium vendidit potentiori, ideoque dicitur ibi teneri quod vi aut clam, quia scilicet vi aut clam opus fecit, vel (vt Cuiacius emendat) conueniri posse quod iudicij mutandi causa, quia scilicet in fraudem vicini vendidit prædium homini potentiori vt duriores aduersarium ei opponeret: dicitur inquam posse conueniri intra annum eo interdicto siue actione, anno autem elapso l. C. ait de dolo iudicium dandum. Ecce igitur, cum actio tempore annali finita sit, succedere actionem de dolo.

Solutio: In specie dict. leg. Antæus, necesse est vt intelligamus annum lapsum esse dolo venditoris, id est, eum qui opus fecit, deinde prædium vendidit, dolo malo fecisse quo minus intra annum conueniri posset, atq; ob hunc nouum dolum tenetur actione de dolo. Nam & in dicto §. idem Pomponius refert, non omnino dicitur cessare actionem de dolo, si alia actio tempore finita sit: sed hæc verba subiiciuntur, nisi in hoc quoque dolum malus admissus sit, vt 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, sibi que debet imputare cur eam actionem peremerit. leg. 1. §. penultim. Dig. de dolo. Oppono id quod constituitur in l. 4. Cod. de transactio. nempè si actio tutela per stipulationem & acceptilationem extincta sit, superesse actionem de dolo.

Solutio, Hic quoque intelligendum est, vt in præcedenti quæstione, dolum malum admissum fuisse in actione perimenda: adeo vt de dolo agatur, quia dolo acceptilatio facta fuit. alioquin transactio, præsertim per stipulationem Aquilianam confirmata, non rescinderetur, nisi dolum commissus fuisset. l. sub prætextu instrumenti. 19. Cod. eodem.

LXXVII. Si pupillus tutore auctore ab alio circumscriptus sit, actio autem tutelæ sit inefficax & inanis, quia tutor non sit soluendo: Quæro, an pupillus habeat actionem de dolo contra eum, a quo deceptus fuit. Respondeo, eum posse agere de dolo. leg. 5. Digest. de dolo. Oppono: quia potest in casu proposito restitui in integrum. toto tit. Cod. si tut. vel cur. interue. ergò non potest agere de dolo, quia hæc actio cessat, quotiescunque est locus restitutioni in integrum. l. 1. §. idem Pomponius refert. Dig. de dolo. l. pen. D. de in integrum restit.

Solutio: Non semper nec indistinctè pupillus in integrum restitui potest: immo quibusdam casibus denegatur restitutio, veluti si captus pupillus sit in seruo manumittendo, quoniam aduersus libertatem nulla restitutio datur. l. si ex causa. 9. §. vltim. D. de minorib. tot. tit. C. si aduer. liberta. 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 testa-

mento, non de dolo actione. l. & eleganter. 7. §. item si seruum. D. de dolo. Oppono l. 5. §. vlt. D. quibus modis vsusfruct. vel vsus amitt. 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 vsusfructum legatum.

Solutio: Notandum est, in hac specie iure consultum non dare actionem ex testamento, & actionem de dolo, sed vel hanc vel illam. quod ita intelligendum est, non quod eodem casu detur electio legatario, vtram harum actionum intentare velit; sed quod distinctis casibus interdum agitur ex testamento, interdum de dolo. nam si hæres, antequam vsusfructum legatario constituerit, in dicta area ædificauerit, tenetur actione ex testamento, cui nondum satisfecit, quia nondum legatum soluit. Quod si vsusfructu tradito, ædificauerit, non potest amplius conueniri ex testamento, cum legatum semel soluerit: quia tamen rei formam mutandum fructum extinxit, actione de dolo conuenietur.

Quæro, quæ ex causa detur actio de dolo. Respondeo, LXXIX. non dari nisi ex magna & euidenti calliditate, l. & eleganter. 7. in fin. Dig. de dolo. Oppono: quia pupillus proximis pubertati tenetur de dolo, si quid egerit quod non magnam machinationem exigat, veluti si impetrauerit à procuratore aduersarij sui, vt ab eo absolueretur, aut si de tutore mentitus pecuniam acceperit. l. hæredib. 13. §. 1. & l. seq. eod. tit.

Solutio: In hac quæstione, an ex parua calliditate seu parua machinatione detur actio de dolo, animaduertendum est, duobus modis hoc verbum accipi posse. vel enim dicitur parua respectu maioris doli, cum tamen non adeo parua sit, quæ ipsa quoque sub definitionem doli cadat. vel est adeo parua, vt non mereatur nomen doli. Priori casu competit actio de dolo, vt cum dicitur pupillus teneri ex non magna machinatione, i. ex ea quæ est minor quam aliæ calliditates à maioribus commissæ. Posteriori autem casu, quia non est dolus, meritò dicitur non dari actionem de dolo.

Si quis noxali iudicio conuentus eum seruum cuius nomine conuentus fuit, noxæ dederit pigneratum alij creditori: Quæro, Vtrum ea deditio liberetur, an adhuc teneatur, quia pigneratum dedit. Respondeo, eum teneri actione de dolo. l. si quis affirmauerit. 9. §. penultim. Digest. 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 dederit ante sententiam iudicis, an posteaquam condemnatus fuit. Si ante sententiam dederit, & propterea quasi rectè deditisset, absolutus est, vt in specie dict. §. penultim. non competiit aliud remedium, quam actio de dolo: neque enim iudicati agi potest contra eum, qui fuit absolutus. Si vero post condemnationem seruum noxæ dederit, vt scilicet vitaret litis æstimationem, secundum ea quæ traduntur in leg. 1. D. de noxal. act. tum quia condemnatus est, rectè conuenitur actione iudicati. nec prodest ei deditio, quia pigneratum dedit: quemadmodum deditio ei non prodesset, si alienato vsusfructu eius serui deditisset. l. 4. §. vlt. D. de re iud. quia scilicet nõ plenè fecit seruum eius cui dedit.

Quæro, An detur restitutio aduersus parentem vel patrum. Respondeo filium aut libertum restitui posse contra patrem aut patrum, non per actionem de dolo, quæ est famosa, sed per actionem in factum, nulla facta doli mentione, licet dolum à patrono vel parente commissus fuerit. l. non debet. 11. Dig. de dolo. Oppono l. 2. Cod. qui & aduers. quos in integ. restituti 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 restitutionibus. in secunda agitur de dolo, & de actione in factum accommodata ad actionem de dolo. in tertia de minoribus xxv. annis, & eius ætatis beneficio. In secunda igitur edicti parte restitutio datur aduersus parentem, vel patrum, ne hæc 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 veruit restitutionem dari.

Quæro, An libertus possit agere de dolo contra hæredem patroni. Respondeo, posse. l. hæredibus. 13. D. de dolo: Oppono: quia tantum adest, vt contra hæredem patronum

num possit agere de dolo, vt ne quidem contra eum vti possit doli exceptio. l. i. §. aduersus. ff. de doli except. vnde sequitur vt multo minus possit agere de dolo. cū facilius detur doli exceptio quam doli actio. l. i. §. ait Prætor. l. cum a te. 25. D. de dolo. Solutio: Distinguentū est inter dolum patroni defuncti & dolum hæredis. libertus. n. nō debet reuerentiam hæredi patroni: sed eam debet patrono tam vivo, quam defuncto, vt dicitur in dict. §. aduersus. Quamobrem libertus hæredi patroni vel per actionem, vel per exceptionem potest obijcere dolum ipsius hæredis, non item dolum patroni defuncti.

LXXXIII. Si quid mihi falso persuaseris, propter quod passus sum te absolui: vtrū si, cum agerem tecum pro socio, quasi cum hærede socij mei defuncti, tu mihi falso persuaseris te non esse hæredem socij mei, vel falso dixeris te pecuniam, quam mihi debebas, soluisse procuratori vel seruo meo: Quæro, An possim te conuenire actione de dolo. Respondeo, eam actionem contra te mihi competere. l. seruus tuus. 20. D. de dolo. Oppono l. cum a te. 25. Digest. eodem. 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 obijcias 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 amplius conueniri pristina actione, nisi sponte eam suscipere paratus sis. Ergo si paratus es eam suscipere, non possum agere de dolo. sed vti debeo pristina actione, quod si reculas subire prius iudicium, cum inuitus non compellaris, necesse est vt confugiam ad actionem subsidiariam, de dolo. Hanc solutionem confirmat l. & eleganter. 7. §. penultim. Digest. eodem. vbi in specie simili affertur similis distinctio. Inge enim procuratorem meum dolo malo passum esse vt absolueris, hunc autem procuratorem non esse soluendo, adeo vt inanis sit actio mandati contra eum mihi competens. queritur, quomodo mihi succurratur. Iurisconsult. ibi distinguit. Aut enim paratus es iudicium primum subire, & debeo eo iudicio agere: aut non vis iudicium illud suscipere, ideoque conueniam te subsidiaria actione de dolo, quia iudicio, quo semel absolutus es, non potes inuitus iterum vexari. Vt igitur in hac specie l. C. distinguit, ita & nos in superiori specie recte distinximus: atque ita loca conciliamus.

LXXXIV. Si hæres deceptus à legatario, falso putauerit bona hereditaria sufficere ad omnia legata soluenda, ideoque solidum legatum hæres ei soluerit, a quo deceptus fuit: Quæro, Qua actione hæres possit id repetere, quod supra modum legis Falcidie legatario soluit. Respondeo, Hæredem ad id repetendum habere actionem de dolo. l. si legatarius. 23. Digest. de dolo. Oppono: quia cum legatario soluitur supra modum lege Falcidia definitum; pars indebitè soluta potest repeti per conditionem indebiti. l. 2. §. 1. Digest. de condict. indeb. ergo eo casu cessat actio de dolo, quæ est subsidiaria, neque conuenit cum conditione indebiti, sed ab ea excluditur. l. arbitrio. 18. §. de eo. D. de dolo.

Solutio: Distinguentum est, vtrum hæres, qui solidum legatum soluit, cum esset locus legi Falcidie, ideoque soluerit, quia suo errore lapsus est, an quia deceptus est à legatario. error namq; hæredis parit conditionem indebiti. l. fideicommissum. 7. C. de condict. indeb. dolum autem legatarij parit actionem de dolo. & hoc casu cessat conditio 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. Dig. de dolo. l. 5. Cod. de operis libert. Oppono, quod dicitur in l. si cui. 31. §. 1. D. ad Treb. libertatem ei seruo non esse ante diem præstandam contra voluntatem defuncti.

Solutio: In hoc §. ideo dicitur libertatem non esse ante diem præstandam: quia relicta fuerat iure directo, non per fideicommissum: hæres autem nolebat adire hereditatem: proinde inuito hærede, libertas non potest competere: nec per manumissionem præstari debet ante diem a testatore præstitutum, quia fieret contra ipsius testatoris voluntatem. Quod vt melius intelligatur, paucis eam speciem exponam. Quidam factò testamento Titium hæredem & Stichum seruum suum ex certa die liberum esse iussit. Titium autem hæredem purè rogauit

Sticho hereditatem restituere. post mortem testatoris Titius recusabat adire hereditatem, tamquam suspectam. quærebat, an ex Trebelliano Senatusconf. cogi posset hereditatem adire & restituere Stichò fideicommissario desideranti. Iureconsultus responderet non esse locum Trebelliano: quoniam ante diem libertati adscriptum hereditas restitui non potest: ergo Titius cogi non debet eam adire. quod Stichò non possit restitui, sic ostenditur: quia si Stichus maneat seruus, eo quod dies libertatis nondum venit, non potest fieri hæres, sin autem dicas libertatem Stichò præstandam esse, hoc erit contra voluntatem defuncti. Etenim si dicas eum fieri liberum iure directo, vt fiat libertus Orcinus, aduersaris testamento, in quo relicta est libertas in diem. nam qui libertatem in diem relinquit, non purè 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 ab hærede inuito, sed posse ab eo præstari, si velit sponte manumittere.

Si mihi permiseris lapidem aut cretam è fundo tuo eximere, deinde non pararis tollere: Quæro, Qua actione te conuenire possim. Respondeo, tecum agendum esse de dolo. l. si cum mihi. 34. Digest. de dolo. Oppono: quia mihi datur actio ad exhibendum, & rei vindicatio, vt pote domino iam effecto. l. permisi. 16. in pr. D. de præscript. verbis. l. qui saxum. 6. D. de donat. ergo non est locus actioni subsidiaria de dolo.

Solutio: Distinguentum est, vtrum lapidem seu cretam exemerim, nec ne. Si enim iam exemi, donatio quasi traditione confirmata est, & effectus sum dominus: proinde vti debeo alijs actionibus, non actione de dolo. Quod si nondum exemi, quia nondum sum factus dominus, necesse est vt confugiam ad actionem de dolo.

Iterum oppono l. si quis argentum. 35. §. vltim. Cod. de donat. qua Iustinianus constituit, vt ex donatione nudo consensu facta detur actio, id est, conditio ex lege, etiam si donatio neque stipulatione, neque traditione confirmata sit. vnde fit vt in casu proposito non requiratur exemptio lapidis aut crete: sed indistinctè, siue lapis exemptus sit, siue non, detur actio ciuili ex donatione proposta, pnde nō detur actio prætoriana subsidiaria de dolo.

Solutio: Ea l. si quis argentum. introduxit nouum ius. supra dicta verò distinctio locum habet iure antiquo Pandectarum. hodie igitur fatendum est in specie proposta omnino cessare actionem de dolo, & agendum esse vel rei vindicatione, vel ad exhibendum, vel conditione ex lege.

Si quis tabulas testamenti apud se depositas deleuerit, aut alio quouis modo corruerit: Quæro, Qua actione conueniri possit. Respondeo, eum teneri actione de dolo. l. si quis tabulas. 35. Digest. de dolo. Oppono: quia tenetur alijs actionibus ordinarijs, nempe depositi, & ad exhibendum, & legis Aquiliae. l. qui tabulas. 42. Digest. ad l. Aquil.

Solutio: In hac questione animaduertendum est, non esse omnium agentium eandem rationem: ideoque videndum est, quis ob eam causam ageret velit. nam ipse testator, aut eius hæres qui aditione hereditatis est factus dominus, habet dictas actiones depositi, & c. legatario autem, & hæredi qui nondum adiuuit hereditatem, nulla alia actio datur quam de dolo.

Extit. De minoribus Viginti quinque annis.

Quæro, An adolescenti inuito curator detur. Respondeo, adolescentem inuitum non accipere curatorem §. item inuiti. Insti. de curat. Oppono: quia debitor adolescentis possunt eum compellere ad petendos sibi curatores. l. ait prætor. 7. §. sed et si ei pecunia. vtr. permittitur. D. de minorib.

Solutio: Regulariter inuiti 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 firmitatem habeat. d. §. item inuiti. item si pecunia minori soluenda sit, requiritur curator, vt debitor tuto soluant. d. §. permittitur.

Si quid in minori ætate inchoatum, & post ætatem legitimam perfectum sit: Quæro, Vtrum detur

restitutio in integrum habita initij ratione, an denegeretur restitutio sine inspecto. Respondeo, concedi restitutionem inspecto initio, veluti si quis in minori ætate constitutus adiit hæreditatem, & post adolescentiam exegit à debitoribus hæreditarijs, nihilominus intra tempus statutum potest restitutionem petere aduersus eam aditionem. l. 3. §. scio. Dig. de minoribus. Oppono §. præcedentem eiusdem l. ubi iudicium cum minore cœptum, & eo maiore facto finitum est, nec tamen datur restitutio. unde videtur magis finis quàm principij ratio haberi. Solutio: Adhibenda est distinctio. aliud. n. iuris est, cum idē inchoauit, & absoluit: aliud, verò cum minor cœpit, alius autem perfecit. Cū enim idem inchoauit actū, & perfecit: datur restitutio inspecto initio actus. Sed cū alius perfecit 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 conuentionis male conceptus fuit, vel aliter in actibus iudicialijs 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 male pronunciasse propter petitionem vel alia acta male concepta, aut propter alium errorem in processu iudiciali admittum: quamuis si in ipsa lite peccatum non fuerit, sententia, licet iniqua esse dicatur, non possit rescindi per restitutionem in integrum.

XC. Quæro, An pater possit restitui aduersus obligationem filij minoris. Respondeo, patri restitutionem dari & filio inuito: quia patris est periculum, ne forte conueniatur actione de peculio. l. patri. 27. in princ. Dig. de minoribus. Oppono: l. 3. §. sed vtrum. versic. proinde etsi sine iussu eodem titu. ubi I. C. ait patrem, si de peculio conueniatur, non restitui, immo ne filium quidem restitui.

Solutio: Non est distinguendum, vtrum pater, an filius petat restitutionem: sed vtrum restitutio petatur contra obligationem directam qua tenetur filius ex sua persona, an contra actionem de peculio qua pater tenetur ex persona filij: constat enim vtramque obligationem & actionem ex eodem actu oriri. Contra obligationem patris non datur restitutio: quia pater, cum sit maior xxv. annis, sibi debet imputare, cur peculium filio minori commiserit, neque vult prætor per filiosfamil. minores succurrere patribus eorum maioribus. d. §. sed vtrum. versic. mouet dubitationem. Sed contra obligationem filij si restitutio petatur: notandum in primis est, quid quærat, ne confusè ad quæstionem propositam respondeamus, aut enim quæritur, an restitutio sit danda: & dicimus restitutioni locum esse, quia agitur de obligatione consistente in persona filijfamil. 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 peculio. Vt igitur pater hoc periculum vitare possit, conceditur ei petitio restitutionis in integrum nomine filij, licet ipse filius restitui nolit.

XCI. Generaliter quæro, ex quibus causis minor 25. annis restituatur in integrum. Respondeo, cum restitui, quicquid cum eo gestum fuerit, siue contractum sit, siue quid aliud contigit, quod minorem læsit. l. ait Prætor. 7. Dig. de minoribus. Oppono: quia Vlpian. in l. verum, 11. §. ex facto. Dig. eodem titu. docet minorem non restitui contra curatorem suum perperam excusatum, quia cum eo non contraxit. Si igitur hæc ratio Vlpiani est bona, non datur restitutio, nisi cum minore contractum sit.

Solutio: Contrahendi verbum in dicto §. 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. penultim. in fin. D. de separat. Denique contractus significat omnem obligationem l. omnem. 20. Dig. de iudicijs. Huic solutioni obijcio, quod iudicio quasi contrahitur. l. 3. §. idem scribit. Dig. de peculio. ergo in specie dicti §. ex facto. videtur esse quasi contractum, dum curator per iudicem excusatus est.

Solutio: In ea specie, quemadmodum Iurifconsulti ostendunt, curator se excusauit absentibus minoribus, non accepto cum eis iudicio, sed simpliciter & *μνομεγός* excusatione sua iudici proposita, cæterum non est dubium, quin minori in iudicijs quoque succurratur per restitutionem in integrum. l. 7. §. sed & in iudicijs. Dig. de minoribus.

Quæro, An detur restitutio contra restitutionem: veluti si quis restitutus sit vt repudiet hæreditatem quam adiit, an iterum restitui possit, vt iterum eam adeat. Respondeo, iterum restitui posse. l. ait Prætor. 7. §. restitutus. Dig. de minoribus. Oppono l. vltim. §. vbi autem. versic. non autem filio. Cod. de bonis quæ lib. vbi impetrata restitutione contra aditionem hæreditatis, non licebit 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 adierat hæreditatem. ergo ne filius temere 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.

