

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.

Centuria 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)

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 proffit 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 debeat 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 municipalem. 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 stipulationem, & 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 viciesimum 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 viciesimum 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 viciesimum 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 *repudauerit*. 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 omisam 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 operis: 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 a 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. sin autē. 27. §. sed & is. l. qui petitorio. 36. in pr. D. de rei vend. Oppono, quod nõ 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, edictum 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. cõmunis. 24. §. 1. D. cõm. 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 cõmunis esse desijt, tamē tunc solum datur propter præstationes personales. l. 6. in pr. & §. 1. D. cõm. diuid. Quia tamen edictum de alienatione iudicij mutandi causa, pertinet etiam ad vindicationem: videndum est, cur vt ille vindicatio, quæ datur contra eum q̄ dolo malo desijt possidere, concurrat cum actione in factum q̄ iudicij mutandi causa. Ergo sciendum est, actionem quod iudicij mutandi causa, prius fuisse à prætorē propositā, q̄ recepta sit vt ille vindicatio cõtra eum qui dolo desijt possidere. q̄ quidē vt ille vindicatio recepta est per interpretationē Senatusconsulti de petitione hæreditatis facti. d. l. sin autē. §. sed & is. Actio igitur quod iudicij mutandi causa, datur in eum, qui non vult cõueniri vt ille rei vindicatione ppter ea q̄ eo tempore, quo actio illa in factum introducta fuit, non cogebatur inuitus vt ille rei vindicationē pati. postea verò hoc receptum 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 q̄ 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. §. 1. ver. non tamē. eo. 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. quod 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 q̄ 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 a 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: quod 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 suum esse. sed quia secundus siue possidens fundum nolit restituere, siue non possidens petat, cõtra sententiam arbitri facit, & pactus est de non petendo si arbitro non paruerit: idcirco petens Stichum sibi debitum, summouebitur 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 cõpromissum 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 cõpromissum 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. cū autem paciscitur de non petendo, malè 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, cū 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 cū 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, cū 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, cū 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, cū iudicabat: quamquam de eo peculio non soluet patre inuito: quando quidem pater eo nomine non tenetur. §. pen. Inst. de oblig. qua. 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, cū ratione contractus ibi fortiatur forum 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 cōtractus. 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. cū 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. cū prator. 12. §. non autem. D. de iudicijs. Oppono, quod ait Papinianus in l. cū 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-
iusmodi causas. l. 4. C. ad leg. Iul. repetund. Solutio:
Distingendum est inter maiores magistratus, qui imperium
habent, nec possunt in ius vocari, quales sunt con-
sules, præfecti, prætores, præcones, 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 magistratibus.
nisi scilicet in officio deliquerint, ex qua causa puto etiã
maiores magistratus conveniri posse. d. l. 4.

XXX. **Si actor post edictum peremptorium abest: Quæro**,
Quid iudex facere debeat. Respondeo, eum debere edictum
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 fi-
lius in causa patris. Respondeo, iudicem esse posse. l. in
privatis. 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 iurisdictionis 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 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, nō posse:
aliud, non debere, quod vñ exemplo declarare & con-
firmare sufficit, hæc. n. enunciatio verà est, filiusfam. nō
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, Duarenum, lib. 1. disp.
cap. 51. dicta loca conciliare per distinctionem iurisdic-
tionis & iudicij: quasi pater in causa filij, vel contra filium in
causa patris, possit esse iudex, & possit iudicare, non tamè
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

