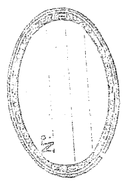
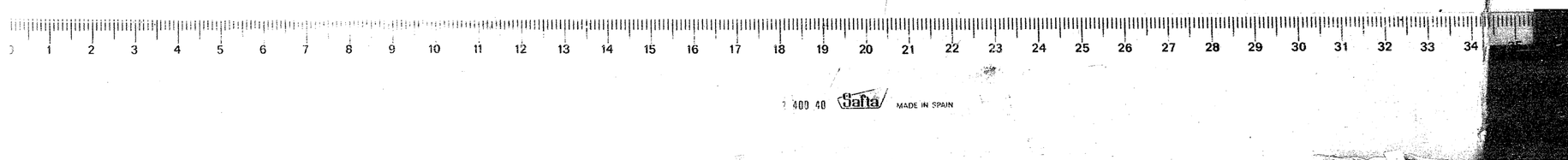



1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34
400 40
Safta
MADE IN SPAIN

Absque Labore Nihil = μηδεν εἰ θερτε πονεῖ

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SERENISSIMI SABAVDIAE DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV Præsidis Primarij

RATIONALIA IN PRIMAM ET SECVNDAM PARTEM PANDECTARVM.

Ad sacram Cæsaream Maiestatem RVDOLPHI II. *Imperatoris sacratiss. inuictiss. & semper Augusti.*

Opus nouum, nec ab vllo antehac tentatum, in quo veræ ac genuinæ dubitandi decidendique rationes ad singulos penè versiculos adhibentur, & si quid obscuri extrinsecus occurrit dilucidè, ac breuiter quantum fieri potest, explicatur.

Cum INDICE *rerum & verborum locupletissimo.*

Del Col. de la Comp.a de Jhs. de Gran.a B.C.

LVGDVNI,
Apud Petrum & Iacobum Chouët.
M.DCXIX.

A
112

SACRÆ CÆSAREÆ MAIESTATI RVDOLPHI II.

IMPERATORIS SACRATISSIMI,

Inuictiſſimi ſemper Auguſti, Antonius Faber P. F.

REDEBATVR mole ſua laborare iuriſprudentia, cum ad ter centena vſq; verſuum millia imperatore Iuſtiniano excreuiſſet, nec parùm verendum erat, ne tandem res eò recideret, vt nemo foret qui vel eam ſcientiam vellet capeſſere, quam infinitam eſſe putaret, vel non infinitam eſſe crederet, quæ nullis penè librorum finibus concluderetur. Quàm iuſtiùs liceat nobis hodie exclamare, Sacratiſſime Cæſar ſemper Auguſte, in ea nos veniſſe tempora, quibus neceſſe ſit iuriſprudentiam grauiore ſua mole non tam laborare, vt anteà quàm ruere iamiam præcipitem, ſi non præſtò ſit, qui opem & ſuppetias ferat, cùm in eam excreuerit non verſuum, aut librorum ſed voluminum quantitatem, & magnitudinem, quàm nec iuris ſtudioſus quiſquam vel oculis capere, nec ipſa iuriſprudẽtiæ amplitudo ferre amplius poſſit. Tantò miſeriore temporum noſtrorum conditione, quantò certiùs eſt farragine iſta ſcriptorũ, non modò ſtudioſorum animos plerumque deterritos à tam præclaræ ſcientiæ ſtudiis aut inchoandis, aut etiam proſequẽdis reuocari, quod vnũ Iuſtinianus verebatur, ſed quod longè indigniùs eſt, ipſam quoque iuriſprudentiam ſic deformari, vt nec ſi Oedipi eſſent quotquot iura profitentur, vlla tamen veteris ſcientiæ veſtigia vel delineamenta poſſent agnoſcere in ea, quæ hodie omnium optima, & pulcherrima eſſe exiſtimatur. Poterat olim ſi quis erat tam delicatus vt tot librorum Iuliani, Pomponij, Scæuolæ, Pauli, Vlpiani, Papiniani cæterorúmque huius ordinis Iureconſultorum ſatietate fatigaretur, vnum ex omnibus eligere in quo ſibi maximè placeret, qui ſiue Papinianus fuiſſet, ſiue alius minimus inter tantos viros, tantus certè fuiſſet, vt nec alio nec meliore magiſtro ad veram iuris ſcientiam comparandam ſtudioſo cuiquam opus fuiſſe videretur. Adeò erant iis omnibus obuia & explorata Principia iuris, conſentientibus omnium ſententiis & conſpirantibus animis ad ea ſtabilienda fundamenta, quæ & rationi iuris, & quod eſt conſequens naturali æquitati adprimè cõuenirent. Itaq. tantæ huius tamq; vaſtæ ſcientiæ magnitudini nihil tùm oberat niſi ſua magnitudo, quàm tamen ſi quis aut excellentioris ingenij acumine aut improbi laboris pertinacia exhaurire potuiſſet, Deus bone quàm ſubtilior, quàm doctior, quàm denique prudẽtior euaſiſſet, qui in tot librorum millibus nihil niſi miram elegantiam, incredibilem ſubtilitatem, rerum denique omnium diuinarum & humanarum notitiam admirabilem, vidiſſet, legiſſet, didiciſſet. At quotuſquiſque hodie eſt, qui etiamſi in omnibus iuris noſtri interpretibus, ſi fieri poſſet, deuorandis, quod plerique faciunt in euoluendo vno Bartolo, ætatem totam miſerè velit conſumere, id tandem aſſequi aut ſperare poſſit, vt in eum euadat, quem Papinianus, aut Iulianus ſi reuiuiſceret, in veterum illorum prudentum ordinem poſtremoſq; numeros adſciſci, & cooptari pateretur? Equidem ſoleo dicere, nec veriùs quicquam dici poſſe arbitror, Si de Bartoli aliorumq; interpretum omnium qui Bartolum pro anteſignano habent eruditione Papinianus conſuleretur, nihil eum aliud pro ſua modeſtia reſponſurum, niſi quod nullam in eorum ſcriptis antiquæ prudentiæ imaginẽ agnoſceret, Omnia è contrario quæ prudentes illi veteres tam accuratè, luculenter, & eleganter tractauerant, non modò in fœdiſſimam degeneraſſe barbariem, ſed quod multò grauiùs eſt, denſiſſimis errorum tenebris adeò inuoluta & deprauata fuiſſe, vt in iis controuerſiis quæ vel minimam dubitationem admittũt, ſi quæratur quid verius, id vnum maximè inſpiciendum videatur, quid Bartolus, quid vulgus interpretum habuerit pro falſo. Quanquam parum hoc curandum videretur, ſi nobis eſſet integrum omiſſo Bartolo, reiectiſque interpretum ſomniis ad Papinianum redire, ac de omnibus, quæ ad iuriſprudentiam noſtram pertinent, eos conſulere quos Bartolus ipſe ſi viueret, multò ſe meliores ac prudẽtiores fuiſſe non negaret. Sed eò iam deuentum eſt & temeritatis & inſaniæ, vt is omnium optimè ſentire exiſtimetur

qui cum Bartolo, Baldóve ſentiat, is omnium rectiſſimè ac tutiſſimè iudicare qui iudicet ex communiore interpretum opinione. Nec dubitatur quin litem ſuam faciat, quiſquis audeat contra receptas interpretum concluſiones pronunciare, quantamcumque iuris rationem aut Papiniani autoritatem iudicatum præ ſe ferat. Ita fit vt cùm olim ſola iuris non etiam facti quæſtio ad Iuriſconſulti officium & dignitatem pertinere crederetur, hodie contra nobiliſſimi cuiuſque Doctoris opera in ſola facti inueſtigatione verſetur, dum nihil aliud ſibi inquirendum putat quiſquis ex arte ius docuiſſe aut de iure appoſitè reſpondiſſe videri velit, quàm quid Bartolus, quídve frequentior interpretum ſchola ſenſerit, non quid ſentire debuerit. Quod cùm in Philoſophia iam olim Ariſtoteles ſtultum putauerit, tum maximè in iuriſprudentia noſtra non ſolùm periculoſum, ſed etiá miſerandũ, nec vnquam ferendum eſt, ne alioquin eueniat, vt dum ius pro iniuria redditur, quod paſſim & quotidie fit, reſpublica quæ ſine iuriſprudentia non magis quàm ſine ciuibus poteſt conſiſtere, per inſaniam eorum qui ſe prudentes audẽt dicere, tandem ſubuertatur. Quàm enimeſſet melius ac fructuoſius totam penitus deleri, & à Republica profligari iuriſprudẽtiam, quàm retineri totq; honoribus coli eam quæ ſolo contenta nomine nihil præterea niſi merá oſtentet iuris ignorationem? Hinc nimirum tot iurgia non inter litigatores tantùm quod eſſet leuius, ſed inter ipſos etiam Doctores, quos inuicem cõciliare multò difficiliùs fuerit, quàm lites omnes quotquot Rempublicam Chriſtianam miſerè lacerant, componere, vt in tanta opinionum diſſenſione parum ſit ſcire quænam ſit communis opinio, ſi quæ communior ſit ignoretur. adeoq; nec quæ communior, ſi quæ communiſſima euaſerit, neſciatur. Hinc tanta litigatorum pertinacia, dum ſibi quiſque futuram litis victoriam ſperat & adſerit ex ea Doctorũ opinione, quam vel à minimo leguleio audierit eſſe cõmunem. Hinc deniq; tot patrimoniorum & familiarum euerſiones, cõdemnatis vt plurimum iis pro quorum victoria ſi Papinianum iudicem haberent, nec Vlpianus nec Paulus quamuis gloriæ Papinianeæ alioquin æmuli ſpondere, reſpõdereq; dubitarent. Vnum hoc reſtat antiquæ ſi non prudẽtiæ, certè vereundiæ monumentum, quod hucuſq. tam audax & imprudens nemo fuit, qui tantá Bartolo cæteriſq. interpretibus gratiam tribuere auſus ſit, vt non fateantur quotquot ſunt ætate noſtra Bertachinici Doctores, ſi quando communis opinio à prudentũ reſponſis, aut ab Imperatorum reſcriptis abhorreat, potiorem eſſe debere legum, quàm interpretum, autoritatem. Quamquam hoc ipſum eludunt facilè cùm leges ipſas, quatumuis clarè diſertéque repugnantes, non alia interpretatione donari patiuntur quàm quæ à Bartolo, aliiſve qui numero Bartolum vincant (quis enim autoritate vinceret?) probata inueniatur, vt dubitari non poſſit quin mala fide faciant in eo ipſo in quo id agunt, vt videantur pro vero fateri, quod falſum dicere, non minùs pudore, quàm conſcientia prohibeantur. Sed tamen ne iis liberum ſit hoc quoque nobis præripere quod vnicum reſtat in tanta miſeria ſolatiũ, iuuat credere nihil ab iis dici fieríve, niſi ex bona fide, nec id negari de quo certè ſani iudicij nemo vnquam dubitabit, nullam Bartoli, nullam Baldi, vt cæteros veluti minorũ gentium Deos taceam, neq; dignitatẽ neq. eruditionẽ eſſe, ſi cum veterum prudentũ ſiue dignitate ſiue eruditione cõferatur. Neq. deſperabo, quandiu in hoc vno docti indoctiq; omnes conſentient, quin profligari tandem tot errores poſſint, ſuumq; iuriſprudẽtiæ noſtræ decus reſtitui & à ſuperiorũ temporũ barbarie inſcitiaq; vindicari. Vicerit enim præclarè, totumq; negotium feliciter confecerit, ipſo etiam aduerſariorum iudicio, quiſquis conuincere poterit, tot ſententias interpretũ, aut à prudentum reſponſis, aut ab Imperatorũ reſcriptis, aut deniq; ab ea iuris ratione quam prudentes ipſi, & Imperatores pro certa lege ſemper ſecuti ſunt longè lateq; abhorrere. Ingens planè opus, & multò maiùs quam vt ab vllo ætatis noſtræ Iureconſulto ſuſcipi poſſe videatur. Nec ſi nouus aliquis exoriretur nobis Papinianus, niſi qui, vt noſter ille magnus, & tet maximus, præcipua apud Imperatorem autoritate fortaſſis etiam præfecturæ dignitate fulgeret. Quid enim ſperare aut ſibi adrogare poſſit induſtria & diligentia vnius hominis, cui dimicandum ſit cum tot hoſtium millibus, quibus fauere nec ſcholæ ipſæ, nec tribunalia erubeſcant? Atq; vtinam ſeculi noſtri felicitas ea eſſet, vt tam facilè Papinianũ aliquẽ rediuiuum haberemus, quàm magnus ſingulari Dei Opt. Max prouidentia nobis obtigit Imperator, qui & labanti propemodũ Reipublicæ Chriſtianæ ſubueniret, & iam collapſam iuriſprudentiæ maieſtatẽ erigere poſſet, vellétq; Tibi vni, Sacratiſſime Cæſar ſemper Auguſte, vterque hic honor debebatur, vt & veſanam Turcarũ audaciam quæ toti Romano Imperio extremam perniciem minabatur armis cõprimeres, & Romani iuris dignitatem ab alio barbarorum genere oppreſſam, quod ſola nominis tui autoritate fieri poteſt, vindicares. Ac quamquam ea rerum noſtrarũ condicio, tuæq. & pietatis

tatis & magnanimitatis ratio eſt, vt vix vllus bellorum finis ſperari poſſit, quandiu Mahumetanum imperium tuo æmulum videri volet, ſatis tamen abundéque ad gloriam tuam eſſe poſſet, quòd auitos maiorum tuorum triumphos quibus nihil vnquam glorioſiùs fuit aut eſſe poterit, tot victoriis, trophæiſque tuis coæquaris. Tantò feliciùs quantò grauiora fuerunt pericula, quæ iſtas tibi victorias pepererunt. Bella enim cætera, vt minùs neceſſaria fuerant, ita etiam minùs periculoſa. Tua, Cæſar Inuictiſſime hoc ipſo & periculoſiora & prudentiora, quod magis neceſſaria. Vicerunt alij vt triumpharent, Triumphaſti tu, quia victi. Et victi, non vt triumphares, ſed ne de nobis, déque aris noſtris inſolens hoſtis triumpharet. Vicerunt illi vt plurimum ambitione gloriæ, Tu neceſſitate victoriæ, & eo tempore quo non vincere vinci fuiſſet. Illi copiarum magnitudine regnorúmque exterorum multitudine cæterorum etiam Principum adſcita in eam rem conſpiratione, Tu ſolis fretus & animi & Imperij patrimoniíque tui viribus, ſed Religionis noſtræ potiſſimùm, quam tueris, ſanctitate. Enimverò ſi ad iſtam tot victoriarum gloriam illa etiam cogitatio curáque accedet reſtaurandæ iuriſprudentiæ, liceat mihi quæſo per Sacram Maieſtatem tuam prædicere & augurari, non modò parem ſed multò maiorem, longioremque fore laudem quam inde apud exteros etiam, poſteróſque reportabis: vel hoc vno maximè quòd tota erit tua, nec vlla ex parte, vt illa ſuperior cum auis tuis communicanda. Fauerunt illi quidem literis, vt tantos deceſſit Imperatores, ſed qui ex iis literas ipſe fouerit, coluerit, ornauerit, Muſas denique omnes & totas ſuas fecerit, quod à teneris annis feciſſe te ac facere quotidiè ſciunt etiam ij qui non vident, nemo certè hucuſque fuit. Etſi verò literarum omnium, vt & virtutum communis honos iſte eſt, quod te non ſolùm fautore & Mecœnate, ſed etiam domino & poſſeſſore gloriantur. Habet tamen Iuriſprudentia noſtra quod eo nomine ſibi præcipuo quodam iure gratuletur, quod coniunctam videt dignitatem ſuam cum Romani tuíq; Imperij Maieſtate, ad quam certè pertinet, quod non minùs appoſitè quàm verè Iuſtinianus dixit, vt perinde legibus armata ſit, atque armis decorata. Ac cæteris quidem ſcientiis fauere cæteri Principes & ſolent & debent, vt id tandem aſſequantur, quod vix alio, quàm Principum exẽplo fieri poteſt, ne in puluere iaceant, & ſine honore. At Iuriſprudentiæ noſtrę bene eſſe etiam ſi maximè omnes velint, numquam tamen ſine te facient, vt ea in melius reformetur. Ius enim Romanum eſt, de quo tuendo, reſtituendóque agimus, non Gallicum, non Hiſpanicum, non Anglicum, aut Indicum, ne dubitare quiſquam poſſit ad Sacroſanctæ Majeſtatis tuæ curam & ſollicitudinem totum hoc quicquid eſt, non ad alios vllos Principes pertinere. Quanquam nec verẽdum eſt, vt ex cæteris Principibus quiſquam ſit tam inconſultus, qui hoc tuum inſtitutum probaturus non ſit, & quibus facere poterit rationibus, adiuturus. Non ob id ſolùm quòd nefas ſit aliis non placere omnibus ea quæ tantò placuerint Imperatori, ſed etiam publicæ ac priuatæ cuiuſque vtilitatis grátia, ſi modò tales erunt, quales eſſe Principes omnes debent vt populorũ ſibi ſubditorum commoda quàm maximè ad ſuas rationes pertinere arbitrentur. Quàm verò feliciter accidit, nec ſine magno diuinæ prouidentiæ conſilio, vt in eadem iſtá imperij tui tempora inciderit Pontificatus Clementis Octaui & Pontificis & Iurecõſulti Optimi, Maximi, qui pro ſingulari ſuo erga rempublicá Chriſtianam, noſtrámque iuriſprudentiam ſtudio, ſicuti bellicos tuos in Turcas conatus, quanta poteſt & nummorum & militum copia iuuare non deſinit, ita nec quicquam haud dubiè prætermiſſurus eſt, ſi benè ominor, quod facere ille poſſit (quid verò non poterit?) vt tam præclarum tuum de reſtituenda ſcientiæ noſtrę dignitate propoſitum adiuuet, ac fortunet: Quem memini ergo cùm ſuperiore Iubileo Romę viuerem, ita iam affectum eſſe, vt ſi qua de iure dubio ac cõtrouerſo emergeret quæſtio, nõ tam Doctorũ autoritatibus quàm rationibus & legibus decertari pateretur, aut ſi quando ſubſidiario iſto Doctorũ auxilio res egeret, non alios nominari vellet, quàm qui proximo ſeculo ante Philippum Decium floruiſſent. Nimirum expertus compertúmque habens pro ea qua præſtat eruditione, rerúmque omniũ tractandarũ peritia, colluuiem illam ſcriptorum quæ ab eo tempore in immenſum penè creuit, indignam planè eſſe cui aliqua iuris autoritas tribuatur. Ac rurſum, quàm ſæpe vidi, audiuíque Sereniſſimũ Sabaudię Ducem Carolũ Emanuelẽ propinquum tuum, vt ſolet ille menſas ſuas, obſonia, iocos etiam grauiſſimis ſermonibus condire, quibus adſtantem ſibi aulicorum & lectiſſimorum virorum coronã exerceat, conquerentẽ de tanta Iuriſprudentię infelicitate, mirantémque vnde fieri hoc poſſit, vt in ea diſciplina, quę omnia ex rationis præceptis æſtimare doceat, tantæ paſſim occurrant diſſenſiones, támque pugnãtia iudicia non modò ſingulorũ interpretum, ſed etiam ſupremarũ Curiarum, adeóque quod certè mirabilius eſt, communium opinionũ. Denique curioſiùs inquirentem, An non tanto huic malo mederi Principes poſ-

sent si hanc susc̃ipere curam vellent : quam nec dissimulabat se libentissimè susc̃epturum in eámque rem prestantissimos Iureconsultos,quibus abundat, adhibiturum, si tam facilè imperiis suis rem perfici posse crederet,quàm à se imperari: vt facilè appareret tantum Ducem imperatorios gerentem spiritus , & eo dignos Principe qui tot atauis Imperatoribus téque præsertim cognato glorietur,nihil non ausurum in hoc quoque tam iusti belli genere,si exemplo suo reliquos Principes ad idem audendum inuitari posse speraret, vel, quod magis credere debeas,si fas cuiquam esse putaret id sibi adrogare, quod soli majestatis tuæ autoritati debeatur. Vt verò id & adgrediaris & perficias quod post Iustinianum alius Imperator nemo ne quidem tentare cogitauit,non ea tantũ ratio miserationis mouere te debet,quòd deploranda certè sit eorum omniũ conditio , qui ad hæc studia accedentes,nec vnde incipiant habent,nec vbi absoluãt,vt nihil sit de quo magis mirer,quàm quod etiamnum tam multi sunt , qui iurisprudentiam ament ; nihil de quo minùs , quàm quòd ex tam multis penéque innumeris amatoribus , tam pauci sunt qui in bonos euadant Iureconsultos:Sed illa etiam, quòd res planè digna sit tanto Imperatore, nec minorem tibi gloriam, quàm vniuersæ Reipublicę Christianę vtilitatem allatura. Quid enim Iustiniano nostro tot victoriis glorioso accidit vnquam gloriosiùs,quàm quod ius nostrum,quasi antea incertum & vagum,coegit,redegítque in ordinem ? Vilescit sola temporis longinquitate memoria, decúsque victoriarum , quarum scilicet nullus fructus,aut si aliquis , sanè nullus sensus est posteris,quibus nec vincendi necessitas,nec victoriæ spes communis vnquam fuit. Neque iam ferè quisquam est,qui Iustiniani triumphos commemoret,nisi fortè vt Belisarium aut Narsetem potiùs,quàm vt Iustinianum laudet. At quod Iurisprudentiam restaurasse vel saltem reformasse creditur,etsi Triboniano, Dorotheo, Theophilo, cæterisque Antecessoribus,quorum ille opera & diligentia vsus est,acceptum potiùs ferri debet,proprium tamen sue gloriæ fecit,quia bellorum quidem susc̃ipiendorum consilia ex necessitate fuerunt,eorundem verò,vbi susc̃epta fuerint,bene felicitérque confectorum laus tota ex euentu. At de restauranda vel reformanda iurisprudentia cogitare , opus fuit propriæ electionis, summæque prudentiæ. Restaurasse verò vel reformasse,tam magnum quiddam, támque vtile omnibus quotquot vnquam erunt qui Iurisprudentiam amabunt, qua nihil est, vt ego quidem existimo, pulchrius, suauius, amabilius, vt mirum non sit,ex eo consilio quod perpetuum & immortalem fructum posteritati attulerit,immortalem quoque gloriam esse consecutam.Et tamen fuit illo ἀναφαλέντος, si vera narrãt historiæ,nec minùs literarum rudis, quàm armorum. Cui hoc vnum beatissimè contigit, quod tantos támque præstantes in vtraque disciplina viros habuit. Ipse verò tantum & animi , & prudentiæ , quantum necesse fuit,vt ex aliorum laboribus & sudoribus propriam sibi gloriam compararet. Adeò facile est bono Principi bene imperare, nihílque non præstare , vt & belli & pacis artibus excellere videri possit,si modò didicerit lectissimi cuiusque vel bellatoris vel Iurisconsulti industriam exigere , aut quod expeditius est, oblatam vltrò non recusare. Quanquam in hoc ipso quod Iustinianus tam præclarè fecisse prædicatur , vereor ego ne magnam potiùs iustámque facti sui incurrere debuerit reprehensionem. Quod enim ille certo legum librorúmque numero concludi ius nostrum voluit, bene ac prudenter planè ab eo factum fuisse agnosco , vt infinitæ pulchritudinis scientiam finiti laboris dulcedine & pulchriorem faceret,& dulciorem. Sed quod tot prudentũ vigilias,elegantias volumina,multorum etiam nomina ipsa flammis perire voluit,nobísque inuidit , durius certè est, quàm vt ferri nedum laudari posse videatur. Quid enim vetabat iis omnibus scriptis quæ extra Pandectarum corpus fuissent , autoritatem adimere , nec eò minùs tamen scripta ipsa salua integráque conseruare,vt si non legum,saltem Commentariorum vim haberent ? Vna quippe ratio illa erat,quæ posset impedire ne barbaris istis egeret posteritas, quos aliquando futuros præuiderat Iustinianus si non prohiberentur , quósque nec aliam ob causam superuenisse ac inualuisse credendum est , quàm quia meliores & peritiores interpretes defuerunt. Neque rursus tam rectè & ordinatè dispositum fuit à Iustiniano corpus hoc totum quod ex antiquæ iurisprudentiæ reliquiis conflatum voluit,vt non melius aliquid fieri potuerit,si Papinianum ille aliquem pro Triboniano habuisset,non Tribonianum pro Papiniano. At quantò gloriosiùs tibi , & extra omnem reprehensionis aleam futurum esset, Cæsar Augustissime , si quod ipse in prudentum libris & imprudenter satis & infeliciter præstitit , hoc ipsum tu in Bartoli cæterorúmque vulgarium interpretum commentariis felicius fieri tandem iuberes ! Non equidem vt igni flammísque vouerentur : (nam neque vellem tam iniurius esse in eos qui licèt publicè nocuerint , publicè tamen prodesse voluerunt , neque humanitati Majestatis tuæ conuenit vt in mortuos sæuiat , quæ viuis nouit

houit ignoscere) sed hactenus tamen vt nulla iis fides,nulla in posterum autoritas constaret,nisi quam ab ipsissima iuris ratione mutuarentur. Quid enim noceret, relictam vitam, quibus adempta esset dignitas. Prodessent potiùs vt prudentiorum & politiorum scriptis elegantioribus perpetuo lustro esse possent. Nullóne igitur extare vellem in Pandectas Codicémque commentarios ? Nullámne penitus tam obscurarum legum interpretationem? Imò, inquam,Commentarios esse aliquos prorsus necesse est,sed quales quantósque esse Iustinianus voluit,breues,faciles, expeditos, & ad hoc tantùm comparatos, vt ex iuris nostri Principiis legum omnium & singularum verus,germanúsque sensus peteretur. Sic namque fieret, vt quemadmodum Papiniani temporibus vix quisquam erat inter eos qui iuris peritiam profitebantur,adeò imperitus,qui si aliquod tanti viri responsum vel obscurissimum legisset, de ipsius siue sententia siue ratione dubitare vel tantillum potuisset, at de illo solo potiùs,quod non nisi magni poterat esse ingenij: An bene Papinianus sensisset, an malè : Ita nec hodie nobis tantopere laborandum esset in eo inuestigando, quid prudentes sensissent, Quod tamen vbi essemus assecuti , non illa rursus torquere nos posset quæstio , quæ veteres exercebat : An bene sensissent ij, quorum responsa pro legibus habere cogeremur. Nihil autem est, quod in hanc rem commodius,aptius, & breuius, meo iudicio fieri possit, quàm si ad singulos iuris locos ac penè versiculos aptentur veræ acgenuinæ dubitandi, decidendíque rationes ; Non quales comminisci Tirones nostri solent cùm se in Academiis exercent, pueriles vt plurimum, & vel ridiculæ, vel ex falsis propositionibus depromptæ (etsi neque hoc exercitij genus improbo, Adeò bona sunt ad aliquid etiam ea quæ vel minimam boni habent imitationem) sed quas non alius vel indagare sagaciter, vel enarrare perspicuè possit , quàm qui in Principiis & explicandis & applicandis adprimè longáque exercitatione sit versatus. Nam cùm vtrisque si veræ acgenuinæ sunt, commune illud sit vt ex Principio aliquo pendeant,hæc tamen differentia est, quod rationes dubitandi pendent à Principiis,quæ malè vel explicata sint, vel applicata, Decidendi verò ex iis,quæ contrà & benè intellecta sint,& ad propositam facti speciem rectè accommodata,quorum alterum ingenij acumine, ac subtilitate perficitur , Alterum verò exacti, optiméque à natura & ab arte informati iudicii abundantia & ratiocinatione.Ita verò formatis ad veterem scientiam studiosorum animis , cùm dubitari non posset quid veteres in responsis suis voluissent , vix vnquam eueniret vt ignoraremus quid in iis etiam casibus respondendum esset, de quibus nihil illi respondissent. Quàm enim magna imperitiæ ac infantiæ nostræ probatio & exprobratio ista est, quod totam ætatem & industriam in eo vno consumimus,vt quasi diuinaturi coniiciamus quid prudentes in responsis, quid Imperatores in rescriptis senserint suis,& in eo tamen ipso passim labimur, erramus,cæcutimus, Dicerés,Turcico aut barbaro aliquo idiomate conscriptas leges nostras,quæ tamen tam puro elegantíque sermone nitent , si ea tollas quæ de suo ingenio stilóque Tribonianus adsperserit,vt nihil potuerit scribi elegantius. Quàm essemus ineptiores & infantiores, si de iisdem ipsis rebus nunc primùm leges conscribendas dictandásque haberemus ! At neque dubitare quisquam posset , quid in Bartoli aliorúmque commentariis verum esset, quídve falsum,si ad eum vsque peritiæ gradum venire datum esset , vt de vero germanóque legum sensu nulla dubitatio superesset. Nam quid verum apud interpretes esse potest nisi quod cum iuris ratione consentiat? Quid falsum nisi quod dissentiat ? Essent denique apud nos hodie omnia tam certa & aperta,quàm apud istos dubia sunt,& obscura. Quid enim tam exploratum in iure nostro esse potest , quod illi mera iuris ignoratione non fecerint arbitrarium?Quasi ius nostrum opinione hominum magis quàm reipsa & ratione cõsistat.Hoc verò est,Cæsar augustissime,quod mihi in his studiis tot iam annos laborãti, insudanti, anhelanti,mouit primùm indignationem,deinde ex indignatione non stomachum,sed ingenium vt cogitarem ecquid tandem à peritioribus in hoc scribendi genere tentari oporteret, vt totam Iurisprudentiam ad Principia sua reuocarent , postea quid ego minimus quidem,sed tamen primus præstare possem,experirer.Itaque ab eo tempore adgressus sum eformandam IVRIS PRVDENTIÆ SCIENTIAM : Opus vtique magnum inquumq; quo id ago quantum possum vt demonstrem,quod vix credet quisquam nisi qui viderit:Non certioribus Principiis Mathematicas ipsas quàm Iurisprudentiam constare, Nihílque in libris nostris esse quod non certa constantíque ratione fulciatur , nullam rationem quæ non ad Principium aliquod reuocanda sit,ex eóque æstimanda.Sed cùm & Principia omnia ex ordine tractanda essent,& ad singula subiiciendę interpretationes earum legum quæ ex ipsis deducuntur, Visum est non aliter me aut melius posse tantam rem præstare , quàm si primùm ad singulas leges , quænam dubitandi , quænam decidendi ratio effet dilucidè ac

Bibliot. S.R.O. Pr. Lobnic. Cong. Orat.
D. 20 Martii
1696

EPISTOLA DEDICATORIA.

quantum fieri posset,breuiter adnotarem, vt aptior esset suus cuique interpretationi locus, nec in magnitudinem immensam opus crescceret, quod placere omnibus vellem ego non minùs breuitate,quàm elegantia,si qua erit,& facilitate.Inde nouum cõsilium alterius huius noui huius operis & inchoandi & cõcinnandi,quod apposito,ni fallor,nomine RATIONALIA inscripsi, vt quid in eo præstitissem, aut saltem quid præstare voluissem, ex inscriptione sola intelligeretur. Etsi non tam opus ipsum,quàm futuri operis specimen hoc esse volo.Nam præter id quod ex septem partibus in quas Iustinianus Pandectas diuisit,primam tantùm absoluimus,quæ & minore librorum numero constat & leuioribus difficultatibus plena creditur,in ea ipsa elaboranda aliter atque aliter versati sumus.Primum enim librum leuiusculè prosecuti,siue quòd rudiores Tironum animi ex cõsilio Iustiniani maiore commentariorum breuitate ac facilitate fuerint prouocandi,siue quòd is liber ferè totus sit de magistratibus eorúmque officiis,quæ penè omnia sunt iuris constituti,in secundum librum qui de iurisdictione est & de iis quæ ad iurisdictionem pertinent scripsimus paullo copiosiùs,neque tamen Accursij glossas aut Bartoli quæstiones valdè curauimus. Sed in tertium & quartum multo exactiùs,ni fallor, & ad eum modum, quem si in reliquo toto opere absoluendo tenere possem, facilè mihi persuaderem fore vt non valdè Accursium, aut Bartolum, at neque alium fortasse quemquam magistrum iuris studiosi essent in posterum desideraturi.Neque tamen hoc ideo à me dictum velim quasi mihi adrogem vt magnum aliquid putem me præstitisse. Quid enim tale possim præstare in tanta támque continua & publicarum & domesticarum occupationum importunitate?Sed hoc contendo,si quis pari animo,at feliciore ingenio præditus idipsum quod à me nunc primùm tentatum fuit,feliciùs peragendum susciperet,peragerétque,fore vt is demum veram rectámque iuris edocendi rationem docuisse videretur. Aut enim nulla prorsus iuris nostri medulla est, aut si qua sit, tota certè huiusmodi Commentariorum genere & continetur, & explicatur. Erit mihi satis supérque ad gloriam, tanti operis támque noui instituti fundamenta iecisse, & quid ab aliis peritioribus in pari conatu præstantius fieri possit debeátque indicasse. Nec tamen desinam inchoatum opus persequi, quándiu & vita suppetet, & alius eruditior nemo occurret qui hanc nobis laudem velit inuidere, si modò tibi vni, Cæsar Augustissime, ctiius nomini numiníque totum hoc quicquid est erítque laboris & ingenij nostri dedico ac voueo (cui enim alij conuenientiùs possim,aut debeam?) vota nostra grata probatáque esse cognouero.Nam de iuris studiosis quin gratiam habituri sint non dubito, fructúmque ex hoc proposito nostro vberrimũ cõsecuturi.Habet Cęsarea Maiestas tua quàm plurimos præstátiores Fabros.Quid Fabros? Imò Tribonianos,aut etiá ne quid de ipsorum laudibus detraham, Papinianos,certè vt dicam veriùs,ac citra omnẽ adulationis suspicionem, præstantissimos Iureconsultos,Papiniano quidẽ inferiores,sed tamẽ Triboniano longè meliores,quorum industriæ ac diligentiæ possis negotium hoc curandum dare. Digna enim res est, quæ non vni aut alteri, sed pluribus committatur, vt quod à singulis præstari fortasse non posset,id ab omnibus coita sollicitudinis & laboris societate quàm exactissimè perficiatur.Inter quos si ego is essem qui vel postremus numerari mererer,quid (obsecro) mihi vel optatius,vel honorificentius posset accidere, quàm sub tanto Imperatore ita imperante,de meo aliquid pro iuris Romani dignitate in commune contulisse?Quod quoniam per ingenij mei tenuitatem sperare nec possum, nec debeo, reliquum est vt hoc tamen à Deo Opt.Max. supplex postulem & exorem, vt tuis saltem & auspiciis & imperiis Cæsar Augustissime,ad diuini nominis gloriam totiúsque reipublicæ Christianæ vtilitatem & Mahumetanum imperium opprimatur,subuertatur,deleatur, & Iurisprudentiæ dignitas ab imperitorum barbarie vindicata suo decori quàm honorificentissimè restituatur.Interim verò quantulumcumque hoc est quod volo,quod possum,quod præsto,sic accipere sacrosancta Majestas tuá dignetur,tanquam ab eo profectum,qui non equidem maiora vota,sed tamen digniora obsequia,si Deus dabit,aliquando sit fortassis oblaturus. Viue,Cæsar Augustissime. Viue,impera,& vince.Dat.Necij Allobrogum Cal.Mart.

1604.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI, SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV Præsidis Primarij

RATIONALIA

Ad libr.I. Pandectarum.

TITVLVS I.

De Iustitia & iure.

I. VLPIANVS libro I. Institutionum.

VRI[a] operam daturum priùs nosse oportet,vnde nomen iuris descendat[b].Est autem à iustitia appellatum[c].nam,vt eleganter Celsus definit, Ius est ars boni & æqui[d]. Cuius meritò quis nos sacerdotes[e] appellet, Iustitiam namque colimus:& boni,& æqui notitiam[f] profitemur:æquũ ab iniquo separantes[g]:licitum ab illicito discernẽtes:bonos non solùm metu pœnarum,verumetiã præmiorum quoque exhortatione[h] efficere cupientes:veram,nisi fallor,philosophiam[i] non simulatam affectantes.

Ad l.Iuri 1.

a *Iuri*,hoc est,arti iuris,quæ mox definitur ars boni & æqui.

b *Descendat*.Nam quid nominis præcedit quid rei, vt dicunt Philosophi,& hic locus benè probat.Valet autem argumentum ab etymologia si non semper affirmatiuè,semper tamen negatiuè,Præsertim apud Iurecõsultos qui proprietatis verborum sunt studiosissimi.Vnde totus ille tam elegans,támque necessarius tractatus *De verbor.& rer.signific.*

c *Appellatum*, quatenus scilic. sumitur in concreto pro arte iuris, Alioqui iustitia potiùs à iure est appellata *l.*10.*j*. Concreta enim sumunt denominationem ab abstractis,non contra *l.*1.*j.De pact.*

d *Boni & æqui*.Ius enim quod opponitur æquitati *l.*1.*C.de legib.l.*8.*C de iudic.l.*2.*§.item Varus.infr. de aqua pluu.arc.* ius summum est quod dicitur summa crux, & summa iniuria: Denique ius in abstracto. Hîc autem agitur de iure in concreto, Vnde & Iurisprudentia appellatur *d.l.*10.*§.vlt.*

e *Sacerdotes*,quia leges sacræ sunt *l.*9.*C.de legib.* proinde sacra ciuilis sapiẽtia, ideoque nec nummario precio æstimanda *l.*1. *§.proinde. de var. & extr.cognit.* iunct.*l.*9.*§.vlt.De rer.diuis.*

f *Notitiam*, quæ tamen difficillima & periculosissima est *l.*91.*§.*3. *de verb.oblig.l.*31.*inf. depos.* §.1.*de except.*

g *Separantes*. Ratio dubitandi.Respõdent plerumque I.C.contra æquitatem,vt in *l.*12.*§.*1.*qui & à quibus manum*. Ratio decid. Imò semper ea æquitate nisi cùm expressim lex in contrarium scripta est,vt ibi & *d.l.*1.*C.de legib.*

h *Exhortatione*.His enim duob.veluti vinculis,pœna,& præmio vniuersa Reip.salus continetur.

i *Philosophiam*.Eleganter Plin.*lib.*1.*Epist.*10.