Si minor quasi contumax, condemnatus fuerit: Quæro, an possit impetrare beneficium restitutionis in integrum. Respondeo, eum posse restitui. l. minor. 8. Dig. de minoribus. 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 diuer. reg. iur. Solutio: Non dicitur ille non parere iudici, qui ob contumaciam condemnatus est, sed qui id non fecit, quod est in iurisdictione postremum. leg. vn. §. 1. Dig. si quis ius dicenti non obtemperat. quoniam igitur extremum iurisdictionis consistit in executione sententiæ definitiuæ, idcirco regula d. l. non potest. non pertinet ad eum, cuius contumacia sententiam præcessit.

Cum mulier circumuenta, totum patrimonium suum vel ultra vires patrimonij in dotem dedit: (vt 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. Dig. de minoribus. leg. vn. Cod. 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 causa. 16. in princ. D. de minoribus.

Solutio: Distinguendum est, vtrum 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 vt mulieri minori circumuenta succurratur, ea permissio rescinditur per restitutionem in integrum.

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. eodem. constat autem per arrogationem, quæ est minima capitis deminutio, statum mutari: siquidē 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. §. vlt. D. de minoribus. toto tit. C. si aduer. libert.

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. §. pen. D. de minoribus. Oppono: quia videtur esse tutus ipso iure, non autem in commissum vectigalis incidere, propterea quod Diuorum fratrum rescripto ea pena remissa est. 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 xx. dies vectigal soluerit. ergo nec pupillus post trigessimam diem, nec adultus beneficium eius rescripti fruatur, sed vterque eget restitutione in integrum.

integrum. Vlpianus autem in d. §. penultim. loquitur de adulto.

XCVII. **Quero**, An minor contra minorem restitui possit. Respondeo, eum non restituendum, si modo solus captus sit. cum enim ambo capti sunt; veluti cum minor minori pecuniam credidit, & is eam perdidit: cessat restitutio. l. verum. ii. §. penult. Dig. de minoribus. Oppono, & ostendo eum nunquam restitui. aut enim alter, contra quem restitutio petitur, est factus locupletior: & iure communi tenetur, adeo ut non sit opus restitutione in integrum. l. 3. D. commodati. aut non est factus locupletior: & restitutio contra eum dari non debet. d. §. pen.

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 gratia, minor rem, quæ valebat 100. aureos, minori vendidit 70. aureis. emptor tenetur venditori ad pretium, id est, 70. aureos soluendos: non tamen tenetur rem emptam venditori restituere, nisi vi restitutionis in integrum.

XCVIII. **Quero**, An restitutio minori concessa profit eius fideiussori. Respondeo, restituito minore, non propterea necesse esse, ut fideiussor liberetur, sed eum saepe efficaciter manere obligatum, l. in causæ. 13. in princip. Dig. de minoribus. Oppono: quia sublata obligatione principali, tollitur etiam accessoria. l. nihil dolo. 129. §. 1. Dig. de diuer. regul. 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 civili, fieri potest, ut obligatio accessoria consistat. veluti si fors non debeatur efficaciter propter interpositum pactum de non petendo, nihilominus tamen usuræ efficaciter debentur. l. lecta. 40. versic. pactumque id tantum. D. de reb. cred. Quoniam igitur restitutio non datur ipso iure: immo qui restitutus est, manet obligatus iure civili, quamuis liberetur a pratore: idcirco reo principali restituito in integrum, sustineri potest obligatio fideiussoris.

XCIX. **Si** minori competat aliquod remedium, quod etiam maiori competeret: veluti si ei detur condictio indebiti, quia indebitum per errorem promiserit, aut soluerit. **Quero**, An nihil minus possit in integrum restitui. Respondeo, Restitutionem in integrum concurrere cum remedio communi: & minoris esse electionem, utro remedio uti malit. l. in causæ. 16. §. Pomponius. Dig. de minoribus. 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, utrum minor ipso iure seruetur indemnis, ut quia pupillus sine tutore promisit. ipso enim iure non tenetur; an opus habeat actione, ut cum adultus promisit per errorem, quo casu obligatur, sed habet conditionem 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 conditio competat. d. §. Pomponius. Huic solutioni oppono l. cum mandatu. 23. Dig. 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, utrum 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 uti restitutione quam actione. Posteriori casu denegatur restitutio, quæ non tam minori prodesset, quam 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. cum mandatu. Dig. de minoribus. l. properandum. 13. §. vltim. C. de iudic. quia nulla actio esse videtur, quæ contra inopem competit. l. nam is. 6. Dig. de dolo. Item dicendum est, si alia quauis ratione utilior minori sit restitutio, quam actio. generaliter enim quotiescumque minoris interest, restitutio ei dari debet. l. si ex causâ. 9. in princip. Dig. de minoribus. l. vltim. Cod. si tutor vel curator interuenit. Ex dictis colligamus, in hac quæstione 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. Vltimo casu, cum datur actio contra aliam personam, sed utilior est restitutio, vel propter inopiam eius contra quam actio competit, vel ob aliam causam, restitutio indulgenda est.

Quero, Vtrum restitutio sit imperij, an iurisdictionis. C. nis; & 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. Dig. ad municipale. Oppono, quod dicitur in l. in causâ. 16. §. vltim. Dig. de minoribus. tam præfectum vrbi, quam alios magistratus pro iurisdictione sua restituere in integrum posse. dum enim I. C. ait *pro iurisdictione sua*, videtur indicare 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 Romani, 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. Quæ interpretatio ne temere à me ficta videatur, eam confirmo auctoritate Iustini, qui in §. sed hoc iure. Infit. de Attil. tut. scribit præfectum vrbi, aut prætorem secundum suam iurisdictionem tutores creare: cum dationem tutoris constet nec esse Imperij, nec iurisdictionis. leg. 6. §. tutoris. D. de tutel. Sed & illud notandum est, restitutionem seu restituendi potestatem aliquo modo pertinere ad iurisdictionem, licet sit magis imperij, quam iurisdictionis: quia iurdictio & mixtum imperium nunquam separantur. leg. 1. in fin. & leg. vltim. in fin. D. de offic. eius. leg. 2. leg. 3. versic. mixtum. Dig. de iurisdictione. In quibusdam tamen actibus magis apparet vis iurisdictionis, quam Imperij: ut cum prætor cognoscit, & pronunciat. in alijs magis fulget natura imperij: ut cum magistratus exequitur. Sic iubere cauere prætoriam stipulatione, & in possessionem mittere, dicuntur magis esse imperij quam iurisdictionis, leg. 4. Dig. eodem. Itidemque restitutio magis est imperij quam iurisdictionis. dict. leg. ea quæ.

Centuria III.



VERO, An defunctus plus iuris & commodi ad heredem suum transferre possit, quam ipse habeat. Respondeo non posse. l. nemo plus iuris. 54. l. nemo plus commodi. 120. Dig. de diuer. regulis iuris. Oppono: quia si quis anno ætatis suæ 24. decesserit, & heredem agentem annum 20. reliquerit, licet defunctus debebat intra biennium iure Digestorum, vel intra quinquennium ex constitutione Iustini, quæ est lex vltim. Cod. de tempor. in integ. restit. petere in integrum restitutionem, tamen heredi eius prolixius tempus conceditur: nempe iure Digestorum sex anni, iure Codicis nouem anni dantur ad eandem restitutionem petendam. l. interdum. 19. Digest. de minoribus.

Solutio: Iure hereditario idem tempus conceditur successoribus, quod defuncto: sed iure proprio, id est, propter ætatem ipsius hæredis fieri potest, ut plus temporis ei concedatur, quam defuncto. ut in dicta specie defuncto dabatur iure Digestorum annus utilis, iure Codicis quadriennium continuum. idemque tempus datur successoribus. sed utrique computatur illud tempus post completum vicesimum quintum annum, quamobrem si minor ætate sit hæres, quam defunctus fuit mortis tempore: plures annos ad petendam restitutionem hæres habet merito propriæ ætatis, non iure hereditario: quo iure nõ plus eum consequi, quam defunctus habuit, ex eo liquet, quod si defunctus excessit annum vicesimum quintum, non totum legitimum tempus datur heredi, sed quantum defuncto competeat tempore mortis. vtruta si defuncto supererant sex menses, heredi quoque semestre tempus conceditur, postquam scilicet ipse hæres compleuerit annum vicesimum quintum. d. l. interdum.

Quero,

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 utrum, versic. proinde. eodem titul. filium restitui si iussu patris obligatus sit. Solutio: Distinguendum est, an filij interfit restitui, nec ne. Si interest, veluti quia ipse filius est obligatus mandato patris, dabitur restitutio, vt liberetur filius minor 25. annis. sed si filij non interest, veluti quia mandato patris vendidit rem paternam vili pretio, restitutio denegatur: quia prætor filiosfamil. minori, succurrere voluit, non maiori, cuius mandato minor aliquid gessit.

III. Si minor omiserit vel repudauerit hereditatem, deinde restitui velit: **Quæro**, An sit admittendus. Respondeo, re integra eum admitti debere. si verò iam distracta hereditate, & negotijs finitis, ad paratam pecuniam alieno labore veniat: non debet restitui, vt ait Scauola in l. quod si minor. 24. §. Scauola. D. de minoribus. Oppono l. vltim. in fin. C. de repud. vel abstin. hæred. vbi Iustinianus ad restitutionem admittit etiam post res hereditarias distractas Solutio: Iustinianus disertè loquitur de suo hærede: Scauola autem de extraneo, vt apparet ex verbo *repudiauerit*. Nam repudiare hereditatem dicuntur extranei, abstinere dicuntur sui hæredes. Re igitur non integra, beneficium restitutionis suis tantum hæredibus, qui sunt extraneis fauorabiliores, Imperator concessit.

IV. Si pater filio emancipato legatum reliquerit: **Quæro**, an filius possit euertere testamentum paternum, Respondeo, illud testamentum rescindi posse per bonorum possessionem contra tabul. nisi filius agnouerit legatum sibi relictum. l. si filius. 30. D. De minorib. Oppono: quia iure Dig. & Cod. videtur filius legato contentus esse debere, si legitimam portionem ex eo consequatur: aut supplementum legitimæ petere debere, si minus sit in legato quam in legitima. l. omnimodo. 30. C. de inoffic. testam. §. sed hæc ita. Instit. eod. Dixi, iure Dig. & C. quia nouissimè constitutum fuit à Iustiniano, vt legitima non alio quam institutionis titulo filijs relinquatur. Nouel. c. 115. cap. 3. cum antea quocumq; titulo possit relinqui. §. vlt. Instit. de inoff. testam.

Solutio: Distinguendum est inter bonorum possessionem contra tabul. quæ datur filio præterito, & querelam inofficiosa quæ datur ex hæredato. Nam legatum filio relictum, ei non obstat, quo minus petat bonorum possessionem contra tabul. officit tamen, ne agat de inofficiosa testamento.

V. **Quæro**, An ex aspectu corporis ætas probari possit, & an eius aspectus rationem iudex habere debeat. Respondeo, iudicem posse ex aspectu corporis de ætate pronunciare. l. minor. 32. D. de minoribus. Oppono: quia Iustinianus vetuit inspici habitum corporis. l. vltim. C. quau. tutores vel cur. esse desi. Instit. 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, vtum quis sit maior an minor 25. annis.

VI. **Quæro**, An minor in executionibus pœnarum restitui possit: veluti si omiserit actionem iniuriarum, an possit eam repetere. Respondeo, in huiusmodi causis restitutionem à prætore non dari. l. auxilium. 37. D. de minoribus. Oppono §. qua lege. D. de leg. Julia ambitus. vbi ambitus crimine damnatus, restituitur, si alium eiusdem criminis reum conuicerit. Solutio: Hæc non sunt contraria, sed diuersa. Primum enim Triphoninus 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 Julia, daturq; vt premium ei qui ambitus alium condemnauit. Præterea Triphoninus quærît, an detur restitutio, vt restitutus pœnam persequatur: Modestinus verò docet aliquem ita restitui, vt pœna liberetur. Quatenus autem ætas excuset minorem delinquentem, idem Triphoninus tractat in d. l. auxilium. §. sed & in sexaginta. II. Oppono l. i. §. accusationem. in fi. D. ad Turp. vbi minor excusatur, qui accusationem sine abolitione deserit, nec incidit in S. C. Turpillianum. vnde videtur posse repetere accusationem, siquidem eam deserens excusatur. Solutio: Aliud est, omittere actionem vel accusationem nondum intentatam: aliud est, intentatam deserere. Itaque minor potest impunè cœptam accusationem deserere, non tamen potest omisissam intentare. cuius differentia ratio perspicua est, quia fauorabilior est, cum agit de pœna vitanda, quam cum agit de pœna persequenda. III. Oppono: quia temporalis præscriptio

minoribus non currit. l. vltim. in fin. C. in quibus cau. in integr. restit. non est neces. Solutio. Iustinianus in d. l. vlt. loquitur de præscriptione actionum ciuiliu, non criminalium, de quibus in præsentia quæstionem proposuimus.

Quæro, An iudex possit de quæstione incidenti pronunciare: veluti si agatur de hereditate, an possit pronunciare de causa status, quæ incidit in controuersiam hereditatis, eo quod seruus non potest fieri hæres: aut si agatur de restitutione ex titulo de minoribus an iudex possit pronunciare de ætate, ex cuius cognitione pender quæstio de restitutione. Respondeo, iudicem qui de causa principali cognoscit ac pronunciat, etiam de incidenti cognoscere & pronunciare. l. intra. 39. D. de minoribus. vbi præses, apud quem restitutio petita fuit, pronunciauit de ætate personæ restituendæ, atque ea sententia valuit. Oppono l. i. C. de ordi. iud. vbi cum esset quæstio de hereditate, Imperatores aiunt iudicem non de incidenti quæstione status, sed de hereditate pronunciare.

Solutio: Pronunciatio seu sententia de causa incidenti non est necessaria, immò potest omitti. si tamen fuerit à iudice interposita: dicendum est, eam valere. Huic solutioni oppono, quod dicitur in ead. l. i. iudicem super causa status, quæ erat quæstio incidens, non posse pronunciare. Solutio: in ea specie iudex non poterat cognoscere & pronunciare de causa status, non quia erat quæstio incidens, sed quia erat iudex datus à præside, qui quidem iudex non potest cognoscere de causa status per se mota vt de ea pronunciet, propterea quod ea cognitio præfidi referuatur. l. 2. C. de pedan. iud. l. pen. C. ne de statu defunct. verum idem iudex de ea causa obiter cognoscere potest, non vt de ea pronunciet, sed vt rectam sententiam ferre possit de principali controuersia hereditatis, de qua temere pronunciaret, si nihil cognosceret de causa status.

Quæro, An liceat appellare ab interlocutione iudicis. VIII. Respondeo, regulariter non licere. l. 2. C. de appell. recip. l. 2. C. de Episcop. aud. l. pen. C. quorum appel. non recip. Oppono l. intra. 39. D. de minorib. vbi præses, apud quem restitutio postulabatur, de ætate pronunciauit: & ab huiusmodi pronunciatione, quæ videtur esse interlocutio, fuit iure appellatum. Solutio: Accursum inquit hoc esse speciale. sed verius est, hanc non esse interlocutionem, quamuis sit de causa incidenti, sed esse sententiam definitiuam, quæ propriè dicitur sententia: ideoque non solum vocatur sententia in d. l. intra. sed etiam decretum. l. minor. 32. eodem tit. Obiter notandum est, iure Pontificio, quo hac in parte magis vtimur, appellari posse à quauis sententia, atq; adeo etiam ab interlocutione iudicis. ca. 2. extr. de appell.

Ex tit. De capite minutis.

Quæro, An seruus agere vel conueniri possit. Respondeo. IX. deo, non posse, quia non habet legitimam personam standi in iudicio. l. 3. D. ne quis eum qui in ius voc. vi exim. l. quoties. 13. D. si quis cautionibus. l. tutelae. 7. §. si libertate. D. de cap. minut. Oppono l. vlt. C. vbi causæ fiscales. ex qua constat, seruum principis posse agere & conueniri. Solutio: Hoc est speciale in seruo principis. Iterum oppono: quia prætor dat in seruum actionem vi bonorum raptorum. l. 4. §. pen. D. vi bon. rapt. & actionem de incendio ruina naufr. l. i. in pt. D. de incend. ruin. naufrag. & actionem sepulchri violati. l. 3. §. si seruus. D. 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 iurisdic.

Ex tit. Ex quibus causis maiores viginti quinq; annis in integrum restituantur.

Quæro, An detur restitutio absenti reip. aut municipi. X. pij causa, qui procuratorem reliquit. Respondeo restitutionem concedi, siue procuratorem habuerit, siue non, l. sed et si. 26. §. vltim. D. ex quibus caus. maio. Oppono, quod dicitur in l. is qui. 39. D. eo. si is qui reipublic. causa abfuturus erat, procuratorem reliquit, per quem defendi potuit; eum volentem in integrum restitui, non audiri. Solutio: Videndum est, vtum procurator potuerit absentem defendere, an non. priori casu non datur restitutio, sed actio mandati contra procuratorem. posteriori casu datur restitutio: quoniam absens nō videtur habuisse procuratorem, cum per eum defendi

non potuerit. Idēq; dicendum est, si procurator decesserit: ideoque factum sit, ut absens detrimentum sit passus. l. nec non. 28. in prin. D. eo. Sed & si actio mandati sit inanis propter inopiam procuratoris, restitutionem indulgendam puto, argum. l. 5. & 6. D. de dolo.

- 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. Papinianus. 20. D. de minorib. Oppono l. si qua. 80. §. 1. D. ex quibus cau. maio. vbi exuli reuerso conceditur restitutio. Solutio: Duo sunt diuersa genera restitutionum. aut. n. agitur de restitutione, quæ sit iure ordinario, veluti de re exuli reuerso restituenda, quam alius temere occupauerat: aut de restitutione, quæ sit cognitione prætoria. primo casu restitutio omnino conceditur. d. l. si qua. §. 1. altero casu non facile datur restitutio, datur tamen ex causa, veluti si procurator quem exul reliquerat, mortuus sit. l. sed et si. 26. §. 1. D. eod.

Ex tit. De alienatione iudicij mutandi causa, facta.

- XII. Si quis, cui nouum opus nunciatum est, locum venderit, & 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. vt. D. de op. nou. nunc.

Oppono l. 3. §. opus. D. de alienat. iud. mutan. cau. fac. vbi dicitur neq; cum venditore ex operis noui nunciatione agi posse, quia nihil legit. i. quia nouum opus non fecit: neq; cum emptore, quia non fuit ei nunciatum noui opus: proinde cum venditore agendum esse in factum ex illo tit. de aliena. iud. mut. ca. facta. Solutio: Emptor tenetur præstare patientiam. i. pati, vt opus destruat: sed nõ tenetur ad impensas in opus demolendum faciendas. quapropter has impensas qui nouum opus nunciavit, recipiet à venditore per d. actionem in factum.