φάλλοι 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
se, 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: Notandū
est, per querelam in officioso actorem nihil acquirere; (vñ
de etiam dictum est, eam nō esse propriè petitionem nec
actionē) sed tantum efficere, vt testamentū a iudice rescin-
datur: quo rescisso, hæres ab intestato succedit, nō 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 nō possint am-
plius consequi 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: Distinguendum est vtrum iudicatum fuerit
contra hæredem scriptum, an cōtra quosdam legatarios.
Si contra hæredem iudicatum fuerit: quoniam institutio
hæredis est caput & fundamentum testamenti. §. ante hæ-
redis. Inst. de lega. idcirco nihil ex eo testamento debetur.
si verò contra quosdam legatarios iudicatum fuerit: sen-
tentia non tollit testamentum, quippe cū testamētum
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. obstat quo minus alter possit petere totam hæ-
reditatem, & efficiat vt debeat partem suam dumtaxat. i. fe-
missim petere. Respondeo, etiam si vnus non queratur
de inofficioso, nihilominus tamen alterum partem pete-
re debere, nō totam hæreditatem. l. Papinianus. 8. §. quo-
niam D. de inoffi. testam. Oppono l. qui repudiantis. 17.
in pr. eod. tit. vbi dicitur eum, qui non queritur, non fa-
cere partem alteri. Solutio: Distinguendum 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 hæreditatē, medio autem tempore fructus
percipiat ex rebus hæreditarijs: **Quæro**, An hi fructus
imputentur in portionem debitam, & excludant querelā
in officioso, nec ne. Respondeo, fructus imputari in de-
bitam portionem, & querelam cessare. l. Papinianus. 8. §.
vñ de. D. de inoffi. 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 excipiū-
tur soli liberi primi gradus, quibus hoc privilegij indul-
tum est, vt lucrentur 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 testamē-
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 inoffi. 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 aetate 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 inofficiosi 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 inofficiosi rescisso, non deberi legata nec fideicommissa, intelligendū est, præcedere secundū iura Digestorum & Codicis. nouissimo enim iure, etsi testamentum per querelam inofficiosi 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 inofficiosi testamenti querela, transactio facta sit inter hæredē legitimū de inofficioso testamento querentem, & hæredē scriptum; hæres autē scriptus fidem transactionis non præstet: Quæro, Vtrum salua maneat causa inofficiosi, an per transactionē sit omnino extincta & perempta. Respondeo, inofficiosi testamenti 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 obstructus. 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 fruuntur, 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. poss. interdum appellatione hæredis continetur l. in conditionibus. 19. §. si patronus. D. de condit. & demonst. quia scilicet effectu ipso & re ipsa iisdem emolumentis fruuntur, quibus verus hæres. l. 2. D. de bon. poss. l. prætor. 117. D. de diner. reg. iur.

XL. 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.

XLI. 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 vniuersitatis iuris. i. quæ in iure consistit, vt hereditas: aliam, vt grex. vniuersitas iuris non venit in hanc actionem, sed vniuersitas facti hac actione rectè petitur. l. vind. rei. 36. D. eo. tit.

XLII. 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

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 existimauerunt 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 sine pictura: idcirco dicendum est, picturã tabulæ cedere. Cùm itaque ita exponat verba Pauli, deinde ineptis distinctionibus conciliationem 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 privilegium 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 quidam cõtrà senserint.* vbi notandum est particula *licet* nota correctionis, & intelligendum est probari eorũ sententiã qui de pictura cõtrà senserunt, hoc est, qui existimauerunt picturam tabulæ non cedere. cui interpretatiõni non repugnant sequentiã verba Pauli, immo paulo è consentiunt. subdit. n. Paulus, *sed necesse est, esse.* quæ in verborũ hic est sensus: licet ea sententiã vera sit, quæ picturam non cedit tabulæ, tamen id est speciale, & præter regulam iuris: nihilominus autè generalis regula tenet, quæ in alijs casibus obseruabitur: nec eueritur ex eo quod diximus de pictura: quando quidem exceptio non euerit 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 quod 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 rer. 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 prætermissum: 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 condemnatus 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 potest, 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 quarebatur, an legatarius haberet electionem: proinde non erat, cur I. C. afferret causam, propter quam legatarius haberet 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; atq; 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 nocet, 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. cu. 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: Distinguendum 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 deberi 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: Distinguendum 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 promisit, nec certis nummis perditis, aut peremptis, liberatur is qui decem promisit, 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, vtili 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 & equo, 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 consumperit: (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. meritò 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 contrectauerit, 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; distingendum est inter mutuum verum, & fictum: siue inter strictum ius, & bonum & æquum: quemadmodum distinximus in quaest. 65. huius centuriæ. 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: Distingendum 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 vtraque 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, vtpote 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: vtpote 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 vt ab eo sibi reddatur: **Quæro**, An transferatur dominium. **Respondet**, dominium transferri, aded vt 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, vt recipiantur. **Solutio**: Rei, quæ datur ea lege vt restituatur, ita demum dominium transfertur, si quid commodi apud eum qui rem accepit, remansurum est post rem restitutam, vt in specie d. l. seruus. mulier accipit a marito seruum dotalem, vt 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 vt 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 cogeretur recipere partem. Rursus intellige non interuenisse pactum vt pars solui possit, vel vt 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, vt 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, vt 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 vt lis minuatur. 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 triticiariam, quæ est arbitraria. iudiciorum autem arbitrariarum proprium est, vt in eis fiant duæ condemnationes, vna rei, altera æstimationis. quam æstimationem iudex arbitrio suo facit, nisi ipse reus satisfecerit priori sententiæ, id est, nisi rem actori præstiterit. satisfaciens enim reus priori sententiæ, non incidit in posteriorem condemnationem: sed nisi priori obtemperauerit, posteriore tenetur, §. præterea. Inst. de 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, vt 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 committit: (fur enim semper est in mora, vt 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. §. ult. 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. si 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 obiectiones 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 reuera ad te eius dominum pertinebat; atque ea res mihi a venditore tradita sit, eo quod seruus emptus a me possideretur quasi meus: Quæro, 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 & æquo. 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. Quæ circa dictæ actiones, id est, actio ex empto contra venditorem, & vtilis conditio aduersus me concurrunt. vnde apparet sententias supra dictas, non esse contrarias, proinde potuisse vtrasque; à Iuliano probari.