1 ¶ Huius studij duæ sunt positiones[a],publicum & priuatum.Publicum ius est,quod ad statum rei Romanæ spectat[b].Priuatum,quod ad singulorum vtilitatem.sunt enim quędam publicè vtilia,quædam priuatim[c].Publicum ius[d] in sacris,in sacerdotibus, in magistratibus consistit.Priuatum ius tripertitum est[e]:collectum etenim est ex naturalibus præceptis, aut gentium,aut ciuilibus.

Ad §.1.Huius studij.

a *Positiones*,id est duæ sunt partes,ex quibus totum ius componitur.
b *Spectat* principaliter & immediatè.Nam & quod singulis priuatim vtile est, ad statum rei Romanæ etiam spectat, sed non nisi per consequentias. Et contrà quod publicè vtile est ad singulos quoque pertinet, sed per consequentiam nõ principaliter.
c *Priuatim*. Ergo semper vtilitatem spectat legislator,aut priuatam, aut publicam, sed hanc magis quàm illam si quando inuicem discrepent *l.* 51. *§. vlt.ĩ.ad leg. Aquil. Auth.res quæ.C.comm.de legat.*
d *Publicum ius*, de quo tamen perpauca in libris nostris, hoc sensu.Nam quæ ad sacra sacerdotia,& magistratus pertinent ferè omnia sunt iuris constituti, quorum ars vix vlla esse potest. Quæ verò ad priuatum ius pertinent, maiore ex parte sunt iuris recepti, pendentque ex Principiis iuris. Cæterùm etiam quæ inducta sunt in singulorum vtilitatem dicuntur esse iuris publici si sint ex legibus, aut a constitutionibus Principum, Sed alio sensu, quia nimirum leges habent publicam autoritatem *l. 3. qui test fac.poss.l.38.De pact.l.15.§.1.ad leg.Falcid.*
e *Tripertitum est*. Nullum siquidem ius esse potest quod non sit referendum, vel ad naturale, vel ad gentium,vel ad ciuile.

2 ¶ Ius naturale est,quod natura omnia animalia docuit[a].nam ius istud [b]nõ humani generis proprium:sed omnium animalium,quæ in terra, quæ in mari nascuntur, auium quoque,commune est [c]. Hinc descendit maris atque fœminæ coniunctio, quam nos matrimonium appellamus[d].hinc liberorum procreatio,hinc educatio.videmus etenim cetera quoque animalia,feras etiam,istius iuris peritia censeri [e].

Ad §.2.Ius naturale.

a *Docuit*, hoc est, quod versatur circa eas res quæ hominibus cum brutis sunt communes, si tamen hoc præterea concurrat vt eas res faciant bruta animátia solo instinctu naturę,homines verò ratione & ratiocinatione,Alioqui edere,bibere,dormire essent iuris naturalis,quod falsum est.
b *Ius istud*,materialiter scil.sumptum non formaliter. Nam formaliter sumptum æstimatur ex ratione.
c *Commune est*. Ratio dubitandi. Bruta animantia non sunt capacia rationis.Ergo neque iuris, vt nec iniuriæ *l.1.§.1.D si quadrup. pauper feciss dicat.*
Ratio decidendi. De iure loquimur non formaliter sumpto,sed materialiter,vt dixi.
d *Appellamus*, quia hæc sola coniunctio ab hominibus fit cum ratione. Cæteræ solo impetu naturæ belluarum more.Idem est de liberorum procreatione & educatione *l.1. & pr.ff. C.de alend. lib.l. 22. §. vlt.de verb.signif.*
e *Censeri*,hoc est,coniungi marem fœminæ,fœtus suos procreare & educare, sed solo naturæ instinctu,nõ etiam ratione.Ergo nec iure. Locutio sanè valde impropria est. Propriè namque tale quid est, quale est formaliter,non quale materialiter.

3 ¶ Ius gentium [a]est quo gentes humanæ vtuntur.quod à naturali recedere facilè intelligere licet:quia illud omnibus animalibus[b],hoc solis hominibus[c] inter se commune sit.

Ad §.3.Ius gentium.

a *Ius gentium*.Ratio dubitandi.Multa sunt quibus gentes omnes vtuntur, quæ tamen constat esse iuris ciuilis non gentium, vt testamenta & stipulationes *l.3.qui testam.fac.poss.§.9.Inst.de action.*
Ratio decidendi. Iure gentium fieri dicũtur non quæ apud omnes gentes fiunt si aliud præterea nihil concurrat,sed quæ & apud omnes gentes, & ex ratione naturali fiũt. Æstimatur enim ius gentium sicut & naturale ex ratione naturali,Dissimile tantùm circa materiam,quia ius naturale versatur circa eas res quæ sunt communes hominibus cũ brutis. Ius gentium verò circa eas, quæ solis hominibus conueniunt.Cæterùm quod gentes omnes faciunt ex ratione non naturali,sed ciuili,iuris est nõ gentium,sed ciuilis *l.9.ĩ.hoc tit.* Nec obstat *l.8. §. vlt. de acceptil.*cuius sensus est,Hodie gentes omnes vti acceptilationibus,non vt hodie acceptilatio sit iuris gentium quæ ab initio non fuit,sicut è conuerso primũ bellum, prima captiuitas, prima permutatio & emptio non eò minùs fuit iuris gentium quod eo iure nondum cæteræ gentes vterentur.
b *Omnibus animalibus*, quantum ad materiam scil. non quantum ad formam,vt dixi.
c *Solis hominibus* etiam quantum ad materiam, In quo conuenit cum iure ciuili. Sed differt quãtum ad formam,quia æstimatur,vt dixi,ex ratione naturali,Ciuile verò ex ciuili.

2. POMPONIVS libro singulari Enchiridij.

VEluti[a] erga Deum religio [b]:vt parentibus [c],& patriæ [d] pareamus:

Ad l.Veluti 2.

a *Veluti*. Ratio dubitandi. Sunt quædam semina & scintillæ religionis in plerisque animantibus brutis, itémque pietatis erga parentes, & adfectionis sensus quidam in eum locum vbi nata sunt.
Ratio decidendi.Non omnibus brutis animantibus commune illud est,vt cætera omnia quę sunt iuris naturalis, sed quibusdam duntaxat, proprio ipsorum & peculiari instinctu. Itaque non eò minùs sunt ista iuris gentium.
b *Religio*, quæ scilicet sit cum ratione, non cum superstitione *l. 8. in princip. de cond. instit. l. 30. de pœn.*
c *Parentibus l.4.de reg.iur.*
d *patriæ l.1.§.15.de ventr.in possess.mitt.l.1.ad legem Iuliam maiest.l.19. §.7.de capt. & postlim.l.14.§.4. De munerib. & honor.*

3. FLO-

3. FLORENTINVS libro 1.Institutionum.

VT vim atque iniuriam propulsemus[a].Nam iure hoc euenit,vt quod quisque ob tutelã[b] corporis sui fecerit,iure fecisse existimetur.& cùm inter nos cognationem[c] quandam natura constituit,consequens est hominem homini insidiari nefas esse.

Ad l.Vt vim 3.

a *Propulsemus*. Ratio dubitandi. Brutis quoque animantibus & quidem omnibus commune illud est, vt vim vi repellant. Ratio decidendi. Inter solos homines non etiam inter bruta cognationem quandam natura constituit. Proinde soli homines eam violant atque ita iniuriam faciunt. Hanc ergo propulsare iuris gẽtium est non naturalis, cùm sit solorum hominum, & ex ratione tamen naturali *l.4.ad leg.Aquil.* licèt ius naturale non repugnet *l.45.eod.*
b *Ob tutelam*,non etiam vlciscendi causa *d. l.45. in fin.ad leg.Aquil.* Ad ea cum moderatione inculpatæ tutelæ,vt loquitur *l.1.C.vnde vi.*
c *Cognationem*.Cognati enim appellati sunt quasi ex vno nati, aut quasi commune nascendi initium habuerint *l.1.§.1.vnd.cogn.l.4.§.1.de grad.& adfin.* Omnes autem homines ab vno Adamo, aut potiùs ab vno Deo Opt.Max.commune initium nascendi habent.Vide Cuiac.5.*Obser.cap.*8.Adde *l.6.§.1.l.7.de seru.export.*

4. VLPIANVS libro 1.Institutionum.

MAnumissiones quoque iuris gentium sunt [a].Est autem manumissio de manu missio [b]; id est,datio libertatis.nam quandiu quis in seruitute est, manui & potestati suppositus est:manumissus liberatur potestate. Quæ res à iure gentium originem sumpsit: vtpote cùm iure naturali omnes liberi nascerentur,nec esset nota manumissio, cùm seruitus esset incognita:sed posteaquam iure gentium seruitus inuasit [c], secutum est beneficium manumissionis [d]: & cùm vno naturali nomine [e] homines appellaremur, iure gentium tria genera esse cœperunt: liberi [f], & his contrarium serui,& tertium genus liberti, id est,hi qui desierant esse serui.

Ad l.Manumissiones 4.

a *Iuris gentium sunt*.Ratio dubitandi. Manumissio non fit sine aliqua sollenni declaratione voluntatis, siue fiat in ecclesia, siue vindicta, siue per censum, siue per testamentum, aut aliam quamlibet speciem vltimæ voluntatis *§.1.Inst.de libert.*Ergo iuris ciuilis est non gentium,arg.*l.1.§.vlt.infr. De contr. empt.l.1.infr.locat.*
Ratio decidendi. Manumissiones omnes habẽt originem non quidem à natura quæ omnes fecit liberos,sed tamen à ratione naturali post introductas iure gentium captiuitates & seruitutes, vt ratio aliqua esset reddendę libertatis cuius tam multæ essent,amittendę.Ergo inspecta origine sunt iuris gentium, licèt ius ciuile addiderit posteà quasdam sollennitates.Origo enim & prima ratio spectanda est,maximè in definiendo quid cuius iuris sit an naturalis,an gentium, an ciuilis.
b *De manu missio*, id est, de potestate, vt sequentia explicant. Nam & è contrario mancipia dicebantur,quia manu capiebantur *l.4.ĩ.de stat.hom.*
c *Inuasit*.Ratio dubitandi.Seruitutes sunt contra naturam *d.l.4.§.1.de statu hom.* Ergo non ex ratione naturali,ex qua tamen ius gentium æstimatur.
Ratio decidendi. Supposità hominum malitiâ quæ cognationem illam à natura inter homines constitutam violauit,ratio naturalis quæ bellorum necessitatem induxit, eadem induxit etiam captiuitates & seruitutes ne occidi necesse esset eũ qui alioqui & hostis & liber à victore tutò haberi non posset. Cæterùm post inductam iure gentium seruitutem ex captiuitate cœpit etiam ius ciuile quosdam modos inducere irrogandæ seruitutis. Itaque hodie serui fiunt iure non modò gentium,sed etiã ciuili *l.5.§.2.infr.de stat. hom.l.vnic.C.de SC.Claud.* At iure naturali nunquam.
d *Beneficium manumissionis* quo nullum maius est vt nec quicquam pretiosius libertate.
e *Naturali nomine*.Sunt enim nomina quædam naturalia, quædam ciuilia,inter quæ multum distat *l. 7.ĩ de capit.minut.l.*10.*§.4.de grad.& adfin.*
f *Liberi*. Ratio dubit.Homines omnes liberi sunt iure naturali *l.32.de regul.iur.*
Ratio decid. Non tamen cœperunt dici liberi, nisi ex comparatione seruorum post inductas seruitutes.Itaque & libertatem, & liberos natura fecit, sed vt liber quis inciperet dici, fecit ius gentium.

5. HERMOGENIANVS libro 1.Iuris Epitomarum.

EX hoc iure gentium introducta bella [a]: discretæ gentes:regna condita:dominia distincta[b]:agris termini positi:ædificia collata,commercium,emptiones [c],venditiones,locationes[d],conductiones,obligationes institutæ[e]:exceptis quibusdam [f],quæ à iure ciuili introductæ sunt.

Ad l.Ex hoc iure 5.

a *Bella*.Ratio dubitandi.Bella sunt contra naturalem illam cognationẽ inter homines constitutam. Ergo contra rationem naturalem *l.3.supr.*
Ratio decid. Duplex est ratio, naturalis vna quæ talis est per se ac simpliciter,Altera quæ secundum quid &ex suppositione malitię humanæ per quam violata est cognatio illa naturalis. Bella porrò quæ sunt ex ratione naturali secunda non ex prima. Itémque captiuitates & seruitutes,quia ratio naturalis facit vt beneficio adfici hominem intersit hominis *l.7.de seru.export.*Beneficium autem maximũ est vitam non adimere illi quem impunè possis occidere,iustéque.Hoc enim adden dum est vt excludamus beneficium latronum qui vitam se dedisse gloriantur iis quibus non ademerint. Ait Cic. *Philipp.2.*
b *Dominia distincta*. Non quòd ius gẽtium à naturali tanquã à suo antecedẽti hanc consequẽtiã trahat,sed è contrario, quia violato iure naturali per

violationem cognationis illius naturalis, necesse fuit induci ius gentium quod subsidio esset iuri naturali. Itémque ius ciuile quod esset subsidio iuri gentium si quando violaretur. Postremò magistratus qui subsidio essent iuri ciuili si quando aduersus improbos vindicandum videretur. Quòd si magistratus quoque violentur solus superest populus, aut Princeps populi vice qui vindex esse possit. Quid si Princeps ipse? Deus vindex erit. Vide quæ scripsi in Rationalibus.

c *Emptiones l.1. §. fin. infr. de contr. empt.*

d *Locationes l. 1. inf. locat.*

e *Obligationes institutæ*, non tamen actiones. Sunt enim illæ omnes ex iure ciuili *l.2. §.6. infr. titul. 1.* Sumpto scilicet hoc nomine generaliter ad exclusionem iuris naturalis & gentium, vt tamen etiam ius honorarium comprehendat *§.3. Inst. de action.* At obligationes sunt iuris gentium, vt & contractus vnde nascuntur *l.84. §.1. de reg. iur.*

f *Quibusdam* puta stipulationibus, acceptilationibus & emphyteusibus quæ sunt iuris ciuilis *l. 77. de regul. iuris. l. 1. Cod. de iur. emphyteut. §.9. Inslit. de action.*

6. VLPIANVS libro 1. Institutionum.

IVs ciuile est quod neque in totum à naturali [a] vel gentium recedit, nec per omnia ei seruit. Itaque cùm aliquid addimus, vel detrahimus iuri communi [b] ius proprium [c], id est, ciuile, efficimus. Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto, aut sine scripto, vt apud Græcos [d] ἐγγράφων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. id est, *legum aliæ quidem scriptæ, aliæ verò non scriptæ* [e].

Ad l. Ius ciuile 6.

a *A naturali.* Ratio dubitandi. Iura naturalia sunt immutabilia *§. vlt. Inst. de iur. nat. l. 8. §. de cap. minut.*

Ratio decidendi. Ius ciuile non tollit in totum ius naturale aut gentium, sed addit & detrahit vt faciat ius proprium ciuitatis, atque ita non tam ius ipsum naturale aut gentium, quàm iuris effectum tollit. Exemplum vide in Rationali.

b *Iuri communi*, hoc est, naturali, vel gétium, quod vtrumque hominibus omnibus commune est *l. 1. §. vlt. & l. 9. infr.*

c *Ius proprium*, scilicet ciuitatis, vnde & sumit nomen iuris ciuilis *d. l. 9. infr.*

d *Vti apud Græcos.* Ab iis enim Romani leges suas acceperunt. Et Athenienses quidem iure scripto potissimùm vtebantur, Lacedæmonij verò iure nō scripto *§. pen. Inst. de iur. nat.* Vide Plat. *8. de Republ.*

e *Non scriptæ.* Ratio dubitandi. Leges non nisi suffragio populi feruntur. Senatorio magistratu interrogante, ac singulis de populo ad interrogationem respondentibus *Vti rogas. §. 4. Inst. de iur. nat. l. 1. D. de legib.* Atqui quotquot sunt leges, si rogatæ omnes scriptæ sunt. Ratio decidendi. Nihil interest an suffragio & verbis sollennibus voluntatem suam populus declaret an rebus ipsis & factis *l. 3. ad fin. de legib. l. 5. & rem rat. haber.*

7. PAPINIANVS libro 2. Definitionum.

IVs autem ciuile [a] est, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium [b] venit.

Ad l. Ius autem 7.

a *Ciuile* specialiter sumptum quatenus opponitur iuri prætorio, vt sequentia ostendunt, & Iust. in *§. 3. Inst. de iur. nat.*

b *Auctoritate prudentum*, id est, interpretatione prudentum ad ius ciuile quæ commune nomen iuris ciuilis suum proprium fecit *l. 2. §. 5. & tit. 1.* Ius tamé ciuile supplere, vel corrigere prudentes non potuerunt *l. 4. de vulg. & pup. substit. l. 10. de liber. & posth. l. vl. C. de post. her. l. 120. de verb. signif.*

1 ¶ Ius prætorium est, quod prætores introduxerunt [a], adiuuandi [b] vel supplendi, vel corrigendi [c] iuris ciuilis gratia, propter vtilitatem publicam [d], quod & honorarium [e] dicitur, ad honorem prætorum [f] sic nominatum.

Ad §. 1. Ius prætorium.

a *Introduxerunt.* Inde namque nomen sumpsit ius prætorium. Vide *l. 2. infr. de inst. ventr.*

b *Adiuuandi*, scil. per interpretationem quod prudentes quoque facere potuerunt, vt proximè diximus.

c *Vel corrigendi.* Ratio dubitandi. Nihil potest prætor facere contra leges, vel plebiscita, vel senatusconsulta *l. 28. §. 2. D. ex quib. caus. maior. l. 7. §. 7. infr. de pact. l. 12. §. 4. de publ. in rem act.* Ratio decid. Prætor corrigit ius ciuile faciendo non contra leges, sed præter leges, & in iis non quæ ius ciuile prohibet *l. 32. §. 1. De bon. poss.* sed quæ non permittit *d. §. 2. l. 28. ex quib. caus.* Sed an ex lege Lætoria hæc potestas prætori data est. Negat Cuiac. *lib. 18. Obser. cap. 18.*

d *Propter vtilitatem publicam*, id est, propter æquitatem quam & Prætor semper tuetur, & alius quilibet legislator ciuilis semper æstimat ex publica vtilitate. Ob supremā illam legem quæ nullas prorsus patitur exceptiones *Salus populi suprema lex esto.*

e *Honorarium* aptiore nomine, vt etiam ius ædilitium comprehendat. Sic & cùm honorarias actiones dicimus ædilitias quoq; intelligimus. Est enim ius ædilitium portio iuris honorarij, non autem prætorij *§. 7. Inst. de iur. natur.*

f *Ad honorem Prætorum.* Rectiùs Iustin. in *d. §. 7. ob honorem magistratuum*, vt Ædiles quoq; comprehēdantur, qui prætores quidem non erant, sed magistratus erant.

8. MARTIANVS libro 1. Institutionum.

NAm & ipsum ius honorarium viua vox [a] est iuris ciuilis [b].

Ad l. Nam & ipsum 8.

a *Viua vox.* Ratio dubit. Prætor non potest facere legem, nec legi similem cōstitutionē, nec proinde heredem, neque alia multa quę ius ciuile facit, quia nulla id ei lege datum est *§. 2. Inst. de bonor. poss.*

Ratio decidendi. Facit tamen ius in iis etiam quę constituit præter ius ciuile, quia ex ciuilis legislatoris volūtate creditur facere omnia quę facit ob publicam

blicam vtilitatem. Parum enim esset ius in ciuitate esse, nisi essent qui iura redderent *l. 2. §. post originem 13. inf. tit. 1.* Adeoque ipsæ etiam leges cupiunt vt iure regantur.

b *Iuris ciuilis*, cuius Prætor ipse custos est ac veluti minister, id semper agens quantum potest ne summum ius summa sit iniuria. *Inst. de except. in princ. l. 2. infr. de doli mal. except.*

9. GAIVS libro 1. Institutionum.

OMnes populi, qui legibus & moribus [a] reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominū iure [b] vruntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit [c], id ipsius propriū ciuitatis est: vocatúrque ius ciuile, quasi ius proprium ipsius ciuitatis. Quod verò naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peræquè custoditur: vocatúrque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes vtuntur.

Ad l. Omnes populi 9.

a *Moribus*, hoc est, iure scripto & non scripto *l. 6. §. 1. supr.*

b *Iure*, quale illud est quod vel naturale est, vel gentium *§. vlt. Inst. de iur. nat. l. 1. §. fin. sup.*

c *Constituit.* Ratione scilicet aliqua ciuili non naturali. Ratio enim ciuilis forma est iuris ciuilis, sicut ratio naturalis forma est iuris naturalis & iuris gentium. Ratio dubitandi. Multa sunt iure ciuili introducta, quibus tamen gentes omnes hodie vtuntur vt testamenta, stipulationes, acceptilationes, qui sensus est *l. 8. §. fin. de acceptil.*

Ratio decidendi. Ius quodlibet æstimandum est potissimùm ex ratione quæ illud induxit, non ex vsu. Nec quemadmodum gentes omnes vtuntur eo iure quod gentium est, ita è conuerso possis dicere iuris gentium esse omnia quibus omnes gentes vtuntur, sed ea demùm quæ naturali ratione sunt constituta, vt omnium optimè hic locus probat. Loquimur autem de iure constituto à populo non à Principe, quia ius maiestatis & supremæ potestatis ab initio penes solum populum fuit, penes Principem verò non nisi post legem regiam *l. 1. §. de constit. Princip.* Hodie ergo aliud est *l. vlt. C. de legib.*

10. VLPIANVS libro 1. Regularum.

IVstitia est constans & perpetua voluntas [a] ius suum cuique [b] tribuendi [c].

Ad l. Iustitia 10.

a *Voluntas.* Ratio dubitandi. Constans hæc & perpetua voluntas vix in hominem cadere potest.

Ratio decidendi. Virtutes omnes morales inter quas primum locum Iustitia tenet, non tam consistunt in actu quàm in habitu, & voluntate. Nec enim tam iustus est qui iusta facit (quid enim si casu faciat?) quàm qui voluntatem habet iusta faciendi.

b *Suum cuique.* Sola enim iustitia ex virtutibus omnibus alienum bonum spectat, inquit Aristot. *5. Ethic. cap. 1. & seq.*

c *Tribuendi.* Melius quàm si scriptum esset *tribuens*, vt habitus & voluntas magis quàm actus ipse significetur. Cæterùm nescio quid sit in hac definitione iustitiæ quo iudicis officium innuatur, aut quid attineat de iudicis officio hîc tractare.

1 ¶ Iuris præcepta [a] sunt hæc: honestè viuere [b], alterum non lædere [c], suum cuique tribuere [d].

Ad §. 1. Iuris præcepta.

a *Præcepta.* Ex quibus scilicet tota pendet Iurisprudentia, & ad quæ referuntur in vniuersum omnia, de quibus tractatur in libris nostris. Itaque si quod Principium in toto iure nostro vniuersalissimū est quod suo ambitu omnia complectatur, hoc vnum sanè est, quo tria ista iuris præcepta continentur. Quanquam & ipsa omnia singulāque iuris præcepta ex alio illo Principio pendent quod *ius à iustitia est appellatum l. 1. supr.* vt scripsimus in nostra Iurisprudentiæ Papinianeæ scientia. Nullam porrò dubitandi rationem admittunt ista quę naturalem habent intellectum.

b *Honestè viuere.* Primum hoc præceptum est vt intelligamus præcipuam semper causam esse debere publicæ honestatis si quando ratio iuris licitī latiùs pateat quàm honesti, quod interdum licèt rarò euenit *l. 144. l. 197. de regul. iuris. l. 52. de pet. hered. l. 15. de cond. inst.* Vide Rebuff. *3. sentent. capit. 12.*

c *Alterum non ladere.* Pendet hoc præceptum ex regula illa iuris naturalis *Quod tibi fieri non vis alteri ne feceris.* Præcipuáque iustitiæ pars in eo consistit, quia cùm sit præceptum negatiuum obligat semper & ad semper, quod in præceptis affirmatiuis dissimile est secundum Theologos.

d *Ius suum cuique tribuere.* Postremum hoc præceptum adfirmatiuum est, pendétque ex præcepto illo æquè adfirmatiuo iuris naturalis *Quod tibi fieri vis alteri feceris*, quod quoniam adfirmatiuum, non adeò obligatorium est. Obligat enim semper quidem, sed non ad semper. Vnde est quod si quando contingat vt tertium hoc præceptum pugnet cum secundo, sicuti in specie *l. 31. Depòs.* potior causa sit secundi, Quemadmodum & potior est causa primi, si alterum lædi necesse sit, vt honestas seruetur. Cæterùm lædit semper alterum is qui suum alteri non tribuit, nisi iusta causa interueniat, vt in *d. l. 31.* Et suum cuique tùm tribuitur, cùm non distrahitur res ab vllius personæ iustiore repetitione *d. l. 31.* Vide *l. 3. §. pen. de incend. ruin. l. 7. §. 4. infr. quod vi aut clam.*

2 ¶ Iurisprudentia est diuinarum, atque humanarum rerum [a] notitia: iusti, atque iniusti scientia [b].

Ad §.2.Iurisprudentia est.

a *Rerum.* Omnia igitur ambitu suo Iurisprudentia comprehendit. Hinc est quod omnium legum interpretandarum scientia, actionésque olim apud Pontificum collegium erant *l.2. §. deinde ex his legibus 6.infr.tit.1.* Item quod etiam hodie ius Pontificium Iurisprudentiæ nostræ partem, & quidem nobilissimam constituit.

b *Scientia.* Certis ergo Principiis & regulis coarctanda non ex cuiusque cerebro hoc vel illud de initium cõstit. Iustin. ad Tribon. *De concept. Dig.* Obserua autem Iurisprudentiã dici scientiam non æqui & iniqui (est enim diffinitio illa iuris non iurisprudentiæ *l.1. supr.*) sed iusti atque iniusti, quoniam quid iustum atque iniustum sit certò sciri & constitui potest ex solis Principiis Iurisprudentiæ. At quid æquum vel iniquum sit non item, sed ex solis facti circunstantiis, de quibus neque Principia vlla, neque regulæ tradi possunt. Ideoque Celsus adolescens bene ista sic disiungebat, vt diceret in quæstionibus quæ sunt de bono & æquo plerumque sub autoritate iuris scientię perniciosè errari *l.91.§.3.de verb.oblig.* Iuris ergo sciẽtia aliqua est, & huius scientiæ autoritas maxima. Sed boni & æqui ars quædam potiùs, non ex aliis tamen Principiis constans quàm quę ad prudentiam ipsam pertinent. Vnde fit vt vtriusque significandi gratia Iurisprudentiam dicere prudentes maluerint, quàm Iuris scientiam, & prudentes dici quàm scientes, quia Iurisprudentiæ initium à iuris sciẽtia est, perfectio autem à prudentia, difficilioríque acquisitionis proinde hæc quàm illa, si quidé prudentia & ars illa boni & æqui supponit iusti atq; iniusti sciẽtiã, sine qua nec satis tuta, nec verò vlla esse potest. At è conuerso iusti atq; iniusti sciẽtia nõ supponit prudentiã, quæ nec in scholis, & otio, sed in negotiis, soláq; experientia & longo vsu cõparatur. Qui tamẽ nobiscũ Iurisprudentiæ scientiam dixerit, is meo iudicio id quod res est, meliùs expresserit.

II. PAVLVS libro 14. ad Sabinum.

IVs pluribus modis dicitur[a]. vno modo cùm id, quod semper æquum[b] ac bonum est, ius dicitur: vt est ius naturale. altero modo, quod omnibus, aut pluribus, in quaque ciuitate vtile est: vt est ius ciuile[c]. nec minùs ius rectè appellatur in ciuitate nostra ius honorarium[d]. Prætor quoque ius reddere dicitur, etiam cùm iniquè decernit[e]: relatione scilicet facta non ad id, quod ita prætor fecit, sed ad illud, quod prætorem facere conuenit. alia significatione ius dicitur locus, in quo ius redditur[f]: appellatione collata ab eo, quod fit, in eo, vbi fit. quem locum determinare hoc modo possumus: Vbicunque prætor salua maiestate imperij sui, saluóque more maiorum[g], ius dicere[h] constituit: is locus rectè ius appellatur.

Ad l.Ius pluribus 11.

a *Dicitur.* Iuris ergo nomen æquiuocum est non vniuocum. 6 Et ideò debuerat ab initio distingui priùs quàm diffiniri secundum logicos.

b *Quod semper æquum*, æquitate scilicet naturali, quę tamen non semper congruit equitati ciuili quam legislator æstimat ex publica vtilitate sola.

c *Ius ciuile.* Et in hoc sensu accipitur Iuris appellatio quoties simpliciter Ius dicimus, & fieri quid ipso iure *§.2. Inst. de iur. nat.*

d *Ius honorarium*, quia facit partem iuris ciuilis generaliter sumpti *l.7.& 8.§.* & potuerunt vtique prætores, adeoque Ædiles suis edictis ius facere, licèt non legem *§.2. Inst. de bonor. poss.*

e *Cùm iniquè decernit.* Ratio dubitandi. Ius à iustitia est appellatum, nec aliud est quàm ars boni & æqui *l.1. supr.* Ergo qui iniquè decernit ius non reddit *l. proxim. præced.*

Ratio decidendi. Cùm hoc ius appellamus, relationem facimus ad id non quod prætor facit, sed quod eum facere conuenit, sicut & in *tit. Quod quisque iur.* Id enim postulat autoritas magistratuum & vtilitas publica, tùm quoque cùm prætor aliquid per sordes, aut per gratiam, aut per errorem decreuit *l.65.§. cùm prætor ad Trebell.* Secus est si non ritè quid decreuerit, puta extra locum maiorum, aut tempore feriarum *l.1.§.2. infr. De fer.* Aliud enim est *non ritè*, aliud *non rectè*. Iuris autoritas violatur cùm quid fit non ritè, at nõ etiam si non rectè. Nec potest prætor facto suo iuri publico derogare *d. §.2.* sed potest tamen, vt & alius magistratus quilibet litigatorũ ius lædere conscientiæ suę periculo, dummodò de litigatorum non de ipso iure pronunciet *l.19. de appell. l.1.§.2. quæsent. sin. app. resc.*

f *In quo ius redditur*, vt in *tit. De interrog. in iur. fac. De in ius voc.* & aliis qui sequuntur.

g *Saluo more maiorum*, id est, pro tribunali in iis quæ causæ cognitionem requirunt, De plano in cæteris *l.9.§.1. de off. procons. l.1.§. suspecti 11. infr. ad Turpill. l.71. l.105. de regul. iur. l.3.§. pen. de bon. poss.* Item non reddit ius Prætor saluo more maiorum si pronunciet ipse de ea re, de qua iudicem pedaneum dare debuit. Vnde illud Ciceronis ad Q. fratrem,

Quid? Prætor solétne iudicare deberi?

h *Ius dicere.* Non ergo similiter *ius* dici potest locus in quo iudicia exercentur apud pedaneos iudices *l.3.§.1. ne quis eum qui in ius vocab.* Aliud enim est ius dicere, aliud iudicare, Aliud iurisdictio, aliud iudicium, Aliud ius dicens, aliud iudex, vt dicemus ad *tit. De iurisd.* Nec obstat *l.4.§.1. j. de interrog. in iur. fac.* Quod enim lex ait *alios iudices* intelligendũ est non de pedaneis, sed de iis qui similes sint magistratibus populi Romani, & Præsidibus prouinciarum, de quibus eo loco: qui maiores iudices appellãtur in *l.32.§. de liberali 7.j. de recept.* Nam & magistratus ipsi aliquando, & de certis causis iudicabant, puta de causis status & minorum *d.§.7. l.2. C. de pedan. iudic.* Et ita debet accipi quod scriptum est in *dict. l.4. §.1. iuris dicendi vel iudicandi gratia.* Nã titulum illum non pertinere ad iudices pedaneos, vel ex eo apparet quod interrogationes, quibus de agitur in illo titul. fiebant ante iudicium *l.1.§.1. eod.* Iudices verò pedanei non dabantur nisi post litem contestatam dictata in eam rem iudicij formula. Itaque quod scriptũ est in *l. pen. ill. tit. vbicunque* non de quacunq; iudicij parte accipi potest, vt vulgo intelligũt acsi scriptum esset *quandocunque*, sed de quacunque causa

causa & actione, Cùm tamen regulare sit vt interrogatio non sit necessaria nisi cùm in personam agitur, & ita si certum petatur ad euitandum periculum pluris petitionis *d.l.1. in princ.* ac proinde ante factam petitionem. Ergo non post constitutum iudicium, nec proinde apud iudicem pedaneum, vbi dicemus. Hodie sublata est ista iuris & iudicij differentia per *d.l.2. C. de ped. iud.*

12. MARCIANVS libro 1. Institutionum.

NOnnunquam ius etiam pro necessitudine dicimus, veluti est mihi ius cognationis[a] vel adfinitatis.

Ad l. Nonnunquam 12.

a *Ius cognationis.* quod etiam dicitur ius sanguinis *l.23 infr. de adopt.* Potest igitur comprehendi sub iure naturali. Nam iura sanguinis sunt naturalia *§. vlt. Inst. de legit. agnat. tut.* Non idem dici potest de iure agnationis de quo etiam in *dict. l.23. & l.34. infr. de pact.* Nec de iure adfinitatis quod secundum in hac lege exemplum magisque accommodatum est. Adfinitas enim non ex sanguine nascitur, sed ex diuersarum inter se cognationum iusta per nuptias copulatione *l.4.§. sed quoniam 3. infr. de grad. & adf.* Est tamen generale nomẽ necessitudinis quo iura ista omnia & cognationis, & agnationis, & adfinitatis, comprehenduntur, vt hæc lex probat.

DE ORIGINE IVRIS, ET OMNIVM MAGISTRATVVM, ET SVCCESSIONE PRVDENTIVM.

TITVLVS II.

1. GAIVS libro 1. ad legem duodecim tabularum.

EAcTVRVS legum vetustarum interpretationem, necessariò priùs ab vrbis initiis[a] repetendum existimaui: non quia velim verbosos[b] commentarios facere, sed quod in omnibus rebus animaduerto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret[c]. Et certè cuiusque rei potissima pars principium est[d]. Deinde si in foro causas dicentibus nefas, vt ita dixerim, videtur esse, nulla præfatione facta, iudici rem exponere[e]: quanto magis interpretationem promittentibus inconueniens erit, omissis initiis, atque origine non repetita, atque illotis, vt ita dixerim, manibus, protinus materiam interpretationis tractare? namque nisi fallor, istæ præfationes & libentiùs nos ad lectionem propositæ materiæ producunt: & cùm ibi venerimus, euidentiorem præstant intellectum[f].

Ad l. Facturus 1.

a *Ab vrbis initiis.* Commodiùs in *l.seq.* Pomponius initium petit ab origine non vrbis, sed iuris, vt ex origine processum quoque ipsius, & progressum demonstret.

b *Verbosos.* Non dixit *longos*, quia nihil prohibet longos esse commentarios, si modò multa eruditione referti sint, nec loquacitatis vitio laborent. Quamquam vt scitè Martialis dicebat, *Non sunt longa, quibus nihil est quod demere possis*, Nisi fortè apud eos apud quos si Plinio credimus, satius est nihil quàm pauca dicere. Nam quod dici solet veritatem non desiderare verborum adminicula *l. 1. Cod. si min. se ab hered. abstin.* ad Commentariorum scriptores non pertinet, nec ad alios vllos veritatis Doctores.

c *Constaret.* Omne siquidem bonum est ex causa integra vt magnus ille Dionysius Areopagita dicebat. Alio sensu perfectum ædificium dicitur in *l. 139.§.1. de verb. signific.* & perfecta completaque vsucapio in *l. pen. in princ. de diuers. temp. præscr.* Ius tamen non eo minùs constare dicitur, quod possit adhuc quotidie produci in melius *l.2.§. post originem 13. infr. eod.* Crescit enim quotidie, & inualescit *l.12.§. sed si fundus 27. inf. De instruct. vel instrum. legat.*

d *Principium est.* Vnde est quod dicere solemus cuiusque rei spectandum esse initium, originem, & causam *l.8. in princ. infr. mandat. l.1.§. si seruus 30. Depos. l.12. de SC. Maced. l.3.§. scio De minor.*

e *Exponere.* Hodie contra nefas propemodum esse creditur his vti præfationibus per quas plerunque fit vt tẽpus alioquin breue & angustum quod expediendis litibus præscriptum est, miserè, ac inutiliter conteratur. Sed id ad longiores præfationes pertinet quæ nihil ad rem, non ad elegantes illas præfatiunculas ex re ipsa desumptas quibus politiores Causidici apposité vtuntur plerunque bonis literis fauentibus, vt & auditorum attentionem & ipsorum quoque Iudicum benevolentiam captẽt.

f *Intellectum. l. vltim. de hered. instit. l.134.§.1. de verbor. oblig.*

2. POMPONIVS libro singulari Enchiridij.

NEcessarium itaque[a] nobis videtur ipsius iuris originem, atque processum[b] demonstrare.

Ad l. Necessarium 2.

a *Itaque.* Suauis hercle Tribonianus est qui hac dictione legem hanc cum præcedente connectit, quasi vtraque sit eiusdem Iureconsulti & ex eodé libro sumpta, cùm tamen sit illa Caij, hæc Pomponij.

b *Processum,* id est quo progressu ius ciuile in eam formam quæ hodie extat ad Romanos peruenerit.

1 ¶ Et quidem initio ciuitatis nostræ[a] populus sine lege certa[b], sine iure certo[c] primùm agere instituit[d]: omniáque manu[e] à regibus gubernabantur.