- XIII. Quæro, An is qui ante litem contestatam dolo malo desijt rem possidere, possit inuitus conueniri, quasi adhuc possideat. Respondeo, conueniri posse vt ille actione. l. si autē. 27. §. sed & is. l. qui petitorio. 36. in pr. D. de rei vend. Oppono, quòd non potest conueniri, nisi sponte sua paratus sit vt ille iudicium subire, vt colligitur ex l. 3. §. vt. D. de alie. iud. mutan. 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 cogereretur iudicium pati, quasi possideret: numq; teneretur actione quod iudicij mutandi causa: quod est absurdum. Præterea Caius malè dixisset, si paratus sit vt ille iudicium pati, siquidē vel inuitus pati cogereretur. Solutio: In primis intelligere oportet, edictū de alienatione iudicij mutandi causa, non solum pertinere ad vindicationes. l. 4. §. Pedius. illo tit. sed etiā ad actiones mixtas, veluti communi diuidendo. l. vl. eo. tit. l. cōmunis. 24. §. i. D. cōm. diuid. Quod ergo dicitur à Caio de eo qui sponte sua paratus est subire iudicium vtile, potest intelligi de iudicio mixto: atq; ita cessabit obiectio sumpta à rei vindicatione vt ille. Nam etsi datur etiā vtile iudicium communi diuidendo, cum res cōmunis esse desijt, tamē tunc solum datur propter præstationes personales. l. 6. in pr. & §. i. D. cōm. diuid. Quia tamen edictum de alienatione iudicij mutandi causa, pertinet etiam ad vindicationem: videndum est, cur vt ille vindicatio, quæ datur contra eum q. dolo malo desijt possidere, concurrat cum actione in factum q. iudicij mutandi causa. Ergo sciendum est, actionem quod iudicij mutandi causa, prius fuisse à prætorē propositā, q. recepta sit vt ille vindicatio cōtra eum qui dolo desijt possidere. q. quidē vt ille vindicatio recepta est per interpretationē Senatusconsulti de petitione hæreditatis facti. d. l. si autē. §. sed & is. Actio igitur quod iudicij mutandi causa, datur in eū, qui non vult cōueniri vt ille rei vindicatione ppter ea q. eo tempore, quo actio illa in factum introducta fuit, non cogebatur inuitus vt ille rei vindicationē pati. postea verò hoc receptū est: sed nihilominus māsit actio in factum semel data edicto prætoris. Itaq; hodie in eum qui iudicij mutandi causa rem alienauit, vtraq; actio concurrat. i. vt ille rei vindicatio, & actio q. iudicij mutandi causa.

- XIII. Quæro, An res iudicij mutandi causa alienata possit vsucapi. Respondeo, eum, qui rem accepit, posse vsucapere. l. 4. in pr. D. de alienat. iud. mut. cau. Oppono: quia alienatio facta est fraudulenter. l. 1. l. 4. §. i. ver. non tamē. co. tit. ergo sit res furtiua, nec potest vsucapi. §. furtiua. Inst. de vsucap. Solutio: Potest ea res vsucapi, vel quia est immobilis, in quam vitium furti non cadit. d. §. furtiua. ver. quòd au-

tem. vel quia is, qui alienauit, initio habuit bonā fidem, & cepit vsucapere, deinde alienauit: is verò, qui eam rem accepit, vsucapionē compleuit. hoc. n. casu vsucapio pcedit, quia bona fides initio tantum, & in auctore tantum, non in successore requiritur. §. diutina. & seq. Inst. de vsucap.

- XV. Quæro, Si res iudicij mutandi causa sit alienata, & ab eo qui accepit vsucapta, an detur actio in factum q. iudicij mutandi causa. Respondeo, hanc actionē dari in eum qui alienauit. l. 4. in pr. D. de alien. iud. mut. cau. Oppono: quia res mobilis vsucapitur triennio, immobilis autē decem aut viginti annorum spatio. Inst. de vsucap. in prin. ergo re vsucapta, ideoq; 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 vsucapionē, & cum modicum tempus superesset ad perficiendam vsucapionē, rem alienasse. ergo (exempli gratia) intra quatuor aut quinque menses post alienationem vsucapio perficietur. actio verò in factum dabitur intra annum à die alienationis. Hæc interpretatio hodie est necessaria: olim nõ ita, quoniam ante constitutionem Iustiniani vsucapio rerum mobilium anno perficiebatur. d. tit. Inst. de vsucap. in pr.

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

- XVI. Quæro, An ex compromisso detur exceptio. Respondeo, non dari exceptionem, sed pænæ petitionem. l. 1. D. de recep. qui arbitr.

Oppono: quia si duo sibi inuicem debeant, & nudo pacto compromittant. i. paciscantur de non petendo si arbitri sententiæ non paruerint: inde datur exceptio pacti. l. litigatores. 11. §. interdum. D. eod. tit. 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 iudicata: quæ quidem exceptio non magis datur ex compromisso, quā actio rei iudicata. ceterum exceptio pacti non minus competit ex compromisso, quod nudo pacto factum fuit, quam actio ex stipulatu si compromissum stipulatione pænali 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 Primum pactus sit ne petat Stichum à Secundo, nisi paruerit sententiæ arbitri; itidemq; 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: Primum non poterit à Secundo possidente petere dictum fundum, quia non habet actionem ex sententiæ arbitri: quòd si ipse Primum possideat, & Secundus fundum petat: Primum nõ potest excipere de sententiæ arbitri, sed, etsi apud arbitrum obtinuerit, nihilominus tamen à iudice condēnabitur, si Secundus probauerit fundum suū esse. sed quia secundus siue possidens fundum nolit restituere, siue non possidens petat, cōtra sententiam arbitri facit, & pactus est de non petendo si arbitro non paruerit: idcirco petens Stichum sibi debitum, summo uebitur pacti conuenti 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, vt certam eligant personā, cuius auctoritati pareatur. l. item si vnus. 17. §. penu. D. de receptis. Oppono §. si in duas. ead. l. vbi dicitur tale cōpromissum non valere: quia vt in causa dijudicada ita etiam in tertia persona assumenda facile possent dissentire, atque ita res non haberet exitum. Solutio: Distinguentur sunt tres casus, vel enim ita compromissum est in duos, vt, si in iudicando dissentiant, tertium, quem voluerint, assumant: vel ita vt certum quendam, puta Sempronium, assumant: vel denique simpliciter compromissum est, non facta mentione tertij assumendi. Primo casu compromissum non valet, ppter naturalem hominum ad dissentendum facilitatem: quia (vt dixi) etiā 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 quoq; casu valet: quia tertia persona electio nõ est

arbitris commissa: immo eius electionis nulla mentio facta est in cōpromisso: proinde cessantibus compromissi verbis ipse prator aliquem eliget, in quem arbitros consentire coget.

XVIII. **Quæro, An compromissum socij noceat socio.** Respondeo, nocere: quia si is, qui compromisit, ab arbitro vetitus sit petere, & socius eius petat, pœna committitur. l. si duo. 34. in prin. D. de receptis. Oppono: quia pactum vnius socij alteri nō nocet. l. si vnus. 27. in prin. D. de pactis. Solutio: Alia est ratio compromissi, alia pacti de non petendo, socius compromittere potest, quia & petere potest, sed nō licet ei pacisci de non petendo, differentia ratio est: quia petendo vel compromittendo, diligenter & rectè versatur in rebus communibus, licet postea fieri possit, vt malus sequatur euentus, vt puta quia non obtineat apud arbitrum. cum autem paciscitur de non petendo, male se gerit, & id agit, vt actionem extinguat: quod facere nequit: siquidē nec potest alienare rem communem, nisi pro sua tantum parte. l. nemo ex socijs. 68. in princ. D. pro socio. Hæc quæstio videtur vix digna esse, quæ hîc referatur, licet Bart. asserat hoc contrarium esse ita difficile, vt aliud, quod sit in mundo.

XIX. **Quæro, An ex priuatorum contractu possit fisco pœna deberi.** Respondeo, posse. l. i. ver. vel pœna. D. de iure fisci. Oppono: quia si inter duos ita compromissum sit, vt qui arbitro non paruerit, centū aduersario præstet, & vt præterea liceat arbitro contumacem fisco in certam summā condemnare: si, inquam, ita compromissum sit, & arbitrum secundum formam eompromissi contumacem fisco condemnauerit: tamen ex eo priuatorum compromisso, & ex ea arbitri sententia nihil acquiritur fisco. l. arbitrum. 43. D. de receptis. Solutio: Ex contractu priuatorum acquiri fisco, sic intellige, non quod priuati fisco stipulentur, sed quod sint quidam contractus illiciti, vnde lex iubet aliquid confiscari: vt contingit, cum is, qui officium in prouincia administrat, aliquid per se vel per suppositam personam emit extra causam victus quotidiani. l. aufertur. §. quod a præside. D. de iure fisci. l. vni. C. de contractib. iud. l. i. & l. omnis. C. Theo. de ijs quæ administrant.

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

Exit. De iudicijs.

XXI. **SI legatus Romæ constituerit, quod ante legationem debere cæperat, vel q̄ 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 iudicijs. Oppono, l. 5. §. 1. D. de pecu. constit. vbi disertè dicitur legatum Romæ constituentem quod in prouincia acceperat, conueniri debere. Solutio: In hoc §. r. addenda est negatio, & legendum, *conueniri non debere.* alioquin si I. C. proponere voluisset sententiam affirmatiuā, non dixisset, *conueniri debere, sed conueniri posse.* verbum autem *debere*, magis conuenit sententiæ neganti. Præterea cum mox immutata specie proponat sententiam negantem, non vtitur aduersatiua particula *sed si*, sed coniunctione, *sed esse*, ex qua apparet vtrumq; responsum esse negatiuū, ergo concludendum est, legatum non posse Romæ legationis tempore conueniri, etiam si in prouincia constituerit se soluturum Romæ: vna est exceptio, si constituerit se legationis tempore soluturum. l. 3. D. de legationibus.

XXII. **Quæro, Quomodo iudex litem suam faciat.** Respondeo, eum litem suā facere, si malè iudicat dolo malo. l. filiusfam. 15. D. de iudicijs. Oppono, quod dicitur in l. vt. D. de extraord. cog. eum non propriè ex maleficio obligatū videri, sed per imprudenciam peccasse. Solutio: Iudex litem suam facere potest duobus modis. i. vel dolo malo, vel imprudencia. non sunt igitur eæ leges, quas adduxi, contrariæ: in quibus non dicitur *dolo tantum*, aut *imprudencia tantum*. immo hoc non notassem quasi *εραυνοφάρης*, nisi Budæus notasset quasi *εραυνοφάρης*.

XXIII. **Si filiusfam. iudex litem suam fecerit: Quæro, in quantum teneatur.** Respondeo, in tantam quantitatem eum teneri, quanta tunc erat in peculio, cum sententiam dicebat. l. filiusfam. 15. D. de iud. Oppono: quia ex suo facto teneatur in solidum, licet obliget patrem de peculio tan-

tum. l. pen. D. quod cum eo. l. si quis cum filiofam. 44. D. de peculio. Solutio: Hæc loquuntur de contractu filij fam. ex quo datur actio secundum rationem iuris. sed l. filiusfam. loquitur de quodam quasi contractu, cum scilicet iudex, qui malè per imprudenciam iudicauit, litē suam fecit: quo casu tenetur actione in factum, in quantum religioni iudicis bonum & æquum videbitur. l. vt. D. de extraord. cog. æquum autem & bonū videtur, vt teneatur in eam quantitatem, quæ tunc erat in peculio, cum iudicabat: quamquam de eo peculio non soluet patre inuito: quando quidem pater eo nomine non tenetur. §. pen. Inst. de oblig. quæ ex deli. Dixi per imprudenciam: quia si dolo malo iudicauit, in solidum. i. in veram litis æstimationem tenetur. d. l. filiusfam. §. 1.

XXIV. **Quæro, Vbi hæres conueniendus sit.** Respondeo, hæredem in causis hæreditarijs sequi forum defuncti, ita vt proprio priuilegio vti, & actorem ad alium iudicem reuocare non possit. l. hæres. 19. in pr. D. de iud. Oppono: quia filius succedens priuato, vtitur suo priuilegio. l. 6. in pr. D. de iure fisci.

Solutio: Aliud est priuilegium fori, aliud est priuilegiū prælationis ac tacite hypothecæ. lex 6. loquitur de priuilegio prælationis taciteq; hypothecæ, non de priuilegio fori, de quo tractatur in d. l. hæres.

XXV. **Quæro, An valeat conuentio hæc, vt aliquis alibi conueniatur quàm vbi contraxit, cum ratione contractus ibi fortiatum vbi contraxit.** l. hæres. 19. §. 1. D. de iud. Respondeo, eam conuentionem valere. d. l. hæres. §. proinde. Oppono: quia nemo cogitur huiusmodi conuentioni stare. l. si conuenerit. 18. D. de iurisdic. Solutio: Primum distinguendum est inter pactum nudum, & legem contractus, mutatio fori non fit pacto nudo, sed lege contractus. i. pacto, quod contractui adiectum est incontinenti, ita vt contractu insti, vt exposui ad quæstionem 61. Centuriæ 1. Præterea in d. §. proinde. pactum seu conuentio intelligi potest, non de mutatione fori, de qua agitur in d. l. si conuenient. sed de electione. i. cum reus possit conueniri duobus locis, vel vbi domicilium habet, vel vbi contraxit, adeo vt electio sit actoris, vtro loco malit reum conuenire, pactum intercessit perimens eam electionē: quia conuenit, vt reus ibi cōueniretur, vbi habet domicilium, non in loco contractus.

XXVI. **Quæro, An id, quod nondum debetur sed deberi spectatur, vt puta quia pendet conditio sub qua promissum fuit, peti possit.** Respondeo, peti non posse. l. non quem admodum. 35. D. de iudicijs. Oppono: quia si quis chirographum alterius delenerit, in quo continebatur obligatio pecuniæ sub conditione debitæ, potest lege Aquilia conueniri & condemnari antequàm aliquid debeatur. i. antequàm eius obligationis conditio extiterit. l. in lege. 40. D. ad leg. Aquil. Solutio: Alia est obligatio contenta in chirographo proposito, quæ exempli gratia fingatur esse obligatio mutui: alia est obligatio, ex qua conuenitur lege Aquilia is qui chirographum corrumpit. obligatio in chirographo contenta, est condicionalis, & pendet, sed obligatio legis Aquiliæ est præsens & pura. ideoq; rectè lege Aquilia actum fuit: quamquam exactio non statim fit, sed differtur, vt explicatur in d. l. in lege. Nec enim propterea pendet, aut differtur obligatio, quod differtur effectus eius. i. exactio.

XXVII. **Quæro, Vtrum is qui intentauit iudicium petitorium, possit intentare possessorium, an potius videatur huic iudicio renunciaffe.** Respondeo, non videri renunciaffe, imo 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 iud. prius cognoscendum esse de possessione, quam de rei proprietate. Solutio: Hæc lex non simpliciter ait prius cognoscendum esse de possessione: sed addit hanc conditionem, si de possessione quærat, ergo in arbitrio agentis est, vtrum malit incipere a petitorio, an a possessorio iudicio, verum si possessorium proponat, aduersarius non potest hoc iudicium vitare dicens se paratum subire iudicium petitorium de rei controuersa proprietate.

XXVIII. **Quæro, An furiosus possit dari iudex.** Respondeo, non posse. l. cum prator. 12. §. non autem. D. de iudicijs. Oppono, quod ait Papinianus in l. cum furiosus. 39. eod. tit. furiosum posse iudicem addici, licet in presentia 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. hic verò potest dari iudex: quia licet hodie. i. quo die iudex

dex efficitur, non possit iudicare, tamen paulò pòst inter-

mittente furore iudicare poterit.
XXIX. Quæro, An possit aliquis iudicio conveniri eo tempo-
re, quo magistratu fungitur. Respondeo, non posse con-
veniri, sed expectandum donec magistratu abierit. l. pars
literarum. 48. D. de iudicijs. Oppono: quia durante ma-
gistratu potest conveniri actione iniuriarum. l. nec magi-
stratibus. 32. D. de iniurijs. Item potest conveniri ob con-
cussionem factam, vel ob sententiam venditam, & alias hu-
iuscemodi causas. l. 4. C. ad leg. Iul. repetund. Solutio:
Distingendum est inter maiores magistratus, qui imperi-
um habent, nec possunt in ius vocari, quales sunt con-
sules, præfæcti, prætores, præconsules, l. 2. D. de in ius vo-
can. & minores magistratus, qui potestate carent, & in ius
vocari possunt, quales sunt duumviri. l. vni. ff. si quis ius di-
centi non obtemp. Rursus distinguendum, & confide-
randum est, ex qua causa magistratus conveniatur: vtrum
quia in officio deliquit, vt puta sententiam venalem ha-
buit, aut per concussionem pecuniam extorsit; an ex alia
causa. His distinctionibus adhibitis, ita definiendum est:
Quod dicitur magistratus non posse conveniri, intelli-
gendum est de magistratibus maioribus, qui imperium
& potestatem habent. nam minores possunt conveniri.
maiores autem non conveniuntur. d. l. nec magistratib.
nisi scilicet in officio deliquerint, ex qua causa puto etiã
maiores magistratus conveniri posse. d. l. 4.

XXX. Si actor post edictum peremptorium abfit: Quæro,
Quid iudex facere debeat. Respondeo, eum debere edictũ
circumducere, atq; ita iudicium perimere. l. & post edi-
ctum, 53. §. 1. D. de iudicijs. Oppono: quia potius debet iudex
peruenire ad sententiam definitivam non obstante
absentia actoris. l. properandum. 13. §. & si quidem. C. de
iud. 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 perue-
nitur ad sententiam definitivam actore absente, nisi ex ac-
tis iam confectis possit rei veritas à iudice cognosci. d. §.
& si quidem. sed ex d. Nou. 112. veritas inquiretur ex alle-
gationibus rei conuenti, atq; ita peruenietur ad senten-
tiam definitivam. d. cap. 3. §. si verò propositis.