LXXVI. Quæro, An præses prouinciæ possit mutuam pecuniam accipere. Respondeo, posse, l. præsidis. 34. §. 1. D. de reb. cred. Oppono l. pen. C. si cert. petat. vbi pœna irrogatur tam ei qui mutuam iudici dedit, quam ipsi iudici qui accepit. nec dubium est, quin appellatione iudicis etiam præses, prætor, & 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. præsidis. vocare præsidem, Imperatores autem in d. l. pen. nominare iudicem. quæ 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 præsi qua præses est, mutuam dare possumus. quæ verò est iudex, non possumus. id est, præses à subditis mutuam accipere potest, præterquam ab ijs, inter quos iudicat. quod ideo placuit, ne prætextu mutui iudicia corrumpantur, & sententiæ præsidum venales sint.

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

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

Nam si pactum de sorte, ipso iure tollit obligationem vsurarum, cur non idem faciet pactio de vsuris? Quæ solutio petenda est ex distinctione inter pœnam, & vsuram. vsura enim proprie dicitur, quæ debetur propter lucrum creditoris, proinde debetur ex stipulatione, etiam si debitor omni culpa vacet, & præfinito tempore soluat, pœna autem tunc vocatur, cum debetur propter moram debitoris serius soluentis quam conuenerit. nam mora est culpa, cuius pœna est vsura. vnde sit, ut vsura, quæ pœnæ nomine promittitur, ita demum debeat, si debitor moram admiserit, propterea quod non est pœna sine culpa. Ergo in d. l. lecta. obligatio vsurarum tollitur ipso iure per pactum & conuentionem nudam, non ex vi pacti, sed ex natura & proprietate pœnæ, id est, quia vsura ibi debita, non erat vsura proprie dicta, sed pœna, ut liquidò constat ex specie ibidem proposita, quia difertè creditor pœnæ nomine stipulatus fuerat. Itaque debitor, quamuis ipso iure statim deberet sortem, quia purè stipulanti creditori promiserat, tamen tutus erat exceptione pacti, quia postea conuenerat, ut certo die solueret, quod initio iure promiserat. hæc defensio per exceptionem pacti, liberat eum à culpa, facitque ne videri possit esse in mora, cui consequens est, ut vsuras pœnæ nomine debere non possit.

Quæro, An iudicium familiæ eriscundæ & negotiorum gestorum possint concurrere. Respondeo, non concurrere: quia hæc actio datur, si negotium sit diuiduum, veluti si vnus ex hæredibus exegerit solidum à debitore hæreditario, poterat enim exigere pro sua tantum parte: illa verò actio competit, cum negotium gestum est indiuiduum, utpote si hæres legatum solidum soluerit, ut legatarius de rerum possessione discederet, l. his consequenter. 18. §. pen. l. hæredes. 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 liberauit, vel agere negotiorum gestorum vel familiæ eriscundæ. ergo hæc duæ actiones videntur concurrere.