Ad §. 1. Et quidem.

a *Initio ciuitatis nostræ,* eo scilicét tempore quo primùm ciuitas à Romulo fundata fuit, vnde & Romæ nomen sumpsit. Antiquius enim tempus nullum est quod Romam viderit.

b *Sine lege certa.* Non tamen sine lege aliqua, sine qua nec latronibus & piratis viuere datur. Lex tamen non poterat esse nisi incerta, tanquam quæ ex Romuli regis arbitrio pendéret, cuius nutu omnia regebantur: Ne dubitare possimus, Esse facilius vt sine certa lege viuamus, quàm vt sine certo rectore. Caruit aliquando Roma legibus, sed Rectore nunquam.

c *Sine iure certo,* scilicet ciuili siue scripto siue non scripto. Nec enim nascente Roma potuit aliquod esse ius non scriptum, cuius quippe authoritas tota pendet ex longo vsu & diuturno. Cæterum Romam interim aliquo iure vsam fuisse necesse est, Nec tantùm naturali aut gentium quod genibus omnibus semper commune fuit & erit. Verùm etiam ciuili proprioq; ipsius ciuitatis sed incerto, id est nunc hoc nunc illo, ac proinde imperfecto. Est enim ex natura iuris non minùs vt certũ sit, quàm vt finitum *l. 2. infr. de iur. & fact. ignor.*

d *Instituit.* Mirum est quod Pomp. hoc refert ad populum quasi penes eum esset huius rei arbitriũ, cùm tamen ipse à Romulo regeretur. Respicit nimirum ad id quod populi consensus semper necessarius est saltem coactus, tùm quoque cùm alteri seruit, per tyrannidem, vt hoc malle videatur, arg. *l. 22. infr. de rit. nupt. l. 21. §. pen. quod met. caus.* Ob idque non priùs fuit iusta Regum Romanorum dominatio, quàm lege Regia, populus eis & in eos vniuersam potestatem suam imperiumque transtulerit *l. 1. infr. De const. Princip.* Idque apparuit cùm leges illæ omnes exactis tandem regibus exoleuerunt §. 3. *infr.*

e *Manu,* id est potestate & arbitrio regum.

2 ¶ Posteà aucta ad aliquem modum ciuitate[a], ipsum Romulum traditur populum in triginta partes diuisisse, quas partes Curias[b] appellauit: propterea quòd tunc reipublicæ curam[c] per sententias partium earum expediebat[d]. Et ita leges quasdam[e] & ipse curiatas[f] ad populum[g] tulit. ¶ Tulerunt[h] & sequentes reges quæ omnes conscriptæ exstant in libro Sexti Papirij: qui fuit illis temporibus, quibus Superbus Demãtati Corinthij filius, ex principalibus viris. Is liber, vt diximus, appellatur *ius ciuile Papirianum*, non quia Papirius de suo quicquam ibi adiecit: sed quòd leges sine ordine latas[i] in vnum compositi.

Ad §. 2. Posteà.

a *Ciuitate.* Quanto enim amplior & auctior ciuitas est, tantò magis indiget legibus per quas regatur bellua illa multorum capitum, quæ vix etiam cum legibus & magistratibus bene regitur, sine legibus & magistratibus insanit semper & furit, tanta interdum æqualitate & constantia, vt hoc ipso regi eam quis credat.

b *Curias.* Fuerunt etiam in vrbe *tribus* sic dictæ quòd in tres partes vniuersus populus distributus esset. *§ ijsdem temporibus 20. infr.* Non ergo Curię Tribus fuerunt nec contrà.

c *Reipublicæ curam.* Inde quod à curis Curia nomen habet.

d *Expediebat.* Mansitque hic mos gerendæ reipublicæ etiam sub Augusto postquàm sub Principis nomine imperium accepit. Primúsque Tiberius fuit qui post excessum Augusti comitia è campo ad Patres transtulit. Nam ad eum diem, etsi potissima arbitrio Principis, quædá tamen studiis Tribuum fiebant, in quit Tacit. *l. Annal.*

e *Leges quasdam,* vt non immeritò Iustin. scribat in *Constit. de concept. Digest. ad Tribon. §. 1.* Omnem legum tramitem ab vrbe Roma condita, & à Romuleis descendisse temporibus.

f *Curiatas,* quomodo & comitia curiata ab iisdem curiis dicta sunt.

g *Ad populum,* ne scilicet videretur Regulus inuasisse rempub. per tyrannidem si is pro arbitrio suo & propriæ potestatis iure leges promulgaret. Fuit ergo modestius & conuenientius ad firmandum regnum vt rogaret populum si placerent. Sic & Romulum ipsum & Numam Pompilium binos Quæstores habuisse proditum est, quos ipsi non sua voce sed populi suffragio crearent *l. 1. infr. de offic. quæst.*

h *Tulerunt* ad populum, Vnde leges latas dicimus, & legislatorem illum non qui facit legem & condit, sed qui fert ad populum vt eam populus condat & constituat *§. lex est 4. Instit. de iur. nat. gent. & ciuil.* Itaque post legem regiam Principes non legum latores dici debent, sed conditores, nec aliis hodie nomen hoc conuenit *l. vlt. C. de legib.* quod olim soli populo conueniebat.

i *Sine ordine latas.* Tanti nimirum momenti est ordinem adferre, vt non minùs nostra faciamus, quibus ordinem adiicimus, quàm quibus autoritatem nostram impertimur.

3 ¶ Exactis[a] deinde regibus, lege Tribunicia[b] omnes leges hæ exoleuerunt[c] iterúmque cœpit populus Romanus incerto magis iure, & consuetudine[d] ali[e], quàm per latam legem: idq; propè viginti annis[f] passus est[g].

Ad §. 3.

Ad §. 3. Exactis.

a *Exactis,* à I. Bruto qui primus & libertatem & Consulatum instituit, vt Cornelius Tacitus initio Annaliũ præfatur, & Pompon. noster in §. *ejsdem 15 infr.*

b *Lege Tribunitia,* hæc prima lex fuit per quam populus suam sibi potestatem & maiestatem restituit, quam Imperatores inuaserant, Data Tribunis plebis potestate intercedendi si quid fortè Consules vel Senatus ipse, vel alij magistratus decernere vellent quod à populi ac plebis potissimùm vtilitate alienum videretur. Inde tanta fuit Tribunitia potestas vt satis fuerit Augusto eam per septem & triginta annos continuare, atque Tiberio cùm successorem ipsum designaret eam ipsam à Patribus rursum postulare. Hinc suspectum illud Scauri verbum ad Tiberium, Spem esse ex eo non fore irritas Senatus preces rogantis Tiberium vt totius reipublicæ curam solus susciperet, quòd relationi Consulum iure Tribunitiæ potestatis non interfuisset. Eodem Tacito teste. Adde Ant. Goueanum 1. *var. lect.* 21.

c *Exoleuerunt,* solo non vsu & per desuetudinem *l.* 32. *in fin. infr. tit. prox.* non per expressam abrogationem legibus in contrarium latis. Odio scilicet Regum vt appareret eas leges licèt ad populum latas à regibus, regio tamen imperio & per vim ac impressionem extortas potiùs, quàm libero populi consensu & suffragio promulgatas, Nec obstitit lex regia, quasi quæ ipsa si non per vim saltem per metum qui nõ multùm à vi differat, extorta esset. Quamquam occupata tãdem per Imperatores Respublica, restitutus est suus legi regiæ vigor, nulla in eam rem noua lege lata. Ipso licet Regum nomine quasi nimis exoso ab Imperatoribus quoq; in perpetuum exploso *l. 1. infr. de const. princip.*

d *Consuetudine.* Videntur hæc pugnantia vt populus per aliquod tempus & incerto iure vsus sit, & cõsuetudinario, cùm ius nullum certius sit, quàm quod consuetudinarium est *d. l. 32. §. 1. & legib. seq. §. tit. 1.* Sed intellige secundum ordinem scripturæ vsum populum iure incerto primùm, deinde consuetudinario, cùm ius consuetudinarium non nisi per plurimorum annorum obseruationem continuam & vniformem inducatur *l. 35. eod.* Interim igitur ius incertum esse necesse est. Sed & consuetudinarium postquàm receptum est, incertum videri potest eo prætextu quod facti quæstio plerunque incidit. Quid obseruatum sit & quanto tempore. Facti autem quæstio semper incerta est, & ex incertis pendens probationibus *l. 34. & seq. eod. l. 1. §. 2. inf. ad Turpill. l. 15. infr. ad municip.* Quod in iure scripto diuersum est. Certitudinem enim accipit ex auctoritate scripturæ *l. 4. De fid. instr. l. 4. infr. De pig. or.*

e *Ali.* Elegans locutio licèt impropria & metaphorica pro *vti,* vt intelligamus non magis posse populum sine legibus viuere, quàm singulos homines sine alimentis.

Per latam legem, Opponitur lata lex iuri incerto & consuetudinario quia semper certa est. Lex verò consuetudinaria & non scripta nunquam dicitur lata, quia nemo est qui eam ferat ad populum.

f *Prope viginti annis.* Ergo minore quàm viginti annorum spatio potest ius cõsuetudinarium induci. Quod summè notandum est ad quæstionem illam quæ agitatur ab interpretibus, Quantum tempus requiratur ad inducendam consuetudinem. Etsi potest dici ius cõsuetudinarium de quo hîc Pomponius, potuisse incipere ab eo tempore quo nondum exacti erant Reges non ab iis demùm exactis.

g *Passus est.* Eleganter, vt appareat inuito magis quàm ita volente populo id contigisse vt per tot annos non nisi vel incerto vel consuetudinario iure vteretur: quod & sequentia demonstrant. Nihil enim iure incerto periculosius esse potest in republ. Nihil ad excitandas lites accommodatius.

4 ¶ Postea ne diutiùs hoc fieret: placuit publica[a] auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges à Græcis ciuitatibus[b], & ciuitas fundaretur legibus[c], quas in tabulas[d] eboreas[e] perscriptas pro Rostris composuerunt, vt possint leges apertiùs percipi[f]. datúmque est eis ius eo anno in ciuitate summum[g]: vti leges & corrigerent, si opus esset, & interpretarentur: neque prouocatio[h] ab eis, sicut à reliquis magistratibus, fieret. Qui ipsi animaduerterunt aliquid deesse[i] istis primis legibus: ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt. & ita ex accidentia[k] appellatæ sunt *leges duodecim tabularum.* quarum ferendarum[l] auctorem[m] fuisse decemuiris Hermodorum quendam Ephesium, exulantem in Italia, quidam retulerunt.

Ad §. 4. Postea.

a *Publica,* id est vniuersi populi penes quem summum erat imperium. Nam & publicum inde dictum est quasi populicum.

b *A græcis ciuitatibus.* Nempe ab Athenensibus & Lacedæmoniis quorum præcipua tum erat autoritas, quique præclaris legibus non minùs quàm armis florebant.

c *Fundaretur legibus.* Rectè quia sine legibus stare respublica non potest, non magis quàm ædificium sine fundamentis.

d *In tabulas,* vt olim à Minoe factum esse testatur Plato in Minoë. Sic & Athenienses apud quos huiusmodi tabulæ κυρβεῖς & ἄξονες vocabantur. Plutarch. in Solone.

e *Eboreas,* imò æreas, si credimus Halicarn. lib. 10. & Liuio lib. 3.

f *Percipi,* ne posset quisquam legum ignorantiam obtendere quas nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittitur, vt de Principum constitutionibus scriptum est in *l. 12. C. de iur. & fact. ignor.*

g *Summum.* Nec enim aliter poterat fieri vt haberent ius non solùm interpretandi sed etiam corrigendi leges, quàm si daretur iis in ciuitate ius summum, supremáque potestas, id est etiam supra populum, cuius alioqui solius erat leges vt condere ita corrigere adeoque interpretari *l. vltim. C. de legib.*

h *Neque prouocatio,* ne quidem ad populum quæ præcipua & omnium illustrissima supremæ potestatis nota erat. Hoc autem idèo quia vsu compertum est appellationes sicuti necessariæ sunt ad inferiorum magistratuum iudicúmque sententias in melius reformandas, Ita validissimum præbere

contumacibus auxilium ad maximas quaſque res impediendas, quas tamen omnino expediri potiùs interſit reipublicæ. Sed cùm eiuſcemodi aliqua ſe offert occaſio, diligenter obſeruandum eſt vt ad rem expediendam ij eligantur, quorum probitatem, eruditionem, & prudentiam adeò exploratam populus aut Princeps habeat, vt credere tutò poſſit non aliter eſſe illos iudicaturos, quàm ipſe eſſet iudicaturus *l.vnic.§.1.inf.de offic.præf.prætor.* Id verò in Decemuiris obſeruatum fuiſſe dubitandum non eſt, vt & eſſent ex optimis, & eo numero vt errare omnes & falli aut fallere difficile foret. In quo tamen deceptum fuiſſe populum poſteà ex euentu apparuit *v. & cùm placuiſſet 24.infr.*

i *Aliquid deeſſe*, cùm non poſſint leges ita ſcribi vt omnes caſus & articulos qui quandocunque inciderint comprehendant: Qua de cauſa neceſſe eſt id quod deſit ſuppleri poſteà vel interpretatione, vel ſi interpretatio ſufficere nequeat, iuriſdictione *l.10.11.12.13.inf.tit.prox.* Natura enim ſemper nouas deproperat edere formas, vt Iuſtin. loquitur in *Conſt.de confirm.Digeſt.§.ſed quia* 18.

k *Ex accidentia*, mallem *ex accedentibus*, id eſt propter eas quæ acceſſerunt.

l *Ferendarum*, hoc eſt rogandarum à populo num placeret eas peti à Græcis, in eamque rem eligi Decemuiros qui peterent vnde & rogata lex dicitur, Non quaſi per preces, ſed vt per interrogationem extorta.

m *Authorem*, dignum ſanè æterna memoria, qui tanti tamque vtilis conſilij author fuit.

5 ¶ His legibus latis, cœpit, vt naturaliter[a] euenire ſolet, vt interpretatio deſideraret prudẽtium auctoritate neceſſariam eſſe *diſputationem fieri*. Hæc diſputatio, & hoc ius, quod ſine ſcripto[b] venit, compoſitum[c] à prudentibus, propria parte aliqua non appellatur[d], vt cęteræ partes iuris ſuis nominibus deſignantur[e], datis propriis nominibus cæteris partibus[f]: ſed communi nomine appellatur *ius ciuile*.

Ad §.5. His legibus.

a *Cœpit vt naturaliter*. Benè Goueanus *lib.1.var.lect. cap.24.* locum hunc ſic reſtituit vt legamus *Cœpit (vt naturaliter euenire ſolet vt interpretatio deſideraret prudentum autoritatem) neceſſaria eſſe diſputatio fori*. Senſus eſt, Cùm in legibus 12. tabul. occurrerent pleraque aut ambigua aut obſcura quæ indigebant aliqua interpretatione, In iis verò interpretandis alij aliter ſentirent, Inde factum fuiſſe quod naturaliter euenire ſolet, id eſt ex naturali rerum ipſarum neceſſitate, vt ea interpretatio prudentum autoritatem requireret, per quam nimirum fieret vt quænam demùm interpretatio ſequenda eſſet, certò ſciri poſſet, Ne alioqui *iuris* poteſtas & autoritas in incerto, vt anteà vagaretur. Vt verò ea prudentum autoritas adhiberetur, neceſſaria fuit diſputatio fori, quæ faceret vt prudentes acciri neceſſe eſſet, ex quorum conſilio & authoritate ius redderetur. Nam vt iuris peritior quis eſſe credebatur, ita & à magiſtratibus iudicibuſque quorum inter priuatos cognitio erat de iure conſulebatur ante Auguſti tempora, vt ad finem huius legis Pompon. ſcribit. Diſputationem verò hanc non modò inter litigatores fuiſſe credendum eſt, ſed nonnumquã inter ipſos etiam prudentes, donec poſt multas varietates tandem apparuit quid prudentioribus & peritioribus in vniuerſum magis probaretur. Idq; non obſcurè probant quæ ſequuntur *hæc diſputatio, & hoc ius quod ſine ſcripto venit, compoſitum à prudentibus.*

b *Sine ſcripto*. An quia prudentes nihil ſcriberent, ſed conſulentibus tantùm ex ore reſponderent? Minimè. Etſi enim reſponſa vtique ſignata non dabant litigatoribus, quomodo poſteà factitari cœpit, plerunque tamen iudicibus ipſis ſcribebant aut teſtabantur à quibus conſulebantur, vt ſcriptum eſt ad fin. huius legis. Sed quia prudentum reſponſa nõ à ſcripto autoritatem ſumebant quomodo ius ſcriptum, ſed à ſola prudentum dignitate & eruditione.

c *Compoſitum à prudentibus*, id eſt vnanimi conſtantiq; prudentum conſenſu ſtabilitum nõ vnius aut alterius prudentis opinione conſtitutum. Exempla ſunt in *l.32.in princ.infr.de hered.inſt.l.6.§.viris, aut potius iuris prudentibus inſ.ad municip.l.4.De lib.& poſth. l.120.de verb ſignif.* Dictaq; eſt hæc media Iuriſprudentia quia ſicuti ſecuta eſt ius 12. tabul. ita præceſſit ius prætorium, & conſtitutiones Imperatorum.

d *Non appellatur*. Quid? An non hanc partem iuris appellamus proprio nomine Reſponſa prudentum, adeoq; admittimus eſſe hanc vnam ex partibus iuris ſcripti? *l.7.ſupr.tit.prox.§.conſtat 3.Inſt.de iur. natur.gent.& ciuil.* Dicendum eſt Reſponſa prudentum conſtituere quidem iuris ciuilis partem, eámque non minimam. Sed non ideò nomen aliquod certum habere quo pars aliqua iuris ſignificetur. Nam cùm reſponſa prudẽtum dicimus rem ipſam quæ à prudentibus fit potiùs quàm iuris partem vllam ſignificamus. Vnde eſt quod Papin. *in d.l.7.* vt hanc iuris partem exprimeret non dixit Reſpõſa prudentum, ſed Autoritatem prudentum, Multò accommodatiore nomine vt iuris autoritatem quam habent ſignificaret. Sic dicimus Contractus illos Do vt des, Do vt facias, Facio vt des, Facio vt facias eſſe contractus innominatos, adeoque contractum permutationis. Quia non tam propria illa ſunt nomina contractuum, quàm locutiones exprimentes negotium quod in contractus iſtos innominatos deducitur. Etſi verò Reſponſa prudentum hodie partem iuris ſcripti conſtituunt quia non ſolùm ſcripta ſunt, ſed etiam ex ſcripto æſtimantur, præſertim poſt Iuſtiniani conſtitutiones. Non eo minùs tamen verum eſt quod hîc Pompon. ait, ius hoc ſine ſcripto veniſſe, initio ſcilicet inſpecto. Niſi malis dicere, Illo etiam tempore quo prudentum interpretatio nondum ſcripta erat, potuiſſe tamen illam inter ſcripti iuris partes cenſeri, quod ad ius ſcriptum, id eſt ad leges 12. tab. adhiberetur. Quid enim aliud ſunt interpretationes prudentum ad leges 12. tab. quàm leges ipſæ ita vti prudentibus placuit, intellectæ arg. *l.86.l.120.de verb.ſignific.*

e *Deſignantur*. Dicuntur enim leges, vel Senatuſconſulta vel plebiſcita, vel Principum decreta *d.l.7.ſupr.tit.prox.*

f *Datis propriis nominibus cæteris partibus*. Rectè in Pand.

Pand. Flor. ſunt iſta lineis intercluſa: ſunt enim ſuperfluа.

g *Communi nomine*, quaſi antonomaſticè, Magno ſanè prudentum honore, quorum autoritas tanta ſit vt nõ aliud ius ciuile vllum eſſe videatur, quàm quod ipſi autoritate ſua compoſuerint. Sic eam adoptionis ſpeciem quæ adrogatio non eſt, retento generis nomine adoptionem vocamus *l.2.infr.de adopt.* Sic cognationem illam quæ opponitur agnationi *l.4.§.cognationis l.10.§.cognati 2. de gradib. & affin.* An ergo cum natura pugnant ſtatuta quę interpretationes legum vetant? Minimè. Sic enim debẽt accipi non vt nulla prorſus interpretatio poſſit adhiberi, ſed vt ne ab aliis quàm ab ipſis ſtatuẽtibus, ne quis eam rem ſibi adroget, ſuiq; arbitrij faciat. Nam & Imperatores ex quo legis cõdendæ ius habuerunt, ſibi ſolis hanc autoritatem reſeruarunt *l.1.& vlt.C.de legib.l.2.§.hoc autẽ 21.in fi.C.de vet.iur.enucl.*

6 ¶ Deinde ex his legibus, eodem tempore ferè, actiones[a] compoſitæ ſunt[b]: quibus inter ſe homines diſceptarent[c]. quas actiones ne populus, prout vellet, inſtitueret[d]: certas ſolennéque[e] eſſe voluerunt. & appellatur hæc pars iuris, *legis actiones*[f] id eſt legitimæ actiones[g]. Et ita eodem penè tempore[h] tria hæc iura nata ſunt: leges duodecim tabularum: ex his fluere cœpit ius ciuile: ex iiſdem legis actiones compoſitæ ſunt. ¶ Omnium tamen harum[i] & interpretandi ſcientia, & actiones[k], apud collegium Pontificum erant: ex quibus[l] conſtituebatur, quis quoquo anno præeſſet[m] priuatis, & ferè populus annis propè centum hac conſuetudine vſus eſt[n].

Ad §.6. Deinde ex his legibus.

a *Actiones*. Sunt ergo actiones omnes ex iure ciuili, nec ſolùm quod ad ſolennitatem formulæ, ſed etiam quod ad originem. Neque enim comparatæ ſunt niſi aduerſus perfidos, vt Theoph. ſcribit initio *tit. De action.* id eſt aduerſus iuris & naturalis & gentium violatores. Omnis ſiquidem actio cõpetit aduerſus eum qui vel facit alteri quod ſibi fieri nolit, vel non facit quod ſibi fieri velit, quę duo præcepta ſunt iuris naturalis, vt dixi ad *l.10.§.1.ſupr. tit.1.* Inde eſt quod placet eam natura debere quem iure gentium dare oportet, cuius fidem ſecuti ſumus *l.84.§.1.de reg.iur.*

b *Compoſitæ ſunt*, hoc verbo ſollennitas aliqua ſignificatur, de qua in ſequentib.

c *Diſceptarent*, ad conſequendum ſcilicet id quod vel ſibi deberi vel ſuum eſſe quiſque putaret *l.37.l.51.de oblig.& act.l.178.§.2. de verb.ſignific.* Nec enim fuit ferendum vt diſceptatio hæc alia eſſet quàm iudicialis, ne maioris rixæ & tumultus occaſio daretur *l.176.de reg.iur.* Agere autem aduerſus alium ſine actione nemo poteſt *l.6.§.vlt.infr.de negot.geſt. l.9.§.& generaliter 3.D.de admin.tutor.*

d *Inſtitueret*. Siue quòd iuris autoritatem ex priuati cuiuſque arbitrio pendẽre non oporteret *l.1.§.2.infr. ad Turpill. l.15.infr.ad municip.* Siue ipſorum quoque prudentum gratia vt eſſent velut arcana quædam iuriſprudentiæ quæ nec alij quàm prudentes ſcirent, nec aliter quàm per prudentum manus ad alios peruenirent, vt ſequentia demonſtrant.

e *Certas ſollenneſq;*, id eſt certis verborum formulis ac velut aucupiis conceptas, in quibus proinde diligentiandis & proponendis neceſſarius eſſet vſus Iuriſperiti propter periculum quod ſuberat, ne qui caderet à ſyllaba caderet à cauſa. Manſitq; hæc ſcrupuloſitas inaniſq; verborum obſeruatio ad tempora vſque Conſtantini & Theodoſij qui & formulas, & impetrationes actionum ſuſtulerant *l.1.& 2.C.de form.& impetr.act ſubl.* Oſtendit autem tantò magis hæc adiectio actiones omnes eſſe iuris ciuilis, vt cætera omnia quæ ſollennitatem aliquam habent, cùm iuris naturalis aut gentium nullæ penitus ſint ſollennitates.

f *Legis actiones*, id eſt quæ formam agendi ex legibus continerent, vt explicat Pomp. *in §. ita in ciuitate 12.inf.* Alio ſenſu quàm quo dicimus adoptionem, emancipationem, & alias huiuſcemodi legis actiones eſſe *l.3.§. de offic.proconſ.* Multò minùs poteſt hic locus intelligi de actibus legitimis de quibus in *l.77.de reg.iur.* qui an diſtent à legis actionibus dicemus ad eam locum. Denique aliud eſt lege agere, de quo in *l.123.eod.* aliud verò de iure ſuo ex legis actionibus in iudicio experiri. Aliud item eſſe legis actionem apud aliquem magiſtratum, vt in *l.4.§. de adopt.* Aliud verò actionem exercere apud aliquem magiſtratum. In quo tamen paſſim errant noſtri omnia iſta confundentes.

g *Id eſt legitimæ actiones*. Non diſplicet hęc interpretatio licèt tãquam ſuperflua & irreptitia lineis circumſcripta ſit. Nam vt proximè dixi legis actiones hæ dicuntur, nõ quaſi lex ipſa aliquid agat, ſed quiæ ſunt ex legibus, id eſt legitimæ: ad differentiam earum quæ poſteà honorariæ dictæ ſunt, id eſt prætoriæ, vel ædilitiæ, de quibus in *l.35.de oblig.& act.& alibi paſſ.* Sic & legitima pacta dicimus quæ ex lege 12. tab. deſcendunt *l.5.& 6.infr.de pact.* vt furti & iniuriarum *l.17.§.1.eod.*

h *Eodem penè tempore*. Vnde eſt quod licèt ius legis 12. tab. dicatur ius antiquiſſimum & vetuſtiſſimum, tamen vetuſtati & antiquitati placuiſſe dicuntur ea quo que omnia, quæ prudentes induxerunt per interpretationem ad eam legem 12. tab. *Inſtit.de exher. liber.in princ.§.item vetuſtas 15.Inſt.de hered.quæ ab inteſt. defer.l.4.C.de lib.præt.l.1.§.vlt.ſi à parent.quis manum.ſit. infr.*

i *Harum*, id eſt 12. tab. de quibus proximè dictum eſt in præcedentibus, vt non videam cur Iac. Cuiac. *lib.18.Obſer.cap.11.* locum hunc emendet, & pro hac dictione reponat *duodecim tabularum*, & in ſequentib. *ſcientiæ* pro *ſcientia*.

k *Et actiones*, quarum tamen dãdarum aut denegãdarũ ius poſteà tranſlatum eſt ad prætorem in vrbe & ad Præſides aut Proconſules in prouinciis *l.27.§.1.de minor.l.57.de acq.her.l.15.§.eleganter 28.de dam.inf.*

l *Ex quibus*, ſupple Pontificibus.

m *Præeſſet*, ſupple iuri dicundo priuatis. Nec enim poterat res tam ſancta & ſacra, quàm eſt iuriſprudẽtia, iuſtitiaq; digniores & ſanctiores depoſitarios habere, quàm Pontifices, penes quos erat etiã religionis & ſacrorum omnium cura: ſed ita vt quę ad religionis cultũ pertinebant per vniuerſum Collegiũ Pontificũ expediretur, non per aliquẽ ex Pontificibus, vt ea quę ad ius priuatis reddẽdũ ſpectabãt.

Vide *l.vlt.infr.de mort.infer.l.5.de religios.l.50. ad fin. de pet.hered. l.3 §.4.verſ.Diuus infr. De ſepulc.violat.* Hinc verò poſſimus colligere antiquiſſimum delegationis veſtigium. Nam hic qui ſuo anno præerat iuri dicundo priuatis non ex ſua ſed ex totius Collegij Pontificum iuriſdictione & autoritate ius reddebat.

n *Vſus eſt*, id eſt hoc iure vti ſolitus fuit. Non enim ius erat conſuetudinarium ſed ſcriptum, quod legibus duodecim tabularum comprehendebatur.

7 ¶ Poſteà cùm Appius Claudius[a] propoſuiſſet[b] & ad formam redegiſſet has actiones: Gnæus Flauius, ſcriba eius, libertini filius, ſubreptum librum[c] populo tradidit[d]. & adeò gratum[e] fuit id minus populo, vt tribunus plebis fieret, & ſenator, & ædilis curulis [f], hic liber, qui actiones continet, dicitur *ius ciuile Flauianum*.[g] ſicut ille, ius ciuile Papirianum. nam nec Gnæus Flauius de ſuo quicquam adiecit libro. ¶ Augeſcente ciuitate, quia deerant quædam genera agendi[h], non poſt multum temporis ſpatium Sextus Ælius alias actiones[i] compoſuit, & librum populo dedit, qui appellatur *ius Ælianum*.

Ad §.7.Poſteà cùm Appius.

a *Appius Claudius.* Hic eſt qui quamuis ceꝛcus, publicis tamen conſiliis intererat, & in Senatu ſeueriſſimam dixit ſententiam de Pyrrhi captiuis, *l.1.§.5.verſ.nunquid infr. de poſtul.* Nec enim potuit eſſe alius ille primuſque Appius Claudius vnus ex Decemuiris cuius fuit maximum conſilium in 12. tabulis ſcribendis, quæ iam ante centum annos fuerant conſcriptæ. Idque ita eſſe conſtat ex *§. fuit autem 16.infr.*

b *Propoſuiſſet*, ſcilicet has actiones in formam redigere, id eſt in ordinem, certamque rationem, & actionis cuiuſque formulæ conceptionem.

c *Subreptum librum.* Nec enim fuit difficile ſcribæ cæci hominis, vt ſubriperet librum cæco.

d *Populo tradidit*, id eſt in publicum edidit, & euulgauit.

e *Adeò gratum*, vt ſolent eſſe cætera quæ publicè vtilia ſunt, & ex eorum genere quibus carere populus aut abſtinere commodè non poteſt. In quo numero ſunt lites forenſeſque diſputationes. De quibus poſſit quis non immeritò idipſum vſurpare quod olim Cato de mulieribus dicebat, Neque cum iis commodè, neque ſine iis vllomodo vitam hanc mortalem tranſigi poſſe.

f *Et Ædilis Curulis.* Miror quod poſt ſummas illas dignitates Tribunitiam & ſenatoriam fiat mentio Ædilitiæ quę longè minor erat. Teſte loco illo Ciceronis *Factus ſum Ædilis, id eſt paullò plus quàm prætuatus.* Sed ad alios Ædiles id pertinebat, quàm ad Curules, qui erant ex Patribus & Senatoribus *§. deinde cùm placuiſſet 26.infr.* Primi enim Ædiles fuerunt ex plebe & magiſtratus plebeij *§. ſt. mque 21. infr.*

g *Flauianum.* Sic nos Codicem noſtrum de noſtro nomine inſcripſimus Fabrianum. Iuſtias fortaſſe quàm dicatur Ius ciuile Flauianum aut Papirianum. Fecimus enim non quod Flauius qui librum authori ſubripuit, ſed quod Appius Claudius qui actionum formulas in formam redegerat. Nam & Senatus noſtri placita in formam & ordinem methodumque nouam ſtylo nouo redegimus, nec eo minùs tamen multa de noſtro adiecimus. Gratum, vt audio, munus populo, ſed pragmaticis potiſſimùm & iuris noſtri ſtudioſis.

h *Quædam genera agendi.* Quomodo etiam hodie pleraque deſunt, in quorum omnium locum tandem neceſſe fuit ſubſtitui actiones in factum, & præſcriptis verbis cùm ita comparatum ſit à natura, vt plura ſint negotia quàm vocabula *l.1. §. vlt. l. 2.3.4.11 infr. de præſcr. verb.*

i *Alias actiones*, neque Appio Claudio, neque alij vlli ex prioribus prudentibus cognitas: Quæ tamen quales ſint, hodie neſcitur: quod extra legem hanc nulla ſuperſit memoria iuris iſtius Æliani, vt nec Papiriani, vel Flauiani.

8 ¶ Deinde cùm eſſet in ciuitate lex duodecim tabularum, & ius ciuile[a]: eſſent & legis actiones: euenit, vt plebs in diſcordiam cum patribus perueniret, & ſecederet, ſibique[b] iura conſtitueret, quæ iura, *plebiſcita*[c] vocantur: mox cùm reuocata eſt plebs: quia multæ diſcordiæ naſcebantur de his plebiſcitis[d], pro legibus[e] placuit & ea obſeruari, lege Hortenſia[f] & ita factum eſt, vt inter plebis ſcita, & legem ſpecies conſtituendi intereſſent[g]: poteſtas[h] autem eadem eſſet.

Ad §.8.Deinde cùm eſſet.

a *Et ius ciuile*, inductum ſcilicet autoritate prudentum, iuſtaq; eorum interpretatione ad legem 12. tabul.

b *Sibiq;*, id eſt plebi ſoli, non populo vniuerſo. Quo nomine ciues omnes ſignificantur, connumeratis etiam patriciis, & Senatoribus, qui vtique plebis appellatione non continentur *§. lex eſt 4. Inſt. de iur. natur l.238.de verb ſignif.*

c *Plebiſcita*, quaſi à plebe ſcita, ſancita, & conſtituta.

d *De his plebiſcitis*, nolente Senatu pati vt plebiſcita ligarent vniuerſum populum, vtpote in quæ vniuerſus populus non conſenſiſſet, vtq; aliqua eſſet legum & plebiſcitorum, etiam quantum ad poteſtatem differentia. Lex enim commune præceptũ eſt, communiſq; ſponſio totius reipublicæ *l.1. §.it. prox.*

e *Pro legibus.* Itaque non placuit plebiſcita leges eſſe quod fieri non poterat ſine fœda nominum & rerum confuſione *l.vlt. C. de legit.tut. l.7.C.de codicill.* Sed legum autoritate cenſeri & perinde ac leges obſeruari etiam à patriciis & Senatoribus, In quo nihil fuit abſurdi.

f *Lege Hortenſia.* Fuit enim legis alicuius autoritas in hanc rem neceſſaria, vt vniuerſus populus plebiſcitis perinde quidem ac legibus, ſed non plebiſcitorum at legum poteſtate obligaretur. Exinde namque verum eſt totius populi conſenſum, non ſolius plebis voluntatem plebiſcitis tantam autoritatem dediſſe. Sunt tamen qui à P. Philone hanc legem latam ſcribant. Vide Gell. *lib.15.cap.25.* Plin. *lib.16.cap.10.* Liuium *lib.8.* Ant. Goucan. *2.var.lect. cap.22.*

g *Intereſſent.* Aliter enim conſtituebantur fiebántque leges, aliter plebiſcita. Leges Senatorio magiſtratu interrogante. Plebiſcita, plebeio. *d.§.lex eſt.*

Illæ ab vniuerſo populo, Hæc à ſola plebe Ibid.

h *Poteſtas.* Sic neque Senatuſconſulta fuerunt leges, ſed legibus ſimiles conſtitutiones, hactenus ſcilicet vt legum vim ac poteſtatem haberent *§. ſeq. & §.2.Inſt. de bonor. poſſ.*

9 ¶ Deinde, quia difficilè plebs conuenire[a] cœpit, populus, certè multo difficiliùs in tanta turba hominum: neceſſitas[b] ipſa curam reipublicæ ad ſenatum[c] deduxit. Ita cœpit ſenatus ſe interponere[d]: & quicquid conſtituiſſet, obſeruabatur[e]. idque ius appellabatur *Senatuſconſultum*[f].

Ad §.9.Deinde quia difficile.

a *Conuenire*, Id eſt non tantùm in vnum & eundem locum, ſed etiam in vnam eandémque ſententiam venire & ex diuerſis animi motibus in vnum conſentire *l.1.§.conuentionis 3.inf. De pact.* quod poſtremum multò difficilius eſt, maximè verò in tanta turba hominum, vt Pomp. ſubiicit propter naturalem hominum ad diſſentiendum facilitatem *l.17.§.principaliter 6 inf. de recept. qui arbitr. recept.*

b *Neceſſitas.* Huc videtur reſpicere Modeſtinus in *l.pen.ff.tut.prox.* cùm ait Omne ius aut conſenſu populi totius factum eſſe, aut ex neceſſitate conſtitutum, quale illud eſt quod Senatuſconſulta induxerunt, aut conſuetudine firmatum.

c *Ad Senatum.* Non ita vt populo ius ſuum auferretur condendæ legis per comitia, ſed dato tamen Senatui iure conſtituendi ac decernendi pro arbitrio quod è reipub. dignitate ac vtilitate eſſe videretur, ita vt quicquid Senatus decreuiſſet pro lege haberetur. Cæterum comitia è campo ad Senatum tranſlata non ſunt in tempora vſque Tiberij Cæſaris, qui primus antiquum ius populo ademit vt Tacitus 1. *Annal.* teſtatur.

d *Interponere.* Ergo non lege aliqua vt plebiſcitis ita & Senatuſconſultis data fuit legum poteſtas, ſed eam ſibi poteſtatem & autoritatem paulatim Senatus ſibi vindicauit ex quo rerum neceſſitas totius reipublicæ curam ad Senatum deduxit, Populo nõ reluctante, nec tam vt faueret Senatui, quàm vt ſibi conſuleret id facilè permittente quod toti reipublicæ adeò vtile commodumq; eſſe animaduerteret.

e *Obſeruabatur*, niſi tale quid eſſet quod plebis ius & immunitatem lædere videretur. Quo caſu ſalui erat Tribunis plebis ius intercedendi, cuius poteſtate impedirent vim & effectum Senatuſconſulti. Maior enim poteſtas erat Tribunorum plebis in prohibendo, quàm Senatus in cõſtituendo, & decernendo, ſiue quòd in pari iure potior eſſe ſoleat cauſa prohibentis *l.28 ff. commun. diuid.* Siue quòd totius reipublicæ maieſtas penes populum eſſet, autoritas verò penes Senatum, tametſi Senatus nomen præponi ſoleret, Ideò fortaſſe quòd populi partem Senatus ipſe conſtitueret, & quidem maximam ac nobiliſſimam.

f *Senatuſconſultum.* Nec enim ambigitur Senatum ius poſſe facere *l.9.ff.tit.1.* Et verò ſi lex eſt virorum prudentium conſultum, vt ait *l.1.eod.* quis miretur Senatum Romanum tot tantiſq; viris clariſſimum potuiſſe facere ſi nõ legem ſaltem legi ſimilẽ conſtitutionem? Aut quid proderat tranſlatam ad Senatum curam totius reipublicæ ſi non habuiſſet vim legis quicquid Senatus decreuiſſet? arg. *l.75.ff. de iudic. l.vlt. ne quid in loc. publ.*

10 ¶ Eodem tempore & magiſtratus[a] iura reddebant[b]: & vt ſcirent ciues, quod ius de quaqua re quiſque dicturus eſſet[c]: ſéq; præmuniret[d]: *edicta* proponebant[e]. quę edicta prętorum, *ius honorarium* cõſtituerunt. ¶ Honorarium dicitur, quòd ab honore prætoris[f] venerat.