XXXI. Quæro, An pater possit esse iudex in causa filij, vel filij
in causa patris. Respondeo, iudicem esse posse. l. in
priuatis. 77. D. de iudicijs. Oppono: quia nemo debet sibi
aut liberis ceterisque quos secum habet, ius dicere. l. qui
iurisdictioni. 10. D. de iurisdic. Solutio: Notanda est du-
plex distinctio. Prima: Aliud est ius dicere: aliud, iudicare.
rub. & l. vñ. C. ne quis in sua cau. iud. vel ius si. dic. Ius dicit
magistratus, aut is cui à magistratu mandata est iurisdic-
tio. iudicat autem iudex pedaneus. Rursus iurisdicctio est
coniuncta cum mixto imperio. l. 1. in fi. & l. vlt. in fin. D. de
offi. eius. iudicandi potestas est prorsus separata ab imperio.
l. à Diuo Pio. 15. in pr. D. de re iud. Præterea qui ius di-
cit, non est adstrictus vlli formulæ. iudex autem non po-
terat recedere à formulæ sibi ab eo præscripta, à quo iudex
datus fuerat. Altera distinctio est: quia aliud est, nõ posse:
aliud, non debere, quod vnò exemplo declarare & con-
firmare sufficit, hæc. n. enunciatio verã est, filiusfam. nõ
debet nuptias contrahere, nisi iussus patris præcedat. Inst.
de nupt. in pr. hæc autem est falsa, filiusfam. non potest
nuptias contrahere, nisi iussus patris præcedat: quia nup-
tias à filiofam. contractæ valent, etsi pater eius non antè
iubeat, sed pòst ratas habeat. l. 5. C. de nupt. ergo quædam
fieri non debent, quæ fieri iure possunt: quia non omne
quod licet, honestum est. l. non omne. 144. D. de diuers. regu.
iur. His præmunitis, sciendum est, Duarenũ, lib. 1. disp.
cap. 51. dicta loca conciliare per distinctionem iurisdicctio-
nis & iudicij: quasi pater in causa filij, vel contra filius in
causa patris, possit esse iudex, & possit iudicare, non tamẽ
possit ius dicere, quia ius dicentis maior est auctoritas &
libertas, quippe qui nullæ formulæ est adstrictus vt iudex
pedaneus. Mihi tamen videtur rectius Cuiacius tract. 3. ad
Afric. distinguere inter verbum posse, & verbum debere:
vt filius vel pater possit quidem stricto iure inspecto iudi-
care, aut ius dicere, propterea quod non solum ius dice-
re, sed etiam iudicare, est munus publicum. l. quippe. 78.
D. de iudic. & quantum ad munera publica negligitur ius
patriæ potestatis, & pro nullo habetur. l. filiusfam. 9. D. de
his qui sui vel alie. iur. sunt, non tamen debet iudicare, nec
debet ius dicere: quia propter naturalem affectum pa-
rentis erga liberos, & liberorum erga parentes, esset quo-
dammodo iudex in causa propria. εδδν δὲ οἱ πατέροι

φάυλοι κριταὶ περὶ τῶν δικέων, ferè autem pleriq; sunt
mali iudices de rebus proprijs, ait Aristoteles. l. 3. Polit.
cap. 6.

Extit. De inofficioso testamento.

XXXII. Quæro, An sententia inter duos lata, profit, vel nocet
at tertio, qui non litigauit. Respondeo, nec prodest,
nec nocere. l. 1. D. de except. rei iud. to. tit. C. quib.
res iud. non nocet. tot. tit. C. inter alios acta vel iudicata,
alijs non nocere. Oppono: quia si quis ex ijs personis quæ
ad successionem ab intestato non admittuntur, de inoffi-
cioso 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: Notandũ
est, per querelam in officioso actorem nihil acquirere; (vn-
de etiam dictum est, eam nõ esse propriè petitionem nec
actionẽ) sed tantum efficere, vt testamentũ a iudice rescin-
datur: quo rescisso, hæres ab intestato succedit, nõ ex sen-
tentia, (alioquin ei obstaret regula illa, quod res inter a-
lios iudicata tertio non prodest) sed ex dispositione legis,
vel alius iuris, quo vocatur ad successionem. Iterum op-
pono: quia sententia lata contra hæredem scriptum pro-
herede legitimo, nocet legatarijs, adeo vt nõ possint am-
plius contequi legatum. l. Papinian. 8. §. pe. D. de inoffi. te-
stam. l. 3. in pr. D. de pig. exceptis certis casib. veluti si heres
causam non egerit, aut cum hærede legitimo in fraudem
legatariorum colluserit, aut condénatus prouocare no-
luerit. l. si seruus plurium. 50. D. de leg. 1. l. qui repudiantis.
17. §. 1. D. de inoffi. testa. Solutio: Hoc est speciale, propter
ea quod his personis nihil debetur, nisi constet testamen-
tum valere. d. l. 3. Huic solutioni oppono d. l. 1. D. de excep-
rei iud. vbi iudicatum fuerat contra testamentum & ni-
hilominus conceditur legatarijs, vt sua legata persequan-
tur. Solutio: Distingendum est vtrum iudicatum fuerit
contra hæredem scriptum, an cõtra quosdam legatarios.
Si contra hæredem iudicatum fuerit: quoniam institutio
hæredis est caput & fundamentum testamenti. §. ante he-
redis. Inst. de lega. idcirco nihil ex eo testamento debetur.
si verò contra quosdam legatarios iudicatum fuerit: sen-
tentia non tollit testamentum, quippe cum testamẽtum
non pendeat à legatarijs, proinde ea sententia neque no-
cebit hæredi scripto, nec alijs legatarijs.

XXXIII. 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. i. obftet quo minus alter possit petere totam hære-
ditatem, & efficiat vt debeat partem suam dumtaxat. i. fe-
missim petere. Respondeo, etiamsi vnus non queratur
de inofficioso, nihilominus tamen alterum partem pete-
re debere, nõ totam hæreditatem. l. Papinianus. 8. §. quo-
niam D. de inoffic. testam. Oppono l. qui repudiantis. 17.
in pr. eod. tit. vbi dicitur eum, qui non queritur, non fa-
cere partem alteri. Solutio: Distinguedum est, aut. n. se-
parat; eum qui in præsentia non queritur, postea con-
questurum: aut certum est, eum non posse conueniri, vt-
puta quia repudiauit. priori casu is, qui non queritur, fa-
cit partem: quoniam absurdum esset, interim alium pe-
tere totum, quamdiu hic potest admitti ad partem suam
petendam. posteriori casu, cum alter non possit ampliùs
admitti: necesse est vt tota hæreditas ad alterum perti-
neat: ideoque is qui non queritur, nec potest queri, non
facit partem alteri querenti de inofficioso testamento.

XXXIV. Si quis hæres institutus, rogatus sit post aliquod tem-
pus restituere hæreditatẽ, medio autem tempore fructus
percipiat ex rebus hæreditarijs: Quæro, An hi fructus
imputentur in portionem debitam, & excludant querelã
inofficiosi, nec ne. Respondeo, fructus imputari in de-
bitam portionem, & querelam cessare. l. Papinianus. 8. §.
vn de. D. de inoffic. testam. Oppono: l. iubemus. 6. C. ad
Trebell. vbi constituitur quartam non sumi ex fructibus,
licet testator id iusserit, sed detrahi de ipsis rebus hæredi-
tarijs. Solutio: Regulariter fructus ex rebus hæreditarijs
percepti imputantur in debitam portionem. sed excipiũ-
tur soli liberi primi gradus, quibus hoc priuilegij indul-
tum est, vt lucentur omnes fructus, & præterea conse-
quantur debitam portionem ex ipsis rebus hæreditarijs.
d. l. 6. §. vlt.

XXXV. Si quis hæres institutus sit ex parte, q̄ sit minor portio-
ne debita: Quæro, An possit agere de inofficioso testamẽ-
to. Respondeo, non posse queri de inofficioso, sed petere
debere supplementum debitæ portionis. l. omnimodo.
30. & ll. seq. C. de inoffi. testam. Oppono l. Papinianus.
8. §. meminisse. D. eod. tit. in cuius §. specie hæres scriptus
egit de inoffic. testam. non petijt supplementum legiti-

inæ portionis. Solutio: In ea specie hæres egit quidem de inoff. testam. sed non rectè egit: immo debuit petere supplementum debite portionis, & meritò iudicio superatus fuit. sanè habita ratione antiqui iuris, quod Papiniani a-tate in usu erat, hæres in illa specie iudicio victus fuit ob aliquam aliam rationem. sed ex dictis constitutionibus Iustiniani etiam ob hanc rationem succumbere potuit, quia hæres scriptus fuerat ex aliqua parte, proinde petere debuit dictum supplementum, non agere de inoffic. testam.

XXXVI. Si testamentum iudicatur inofficiosum: Quæro, An legata in eo testamento relicta debeantur. Respondeo, non deberi, quia testamentum per querelam rescinditur. l. Papinianus. 8. §. pen. D. de inoff. testam. Oppono l. cum mater. 28. eo. tit. ubi sustinentur legata & fideicommissa, cum hæreditas materna deferatur filio, quem mater falso putans iam dececessisse, præterierat. huic autem filio à matre præterito certum est succurri per querelam inoffic. si testa. l. si instituta. 27. D. eo. ergo testamento per querelam everso, videntur legata & fideicommissa deberi. Solutio: Notandū est, huic filio à matre præterito duplex remediū competere nimirū querelam inoff. testa. & ex decreto D. Hadriani actionē ex præsumpta voluntate matris: qualis actio ex præsumpta voluntate defuncti datur etiam in specie l. vlt. D. de hære. inst. cum enim mater ideo præterierit filium, quia putabat eum iam obiisse: præsumitur voluisse eum esse hæredem: instituit n. hæredem, si sciuisset eum viuere. Itaq; si filius agat de inoff. test. rescinditur testamentum, ac legata non valent. q; si agat ex præsumpta matris voluntate, præstare debet legata & fideicommissa in eo testamento relicta. Quod diximus, testam. per querelam inoffic. rescisso, non deberi legata nec fideicommissa, intelligendū est, præcedere secundū iura Digestorum & Codicis. nouissimo enim iure, etsi testamentum per querelam inoffic. rescinditur, nihilominus tamen alia omnia in eo test. relicta debentur, & sola hæredis institutio infirmatur. Nou. Const. 115. ca. 3. in fi. & cap. 4. in fin.

XXXVII. Si mota inoffic. testam. querela, transactio facta sit inter hæredē legitimū de inoffic. testamento querentem, & hæredē scriptum; hæres autē scriptus fidem transactionis non præstet: Quæro, Vtrum salua maneat causa inoffic. an per transactionē sit omnino extincta & precepta. Respondeo, inoffic. testam. causam integram esse. l. si instituta. 27. in pr. D. de inoff. testa. Oppono: quia lis per transactionē sublata, non potest instaurari. l. cum mota. 6. C. de transact. Solutio: Distinguedū est inter personam transigentem, & hæredem eius. is qui transegit, 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 transegit, non instaurauit litem, hæres eius id facere nequit, immo est omnino transactione obstrictus. Nec nouum, vt defunctus à conuentione discedere potuerit, hæres autem non possit: nam & cum coniux coniugi donat, ipse potest repetere q; donauit. sed si ipse non receperit, donatio ita eius morte confirmatur, vt ab hærede non possit reuocari. l. cum hic status. 32. §. ait oratio. D. de donatio. inter vit. & vxo.

Exit. De hereditatis petitione.

XXXVIII. Si post petitam hereditatem res hereditaria perierit: Quæro, An possessor illius rei nomine condemnari debeat. Respondeo, distinguendum esse inter bonæ & malæ fidei possessorem. rei namq; extinctæ nomine, malæ fidei possessor condemnandus est, bonæ fidei verò possessor non tenetur, l. illud. 40. D. de hæred. pet. Oppono: quia post petitam hereditatem omnes possessores pares sunt, & quasi prædones seu malæ fidei possessores tenentur. l. sed etsi lege. 25. §. si ante. eo. tit. Solutio: Post petitam hereditatē omnes possessores habentur pro prædones, quantum ad alia, veluti quantum ad fructus restituendos. d. l. sed etsi lege. §. de eo. & quantum ad sumptus repetendos. l. si qd possessor. 31. §. pe. eo. tit. non etiā quantum ad interitū rei hereditariæ: immo in hac causa est adhibenda ea distinctio inter bonæ & malæ fidei possessores, quam supra attulimus. Diuersitatis ratio est: quia possessor, à quo petitur hereditas, potest res hereditarias nō negligere, potest fructus colligere: q; nisi fecerit, sibi imputet. sed quo minus res intereat, prestare nequit. sic enim accipienda sunt ea quæ supra diximus, re perisse sine facto possessoris: alioquin si facto possessoris res perierit, veluti si hereditariū seruū occiderit, non est dubitandum, quin omnino teneatur. l. si a domino. 36. §. si possessor. eod. tit.

XXXIX.

Si speretur postumus nasciturus, & alij sint superstites eodem gradu: Quæro, quæ portio in bonis defuncti assignetur superstilibus: quia incertū est, quot sint nascituri: ignoramus enim, quot sint in utero; cum modò vnus, modò plures eodem partu edantur. Respondeo, hos qui iam nati sunt, interim, dum speratur postumus vel postumi, fieri hæredes ex quarta parte. qd ideo placuit, quia videtur facillè euenire posse, vt tres non plures eodem partu edantur. l. 3. D. si pars hæred. pet. Oppono, quod dicitur in l. 1. §. vlt. eod. ijs qui iam nati sunt, dari petitionē incertæ partis. Item oppono: quia in l. cum quidā. 30. §. suum hæredē. D. de acquir. hæred. tribuitur superstiti pars dimidia bonorum defuncti, perinde ac si constaret vnum tantum esse nasciturum, quia scilicet vnus tantum erat in utero, quamuis id sciri non posset, antequam mulier pareret. Solutio: Prius distinguendum est inter suos hæredes & extraneos, deinde inter ius & effectum iuris. i. inter ius succedendi seu successionem & petitionē hereditatis ea successione quæ sita. Nam extraneus & sit hæres ex parte incerta, & petere debet partem incertam: quippe qui sit hæres aditione, nec potest adire, nisi ex incerta portione, quoniam ignorat, quot postumi nascituri sint. suus autē hæres, quia sine vilo suo facto sit ipso iure hæres etiam ignorans, idcirco est hæres ex parte certa, habita scilicet ratione numeri eorum qui sunt in utero. Finge vnum esse defuncti filium iam natum, vnum in utero. is qui iam natus est, succedit patri ex semisse, licet nesciat, quot sint in utero, quia scientia eius in huiusmodi successione non spectatur. quia tamen interdum plures nascuntur, ideo q; postumis 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 ante q; postumus vel postumi nascantur, superstiti filio quē diximus esse hæredē ex semisse, assignatur quarta pars, ex qua sola successionis effectu fruatur, quandiu alius est in utero, sed mox vno nascente, dicemus superstitem etiam retrò fuisse hæredem ex semisse, licet tū temporis non potuerit petere nisi quadrantē. Quod ergo dicitur in fi. d. l. 3. Et si vnū paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim hæres erit: sic intellige, vt dicatur esse hæres ex quarta parte cum effectu, & eā partē petere possit. vnde ea lex rectè collocatur sub ti. in quo agitur de hereditate petenda. Cum igitur interim nō 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 effectu, verba autē in iure accipiuntur habita ratione effectus. l. 1. §. vlt. D. si quis ius dicenti non obtemp. quamobrem bonorū possessor, qui non est hæres. versi. quos autem. In fi. de bon. pos. interdum appellatione hæredis continetur l. in conditionibus. 19. §. si patronus. D. de condit. & demonst. quia scilicet effectu ipso & re ipsa iisdem emolumentis fruatur, quibus verus hæres. l. 2. D. de bon. poss. l. prætor. 117. D. de diner. reg. iur.

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

Exit. De rei vindicatione.

Quæro, Vtrum res singulares dumtaxat veniant in rei vindicationem, an etiam vniuersitas hac actione petatur. Respondeo, non solum res particulares, sed etiam vniuersitatem, vt gregem, posse vindicari. l. 1. §. vlt. D. de rei vind. Oppono principium eiusdem l. vbi distinguitur hæreditio ab actionibus, quibus peritur vniuersitas, et quod hac actione singulas res petimus. Solutio: Aliam vniuersitas iuris. i. quæ in iure consistit, vt hereditas: aliam facti, vt grex. vniuersitas iuris non venit in hanc actionem, sed vniuersitas facti hac actione rectè petitur. l. vind. rei. 36. D. eo. tit.

Si quis vniuersitatem, vel id quod sua interest, confectus sit: Quæro, An nihilominus rem seu debitum principale petere possit. Respondeo, eum posse petere. nam condemnato eo qui dolo malo rem desit perdidit, non liberatur is qui rem possidet, immo ipse quoque conueniri potest, nec vllam. 13. §. penul. D. de hæred. pet. l. si is qui

XXXIX.

XL.

XLI.

XLII.

qui obtulit. 7. D. de rei vind. l. Stichum. 95. §. dolo. D. de solut. Oppono: quia si actor pretium hereditatis a venditore consecutus sit: postea petens hereditatem, summouetur exceptione. l. sed et si lege. 25. §. item si rem. vers. certè. D. de hare. petit. Item si tutor vel curator ob prædium pupilli vel adolescentis illicitè venditum condemnatus fuerit, & æstimationem soluerit: vindicatio pretij inhihetur: quia pupillus vel adolescens debet esse contentus rei pretio, quod a tutore consecutus est. l. illicitè. 10. D. de rebus eorum. Itè si creditori qui in possessionem rei seruandæ causa missus est, eò quod 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. n. agitur contra eandem personam, aut contra diuersas personas. i. aut actor ab eo petit rem principalem, à quo iam consecutus est æstimationem vel quæ sua interest: aut petit ab alio. Contra eandem personam agi efficaciter non potest: quoniam obstat exceptio doli. sed alio condemnato, & pœnam soluente, nihilominus alius conueniri potest. l. 3. §. inde queritur. D. de tabulis exhib. Hoc tamen non est perpetuum, vt alio condemnato & soluente 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 eadè, nec ab alia persona. d. l. illicitè, præterea excipere oportet, nisi possessor, qui secundo loco conuenitur, habeat regressum, vt actionem de euictione, contra priorem condemnatum: tunc enim actio efficax dari non debet. d. vers. certè. quia quodammodo ac τῆ δυνάμει conuenitur is qui semel condemnatus fuit. l. aduersus. 29. D. de recept.

XLIII. Quæro, An res sacræ vindicari possint. Respondeo, posse. l. sancimus. 21. C. de sacros. eccl. Oppono l. in rem. 23. §. 1. D. de rei vind. vbi expressè 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 rerù diuis. possunt tamè vindicari ratione iuris qualis qualis actori cõpetentis. quædam. n. res vindicari possunt, non tamen quasi nostræ, quia in nullius dominio sunt. sic. n. & vindicare possum? liberos nostros ex iure Quiritium, quibus non sint in nostro dominio, quia sunt homines liberi. l. 1. §. pen. D. de rei vind.