Solutio: Hoc etiam casu reuera dictæ 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 familiæ eriscundæ 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. Quæro, Quæ 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 quæ 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 hæc 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 directæ. Cum autem iuratum est extra iudicium adiecta causa, datur actio vtilis ex ea causa, quæ est iureiurando expressa, ut in exemplis quæ supra adduxi, d. l. si duo. §. si quis iurauerit. cum similit. denique cum non est expressa causa actionis, veluti cum libertus iurat se vnus, donum, operas patrono daturum, hæc 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 quærat, l. aduersus. 15. D. de except. Solutio: Distinguentur 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 caloris appellatione 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: vtputa iuravit sibi deberi, quod re vera non debebatur. Primo casu, qui coactus iuravit, nō tenetur ex eo iureiurando, nō tenetur (inquam) ipso iure. nec probo sententiam Duareni desiderantis restitutionem in integrum aduersus tale iusiurandum: nisi scilicet stipulatio interposita fuerit: quia iusiurandum 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 iusiurandum. 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 peccavit 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: Distinguentur est inter iusiurandum 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, cogeretur 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 iusiurandum: 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 patrona & parentibus:* vel, vt minus recedamus ab archetypo, *æque patrono atq; parentibus.* quam emendationem etiam Basilica confirmant, in quibus scriptum est, *ὅν ἢ ὀμνύσι πατρὸς ἢ ἀδελφῶν,* hoc est, quod iusiurandum non præstat pater, aut patronus, lib. 22. tit. 5. c. 32.

Si seruus detulerit iusiurandum: 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: Distinguentur est, an seruus habeat liberam peculij administrationem, nec ne. nam ita demum deferendo iusiurandum, domino nocet, si dominus liberam peculij administrationem ei concesserit. 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 iudiciali, 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 iusiurandum, 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: (vtputa 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 dispicere debet: & si inueniat rectè delatum esse, iubebit eum iurare, aut soluere, aut referre. quòd si apparuerit malè fuisse delatum: consequens erit, vt pronunciet rectè fuisse recusatum.

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 iurisiurandi iustam esse, & alijs licitis conditionibus comparari, proinde implendam esse. l. si quis cum debitore. 39. D. de iureiu. l. si cum patre. 6. C. communia vtriusque iud.

Oppono: quia hæc conditio reprobatur à prætoribus. l. quæ sub conditione. 8. D. de condit. instit.

Solutio: Distinguendum est inter contractus, & ultimas voluntates. nam cōditio iurisiurandi 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 iurisiurandi iniunxit: quam excusationem non meretur is, qui sponte sua contraxit & sciens prudens suscepit onus iurisiurandi 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 à 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, quâ 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 condemnaret, quàm 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 à 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 conditione causa data, causa non secuta.

XCII.

Si quis sub cōditione 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 cō-

ditionem 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 manumif. 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. manumifisti: 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 cōtractus 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 ciuilibis 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 locu in his cōtractib. docui ad qu. præc. ex contr. aut innominato datu 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 emptionem & venditionem, sed contractum innominatum do ut des. l. ult. D. de condict. cau. da. Oppono l. 5. §. 1. D. de præscrip. verb. vbi dicitur esse emptio & venditio.

Solutio: Notandum est, aliis verbis indicari contractum in d. l. ult. aliter in d. l. 5. §. 1. Etenim in d. l. ult. dedi ut dares: quod abhorret à natura emptionis & venditionis: quia venditor non tenetur rem dare emptori, sed tantum tradere: si quidem dare est dominium transferre. §. sic itaque 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 fuit, do ut accipiam: quod perinde est, ac si dicamus, do ut tradas: quod emptioni & venditioni conuenit.

Exist. De condictioe 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.

Oppono 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, habuit quidem animum repetendi, sed eum non expressit. priori casu datur repetitio. posteriori denegatur: quia propositum in mente retentum, nihil operatur. l. 7. C. de condict. ob cau.

Si quis falso existimans se alicui rei non suæ possessionem tradere debere, eam tradiderit: Quæro, An repetere possit. Respondeo, conductionem indebiti ei competere. l. indebiti. 15. §. 1. D. de cond. ind.

Oppono l. si in area. 33. versi. sed & si. eod. titu. vbi is qui bona fide in aliena area ædificauit, ideoque prædium domino restituere non tenebatur, nisi sibi impensæ bona fide 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 indebitum. i. rei alienæ possessio peruenit ad eum qui accipit. posteriori casu repetitio locum non habet: quia nihil indebitum ad dominum peruenit, sed rem suam tenere incipit. Nec eo moueri debemus, quod possessor non cogebatur rem tradere, nisi reciperet impensas, unde videtur posse condicere, quasi plus debito tradiderit, arg. l. si is qui hæreditatem. 45. eod. tit. quoniam dictarum impensarum nomine retentionem & exceptionem tantum habuit, 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 condictio quoque indebiti competit, ut in specie dict. leg. qui hæreditatem.

DESCRI-