Ad §.10.Eodem tempore.

a *Magiſtratus*, quos Romæ plures creatos fuiſſe cõſtat quamuis alios aliis temporibus, aliiſq; functionibus, vt dicemus in *§. quod ad magiſtratus 14. & ſeqq. infr.*

b *Iura reddebant*, abolito iam eo ſcilicet iure quod per centum ferè annos obtinuerat, vt ex Collegio Pontificum vnoquoque anno aliquis conſtitueretur, qui præeſſet iuri dicundo priuatis *§.6.ſup.*

c *Dicturus eſſet*, eo nimirũ anno cùm eſſent annui magiſtratus. Iura autem potiſſimùm reddebát Prętores in cauſis ciuilibus, Quæſtores verò in criminibus. Ad tempora vſq; Imperatoris Seueri, ex cuius primùm epiſtola ad Fabium Chilonem Prefectura vrbis vniuerſa ſibi crimina vindicauit *l.1. ff. de offic. præf. vrb.*

d *Seq; præmuniret*, id eſt apud ſe deceneret qua de re, & qua actione, & contra quem agere illo anno vellet, aut ſi conueniretur, an & quomodo defendere ſe deberet. Multa enim erant in Prætorũ edictis noua, & à legibus 12. tabularum aliena, cùm ius iis eſſet adiuuandi, ſupplendi, adeoque corrigendi iuris ciuilis *l.7.§.1.ſupr. tit.1.*

e *Proponebant*, quę idcirco Edicta vocabátur, quaſi extra & publicè dicta. Erantq; annua cùm nõ poſſent in longius tẽpus vires ſuas extẽdere, quàm extẽderetur autoritas Prætoris, qui ea propoſuiſſet. Quouſque ex omnibus iſtis edictis annuis factũ eſt edictũ perpetuum à Iuliano cõpoſitum iuſſu Imp. Hadriani, De quo in *l.2.ff. de ſtat. hom.* & apud Iuſtin. *in conſtit. ad Theoph. Doroth & ceteros Anteceſſ.* incip. *Omnem reipublicæ §. & primi anni.*

f *Ab honore Prætoris*, aut potiùs ad honorem prętorum, vt loquitur Papin. in *l.7.§.1.ſ.tit.1.* Niſi melius Iuſtinianus & generaliùs in *§. prætorum 7. Inſt. de iur. nat. Ob honorem magiſtratuum*, vt Ædiles comprehẽdantur, qui ſicut perinde magiſtratus erant ita & edicta proponebant & actiones, vt conſtat ex *tit. De adilit. edict. ff. & De adilit. action C.* Itaque non prætorium ius hoc dicebatur ſed honorarium, cuius partes erant duæ Prætorium & Ædilitium.

n ¶ Nouiſſimè[a], ſicut ad pauciores[b] iuris conſtituendi via tranſiſſe ipſis rebus dictatibus[d],

videbatur: per partes [e]euenit, vt necesse esset[f] reipublicæ per vnum[g] consuli. nam senatus non perinde omnes prouincias probè gerere poterat[h]. Igitur constituto principe[i], datum est ei[k] ius, vt quod constituisset[l] ratum esset.

Ad §. 11. Nouissimè.

a *Nouissimè*, id est nouissimis temporibus, euersa iam Republica, & per Iulium Cæsarem sub perpetui Dictatoris nomine & per Augustum sequentes{q;} Imperatores sub Principum appellatione occupata.

b *Ad pauciores*, id est ad Senatum qui minimá quod ad numerum, licèt maximam & nobilissimá, quod ad auctoritatem, totius populi partem constituebat.

c *Iuris constituendi via*, quæ ab initio solius populi fuit, nec alterius esse potuit nisi populo ipso cõsentiente, cùm iura non in singulas personas sed generaliter & in vniuersum cõstituantur *l.1.d.8.j.tit.1.*

d *Ipsis rebus dictantibus*, id est ipsa rerum necessitate ita cogente *§. deinde quia 9. supr.*

e *Per partes*, id est per vices & paullatim, succedaneis mutationibus, Quomodo dicimus nauim per partes refectam in *l.10. §. in nauis 7. inf. quib. mod. vsufr. amitt.* aut particulatim vt Caius loquitur in *l. 65. §. fin. De leg.1.* Facit *l.76. inf. de iudic.* Nam cùm mutatio omnis sit periculosa in Republ. vt Plato dicebat, Consequens erit vt multò periculosiores illæ sint quæ fiunt vno impetu & ab vno extremo in aliud, Minùs verò periculosæ, quæ paullatim fiũt & adeò suauiter vt vix percipiantur. Vt in proposito fuit minùs periculosum potestatẽ iuris condendi quæ initio erat penes solum populum deduci primùm ad Senatum, deinde à Senatu ad Principem, quàm si à populo rectà ad Principem trãslata esset, quod vix fieri potuisset nisi admissa tyrãnide. Sanè quod nonnulli hæc verba interpretantur *per factiones* non est mihi probabile, nec cum præcedentibus vllomodo conuenit aut cum sequentibus. Vide Ant. Gouean. *1. var. lect. cap. 24.*

f *Necesse esset.* Ergo necessitas etiam Principes facit, sicut & Senatum, cùm ipsâ rerum experientiâ cõpertum esset in periculosissimis reipublicæ temporibus non aliud certius aut promptius remedium occurrere, quàm si totius reipublicæ salus vnius hominis consilio & arbitrio crederetur. Vnde vsus Dictatorum Romæ. Adeò excellentior est Monarchia, quàm vel Aristocratia sit, vel Democratia. Huc etiam pertinet vox illa Crispi Sallustij ad Tiberium, Eam condicionẽ esse imperandi vt non aliter ratio constet quàm si vni reddatur. Et illud rursum Asinij Galli vnum esse reipub. corpus, atq; vnius animo regẽdum. Denique quod Paulus noster scribit in *l.3. de offic. præf. vigil.* salutem reipub. tueri nulli magis conuenire quàm Cæsari, nec alium ei rei sufficere quàm Cæsarem.

g *Per vnum*, qui vnus stantis Reipub. temporibus Dictator primùm vocatus fuit, Postea Dictator perpetuus, tandemq; Princeps & Imperator. Cùm Dictatoris non minùs quàm Regis nomen toti P. R. inuisum fecisset dominatio Iulij Cæsaris qui primus Rempub. inuasit & euertit. Vnde præcipua laus illa Augusti Cæsaris quod neque regno neque dictatura, sed Principis nomine constituerat Rempublicam.

h *Poterat.* Quidni verò per Præsides & Proconsules & Legatos vt ipsi quoque Cæsares? aut vt stante adhuc Republica? An quia id demùm probè quis potest per alium gerere, quod an alius ille benè gerat, per seipsum videre possit? Hoc verò facere cõmodè Princeps potest, Senatus non potest. Nec enim desunt exempla Principum & Imperatorum, qui vniuersum penè terrarum orbem lustrauerunt, Inter quos, memorabiles Hadrianus & Seuerus.

i *Constituto Principe*, quasi Imperatores Romani imperium susceperint potiùs quàm & ambierint, & occupauerint. Magnum enim illud erat arcanũ retinendi tutò imperij si necdum occupatum crederetur. Adeò vt nec adepto iam Principatu per Tyberium nusquam contabundum nisi cùm in Senatu loqueretur, potuerit tamen ille vinci à Senatu vt fateretur à se suscipi imperium, sed hactenus tantùm flectere paulatim, vt negare & rogari desineret. Nimirum vt vocatus electusq; potiùs quàm per vxorium ambitum seniliq; adoptione irrepsisse crederetur.

k *Datum ei est*, à populo. Quis enim alius tale ius Principi dare potuisset? Sed qua lege? Non alia vtique quàm lege regia, de qua in *l. 1. inf. de const. Princip. §. sed & quod Principi 6. Inst. de iur. natur. & in Constit. Iustin. De concep. Digest. §. sed & hoc studiosum 7.* vbi Iust. ait lege antiqua quæ regia nũcupabatur omne ius, omnemq; potestatem populi Romani in Imperatoriam translata esse potestatem: Cùm tamen ea lex vt nomen ipsum demonstrat nõ de Imperatoribus sed de regibus locuta fuisset. Quo magis mirum est Imperatores Romanos qui regium nomẽ adeò inuisum exosumq; sciuerunt, legi tamẽ regiæ hanc suam potestatem acceptam ferre voluisse, neque curasse vt in eam rem noua lex ferretur quæ dominationis regiæ memoriam nõ perinde renouaret. Nisi fortè huius rei causa ex eo fuit, quod deducta iam à populo ad Senatũ cura totius reipub. potuit cõsensus Senatus sufficere Principibus, quos eam ob causam videas id semper egisse quantum potuerunt vt populum nudarent, ad Senatum verò omnia deferrent, vt minùs laborandum haberent ad corrumpendos largitionibus & precibus optimos quosque ex paucioribus quibus ipsi totã rempub. credidissent. Idq; primùm à Tiberio audenter tentatum feliciter tamen perfectum est, non audẽte populo conqueri ademptum sibi ius suum nisi inani rumore, vt ait Tacitus.

l *Constituisset.* Hinc nomen datum Constitutionibus Principũ *d. tit. De constit. princip. j. & C.* Etsi enim decreta Principum dixit Papin. in *l. 7. §. tit. 1.* videtur id nomen accommodatius ad Senatusconsulta exprimenda. Quamquam Paulus noster Decretorum libros scripsit quibus ea complexus est quæ Imperator causa cognita inter priuatos collitigatores pronunciauerat, Alio proinde sensu quàm de quo nunc agimus. Tractamus enim de constitutionibus quæ legis vim habent, iurisque scripti partem omnium certissimam constituunt, non de sententiis in Principis auditorio sub Principis nomine latis.

12 ¶ Ita[a] in ciuitate vestra, aut iure, id est, lege[b] constituitur, aut est proprium ius ciuile[c], quod sine scripto[d] in sola prudentium interpretatione consistit: aut sunt legis actiones, quæ

quæ formam agendi continent: aut Plebiscitum, quod sine auctoritate patrum[e] est constitutum: aut est magistratuum Edictum, vnde ius Honorarium nascitur: aut Senatusconsultum, quod solum senatu constituente inducitur sine lege[f]: aut est Principalis constitutio, id est, vt quod ipse princeps constituit, pro lege[g] seruetur.

Ad §. 12. Ita in ciuitate.

a *Ita.* Epilogus est eorum quæ hucusq; dicta sunt de initio & progressu iuris Romani.

b *Lege*, scilicet duode cim tabularum.

c *Proprium ius ciuile*, id est ius ciuile proprie ac specialiter sumptum non in genere prout cæteras iuris ciuilis partes omnes complectitur.

d *Sine scripto*, non quòd in sola disputatione esset positum, sed quia veteres illi prudentes in latenti ius ciuile retinere cogitabant, non scriptis suis populo legendum dare *§. iuris ciuilis 35. infr.* Ideoq; de Coruncanio ait Pomp. in *§. post hos in fin.* nullum eius responsum exare, sed responsa ipsius complura, & memorabilia fuisse. Excipiendæ sunt formulæ, à posterioribus iurisconsultis inductæ vt publicè vsui essent, Qualis illa fuit Galli Aquilij de instituendo posthumo nepote, De qua in *l. 29. infr. de lib. & post.* Has enim scribi necesse fuit, & adynguem obseruari.

e *Sine auctoritate patrum.* Intellige à reliquo tamen populo, id est à sola plebe, vt plebiscitum definiatur per adfirmationem non per negationem. Alioqui & edicta prætorum, & decreta Principum plebiscita dici poterunt, quia sine Patrum, id est Senatorum authoritate fiunt.

f *Sine lege* Hoc enim est quod suprà diximus ad *§. 9.* nulla lege datam fuisse potestatem illam Senatui vt ius facere posset.

g *Pro lege.* Non ergo Principis constitutio lex est, sed pro lege seruatur legisq; vigorem habet, Imò plus quàm lex est cùm per legem regiam factum sit vt Princeps quemadmodum exinde cœpic esse supra populum cuius solius erat legem condere, Ita cœperit etiam esse supra leges, Alioqui nec legibus solutus esset *l.31. infr. tit. 1.*

13 ¶ Post originem iuris, & processum cognitum, consequens est, vt de magistratuum nominibus, & origine[a] cognoscamus. quia, vt, expositum, per eos, qui iuri dicundo præsunt[b] effectus rei[c] accipitur, quantum est enim ius in ciuitate esse, nisi sint, qui iura regere[d] possint? Post hoc deinde auctorum successione dicemus quòd constare non potest ius[e] nisi sit aliquis iurisperitus[f], per quem possit quotidie in melius produci[g].

Ad §. 13 Post originem.

a *Nominibus & origine.* Obserua Iureconsultos priùs tractare semper de nomine quàm de re, Quoniam quid nominis semper præcedit quid rei, vt diximus ad *l. 1. supr. tit. 1.*

b *Præsunt*, cùm magistratus sit viua vox iuris ciuilis *l. 8. supr. tit. 1.*

c *Effectu rei.* Quæ enim legum erit vtilitas si in literis duntaxat consistant non etiam per ipsa facta atque opera subditis vtilitatem de se præbeant? inquit Iustin. Nouell. 6. *De præsid. prouinc. in princ.*

d *Iura regere.* Nempe *Ipsæ etiam leges cupiunt vt iure regantur.* Ad magistratus autem omnes pertinet vt pro sua quisque iurisdictione & iura regat & rempublicam, Cùm magistratus non aliunde dictus sit quàm quòd sit veluti quidam populi magister & rector.

e *Constare non potest ius.* Atqui iam diximus non posse rempublicam constare sine iure, & legibus. Ergo cùm neque ius ipsum constare possit sine Iurisperitis per quos quotidie in melius producatur. Consequens est vt non possit respublica constare sine Iurisperitis. Quò referri potest, quod de aduocatis scriptum est in *l. 4. C. de aduoc. diuers. iudicior.* Aduocatorum officium vitæ hominum esse necessarium.

f *Aliquis iurisperitus.* Nimirum quia magistratus qui iuri dicundo præerant, iuris peritiam non profitebantur, sed in eam rem Adsessorum operam implorabant. Proinde iuris cognitio erat necessaria in adsessore *l. 1. infr. de offic. adsess.* Sicut & hodie requiritur in Aduocatis *l. 11. in princip. C. de aduocat. diuers. iudicum.* Adeoque in Iudicibus qui iudicant hodie sine Adsessore. Vide Francisc. Hotom. *26. illustr. quæst.*

g *Produci.* Sunt enim iuris nostri vt cæterarum rerum omnium initia, rudimenta, & elementa quædam, deinde incrementa quæ progressu temporis accedunt, & industria atque autoritate eorum ad quos ea res pertinet.

14 ¶ Quod ad magistratus attinet, initio ciuitatis huius constat, *reges*[a] omnem potestatem[b] habuisse.

Ad §. 14. Quod ad Magistratus.

a *Reges*, hoc enim erat quod Tacitus initio Annalium præfatur, Vrbem Romam, inquit, à principio reges habuere. Non dixit Vrbs Roma Reges à principio habuit, sed aptissimè Vrbem Reges habuere, vt significaret illud ipsum quod hîc scribit Pompon. initio ciuitatis Reges omnem in ea & in eam habuisse potestatem.

b *Omnem potestatem*, ita vt nulli eo tempore magistratus essent in ciuitate. Nec enim magistratus quisquam est aut esse potest sine aliqua potestate & imperio *l. 115. de verb signif. l. 7. §. vlt. & l. seq. j. de offic. proconsl. l. 2. §. 1. De iudic.* Ei verò qui supremam in alios potestatem occupat per Tyrannidem, vt à Romulo factum est licèt suo iure, tanquam in vrbem à se conditam, potestas alia quælibet suspecta esse solet, omnisq; potestas, inquiebat ille, *impatiens consortis erit.* Ergo neque potestas neque maiestas vlla reipub. tùm fuit penes populum, at neque vlla respublica, cùm essent omnia Romuli & eorũ quos in regno habuit successores si non dominio, saltem imperio, vt loquitur Seneca.

15 ¶ Iisdem temporibus & *Tribunum celerum*[a] fuisse constat. Is autem erat, qui equitibus præerat, & veluti secundum locum à regibus obtinebat. quo in numero fuit Iunius Brutus[b], qui auctor fuit regis eiiciendi[c].

Ad §. 15. Iisdem temporibus.

a *Tribunum Celerum.* Nomen ipsum ostendit quod & Pompon. subiicit præfuisse hunc Equitibus. Qui enim Equites iidem & Celeres ad differentiam peditum quorum tanta ad militares factiones celeritas esse non potest. Erat autem hoc nomen elegantius & honestius quàm quod hodie substitutum est ad eam dignitatem significandam quæ in illius locum successit. Comitem enim stabuli appellant, Quasi in equos potiùs quàm in Equites ipsos habeat potestatem, Ideò fortasse ne qui ad huius dignitatis fastigium prouehuntur, quæ etiamnum prima post regiam esse creditur, tam facilè sibi potestatem vllam arrogent in homines, indeque animos, & audaciam sumant eiiciendi Regis vt à Iunio Bruto factum est, cuius exemplo factum esse credibile est, vt Romani Imperatores etiamsi veterem istam dignitatem retinuerint, vetus tamen hoc nomen tanquam suspectum, & mali ominis explosum voluerint: Ne inde occasionem sumerét peccandi exemplo qui ratione peccare non possent. Caterùm fuit hoc nomen dignitatis non magistratus, & etiam hodie est.

b *Iunius Brutus.* Ita ergo legendum est apud Tacitum, initio Annalium, non vt vulgò, *Lucius Brutus.* Hinc tantus vniuersæ Brutorum familiæ fauor apud populum stante Republica. Hinc Marci Bruti animus & consilium de Iulio Cæsare trucidando in ipso etiam Senatu, quòd sub perpetui Dictatoris nomine regnum adfectasse crederetur.

c *Eiiciendi*, atque ita totius populi in libertatem vindicandi. Verum igitur est quod Tacitus ait, Brutum instituisse libertatem, non restituisse. Fuit enim prima illa Romani populi libertas cùm ab initio vrbis conditæ reges vrbem ipsam habuerint, Nunquam proinde vrbs libertatem.

16 ¶ Exactis deinde regibus, *Consules*[a] constituti sunt duo[b]: penes quos summum ius vtì esset. lege rogatum est[d]. ¶ Dicti sunt ab eo, quòd plurimùm reipublicæ consulerent[c], qui tamen ne per omnia regiam potestatem sibi vindicarent[f], lege lata[g] factum est, vt ab eis prouocario esset[h], néve possent in caput[i] ciuis Romani animaduertere iniussu populi[k]: solùm relictum est[l] illis, vt coërcere[m] possent, vt in vincula publica[n] duci iuberent.

Ad §. 16. Exactis.

a *Consules.* Fuit igitur Consulatus vt præcipuus ita primus magistratus feliciter institutæ & constitutæ reipublicæ. Et ideò benè Tacitus supradicto loco Consulatum cum libertate coniungit sed ita vt libertatis priusquàm Consulatus meminerit. *Libertatem*, inquit, *& Consulatum I. Brutus instituit.* Fuerunt enim eiiciendi reges atque ita instituenda libertas, priusquàm Consulatus institueretur. Neque tamen dubitandum est aliquos fuisse magistratus etiam sub regibus *l. 1. de off. quæst.*

b *Duo.* Prudenter hoc vt cætera omnia, & rectè. Non tantùm ne vnius fidei & arbitrio respub. crederetur, sed etiam vt appareret quantùm potestas consularis distaret à regia quæ non magis socium pati potest, quàm Africa duos soles. Etsi non desunt exempla Imperatorum qui & simul & benè imperauerint, Diui fratres Verus & Antoninus, sed ambo philosophi, qui sibi priusquàm aliis imperare didicerant, Ac quorum exemplo compertum est quàm verè olim Plato scripserit, Eas demùm beatas fore Respubl. in quibus aut Philosophi regnarent, aut Reges philosopharentur.

c *Summum ius*, id est præcipua & summa authoritas & potestas qua maior alia nulla esset in republica, sed quæ tamen non faceret quominùs tota reipublicæ maiestas penes populum resideret. In quo vno differebat à regia quemadmodum Pomp. subiicit.

d *Lege rogatum est.* Ne dubitare possent Consules quin summum illud ius non à seipsis haberent vt reges ab initio & ante legem regiam, sed à populo.

c *Consulerent.* Præclarè itaq; functionis nomé hoc fuit, quia nec præstantioré aliam in diuino numine agnoscit Poeta qui ad Cæsarem scripsit adulando

Vtne magis saluum populus velit, an populum tu
Seruet in ambiguo, qui consulit & tibi, & vrbi
Iuppiter.

Fuit autem hoc nomen adeò gratum populo tanquam cum ipso propemodum libertatis nomine iuréque institutum, vt etiam post euersam rempublicam, Imperatores pene quos summa rerum erat Consulatum retinuerint. Adeoq; Consules ipsi persæpe creari voluerint, vt qui eadem magistratuum vocabula esse videret, eandem quoque rempublicam esse arbitraretur, quod assequi non fuit difficile apud eos qui rempublicam ipsi nunquam vidissent. Ideoq; in Pand. supereſt *tit. De offic. Consul.* Vide *l. 1 in princ. ff. de offic. præf. vigil.*

f *Vindicarent*, vt facilia sunt & procliuia hominum ingenia ad dominationem appetendam, ideoque non minùs populo qui Principem non habeat, quàm Principibus qui supremam potestatem habent, suspecta ne licere sibi putent quicquid audere & assequi possint si sufficiat libére. Quid enim aut sæpiùs, aut promptiùs vnquam factitatum, quàm quod pro præcepto magis quàm pro consilio ab Euripide primùm Caius Cæsar, deinde ab ipso Cæsare tam multi hauserunt, si violandum ius est, regnandi causa violandum est. In cæteris pietatem colas.

g *Lege lata*, alia scilicet quàm de qua proximè diximus, quæ summum ius in ciuitate Consulibus dederat. Quasi pœnitente aut saltem mirante populo tantam à se datam duobus viris potestatem, quæ sine summo periculo retineri in republica non posset, nisi per subsequentem legem, velut per iustam interpretationem restringeretur. Quid enim aliud erat summum ius habere in republica quàm plenissimam & absolutissimam de quaque re pro arbitrio decernédi & cóstituédi

habere potestatem? Quid verò aliud est Regem esse, aut si regis nomen displicet, Regiam potestatem in omnibus & per omnia obtinere?

h *Prouocatio esset*, ad populum quæ potissima superioritatis & maioris potestatis nota esse potuit. Ante hanc igitur legem non licebat prouocare ad populum à Consulibus, non magis quàm à Decemviris illis, de quibus diximus in *§. posteà 4. supr. eod.* Veritque enim commune illud erat, quod summum ius in ciuitate datum iis fuerat, Quæ res prouocationis licentiam & auxilium denegabat.

i *In caput*, id est in vitam. Nec enim alterius est vitam adimere quàm qui dominus sit eius cui adimat. Vnde est quod nec cuiquam permittitur, vt tibi mortem inferat, *tit. De his qui mort. sib. consc.* quia nemo dominus est membrorum suorum *leg. 13. infr. ad leg. Aquil.* Sola autem respublica domina est omnium qui in republ. nascuntur cùm reipublicæ & patriæ suæ quisque nascatur prius quàm parentibus, atque adeò quàm sibi ipsi *l. 1. §. & generaliter 15. infr. de ventr. in poss. mitt. l. 1. ad leg. Iul. maiest. l. 19. §. filius 7. de capt. & postlim. l. 14. §. plebeij 4. De muner. & honor.* An ergo potuerunt Consules ciui Romano adimere libertatem? Multò minùs. Fuit enim facilius adimere vitam quàm libertatem, *l. vlt. C. de patr. potest.* Præter id quod in toto iure nostro seruitus morti assimilatur *l. 59. de condic. & demonstr. l. 209. de regul. iur.* At neque ciuitatem adimere Consules potuerunt iniussu populi. Nam & hoc animaduertere est in caput ciuis, Eximere caput de ciuitate *l. penultim. infr. de extr. cogn. dict. l. 59.* Denique nec aliud quicquam facere quod ciuis romani existimationem læderet ac quoquomodo minueret. Est enim causa existimationis causa capitis, Nec nisi authoritate legum minui potest ciuis romani existimatio non magis quàm consumi *dict. l. penult. §. 1.* Quamuis pœna capitis separetur à pœna existimationis in *l. 28. infr. de pœn.* nec metus infamiæ pertineat ad edictum *Quod met. caus. l. 7. in prin. infr. ill. tit.* In seruos sanè potuerunt Consules animaduertere etiam iniussu populi, quod & præfecti vigilum potuerunt *l. penul. infr. de condict. caus. dat.* quia nec habet seruus caput in ciuitate *l. 3. §. vit. & l. seq. infr. de cap. minut.*

k *Iniussu populi*, in eoque quod mirum sanè est, maior fuit potestas partia quàm consularis, *dict. l. vltim. Cod. de patr. potest. l. 11. infr. de liber. & post.* cùm tamen patria potestas non ex lege aliqua rogata, sed ex iure non scripto solisque populi Romani moribus descendat, vt scribit Iustin. initio *tit. De patr. potest.* Fuit verò hoc primùm inductum ex lege duodecim tabularum, cuius verba illa fuerunt *De capite ciuis nisi per maximum Comitiatum ollosq; quos Censores in partibus populi locassent, ne ferunto.* De quibus vide Cuiac. *lib. 15. Obs. cap. 8.*

l *Relictum est.* Hoc verbo euidèter significat Pomponius quod nos volumus, legem hanc secundam latam fuisse vt prior restringeretur ac quodammodo corrigeretur quæ Consulibus nimiam sanè potestatem dederat hoc ipso quod dederat iis ius summum. Ex quo iure summo id vnum iis relictum populus voluit vt ciuem romanum coercere possent, & in publica vincula duci iubere. In summis tamen Reipublicæ periculis, ius illud summum quod Consulibus datum fuerat, Dictatoribus dari necesse fuit, vt sequitur in *§. populo 18. infr.* Hodie autem, ô rerum vicissitudo, Magistratus vnus ex vno constans homine animaduertit in vitam, libertatemque ciuis Romani cuiuslibet, ita vt nec ab eo prouocatio vlla sit, ne quidem ad summum Pontificem: Sed & illud què mirum & nouum est, Senatorem in vrbe Roma vnicum supereſſe, ex numero quingentorum qui olim fuerunt. Nec eo minùs tamen felix hodie Roma, Imò tantò felicior quantò sanctior.

m *Coercere*, Verbum hoc propriè sumitur pro eo quod velut interpretationis loco subiicitur, In publica vincula duci iubere. Gallicè dicimus *emprisonner*, licèt coercitionis nomen aliquando latius pateat, vt etiam condemnationem & pœnæ cuiuslibet irrogationem comprehendat *l. 1. infr. tit. prox.*

n *Publica.* Priuata enim vincula priuatosque carceres in republica præsertim libera nemini habere permittitur, ne quidem Consuli. Multò minùs sub Principe *l. 1. C. de priuat. carcer. inhib.* Scilicet in ciues.

17 ¶ Post deinde cum sensus iam maiori tempore[a] agendus esset, & consules non sufficerent huic quoque officio, *censores*[b] constituti sunt.

Ad §. 17. Post deinde.

a *Iam maiori tempore.* Mallem legere *iam maiori republica* facilè nato errore ex eo quod dictio illa *republica* tribus primis literis cõtenta esse solet, quarũ prior facilè degenerare potuit in *t*, atque ita locum facere quæstioni apud imperitos librarios & exscriptores an scriptum esset *rep.* an *tẽp.* qua postrema nota nihil dicto *tempori* significari potuisset. Sensus verò idem est qui eorum verborum quæ locutionis variandæ gratia ponit Pompon. in *§. seq. populo deinde aucto.* Hancque nostram emendationem apertè confirmat quod statim sequitur & *Consules non sufficerent huic quoque officio.* Nihil enim erat quod faceret quominùs possent sufficere nisi quia iam maior & auctior esset respublica. Miróque non fuisse hoc mendum ab vllo interprete animaduersum, cùm vulgata lectio sensum nullum habeat.

b *Censores*, inde nimirum dicti quòd agendo censui vacarent. Posteà tamen cœperunt etiam in priuatos nedum in publicos cuiusque mores inquirere, in eáque re seueritatis gloriam potissimùm adfectare. Inter quos primus non ætate sed laude Cato ille, qui ob hanc causam dictus fuit Censorius, aut Censorinus. Neque verò Magistratus exinde vllus in ciuitate fuit vtilior, & ad continendos in officio ciues magis necessarius, quem si diutiùs Romani retinuissent, diutiùs quoque stetisset respublica, cuius scilicet statum ex antiquorum morum euersione protinus euerti necesse fuit. Adeò sunt ista sibi inuicem necessariò consequentia, vt non absre Tacitus scripserit, *verso ciuitatis statu, nihil vsquam prisci & integri moris.* Nos contrà similiter, vbi nihil prisci & integri moris est, verti, subuertiq; statum ciuitatis quæ anteà non nisi bonis & integris moribus regebatur.

18 ¶ Populo deinde aucto, cùm crebra orirentur bella[a], & quædam acriora[b] à finitimis inferrentur[c]: interdum re exigente[d], placuit maioris potestatis[e] magistratum constitui, itaque *dictatores*[f] proditi sunt, à quibus nec prouocandi[g] ius fuit: & quibus etiam capitis animaduersio data est[h]. ¶ Hunc magistratum[i], quoniam summam potestatem habebat, non erat fas vltra sextum mensem[k] retinere[l].

Ad §.18. Populo deinde aucto.

a *Bella*, ex æmulatione & inuidia finitimorum populorum, quos neque flumina, neque montes etiam quibus separabantur à Romanis continere aut tutari in finibus suis poterant, si non mutuo potissimùm metu separarentur, quod omnium fortissimam pacis vinculum est, semperque fuit & erit.

b *Acriora*, quàm vt remediis ordinariis & solitis reprimi ac superari possent.

c *Inferrentur*. Vix enim metuendum erat in bellis quæ Romani ipsi inferrent, ne ipsorum respublica vnquam periclitaretur, siue quòd non facilè bellū vllam nisi quod & iustum & necessarium esset, susciperent, siue quòd non nisi benè prius exploratis viribus reipublicę missisq; ante omnia Legatis qui iustas honestæ pacis condiciones, aut offerrent, aut acciperent. At in bellis quæ per iniuriam & inuidiam ab aliis vltrò inferebantur, aut declinandis, aut superandis nō eadem cautio adhiberi poterat, solusque armis & violentiæ locus relinquebatur, prudentiæ verò aut nullus aut perexiguus cùm aduersus vim sine *vi* nihil fieri possit. Eaque inter belli & pacis artes differentia est, quod hæ tametsi nō nunquam difficiliùs parentur, tantò faciliùs tamē quantò tutiùs retinentur, quòd in pace minor periculis, in bello, si hostis acriùs vrgeat suus quidem virtuti locus, sed virtutis fructus nullus. Inde est, quod à bellis & quidem externis non ciuilibus initium Dictatura sumpsit, vt constat ex hoc §.

d *Re exigente*, id est republica *in* summum adducta discrimen, siue externi alicuius belli terror, siue discordiarum ciuilium furor, vt Syllæ tēporibus ruinam reipublicæ minaretur. Nō enim aliud discordantis patriæ remedium esse videbatur, quàm si ab vno regeretur. Solebat tamen Dictaturam præcedere senatusconsultum quo mandabatur Consulibus vt prouiderent, ne quid Respub. detrimenti caperet. Vt constaret extremum reipublicæ tuendæ remedium positum esse in Dictatore constituendo, sed suspectum tamen, Vtrumque ideò quod nomine magis quàm effectu & potestate distaret à Rege Dictator.

e *Maiorū potestatis*, quàm esset illa Consulum, de qua dictum est in §. præcedente. Non quæ per primam, sed quæ per secundam legem de Consulibus rogatam data iis fuit. Quid enim potuit amplius dari Dictatori quàm summum illud ius quod prima lege fuerat Consulibus datum? Nisi quod in Dictatore hoc amplius sēper fuit, quod solus creabatur, & sine socio. Quæ res maiorem ei ad ambiendum regnum fenestram patefaceret, qui perfidè in Dictatura se gerere vellet.

f *Dictatores. l. vnic. in princ. inf. de offic. præf. præt.* vbi dicitur quod & in hoc §. sequitur, Dictatores summam potestatem habuisse, quæ ipsa nihil aliud est quàm summum illud ius de quo paullò antè diximus. Videntur autem Dictatores ex eo dicti, quòd pro arbitrio dictarent & prescriberent faciendam quicquid vellent, idque pro lege seruaretur.

g *Nec prouocandi.* Consulibus hac parte dissimiles, à quibus prouocatio ad populum erat, similes verò Decemuiris de quibus in *§. posteà 4. supr.* Quamquam in eo etiā dissimiles quod Decemuiris summum ius in ciuitate datum erat non absolutè, vt Dictatoribus; sed hactenus duntaxat vt leges & corrigerent si opus esset, & interpretarentur *dict. §. posteà.*

h *Data est*, Vt possent de capite ciuis Romani pronunciare etiam iniussu populi quod neque Consulibus, neque Decemuiri, neque alij omnino magistratui licebat vlli, ac ne toti quidem Senatui. In id vsque tempus quo ad eam translata tandem est totius reipublicæ cura.

i *Hunc magistratum.* Erat ergo Dictator magistratus, Et tamen extra ordinem creabatur, & valitatis aut potiùs necessitatis tantùm causa, quomodo de præfectis annonæ & vigilum scriptum est in *§. capta deinde 32. in fin. inst.* vbi ob hanc rationem negat Pomponius fuisse illos magistratus. Sed tamen in Dictatore videtur speciali quodam iure receptum vt quamuis extra ordinem crearetur, nihilominùs esset magistratus populi Romani, Ne fortè regem se crederet si tantam in populum haberet potestatem, nec se populi magistratum esse sciret. Quisquis enim magistratus est, is populi quidem magister, sed tamen eiusdem minister quoque est. Denique Magistratuum omnium summa diuisio illa est, vt alij ordinarij sint, alij extraordinarij, Inter ordinarios primum locum tenuerunt Consules, Inter extraordinarios Dictator.

k *Vltra sextum mensem*, cùm tamen cæteri magistratus omnes essent annui: Ex quorum comparatione ita debet accipi quod scriptum est in *d. l. vnic. inf. de offic. præf. præt.* Dictatoribus summam potestatem datam fuisse ad tempus, Breuius scilicet quàm quę minor aliis magistratibus dabatur. Cæterùm nec nisi ad tempus dabatur cæteris, quòd ea magistratuum vicissitudo ad impediendam tyrannidem ipsamq; tyrannidis adfectationem magni momēti esse crederetur. Primus Tiberius hoc ius immutauit, & Magistratus qui in eum vsque diem annui fuerant, perpetuos fecit.

l *Retinere.* Hinc odium & cædes Caij Cæsaris, quòd Dictatorem perpetuum se creari curasset, atque ita regnum affectasse diceretur, Nulla re alia dissimilis Regi nisi quod Dictator perpetuus quàm Rex dici maluisset vt lenitate nominis nec insoliti, nec exosi reipublicæ, dominationis quam effectu ipso regiam inuadebat, asperitatem mitigaret.

19 ¶ Et his dictatoribus *magistri equitum* iniungebantur[a] sic, quomodo regibus[b] tribuni celerum. quod officium ferè tale erat, quale hodie præfectorum prætorio[c]: magistratus tamen habebantur[d] legitimi.

Ad §. 19.

Ad §. 19. Et his Dictatoribus.

a *Iniungebantur.* Rectè, non *iungebantur*. Nec enim populus Romanus creando Dictatorem, iungebat ei Magistrum Equitum, Ne vel fidei, vel prudentiæ diffidere videretur eius in quo extremum vnicúmque salutis publicæ præsidium collocaret, sed iniungebat ei vt Magistrum Equitum sibi eligeret, quomodo loquitur Arcadius Charisius in *l. vnic. de offic. præf. prat.* Non quasi socium dignitatis, sed vt vicarium. Socium verò militiæ aut potiùs adsociatum & participalem cura admilitia gratia, vt ait *d. l. vnic.* vbi addatur Magistrum Equitum secundam post Dictatorem potestatem habuisse, quemadmodum & Tribunus Celerum post Regem toto eo tempore quo vi bem Romam Reges habuere.

b *Quomodo Regibus.* Caue ne suppleas verbum *iniungebantur*. Non enim poterat Regibus iniungere populus, vt Tribunos Celerum sibi eligerent, cùm nec Reges crearet. Sed sensus est tales fuisse Magistros Equitum Dictatoribus, quales Tribuni Celerum Regibus, Vt scilicet secundam & hi & illi potestatem haberent: Mutato duntaxat nomine ad abolendam regiæ dominationis inuidiā & memoriam, quam Tribuni Celerum nomen iam pridem explosum reuocasset.

c *Præfectorum prætorio.* Nam ad similitudinem magistrorum Equitum Præfecti prætorio à Principibus electi sunt, Nisi quod data iis est plenior licentia ad disciplinæ publicę emendationem *d. l. vnic. de offic. præf. prat.* Quò respiciens Pompon. in hoc §. addidit dictionem *ferè*: Sed & constat Tribunos Celerum, magistrósque Equitum non nisi pro militia reipubl. operam nauasse, Præfectos autem prætorio etiam iurisdictionem tam ciuilem quàm criminalem, & auditorium habuisse *l. 40. §. de reb. cred. l. vnic. C. de sent. præf. præt.* vbi constituitur ne à præfectis prætorio liceat prouocare, sed tantùm Principi supplicare, quod & iam antea fuerat constitutum *d. l. vnic.*

d *Habebantur.* Hoc verò mirari quis non immeritò possit, Magistratus populi Romani habitos fuisse Magistros Equitum, qui non à populo ipso creabantur, sed à solo Dictatore eligebantur, Nisi quis putet interfuisse & Dictatoris & Reipublicæ, vt etsi Magistratus hi propriè non essent, pro Magistratibus tamen haberentur, vt ex eo quoque constaret quanta esset potestas Dictatoris qui electione propria posset creare magistratum populi Romani, quod alioqui solus populus facere poterat.

20 ¶ Iisdem temporibus cùm plebs à patribus secessisset[a], anno ferè septimodecimo[b] post reges exactos: *tribunos* sibi in monte Sacro creauit, qui esset plebeij magistratus[c]. dicti tribuni, quod olim in tres partes[d] populus diuisus erat, & ex singulis singuli creabantur: vel quia tribuum suffragio[e] creabantur.