XLIV. Si quis in aliena tabula pinxerit: Quæro, quis sit dominus tabulæ pictæ. i. vtrum tabula cedat picturæ, an cõtrà pictura cedat tabulæ. Respondeo, tabulâ picturæ cedere, ideoque rei dominium ad pictorem pertinere. l. qua ratione. 9. §. sed non vti. D. de acquir. rer. do. §. si quis in alie. Inst. de rer. diu. Oppono l. in rem. 23. §. sed & illud. D. de rei vind. *Sed et id inquit Paulus quod in charta mea scribitur, aut in tabula pingitur, statim meum sit, licet de pictura quidam cõtrà senserint propter pretiũ picturæ, sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.* quæ verba omnes interpretes ita accipiunt, quasi Paulus repudiet eorũ sententiã, qui existimarunt tabulã cedere picturæ: repudiet autem hoc argumento, quod res, quæ sine altera consistere nequit, ei rei cedere debet, sine qua esse non potest, quæ iam igitur pictura non potest esse sine tabula, sed pictura sine pictura: idcirco dicendum est, picturã tabulæ cedere. Cùm itaque ita exponat verba Pauli, deinde ineptis distinctionibus cõciliationem querunt. Ego verò puto contrariã esse Pauli sententiã: & verba eius ita accipio, vt Paulus doceat regulariter id quod sine alia re non potest esse, ei rei cedere: ex illa tamen regula generali picturam excipiat propter priuilegium specialiter pictoribus indultum. Primum igitur Paulus proponit hanc sententiã: scripturam cedere chartæ, & picturam cedere tabulæ. mox hanc sententiã corrigi quantum ad picturam, & ait, *licet de pictura eadã cõtrà senserint.* vbi notandum est particula *licet* nota correctionis, & intelligendum est probari eorũ sententiã qui de pictura cõtrà senserunt, hoc est, qui existimarunt picturam tabulæ non cedere. cui interpretatiõni non repugnant sequentiã verba Pauli, immo Paulus eõ consentiunt. subdit. n. Paulus, *sed necesse est.* Ego, quæ in verborũ hic est sensus: licet ea sententiã vera sit, quæ pictura non cedit tabulæ, tamen id est speciale, & præter regulam iuris: nihilominus autè generalis regula tenet, quæ in alijs casibus obseruabitur: nec euertitur ex eo quod diximus de pictura: quando quidem exceptio non euertit regulam, immo eam confirmat in casibus non exceptis. Quare non obstante ea exceptione de pictura, Paulus ait retinendam

esse regulã generalem, nimirum id quod sine alia re esse non potest, ei rei cedere debere.

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

XLVI. Quæro, Ad quem pertineat id quod ex re mea superest. veluti si bos mortuus sit: quæro, cuius sint cornua & corium. Respondeo, mea esse: quia quæ ex re mea superest, meum est, ideoque id vindicare possum. l. solũ. 49. §. 1. D. de rei vindicat. Oppono l. mortuo. 49. in pr. D. de lega. ij. vbi dicitur, mortuo boue qui legatus est, neque corium neque cornua ad legatarium pertinere. Solutio: Hæc lex loquitur de legato nondum acquisito. i. nondum agnito. nam agnitione acquiritur legatũ. l. ei qui ita. 13. D. de con. inst. Ergo distinguendum est inter rem nostram, & rem nobis debitam. quod superest ex re nostra, nostrum est. quod autem superest ex re nobis debita, nobis non debetur, propter regulam illam iuris, Interitu speciei debitor liberatur & obligatio extinguitur.

XLVII. Quæro, An emptor possit rem emptam, & nondum sibi traditam vindicare. Respondeo, non posse. l. si ager. 50. D. de rei vin. propterea quod emptio & venditio secundũ naturam contractuum parit actionem, non transfert rei dominium. proinde vt emptor dominium acquirat rei emptæ, requiritur traditio. §. per traditione. & §. seq. Inst. de rei. diuis. Oppono, quod dicitur in l. si quis hac lege. 41. in prin. D. de rei vin. si cui fundus in diem additus sit, eum ante adiectionem ab alio factã, id est, antequã alius conditionem meliorem offerat, habere eius rei vindicationem, postea verò non habere. Solutio: Hæc lex per præcedentem explicari debet: & vt vulgò dici solet, supponendi sunt termini habiles. i. cum lex ait, emptorem habere vindicationem rei, antequã alius conditionem meliorem offerat: supponendum est, rem ei fuisse traditam. Nemo autè mirari debet, quod in contextu id fuerit prætermisum: quia eius loci quæstio non pertinebat ad traditione, sed ad adiectionem seu melioris conditionis oblationem. ideoque supponitur id, quod ad quæstionem propositam non pertinebat, ac breuitatis causa affertur distinctio de re proposita. Ergo emptor potest rem vindicare, cui scilicet res tradita fuit, antequã alius adiciat, quamuis possit postea adijcere, atque ita rem huic auferre. Post adiectionem verò ab alio factam, licet iam res à venditore sibi tradita fuerit, tamen eam vindicare emptor nequit.

XLVIII. Quæro, An ei, qui suo nomine agit, obijci possit quod eandem vel contrariam actionem intentauerit nomine alieno. Intentat aliquis eandem actionem, veluti si prius tamquam procurator Titij fundum Tusculanum vindicauerit, deinde eundem fundum suo nomine. i. quasi suũ vindicare velit. Contrariam actionem sic intellige: veluti si quis legatum petierit, deinde velit agere de inofficioso testamento, hæc actiones sunt contrariæ: quia si testamento sit inofficiosum, legata iure Pandectarum & Codicis non debentur. Respondeo, nocere ei, qui suo nomine agit, quod antea nomine alieno vel eadem vel contraria actione usus fuit. Si quis enim procurator vel aduocatus fuerit legatarij, summouetur à querela inofficiosi testamenti. l. vlt. D. de inoff. test. Oppono, quod dicitur in l. inter officium. 54. D. de rei vindic. posse eum nihilominus eam rem suo nomine postea vindicare. Solutio: Distingendum est inter scientem, & ignorantem. si quis enim sciens ius sibi competere, alieno nomine egerit: videretur iuri suo renunciare. si quis autem ius suum ignorans, egerit nomine alieno: id ei obesse non debet. Quapropter merito scientiæ mentio fit in d. l. inter officium.

XLIX. Si condemnatur is, cuius dolo factum est, quominus res possit restitui actori: Quæro, An actor actiones suas ei cedere debeat. Respondeo, ita demum actorem reo actiones suas cedere debere, si culpa, non item si dolo reus fecerit, quo minus 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

depositario vel commodatario condemnato, licet dolo ipsius depositarii vel commodatarii 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 vero agit in personam, cedere debet. Differentia ratio est: quia plus iuris habemus in rebus nostris, quam in rebus nobis debitis: & dominij maior est vis, quam obligationis. proinde magis peccat, qui non vult rem domino vindicanti restituere, quam is qui non restituit agenti actione personali: quadoquidem dominium parit rei vindicationem, obligatio vero parit actionem in personam.

Exit. De usufructu.

L. **Q**uero, An fructus sine usu esse possit. Respondeo, non posse, l. si alij. 42. in pr. D. de usufr. l. per seruum. 14. §. i. & §. seq. D. de usu & habit. Oppono, quod dicitur in d. §. i. versic. sed si fructus. fructum sine usu constitui posse, & in l. §. penul. D. usufr. quemadm. cau. fructum sine usu obtingere.

Solutio: Quemadmodum usufructus capitur duobus modis, id est, vel proprie, quatenus est separatus a proprietate, & est seruitus quaedam; vel improprie, quatenus est coniunctus cum proprietate: quorum priorum Doctores nostri formalem, posteriorem causalem appellant: ita etiam alius est usus coniunctus cum fructu, qui improprie dicitur usus; alius est usus proprie dictus, qui scilicet separatus est non solum a dominio, sed etiam a fructu. Etenim fructuarius vitur quidem, sed non habet eum usum, quem usufructuarius: quemadmodum dominus, etsi re vitur, non tamen habet eum fructum quem fructuarius. Possumus autem faciliorem doctrinam causa, exemplo Doctorum, alterum vocare usum causalem, qui scilicet cum fructu coniunctus est: alterum formalem, qui est a fructu seiunctus. Hac distinctione exposita, dico fructum non esse sine usu causali, sed esse sine formali. Quamobrem Ulpianus in d. §. i. versic. sed si fructus. ait fructum sine usu videri constitutum, qui est ab initio constitutus, q. d. non omnino fructum esse sine usu, sed sine eo usu, a quo separatur, id est, sine usu formali. Item Florentinus in d. l. si alij. non simpliciter ait fructuarium habere usum, sed addit fructuarius & usufructuarius. usufructuarius vitur (vt ita loquar) vtendi causa. fructuarius autem vitur fruendi causa, hoc est, quatenus non potest frui nisi vtatur.

Exit. De usu & habitatione.

L. **Q**uero, An fructus deducto usu legari possit. Respondeo, hoc legatum valere, l. §. pen. D. usufr. quemadm. cau. quatenus autem fructus sine usu consistere dicatur, exposuimus in quest. praeced.

Oppono l. per seruum. 14. §. i. versic. denique. D. de usu & habit. vbi dicitur diserte, si fructus deducto usu legatus sit, Pomponium scribere inutile esse legatum.

Solutio: Haec sententia Pomponij ab Ulpiano refertur, non tamen probatur, sed mox refutatur in versic. sed si fructus. eod. §.

Exit. De seruitutibus.

LII. **Q**uero, An seruitus sub conditione constitui possit. Respondeo, ipso iure non posse, l. 4. in pr. D. de seruit. Oppono: quia via promitti potest sub conditione, l. existimo. 98. D. de verborum obligat. 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 constituturum viam, & conditione promissionis impleta teneri viam constituere. sed ipso iure viam pure tantum constituere, non sub conditione potest: quia conditionis adiecta ratio non habetur ipso iure, verum beneficio tantum praetoris, & ope exceptionis, vt explicatur in d. l. 4.

LIII. Si via per fundum legetur non determinata a testatore parte fundi, per quam eatur: Quero, quis debeat eligere locum, in quo via constituatur. Respondeo, electionem concedi haeredi, l. si via. 23. D. de seruit. praedior. rust.

Oppono, quod dicitur in l. si cui. 9. D. de seruit. legatarium qua vult viam dirigere, modo ciuilitate id faciat, ne

forte pervineas ire velit, cum per alias partes commodè transire possit. Solutio: In hac l. non quaritur, cuius sit electio: sed quo casu electio est legatarij, quaritur per quam partem fundi legatarius possit viam constituere. ac respondetur, eum non habere prorsus liberam electionem, sed ciuilitate ex bono & aequo locum determinare debere. Electio autem legatario competit non regulariter, d. l. si via. sed tunc cum testator nominatim electionem legatario concessit. cuius rei ideo mentio facta non est in d. l. si cui. quia (vt exposui) ibi non quaerebatur, 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.

LIV. **Q**uero, An seruitus possit vsucapi. Respondeo, non posse vsucapi nec seruitutes praediorum rusticorum, quia non habent possessionem continuam; nec praediorum urbanorum, quoniam harum vsucapio interdicta est lege Scribonia, l. seruitutes. 14. in prin. D. de seruit. l. 4. §. vlt. D. de vsurp. & vsucap. Oppono, quod dicitur in l. si quis diuturno. 10. in pr. D. si seru. vind. seruitutem acquiri diuturno usu & longa quasi possessione. quod etiam confirmatur l. 2. C. de seruit. Solutio: Aut considerantur seruitutes per se, aut quatenus accedunt praedijs quibus debentur. si seruitutem per se spectes, non potest vsucapi, potest tamen longo usu acquiri. quae acquisitio longe differt ab vsucapione, vt Cuiacius docet ad l. 4. §. vlt. D. de vsurp. praecipuum vero discrimen est: quia talis acquisitio non requirit titulum, cum in vsucapione iustum titulum esse necessarium constet. Quod autem seruitutes non vsucapiantur per se, diserte traditur in l. si aliena. 10. §. i. D. de vsurp. & vsuca. Item quod diximus seruitutes acquiri longa quasi possessione, longam intellige decem aut viginti annorum exemplo praescriptionis rerum immobilium, d. l. 2. C. de seruit. Quamquam autem seruitutes per se non possunt vsucapi: tamen quae accedunt praedijs dominantibus, per vsucapionem acquiri possunt: qui enim vsucapit praedium dominans, non solum acquirit ipsum praedium, sed etiam seruitutem ei praedio debitam, d. l. si aliena. §. i.

L. **Q**uero, quis possit acquirere seruitutem. Respondeo, cum tantum posse acquirere seruitutem, qui est dominus praedij, in cuius gratiam seruitus constituitur, l. i. D. commun. praediorum. l. i. primo respon. D. si seruit. vindic. Oppono: quia constitui potest via ad sepulchrum, l. seruitutes. 14. §. i. D. de seruit. d. l. i. secundo respon. D. si seru. vind. cum tamen sepulchrum, vt pote religiosum, in nullius bonis sit, l. 6. §. sacrae res. D. de rerum diuis. l. 4. C. de religiof. Solutio: Licet sepulchrum proprie loquendo in nullius dominio sit: tamen quia ius inferendi mortuum, continet totam utilitatem sepulchri; idcirco qui hoc ius habet, quodammodo videtur dominus sepulchri; atque hac ratione seruitutem itineris ad sepulchrum acquirere potest.

LVI. **Q**uero, An possit aliquis acquirere seruitutem, quae sibi seu praedio suo non sit utilis. Respondeo, etiam seruitutem inutilem acquiri posse: vt pote si velim aquam ducere in meum fundum, cui non prodest, aut etiam roset, l. pen. D. de seru. Oppono, quod dicitur in l. quibus. 15. eo. seruitutem non consistere, nisi dominantis intersit. Solutio: Notandum est, hanc legem non simpliciter dicere seruitutem non valere, si eius non interest, qui vult habere seruitutem: sed loqui de illis casibus, in quibus nihil peruenit ad praedium dominantis: idcirco non potest dici seruitus: veluti ne vicinus meus in fundo suo deambulet, ne ibi consistat: haec namque seruitutes dici nequeunt, quia nec praedio meo utiles sunt, nec ad meum praedium inde aliquid perueniret.

Exit. De seruitutibus praediorum urbanorum.

LVII. **Q**uero, Vtrum ius altius tollendi aedes, & per hoc officendi luminibus vicini, sit species seruitutis. Respondeo, esse seruitutis speciem, l. 2. D. de seruit. praediorum vrb. §. aequè. Insti. de actio. Oppono: quia libertas & seruitus non sunt idem, immo opponuntur: atqui dominus aedium potest eas alijs edificare iure libertatis, l. altius. 8. C. de seru. l. c. eo. 9. l. imperatores. 14. D. de seru. praed. vrb. ergo non altius tollit beneficio seruitutis. Solutio: Ius altius tollendi aedes, interdum est species seruitutis, interdum est libertas. Omne enim praedium, nisi seruitus sit ei imposita, natura liberum est. proinde si aedes non fuerint effectae seruae, tolli possunt altius iure libertatis. sed fieri potest, vt haec libertas sit extincta vel lege, vel pacto. lege, veluti si lege municipali cautum sit, vt vicinus non possit inuito vicino supra tot pedes edificare. pacto, veluti si imposuerim hanc seruitutem aedibus meis, ne

et inuito altero tollam. His casibus libertas alius tollendi est perempta, proinde potest imponi seruitus, ut liceat alius ædificare. Obijciat aliquis contra hanc solutionem: quia dum paciscor, ut possim alius tollere ædes meas: non tam videor nouam seruitutem imponere, quam seruitutem alius meæ ædes tollantur, iam constitutam perimere, atque ita ædes in naturalem libertatem vindicare. Respondeo, hoc pactum, ut liceat alius ædificare, ita intelligendum esse, ut non in totum tollat contrariam seruitutem, sed nihilominus ea seruitus maneat: unde fiet ut duæ seruitutes quodammodo contrariæ consistant. exempli gratia, si ædes meas debere tuis hanc seruitutem, ne alius tollantur. iam paciscor, ut eas liceat alius tollere usque ad decem pedes. Hoc igitur ius alius tollendi usque ad decem pedes, non est libertas: nam iure libertatis possem alius ædificare in infinitum, non tantum in decem pedes. quapropter est seruitus. & quemadmodum meæ ædes tuis debent hanc seruitutem, ne alius tollantur: ita è contrario tuæ meis ædib. debent hanc seruitutem, ut earum luminibus officii possit per meam ex-
structionem, per quam ad decem tantum pedes alius tollantur. Hoc exemplum & hanc speciem sumpsit ex l. egi. 26. D. de except. rei iudi.

LVIII.

Quæro, An is, qui habet seruitutem, possit nouum opus nunciare vicino, si vicinus opus aliquod faciat, quod noceat seruituti. Respondeo, nouum opus nunciari posse, l. cum eo. 9. D. de seru. prædiorum urb. l. 5. §. & bellè. D. de oper. noui nunc. l. 1. §. ius habet. D. de remis. Oppono l. qui viam. 14. D. de oper. noui nunc. vbi dicitur, cum, qui viam habet, si opus nouum nunciaverit aduersus ædifican-
tem in ea via, nihil agere; quia non ei conceditur noui operis nunciatio, sed seruitutis vindicatio. Solutio: Distinguedum est inter seruitutes urbanas, & rusticas. is enim nunciare nouum opus potest, cui debetur seruitus à prædio urbano, non item cui debetur à prædio rustico.

LIX.

Quæro, An res mobilis possit à duobus possideri pro diuiso. Respondeo, non posse, l. Pöponius. 8. D. de rei vindi. Oppono: quia si sint duæ ædes vna contignatione tectæ, tigna eorum tectorum sunt ambobus ædium dominia communia pro diuiso. ea namque tigni pars, quæ est supra meas ædes, mea est: altera verò pars, quæ est in tuo recto, ad te pertinet. atque hæc sunt partes acceptæ pro diuiso, l. binas. 36. D. de seru. præd. urb.

Solutio: Hoc casu tigna tantum abest ut possideantur pro diuiso, ut ne quidem possideantur villo modo: immo nec possunt vocari res mobiles, nec spectantur extra tectam totius ædificij, quod est immobile, l. cum qui ædes. 23. in princ. D. de usur. & vsuca. dicuntur enim implicari rebus soli, l. rerum mixtura. 30. §. 1. eod. tit. Hac ratione tignum est duorum pro diuiso, quandiu ædibus iunctum est. quod si separatim 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. communis diuidendo.

Exit. De seruitutibus prædiorum rusticorum.

LX.

Si sint 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 gratia, meus fundus tuo fundo debet seruitutem itineris, tuus autem meo æquæductum. hos fundos communes efficitur. certum est, tam seruitutem itineris, quam aquæductum retineri. atqui fundus vterque est iam factus communis. ergo alter fundus communis alteri seruire potest, l. vnus. 34. D. de seru. prædiorum rusticorum.

Oppono l. si communi. 27. eod. tit. vbi definitur hæc species: Fundus Tusculanus erat mihi communis tecum, huic fundo seruebat fundus Titij. cum fundum seruientem in commune emimus. seruitus extinguitur: quia par-
tus habemus in vtroque fundo: hoc est, tam fundus Tusculanus, quam Titianus sunt nobis cõmunes, unde colligitur, fundo communi seruire fundum communem non posse. Solutio: Si queratur, postquam fundi communes sunt, an possit alteri imponi seruitus, quæ alteri debetur: certum est, seruitutem constitui non posse. sed si post seruitutem constitutam fundi communes fiant; & queratur, vtrum seruitus maneat, an extingatur: distinguendum est. aut enim fundus seruiens eodem tempore acquiritur vtrique domino, ut in ea specie, cum in commune emimus fundum à Titio: aut fundus seruiens pertinet ad vnum ex dominis prædij dominantis, qui deinde hunc fundum communicat cum socio suo. Priori ca-

su seruitus extinguitur: quia (ut diximus) par est ratio vtriusque fundi: & cum simul emamus fundum seruientem, quasi pro vna persona habemur. Posteriori casu seruitus manet: quia cum dominus fundi seruientis eum fundum communicat; non transfert dominium totius fundi ad socium suum, sed partem trãsfert, partem retinet. quæ obrem seruitus retinetur ratione partis ad socium non translata. constat enim seruitutem, etsi non possit per partes acquiri, tamen posse per partes retineri.

Exit. Communia prædiorum.

Si quis sibi & alteri contrahat, cum res alteri acquiri non possit: Quæro, Vtrum totum pertineat ad eum qui contraxit, an pars tantum. vtruta, si quis sibi & alteri fundum emerit, vel stipulatus fuerit, vtrum totus fundus, an pars ei debeat. Respondeo, totum debere ei qui contraxit, l. 5. D. communia præd. l. fundus. 64. D. de contrah. empt. Oppono l. si mihi & Titio. 110. in princ. D. de verb. ob. 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, ut fundo: aut de quantitate diuidua, ut pecunia numerata. Primo casu totum necessarid 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, ut totius fundi dominium transferretur. nemo autem inuitus debet cõpelli ad communionem, l. si non fortem. 26. §. si centum. D. de cond. indeb. Postremo casu pars tantum contrahenti debetur: quia pecunia recipit diuisionem, ita ut nulla sit communio inter contrahentes, nam si mihi & Titio promiseris decem; & cum Titio nihil debeatur, mihi soluas quinque: non propterea constituitur aliqua communio inter te & me, quemadmodum constitueretur in corpore, veluti in fundo, si dimidiam partem fundi mihi dares.

Exit. de interrogationibus in iure faciendis, & interrogatorijs actionibus.

Quæro, An in iure confessus, pro damnato habeatur. Respondeo, pro damnato haberi, l. 1. l. 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 eate. 11. §. qui interrogatus. D. de interrog. in iure fac.

Solutio: Distinguedum est inter eum qui in iure fatetur se debere, qui quidem pro condemnato habetur, & eum cuius confessio dirigitur in causam & fundamentum actionis. veluti si quis fateatur se esse hæredem Titij, non potest haberi pro damnato, quia non est factus 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, etsi seruus ad eum non pertineat, id enim facit confessio.

Exit. De rebus creditis.

Quæro, 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 verbor. obligat.

Oppono l. quicquid adstringenda. 99. in princip. D. de verbor. 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 stipulationibus 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 afferitur in d. l. quicquid adstringenda. & à nobis exposita fuit cent. 2. quæst. 8. Ergo l. C. in d. l. quicquid adstringenda. 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.

Quæro, An rei debita interitu debitor liberetur. Respondeo, liberari, l. item si cum exceptione. 14. §. quid si homo. D. quod metus cau. l. si plures. 14. §. vlt. D. depositi. l. si ex legati. 23. D. de verborum obligatio. l. qui decem.

72. in pr. D. de solut. Oppono, quod rei interitu non liberetur, l. item si verberatum. 15. §. vlt. D. de rei vindi. l. §. D. de reb. cred. l. si in Asia. 12. §. vlt. D. de positi. l. cum seruus. 39. §. 1. ver. ipsius. l. cum res. 27. §. vlt. D. de leg. 1. l. si seruum. 91. in pr. D. de verb. obliga. Solutio: Aut debetur genus, vt homo, vel decem: (nam generis appellatioe etiam quantitatem complectar) 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 promissit, nec certis nummis perditis, aut peremptis, liberatur is qui decem promissit, aut alia ratione decem debet, l. in ratione. 30. §. incerte. D. ad leg. Falcid. Excipiendum tamen est, nisi debitor generis obtulerit creditori aliquam speciem, creditor autem accipere eam noluerit. nam propter moram creditoris, interitu speciei oblata debitor liberatur, quamuis deberet genus, d. l. qui decem. in prin. Deinceps agamus de obligatione speciei, aut res debita perijt facto debitoris, aut sine eius facto. Si facto eius perijt: quoniam absurdum esset, aliquem suo facto liberari, non satis facientem creditori: idcirco manet obligatus post interitum speciei, etiam si moram non fecerit solutioni, d. l. si seruum. in prin. Quod si sine facto debitoris res perierit: distingue. aut enim nulla mora praecessit: aut creditor fecit moram in accipiendo: aut debitor commisit moram in soluendo: aut alius ex parte debitoris fuit in mora, vt puta debitoris pater qui tenetur de peculio, vel fideiusor. Si nulla mora praecessit, debitor re perempta liberatur, dict. l. si ex legari. Idem dicendum est, si praecessit mora creditoris, quia non debet mora creditoris nocere debitori, d. l. qui decem. Si vero debitor fuit in mora; subdistingendum est. aut enim ea mora postea purgata fuit, puta oblatione, vel nouatione: aut non fuit purgata. Si fuit purgata, nihil amplius operatur: ideoque debitor re extincta perinde liberatur, ac si numquam 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 perisset apud creditorem, veluti quia seruus morbo extinctus est: aut non perisset. hoc casu aestimatio rei peremptae soluenda est, d. l. si in Asia. §. vlt. d. l. cum seruus. §. 1. ver. ipsius. Illo casu aut creditor erat rem distracturus, si eam accepisset a debitore, aut non erat distracturus. si distracturus erat, debet consequi pretium, d. l. item si verberatum. §. vlt. d. l. cum res. §. vlt. si distracturus non erat, nihil potest petere: quia eo ipso quod res perijt, debitor est liberatus, dict. l. si plures. §. vlt. Deniq; si alius ex parte debitoris, vt pater aut fideiusor, moram fecerit: nihilominus rei interitu debitor liberatur: sed is, qui moram fecit, vt illi actione conuenietur, l. cum filiusfam. 49. D. de verb. oblig.

LXV. Cum 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 redactis vtereris. Quæro, vtrum sit mutuum, an alius contractus. Respondeo, esse mutuum, l. rogasti. 11. in prin. D. de reb. cred. Oppono: quia agitur præscriptis verbis, tanquam 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, neq; enim dici potest, te habere pecuniam mutuam, quam nondum accepisti: nec speciem mutuam, quia species in mutuum non cadit. Cum autem exegisti pretium, tunc nummorum mutuum est, & agitur certi conditione tanquam ex mutuo. Rursus oppono, quod ait Africanus in l. qui negotia. 34. in princ. ver. his argument. D. mandati. pecuniam creditam hoc casu non rectè peti, licet pecunia ex massæ venditione redacta fuerit.

Solutio: Mutuum hoc casu dici non potest, secundum rationem iuris, & naturam mutui, ad quam Africanus in d. l. qui negotia. respexit: quia pecunia nunquam fuit mea: ergo non est factum de meo tuum: proinde non est mutuum, l. 2. §. appellata. D. de reb. cred. Sed Vlpianus in d. l. rogasti. mutuum 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 mutuo accepisse, l. singularia. 15. D. eod. Ergo in summa hoc est mutuum fictum ex æquo & bono, non verum mutuum nec stricto iure mutuum.

LXVI. Si filiusfam. contra S. C. Macedonianum mutuatus, pecuniam peculiarem creditori soluerit; creditor autem eam consumpserit: (nam si pecunia extaret, sine dubio pa-

ter eam vindicare posset) Quæro an detur patri eius pecuniae conditio. Respondeo, non dari, l. si filiusfam. 14. D. de reb. cred.

Oppono l. sed si pater. 9. §. 1. D. ad Maced. vbi disertè dicitur conditionem in specie proposita competere.

Solutio: Aut creditor pecuniam bona fide consumpsit, aut mala fide. Priori casu non tenetur, neque conditione furtiua, propter bonam fidem: neque conditione ex consumptione, secundum rationem Marcelli in d. l. si filiusfam. quoniam hæc conditio ijs tantum casibus datur, quibus conditio certi fuisset ex numeratione, si dominium transfuisset in accipientem: quod in casu proposito dici nequit. etenim si filiusfam. creditori suo soluens, transfuisset in eum pecuniam soluta dominium, proculdubio cessaret conditio, quippe cum creditor sibi debitum accepisset, ergo similiter conditio cessat non translato dominio, quia pecunia non erat filij solventis, sed patris, etiam consumptis nummis à creditore. Posteriori casu creditor tenetur conditione furtiua, propter malam fidem. non tenetur autem conditione ex consumptione, propter supra dictam Marcelli rationem, quæ non minus in hoc casu locum habet. Ergo Vlpianus ex Marcello in d. l. si filiusfam. loquitur de conditione ex consumptione: ideo namque ponit nummos consumptos à creditore: & ratio, quam ibi affert, ad hanc conditionem pertinet. merito igitur simpliciter & generaliter negat eam conditionem competere. Idem Vlpianus in d. l. sed si paterfam. §. 1. loquitur de creditore habente malam fidem, vt ex eo intelligere possumus, quod 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 non 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 cum mala fide eam contractauerit, furtum commisit: proinde contra eum datur conditio furtiua, tamquam contra furem, siue res extet, siue non. nemo enim rem suam extantem condicere potest, nisi aduersus furem, l. vlt. D. v. suffr. quemad. cau. §. sic itaque. In fit. de act.

Si quis pecuniam debeat ex causa mandati, vt quia man-

LXVII. dato 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 negotia. 34. in princ. D. manda. non fieri pecuniam mutuam, sed manere immotam obligationem mandati.

Oppono: quia Vlpianus in l. singularia. 15. D. de reb. cred. disertis verbis defendit mutuum in casu proposito.

Solutio: Hic quoq; distinguendum est inter mutuum verum, & fictum: siue inter strictum ius, & bonum & æquum: quemadmodum distinximus in quaest. 65. huius centuriae. Stricto enim iure & vera non est mutuum, propterea quod non fit de meo tuum: quandoquidem pecunia mihi debita, quam à meis debitoribus meo mandato exegisti, non est mea, priusquam à te mihi tradatur, sed est tantum mihi debita. nuda autem conuentione non fit mutuum, quod in ijs contractibus numeratur, qui re perficiuntur. quocirca non est mutuum, si obligationi mandati, quæ solo consensu contrahitur, adiungatur pactum nudum. Sed quanquam hæc stricto iure vera sunt, tamen Vlpianus ex bono & æquo tentat mutuum defendere, adhibita iuris fictione, de qua diximus ad d. quaestionem 65. quia scilicet dum paciscor, vt pecuniam, quam mihi ex causa mandati debes, quasi ex mutui causa retineas, breui manu videris eam pecuniam mihi soluisse, atque ita dominium in me transfuisse, deinde mutuum à me accepisse.

LXVIII. 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. cred.

Oppono l. cum in corpus. 36. D. de acquir. rer. dominij. vbi Iulianus ait dominium transferri in accipientem non obstante d. errore. Solutio: Distinguendum est inter obligationem constituendam, & dissoluendam: quia liberatio est fauorabilior obligatione, l. Arrianus. 47. D. de oblig. & actio. Itaque dictus error non impedit, quo minus valeat solutio, dominiumque transferatur ex causa solutionis; veluti si ego tibi dem ex causa donationis, tu vero accipias in solutum: licet obstet, quo minus domi-

dominium transferatur ad obligationem constituendam; veluti si tibi donationis causa dederit, tu quasi mutuum acceperis: verius enim est, nec mutuum esse, nec donationem, cum in neutram causam utraq; pars consenserit. Secundum hanc distinctionem ita interpretabimur ea verba Vlpiani, *si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias*, id est, tu eam in solutum accipias tanquam antea a te creditam & nunc ex ea causa tibi solutam.

LXIX. Si pupillus soluerit sine auctoritate tutoris; is autem, qui accepit, nummos consumpsit: **Quæro**, An pupillus detur eorum nummorum conditio. **Respondet**, nummos non condici, sed pupillum liberari, l. non omnis. 19. §. 1. D. de reb. cred. l. obligari. 9. §. pupillus. D. de auctor. tut. l. quod si forte. 14. §. vlt. D. de solut. **Oppono** l. interdum. 29. D. de condit. in deb. vbi dicitur nummis consumptis conditionem locum habere. **Solutio**: Aut pupillus soluit ex ea causa, ex qua potuit efficaciter conveniri, ut puta ex causa hereditaria, vel quia factus est locupletior: & conditionem non habet, sed nummis a creditore consumptis liberatur, aut soluit ex ea causa, ex qua non potuit efficaciter conveniri: ut puta tenebatur ex contractu defuncti, cui successit, sed tutus erat exceptione perpetua pacti de non petendo, quæ defuncto competijt, & ab eo in pupillum translata fuit: & hoc casu dicendum est, pupillo dari conditionem nummorum, quos creditor consumpsit.

LXX. Si quis rem alteri dedit ea lege ut ab eo sibi reddatur: **Quæro**, An transferatur dominium. **Respondet**, dominium transferri, aded ut is qui dedit, dominium amittat, mox recipiat, l. si tibi. 20. D. de reb. cred. l. seruus. 58. D. sol. matr. l. qui id quod. 33. §. 1. D. de donat. **Oppono** l. qui sic soluit. 55. D. de solut. vbi dicitur non alienari nummos, qui sic dantur, ut recipiantur. **Solutio**: Rei, quæ datur ea lege ut 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 a marito seruum dotalem, ut per eum acquirat hereditatem, deinde marito eundem seruum restituat retenta hereditate, & in d. l. si tibi. & in d. l. qui id quod. §. 1. is qui accipit pecuniam ut eam restituat, non obstante restitutione lucratur: quoniam accipit eam ex causa donationis, & reddit eam ex causa mutui, donatorem suum ea ratione sibi obligans certi conditione.

LXXI. **Quæro**, Vtrum creditor cogatur accipere partem eius quod sibi debetur, an frustra ei offerat debitor, nisi offerat solidum. Hanc questionem intellige de re diuidua, nam si res non reciperet partem: frustra quaereretur, an creditor cogatur 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. 41. §. 1. D. de vsur. Sed cum res est diuidua, pacto cessante, quaerimus an creditor cogatur partem accipere necne. **Respondet**, creditorem inuitu non cogi partem accipere, d. l. tutor. 41. D. de vsur. l. ob signatione. 9. C. 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. quibus mod. pig. vel hyp. solu.

Solutio: Dum offert centum, vel dum offert quinquaginta, offert totum debitum. non est enim vnum debitum centum & 50. sed duo debita: quia seorsim, & ex alia causa debetur centum, ex alia quinquaginta. nec mutat, quod hæc duæ obligationes in eandem Titij personam translatae sunt: nihilominus enim separate obligationes manent, & seorsim dissolui possunt. **II.** **Oppono**: quia si dominus seruo libertatem reliquerit sub conditione, si decem hæredi dederit: seruus hic, ut ad libertatem perueniat, non cogitur offerre simul tota decem hæredi, sed hæres cogitur per partes accipere, l. 4. §. item si decem. D. de statulib. **Solutio**: Hoc est speciale fauore libertatis. **III.** **Oppono**: quia tributa solui possunt per partes, dummodo annuum tributum in tres solummodo partes diuidatur, l. 4. C. de colla. fundor. patr. **Solutio**: Hoc specialiter tributum pendentibus concessum est: vt, cum in tributis præstandis onerentur, hac ratione aliquo modo releuentur.

IV. **oppo**: quia prætor cogit creditorem accipere partem, l. petmittendum. 8. D. si pars hære. petatur. l. quidam existimauerunt. 21. D. de reb. cred.

Solutio: Aut constat totum deberi: aut de parte constat, de parte dubitatur, ut quia debitor partem tantum se debere fateatur. priori casu totum simul solui debet, neque compellitur creditor accipere partem, posteriori ca-

su cogitur partem accipere, ex bono & equo ut lis minuat. quod tamen ita intelligi debet, non quod districtè cogatur accipere partem, sed quia pro parte oblata, quæ accipere recusauit, prætor ei denegabit actionem, l. si debitor. 30. D. de solut. & periculum interitus pro ea parte oblata ad ipsum creditorem pertinebit, l. qui decem. 72. eodem titu.

Quæro, An re petita iudex possit condemnare in eius æstimationem. **Respondet**, non posse. Nam Iustinianus in l. vlt. C. de fideicom. liber. 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. commu. diuidun. cum igitur res sit petita, rei condemnatio facienda est. **Oppono**: quia re petita condemnatur reus in æstimationem, l. vinum. 22. D. de reb. cred. l. penult. & vlt. D. de tritic. actione. **Solutio**: In his legibus non ideo minus fit condemnatio rei, quod sit condemnatio æstimationis. Nam hæc leges pertinent ad actionem triticariam, quæ est arbitraria. iudiciorum autem arbitrariorum proprium est, ut 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 actio.

Si reus in æstimationem condemnandus sit: Quæro, Ad quod tempus iudex æstimationem referre debeat. **Respondet**, distinguendum esse inter obligationes conditionales, vel in diem, & obligationes puras: rursus inter iudicia bonæ fidei, & iudicia stricti iuris. In obligationibus enim conditionalibus, vel in diem, tanti res æstimatur, quanti tunc fuit, cum conditio extitit, vel dies venit. quod locum habet, non solum si dies in obligatione constituta expressus fuerit, veluti Kalendis illis dabitur: sed etiam si tacite subaudiatur, ut quia promissum est certo loco. quæ obligatio licet pura videatur, tamen habet tempus tacite adiunctum, intra quod possit in eum locum perueniri, quo solui debet. Quod si obligatio sit pura, & bonæ fidei: æstimatio refertur ad tempus sententiæ. Si verò est pura, ac stricti iuris: tanti res æstimatur, quanti fuit tempore litis contestatæ, d. l. vinum. D. de reb. cred. d. l. vlt. D. de trit. act. l. 3. §. vlt. D. commodati. l. si Kalendis. 11. D. de re iudicata. l. quoties. 59. & l. seq. D. de verb. oblig. l. fundum. 28. vers. denique. D. de nouat. **Oppono** l. in re furtiua. 8. §. 1. D. de condit. furt. & l. penult. D. de actio. rerum amot. vbi in causa furtiua, aut rerum amotarum, quæ est stricti iuris, non spectatur tempus litis contestatæ, sed res æstimatur quanti plurimi vnquam fuit.

Solutio: Regulariter in iudicijs strictis spectatur tempus litis contestatæ: sed excipitur, nisi mora actoris, vel rei præcellerit. 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 venditorum. D. de act. empt. quia scilicet 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 committat: (fur enim semper est in mora, ut dicitur in d. l. in re furtiua. §. 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 retrosum iudicij accipiendi tempus. ex quibus verbis videtur aperte colligi, quamuis fur sit in mora, tamen rei æstimationem referri ad tempus iudicij accepti, non ad tempus anterius, proinde non ad tempus moræ. **Solutio**: Vlpianus non negat, in æstimatione rei furtiuae considerari tempus ante litem contestatam: sed distinguit conditionem furtiuam ab actione legis Aquiliae, negatq; in conditione furtiua æstimationem vt in lege Aquiliae fieri, id est, restringi ad annum retrosum accipiendum ex die iudicij accepti, quemadmodum restringitur in lege Aquilia. hoc autem rectissime Vlpianus negat: quia fieri potest, vt inter moram & litem contestatam non annus vnus, sed longius tempus intercedat. ergo non computamus annum, sed totum tempus quantumcunque est inter moram & litem contestatam. præterea non computamus in conditione furtiua tempus, vt in l. Aquilia, nam in lege Aquilia computatur tempus retrosum ex die iudicij accepti. in conditione

autem furtiua simpliciter, & contrario modo computatur ex die moræ. Eidem solutioni oppono l. 3. §. vlt. D. de act. empti. vbi vino vendito, si venditor moram fecit, non condemnatur vtro tempore vinū 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 tēpus 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, vt vinū statim traderetur: proinde cum l. C. facit mentionem contractus, perinde est ac si faceret mentionem moræ. ideoq; huius §. sententia pulchrè conuenit ijs, 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, nō ad tempus anterius: quia si antea pluris vinum fuit, emptor 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, argumēto l. Celsus. 23. §. 1. D. de receptis. quamobrem vinum æstimatur, quanti nunc est. sin autem emptor fuisset in mora dandi pretij: supradictis conuenienter, non æstimaretur vinum quanti nunc est cum agitur, sed quanti minimi fuit tempore moræ vel tempore sententiæ. Hęc dicta sint ad primam oppositionem & ad objectiones contra solutionem primæ oppositionis factas.