Ad §. Iisdem temporibus.

a *Secessisset*, atque ita diuisus populus fuisset qui constabat ex patribus & plebe *§. lex est 4. Inst. de iur. natur. l. 2. §. de verb. signif.*

b *Septimo decimo.* Ergo ita intra decimum septimum annum post Reges exactos, habuit Roma & Dictatorem & Magistrum Equitum.

c *Plebeij Magistratus*, id est solius plebis cùm in illum vsque diem magistratus in vrbe nullus esset, nisi populi Romani.

d *In tres partes*, & hę partes singulę ab hoc numero Tribus vocabantur: Aliud nomen, aliúsque sensus fuit Curiarum, à quibus curiata comitia. Erat enim populus in triginta Curias diuisus *§. 2. §.* Hinc Comitia Tributa diuersa à Centuriatis qui magnus Comitiatus dicebatur.

e *Tribuum suffragio*, exclusis tamen Senatoribus, potuit etiam Tribunorum plebis nomen sumpsisse originem ab exemplo Tribuni Celerum quem Reges paullò antè habuerant, vt significaretur Supremam quidem totius Reipublicæ potestatem & maiestatem pènes vniuersum populum residere, qui fuerat antè penes Reges, sed secundam potestatem penes Tribunos plebis, qualis olim fuerat penes Tribunos Celerum, Mutata duntaxat nominis adiectione, vt Tribuni scirent non alia de causa sibi datam eam potestatem quàm vt plebem protegerent, & à Patrum iniuria defenderent.

21 ¶ Itémque vt essent, qui ędibus[a] prę esſent, in quibus[b] omnia scita sua [c] plebs deferebat, duos ex plebe constituerunt: qui etiam *ædiles* appellati sunt.

Ad §. 21. Itémque vt essent.

a *Quia ædibus*, legendum est *qui ædibus præessent*. Vnde & Ædiles appellatos fuisse dubitandum nō est. Nam cùm plebs in montem Sacrum secessisset, atque ita suas quisque ædes reliquisset, creandi fuerunt magistratus qui ædium curam haberent, ex eáque causa in vrbe manerent. Alij autem fuerunt hi Ædiles quàm qui Curules postea creati & dicti sunt, de quibus in *l. 1. de ædilit. edict. l. vnic. §. De via public. & si quid in ea fact. eſs. dicat. l. 1. inſr. de offic. præf. vigil.* Erant enim illi ex Patribus non vt hi ex plebe *§. deinde cùm placuisset 26. inst.*

b *In quibus*, lego *& quibus*. Alioquiscribendum erat *in quas*. Quamquam nec illud improbabile est, Ædes aliquas fuisse in quas plebiscita deferrentur, vt in iis asseruarentur, creatósque à plebe magistratus qui ædibus illis præessent vt eas tuerentur, ne quid inde per vim & iniuriā extraheretur, Quomodo & ædium sacrarum custodes quidam erant quos ab officio Ædituos appellabant, quòd ædes illas tuerentur *l. 77. §. donationis 26. de leg. 2. §. tutores 2. Inst. De tutel.*

c *Omnia scita sua*, id est, quæcumque plebs in monte illo Sacro sanxisset ac constituisset. Vide Halicarnass. *libr. 6.* Liuium 3. Festum in verb. *Ædilis.*

22 ¶ Deinde cùm ærarium[a] populi auctius esse cœpisset: vt essent qui illi præessent, constituti sunt *quæstores*[b], *qui pecuniæ præessent*: dicti ab eo, (quod) inquirendæ[c], & conseruandę[d] pecuniæ causa creati erant.

Ad §.22. Deinde cùm ærarium.

a *Ærarium*, in quo stare videntur nerui reipublicæ, præsertim verò ad bellum siue instituendum siue suscipiendum. Vt proinde mirum non sit originem Quæstorum creandorum antiquissimam esse, ac penè ante omnes magistratus *l.1. infr. de offic. quæst.* vbi additur ipsum quoque Romulum, & Numam Pompilium binos Quæstores habuisse, adeóque quos ipsi non sua voce, sed populi suffragio crearent.

b *Quæstores*, hi sunt quos hodie Thesaurarios appellamus.

c *Inquirendæ*, Ergo quasi *quæsitores* & à genere quærendi, vt ait *d.l.vnic.§.1.ff. de offic.quæst.*

d *Et conseruandæ.* Cur non ergo Conseruatores dicti sunt potiùs quàm Quæstores? Fuisset enim modestius nomen minúsque odiosum. Nempe quia cùm quotidie & in singula penè momenta ob necessitates publicas promenda sit ex ærario pecunia, non aliter conseruari potest ærarium, quàm si in singula quoque momenta quæratur pecunia quæ in ærarium referatur. Item quia prius est, vt inquiratur & inueniatur pecunia quàm vt conseruetur. Magistratus autem omnes ferè nomen sumpserunt ab eo quod primi fuit ipsorum officij. Est verò hic magistratus communis tam patriciorum, quàm plebeiorum *dict. l.vnic. §. penultim.*

23 ¶ Et quia, vt diximus[a], de capite ciuis Romani iniussu populi non erat lege permissum[b] consulibus ius dicere: propterea quæstores constituebantur à populo, qui capitalibus rebus præessent. hi appellabantur *quæstores parricidij*[c]: quorum etiam meminit lex XII. tabularum[f].

Ad §.23. Et quia vt diximus.

a *Diximus* in *§. exactis* 16. *supr.*

b *Non erat lege permissum*, imò erat prohibitum lege illa secunda quam de Consulum potestate latam fuisse diximus in *d. §. exactis.* Nam nisi posterior illa lex prohibuisset, prior sanè permiserat quæ Consulibus dederat ius summum in ciuitate. Cæterum aliud longè est, Permissum quid non esse, Aliud verò esse prohibitum, & contrà, Longè aliud est, Non esse quid prohibitum, aliud verò esse permissum, Ideóque & multum refert an quid sit de genere permissorum, an de genere prohibitorum *l.43. §.1 infr. de procurat. l.2 §. quòd eius infr. ex quib. caus. maior. l.12. §.1. De bonor. poss.*

c *Propterea Quæstores.* Sic enim dicti sunt etiam ab inquirendo vt & illi de quibus proximè dictum est, sed hi ab inquirendis criminibus, Illi ab inquirenda pecunia. Et verò etiam hodie Inquisitores appellantur plerique ex Iudicibus qui de criminibus capitalibus cognoscunt. Et inquisitiones quæ secretò & occultè fiunt, ad publica priuatáve crimina detegenda.

d *Capitalibus rebus*, id est causis criminalibus. Nihil enim tam necessarium est in republica quàm vt fontes puniantur & delicta coerceantur non solùm si sponte sed etiam si per ignorantiam contrahantur *l.1. infr. tit. 1. l. 51. ad fin. inf. ad leg. Aquil. l.11. l.16. in princ. & §. vltim. l.20. & pass. infr. de pœn.* Præcipuáque boni legislatoris cura esse debet vt non sinat delicta impunita coalescere *leg. 6. Codic. de defens. ciuit.*

e *Quæstores parricidij.* Longè igitur aliter Romani quàm Solon ille Atheniensibus qui in suis legibus parricidij nomen inscribi noluerat quòd fieri non posse crederet vt in republica tam atrox crimen vnquam admitteretur. An verò tam frequentia fuerunt Romæ parricidia, vt eam ob causam Quæstores istos rerum capitalium Quæstores parricidij appellari oportuerit: Minimè, Sed id nominis datum iis fuisse probabile est siue quòd parricidæ omnium maximè digni sint in quos inquiratur & seueriſſimè animaduertatur, siue potiùs quòd eo nomine cætera quoque delicta omnia etiam leuiora contineri videantur, quibus patria offenditur & respublica, cui plus quisq; debeat quàm parentibus ipsis *l.1. §. & generaliter 15. De ventr. in poss. mitt. l.19. §. filius infr. de capt. & postlim. l.4. §. plebeij de maner. & honor.* Nam & inde patriam dictam volunt non Matriam, quòd primi ac præcipui parentis locum obtineat.

f *Lex 12. tabul.* Sunt ergo magistratus isti antiquissimi, cùm necessitas eorum creandorum à delictis profecta sit, quibus nihil vspiam in republica vetustius.

24 ¶ Et cùm placuisset leges quoque ferri[a]: latum est ad populum, vti omnes magistratu se abdicarent[b], quo *decemuiri*[c] constituti vno anno[d], cùm magistratum prorogarent sibi[e], & cùm iniuriosè tractarent[f], neque vellent deinceps sufficere magistratibus[g], vt ipsi & factio sua[h] perpetuò rempublicam occupatam retineret: nimia, atque aspera dominatione[i] eò rem perduxerant, vt exercitus à republica secederet[k]. Initium fuisse secessionis dicitur Verginius quidam, qui cùm animaduertisset, Appium Claudium contra ius[l], (quod ipse ex vetere iure[m] in duodecim tabulas transtulerat[n]) vindicias filiæ suæ à se abdixisse[o]: & secundum eum, qui in seruitutem ab eo suppositus[p] petierat[q], dixisse: captum eq; amore virginis[r], omne fas ac nefas miscuisse: indignatus, quod vetustissima[s] iuris obseruantia in persona filiæ suæ defecisset (vtpote cùm Iunius Brutus[t], qui primus Romæ consul fuit, vindicias secundùm libertatem dixisset in persona Vindicis Vitelliorum serui, qui proditionis coniurationem iudicio suo[u] detexerat & castitatem filiæ vitæ quoque eius præferendam putaret[x]: arrepto cultro de taberna lanionis filiam interfecit: in hoc scilicet, vt morte virginis contumeliam stupri arceret[y], ac protinus recens à cæde, madentéque adhuc filiæ cruore[z], ad commilitones confugit. qui vniuersi de Algido[aa], vbi tunc belli gerendi causa legiones erant, relictis ducibus pristinis, signa in Auentinum transtulerunt, omnísque plebs vrbana mox

mox eodem se contulit[bb]. (populíque consensu partim[cc] in carcere[dd] necati) Ita rursus respubl. suum statum recepit.

Ad §.24. Et cùm placuisset.

a *Leges quoque ferri*, alias scilicet quàm duodecim tabularum, quæ iam latæ erant, constitutíque iam publica autoritate Decemuiri qui eas non solùm interpretarentur, sed etiam corrigerent si opus esset *§. posteà 4. supr.*

b *Se abdicarent*, id est potestatem suam deponerent, Et hoc propter Decemuiros, vt sequitur in textu.

c *Quo Decemuiri*, legendum est *quòd Decemuiri* nato errore ex eo quod librarius Florentinus solet vnica litera duas exprimere, quoties eandem repeti alioquin oporteret.

d *Vno anno.* Datum enim iis ius summum in ciuitate fuerat eo tantùm anno quo fuerant constituti, vt scriptum est in *d. §. posteà.*

e *Prorogarent sibi*, abutentes nimirum summo illo iure quod à populo acceperant.

f *Tractarent.* Adeò difficile est vt benè sibi imperet quisquis mauult aliis imperare. Et sanè sicut summæ felicitatis est posse quantùm velis, ita magnitudinis velle quantùm possis, vt Plinius in Panegyrico ad Traianum dicebat. Hinc verò primum apparuit quàm periculosum sit ius summum in republica etiam pluribus concedere si prouocandi facultas denegetur. Magnum enim aduersus magistratuum iniuriam auxilium positum est in appellatione *l.7. §.2. vers. quid tamen. l.17. ff. de minor. l.1. inf. de appell.* Nisi cùm pro appellatione permittitur supplicatio *l.vnic. C de sent. præf. præt.*

g *Sufficere magistratibus*, id est locum facere & subiici magistratibus in posterum, Nempe qui imperando didicerant non quidem imperare, sed aliorum imperia detrectare.

h *Et factio sua.* Misera hæc Democratiæ condicio est, quod assiduè factiones & discordias parit, quarum impotentia fieri necesse est, vt respublica tandem collabatur. Neque aliud quicquam reipublicæ Romanæ fuit tandem exitio, neque alia exitij causa.

i *Aspera dominatione* quam asperiorem faciebat memoria recèns pristinæ seruitutis, & dulcedo iam gustatæ libertatis.

k *Secederet.* Grauior & periculosior hæc secessio & seditio quàm superior illa plebis à Senatoribus, de qua in *§. iisdem temporibus* 21. 8. Illa enim ex vna ciuitate duas facere poterat. Hæc verò ex magna & amplissima republica, nullam.

l *Contra ius* quo cauebatur, vt qui de suo statu litigaret, hoc ipso in possessione libertatis constitueretur, in quit Cuiac. & bene *lib. 18. Obser. c. 25.*

m *Ex vetere iure* non scripto, quod vetus rectè dicitur in comparatione quoque legis 12. tabul. quia præcessit duodecim tabulas, quarum ius cùm dicimus vetustissimum ius scriptum inspicimus, non consuetudinarium.

n *Transtulerat.* Fuit ergo hic Appius ille Claudius quem primum ex tribus nominat Pomponius in *§. fuit autem 36. ff.* vbi ait fuisse vnum ex Decemuiris, cuius maximum consilium in duodecim tabulis scribendis fuit. Appius enim Claudius Cæcus eiusdem quoque generis & gentis fuit, sed vir longè probior, & qui causam secessionis vicio suo numquam præbuisset.

o *Abdixisse*, id est, pendente lite contra libertatem filiæ Verginij pronunciasse, quod vulgo pragmatici dicunt *per modum prouisionis*, Galli *par maniere de reverence.* Itaque dicere aut addicere vindicias pro aliquo, nihil aliud est, quàm prouisionaliter pendente lite pro eo pronunciare, Contrà verò *abdicere vindicias.* Prouisionalem illam adiudicationem denegare. Sic *adiudicare* dicimus & *abiudicare.* Vide *l.1. §. per hanc 1 infr. de rei vindic.*

p *Suppositus.* Hoc verò est quod in Appio isto Claudio fuit omniam improbissimum, vt scil. supponeret ac subiiceret aduersarium filiæ Verginij atque ita doli & iniuriæ materiam sibi ipsi strueret. Rursum hoc ipsum vt libidinem suam expleret. Quam quam nec his cessantibus potuisset ille ignorantiam obtendere iuris illius, quod & vetus in ciuitate, & à seipso in 12. tabul. leges translatum fuisse sciret.

q *Petierat.* Itaque cùm esset hic actor qui filiam Verginij in seruitutem petebat, debuerat intentionem suam probare, nec pro eo saltem hoc casu præsumi poterat cùm esset illa in possessione libertatis. Aliàs probari potuisset si fuisset illa in possessione seruitutis *l.14. infr. de prob. at. l.4. C. si seruus export. uen.*

r *Virginis.* Quàm felicior Appius Claudius successor, qui non amore virginis, sed oculis captus fuit, vt nec amore vllius vel odio capi posset, Quàm felicior Respub. si Appium Claudium Decemuirum cæcum, aut Cæcum decemuirum habuisset. Præclarè verò actum est cum Claudia familia quod infamiam quam ex vnius oculis contraxerat, alterius cæcitas extinxit. Videtur autem hæc familia Claudia illa fuisse cui veterem atque insitam superbiam exprobrabat apud Tacitum illi qui sub finem Augusti, futuram & imminentem Tiberij dominationem formidabant: quos & verisimile est ad hoc Appij Claudij factum alluſisse, cùm veterem dixerunt. Vix enim vetustior alia gentis huius superbia esse potuit, quàm quę hæc nascętem rempublicam in ipsis propemodum cunabulis confecit.

s *Vetustissima.* Proinde non fuerant mutanda quæ certam semper interpretationem habuerant, & obseruationem *l.23. inf. tit. 1.*

t *Cùm Iunius Brutus.* Ratio est cur hanc iuris obseruantiam aut potiùs obseruationem vetustissimam diceret Verginius, Non quòd longa temporis spatia inter Brutum & Verginium intercessissent vt constat ex *§.3. & 4. supr.* sed quia non altiùs quàm à Bruto repeti poterat memoria eius iuris quod in Republica obseruatum fuisset, cùm nec antè Brutum vlla esse potuisset respublica, quia nec libertas vlladum erat.

u *Iudicio suo*, mallem *indicio.*

x *Putaret.* Bonis enim stupri metus maior est quàm mortis magísque pro affectu terrentur parentes in liberis quibus videant stupri periculum inferri quàm in seipsis *l.8. §. pen. & fin. infr.*

y *Arceret.* Eadem ratio fuit quæ Lucretiam antè aliquot annos impulerat, vt seipsam trucidaret.

z *Filiæ cruore.* Sic Antonius ad vindicandam Caij Cæsaris necem concitauit populum ostensa occisi subicula madente adhuc cruore Cæsaris.

aa *De Agildo* supple *monte*, quomodo & in sequen-

tibus illis *in Auentinum* supple *montem*. Vide Anton. August. *lib. emend. cap. 1.*

bb *Contulit*, non fouendæ & augendæ, sed compescendæ seditionis gratia. Nec enim alia vis aut multitudo erat quam posset respub. obiicere exercitui, quàm plebs ipsa vrbana, Præsertim cùm legionum duces supereſſent à quibus exercitus defecerat, non etiam ipsi à republica. Fuit autem felix huius consilij euentus totus in celeritate positus antequàm seditio longiore mora coaluisset: quod significat articulus ille *mox*.

cc *Partim*. Neque enim fuerunt omnes necandi, sed ij tantùm qui seditionis authores cum Vergnio fuisse probabantur, Adstragem scilicet euitandam, vt fieri solet quoties maior delinquentium numerus est quàm vt publicè interſit de omnibus supplicium sumi.

dd *In carcere*. Ita plerumque de seditiosis sumendum supplicium est, ne maioris alioqui seditionis & tumultus occasio detur. Hinc Tacitus *Tradunt plerique intra tabernaculum Ducis obtrutos, Alij corpora extra vallum abiecta ostentaui.*

25 ¶ Deinde cùm post aliquot annos, quàm duodecim tabulæ latæ sunt, & plebs contenderet cum patribus, & vellet ex suo quoque corpore [a] consules creare, & patres recusarent: factum est [b], *vt tribuni militum* [c] crearentur, partim ex plebe, partim ex patribus, consulari potestate [d]. híque constituti sunt vario numero [e]: interdum enim viginti fuerunt, interdum plures, nonnunquam pauciores.

Ad §. 25. Deinde cùm post.

a *Ex suo quoque corpore*. Nam in illum vsque diem fuerant creati & assumpti Consules tantùm ex Senatoribus & Patribus, Quod quamquam abrogatum tandem est, vt subiicitur in *§. seq.* semper tamè Consulatus pro Senatorio magistratu habitus est *§ lex est 4. Inst. de iur. natur. gent. & ciuil.* denominationem quippe sumens non tantùm ab ipsa magistratus origine, sed etiam à nobiliore sui parte.

b *Factum est*. Patribus & plebe in hoc veluti temperamentum consentientibus.

c *Tribuni militum*. Alij ergo fuerunt hi Tribuni quàm qui simpliciter Tribuni plebis dicebantur, de quibus diximus in *§. iisdem temporibus* 20. 5. & qui tres tantùm, & ex sola plebe creabantur.

d *Consulari potestate*, vt proinde nihil nisi Consulum nomen iis deesset. Erat autem istorum Tribunorum vsus tempore belli non pacis, Vnde & Tribuni militum appellabantur, nec inter eos qui iura in ciuitate reddebant, numerantur in *§. ergo 34. inst.*

e *Vario numero*, vt solent in singula penè momenta variari quæ temerario plebis impulsu sine modo ac sine iudicio constituuntur. Vide Halicar. 2. Liuium 4.

26 ¶ Deinde cùm placuisset [a] creari etiam ex plebe consules: cœperunt ex vtroque corpore constitui. Tunc vt aliquo pluris patres haberent [b], placuit duos ex numero patrum constitui [c]. ita facti sunt *ædiles* [d] *curules* [e].

Ad §. 26. Deinde cùm placuisset.

a *Cùm placuisset*. Patribus quoque coactis tandem plebis furori concedere, quod tam frequentibus, & ad seditionem vsque prorumpentibus flagitationibus ratio denegabat. Est verò etiam hoc vnũ ex præcipuis Democratiæ malis quòd in ea vel infimus, & deterrimus quisque maioribus & prudentioribus parem se ac æqualem & videri & esse vult: qua tamè æqualitate nihil fingi potest inæqualius, nihil periculosius. Nec insulsè quis possit de plebe Senatui adæquanda facetum illud Martialis distichum vsurpare,

Inferior matrona suo sit Prisce marito
Non aliter fiunt fœmina, vírque pares.

In Monarchia prorsus è contrario Omnes exuta æqualitate iussa Principis aspectare, vt ille dicebat.

b *Patres haberent*. Fuit enim semper in vrbe præcipua Senatus authoritas, & ob hoc ipsum firmior, quòd eam non tam plebis voluntas quàm ipsa rerum publicæque salutis necessitas induxerat.

c *Constitui*, supple Magistratus.

d *Ædiles*, de quibus in *l. 1. in princ. & tot. tit. inst. De ædilit. edict.* & in *l. 1. inst. De via publ. & si quid in ea fact. esse dicet*. Fuerunt ergo Ædiles Curules, & Senatores, & Senatorij magistratus, ac proinde plus quàm Senatores. Neque enim Senator magistratus erat, quomodo Ædilis Curulis. Vide Liu. *lib. 6.*

e *Curules*. Ideò fortasse sic dicti quòd multa iis curæ fuerint quæ in id vsque tempus ab aliis magistratibus neglecta videbantur. De quibus in *tit. De ædilit. edict.* vbi Cuiac. in *Parat. ad D.*

27 ¶ Cúmque consules auocarentur bellis finitimis [a]: neque esset, qui in ciuitate ius redderet [b] posset: factum est, *vt prætor* quoque crearetur [c], qui *vrbanus* [d] appellatus est, quòd in vrbe ius redderet.

Ad §. 27. Cúmque Consules.

a *Bellis finitimis*, quæ Romanis fuerunt & plura & periculosiora. Quibus proinde longè melius & tutius erat vacare Consules, quàm iuri in ciuitate reddendo, Adeò frigent & contemnuntur artes pacis cùm bella incalescunt.

b *Ius reddere*. Ergo in id vsque tempus Consules ius in ciuitate reddebant, abrogato iam Decemuirorum imperio, & summo iure.

c *Crearetur*, qui vice Cõsulum ius in vrbe ciuibus redderet. Eligebatur autem Prætor ex Senatoribus, fuítque Senatorius magistratus vt Consul. Minoris tamen potestatis etiam quod ad ius reddendum inter priuatos, in eo quod & ab eo appellabatur ad Consules antequàm Præfectus vrbi constitutus esset, exinde verò ad Præfectum vrbi *l. 38. inst. de minor.* Et nullam de criminalibus causis cognitionem habebat,

bebat, sed tantùm modicam coercitionem, ita vt si quando grauiore animaduersione opus esset, remittere deberet ad præfectum vrbi *l. 1. §. solent. de offic. præf. vrb. l. 55. inst. de iniur. l. 1. §. vlt. inf. de pœn.* Fuit autem prætoris nomen honestum & antiquis Romanis vehementer placuit tanquam non longè distans à Consulatu *Nouell. 15. De prætor. pop. cap. 1.* Adeò vt Prætores dicerentur Consulum collegæ, non quòd pari essent imperio *l. 4. inst. de recept.* sed quòd iisdem auspiciis crearentur, rogarentur: Cic. ad Attic. Quòd iisdem quasi Collegæ auspicia turbarent & retinerent. Plin. in *Panegyr.* Adde *Nouell. 24. de Præfid.* Pisidiæ vbi prætatur Iustin. Prætores olim dictos quòd cæteris omnibus præirent quasi Prætores. Prætoris namque est præire, vt Lucilius dicebat. Vnde & Prætoria dicta loca in quibus magistratus vel ius reddere, vel habitare solebant.

d *Vrbanus* non ad differentiam peregrini qui non nisi postea creari cœpit, sed quòd in vrbe ius redderet, vt sequitur in hoc §.

28 ¶ Post aliquot deinde annos, non sufficiente eo prætore quòd multa turba etiam peregrinorum [a] in ciuitatem veniret: creatus est & alius *Prætor*, qui *peregrinus* appellatus est ab eo, quòd plerumque inter peregrinos ius dicebat.

Ad §. 28. Post aliquot.

a *Peregrinorum*, An alibi quidem, quàm Romæ natorum, sed tamen iuris quoque Romani consortium & communionem habentium? Quomodo enim Prætor ex iure ciuili ius redderet in ciuitate iis qui iuris ciuilis omnino expertes essent? Idque videtur hîc innuere Pomponius, cùm ponit Prætorem hunc peregrinum non tantùm inter peregrinos solitum ius reddere, sed etiam inter alios, ob eámque causam cœpisse potissimùm esse necessarium, quòd Prætor vrbanus sufficere non posset in tanta turba etiam peregrinorum in ciuitatem vndique confluentium. Ergo vt inter eos demùm cognosceret inter quos etiam Prætor vrbanus cognoscere potuisset. At cõtrà facit, quod in toto iure nostro peregrini vocantur ij qui nec ciues sunt, nec ciuitatis ius habent. Vnde est quod si quis ex ciuibus per deportationem amiserit ciuitatem, dicitur redactus ad peregrinitatem *l. 10. §. sed si per pœnam 6. inst. De in ius vocand.* Item quod nec fieri poterat vt peregrini viuerent in ciuitate, quin iura iis quoque reddi necesse esset. Quam in rem commodissima erat iurisdictio Prætoris, qui siue vrbanus, siue peregrinus esset, æquitatis præcipuè naturalis custos erat, vt dixi ad *l. 8. sup. tit. 1.* Ideoque Vlp. scribit in *l. 14. in fin. de interd. & releg.* Eum qui ciuitatem amisit & bona retinet, vtilibus actionibus teneri. An non enim Prætoris fuit, siue directas, siue vtiles actiones, aut concedere, aut denegare? Nec dissimile est quod Paulus ait in *l. 7. §. vlt. inst. de capit. minut.* Cùm ciuitas amissa est nullam restitutionis æquitatem esse aduersus eum qui amissis bonis & ciuitate relicta nudus exulat. Nam cùm restitutiones omnes sint ex iurisdictione Prætoris, quid attinebat de hac restitutione tractare si non posset prætor inter alios ius reddere, quàm qui essent ciues? Ergo probabilius est, Etiam peregrinis quibuslibet ius redditum fuisse in ciuitate à Prætore tam vrbano priusquàm peregrinus creatus esset, quàm peregrino. Quodnam autem & quale ius fuerit quod inter peregrinos reddebatur, sciremus certiùs si extarent libri, quos scripsit Labeo De Prætore peregrino, quorum trigesimus citatur in *l. 9. §. etsi seruum. ff. de dolo.* Ex quo tamen loco potest etiam coniici vtrumque prætorem eodem iure vsum fuisse. Nec nouum est, vt iuri prætorio cognitus sit etiam is qui incognitus est iuri ciuili, arg. *l. 20. §. seruus 7. ff. qui test. fac. poss. l. 7. inf. de falsis.*

29 ¶ Deinde cùm esset necessarius magistratus qui hastæ præesset [a], *decemuiri in litibus* [b] *iudicandis* sunt constituti [c].

Ad §. 29. Deinde cùm esset.

a *Hastæ præesset*, ex cuius authoritate fierent publicæ venditiones, vnde & subhastationes appellantur *l. 26. C. de rescind. vend. l. 8. C. de remiss. pignor. l. 1. & tot. tit. C. de fid. & iur. hast. fiscal. lib. 10. tit. 5.*

b *In litibus*, mallem *his litibus*, quæ scil. de iure hastæ nascerentur. Nec enim generaliter verum est Decemuiros litibus omnibus quæ Romæ tractarentur iudicandis fuisse constitutos.

c *Sunt constituti*. Fuit ergo Decemuirorum Magistratus vnus, non tot magistratus, quot Decemuiri. Vide Cuiac. 3. *Obser. cap. 32.*

30 ¶ Eodem tempore & *quatuor viri*, qui *curam viarum* [a] *gererent*: & *triumuiri monetales* [b], æris, argenti, auriflatores: & *triumuiri capitales* [c], qui carceris custodiam haberent: vt, cùm animaduerti oporteret, interuentu eorum fieret.

Ad §. 30. Eodem tempore.

a *Curam viarum*. Videtur tamen hæc cura postmodum ad Ædiles pertinuisse *l. 1. inst. De via publ. & si quid in ea fact. esse dicat.*

b *Monetales* ad quos pertinebat cudendæ monetæ cura. Moneta verò non nisi ex ære, vel ex argento, vel ex auro cudebatur, Vt ostendit adiectio quæ sequitur *æris argenti auriflatores*. Idem enim sunt illi qui & *monetales*.

c *Triumuiri capitales*, sic dicti non tam quòd carcerum custodiam haberent, in quibus detinebantur, qui criminum capitalium rei erant, quàm quòd interuenire illos necesse esset quoties in reos illos & damnatos animaduertendũ erat pœna capitali.

31 ¶ Et quia magistratibus, vespertinis temporibus [a], in publicum esse inconueniens [b] erat, *quinque viri* constituti sunt *cis Tiberim*, & *vltis Tiberim*, qui possint pro magistratibus [c] fungi.

Ad §. 31. Et quia magistratibus.

a *Vespertinis temporibus*. Ideò fortasse quod iis temporibus fuisset facilius audacissimo cuique magistratus dignitatem, & authoritatem violare, cuius &

contrario videre insignia & reuereri vnumquemque oportebat. Adeò vt eam ob causam repellatur cæcus à postulando *l.1.§.casum.ff.de postul.*

b *Inconueniens*, vt proinde non videretur posse magistratus facere quod fieri honestè non poterat & pro decoro *l.15.infr.de condic.institor.l.144.de reg.iur.*

c *Pro Magistratibus.* Non erant ergo isti Magistratus, sed tantùm vice & loco magistratuum fungebantur. Ex quo apparet non nisi in magistratibus populi Romani fuisse inconueniens, vt vespertinis temporibus in publico viderentur. Nam & pedaneis iudicibus iniunctum est, vt non tantùm manè & meridie, sed etiam vespere causas audiant & decidant *Nouell. 82. De iudicib. & vt nullatenus cum iureiur. elig. capit. 3. §. sedebunt.* Illud sanè verum est sententiam noctu latam non valere. Quæ ratio erat dubitandi ad *l. 20. Cod. de transaction.* Sed non probatur ea sententia ex hoc loco. Nec enim qui vespertinum tempus dicit, noctem dicit.

32 ¶ Capta deinde Sardinia, mox Sicilia, item Hispania, deinde Narbonensi prouincia totidem *prætores*[a], quot prouinciæ in ditionem venerant, creati sunt partim qui vrbanis rebus, partim qui prouincialibus præessent[b]. ¶ Deinde Cornelius Sylla[c] quæstiones publicas[d] constituit: veluti de falso, de parricidio, de sicariis, & prætores quatuor adiecit. ¶ Deinde Gaius Iulius Cæsar[f] duos prætores, & duos ædiles[g], qui frumento præessent, & à Cerere Cereales[h] constituit. Ita duodecim prætores, sed ædiles sunt creati. ¶ Diuus deinde Augustus sedecim prætores constituit[i]. ¶ Post deinde diuus Claudius duos prætores adiecit qui de fideicommisso[k] ius dicerent[l], ex quibus vnum Diuus Titus detraxit[m]: & adiecit Diuus Nerua[n], qui inter fiscum & priuatos[o] ius diceret. Ita decem & octo prætores in ciuitate ius dicunt[p].

Ad §.32. Capta deinde Sardinia.

a *Totidem Prætores.* Sic hodie in Hispania, vt audio, tot ferè collegia sunt Consiliorum quot regna, quot prouinciæ quæ Hispaniæ dominationi subiiciuntur. Et sanè in ciuitate tot illustribus viris subnixa credibile erat quo plures magistratus essent eò facilius illos munera reipublicæ sociatis laboribus executuros, vt olim Tiberius ad Patres differebat.

b *Præessent.* Vna ergo hæc iusta causa esse potuit multiplicandorum Prætorum & magistratuum quòd tot prouinciarum accessione aucta esset respublica. Idque esse videtur quod Iustin. scribit *Nouell. 24. de Præsid. Pisidiæ in princip.* Num quam veteres Romanos ex tam paruis, adeoque minutissimis principiis tam amplam constituere rempublicam, & penè totum exinde sibi terrarum orbem adiungere, premere, ac tueri imperio potuisse, nisi maioribus in prouincias magistratibus missis plus dignitatis ex ea re sibi comparassent.

c *Cornelius Sylla*, qui fuit Dictator & eo tempore ius habuit constituendi quicquid voluit. Nam & parum abfuit quin Rempublicam occupauerit. Non tamen longa fuit eius dominatio.

d *Quæstiones publicas.* Hinc publica iudicia, & leges publicorum iudiciorum, de quibus in *l.1. & tot tit. ff. De public. iudic.* Quæ tamen leges nec à Sylla fuerũt latæ omnes, at ne quidem illa De parricidiis quæ Pompeia dicta fuit à Pompeio, sed illæ tantùm De falso & De sicariis, quæ à Cornelio Sylla legis Corneliæ nomen singulæ habuerunt. Sunt qui addant De veneficiis. Petr. Pitheus *cap.2. Not. Mosaic.*

e *Prætores quatuor adiecit*, fortasse subsidia dominationi quærens, & quò pluribus munimentis insisteret.

f *Caius Iulius Cæsar* æquè Dictator, adeoque perpetuus, & ob hoc ipsum tantò maiotis quàm Cornelius Sylla authoritatis, ac potestatis.

g *Duos Ædiles*, qui neque Ædiles plebis essent, vt illi qui primùm à plebe, & ex plebe creati sunt in monte sacro *§. itémque 21. sup.* Neque Curules, vt illi quos ex Patrum numero creari placuit *§. deinde cùm placuisset 26. supr.* sed Cereales, nec nisi rei frumentariæ studerent, & frumento præessent. Didicerat enim ex bellicis experimentis quanti sit momenti in re publ. præsertim ad seditiones cuiũdas, Esse aliquem qui assiduam curam gerat rei frumentariæ & annonæ.

h *A Cerere Cereales.* Honestiùs & conuenientiùs, quàm si à frumento dixisset frumentarios.

i *Sedecim Prætores constituit*, id est, vt sex decim Prætores essent in ciuitate comparatis, scil. iis omnibus qui iam antèa tam à populo quàm à Cornelio Sylla, & Iulio Cæsare fuerunt constituti. Nec enim plures quàm decem & octo prætores vnquam in vrbe fuerunt, vt sequitur in hoc §. Duplicauit ergo Augustus numerum Prætorum, cùm antèa essent tantùm octo. Ideò fortasse, quod antiquis Romanis vehementer placuit Prætoris nomen, vt testatur Iustin. *Nouell. 13. de Prætor. popul. cap. 1.*

k *Qui de fideicommisso.* Vnde & fideicommissarij Prætores isti dicebantur, Quamuis vnius tantùm meminerit Iustinianus in *princip. titul. De fidei. hered.* quoniam alium iam Titius detraxerat, vt subiicitur in hoc ipso §. Fuit autem ideò necessaria huiusmodi Prætorum creatio quòd fideicommissa primis illis temporibus infirma essent, nec vllo iuris vinculo, sed tantùm fide ac pudore hæredum continentur, vt ibidem scribit Iustin. & *titul. De codicill.* Lex enim 12. tab. id testatori quidem ius dederat legis pro arbitrio faciendę, verbis illis: *vti legassit l. 120. de verb. signif.* Sed non facit legem is qui rogat non imperat. Siquidem legis est imperare non rogare *l. 6. ff. tit. 1.* Vide *l. 3. infr. si vsusfr. pet.*

l *Ius dicerent* cognoscendo ipsi per se, non vt alij Prætores facere solebant per iudices datos. Erat enim tãtus fauor fideicõmissorum, vt de iis cognoscere fideicõmissarius per se deberet, non per alios. Ideoque persecutio fideicommissi non actio specialiter ac propriè dicebatur, vt & cæteræ quæ non habebant iuris ordinarij executionem *l. 178. §. Actionis. De verbor. signific.*

m *Detraxit*, quia scilicet vnus Prætor fideicommissarius sufficere in eam rem posset.

n *Nerua*, qui post Domitianum Titi successorem imperauit.

o *Priuatos*, quæ iurisdictio postea translata fuit ad procuratorem Cæsaris, cuius fuit inter fiscum & priuatos cognoscere, vnà tamen cum Præside *l. 2. C. si aduers. fisc. l. 1. C. vbi & apud quem. l. 5. C. de sent. & interloc. omn. iudic.* Sed hoc in prouinciis, non in vrbe.

p *Ius dicunt*, Sed alij tamen aliter, Quidam cognoscendo per se, vt diximus de prætore fideicommissario, Cui coniungendi sunt qui cognoscebant de causa status, & de in integrum restitutione minorum *l 32. §. de liberali de recept. Qui arbitr. recept. l. vlt. C. vbi & apud quem cognit. in integr. rest.* Alij verò per iudices pedaneos qui iurisdictionem nullam habebant, sed tantùm iudicandi facultatem *d. l. vlt. vsque ad l. 2. C. de pedan. iudic.* Nam & ius dicere dicitur magistratus cùm dat iudicem, quia iudicis dandi licentia est iurisdictionis *l. 1. & 3. infr. de iurisd.*

33 ¶ Et hæc omnia, quotiens in republica[a] sunt magistratus, obseruantur quotiens autem proficiscuntur[b]: vnus relinquitur, qui ius dicat, is vocatur *præfectus vrbi*[c], qui præfectus olim constituebatur[d], postea ferè Latinarum feriarum causa introductus est[e], & quotannis obseruatur: nam *præfectus annonæ*, & *vigilum* non sunt magistratus[f], sed extra ordinem[g] vtilitatis causa, constituti sunt. & tamen hi, quos Cistiberes diximus[h], postea ædiles[i] senatusconsulto creabantur.