I. Oppono l. penult. D. de condict. tritic. vbi spectatur tempus vel condemnationis, vel mortis, vel moræ.

Solutio: Hęc lex pertinet ad causas bonæ fidei, in quibus regulariter spectatur tempus cōdemnationis. 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 depreiata sit, secundum ea quæ proximè diximus. nam moræ habetur ratio tam in iudicijs stricti iuris, quam in iudicijs bonæ fidei. Huic solutioni obijcio, quod tam in hac l. pen. quam in l. seq. agitur de eadem conditione triticaria, & in d. l. pen. spectatur tempus sententiæ, in lege autem vlt. tempus iudicij accepti. Solutio: Agitur in vtraque lege de eadem actione, sed ex diuersis causis competente, si ex causa bonæ fidei intentetur actio triticaria, vtputa ex deposito: in æstimatione rei depositæ ineunda spectatur tempus condemnationis. si verò agatur ex causa stricti iuris, veluti ex mutuo: æstimatio refertur ad tempus litis contestatæ, vt significatur, d. l. vlt. quæ nō minùs de mutuo intelligi debet, quam d. l. vinum. siquidem hæc leges ambæ sunt penè iisdem verbis conceptæ. III. oppono l. hominem. 37. r. resp. D. mandati. vbi Primus pro Secundo Stichum debentē fideiussit, & soluit, cumque mandati agat, & a Secundo repetat, quod pro eo soluit: in Stichi soluti æstimatione ineunda non spectatur tempus rei iudicatæ, licet iudicium mandati sit bonæ fidei, sed æstimatio redigitur ad illud tempus, quo Stichus solutus fuit. Solutio: Cum quis pro alio soluit, speciale est, vt referatur æstimatio ad tempus solutionis: nam ideo fideiussor agit contra reum, quia pro eo soluit: tantum igitur debet ab eo consequi, quantum soluit: ac tantum videtur soluisse, quanti res tunc fuit, cum solueretur.

IV. 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 aperte colligi, non referri æstimationem ad tempus moræ, vt supra docuimus. etenim qui est in mora faciēdi, (dico faciēdi quia Celsus ibi loquitur de obligatione quæ in faciēdo consistit) quando lis contestata non est, eam moram purgare potest, adeo vt post moram faciēns quod promisit, liberetur, siue para fuerit obligatio, l. si insulam. 84. D. de verb. oblig. siue in diem. l. sed et si. 17. D. de pecu. confli. 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, absolute loquendo, & ex natura obligationis. cæterum solutio post moram, & purgatio moræ admittitur ex bono & æquo, con-

tra naturam obligationis & contra rationem iuris, l. si seruum. 91. §. sequitur. D. de verb. oblig. nec omnino & absolute admittitur, sed ita demū si mora nullum damnum actori attulerit ante litem contestatam, d. l. sed et si. Quapropter ad hoc nouissimum tempus æstimatio non refertur: neque ita nouissimum tempus Celsus intellexit. alioquin nisi hanc interpretationem admitteremus, Celsus in eadem oratione sibi contradiceret: quippe qui estimationem refert ad diem stipulationi adiectum, id est, ad diem in quem solutio collata est: vitur autem ea ratione, quod 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. V. oppono l. cum quis. 22. D. de oblig. & act. vbi cum quis mercem stipulatus, fideiussorem acceperit, Africanus ait in æstimatione faciēda spectari eum diem, quo fideiussor acceptus est. quod videtur aduersari ijs, quæ supra diximus. nam diximus spectari eum diem in quem solutio est collata, nō eum quo contractum fuit. Solutio: Hęc verba Africani, eius temporis quo satis acceperit, sunt ambigua: nec solum 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 reb. cred. quemadmodum locus contractus dicitur, non solum is quo contractum fuit, sed etiam is in quem solutio est collata, l. 3. D. de reb. auctor. iud. possid. l. contraxisse. 21. D. de oblig. & act. atqui cum ambigua est legis oratio, debemus eam interpretationem accipere quæ vitio caret, l. in ambigua.

19. D. de legib. ergo hinc, vt vitium & ἀντινομία vitetur, tempus fideiussionis intelligendum est id quo solui debet, nō quo facta est stipulatio.

V. oppono: quia etiam in iudicijs strictis, non in solis iudicijs bonæ fidei videtur spectari tempus sententiæ, potius quam iudicij accepti: siquidem actori restituendum est quicquid habiturus esset, si litis cōtestata tempore solutionis fuisset, l. Iulianus. 17. D. de rei vind. l. cum fundus. 31. in princ. D. de reb. cred. finge igitur pretium rei petite augeri post litem contestatam: condemnandus erit reus, quanti res tempore sententiæ valet, non quanti valuit tempore litis contestatæ: alioquin actor non acciperet quicquid habiturus erat si initio litis rē accepisset: quia si rem accepisset, nūc posset eā distrahere, & carius vendere.

Solutio: Hoc casu æstimatio quidem refertur ad tempus litis contestatæ: sed quia rei pretium postea fuit auctum, quod non debet prodesse reo soluenti æstimationem loco rei debitæ, idcirco actor qui cōsequitur minorem æstimationem, nempe ad tempus accepti iudicij relata, debet etiam residuum consequi, ita vt tantum habeat, quantum haberet si res præsentis pretio æstimaretur. sed hoc residuum actor consequitur, non quia æstimatio refertur ad tempus sententiæ, nec tanquam rei petite æstimationem, sed quasi accessionem, & quod sua interest. exempli gratia, si res tempore iudicij accepti æstimetur decem, tempore autem sententiæ valeat quindecim: actor poterit cōsequi quindecim: nō quia res æstimatur quanti nunc valet: immo æstimatur decem, sed reliqua quinque actor consequitur iure accessionis, & quia tanti eius interest rem accepisse, cuius æstimationem reus soluit. Sed ne videamur ita interpretari, vt lex sit posita potius verbis, quam 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 cōsequi iure accessionis, quam iure æstimationis. vnde fit, vt interdum hoc augmentum non consequatur, quod omnino consequeretur, si esset pars æstimationis, cum reus in solidam æstimationem condemnari debeat. finge enim vinum debitum nō potuisse seruari ultra tempus litis contestatæ: nihil actori proderit, quod vini pretium post litem contestatam auctum sit, non enim propterea plus cōsequetur, quam 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 tamē inde tantam pecuniam consecutus esset, quanti nunc vinum æstimatur, propterea quod non potuisset in hunc vsq; diem vinum seruare. Idem dicendum est, cum actor statim erat vinum distracturus, si accepisset tēpore litis contestatæ.

Si quis rem certam stipulatus fuerit: Quæro, Quæ actio ei competat. Respondeo, non dari actionem ex stipulatu, sed certam 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 certa. l. si pacto. 14. C. de pactis. l. inter stipulantem. 83. §. si rem. D. de verb. obl. atq; 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, per ea quae persequitur rem incertam, interdum latius ut significet omnem actionem ex stipulatu descendente: quia non nouum est, ut stipulatum auctores iuris accipiant pro stipulatione, l. pecunia. 9. in pr. D. de usuris. l. vxori. 33. §. vlt. D. de legat. 3. l. 3. C. de inutilib. stip. Sic etiam (ut hanc interpretationem exemplis similibus confirmemus) transactum accipitur pro transactione, l. vlt. C. si aduersus transact. sic etiam pactum non distinguitur a pactione, l. iuris gentium. §. sed cum nulla. & §. seq. D. de pactis. l. 1. §. & est. D. eod. adhibita l. 3. in pr. D. de pollicit.

LXXV. Si seruum tuum imprudens bona fide emerim, & is seruus, postquam eum emi, & mihi traditus est vna cum peculio, emerit hominem, vel aliam rem ex eo peculio quod vera ad te eius dominum pertinebat; atque ea res mihi a venditore tradita sit, eo quod seruus emptus a me possideretur quasi meus: Quaro, Contra quem agere debeas; utrum contra me, quia rem a 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. 24. §. 1. D. de act. emp. Oppono, quod ex sententia eiusdem Iuliani agere debes ex empto contra venditorem, venditor autem mihi condicet, id est, repetet per conditionem indebiti, quippe qui indebitum mihi soluit, l. cum fundus. 31. §. 1. D. de reb. cred. Solutio: Vtraque via uti potes: vtraque enim actio tibi competit, ita ut quam elegeris, ea tibi pateat, sed altera tibi datur secundum rationem iuris, altera ex bono & aequo. Ratio iuris facit, quoniam actio ex empto per seruum tuum tibi est acquisita, ut rem emptam petas a 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, ut a me eam rem petas, quam stricto iure dixi me venditori, venditorem tibi dare debere. Quocirca dictae actiones, id est, actio ex empto contra venditorem, & vtilis conditio aduersus me concurrunt. unde apparet sententias supra dictas, non esse contrarias, proinde potuisse vtrasque a Iuliano probari.

LXXVI. Quaro, An praeses provinciae possit mutuam pecuniam accipere. Respondeo, posse, l. praesidis. 34. §. 1. D. de reb. cred. Oppono l. pen. C. si cert. petat. vbi poena irrogatur tam ei qui mutuam iudici dedit, quam ipsi iudici qui accepit. nec dubium est, quin appellatione iudicis etiam praeses, praetor, & ceteri 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. praesidis. vocare praesidem, Imperatores autem in d. l. pen. nominare iudicem, quae verba proprie sunt accipienda, ita ut iudicis vocabulum habeat emphasin, & significet eum qui est actu iudex, id est, apud quem litigat is qui mutuam dedit. Nam praesidi qua praeses est, mutuam dare possumus, qua vero est iudex, non possumus, id est, praeses a subditis mutuam accipere potest, praeterquam ab ijs, inter quos iudicat, quod ideo placuit, ne praetextu mutuam iudicia corrumpantur, & sententiae praesidum venales sint.

LXXVII. Quaro, An stipulatio usurarum per pactum contrarium tollatur ipso iure, an ope exceptionis: veluti si stipulatus a te sim usuras sortis mihi debitas, deinde pactus sim ne eas usuras petam. Respondeo, obligationem usurarum stipulatione constitutam, non tolli per pactum ipso iure, sed ope exceptionis, l. si vnus. 27. §. pactus ne peteret. D. de pactis. §. praeterea. Instir. de excep.

Oppono: quoniam ipso iure tolli dicitur, in l. lecta. 40. verbi. & si ut ille. D. de reb. cred. Solutio: In primis notandum est, pactum, quod in d. l. lecta dicitur ipso iure tollere obligationem usurarum, non esse pactum de usuris, sed de sorte, sic enim Paulus l. C. ibi disputat: cum fors & usurae deberentur ex stipulatu, sortis autem obligatio per pactum dilata fuerit, ipso iure non deberi usuras eius temporis, quo non fuit necesse soluere, propter pactum, quo conuenerat, ut seruis solueretur. Sed haec solutio non sufficit.

Nam si pactum de sorte, ipso iure tollit obligationem usurarum, cur non idem faciet pactio de usuris? Quare solutio petenda est ex distinctione inter poenam, & usuram. usura enim proprie dicitur, quae debetur propter lucrum creditoris, proinde debetur ex stipulatione, etiam si debitor omni culpa vacet, & praefinito tempore soluat, poena autem tunc vocatur, cum debetur propter moram debitoris seruis soluentis quam conuenerit, nam mora est culpa, cuius poena est usura. unde sit, ut usura, quae poena nomine promittitur, ita demum debeat, si debitor moram admiserit, propterea quod non est poena sine culpa. Ergo in d. l. lecta. obligatio usurarum tollitur ipso iure per pactum & conuentionem nudam, non ex vi pacti, sed ex natura & proprietate poenae, id est, quia usura ibi debita, non erat usura proprie dicta, sed poena, ut liquidum constat ex specie ibidem proposita, quia difertur creditor poenae nomine stipulatus fuerat. Itaque debitor, quamuis ipso iure statim deberet sortem, quia pure stipulanti creditori promiserat, tamen tutus erat exceptione pacti, quia postea conuenerat, ut certo die solueret, quod initio iure promiserat. haec defensio per exceptionem pacti, liberat eum a culpa, facitque ne videri possit esse in mora, cui consequens est, ut usuras poenae nomine debere non possit.

Quaro, An iudicium familiae eriscundae & negotiorum gestorum possint concurrere. Respondeo, non concurrere: quia haec actio datur, si negotium sit diuiduum, veluti si vnus ex haeredibus exegerit solidum a debitore haereditario, poterat enim exigere pro sua tantum parte: illa vero actio competit, cum negotium gestum est indiuiduum, utpote si haeres legatum solidum soluerit, ut legatarius de rerum possessione discederet, l. his consequenter. 18. §. pen. l. haeres. 25. §. si vnus. D. famil. eriscif. l. si communes. 40. D. de negot. gestis.

Oppono l. 3. C. eod. vbi dicitur, eum, qui soluit pro coherede, atque ea solutione pignus liberavit, vel agere negotiorum gestorum vel familiae eriscundae, ergo haec duae actiones videntur concurrere.

Solutio: Hoc etiam casu verae dictae actiones non concurrunt: quia dantur ex diuersis causis, quarum altera est diuidua, altera indiuidua. agitur enim negotiorum gestor. propter debitum solutum, quod potuit solui pro parte, agitur familiae eriscundae propter pignus, cuius causa est indiuidua: quia pignus non liberatur, nisi toto debito soluto, d. l. his consequenter. §. vlt. D. famil. eriscif. l. si rem. 9. §. omnis. l. solutum. 11. §. si in sortem. D. de pignor. act.

Exit. De iureiurando.

LXXIX. Quaro, Quae actio datur 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 vtilis ex ea causa, de qua iuratum est, veluti si quis iuret se emisit, habet vtilem actionem ex empto, si iuret se mandasse, vtilem actionem mandati, eadem est ratio aliarum causarum, d. l. sed si possessori. §. vlt. l. si duo. 13. §. 1. §. si quis iurauerit. §. idem dicemus. & §. Marcellus. l. quod si iurauit. 29. D. de iureiur. l. 7. §. si petenti. D. de Public. l. vlt. §. vlt. D. de liber. cau.

Solutio: Actio vtilis & in factum interdum distinguuntur, §. vlt. Instir. de leg. Aquil. interdum pro eodem accipiuntur, nam quae appellatur vtilis 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 vtilis, l. si duo. 13. §. 1. D. de iureiur. & in factum, d. l. sed si possessori. §. 1. Sed si quis proprie loqui velit, & inter haec duo distinguere: videndum puto, utrum in iudicio, an extra iudicium iuratum sit: & utrum expressa causa, veluti, iuro me tibi centum mutuo dedisse, an sine causa, quod Doctores vocant iusiurandum informe, veluti, iuro te mihi centum debere. Cum in iudicio iuratum est, datur vtilis actio iudicati: quoniam is contra quem iuratum fuit, pro condemnato habetur: quod significatur in d. l. 8. C. de reb. cred. illis verbis, *Ad similitudinem iudicati*. Etenim actio vtilis dicitur dari ad similitudinem & exemplum directae. Cum autem iuratum est extra iudicium adiecta causa, datur actio vtilis ex ea causa, quae est iureiurando expressa, ut in exemplis quae supra adduxi, d. l. si duo. §. si quis iurauerit. cum similitudinem cum non est expressa causa actionis, veluti cum libertus iurat se munus, donum, operas patrono daturum, haec vocanda est actio in factum, idem est, si quis iurauerit sibi centum deberi: non potest enim dici actio vtilis ex certa causa, cum nulla causa appareat.

LXXX.

Quæro, Vtrum periurium iure civili puniatur, an Deo committatur puniendum. Respondeo, periuros etiam iure civili puniri, & varijs pœnis affici, vt priuatione dignitatis, l. quoties. 17. C. de dignit. infamia. l. si quis maior. 41. C. de transact. fustibus. l. si duo. 13. §. vlt. D. de iureiur. relegatione. l. vlt. D. stellionat. Oppono: quia periurium satis Deum vltorem habet, nec irrogatur pœna maiestatis læsæ, licet per principem peccatum sit, l. 2. C. de reb. cred. l. 2. C. ad l. Iul. maieft. quod verò ad homines attinet, religioni stare oportet, l. quod si deferente. 21. D. de dolo. ac prætor id agere debet, ne de cuiusquam iureiurando quæratur, l. aduersus. 15. D. de except. Solutio: Distinguendi sunt tres casus. aut enim iuravit aliquis vi & metu coactus: veluti si captus à latronibus, coactus sit iurare se pecuniam eis daturum. aut iuravit calore quodam: vt amore, quò magis (exēpli gratia) frueretur amasia: vel ira, quæ & ipsa calor appellacione cōtinetur, l. nec in ea. 22. §. vlt. D. ad leg. Iul. de adult. veluti si quis iuret se fore semper iratum seruo suo. aut deniq; iuravit dolo malo: puta iuravit sibi deberi, quod re vera non debebatur. Primo casu, qui coactus iuravit, nō tenetur ex eo iureiurādo, nō tenetur (inquam) ipso iure. nec probo sententiam Duareni desiderantis restitutionem in integrum aduersus tale iusiurādum: nisi scilicet stipulatio interposita fuerit: quia iusiurādum iure civili non parit obligationem & actionem, nisi eo casu cūm libertus iurat, se munus donum operas patrono daturum. §. item & alio. Instit. Caij de obligat. l. 7. D. de oper. libert. l. seruum. 36. de manumif. testa. l. vlt. de lib. cau. l. 6. §. si quis absente de confessis. l. si quis pro eo. 56. in pr. de fideiussorib. l. per iusiurādum. 13. in pr. de acceptil. iure tamen pontificio, quò iure maior est vis iusiurandi, c. cūm contingat. 28. extra de iureiuran. si per vim & metum iuratum fuerit, requiritur absolutio pontificis, c. si verò. 8. c. verum. 15. eod. tit. Quocirca etiam iure orientali restitutionem esse necessariam non malè quis dixerit: quia Leo Imperator Nou. 72. constituit ex nudo pacto, quod iureiurando firmatum sit, actionem dari. Secundo casu, qui per calorem iuravit, nec præstat fidem iusiurandi, non punitur iure civili, d. l. 2. C. ad leg. Iul. maieft. d. l. 2. C. de reb. cred. videtur tamen opus esse indulgentia principis, saltem ne pudor oneretur eius qui iuravit, argum. l. vlt. in pr. D. ad municip. Tertio casu, qui dolo malo peccauit lucri turpiter faciendi causa, punitur, vt leges suprā adductæ ostendunt. Hac distinctione exposita, vt omnis difficultas tollatur, notandum est, quod dicitur religioni stare, dicit. l. quod si deferente. & de periurio non quærit. d. l. aduersus. sic intelligi debere, id est, prætextu periurij non retractari causam, de qua iuratum fuit, vt perspicue traditur in l. 1. C. de iureiur. idcirco quantum ad eam causam, quæ iureiurando est decisa, non quæritur de periurio, sed de eo quæritur & agitur seorsum actione stellionatus, vt periurus puniatur. Quamobrem in l. quæ sequitur dictam l. quod si deferente. subiiciuntur hæc verba, *Nam sufficit periurij pœna.* quæ verba ostendunt periurum puniri extra ordinem, quamuis periurium non retractetur civili actione, quantum ad eam causam pecuniariam, de qua iuratum fuit.