Ad §.33. & hæc omnia.

a *In republica*, id est in ciuitate ac intra muros ciuitatis, Etsi dicebat Pompeius Rempublicam non esse in parietibus. Idque significat quod sequitur *quoties autem proficiscuntur*, quorum vtique non alius sensus est quàm hic *quoties discedunt è ciuitate.*

b *Proficiscuntur.* Hoc verbo videtur significari profectio & discessio non quorundam sed omnium magistratuum. Nec enim præfectum vrbi ab initio constitui necesse fuit nisi magistratibus omnibus ab vrbe proficiscentibus. Alioqui si vnum aut alterum Prætorem abesse oporteret, nihil aliud faciendum erat nisi vt is iurisdictionem suam aut alij prætori aut cuicunque mallet siue priuato siue magistratui iurisdictionem suam mandaret. *l. 3. ff. de offic. eius cui mand. l. 16. & seq. infr. de iurisd.*

c *Præfectus vrbi*, cuius proinde magnam ab ipso quoque initio potestatem fuisse necesse est cùm omnium vrbis magistratuum vice solus fungeretur. Quod ius posteà in prouinciis datum fuit Præsidibus prouinciarum *l. 7. §. vlt. cum leg. seqq. ff. de offic. proconsl. l. 10. & seqq. de offic præsid.*

d *Constituebatur*, mancus est sensus & imperfectus, nisi detracta dictione *postea* quæ sequitur iungas immediatè verba illa *ferè latinarum feriarum causa.* Voluit enim Pomponius docere quando & quo tempore constitueretur. Id verò credibile est Latinarum feriarum causa potissimùm factum fuisse, cùm eo tempore magistratus omnes necesse esset ab vrbe exire in Latinum agrum, vt ibi Latinis ius redderent. Sic enim locum hunc intelligo, Et post supradicta verba repono dictionem *postea* quã è prioribus quasi transpositam sustulimus, vt ita legamus, *qui præfectus olim constituebatur ferè Latinarum feriarum causa, Postea introductus est*, Vide Halicarn. *lib. 4.* Varr. Liu. 32. Seruium 1. *Æneid.*

e *Introductus est*, id est in numerum & ordinem magistratuum allectus, factus scilicet ordinarius, cùm cœperit creari quotannis qui antèa extra ordinem, nec nisi quoties Latinarum feriarum necessitas vrgeret, creabatur. Id enim est quod sequitur *& quotannis obseruatur*, vt scilicet præfectus vrbi constituatur. Cuius deinde potestas mirum in modum crescit ex epistola Diui Seueri ad Fabium Chilonem quæ magnam ei iurisdictionem dedit, aliis quoque magistratibus in vrbe manentibus *l. 1. infr. de offic. præf. vrb.* Magistratu hoc functus est Imp. Antoninus teste Capitolino.

f *Non sunt magistratus*, propriè scilicet & sumpto magistratuum nomine pro iis qui ordinariam habent & continuam in ciuitate iurisdictionem. Cæterum negari non potest quin fuerint hi magistratus saltem extraordinarij cùm habuerint iurisdictionem *l. pen. inf. de condict. caus. dat. l. vltim. infr.* quod cum eo.

g *Sed extra ordinem.* Ergo neque Dictatores, neque magistri Equitum fuerunt propriè magistratus. Creabantur enim extra ordinem nec tantùm vtilitatis, sed etiam necessitatis causa *§. populo 18. & seq. supr.* Et tamen non ita est. Erant enim Dictatores magistratus, Magistri verò Equitum pro magistratibus habebantur. Sed rationem ibidem attulimus.

h *Quos Cistiberes diximus.* Intelligit quinqueniros illos quos in *§. & quia 31. supr.* dixit fuisse constitutos Cis Tiberim & vltis Tiberim qui pro magistratibus fungi possent, quòd inconueniens esset magistratibus in publico esse vespertinis temporibus. Erant igitur isti fauorabiliores quàm qui vltis Tiberim constituti erant.

i *Ædiles*, scilicet Curules quos suprà diximus *§. deinde 26.* eligi solitos fuisse ex Senatoribus. Id enim ostendit quod sequitur *Senatusconsulto* quia in aliis Ædilibus cùm non essent Senatorij magistratus, non solebat Senatus se interponere.

34 ¶ Ergo[a] ex his omnibus, decem tribuni plebis[b], consules duo, decem & octo prætores, sex ædiles, in ciuitate iura reddebant.

Ad §.34. Ergo ex his omnibus.

a *Ergo.* Epilogus est omnium quæ hucusque dicta sunt de magistratibus cõstitutis Romæ, & ad Pomponij vsque tempora retentis. Vnde est quod neque de Decemuiris, neque de Dictatore, neque de Magistro Equitum quicquam repetit, quia nullus eorum amplius in republ. vsus erat.

b *Tribuni plebis.* In quo numero non computantur Tribuni militum qui partim ex Patribus, partim ex plebe eligebantur Consulari potestate, vt diximus in *§. deinde cùm post 25.* Nec enim isti erant ex magistratibus qui iura redderent in ciuitate.

5 ¶ Iuris ciuilis[a] scientiam[b] plurimi & maximi viri professi sunt. sed qui eorum maximæ

dignationis apud populum Romanum fuerunt, (eorum) in præsentia mentio habenda est, vt appareat,à quibus,& qualibus hæc iura orta, & tradita sunt. ¶ Et quidem ex omnibus, qui scientiam nacti sunt ante *Tiberium Coruncanium*[c] publicè professum neminem traditur. Cæteri autem ad hunc vel in latenti[d] ius ciuile retinere cogitabant, solúmque consultatoribus vacare[e], potiùs, quàm discere volentibus se præstabant[f].

Ad §.35. Iuris ciuilis.

a *Iuris ciuilis.* Hîc incipit Pomponius tractare de successione prudentum, quod postrema pars tituli pollicebatur.

b *Scientiam.* Verè igitur aliquam iuris scientiam esse plurimi & maximi illi viri crediderunt, qui eam professi sunt.

c *Tiberium Coruncanium.* Orator etiam hic fuit insignis & Pontifex, De quo vide Ciceronem in Bruto, & 3. *De oratore.* Iunge *§. post hos 38. infr.* Fuit ergo Coruncanius primus iuris professor.

d *Vel in latenti*, lego *velut in latenti.* Nulla enim alia sequitur pars disiunctæ orationis. Hinc tam gratum munus illud Cnei Flauij qui subreptum Appij Claudij de quo legitimas actiones in ordinem redegerat, subripuit authori & in vulgum edidit, *§. postea 7 supr.*

e *Solumq; consultatoribus vacare*, quod & hodie faciunt plerique auidiores lucri, quàm gloriæ ex hac scientia comparandæ.

f *Sepræstabant*, in quo tamen præcipuam huius scientiæ laudem & dignitatem elucere arbitramur: Nec ita nos semper sensisse vnquam pœnitebit, qui operam nostram omnem, & industriam si qua est in discendo docendoque incessanter ac libentissimè consumimus ne qualemcunque illam iuris scientiam nobis à Deo Opt. Max. datam in latenti retinere, bonoque publico inuidere voluisse videamur.

36 ¶ Fuit autem in primis peritus *Publius Papirius*[a], qui leges regias in vnum contulit. ¶ Ab hoc *Appius Claudius*, vnus ex decemuiris[b], cuius maximum consilium in duodecim tabulis scribendis fuit. ¶ Post hunc *Appius Claudius* eiusdem generis[c] maximam scientiam[d] habuit. hic *Centimanus*[e] appellatus est, Appiam viam strauit, & aquam Claudiam induxit[f], & de Pyrrho in vrbe non recipiendo sententiam tulit[g]. hunc etiam actiones scripsisse[h] traditum est, primùm de vsurpationibus, qui liber non extat[k]. Idem Appius[l] Claudius, qui videtur ab hoc processisse, R literam inuenit: vt pro Valesij, Valerij essent, & pro Fusiis Furiis[m].

Ad §.36. Fuit autem.

a *Papirius*, à quo ius Papirianum, quia leges à regibus latas sine ordine primus ille in ordinem, & in vnum composuit *§. 1. supr.* Fuit itaque Papirius primus qui de iure ciuili scripsit, sed qui tamen nihil de suo: vt plerique Scriptorum nostri temporis quorum hoc vnum studium, vt ex aliorum scriptis sua farciant, Quibus tamen non minùs quàm Papirio feliciter cedit vt nullius penè laboris, Nullius certè ingenij precio laudem sibi quærant: Hoc ipso Papirio feliciores si essent illi iuris æquè periti ac Papirius fuissent: Pomponius testatur.

b *Ex decemuiris*, de quo in *§. & cùm placuisset 24. supr.*

c *Eiusdem generis*, id est ex eodem genere, eademq; gente ac familia.

d *Maximam scientiam.* Hinc fit credibile fuisse hûc Appium Claudium illum qui de formulis & actionibus legitimis scripserat librum quem Cn. Flauius scriba subripuit, & populo dedit, factus ex ea causa Tribunus plebis, Senator & Ædilis Senatorius. Nec enim primi Appij Claudij temporibus hi magistratus erant adhuc constituti in republica *§. 20. & 26. supr.* Et hoc est quod videtur sentire Pompon. cùm ait traditum esse scripsisse hunc actiones.

c *Centimanus.* Ideò vt puto quòd plura fecisset in republica ornanda quàm ab vno homine fieri potuisse crederetur.

f *Induxit*, vt bino hoc opere vtriusque nominis sui memoriam perpetuaret.

g *Sententiam tulit.* Non ergo alius quàm qui Cæcus cognominatus est, Ei namque hoc ipsum tribuitur in *l. 1. §. casum infr. de postul.*

h *Actiones scripsisse*, id est librum illum composuisse de actionibus legitimis qué Cn. Flauius subripuit, à quo dictum est ius Flauianum quod multò iustius Appianum vel Claudianum dici debuisset.

i *Primum de vsurpationibus.* Supple librum, cùm plures hac de re libros scribere proposuisset.

k *Non extat*, vt solent minùs curari, & hoc ipso faciliùs perire opera imperfecta, quantumuis alioquin egregia, & ab egregiis ingeniis profecta.

l *Idem Appius.* Legendum est, *Item.* Alius enim non idem Appius Claudius fuit qui R literam inuenit, vt ostendit quod sequitur *qui videtur ab hoc processisse.*

m *Furiis.* Hinc elegantis allusionis occasio Martiali in Epigrammate ad Cinnamum

Cinnam Cinname te iubes vocari,
Tu si Furius ante dicius esses
Eur ista ratione diceris.

37 ¶ Fuit post eos maximæ scientiæ *Sempronius*[a], quem populus Roma. *Σοφὸν. i. sapientem* appellauit: nec quisquam ante hunc, aut post hunc hoc nomine cognominatus est. *Gatus Scipio Nasica*, qui optimus[d] à senatu appellatus est. cui etiam publicè domus[e] in sacra via data est[f], quò facilius consuli posset. Deinde *Quintus Mucius*[g]: qui ad Carthaginienses missus legatus, cùm essent duæ resseræ positæ, vna pacis, altera belli: arbitrio sibi dato, vtram vellet referret Romam: vtramque sustulit[h], & ait Carthaginienses petere debere, vtram mallent accipere.

Ad §. 37.

Ad §.37. Fuit post eos.

a *Sempronius.* Ad hunc fortasse Sempronium respexit Tacitus cùm Sempronij Gracchi eædem memorans à Tiberio impetratam, ait fuisse illum constantia mortis haud indignum Sempronio nomine, quamuis vita degenerasset.

b *Σοφὸν*, cùm cæteri Prudentes tantùm non etiam Sapientes appellarentur. Est enim modestius nomen prudentis quàm Sapientis, Præcipuumque summæ prudentiæ argumentum si quis sapiens esse quàm haberi & cognominari malit. Vnde est quod Philosophi licèt sapientiam præcipuè profiterentur, non tamen *Σοφοὶ* sed *φιλοΣοφοὶ* dici voluerunt. Iuris tamen prudentia nihil nisi ciuilis sapientia est, *leg. 1. §. proinde infr. De var. & extr. cognit.*

c *Nec quisquam.* Adeò verum est quod de sapiente Maro cecinit his versibus

Vir bonus & sapiens qualem vix repperit vnum
Millibus è multis quondam consultus Apollo.

Non tamen ait Pompon. Aliam neminem sapientem appellatum esse. Nam & Publius Atilius sapiens à populo appellatus fuit, & quidem primus, vt scriptum est in *§. seq.* Sed neminem ante hunc aut post hunc cognominatum fuisse *Σοφὸν*, Quo græco nomine licèt non alius quàm sapiens significetur, maior tamen dignitas quàm latina sapientis appellatione contineri videtur, Ex memoria & comparatione philosophorum qui licèt sapientissimi, Philosophorum tamen nomine & honore contenti fuerunt, *Σοφοὶ* autem, quòd eo nomine indignos se putarent, dici recusarunt. Hoc verò non obseruarunt qui Sempronium nostrum & Atilium, de quo in *§. sequ.* eodem sapientis nomine appellatos & cognominatos fuisse volunt.

d *Optimus*, qualis tamen esse dicique iure non potuit, nisi qui fuerit idem & sapientissimus. Nam bonitatem & sapientiam coniungit etiam Virgilius, Sed sapientis cognomen nedum sapientissimi ambitiosius est quàm boni & optimi viri. Bonum enim esse datum est cuilibet nec difficile si modò virtutem colat, vitiaque auersetur. Sed sapientem esse maius quiddam est quod & scientiam cum prudentia includit, Scientiam inquam, non quamlibet, sed diuinarum rerum omnium & humanarum. Ex quo apparet non alij magis quàm Iureconsulto potuisse conuenire vt sine græco nomine *Σοφὸς* siue latino sapiens diceretur, cùm Iurisprudentia diffiniatur non minùs diuinarum atque humanarum rerum notitia, quàm iusti ac iniusti scientia *l. 1. supr. tit. 1.*

e *Etiam publicè domus.* Hinc collige, quanto in precio habiti olim fuerint prudentes nostri apud Romanos, haberiq; debeant in qualibet republica benè constituta: Quamque publicè interfit esse in ciuitate Iurisperitum qui de iure consuli & respondere possit.

f *Data est*, honoris scilicet, simulque publicæ vtilitatis gratia.

g *Quintus Mucius*, de quo vide Gellium *lib. 10. cap. 27.* Polyb. 3. Liuium 21. Appian. *De bello Hispanico.*

h *Vtramq; sustulit.* Digna tanto Iureconsulto prudentia ne quid de sua reipublicæ dignitate per arrogantem Carthaginiensium responsionem decederet patereretur.

38 ¶ Post hos fuit *Tiberius Coruncanius*[a], vt dixi, qui primus profiteri cœpit: cuius tamen scriptum nullum[b] exstat, sed responsa complura[c] & memorabilia[d] eius fuerunt. Deinde *Sextus Ælius*, & frater eius *Publius Ælius*, & *Publius Atilius*, maximam scientiam in profitendo[e] habuerunt: vt duo Ælij etiam consules[f] fuerint. Atilius autem primus à populo sapiens[g] appellatus est. Sextum Ælium etiam Ennius laudauit[h], & exstat illius liber, qui inscribitur Tripertita. qui liber veluti cunabula iuris[i] continet. Tripertita autem dicitur: quoniam lege duodecim tabularum præposita iungitur interpretatio: dein subtexitur legis actio. Eiusdem esse[k] tres alij libri referuntur: quos tamen quidam negant eiusdem esse. Hos sectatus ad aliquid est *Cato.* Deinde *Marcus Cato*[l] princeps Porciæ familiæ: cuius & libri exstant: sed plurimi filij eius, ex quibus cæteri oriuntur.

Ad §.38. Post hos fuit.

a *Coruncanius*, de quo dictum est in *§. iuris ciuilis 35. supr.*

b *Scriptum nullum.* Hoc verò est quod miror, tanti professoris scripta nulla extare cui satis erat lectiones suas ab aliquo ex auditoribus exceptas relegere vt totidem penes libros conscripsisse diceretur: Sic enim Bartolus, Baldus, Alex. Castr. aliique huiuscemodi melioris notæ interpretes legendo assecuti sunt, vt tot nobis scripta & Commentarios reliquerint, pluraque legendo scripserint, quàm alius ferè quisquam scribendo legere, aut cæteris, legendum dare.

c *Sed responsa complura.* Hinc suprà probauimus Ius quod ex prudentum authoritate ac interpretatione descendit, non ex scripto æstimatum fuisse, sed sine scripto venisse.

d *Memorabilia*, id est digna quæ mandarentur memoriæ. Quidni ergo etiam scripto?

e *In profitendo.* Fuerunt ergo primi post Coruncanium iuris professores publici, quique iura discere volentibus se vltrò ac publicè præstabant.

f *Etiam Consules*, qua dignitate maiorem aliam in republica neque sperare poterant, neque optare. Felix itaque tùm respubl. in qua fiebant ex prudentibus Consules, non vt hodie plerisque in locis Consules antè quàm prudentes.

g *Sapiens*, latino scilicet hoc nomine. Nam græco *Σοφὸς* non alius quàm Sempronius cognominatus vnquam fuit, neque ante neque post ipsum, vt diximus *§. præced.* Vide Cicer. in Lælio & Caton. & 2. *offic.*

h *Laudauit.* Egregia verò laus illa quæ à tanto támque laudato viro.

i *Cunabula iuris*, id est prima initia & rudimenta quę in his tribus consistebant, de quibus diximus in *§. deinde ex his legibus 6. vers. & ita supr.*

k *Eiusdem esse*, at potiùs fortasse Sexti Lælij, de quo vide Cicer. 1. *de Orat. & Tusc.* 1. Varron. 6. *de ling. latin.* Plin. *lib.* 22. *cap.* 2.

l *Marcus Cato*, de quo idem Cicero 1. *de orat.* Liuius *lib.* 33. 34. & 39. Plut. *in Catone.*

39 ¶ Post hos fuerunt *Publius Mucius*,& *Brutus*,& *Manilius*: qui fundauerunt[a] ius ciuile. ex his Publius Mucius etiam decem libellos reliquit: Brutus septem : Manilius tres. & exstant volumina scripta[b], Manilij monumenta. illi duo [c] consulares fuerunt : Brutus prætorius[d]: Publius autem Mucius[e] etiam pontifex maximus[f].

Ad §.39.Post hos fuerunt.

a *Qui fundauerunt*, sua nimirum authoritate cùm tres iiti, vt credibile est in vnam illam curam conspirarent, vt fundarent ius ciuile, facerentque certum quod in id vsque tempus opinione paucorum hominum magis quàm certa ratione constare videbatur.
b *Scripta*, id est, *inscripta*.
c *Illi duo*. Publius Mucius, & Manilius.
d *Prætorius*, in eóque minor cæteris, Etsi Consules solebant Prætores dicere Collegas suos, vt dixi ad *§.cumq; Consules 27.supr.*
e *Publius autem Mucius*, cuius idem Pomponius nostet meminit in *l.vltim.ad fin.infr. de legation.*
f *Etiam Pontifex maximus*, quæ fuit præcipua dignitas in vrbe quod vel vnus hic locus demonstrat. Vult enim Pomponius monere Publium hunc Mucium non modò Consularem fuisse qualis fuit Manilius, sed etiam pontificem maximum : quod non erat monendum si non fuisset illa accessio ad priorem dignitatem.

40 ¶ Ab his profecti sunt *Publius Rutilius Rufus*[a], qui Romæ consul, & Asiæ proconsul fuit: *Paulus Vergilius*: & *Quintus Tubero*[b], ille Stoicus, Pansæ auditor, qui & ipse consul. Etiam *Sextus Pompeius* Gnæi Pompeij patruus fuit eodem tempore & *Celius Antipater*, qui historias conscripsit : sed plus eloquentiæ[d], quàm scientiæ iuris operam dedit. etiam *Lucius Crassus*, frater Publij Mucij, qui *Mucianus* dictus est. hunc Cicero ait iurisconsultorum disertissimum[f].

Ad §.40. Ab his.

a *Rutilius Rufus*, qui ambitus accusatus noluit causam suam ornatius dici, vt refert Cicer.1. ad Brut.3. *de Natur.& 2. De finib. 4. Tuscul.& 2.Offic.Valer.Max. lib.2.*
b *Quintus Tubero*, cuius pleræque opiniones & sententiæ ab aliis prudentibus in iure nostro referuntur.
c *Pansa auditor*. Fuit ergo etiam hic Pansa iuris Doctor & professor, idemq; Consul.
d *Plus eloquentiæ*. Hinc fortasse multorum nostri seculi Doctorum error qui vt iuris ciuilis scientissimi videantur, nihil nisi barbariem profitentur, Tam strenuè vt credas eos ambire ne possit eis obiici quod plus eloquentiæ quàm scientiæ iuris operam dederint. Quasi verò tot alij, quinimò illi omnes quorum Pomponius in hac lege meminit non fuerint & iuris scientissimi & eloquentissimi, Sed in hoc tamen dissimiles Antipatro, quod cùm hic plus eloquentiæ quàm iuris scientiæ operam daret, Illi contrà plus iuris scientiæ quàm eloquentiæ. Nec aliter sanè facere debeat quisquis iuris ciuilis scientiam perfectam assequi velit, quàm vel mediocrem tam pauci ex tot iuris nostri studiosis, nihil aliud tamen agentibus assequuntur.
e *Mucianus*, quasi sectator Publij Mucij fratris sui.
f *Disertissimum*, vt intelligas verum esse quod proximè diximus, nihil esse quod magis conueniat quàm vt idem quis & disertissimus sit, & iuris consultissimus.

41 ¶ Post hos *Quintus Mucius*[a] Publij filius, pontifex maximus [b] ius ciuile primus constituit[c], generatim in libros decem & octo redigendo.

Ad §.41.Post hos Quintus.

a *Mucius*, de quo Cicero *lib.2.de legib.* Hunc & Augurem, & Ædilem fuisse idem Cicero testatur in Lælio, Tandem iussu Marij profectum in Tyberim Appian. *lib.1. de bell.ciuill. Lucan. lib.2.* Ob Syllanam scilicet factionem. Nam vt de Barnaba Brissonio magno seculi nostri ornamento æquè populariibus Galliarum furoribus absumpto, quidam appositè scripsit, Non poterat iuris gloria iure mori.
b *Pontifex maximus*, & ob hanc ipsam dignitatem fortassis in iurisprudentiæ studia procliuior, cùm meminisset ab initio nascentis iuris legum duodecim tabularum earumque interpretandarum scientiam apud Collegium Pontificum fuisse *§.deinde ex his 6.supr.*
c *Primus constituit*. Non induxit, non fundauit, sed in corpus certum certo ordine, certaque methodo composuit, redacto vniuerso iure ciuili in libros decem, & octo quibus vt credibile est tota quæ in illum vsque diem recepta fuerat, prudentum interpretatio continebatur. Quod ante illum nemo perfecerat ac ne quidem tentauerat, Vt proinde mirum non sit tantam huius Quinti Mucij authoritatem fuisse non solùm apud Auditores quos habuit præstantissimos & nobilissimos, sed etiam apud sequentium temporum Iureconsultos, Inter quos quanti Pompon. nostet eum fecerit vel ex hoc vno constat quod libros quàm plures & Commentarios, vt apparet ex *l.inter vestem 33. & seq.infr.de aur.argent.mund.leg.l.vltim.De legation.* & aliis quàm multis.

42 ¶ Mucij auditores[a] fuerunt complures: sed præcipuæ auctoritatis *Aquilius Gallus*[b], *Balbus Lucilius*[c], *Sextus Papirius*, *Gaius Iuuentius*. ex quibus Gallum maximę auctoritatis apud populum fuisse Seruius dicit: omnes tamẽ hi à Seruio Sulpicio nominantur. alioquin per se eorũ scripta nõ talia exstãt, vt ea ad omnes adpetant[d]: deniq; nec versantur omnino scripta eorum

eorum inter manus hominum. sed Seruius libros suos compleuit : pro cuius scriptura[e] ipsorum quoque memoria habetur[f].

Ad §.42.Mucij auditores.

a *Auditores*. Sic ab auditoribus præceptores interdum gloriam sibi quærunt, Interdum ac sæpius auditores à præceptoribus.
b *Aquilius Gallus*, qui formulas complures adinuenit, Inter quas formulam doli Cic.3. *De nat.Deor.3. offic.& pro Cæcinna, acceptilationis §.quicquid Instit.quib. mod tollit.oblig.l.4.& 5. De transact.* & de instituendo nepote illam, cuius sit interpretatio per Scævolam in *l.29. infr. de liber.& post.* Facit *l.penultim. de legat.1.*
c *Balbus Lucilius*. Frater fuit Balbi illius quem Cicero inducit disputantem in libris De natura Deorum.
d *Vt ea omnes adpetant*. Fuerunt enim vt alij plerique feliciores fortasse in docendo, quàm in scribendo, ita que accidit quod multis etiamnum accidere videmus, vt quem audientes mirabamur, legentes rideamus.
e *Pro cuius scriptura*. Mallem legere *per cuius scripta*.
f *Habetur*. Tanti momenti est nominari, laudariq; in scriptis egregij scriptoris, quod nec Cicero dissimulat in sua illa bella epistola ad Lucilium quæ incipit, *Coram me tecum*.

43 ¶ *Seruius*[a] cùm in causis orandis primum locum, aut pro certo post Marcum Tullium obtinere traditur ad consulendũ Quintum Mucium de re amici sui peruenisse: cúmque eum sibi respondisse de iure Seruius parum intellexisset, iterum Quintum interrogasse. & à Quinto Mucio responsum esse, nec tamen percepisse: & ita obiurgatum esse à Quinto Mucio: namque eum dixisse, turpe esse patricio, & nobili, & causas oranti, ius, in quo versaretur, ignorare. ea velut contumelia[b] Seruius tractatus, operam dedit iuri ciuili : & plurimum eos de quibus locuti sumus, audiit: institutus[c] à Balbo Lucilio. instructus[d] autem maximè à Gallo Aquilio, qui fuit Cercinæ. Itaque libri complures eius exstant Cercinæ confecti. Hic cùm in legatione periisset[e], statuam ei populus Romanus pro Rostris posuit[f] : & hodiéque exstat pro Rostris Augusti. huius volumina complura exstant : reliquit autem propè centum & octoginta libros[g].

Ad §.43.Seruius.

a *Seruius*, hic Seruius Sulpitius est, cuius tàm frequens apud Ciceronem mẽtio. Fuit enim Orator Cic. in Bruto Quæstor & Prætor, Idem pro Muræna, Adeoque Inter rex si credimus Asconio Pediano, Consul Athenis reuersus in legatione apud Antonium periit. Idem Cicer. Philipp. 2. Gell. *lib. 2. cap. 10. & lib. 6. cap.8.* Hic etiam est qui epistolam consolatoriam in morte Tulliolæ ad Ciceronem scripsit, & ad quem Cicero perscripsit. Cercina porrò de qua in hoc §. insula est Siciliæ vicina.
b *Contumelia*. Felix verò contumelia quæ Seruio tanti honoris si non causa, certè occasio fuit.
c *Institutus*, id est initiatus.
d *Instructus*, id est fundatus, firmatus, & ad perfectam iuris scientiam eruditus.
e *Periisset*, apud Antonium, vt dixi ex Cicer. Philipp.2.
f *Posuit*, tanquam de republ. optimè merito, Non tam quod præcipuis tot honoribus honorificentissimè in republ. & pro republ. functus esset quod ei cum aliis plerisque magnis viris commune fuit, qui tamen statuas pro Rostris non habuerunt, quàm quod tot interim libris compositis, totque discipulis & auditoribus relictis iurisprudentiam supra cæteros omnes qui cum præcesserant, illustrasset. Dignus planè de quo dicamus non magis honorificum ei fuisse statuam pro rostris habere, quàm populo fuerit ipsi ponere.
g *Centum & octoginta libros*. Vt non immeritò potuerit dici πολλὰ γράφος quod nomen postea Paulo nostro datum fuit. Sed in Seruio Sulpitio magis mirum fuit tot honoribus publicè perfunctum virum, tamque assiduis occupationibus & negotiis à scribendi ocio reuocatum, scribendi tamen studium adeò constanter retinuisse, tamque multos libros scribere potuisse. In eoq; videtur mihi laudabilior & mirabilior Labeone qui quadringenta volumina reliquit *§.post hunc 47.infr.*

44 ¶ Ab hoc plurimi profecerunt: ferè tamen hi libros conscripserunt: *Alfenus Varus*[a], *Gaius*, *Aulus Ofilius*, *Titus Cæsius*, *Ampidius Tucca*, *Aufidius Namusa*, *Flauius Priscus*, *Gaius Ateius Pacuuius*, *Labeo Antistius*[b] *Labeonis Antistij pater*, *Cinna*, *Publicius Gellius*. Ex his decem, libros octo conscripserunt, quorum omnes qui fuerunt, libri digesti sunt ab Aufidio Namusa in centum quadraginta libros.

¶ Ex his auditoribus plurimum auctoritatis habuit Alfenus Varus, & Aulus Ofilius, ex quibus Varus & consul fuit : Ofilius in equestri ordine perseuerauit. is fuit Cæsari familiarissimus: & libros de iure ciuili plurimos, & qui omnem partem[c] operis fundarent, reliquit: nam de legibus Vicensimæ[d] primus conscripsit, de iurisdictione : idem edictum prætoris primus diligenter composuit. nam ante eum Seruius duos libros ad Brutum perquàm breuissimos ad edictum subscriptos[e] reliquit.

Ad §. 44. Ab hoc plurimi.

a *Alfenus Varus*, hic eſt cuius reſponſa pleraque à poſterioribus Iureconſultis referuntur in libris noſtris, ſicut & Auli Ofilij, cuius etiam meminit Pomponius in hoc §. Cæterorum verò qui hîc memorantur, ne quidem fere nomina ſuperſunt alibi. Multò minus libri, quippe quos non tantùm antiquitas, ſed etiam Tribonianus nobis inuiderit.

b *Labeo Antiſtius.* Sunt qui hunc quoque putent ob Syllanam factionem à Marianis interfectum. Ex Appian. lib. 4. ſed parum probabiliter, cùm multò antè Seruium Sulpitium tempore, & Sylla & factionis Syllanæ memoria periiſſet. Qui verò hic Publicius Gellius dicitur, ab aliis Publicola Gellius appellatur, qui & Cenſor fuit. Cicer. in Brut. Valer. *lib. 5. cap. 9.* Probo autem quod Cuiac. hîc notat Caij nomen delendum eſſe. Alioqui vndecim erunt non decem. Niſi malis tribus his nominibus Caius Ateius Pacuuius vnum hominem ſignificari quod expeditius eſt dicere. Fuit enim hoc Romanis familiare.

c *Et qui omnem partem*, id eſt de qualibet parte iuris, Id eſt de legibus 12. tabul. De prudentum ad eas interpretatione, De legitimis actionibus, De legibus nouis, qualis, illa fuit quæ ſub Auguſto lata eſt, De viceſima hereditatum, Et de edicto prætoris, vt ſequentia oſtendunt.

d *Viceſimæ.* Malo intelligere de viceſima hereditatis extraneo delatæ fiſco inferenda ex Dione lib. 55. quæ lex à Traiano tandem ſublata eſt, vt refert Plin. in Panegyrico quàm de viceſima iis qui manumittebantur indicta & à Nerone poſteà remiſſa ex Liuij lib. 7. Tacit. 13. Nam & ad legem viceſimam hereditatum alij ſcripſerunt. Inter quos Æmilius Macer, vt videre eſt ex inſcriptione *l. computationi 68. infr. ad leg. falcid.* Vide Cuiac. *lib. 9. Obſer. cap. 24.*

e *Subſcriptos.* Mallem legere *inſcriptos.* Inſcriptio enim illa eſt non ſubſcriptio *ad edictum.*

45 ¶ Fuit eodem tempore[a] & *Trebatius*, qui idem Cornelij[b] Maximi auditor: fuit *Aulus Caſcellius*, *Quintus Mucius* Volutij[c] auditor: denique in illius honorem[d] teſtamento Publicum Mucium neporem eius reliquit heredem. fuit autem quæſtorius: nec vlterà proficere[e] voluit, cùm illi etiam Auguſtus conſulatum offerret[f]. ex his Trebatius peritior[g] Caſcelio, Caſcelius Trebatio eloquentior[h] fuiſſe dicitur, Ofilius vtroque doctior[i]. Caſcelij ſcripta non exſtant, niſi vnus liber Benedictorum[k]. Trebatij complures: ſed minus frequentatur[l].

Ad §. 45. Fuit eodem tempore.

a *Tempore*, hoc eſt eadem Seruij Sulpitij ætate. Fuit enim hic non auditor ſed contaneus Sulpitij, vterque familiariſſimus Ciceroni ſed Trebatius familiarior, vt ex Ciceronis Epiſtolis ad familiares videre eſt, & ex eiuſdem Topicis Trebatio inſcriptis.

b *Qui idem Cornelij.* Probo quod Goueanus primus & poſt eum Cuiacius tradidere legendum eſſe Q. Cornelij ex Cicerone qui & Trebatium eius periculo ſtultum eſſe ait à quo is ſe ſapere didiciſſe profitebatur. Qui locus notandus etiam eſt vt appareat Prudentes omnes veteres non tam ſcientiæ quàm Sapientiæ nomen laudemq; adfectaſſe.

c *Quintus Mucius Volosij.* Legendum eſt ex Antonio Auguſtino & Cuiacio *Quinti Mucij Volusij auditor.*

d *In illius honorem*, id eſt eius intuitu & contemplatione, vt in *l. 76. §. pater de legat. 2.* ſcriptum eſt *in honorem nominis mei.* Probat autem hæc clauſula, tantò apertiùs veram eſſe proximam emendationem.

e *Proficere*, id eſt progredi, Non in ſcientia quæ modum & finem vix vllum habet, ſed in ambiẽdis, aut accipiendis honoribus, Etſi Cornelius Tacitus laudi vertit Agricolæ quod in Sapientia quoque modum tenuerit, ſed ita tamen vt hoc ipſum difficillimum eſſe fateatur. Difficilius ſanè viro ſapienti quàm ſibi temperare ab honoribus. Sic enim Sapientes iure exiſtimant, Plenos ſe honoribus eſſe, iis etiam quos recuſarunt, Nec ad alios quàm ad ſe pertinere putant Horatianum illud

Latiùs regnes auidum domando
Spiritum, quàm ſi Lybiam remotis
Gadibus iungas, & vterque Pœnus
Seruiat vni.

f *Offerret.* Duplex in hoc Aulo Caſcellio fuit honoris materia quod Conſulatum non modò non ambiit, ſed & oblatum recuſauit. Oblatum verò etiam ab Auguſto quem nemo dixerit fuiſſe tantam dignitatem vnquam oblaturum indigno. Proximeq; accedit hæc Caſcellij noſtri laus ad laudem Marci Lepidi qui eiuſdem Auguſti tẽporibus Romæ floruit, & quem Tacit. refert poſtremis Auguſti ſermonibus dignum ab eo habitum fuiſſe qui ſuccederet in Principatu, ſed nihilominùs aſpernantem: quæ res tantò digniorem illum faciebat. Quàm multi enim digni ſunt qui imperent, ſi imperare nollent!

g *Peritior*, & ob hoc ipſum maioris autoritatis. Cuilibet enim perito in arte ſua magis credendum eſt quàm eloquenti: cùm eloquentia vt plurimum ſit ſuſpecta ipſis etiam eloquentibus, Peritia verò numquam niſi imperitis. Ideoq; nec mirum eſt huius Trebatij conſilio & authoritate vſum codicillorum repertum eſſe qui poſteà tantopere inualuerit, vt Iuſtinianus noſter referat in *§. 1. Inſtit. de codicill.*

h *Eloquentior.* Dignus ſanè qui verè Orator diceretur, cùm eſſet etiam vir bonus, nec, vt alij plerique, eloquentia ſua in cuiuſquam alterius necem aut ad capeſſendos honores abuteretur. Quippe qui contentus fuerit Quæſtura. Quod honorum in Repub. gerendorum primordium cæteris fuit, vt ſcriptum eſt in *l. 1. §. pen. ff. de offic. Quæſt. huic finis.*

i *Doctior*, quo nomine vtraque laus & peritiæ & eloquentiæ conjuncta ſignificatur, vt proinde tam multi alioquin magni viri quos hoc noſtro tempore videas non minùs barbariem quàm iuris peritiã profiteri, Periti fortaſſis dici poſſint, ſed docti non item. Alij contrà nec pauci eloquẽtes magis quàm periti, quos multò minùs poſſit quis verè doctos dicere, Quamquam vix eſt vt vera eloquẽtia poſſit eſſe ſine doctrina, non magis quàm vt probitate deſtituta ſit. Qui enim doctus non eſt, diſertus eſſe fortaſſe poteſt, neq; hoc tamen facilè, ſed eloquẽs eſſe nullomodo poteſt. Sunt plerique hominũ celebriores q̃ eloquẽtiores, Eloquẽtiores autẽ quàm doctiores, Iidem denique doctiores quàm probiores. Quæ peſſima & apud bonos quoſque præpoſtera gradatio eſt.

k *Benedictorum.* Quàm verò feliciter cum Caſcellio iſto noſtro actum ſuit, cuius ſcripta omnia nihil niſi liber vnus Benedictorum, Vita tota, nihil niſi alius liber vnus Benefactorum! Quotus enim quiſque eſt qui vel vnum librum ſic poſſit ſcribere vt malè nihil dicat? Sic verò vel vno anno ne dicam menſe aut die viuere vt nihil mali faciat?

l *Minùs frequentatur.* An quia poſt Trebatium alij permulti de iure ſcripſerint longè peritiores? An potiùs quòd vt doctior quiſque eſt, ita & pronior ſit ad eos legendos libros, qui maiorem eloquentiæ laudem & commendationem præ ſe ferant? An denique quòd vetere fortaſſis lingua ſcribere adfectaſſet, quomodo de Tuberone ſcriptum eſt in *§. ſeq.* quodq; ius illud vetus de quo ſcripſerat poſteriore iure totque Imperatorum conſtitutionibus valde immutatum eſſet, Nec tam curare ſoleant iuris ſtudioſi. Quæriam iuris veteris ratio fuerit, quas plerique poſt Iuſtin. vocãt antiquas fabulas, quàm quo iure hodie vtamur. Quamquam is demum ſe Iuriſperitum poteſt dicere qui neque hoc neque illud ignorat. Alioqui perinde poſſis ei obiicere id ipſum quod Quintus Mucius olim Seruio Sulpitio ignorare illum ius in quo verſatur.

46 ¶ Poſt hoc[a] quoque *Tubero*[b] fuit, qui Ofilio operam[c] dedit: fuit autem Patricius[d], & tranſiit à cauſis agendis ad ius ciuile[e], maximè poſtquam Quintum Ligarium accuſauit, nec obtinuit apud Caium Cæſarem. Is eſt Quintus Ligarius: qui, cùm Africæ oram teneret, infirmum Tuberonem applicare non permiſit, nec aquam haurire[f], quo nomine eum accuſauit, & Cicero defendit[g]. exſtat eius oratio ſatis pulcherrima, quæ inſcribitur, pro Quinto Ligario. Tubero doctiſſimus quidem habitus eſt iuris publici, & priuati[h]: & complures vtriuſque operis[i] libros reliquit. ſermone etiam antiquo vſus affectauit ſcribere[k]: & ideo parum libri eius grati[l] habentur.

Ad §. 46. Poſt hoc quoque.

a *Poſt hoc.* Malo legere *poſt hos* vt in pleriſque §§. præcedentibus.

b *Tubero*, de quo Cicero 1. *De orat.* *Cæſar* 2. *De bell. ciuil.* Huius ſententiæ pleræque memorabiles ab aliis relatæ extant in libris noſtris, vt in *l. 6. infr. de pecul. l. 7. de ſupell. legat.* & aliis quàm plurimis locis.

c *Operam dedit*, hoc eſt Ofilij auditor fuit. Adeò præceptori magis quàm ſibi ipſi operam dare videtur, qui egregiam ſtudiis operam nauat, vt tam dignus ſit magiſtro diſcipulus, quàm diſcipulo magiſter.

d *Patricius*, id eſt ex Senatoribus ortus qui Patres dicebantur, Quæ præcipua Romæ dignitas & nobilitas fuit. Patriciis enim opponebantur aut plebeij aut ex equeſtri familia nati. Vnde illud apud Tacitum lib. 2. Annal. *Contrà, Druſo proauus Eques Romanus Pompon. Atticus dedecere Claudiorum imagines videbatur.*

e *Ad ius ciuile.* Aliud ergo eſt cauſas agere, aliud verò ius ciuile profiteri. Aliud proinde cauſidicum eſſe, aliud Iuriſconſultum. Nec enim quiſquis Iuriſconſultus eſt eum quoque cauſidicum eſſe neceſſe eſt, Quamuis è contrario vix fieri poſſit vt quiſquam bonus ſit cauſidicus, ad cauſas orandas qui ius ciuile ignoret in quo verſatur: vt Quintus Mucius Seruio Sulpitio exprobrabat cauſas tùm iam oranti, cùm ius ciuile nondum didiciſſet, at nec ferè intelligeret, Quid eſſet Reſpondere de iure, vt vidimus in *§. Seruius 43. ſupr.*

f *Nec aquam haurire*, quaſi tanto viro qui & Roma & ipſo propemodum cœlo dignus erat, interdicendum eſſet igni & aqua & Africa. Hoc verò tantò durius videri debuit Cæſari quantò notior erat tantus vir Romano viro non Africano: Alioqui nouum non fuiſſet quæ magna & illuſtria in Europa, præſertim verò in Italia, obſcura nulliuſque momenti haberi in Africa.

g *Cicero defendit.* Nec tamen Pomponius inter Prudentes illos Ciceronis coætaneos ipſum Ciceronem nominat. Neque enim Iuriſconſultus fuit aut facile eſſe potuit, qui ſe intra triduum fieri Iureconſultum poſſe iactabat. Non tamen deſunt ex noſtris prudentibus qui eius authoritatem adferant, vt in *l. 7. §. 3. infr. ex quib. cauſ. in poſſ. eat. l. 39. infr. de pœn.*

h *Publici & priuati.* Ergo totius iuris cùm ius omne aut publicum ſit aut priuatum *l. 1. §. huius ſtudij ſupr. tit. prox.*

i *Vtriuſque operis*, id eſt tam de publico iure, quàm de priuato: Vtinam verò Tuberonis libri ſaltem ij extarent, quos ille de iure publico conſcripſit, Cùm in hanc rem nullos antiquæ Iuriſprudentiæ libros habeamus, Ac ne quidem in toto Pandectarum corpore iuris huius veſtigium penè vllum.

k *Affectauit ſcribere.* Hoc verò pace tanti viri dixerim non ſatis cautè, ne dicam parum prudenter. Nam moribus quidem antiquis viuendum eſt, etiã quos ſecuta corruptio ſeculorum antiquauerit, ſed verbis receptis & cognitis loquendum ſcribendumque, non antiquis ſi fic antiqua ſint vt etiam vſu ſint antiquata.

l *Grati.* Quotus enim quiſque eſt, qui adfectatoribus iſtis antiquorum & obſoletorum verborum non illud ipſum obiiciat merito quod olim D. Hieronymus Perſio, *Tu non vis intelligi, Nec ego te volo intelligere.* Et ſanè nihil gratius aut vtilius eſſe poteſt ſtudioſo ad quamlibet, præſertim verò iuris noſtri ſcientiam capeſſendam properanti, quàm ſi eos ſibi ad legendum libros proponat, quorum facilem ſenſum experturus ſit, nec paſſim hærendum habeat in ipſa verborum ſignificatione vel aſſequenda vel diuinanda.

47 ¶ Poſt hunc maximæ auctoritatis fuerunt *Ateius Capito* qui Ofilium ſecutus eſt: & *Antiſtius Labeo*, qui omnes hos audiuit, inſtitutus eſt autem à Trebatio.

¶ Ex his Ateius conſul[a] fuit: Labeo noluit, cùm offerretur ei ab Auguſto conſulatus, quo

ſuffectus fieret,(&)honorem ſuſcipere:ſed plurimum ſtudiis [b]operam daret [c]:& totum annum ita diuiſerat:vt Romæ ſex menſibus cum ſtudioſis eſſet,ſex menſibus ſecederet:& cõſcribendis libris operam daret.Itaque reliquit quadraginta volumina [d]: ex quibus plurima inter manus verſantur.

¶Hi duo primùm veluti diuerſas ſectas [e]fecerunt:nam Ateius Capito in his,quæ ei tradita fuerant,perſeuerabat [f]: Labeo ingenij qualitate, & fiducia doctrinæ, qui & cæteris operis ſapientię operam dederat,plurima innouare [g] inſtituit,&ita Ateio Capitoni *Maſſurius Sabinus* [h] ſucceſſit,Labeoni *Nerua* [i],adhuc eas diſſenſiones auxerunt [k]. Hic etiam Nerua Cæſari familiariſſimus fuit.

Ad §.47.Poſt hunc.

a *Ateius Conſul.*De quo Tacit.3.*Annal.*Gell.*lib.*4.*cap.*14.*lib.*10.*cap.*22.*lib.*13.*cap.*12.Macrob.*lib.*1.*c.*13.

b *Studiis*,quibus ſciebat nihil eſſe incommodius, quàm ſi quis non ſolùm ambiendis, ſed etiam vltrò delatis honoribus gerendis ſe dedat: Nihil cõtrà opportunius quàm ſi præceptum illud Pytagoricum ſecutus *à ſabis abſtineto* fugiat honores,ab iſque temperet,etiamſi nec ab indignis nec indignè deferantur. Honor enim gerendorum magiſtratuum ſicut & eruditionis acquiſitæ gloria ſequi non appeti debet, tantò maior vtique futura ſi etiam fugientem & tenitentem ſpreta ſequatur. De hoc Labeone vide Tacit.*lib.*3.Gell.*lib.*13.*ca.*12.*& lib.*20.*cap.*1.Sueton.in Auguſto.

c *Operam daret.*Ita totum annum in docendo ſcribendoque de iure feliciter conſumebat.Nec dubitandum eſt quin huius ſcripta multò politiora & doctiora fuerint in ſeceſſu, quàm ſi in ocio vrbis tumultuario fuiſſent exarata. Indéque videtur mihi petenda ratio eius quod ſequitur in hoc §.inſtituiſſe Labeonem hunc noſtrum plurima innouare fretum qualitate ingenij,& fiducia doctrinę.Potuerat enim Pomponius, nec immeritò addere *& ocij abundantia* ſine qua vix quiſquam ingenio licet fœcundiſſimo magnum aliquid de iure,præſertim noſtro ſcribere ac præſtare poſſit.

d *Quadringenta volumina*, quantum numerum voluminum vix alius aut antè, aut poſt Labeonem vllus reliquit. Quid non enim facere potuit qui tanto ingenio præditus tanto præterea ocio abundauit?

e *Diuerſas ſectas.* Magnum hoc fortaſſe in Iuriſprudentia noſtra malum.Solet enim ex diuerſitate ſectarum naſci contentio & æmulatio, Exæmulatione autem impedimentum. Sed hoc ad ea magis pertinet quæ ſunt ex adminiſtratione reipublicæ, nec niſi mutuis multorũ officiis expediri poſſunt. Scientiarum ac noſtræ potiſſimùm Iuriſprudentię alia ratio eſt.Nihil enim eſt quod nobiliora,maioráque ingenia tantopere exerceat, exercendoque acuat,quàm ſi exæmulatione ad maiora inuicem audenda accendantur. Nec dubito quin Labeoni qui tam multa in iure noſtro innouauit multò plus Iuriſprudentia noſtra debeat, quàm Ateio Capitoni qui in his quæ tradita ei fuerant perſeuerauit.

f *Perſeuerabat*, non improbandoſanè conſilio, ſi hoc ideò,quòd vel ingenio ſuo diffideret, vel inuidiam declinare vellet ne quod pleriſque accidit nimio nouandi ſoloque contradicendi ſtudio, & cacoethe agi videretur.

g *Innouare*,ſtudio tamen non tam nouandi, quod in ſcientia qualibet peſſimi ſemper & periculoſi exempli eſt,quàm iuris amplificandi,Quod vtique non aliter conſtare poteſt quàm ſi aliquis adeò iuris peritus ſit, vt per eum quotidie in melius producatur *§.poſt originem* 13.*ſup.* Labeonem porrò tam multa innouare auſum fuiſſe minùs mirabitur,qui ex Pomponio ſciet dediſſe illum operam non modò iuri ciuili, ſed etiam cæteris partibus totius operis Sapientię.Placet enim quod Cuiacius noſter verba illa *& cæteris operis* ſic interpretatur, ac ſi ſcriptum eſſet *cæteris pertinentibus ad opus ſapientiæ.* Eſt enim totius Sapientiæ veluti vnum duntaxat opus, Vnum corpus cuius non niſi partem vnam ius ciuile conſtituit, cui ſoli operam dediſſe Capito videtur.Idem ferè de Oſilio &de Q.Ælio Tuberone ſcriptum eſt in præcedentibus.

h *Sabinus*,à quo Sabiniani primùm dicti fuerunt, tametſi eam ſectam profiterentur, quæ Capitonis fuerat priùs quàm Sabini. Non ſic à Labeone diuerſa ſecta nomen ſumpſit,nec à Nerua qui Labeoni ſucceſſit,ſed à Proculo Proculeiani dicti ſunt,vt Pomponius ſubiicit, ad differentiam tamen Caſſianorum, qui & ipſi Sabiniani fuerunt, nec à Sabinianis,niſi nominis ſono differebant, Niſi malis Sabinianos dictos poſtquàm diuerſa ſecta Proculianorum nomen accepit, natúmque id nomen à Cælio Sabino qui CaioCaſſio ſucceſſit,eadémque ipſa Proculiætate floruit, vt ad huius legis finem ſcriptum eſt.Idque probabilius videtur.

i *Nerua*, ſenior ſcilicet, cuius filius Nerua iunior dicitur anno ætatis ſuæ decimo ſeptimo reſponſitaſſe de iure *l.*1.*§.qua ætate.*ĵ.*de poſtul.* Ex quo facilè poſſit quiuis coniicere, quantus vir fuerit Nerua pater, qui talem tantúmque filium, eundémque haud dubiè diſcipulum in ea ætate habuerit, quales hodie vix poſſint euadere illi etiam qui totam ætatẽ nec pauciores noctes quàm dies in ſtudẽdo conſumpſerint,quia nec tales hodie Doctores habemus qui veterem illam iuris benè faciléque docendi rationem, aut ab aliis aut per ſe vnquam didicerint.

k *Auxerunt.* Ita nimirum factum eſt vt eas diſſenſiones augẽdo, etiam ius noſtrum auxerint in eam vſque præſtandam quæ hodie mirabilis cernitur in iis quoque reliquiis quas Tribonianus ex tanto librorum,ne dicam ipſius Iuriſprudentiæ, ſiue incendio,ſiue naufragio reliquas eſſe voluit. Quàm verò felices eo tempore Iureconſulti, quibus non tantùm impunè, ſed etiam cum laude licebat diſſentire ſi quam modò diſſentiendi rationem elegantem & probabilem haberent: ſine ratione verò ne quidem conſentire. Tantùm aberat vt ſola vel magiſtri autoritate, vel doctrinæ antiquitate vincere poſſet aut deberet is, qui ratione nulla niteretur:quod tamen paſſim hodie fit.

l *Cæſari.* Tacit. *Annal.*5.fuit hic etiam Conſul eodem Tacito teſte lib.4. Quis verò miretur bonis Cęſaribus familiares fuiſſe iſtos qui Sapientiam ſolam

Iam profitebantur: Honores verò vel negligebant penitus eò vſque vt oblatos recuſarent, vel non alios ſaltem ſuſciperent, quàm quos non modò non ambiiſſent,ſed etiam meruiſſent.

48 ¶ Maſſurius Sabinus in equeſtri ordine fuit, & publicè primus [a] ſcripſit. poſteáque hoc cœpit beneficium dari à Tiberio Cæſare,hoc tamen illi conceſſum erat.

¶Et,vt obiter ſciamus ante tempora Auguſti publicè reſpondendi ius nõn à principibus dabatur:ſed qui fiduciam ſtudiorum ſuorum [b] habebant,conſulentibus reſpondebant, neque reſponſa vtique ſignata [c] dabant:ſed plerumque iudicibus ipſi ſcribebant, aut teſtabantur [d] qui illos conſulebant [e]. Primus Diuus Auguſtus, vt maioris iuris auctoritas haberetur, conſtituit [f],vt ex auctoritate eius reſponderent, & ex illo tempore peti hoc pro beneficio cœpit:& ideò optimus princeps Hadrianus,cùm ab eo viri prætorij peterent,vt ſibi liceret reſpondere,reſcripſit eis hoc non peti,ſed præſtari ſolere [h]: & ideò ſi quis fiduciam ſui haberet,delectari ſe,populo ad reſpondendum ſe præpararet.

Ad §.48.Maſſurius Sabinus.

a *Primus ſcripſit.* Hoc verò falſum eſt, ſiue ſcripſiſſe hunc primum publicè dicas, ſiue cum Cuiacio reſcripſiſſe,ſiue vt alij reſpõdiſſe, niſi iungas quod ſtatim ſequitur,& ſic legas *poſteaquàm* pro eo quod aliter *poſteáque.* Senſus enim eſt Maſſurium Sabinũ primum ex beneficio Principis ſcripſiſſe & reſpondiſſe publicè de iure, poſtquàm cœpit hoc beneficium dari à Tiberio Cæſare. Iam enim hoc ei Cæſar conceſſerat,vt bis Pomponius hîc refert. Antè Sabinum alij plerique ſcripſerant de iure publicè, Sed non poſteaquàm reſpondendi poteſtas cœpit ab Imperatore beneficij loco dari. Nec tamẽ conſequens eſt quod Cuiacius putat, vt ab eo tempore primus ille de iure reſponderit. Primus enim Auguſtus non Tiberius fuit qui vt maior iuris authoritas haberetur conſtituit,vt ex eius authoritate prudentes reſponderent.Vt proinde non ſit credibile ſub Auguſto neminem exinde reſpondiſſe ad Maſſurium vſque Sabinum qui non ab Auguſto,ſed à Tiberio beneficium illud accepit. Quare nec ſic Pompon. loquitur, vt dicat hunc primum ex beneficio Principis de iure publicè reſpondiſſe,ſed publicè ſcripſiſſe.Nam alij quidem ſub Auguſto reſponderant, ſed nemo publicè ſcripſerat. Fuítque tantò magis neceſſarium in hanc rem beneficium Principis, quantò maius eſt de iure publicè ſcribere,quàm priuatim, ſiue ex ſcripto, ſiue ſine ſcripto de iure reſpondere. Ante Auguſtum poterat quilibet pro arbitrio de iure & publicè & priuatim non minus ſcribere quàm reſpondere, ſcripſerántque permulti quos hucuſque recenſuit Pomponius. Bene igitur hoc loco *ſcripſit* non vt vult Cuiacius.*reſcripſit* vel *reſpondit.*

b *Fiduciam ſtudiorum ſuorum*, atque ita ſuæ quiſque famæ periculo publicè de iure reſpondebat. Ideò fortaſſis quod ſatis pœnæ aduerſum imperitos in ipſa peritiæ profeſſione eſſe credebatur.

c *Vtique ſignata*,id eſt,ſemper & omnimodo ſignata, Quod tamen frequentiùs fiebat, Eúmque morem in poſteriora vſque tempora Adſeſſores retinuerunt *l.vlt.§.vlt.C.de adſeſſ.* Nam & iuris peritiam iſti potiſſimùm profitebantur.

d *Aut teſtabantur.* Scribebant nimirum abſentes, Teſtabantur præſentes.

e *Conſulebant.* Nec enim iudices olim iuris peritiam profitebantur, quomodo hodie omnes profitentur, Nec minùs iudices quàm Aduocati, de quibus in *l.*11.*verſic. iuriſperitos. C.de aduoc.diuerſorum iudiciorum.*

f *Conſtituit*, quaſi putaret Auguſtus & ſua & reip. intereſſe, vt maior quàm anteà iuris authoritas haberetur:quod non aliter fieri poterat, quàm ſi reſpondendi authoritatem prudentes ſumerent ab Imperatore penes quem vniuerſa poteſtas, authoritas,& maieſtas erat, quę anteà fuerat penes populum.Simile quiddam de magiſtris &doctorib.conſtitutum eſt in *l.*7.*C.de profeſſ.& medic.lib* 10.*tit.*52. vt non aliter admittendi ſint quàm ſi Ordinis iudicio probati fuerint, vt appareat an moribus excellant & doctrina.

g *Et ideò.*Illatio eſt ſatis obſcura,Sed hunc,vt opinor,ſenſum habet. Cùm poſt Auguſti conſtitutionem obtinuiſſet vt nemo publicè de iure,vel ſcribere, vel reſpondere auderet, niſi qui beneficium illud à Cæſare impetraſſet, eáque res coegiſſet viros prętorios qui ſui fiduciam habebant,vt ab Imper.Hadriano peterent eam ipſam de iure reſpondendi facultatem, Optimum Principem qui videbat eiuſcemodi indicta petendi beneficij neceſſitate honeſta multorum deſideria impediri, decoráque ingenia prohiberi, ne tantò tardius quantò difficiliùs ſe exercerent, Reſcripſiſſe,Non peti hoc, ſed præſtari ſolere,id eſt, faciliorem eſſe debere bonum Principem ad id præſtandum & indulgẽdum quàm Iuriſperitum ad petendum cùm vix ſit vt ad eam petitionem auſit quiſquam accedere qui non eam ſtudiorum ſuorum fiduciam habeat, quæ ſit neceſſaria ad id muneris pro dignitate obeundum. Ideoque delectari ſe vt ſi quis fiduciam ſui haberet,is ſe ad reſpondẽdum populo præpararet. Quo reſcripto videtur generalis data fuiſſe cuilibet facultas vt anteà reſpondendi de iure.Nec eò minùs tamen ex Auguſti conſtitutione illud manſit, vt ex Cæſaris authoritate de iure reſponderetur. Nam neque Auguſtus præceperat vt reſpondendi facultatem petere quiſquam deberet. Sed vt ſolent in republ.præſertim corrupta, facilè omnia gliſcere in adulationẽ, cœpit pro beneficio peti quod pro merito præſtari Auguſtus voluerat, etiam non petentibus qui modò tales eſſent vt de ipſorum peritia & voluntate dubitari non poſſet. Ergo quod Pomponius ait

h *Præſtari ſolere*, non ſic accipiendum eſt quomodo Cuiacius accipit, quaſi ſoleat id præſtari à Iureconſultis ſtudiorum ſuorum fiduciam habẽtibus, quomodo *præſtandi* verbum accepit Pomponius in *§.iuris ciuilis* 35.*ſ.eod.*Sed ita vt præſtari hoc ſoleat ab Imperatore ex cuius authoritate reſpondebitur.Alioqui ſcribendum erat *debere* non *ſolere*, Cùm per adulationem, vt dixi iam inualuiſſet, vt nemo de iure publicè reſpondere auderet, niſi petita priùs obtentaque ab Imperatore licentia.Et ob id nimirum Põponius noſter Hadrianum laudat vt Prin-

cipem optimum, Non tam quòd huius beneficij petendi necessitatem remiserit, quæ numquam iniuncta fuerat, quàm quòd generali eo rescripto fecerit ne veteris adulationis materia superesset in eo beneficio impetrando quod semel omnibus præstitum exinde nemini specialiter concedi, nec proinde à quoquam peti loco beneficij ac impetrari posthac necesse esset. Neque verò in præcedétibus scripserat Pompon. cœpisse id beneficium peti à Tiberio Cæsare, sed dari. Quo verbo significatur potiùs datum fuisse, & vltrò delatum non petenti quàm petenti, Cùm illud demùm verè beneficium sit quod vltrò conceditur, nec prece magis quàm precio comparatur. Ac sanè si verum est vt est quod ait Pomponius, Cœpisse hoc beneficium dari primùm à Tiberio Cæsare cui peculiare fuit si Tacito credimus, vt omnia etiam fortuita ad gloriam suam verteret, fatendum est, Nemini sub Augusto fuisse beneficium hoc datum. Et consequenter à nemine fuisse petitum, Cùm tamen dubitare nemo possit quin Augusti temporibus etiam post supradictam constitutionem multi de iure publicè responderint, & quidem ex ipsius Augusti authoritate. Nempe quia non id egerat Augustus, vt de iure respondendi licentiam & libertatem eò vsque liberam restringeret, sed potiùs amplificaret inducto eo quod numquam obtinuerat, vt ex eius authoritate prudentum responsa sumerent authoritatem, Non aliam ob causam quàm vt maior iuris authoritas haberetur.

49 ¶ Ergo Sabino concessum est [a] à Tiberio Cæsare, vt populo responderet, qui in equestri ordine iam grandis natu [b], & ferè annorum quinquaginta receptus est [c]. huic nec amplæ facultates [d] fuerunt. sed plurimum à suis auditoribus sustentatus est.

¶ Huic successit *Gaius Cassius Longinus* [e], natus est ex filia Tuberonis, quæ fuit neptis Seruij Sulpitij: & ideò proauum suum [f] Seruium Sulpitium appellat. hic consul fuit cum Quartino, temporibus Tiberij, sed plurimum in ciuitate auctoritatis habuit, eousque donec eum Cæsar [g] ciuitate pelleret. expulsus ab eo in Sardiniam, reuocatus à Vespasiano, diem suum obiit.

Ad §.49. Ergo Sabino.

a *Concessum est*, qui primus hanc facultatem beneficij loco à Tiberio Cæsare petere cœpit. Ideò fortasse vt credibile est, non quòd ingenio suo plus minúsve fideret quàm ceteri qui ante ipsum etiam post supradictam Imp. Augusti constitutionem de iure responderant publicè inconsultò Principe, sed quia primus ille post eam constitutionem scribere volebat de iure, Et quidem publicè, quod à nemine anteà tentatum maioris momenti esse videbatur, & expressiores authoritatis imperatoriæ probationes exigere, vt maior scriptis publicis authoritas accederet quæ ex speciali Principis cõcessione scripta fuisse constaret. Aut ideò etiam fortasse quòd cùm esset tenuium facultatum sperabat posse se petendo à Cęsare licentiam scribendi, respondendi que de iure consequi etiam vt eiusdem Cæsaris liberalitate ab inopia defenderetur. Fuit enim Tiberius eroganda per honesta pecuniæ cupiens, eámque virtutem diu retinuit etiam cùm cæteras exueret, Multorúmque census iuuit, nisi quod erga M. Hortalum Hortensij Oratoris nepotẽ paullò inciuiliter ne dicam iniurioſior fuit, vt Cornelius Tacit. *libr. 1. & 2. Annal.* testatur. Nec liberalior tamen ille in Sabinum nostrum quem passus est in eam vsque delabi egestatem, vt illum à discipulis suis sustentari necesse esset, quemadmodum Pompon. noster subiicit. Cùm tamẽ apud bonum Principem satis esse debuerat tanto viro egestatẽ suam indicasse, vt aliquod aduersus eam subsidiũ petere videretur. Quod ab eo primùm nec sine ratione factum posteà vsurpatum est ab aliis gliscẽte paullatim crescentéque per honoris & modestiæ speciem adulatione, cui insitum est, vt etiam rerũ benè factarum exempla mutuetur, sub quibus ad validiora audenda tutiùs delitescat.

b *Iam grandis natu.* Adeò verum est quod vulgo iactatur

Haud facilè emergunt, quorum virtutibus obstat
Res angusta domi.

c *Receptus est.* Non per ambitionem, vt opinor, & de tãto viro credibile est, præsertim qui per totius vitæ suæ spatium paupertatẽ patienter tolerauerit, nec à suis discipulis sustentari erubuerit, quod superbus & ambitiosus quispiam probro ac dedecori verteret. Sed ne iuris nostri authoritas quam crescere ac augeri publicè intererat, ex plebeij hominis persona vilesceret, quem neque census, neque dignitas vlla nobilitaret. Cùm in id vsque tempus obtinuisset, vt non nisi magnæ dignationis viri, quomodo Pomponius noster suprà locutus est iuris scientiam profiterentur.

d *Nec amplæ facultates*, quas nec amplas esse necesse erat vt in equestrem ordinem reciperetur. Distincti enim erant Senatus & Equitum census, non quia diuersi natura, sed vt locis, ordinationibus, dignationibus antistent, Quomodo Gallus olim Asinius in Senatu verè magis quàm bona mente disserebat. Idem addebat auctu imperij adoleuisse priuatas etiam opes, idque non nouum, sed è vetustissimis moribus, aliámque apud Fabricios aliam apud Scipiones pecuniam fuisse. Sed id ad Iurisprudentiam nostram non similiter benè accommodare quisquam possit, quæ quo magis aucta est, eo minores & exiguiores vidit sui studioſorum facultates. Postquàm studioſorum numerus auctus est, cœpítque tractari iuris scientia non per eos tantùm, qui vt olim non minus familia, censu, & dignatione quàm ingenio polleant, sed per omnes qui fiducia ingenij sui sperant se in eam vsq; scientiæ præstantiam posse progredi, vt & censum sibi comparent, & honores. Itaque parantur hodie beneficio Iurisprudentiæ omnia illa quæ olim iam parta quæsítáque aliis artibus, Iurisprudentiæ nostræ decore & accessione ornabantur.

e *Gaius Cassius Longinus.* Hic Syrię præfuit sub Claudio Imperatore, vt refert Tacit. *Annal.* 12. 14. & 16. Sueton. in Nerone.

f *Proauum suum*, maternum. Itaque gloriabatur nõ immeritò, & Tuberone auo & Sulpitio proauo, de quorum præstantia & dignatione dictum est in præcedentibus. Etsi verò præcipua laus illa est, quæ

à nobis non quæ ab auis vel proauis proficiscitur, dignior tamen longéque præstantior ea est quam virtutibus nostris paramus si eum genere nostro ab auis & proauis originem suam trahat, tantoque certior quantò altioribus videtur hęrere radicibus.

g *Donec eum Cæsar.* Neronem intelligit, cui vt malis Principibus solent, suspecti sunt, & semper fuere magna ingenia. Vide Tacit. *Annal.* 16. Tiberius enim eum ad Consulatum euexerat: Nec verendum erat facilè vt quem præsertim non immerentem tanto beneficio exornasset amare vnquam desineret, Cùm ad conciliandas quidem Principum amicitias, maximum in cuiusque fortuna momentum sit. Ad eas verò vbi siue casu, siue meritis quæsieris, retinendas firmandásque nihil æquè proficiat, quàm ab iis ingentia beneficia accepisse, quæ vltrò ipsi perderent, si te odisse inciperent, quem ad obsequij & seruitij fidem tanto precio allexissent. Itaque vt optimi cuiusque est de Principe suo bene mereri velle, nec vnquam benè merendi finem facere. Ita & felicissimi & sapientissimi, vt maximè meruerit, certiorem Principis gratiã ex beneficiis quæ à Principe acceperit, quàm ex suis in eum meritis, diuturniorémque expectare.

50 ¶ Neruæ [a] successit *Proculus*. fuit eodem tempore & *Neruæ filius* [b]: fuit & alius *Longinus* [c] ex equestri quidem ordine, qui posteà ad præturam vsque [d] peruenit, sed Proculi auctoritas maior fuit [e]. nam etiam plurimum potuit, appellatíque sunt partim Cassiani [f], partim Proculeiani: quæ origo à Capitone & Labeone cœperat. ¶ Cassio *Cælius Sabinus* [g] successit, qui plurimum temporibus Vespasiani [h] potuit. Proculo *Pegasus* [i], qui temporibus Vespasiani præfectus vrbi fuit. Cælio Sabino *Priscus Iauolenus* [k]. Pegaso *Celsus*, patri Celso *Celsus filius*, & *Priscus Neratius*: qui vtrique consules fuerunt: Celsus quidem & iterum. Iauoleno Prisco *Aburnus Valens*, & *Tuscianus*, item *Saluius Iulianus* [l].

Ad §.59. & vlt. Neruæ successit.

a *Neruæ*, quem suprà dictum est successisse Ateio Capitoni. Reuertitur enim ad institutum sermonem De successione prudentum, qui fuerat interruptus in Massurio Sabino ab illis verbis, *& vt obiter sciamus.*

b *Neruæ filius* quem diximus anno ætatis suæ decimo septimo publicè de iure responsitasse *l. 1. §. qua ætate. infr. De postul.*

c *Alius Longinus*, quàm Caius ille Cassius, quẽ Longinum cognominatum fuisse diximus.

d *Ad Præturam vsque.* Dignum hoc fuit obseruatione, quia vix alij ad præturam admittebantur, quàm qui essent ex Patriciis cùm esset hic Senatorius magistratus, & ad Consulatum proximè accedens, vt suprà diximus suo loco.

e *Maior fuit.* Intellige quàm Longini, & vtriusque Neruiæ, aut etiam Labeonis, Cùm ab eo dicti sint sectatores Proculeiani, vt sequitur in hac lege, non Neruani aut Labeonini. Vnde & non leuis iuris author appellatur in *l. 17. infr. de iur. patron.* Cur verò maior fuit Proculi authoritas? An quia multũ potuerit in republica? vt subiicit Pomponius. Minimè, vt puto, Sed propter maiorem quæ in eo esse credebatur peritiam iuris. Cuius veneratione & precio credibile est tantum ei authoritatis accessisse, in eóque antiquiorem eruditionis, quàm potentiæ laudem fuisse. Alioqui parum ad doctrinæ commendationem faceret accessio commendationis ex potentia.

f *Partim Cassiani.* Et huius tam veteris constantísque inter tantos iuris nostri authores dissensionis vestigia pleraque supersunt in libris nostris, vt in *l. 1. infr. De contrah. empt. l. 7. §. cùm quis ex aliena. infr. De acquirend. rerum domin. & Iustin. tit. quibus modis tutel. finit.*

g *Cælius Sabinus*, à quo proinde verisimilius est dictos etiam Sabinianos qui & à Caio Cassio Longino Cassiani dicti sunt potiùs quàm à Massurio Sabino, de quo suprà memorauimus: Vt eodem tempore vtraque secta nomen suum acceperit ab iis authoribus, qui eodem tempore floruerunt.

h *Vespasiani.* Imò etiam Othonis quem Vitellius expulit. Otho enim huic Sabino bimestrem Consulatum designauit, vt author est Tacitus 17. Tantoque maior huius sapientiæ laus debetur quod duobus Imperatoribus tam diuersis inuicémque dissentientibus placere potuerit, suámque apud vtrumque dignationem & authoritatem retinere.

i *Pegasus*, à quo & Pegasianum Senatusconsultum denominatum fuisse plerique volunt, de quo in *§. sed quia. Instit. de fideic. hered.* Quod si ita est, fuit ergo hic Pegasus non solùm præfectus vrbi, sed etiam Consul. Factum enim est Senatusconsultum Pegaso & Pusione Consulibus, quia nec aliorum quàm Consulum erat referre ad Senatum. Illud sanè constat fuisse factum sub Vespasiano *d. §. sed quia.* Ideò tamen fortasse Pomponius hoc loco meminit præfecturæ non Consulatus, quoniam Præfectura vrbis iam facta erat perpetua. Consulatus verò erat annuus.

k *Iauolenus.* Igitur fuit Iauolenus Sabinianus. Vterque verò Celsus pater & filius Proculeiani, itémque Priscus Neratius. Cęteri quos posterios Põponius memorat Aburnus Valens, & Tuscianus & Saluius Iulianus, sicuti Iauoleno Prisco successerunt, ita nec dubitandum est quin fuerint Sabiniani. Quod nosse plurimùm refert ad pugnantes multas leges intelligendas, in quibus conciliandis frustrà laborant interpretes vulgares qui ad hanc sectarum diuersitatem irreconciliabilem non animaduertũt.

l *Saluius Iulianus.* Hic magnus ille Iureconsultus est qui iussu & temporibus Hadriani composuit edictum perpetuum prætoris, ad quod posteà Vlpian. Paulus, Caius, & alij plerique tam multa scripserũt. Fuit præcipua istius apud posteros ferè omnes præsertim apud Papinianum quoque authoritas, itém que Sabini, vt proinde non sit dubitandum, quin etiam Papinianus fuerit Sabinianus, itémque Vlp. Paulus, & cæteri ferè omnes qui post Iulianum & Papinianum floruerunt.

DE LEGIBVS, SENATVSQVE CONSVLTIS, ET LONGA CONSVETVDINE.

TITVLVS III.

1. PAPINIANVS libro primo Definitionum.

EX est commune præceptum[a], virorum prudentium consultum[b]: delictorum, quæ sponte, vel ignorantia[c] contrahuntur[d], coercitio: communis reipublicæ sponsio[d].

Ad Tit. 3. De legibus. Ad leg. 1.

a *Commune præceptum.*] legis enim proprium est, vt omnes adficiat, non vt quosdam tantùm. vnde illa lex legis xij. tab. *priuilegia ne irrogantur.* Sunt enim priuilegia priuatæ leges & hoc ipso odiosa, quòd à vera & propria legis natura abhorrent. Iura namque non in singulas personas, sed generaliter constituuntur. *l. iura 8. h. tit.*

b *Virorum prudentium consultum.*) Cur ergo senatusconsultum non est lex? Quia lex quamuis non fiat sine consulto prudentum, non tamen vim ab eo accipit, sed à totius populi consensu; penes quē est Reip. maiestas; fuitque semper vsque ad legem Regiam, & à regibus exactis vsque ad Augustum. Itaque omnis lex est consultum prudentum, licèt populus maiore parte cōstet ex imprudentib. quia nec interrogabatur populus, nisi à senatorio magistratu, ac proinde de ea re de qua senatus iam consultus fuerat, populumque rogandum decreuerat. At non omne consultum prudentum lex est, quia semper requiritur potestas legis condendæ, vt lex fit. Senatusconsulta tamen vim legum habent, idque propria auctoritate, & nulla lege in eam rem lata. Autoritas enim fuit olim penes senatum, maiestas penes populum. Plebiscitorum alia ratio est. Fuit enim opus lege Hortensia vt plebiscita vim legis haberent. *ꝟ. plebiscitum. institut. de iur. nat. gent.*

c *Vel ignorantia contrahuntur.*) Ratio dubitandi. quia nemo ignorans delinquit, & sine dolo. Delictum enim adeo est voluntarium, vt si voluntarium non sit nec sit delictum inquit B. Augustin.

Ratio decidendi. quia iuris & legum ignorantia neminem excusat in delictis, nisi cùm lex talis est quæ ex non delicto facit delictum; putà si lex prohibeat, quod de iure communi non prohibetur. Quo casu licèt iuris ignorantia non omnino excuset, quia leges scire omnes debent, mitiùs tamen agitur cum iis qui ignorantes, quàm qui spōte delinquunt: est ergo hic locus intelligendus de ignorantia iuris, non facti.

d *Communis reip. sponsio.*) Ratio dubitandi. quia non omnes qui habent caput in Rep. concurrunt ad leges constituendas, sed ij tantùm qui habent ius comitiorum in quo numero non sunt fœminæ, pupilli, furiosi, & alia huiusmodi persona, quæ aliqua vel sexus vel propriæ conditionis ratione impediuntur, ne in comitia ire possint.

Ratio decidendi. quia populus ad comitia conuocatus licèt non totum populum constituat, totum tamen populum repræsentat. ideoque ad interrogationem consulis respondendo, *vti rogas*, omnes obligat, etiam absentes. Fit enim lex per interrogationem & responsionem, vt diximus quasi per stipulationem.

2. MARTIANVS libro 1. Institutionum.

NAm & Demosthenes orator sic definit: Τοῦ ὄντος νόμος, ᾧ πάντας ἀνθρώπους προσήκει πείθεσθαι δι' πολλὰ· καὶ μάλιστα ὅτι πᾶς ὅστις νόμος εὕρημα μὲν καὶ δῶρον θεοῦ· δόγμα δ' ἀνθρώπων φρονίμων· ἐπανόρθωμα δ' ἁμαρτημάτων ἑκουσίων, καὶ ἀκουσίων ἁμαρτημάτων. πόλεως δ' ὅτου θήκη κοινή, καθ' ἣν ἅπαντα προσήκει ζῆν τοῖς ἐν τῇ πόλει. *id est, Lex est, cui omnes obtemperare conuenit, tum ob alia multa: tum vel maxime eo, quòd omnis lex, inuentum ac munus Dei est: decretum verò prudentum hominum: coercitio eorum, quæ sponte, vel inuoluntariè delinquuntur: communis sponsio ciuitatis: ad cuius præscriptum omnes, qui in ea republica sunt, vitam instituere debent.* ¶ Sed & Philosophus summæ Stoicæ sapientiæ Chrysippus sic incipit libro, quem fecit, περὶ νόμου· ὁ νόμος πάντων ἐστὶ βασιλεὺς θείων τε, καὶ ἀνθρωπίνων πραγμάτων. δεῖ δὴ αὐτὸ προστάττειν τε τὰ καλῶν, καὶ τῶν αἰσχρῶν, καὶ ἀρχοντα, καὶ ἡγεμόνα· καὶ κατὰ τοῦτο κανόνα τε εἶναι δικαίων, καὶ ἀδίκων· καὶ τοῖς φύσει πολιτικοῖς ζώοις προστακτικὸν μὲν, ὃν ποιητέον, ἀπαγορευτικὸν δ' ὧν μὴ ποιητέον, *id est, de lege: Lex est omnium diuinarum, & humanarum rerum regina. Oportet autem eam esse præsidem & bonis & malis, & principem & ducem esse: & secundùm hoc, regulam esse iustorum, & iniustorum: & eorum, quæ natura ciuilia sunt, animantium præceptricem quidem faciendorum, prohibitricem autem non faciendorum.*

Ad l. Nam & Demosthenes 2.