LXXXI.

Quæro, An sententia ferenda sit contra eum, contra quem rectè fuit iuratum. Respondeo, contra eum iudicari, & sententiam ferri, l. iusiurandum & ad pecunias. 34. §. vlt. D. de iureiur. Oppono, quòd is, contra quem iuratum fuit, habetur pro condemnato, adeo vt contra eum sit executio parata, l. post rem. 56. D. de re iudicata. l. 2. D. de iureiur. l. 1. in princ. D. quarum rerum actio non datur. Solutio: Sententia contra eum potest pronuciari, potest etiam omitti, prout magis iudici placuerit. hoc enim seruatur etiam in ijs, qui in iure confessi sunt se debere, l. 1. 3. §. vlt. D. de confessis. l. vni. C. eo. quibus confessis comparantur ijs contra quos fuit iuratum, d. l. post rem. vt non sit mirum, si idem iuris in vtriusq; seruatur.

LXXXII.

Quæro, Quo casu iudex debeat deferre iusiurandum. Respondeo, iusiurandum deferendum esse, cum causa est dubia, l. admonendi. 31. ff. de iureiur. & cum actor non potuit probare suam intentionem, l. 3. Cod. eod. Oppono: quia in dubio fauendum est reo, qui est fauorabilior actori, l. fauorabiliores. 125. l. in pari. 128. l. cum par. 154. D. de diuer. reg. iur. & actore non probante reus absolui debet, l. 4. C. de edendo. l. 2. C. de probat. Solutio: Aut nihil est probatum, aut ambæ partes contrarium probauerunt, aut imperfectè actor probauit. primo casu reus absoluitur. secundo & tertio casu defertur à iudice iusiurandum, vt religione suppleatur id quod probationi deest.

LXXXIII.

Quæro, An is, cui delatum est iusiurandum, possit referre. Respondeo, posse, l. iusiurandum & ad pecunias. 34.

§. datur. D. de iureiur. Oppono, quòd iusiurandum nō potest referri, l. iusiurandum quod ex conuentione. 17. in pr. D. eod. l. Marcellus. 11. §. vlt. D. de act. rerum amor. Solutio: Distinguendum est inter iusiurādum delatum in iudicio, & delatum extra iudicium. hoc enim non refertur, d. l. 17. in prin. illud verò regulariter referri potest. Sed excipitur iusiurandum calumniæ, quod exigitur ab eo, qui detulit iusiurandum: quia non debet ei conditio iurandi displicere, cūm ipse eam intulerit, d. §. datur. Item excipiuntur actiones ex delicto. absurdum enim esset, si actor iureiurando sibi relato, cogere iurare de rei conuenti delicto, cūm nemo iurare debeat de facto alieno, d. l. Marcellus. §. pen. & vlt. D. de act. rerum amor. l. 4. in pr. D. de in litem iurando.

Si patronus liberto, vel pater filio deferat iusiurādum: LXXXIV.

Quæro, An prius de calumnia iurare cogatur. Respondeo, hoc iusiurandum calumniæ parentibus & patronis remitti, l. si patronus. 16. D. de iureiur. l. 7. §. nec deferentes. D. de obsequijs. Nam alijs quoq; casibus parentes & patroni non iurant de calumnia: veluti si petant in municipium mitti satisfaciendi causa, l. de die. 8. §. pen. D. qui satisf. cog. vel si stipulentur damni infecti. l. qui bona. 13. §. pen. D. de dam. infecto. Oppono l. iusiurandum & ad pecunias. 34. §. qui iusiurandum. D. de iureiur. vbi dicitur hoc iusiurandum de calumnia neq; patrono neq; parentibus remitti. Solutio: In libro quidem Florentino legitur, *neq; patrono, neq; parentibus.* sed hæc lectio mendo non caret, & legendum est, vt in vulgatis libris, *æque patrono & parentibus:* vel, vt minus recedamus ab archetypo, *æque patrono atq; parentibus.* quam emendationem etiam Basilica confirmant, in quibus scriptum est, *ὅν ἢ ὀμνῶσι πατρὸς ἢ ἀδελφῶν,* hoc est, quod iusiurandum non præstat pater, aut patronus, lib. 22. tit. 5. c. 32.

Si seruus detulerit iusiurādum: Quæro, An nocet domino, & an detur contra dominum actio de peculio. LXXXV.

Respondeo, iusiurandum domino obesse, & eum de peculio obstringere, l. seruus quod detulit. 20. & seqq. D. de iureiuran. Oppono, quòd seruus deferendo iusiurandum, non potest facere conditionem domini deteriorem, l. multo magis. 24. eod. tit. Item oppono: quia etsi ex delatione filij datur actio de peculio contra patrem, tamè in seruo & domino diuersum receptum est, l. 5. §. si filiusfam. D. de peculio. Solutio: Distinguendum est, an seruus habeat liberam peculij administrationem, nec ne. nam ita demum deferendo iusiurandum, domino nocet, si dominus liberam peculij administrationem ei concefferit. Huic solutioni obijcio, quod eadem dicenda sunt de filiofam. & de seruo, vt disertis verbis ait I. C. in l. quidam. 22. D. de iureiur. quod si verum est, quomodo defendi potest differentia, quæ constituitur inter filium & seruum, in d. §. si filiusfam. Solutio: Quod ad iusiurandum delatum extra iudicium, non distinguitur inter filium & seruum: quia potest vterq; deferre iusiurandum extra iudicium. verum differentia constituitur in iureiurando iudicali, id est, quod defertur in iudicio, propterea quòd iudicium consistere 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 iusiurādum, seruus autem non possit.

Quæro, An iusiurandum delatum, possit recusari, adeo vt is, cui defertur, 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 suppleendum est tertium membrum, *neque soluere,* nemo enim cogitur iurare aut referre, si malit soluere. Solutio: Quia delatio iusiurandi interdum non valet: (vt puta 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, vtrum 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 displicere 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.

Quæro, An conditio iusiurandi sit iusta & licita, an legibus reprobetur: veluti si quis Titio decem leger sub hac con-

LXXXVII.

legibus reprobetur: veluti si quis Titio decem leger sub hac con-

hac conditione, si iurauerit se Romam iturum: aut si quis Titio stipulanti decem promiserit sub eadem aut simili conditione. Respondeo, conditionem iurandi iustam esse, & alijs licitis conditionibus comparari, proinde implendam esse. l. si quis cum debitore. 39. D. de iureiu. l. si cum patruo. 6. C. communia utriusque iud.

Oppono: quia hac conditio reprobatur a pratore. l. quæ sub conditione. 8. D. de condit. instit.

Solutio: Distinguendum est inter contractus, & ultimas voluntates. nam conditio iurandi reprobatur & pro non scripta habetur, si adiecta sit ultimæ voluntati: impleri autem debet, si fuerit appositæ contractui. differentia ratio est: quia excusatur is, cui testator onus iurandi iniunxit: quam excusationem non meretur is, qui sponte sua contraxit & sciens prudens suscepit onus iurandi præstandi.

Exit. De in litem iurando.

LXXXV III.

Quæro, An tutor possit in litem iurare. Respo. posse. l. 4. in pr. D. de in litem iur. Oppono, quod solus dominus in litem iurat. l. vulgo. 7. eod. tit. Solutio: Tutor loco domini habetur. l. qui fundum. 7. §. si tutor. D. pro emptore. l. interdum. 56. §. penul. D. de furtis.

LXXXIX.

Quæro, An taxetur quantitas, intra quam res per iusurandum in litem æstimari debeat. Respondeo, non taxari, sed in infinitum iurari posse. l. qui restituere. 68. D. de reuind. Oppono, quod taxatio fit. l. 3. §. præterea. D. ad exhibendum. l. 4. §. iurare. l. 5. §. 1. D. de in litem iurando.

Solutio: Quantitas, intra quam iuratur, non taxatur a lege: sed taxatio committitur arbitrio iudicis, qui definit quantitatem, intra quam iurare liceat. d. l. 4. §. iurare.

XC.

Si in litem iuratum sit: **Q**uæro, An iudex possit eum ab soluere, contra quem iuratum fuit, vel minoris condemnare, quæ aduersarius dato iureiurando rem æstimauerit. Respondeo vtrumque fieri posse ex iusta causa. l. 4. §. pen. D. de in litem iurando. Oppono Nou. Const. 82. ca. 10. vbi Imperator prohibet, quominus iudex minoris condemnet, quam iuratum est. Solutio: Hæc Nouella loquitur de iureiurando veritatis. id est, de impensis in litæ factis. dictus autem §. pen. loquitur de iureiurando affectionis. Illud igitur iurandum non potest retractari, sed religioni stare oportet, ne arguatur periurij is qui iurauit. l. quod si defereat. 31. D. de dolo. l. aduersus. 15. D. de doli except. Hoc autem iurandum retractari potest: quia non propterea periurij arguitur, qui iurauit, sed immodicæ affectionis, quam habuit erga rem, de qua iurauit.

XC I.

Quæro, An propter aduersarij culpam iuretur in litæ. Respondeo, contra eum, qui culpam commisit, nõ iurari in litem, sed iustam æstimationem a iudice faciendam esse. l. 4. §. vlt. D. de in litem iurando.

Oppono, quod tutor & hæres tutoris hac ratione distinguuntur: quia contra tutorem iuratur in litem, si pupillaria instrumenta non exhibeat, etiam si careat dolo: contra hæredem autem tutoris non iuratur, nisi ex dolo. l. pen. C. eod.

Solutio: Fauore pupilli hoc est speciale in actione tutelæ, quæ aduersus tutorem intentatur, cum regulariter ob culpam non iuretur in litem.

Exit. De condictione causa data, causa non secuta.

XCII.

Si quis sub conditione institutus, eam impleuerit: **Q**uæro, An possit omittere hæreditatem. Respondeo, posse. l. 1. §. 1. D. de condict. cau. data. Oppono: quia conditione impleta neq; suus hæres potest abstinere. l. iam dubitari. 86. D. de hæred. instit. l. 5. D. de condict. & demonstr. 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 cond. inst. proinde suus hæres statim est hæres nec cessarius ratione patriæ potestatis. d. l. 5. nec potest amplius abstinere, sed ei denegatur beneficiu prætoris, quoniam sponte sua in eam necessitatem se coniecit. Extraneus verò non propterea hæres fit, q̄ impleat conditionem, sub qua institutus fuit. l. ei qui ita. 13. D. de condit. instit. nisi id quasi hæres fecerit, quo facto impleuit conditionem d. l. Antistius.

XCIII.

Dedi tibi decem, vt Stichum intra mensem manumittas: **Q**uæro, Cū Stichum nõ manumiseris, an post mensem possim decem repetere. Respondeo, de cem repeti per conditionem ob causam dati. l. 3. §. quid si ita. D. de condict. cau. da. l. 5. §. at cum do. D. de præscriptis verbis. Oppono: quia ex constitutione Diui Marci Stichus fit ipso iure liber. l. 4. C. si mancip. ita fuerit alie. ergo causa secuta est, nec datur repetitio: quemadmodum nec pœna nisi Stichus manumittatur promissa, peti possit. l. vlt. C. eod.

Solutio: Post tempus in contrahendo præstitutum, vt in specie proposita post mensem Stichus fit liber, ita demum nisi dantem pœniteat. nam eius pœnitentia obstat libertati & facit cessare constitutionem. l. 5. D. de condict. cau. da. l. 3. D. de seruis export. l. 1. l. vlt. C. si mancip. ita fuerit alien. Huic solutioni obijcio l. 1. in fi. D. qui sine manumiss. ad libert. perue. vbi dicitur, etiam si mutauerit venditor voluntatem, nihilominus libertatem seruo competere, qui ea lege, vt manumitteretur, venditus fuerat. Solutio: Speciale est in casu huius l. 1. vt libertas competat non obstante pœnitentia venditoris: quia & venditor & emptor sine hærede decesserāt, vnde nullius intererat hominem venditum in seruitute manere.

Inter nos conuenit, vt tibi darem decem, & manumittes Stichum. manumissisti: nec tamen do tibi decem.

Quæro, Quæ actione aduersus me agere possis. Respondeo, agendum esse conditione, quæ oritur ex proposito contractu. l. 3. §. quinimo. D. de condict. cau. da. hoc est actione præscriptis verbis, quoniam propositus contractus est innominatus. Oppono: quia datur actio subsidiaria de dolo. l. 4. C. de dolo. quæ non concurret cum actione præscriptis verbis. l. iuris gentium. 7. §. sed etsi in alium. D. de pactis. Solutio: Semper spectandum est, quid initio conuenierit, vt in specie proposita considerandum est, vtrum fuerit ita contractum, dabo decem vt manumittas Stichum: an hoc modo, manumittes Stichum vt dem tibi decem. quoniam altero casu est contractus do vt facias: altero, facio vt des. ex contractu do vt facias, agitur præscriptis verbis. ex contractu facio vt des, nulla actio ciuilis 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. §. quinimo. est contractus do vt manumittas, vnde agitur præscriptis verb. sed in d. l. 4. est contractus manumitto vt des, ex quo agitur de dolo.

Testator seruo libertatem reliquit sub conditione si decem daret Mæuio. **Q**uæro, An seruus Mæuio decem de peculio dare possit, inuito & prohibente hærede. Respondeo, non posse. l. 3. §. vlt. D. de condict. cau. da. Oppono l. si peculium. 20. §. 1. D. de statulib. 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 decem à seruo rectè dantur, si hæres non prohibuit.

Si quis seruum ea lege acceperit vt manumitteret, & post mutatam eius, à quo accepit, voluntatem, manumiserit: **Q**uæro, An eo nomine teneatur. Respondeo, actionem contra manumissorem competere propter pœnitentiam eius qui dedit. l. 5. §. 1. D. de condict. cau. da. Oppono, quod actio, manumisso seruo, euauisse dicitur. l. quæsitum. 8. D. de seruis exportand. Solutio: Distinguendum est inter contractus nominatos, & innominatos. In his namq; est locus pœnitentiæ. l. 3. §. sed si tibi. & §. seq. l. 5. in pr. D. de cond. cau. da. in illis verò non licet pœnitere. l. 5. C. de obl. & act. Ergo hinc petenda est anuomiaz dissolutio: quoniam in d. l. quæsitum est contractus nominatus. i. emptio & venditio: sed in d. l. 5. §. 1. est contractus innominatus do vt manumittatur.

Si quis pecuniam ob aliquam causam acceperit, ea verò causa casu aliquo, sine culpa eius qui accepit, secuta non sit: **Q**uæro, An possit repeti quod datum fuit. Respondeo, posse repeti. l. 5. in pr. D. de cond. cau. da. Oppono, quod 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 contractu nominato: & vel pœnituit dantem, vel non pœnituit. Ex contractu nominato datum, veluti ex causa locationis cōductionis, nõ repetitur. d. l. qui operas. nec prodest pœnitentia, cui nõ esse locū in his cōtractib. docui ad qu. præc. ex contr. aut innominato datū nõ repetitur. d. l. pen. nisi dantē pœnituerit, quia pœnitere pot vt sup. diximus.

XCIV.

XC V.

XC VI.

XC VII.

Centuria III. De condict. indeb.

Dixi, nisi dantem poenituerit: quoniam hoc ius est personale, nec transmittitur ad heredem, qui nullo modo agere potest, nisi poenituerit eum cui successit. l. 3. D. de seru. export.

XCVIII.

Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares: Quæro, Qualis sit hic contractus. Respondeo, non esse empti-
onem & venditionem, sed contractum innominatum do
ut des. l. ult. D. de condict. cau. da. Opono l. 5. §. 1. D. de
prescrip. verb. vbi dicitur esse emptio & venditio.

Solutio: Notandum est, aliis verbis indicari contra-
ctum in d. l. ult. aliter in d. l. 5. §. 1. Etenim in d. l. ult. dedi ut
dares: quod abhorret à natura empti-
onis & venditionis: quia venditor non tenetur rem dare emptori, sed tantum
tradere: si quidem dare est dominium transferre. §. sic ita-
que Inst. de actionib. quod venditor facere non tenetur.
l. si ita. 25. §. 1. D. de contrahen. empt. est igitur contractus
innominatus do ut des. Sed in d. l. 5. §. 1. ita contractum fu-
it, do ut accipiam: quod perinde est, ac si dicamus, do ut
tradas: quod empti-
oni & venditioni conuenit.

Exist. De condictione indebiti.

XCIX.

Si quis, cum dubitaretur an deberet nec ne, 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.

Opono l. quod quis. 50. eod. tit. vbi dicitur non posse
repetere.

Solutio: Videndum est, utrum id expressè actum fuerit, 30

ut, si confiterit esse indebitum, repeteretur, an is qui dedit,
habet quidem animum repetendi, sed eum non expres-
sit. priori casu datur repetitio. posteriori denegatur: quia
propositum in mente retentum, nihil operatur. l. 7. C. de
condict. ob cau.

Si quis falso existimans se alicui rei non suæ posses-
sionem tradere debere, eam tradiderit: Quæro, An repe-
re possit. Respondeo, condictionem indebiti ei compe-
tere. l. indebiti. 15. §. 1. D. de cond. ind.

Opono l. si in area. 33. versi. sed & si. eod. titu. vbi is qui
bona fide in aliena area ædificauit, ideoque prædium do-
mino restituere non tenebatur, nisi sibi impensæ bona fi-
de factæ ab eo redderentur, per errorem possessionem ad
dominum transtulit, nec potest eam condicere.

Solutio: Distinguendum est, utrum quis rei non suæ
possessionem ad extraneum, an ad dominum transtulerit.
priori casu datur condictio indebiti: quoniam aliquid in-
debitum. i. rei alienæ possessio peruenit ad eum qui acce-
pit. posteriori casu repetitio locum non habet: quia nihil
indebitum ad dominum peruenit, sed rem suam tenere
incipit. Nec eo moueri debemus, quod possessor non co-
gebatur rem tradere, nisi reciperet impensas, unde vide-
tur posse condicere, quasi plus debito tradiderit, arg. l. si
is qui hæreditatem. 45. eod. tit. quoniam dictarum impen-
sarum nomine retentionem & exceptionem tantum ha-
buit, non actionem. l. Paulus. 14. D. de do. except. d. l. si in
area. in fi. unde fit, ut condicere non possit. qui verò non
solum retinere & accipere, sed etiam agere potest, ei con-
dictio quoque indebiti competit, ut in specie dict. leg. qui
hæreditatem.

DESCRI-