2 *Omnis lex inuentum ac munus Dei est.*) Fuit enim diuinitus comparata, vt esset veluti ministra & succenturiata naturæ, cuius creator & gubernator est Deus opt. max. Ideo solet lex imitari naturam. *l. adoptio 16. de adoptio.* & dicitur imago naturæ in *l. filio, quem.*

quem. 23. de liber. & posth. Denique quod natura scit, hoc etiam lex scire creditur, & contrà nescire, quod natura nescit.

3. *Pomponius* libro 25. ad Sabinum.

IVra constitui oportet, vt dixit Theophrastus, in his quæ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον, *id est, vt plurimum*, accidunt, non quæ ἐκ παραλόγου, *id est, ex inopinato.*

Ad l. Iura constitui 3.

Rat. dub. quia ius certū est & finitum. *l. 2. de iur. & fact. ign.* Boni. n. legislatoris est, omnia præuidere, ac prouidere, nec perfectum ius esse creditur cui aliquid deest. Rat. dec. quia impossibile est casus omnes præuidere, cùm natura nouas quotidie properet edere formas, & multa nouare nouit. Et cùm aliquid noui emergit, cōueniens est, eos qui in magistratu sunt illud conari decidere secundùm eorū, quę ordinata sunt, cōsequētiā & imitationē, inquit Iustin. in *ſ. sed ex rò postea 18. de cōſt. m. aig.* Hoc. n. est, quod dicimus, prætorē cęterósq. magistratus esse viuā voce iuris ciuilis. *l. nam & ipsum 8. de inſt. & iur.* Lex. n. mortua semel tātū locuta est: quę viuit potest debétq. loqui sępius, nec sēper eodē modo, pro rerū, tęporū, pſonarū, & aliarū circūſtātiarūm varietate iuge *l. 10. ſ. e.*

4. *Celsus* lib. 6 quinto Digestorum.

EX his, quæ fortè vno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur.

5. *Idem* libro 17. Digestorum.

NAm ad ea potiùs debet aptari ius, quæ & frequenter, & facilè, quàm quæ perrarò eueniunt.

6. *Paulus* libro 17. ad Plautium.

Τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δὶς γενόμενον, *Quod enim semel aut bis existit*, vt ait Theophr. παρεωραμένον εἶναι νομοθέτῃ, *id est, prætereūt legislatores.*

Ad l. 4. 5. & 6.

Rat. dub. quia cùm lex sit omnium rerū diuinarū atq; humanarū regina *l. 2. h. t.* res omnes regere debet, ergo casus omnes cōplecti. Rat. dec. quoniā à legū dignitate alienū esset minima quæque sectari, & ad eos quoque casus, qui semel aut bis, aut in summa nō nisi perrarò cōtingant se accōmodare. Idcóq; solent boni legislatores id consultò prętermittere, *l. 5. & 6.* Inde laudatus Solon, qui nullā in parricidas pœnā statuerat, quod non crederet euenire posse, vt quis de perpetrādo parricidio cogitaret. Sed quod legibus omissum est, non omittetur religione magistratuum, & iudicātiū, inquit Papin. in *l. quæsitum 13. de testib. l. 2. de off. adſeſſ.*

7. *Modestinus* libro primo Regularum.

LEgis virtus hæc est: imperare[a], vetare, b permittere c, punire d.

Ad l. Legis virtus 7.

a *Imperare.* Omnes enim leges imperatiuis verbis sunt conceptæ. Hinc est, quòd verba imperatiua dicuntur legitima, & legatum definitur ab Vlpiano *tit. de legat.* quod legis modo imperatiuè relinquitur. Neq; lex 12. tab. permittit ciuibus Romanis testari, nisi legassint *l. verbis legis 120. de verb. ſignif.* id est, legē fecerint imperando. Et ob id dicimus, fideicommissa esse legibus incognita, nec vllū iuris vinculū habere, quia fiunt precatiuis verbis, quibus vti eum qui legē faciat, aut facere possit indignū est, & à legis virtute alienū.

b *Vetare.* Hoc propriū est legū, quæ prohibitoriæ dicūtur: quarum vsus est circa eas res quæ iure communi permissæ sunt, si non prohibeantur. Quibus legibus regula illa communis est: quidquid prohibitū non est, censeri permissum, *l. mutus & surdus 43. ſ. 1. de procu.* nisi tale sit, quod per legislatorem inconsultò omissum potius, quàm permissum videatur *d. l. 2. de offic. adſeſſ. l. quæsitum 13. de testib.*

c *Permittere* Proprium hoc est legum, quæ permissiuæ appellantur, quarum vsus est circa eas res quę alioquin fieri nō possent, nisi permitterētur. Cuiusmodi sunt leges de hereditatibus, siue testamentariis, siue legitimis. *Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam.* Istis legibus regula illa conuenit: quicquid permissum non est perinde illicitū esse, ac si esset prohibitum. Nulla. n. prohibitionę opus est, vbi sufficit nō permissio. Itaq; si quis quærat cur hodie naturales non possint testamento heredes instituī extra casū *legis vlt. C. de nat. lib.* nec succedere ab intestato extra casum *Auth. licet. C. e.* neque rursum peregrinis, deportati & similes, ratio reddenda erit, nō quia sint prohibiti, sed quia non sint permissi. Porrò etiam cū lex aliquid permittit, imperat: permittit. n. imperādo, id est, eam permissionem dando verbis imperatiuis. *l. 1. ad leg. Falcid.* An non verò potest aliquid esse quod lex neque vetet neque permittat? potest. *l. nec non 20. ſ. quod eius. ex quibus cauſ. maior.* sed nulla in eo legis virtus constitit.

d *Punire.* Imperfecta enim lex est si quid fieri prohibeat, nec tamen puniat, quod contra factum erit, siue rescindendo, quod contra legem factum erit, siue aliqua pœna cōtra facientem constituta. exemplum adfert Vlp. in tit. *inſt. de lege Cincia*, quæ vetabat donari supra certū modum, nec tamē quod donatū erat rescindebat: ita vt necessariū esset auxiliū prætoris & exceptionis. *l. purè mihi 5. ſ. pen. de doli exceptio.* aut saltem vt ea donatio reuocaretur. Nam cùm esset contra legem erat reuocabilis. *l. penult. ſ. 1. de donat. l. cùm hic ſtatus 32. ſ. ſi inter virum 24. de donat. int. vir. & ux.*

8. *Vlpianus* libro tertio ad Sabinum.

IVra non in singulas personas, sed generaliter constituuntur.

Ad l. Iura non in singulas 8.

Ratio dubitandi, quia ex singulis personis constat vniuersitas. Singulis ergo iura constituenda sunt, vt Reipubl. constituantur. Ratio decidendi, quia respublica non constat ex singulis, tanquam ex singulis, sed tanquam ex vniuersis. *l. ſicut municipum 7. ſ. 1. & paſſ. quod cuiuſq. vniuerſ. nom.* & aliud est esse quid publicè vtile, aliud priuatim. *l. 1. ſ. 2. de iuſt. & iur. l. 1. h. tit.*

9. *Idem* libro decimo septimo ad Edictum.

NOn ambigitur, senatum ius e facere posse.

Ad l. Non ambigitur 9.

e *Ius facere posse.* Quamuis non potuerit facere legem, sed tantùm legi similem constitutionem. ſ. *quos autem. de bonor. poſſ.* dixi ad *l. 1. inſt. eod.*

10. *Iulianus* libro quinquagesimo nono Digestorum.

NEque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt f, vt omnes casus, qui quandoque inciderint comprehendantur: sufficit & ea, quæ plerumque accidunt, contineri.

Ad l. Neque leges 10.

f *Ita scribi possint.* At nec deberent etiamsi possent, quia nihil æquè conuenit legi, atque breuitas, dum modò nulla obscuritate laboret. dixi ad *l. 3. & ſeqq.*

11. *Idem* libro nonagesimo Digestorum.

ET ideò de his, quæ primò constituuntur, aut interpretatione g, aut constitutione optimi principis h certius statuendum est.

Ad l. Et ideò 11.

g *Aut interpretatione.* scil. prudentum quorum est, sempérque fuit leges interpretari. Nec enim potest ius constare, nisi sit aliquis iurisperitus, per quem possit quotidie in melius produci. *l. 2. ſ. poſt originē. de orig. iur.* & hoc ius etiam hodie iis saluum est. *l. vlt. C. de legibus.*

h *Aut constitutione optimi principis.* Vbi enim deficit potestas, & auctoritas prudentum, quod contingit quoties suppletione aliqua opus est, necessaria est auctoritas Imperatoris ad supplendum, vt in *l. hoc iure 4. de vulg. & pupill. l. vnum ex familia 67. ſ. vlt. de leg. 2. l. qui filium 74. ad Treb. l. commodiſſimè 10. de lib. & poſth.* iunct. *l. vlt. C. eo.* vt & ad legis asperitatem nimiam emendandam, vt in *l. ille ſeruus 9. qui & à quibus manum. l. 1. C. hoc titul.*

12. *Idem* libro decimo quinto Digestorum.

NOn possunt omnes articuli singillatim a legibus, aut senatusconsultis comprehendi: sed cùm in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni præest, ad similia[a] procedere, atq; ita ius dicere debet.

Ad l. Non possunt 12.

a *Ad similia procedere.* malle m producere. Ipsius enim legis est procedere ad similia. Eius verò, qui iurisdictioni præest, legem ad similia producere. Ratio dubitandi, quia iuris & legum auctoritas non est posita in arbitrio iudicantis. *l. 1. §. 4. ad Turpil. l. vndine 15. ad municip.* Ratio decidendi, quia tunc id obtinet, cùm ex legibus certum est quid iudicari debeat. Non autem cùm versamur in casu omisso per legem. Deinde, aliud est de iudicante loqui, de quo in dictis locis: aliud verò de ius dicente. Qui enim iudicat, non habet iurisdictionem, sed iudicationem. Qui autem ius dicit, & præest iurisdictioni, habet iurisdictionem, cuius illud etiam est, non vt aliquid decernat contra leges, sed vt suppleat, quod legi deest. *l. prox. in fin hoc tit.*

13. *Pipianus* libro 1. ad Edictum ædilium curulium.

NAm, vt ait Pedius, quotiens lege aliquid, vnum vel alterum introductum est, bona occasio est, cætera, quæ eodem tendunt ad eandem vtilitatem, vel interpretatione[c], vel certè iurisdictione suppleri.

Ad l. Nam, vt ait Pedius 13.

b *Ad eandem vtilitatem.* id est, quæ eandem habent æquitatis rationem: ciuilis enim legislator æquitatem semper æstimat ex publica vtilitate, vt dixi ad *l. ius autem 7. de instit. & iur.* Hinc vulgatum illud, Vbi eadem ratio aut æquitas est, ibi ius idem statuendum esse. *l. illud quæsitum 32. in princip. ad legem Aquil. & l. 3. §. vnde etiam. de iniust. iur.* Ratio dubit. quia quod non est nominatim per legem nouam constitutum, remanet in dispositione iuris quod ante obtinebat. *l. Dominus 13.*

14. *Paulus* libro 54. ad Edictum.

QVod verò contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.

Ad l. Quod verò 14.

Ratio dubitandi, quia nihil contra iuris rationem recipitur, nisi ex benignitate & æquitate, *l. qui negotia 34. vers. id enim mandat.* Quod autem tale est, cùm sit fauorabile videtur adiuuandum & producendum interpretatione *l. cùm quidam de liber. & post. l. hoc modo 64. in fi. de cond. & demonst.* quomodo & in eadem specie *d. l. qui negotia 34.* factum est ab Vlpiano *l. singulari 15. de reb. cred.* Rat. decid. quia ius nostrum sancta & sacra res est *l. 1. §. 1. de iust. & iur. l. 1. § 5. de extraord. cognit.* Cuius proinde nos religiosos esse oportet, ne quid facile inducamus aut pariamur induci contra iuris rationem, ne quidem æquitatis prætextu, nisi quoties tam euidens futura est iniquitas, vt summum ius futurum sit summa iniuria. Alioqui facilè ius totum subuerteretur, in quo passim ab interpretibus nostris peccatum est, & peccatur quotidie à pragmaticis grauissimè, magno totius Reip. malo. Inde namque fit vt cùm ius certum & finitum sit & esse debeat *l. 2. de iur. & facti. ignor.* nihil tamen hodie sit certius iure nostro. Non nego potiorem æquitatis quàm iuris nostri rationem esse debere *l. placuit 8. C. de iudic.* neque rursus admitto distinctionē illam æquitatis scriptæ, & non scriptæ, de qua nostri ad *d. l. 8. C. de iudic.* vbi dictio *scriptæ*, procul dubio irrepitia est, cùm æquitas omnis quatenus stricto & summo iuri opponitur, ex ratione aliqua naturali semper estimari debeat, quę non alibi quàm in prudentis & benè sensati cuiusque mente à Deo Opt. Max. scripta est. Sed hoc contendo, in iis, quę de iure à prudentibus illis veteribus, Deus bone quantis viris! tradita sunt, non debere nos adeò nobis indulgere, vt meliores & prudētiores æquitatis arbitri videri velimus, quàm ipsi fuerint. Quoties enim æquitas euidens suasit strictam iuris rationem violari, vix vnquam ea tam neglecta, vel ignorata est, vt non à prætore, vel à prudentibus ipsis, vel denique ab Imperatoribus fuerit obseruata & adprobata.

15. *Iulianus* libro vigesimo septimo Digestorum.

IN his, quæ contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris.

Ad l. In his quæ contra 15.

Rat. dubit. quòd cùm ius ex ratione sola æstimetur *l. quod nō ratione 39 h.* implicare cōtradictionē videtur, vt aliquid iure constitutum sit cōtra iuris rationem. Rat. decid. quia plerumque euenit, vt euidens æquitas pugnet cum summo iure, quo casu necesse est induci ius singulare, contra tenorem rationis, ob vtilitatem publicam, atque ita violari regulam iuris. Nam cùm ius nostrum sit ars boni & æqui, cauendum est valde, ne in iis quæstionibus, quę sunt de bono & æquo, sub authoritate iuris scientis perniciosè erretur *l. si seruum 91. §. sequitur. de verb. oblig.* vt è contrario, ne sub prætextu æquitatis cuiuslibet facilè iuris rationem violemus, vt dixi ad *l. præced.* Summa itaque in eam rem prudentia opus est. Vnde & nostra iuris non scientia, sed prudentia appellatur. At neque prudentia sufficit, sed authoritate quoque opus est, vt ait *l. prox. seq.* Quę authoritas nulla certè est in nostri temporis interpretibus, adeò distant illi à veteribus nostris prudentibus, sed in iis tantùm qui iurisdictioni præsunt *l. & ideò 11. l. non possunt 12. hoc titul.* maximè verò in magistratibus supremis, qui vice Principis funguntur, & quos credit princeps non aliter indicaturos, quàm ipse esset iudicaturus *l. 1. §. penult. de off. præf. præt.* Nam & ad principem ipsum maximè hęc authoritas pertinet *l. 1. l. leges 9. l. cùm de nato 11. & l. vlt. C. de legib.*

16. *Paulus* libro singulari de iure singulari.

IVs singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam vtilitatem, auctoritate constituentium introductum est.

Ad l. Ius singulare 16.

Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *l. præced.* sed possis etiam addere rationem dub. ex eo, quod iura nec in singulas personas, nec in singulares casus, sed generaliter & in commune constituuntur *l. 3. 4. 5. 6. & 8. hoc titul.* At qui ius singulare est, quod ad singularem aliquam personam, vel ad singularem aliquem casum pertinet. Nullum ergo potest aut debet esse ius singulare. Idque videtur sensisse lex illa duodecim tabul. *priuilegia ne inroganto*: nihil enim aliud est ius singulare, quàm priuilegium. Rat. decid. quia id pertinet ad ea iura, quæ constituuntur vt faciant legem, vel regulam iuris. Sed vix vllum esse ius tam generale, quod non aliquam exceptionem pati debeat. nullam regulam tam certam, quæ non aliquando vitietur *l. 202. de reg. iur.* ob aliquam scilicet æquitatem, & vtilitatē publicam, quę emergat ex qualitate personæ, vel rei, vel temporis, vel loci, aliisve circumstantiis facti. Ideóque dicitur ius singulare, quoniam à communi abhorret, & à regula iuris, & consequenter à ratione iuris. Regula enim ex iure sumitur, non ius ex regula, *l. 1. de reg. iur.* proinde vt ius singulare possit induci non illud sufficit, vt euidens æquitas & vtilitas sit, quæ induci suadeat: sed prærerea auctoritas necessaria est in eo, qui velit inducere, vt habeat ius inducendi: vt probat hæc lex in verbis *autoritate constituentium*. His verò duobus concurrentibus, euidenti scilicet æquitate vtilitatéque publica, & auctoritate constituendi iuris, nihil impedit constitui & induci ius singulare, imò & multiplicari singularia, si multiplex sit æquitas quæ id suadeat. Etsi vulgo nostri contra putant ex *l. 1. C. de dot. promiss.* quæ ad rem omnino non pertinet.

17. CELSVS

17. CELSVS libro 26. Digestorum.

SCire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem.

Ad l. Scire leges 17.

Ratio dubitandi, quoniā cùm in verbis nulla est ambiguitas non est admittenda quęstio voluntatis *l. 1. §. 1. de leg. 3.* Quorsum enim verba nisi vt voluntatem demonstrent. *l. Labeo ait 7. §. vlt. de supell. leg.* & an non fallax esset legislator, qui aliud loqueretur, aliud sentiret? vt veluti laqueos incautis ciuibus iniiceret? Atqui leges fieri debent verbis & paucis, & claris, vt vniuersi præscripto earum manifestius cognito vel inhibita declinent, vel permissa sectentur. *l. leges 9. C. hoc tit.* Quod ergo aliud est leges scire, quàm earum verba tenere? Ratio decidendi, quia vis & potestas legis plerumque aut maior, aut alia est, quàm verba præ se ferant: eámque vim & potestatem nisi quis bene teneat, vix est vt de lege illa possit respondere, si quando aliqua opus sit interpretatione, cùm ratio legis, quę vix vnquam verbis exprimitur, potissimùm spectanda sit, vt sciatur, an ad casus posteà emergentes verba legis trahi possint. *l. adigere 6. §. quamuis. de iure patr. l. illud quæsitum 32. ad l. Aquil.* Deinde cùm non magis permittēdum sit, vt in fraudē legis quid fiat, quàm vt contra legē: frausverò hîc legibus fieri dicatur, cùm salua earū verbis mentem & sententiam legislatoris quis circumueniet. *l. contra 29. & seq. h. t.* quomodo posset dignosci, an in legis fraudem quid factum esset, si legis verba duntaxat teneremus, non etiam earum vim & potestatem?

18. CELSVS libro 29. Digestorum.

BEnignius leges interpretandæ sunt, quò voluntas earum conseruetur.

Ad l. Benignius 18.

Ratio dubitandi, quoniam eius est interpretari, cuius est condere. *l. vlt. vers. si enim. C. h. tit.* legum igitur interpretatio penes solum legislatorem esse debet, id est, penes principem, qui & legum condendarum potestatem habet solus. *l. 1. l. leges 9. l. cùm de nouo 11. l. vlt. C. eod.* Ratio decidendi, quia tunc id obtinet, cùm verba legis obscuriora sunt quàm vt possimus sententiam eius assequi. Nō autem cùm interpretatio aliqua requiritur, quæ ex verbis, licèt aliquantulum ambiguis, concipi possit. Hæc enim est, sempérque fuit prudentibus permissa. *l. 2. §. his legibus 5. & 9. post originem. de orig. iur. l. Gallus 29. §. 1. de liber. & posthum. l. talem 51. §. 1. de hered. instit.* Cùm autem eiusmodi interpretatio necessaria est, nulla dubitatio esse potest, quin fieri debeat in benigniorem partem: præsertim vt voluntas legis conseruetur. Omnes enim leges, hoc ipso quod leges sunt, fauorabiles quoque sunt. ergo potestas earum conseruanda. Nam & in actibus priuatorum, siue testamentis, siue contractibus conseruandis, interpretandis, ea semper interpretatio capienda est, per quam fiat, vt res sit in tuto, id est, ne actus pereat. *l. quoq; 12. de rebus dub. l. quotiens 80. de verb. obli.* Ideoque maligna dicitur interpretatio illa, per quam id agitur vt actus corruat. *l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus. versicul. sequens stipulatio. de verborum obligat.*

19. CELSVS libro 33. Digestorum.

IN ambigua voce legis ea potiùs accipienda est significatio, quæ vitio caret[a]: præsertim cùm etiam voluntas legis ex hoc colligi possit.

Ad l. in ambigua 19.

a *Quæ vicio caret*, id est, per quam fiat, ne quid malè & absurdè, constitutum videatur. Ratio dubitandi, quia cùm dictio aliqua ambigua est, ea potiùs interpretatio videtur accipienda, quæ minus recedit à proprietate verbi, & quamuis ea interpretatio factura sit legem inutilem, aut absurdam, videtur tamen imputari posse legislatori cur non sit vsus verbo clariore & apertiore ex reg. *l. veteribus 39. de pact. l. Labeo scripsit 21. de contrah. empt.* Ratio decidendi, quia leges non propter legislatorem feruntur, sed propter publicam vtilitatem; quæ semper adiuuanda est: vt proinde credendum sit nihil à legislatore constitutum fuisse, quod absurdi aliquid aut iniqui habeat. Nam & sic quoque Imperatorum rescripta & beneficia sunt interpretanda. *l. iam hoc iure 4. versic. incongruè. l. ex facto 43. versicul. etenim. de vulgar. & pupillar. l. 2. §. 10. & 16. ne quid in loco public. l. si quando 35. C. de inoffic. testament.* Notandum autem est quod lex addit, *præsertim cùm etiam voluntas legis ex hoc colligi possit.* Nam si ea fieret interpretatio, quæ voluntatem legis euerteret, non esset admittenda: meliúsque esset pati, vt quid absurdi vel iniqui emergeret, vt in *l. prospexit 12. qui & à quibus manum.* sed eo casu ad principem recurrendum esset, vt ei absurdo & incommodo mederetur. *d. l. 1. & vlt. C. hoc tit.*

20. IVLIANVS libro 55. Digestorum.

NOn omnium, quæ à maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.

21. NERATIVS libro 6. Membranarum.

ET ideò rationes eorum, quæ constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his, quæ certa sunt, iubuertuntur[b].

Ad l.non omnium 20.& ideò 21.

Ratio dubitandi, quia ius æstimatur ex ratione *l.quod non ratione 39.infr.* vbi ergo ratio nulla est,ibi nec ius esse potest. Ratio decidendi, quia multa sunt,quæ necesse fuit constitui,nulla etiam ratione ita suadente:sed quia nihil erat quod melius posset constitui. vt puta, si quis quærat cur legitima olim esset quarta portio portionis ab intestato contingentis,potiùs quàm tertia aut quinta? Aut cur hodie sit triens, aut semis pro numero liberorum ex *Nouell.de trient.& semiß.* Cur maior sit hodie legitima quinque liberorum, quàm si quatuor essent, cùm ratio dictet quo plures sint liberi,eo minorē singulorum legitimam esse:Cur in testamentis septem testes adhibeantur,non sex aut quinque?Cur in codicillis quinque potiùs, quàm quatuor aut sex?& alia huiusmodi innumera sunt iuris,non recepti,sed constituti.Nam si olim fuisset constitutū vt legitima esset quinta pars vel tertia,perinde posses quærere cur non potiùs quarta? Item si sex aut octo testium numerus pro solemnitate in testamētis requisitus fuisset, æquè potuisses quærere cur non potiùs septem?Denique in istis omnibus quæ sunt iuris constituti, quamuis possint etiam aliquam habere rationem,potissima tamen & certissima eorum ratio, quæ afferri potest, illa est quòd ita fuerint constituta, cùm nihil esset quod melius constitui posse videretur. Recepti iuris alia causa est: semper enim suam habet rationem, nec eam vnquam adeò occultam vt non indagari & inuestigari possit. Quid enim recipi potuit à prudentibus sine ratione? Imò quò quid antiquius receptū est,eo certius rationem aliquam habet, licèt tam sit antiquum vt non possit dici quando fuerit receptum.quod prudentes nostri ius commentitium appellare solent.*l.si pœna 20.de pœnis.* Abuntur hac lege imperiti plerique, qui de ratione iuris interrogati,in iis quoque rebus,quorum ratio bona reddi potest, & quæ sunt recepti iuris, & non constituti, statim ad hanc legem confugiunt, vt perquirendæ rationis incommodo & necessitate se eximant.Vnicum huius legis exemplum in toto iure nostro inuenit Iacobus Cuiacius in *l. liberum 9. de relig.& sumpt.fun.* vbi tamen non est exemplum accōmodatum.nec enim agitur eo loco de iure constituto, sed quod vulgo habebatur pro receptō: cùm tamen reuera, neque receptum, neque recipiendum esset,vt Caius disputat.Quomodo & nos plerunque disputamus contra interpretum opiniones,receptas quidem vulgo,sed à prudentioribus explodendas. Et hāc interpretationem, quam didici iam pridem à Dom. Francisco Salelio I. C. clarissimo Theologo & prædicatore celeberrimo, ac Gebennensi episcopo, confirmant diserte verba huius legis,*quæ à maioribus constituta sunt.& l.sequ. eorum quæ constituuntur.* quæ cùm de iure constituto expressim loquantur, de recepto intelligi non debent.

b *Subuertentur.* quod esset absurdum & periculosum,vt dicemus ad *l.minimè* 23.præsertim cùm non sit bona consecutio ista,Ratio iuris nulla reddi potest,ergo nulla est. Potius enim esset inferendum, ergo nescitur siquidem fieri potest, vt aliqua fuerit tempore iuris constituti,& tamen hodie nesciatur, propter mutatas temporum & personarum circunstantias.

22. VLPIANVS libro 35. ad Edictum.

CVm lex in præteritum quid indulget,in futurum vetat.

Ad l.Cùm lex 22.

Ratio dubitandi,quia lex,quæ loquitur de futuris,non potest nec debet trahi ad præterita, nisi expressim de iis disponat *l.leges 7.C. hoc tit.l.vn.in fi.C. de contr.iud.*ergo similiter quæ loquitur de præteritis,non debet intelligi de futuris. Ratio decidēdi, quia legum est prouidere negotiis futuris, nō præteritis.*dict.l.leges 7.* ideoque facilius est vt trahantur ad futura, non vt idem in futuris disponere intelligantur quod disponunt in præteritis,sed è contrario,vt quod indulgent in præteritis, vetare intelligantur in futuris. Indulgentia enim ad ea tantùm pertinet, quæ prohibita esse vult legislator, nisi quatenus indulget. Ergo indulgentia restricta ad tempus præteritum includit tacitā prohibitionem in futurum.Idque est quod dici solet,inclusionem vnius,esse exclusionem alterius.*vulg.l.cùm prætor 12. de iudic.cum similibus.* Ergo & si quid lex vetat in futurum expressim, eadem in præteritum indulgere videbitur. sed si è contrario aliquid indulgeat in futurum,non idcirco videbitur de iis, quæ contra in præteritum facta fuerint puniendis cogitasse:nō solùm quia leges non fiunt vt dent formam præteritis negotiis, nisi de iis nominatim disponant.*d.l. leges 7.*sed etiam,quia esset perabsurdum indulta in præteritum non videri, quæ in futurum indulgerentur, cùm esset longè vtilius prohibenda in futurum prohibere,quàm in præteritum.

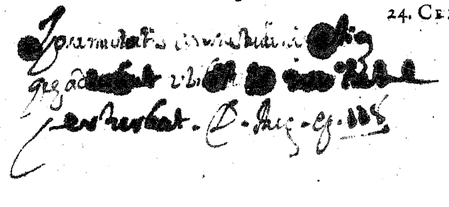
23.PAVLVS libro 4.ad Plautium.

MInimè sunt mutanda,quæ interpretationem certam semper habuerunt.

Ad l.Minimè 23.

Ratio dubitādi,quòd eueniat plerumque,vt quę aliquando vtilia fuerunt, postea definant esse aut videri vtilia,& consequenter immutanda sint. Sic legem 12.tabularum videmus correctam esse nouo iure,& plerisque Imperatorum constitutionibus: ipsas etiam Imperatorum constitutiones nouissimo iure emendatas à Iustiniano in Nouellis.Quò etiam pertinet elegans illa Marci Tullij sententia in epist.9.ad Lentulum:Num quam,inquit,præstantibus in Republica gubernanda viris laudata est in vna sententia perpetua permansio. Sed vt in nauigādo tempestati obsequi artis est, etiam si portum tenere non queas, cùm verò id possis mutata velificatione assequi, stultum est,eum tenere cum periculo cursum quem ceperis potius, quàm eo commutato quò velis tandem peruenire. Sic in administranda Republica, non idem semper dicere,sed idem semper spectare debemus. Ratio decidendi. Intelligenda est hæc lex, nisi euidēs vtilitas sit,quæ aliter suadeat, vt recedatur videlicet ab eo iure, quod diu æquum visum est. Tunc enim possunt mutari etiam ea, quæ interpretationem certam semper habuerunt. *l.2.infr.tit prox.* Itaque quod ait hæc lex *minimè*,explicandum est, *non facilè*. Omnis enim mutatio in Republica periculosa est,vt dicebat Plato, sed legum periculosissima, quia sunt columnæ & fulcra Reip.

24. CEL-



24. CELSVS libro 9. Digestorum.

INciuile est,nisi tota lege perspecta[a], vna aliqua particula eius proposita, iudicare vel respondere.

Ad l.Inciuile 24.

a *Perspecta.*Ratio dubitandi,quia fieri facilè potest, vt lex feratur de diuersis rebus, quarum vna nihil commune habeat cum cæteris:quo casu tot videntur leges,quot sunt capita,vt *Nouell.115. vt cùm de appellat.cog.&c.& de aliis capitulis.* Sicut dicimus de stipulationibus.*l.scire debemus 29.de verb.oblig.*& de sententiis. *l.etiam si patre 29.§.1.de minor.* Ratio decid. quia è contrario fieri potest,vt in qua alia parte legis aliquid sit, quod ad aliam explicandam maximè pertineat,& ex qua voluntatē legislatoris coniici oporteat. Quod an ita sit necne, non nisi perspecta tota lege sciri potest. Nam & idem in stipulationibus euenit.*l.Titia 134.§.1.de verb.oblig.*& in testamentis, vt scilicet vna pars per aliam declaretur *l.qui filiabus de leg.1.l.quæsitum 12. §.antep. de instruct.legat.l.vlt. de hered.instit.* Ideoque nimirum de his controuersiis,quę ex testamento proficiscuntur neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quàm inspectis cognitisque verbis totius testamenti. *l.de his 6.de transact.l.1.testam.quemad.aper.*

25. MODESTINVS libro 8 Responsorum.

NVlla iuris ratio,aut æquitatis benignitas patitur,vt quæ salubriter pro vtilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum[b] producamus ad seueritatem.

Ad l.Nulla iuris 25.

b *Contra ipsorum commodum.*Ratio dubit.quia plerumque fit,vt qui in vno releuatur per legem in alio grauetur:& contrà,eiusque rei exempla quamplurima sunt apud nostros interpretes,quibus frequētissimum est vsurpare hoc brocardicum, Item, quia nemo potest legem pro se introductam diuidere,& pro parte agnoscere, pro parte repudiare.*l. si ita 39.in fin.de op libert. l.nam absurdum 7.de bon.lib.l. eum qui tacitum 1.an fin. de his quibus vt indign. l. cùm quæritur 16.de administr.tutor.* Denique commodum quidem & amplecti, onus verò & incommodum abiicere.*l.4.&5.§.1. de leg. 2. l. legatarius 38.de legat.1.* nihil ergo vetat eandem legem quæ ex parte tibi faueat,ex alia tamen parte tibi nocere. Ratio decid. quia legislatoris mens spectanda semper & seruāda est,quę porrò non fuit vt ei noceret, cui è cōtrario fauere voluit. *l. quod fauore. 6. C.h. tit.* Exempla sunt elegantia in *l.5. §.1.C.de sec. nup. l.plures 19. in fi. C.de fi.instr.l.pe.C.ad Treb.l.3.§.5. de Carb. edi.* Idque est quod vulgo iactari solet, actus non operari vltra intentionem agentium. *l. non omnis 19. de reb.cre.* & inducta ad vnum finem non debere contrarium finem operari. *l.legatā 19. de leg. 1.l. legata 14.de adim. leg.l.in ratione 30.§.7.in fi.ad leg. Falcid.*

26. PAVLVS libro 4. Quæstionum.

NOn est nouum, vt priores leges ad posteriores trahantur[a].

27. TERTVLLIANVS libro 1.Quæstionum.

IDeo,quia antiquiores leges ad posteriores trahi, vsitatum est:& semper quasi hoc legibus inesse credi oportet,vt ad eas quoque personas, & ad eas res pertinerent, quæ quandoque similes erunt.

Ad l non est nouum, &c. 26. & 27.

a *Trahantur.*) Ratio dub. quia priores leges non possunt videri de posterioribus cogitasse. Lex enim nescit futura,quę nec ipsa natura scit,si Theologis & veritati credimus magis quàm Paulo nostro,qui contra proculdubio sensit, in *l.sed etsi 28.§. vlt.de iudic.* Non possunt ergo priores leges trahi ad posteriores ex legislatoris voluntate,siue expressa,siue tacita,quæ tamen semper spectanda est cùm agitur de legis interpretatione.

Ratio decidendi, quia legibus omnibus hoc inesse credi oportet, vt ad eas quoque personas, & ad eas quoque res pertineant, quæ quandoque similes erunt, vt ait *h:l. ideo 27.* vt tamen priores leges ad posteriores trahantur, fieri debet ea protractio vel posterioris legis autoritate,vt cùm lex Falcidia quę de legatis tantùm locuta est protracta fuit ad fidei commissa singularia per S.C. Pegasianum. *§.sed quia.vers.ex singulis. de fideicomm. hæred.* vel autoritate magistratus,qui præest iurisdictioni, vel denique Principis constitutione,vt diximus ad *l. 10.11.12.13.h.tit.*

28. PAVLVS libro 5.ad Legem Iuliam & Papiam.

SEd & posteriores leges ad priores pertinent[b]: nisi contrariæ sint[c]: idque multis argumentis probatur.

Ad l. 28. Sed & posteriores.

b *Ad priores pertinent.*) Ratio dubitandi. quia frustra fiunt leges posteriores de iis rebus, de quibus alię iam extant priores. Non possunt igitur posteriores esse non superuacuæ, ex qua parte pertinent ad priores. Ratio decidendi,quia plerunque sunt necessarię posteriores, ad priores vel supplendas, vel interpretandas,vel producendas: quòd cùm euenit, priores non solùm non abrogant,sed etiam confirmant: & sicuti eas interpretantur,ita & vicissim ex iis interpretationem recipiunt, perinde atque si vna eademque lex esset.

c *Nisi contrariæ sint,*) inquit lex. quoniam eo casu cùm simul stare non possint potiores sunt illę quę sunt posteriores *l.vlt.in fin. tit.prox.* Legum enim est leges abrogare,& legibus imperare.

29. PAVLVS libro singulari ad legem Cinciam.

COntra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet: in fraudem verò [d], qui saluis verbis legis, sententiam eius circumuenit.

30. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

FRaus enim legi fit, vbi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit [e], id fit: & quod distat μὲν δὲ ῥῆσις, *i. dictum à sententia*, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit.

Ad l. Contra legem 29. & Fraus enim 30.

d *In fraudem verò.* Ratio dubit. quia, vel æstimanda est lex ex verbis tantùm, vel ex sententia quoque legislatoris: si ex verbis tantùm, consequens est vt neque contra legem, neque in fraudem legis quidquam faciat is, qui saluis verbis legis sententiam eius circumuenit. Si verò mens quoque legislatoris spectanda, & quidem potissimum est, vt est, ergo non minus contra legem facit, qui contra mentem, quam qui contra verba legis facit. Ratio dec. quia lex cùm per stipulationem Senatu rijmagistratus interrogantis, & totius Reip. sponsionem fiat, vt diximus ad *l.1.* non nisi ex verbis æstimari potest. Proinde non fit contra legem, nisi quod fit contra verba legis. At quoniam ex verbis legis voluntas quoq; legislatoris cognoscitur, nec verba ipsa vim vllam habent, nisi ex mente, & ob mentem legislatoris *l Labeo ait 7. §. vtim. de sup. legat.* Inde etiam fit, vt non minus legislatorē offendat is, qui facit contra ipsius voluntatem, quàm qui contra legis verba. Proinde licèt nihil faciat contra legem, facit tamen in fraudē legis, cùm quod legislator vna via fieri prohibuit, tentat alia facere *l. scire oportet 21. §. 1. de tutor. dat. ab.* Imò grauius peccat, qui in fraudem legis facit, quàm qui contra legē. Exprobrat enim legislatori imperitiam, quod legem mancam minúsque plenam fecerit, nec potest carere dolo, qui captat occasionem delinquendi contra legem saluis verbis legis. Cùm è contrario qui peccat apertè contra verba legis, potiùs per errorē quàm per imprudentiam id facere credatur: arg. *l. vlt. in fin. de ritu nupt.* Quis enim tam impudens sit, vt legis verba aperta & enixa velit vltrò infringere?

e *Non vetuit.* Aliud ergo est non vetare, aliud velle sicut è contrario aliud est nolle, aliud vetare, vetare nemo potest sine verbis, velle aut nolle potest etiam sine verbis. Non enim sicut verba vim accipiunt ex mente & voluntate proferentis, ita & voluntas vim à verbis accipit. Sic aliud est prohibere, aliud non permittere, aliud quoque non prohibere, aliud permittere. *l. nec non 28. §. quod eius. ex quib. caus. mator.* Aliud denique, velle, aliud non nolle: & contra aliud nolle, aliud non velle. *l.1. §. scientia. de trib. act. l. pater Seuerianam 101. de condic. & dem.*

31. VLPIANVS libro 13. ad legem Iuliam & Papiam.

PRinceps legibus solutus est Augusta autem, licèt legibus soluta non est [a]: principes tamen eadem illi priuilegia tribuunt, quæ ipsi habent [b].

Ad l. Princeps 31.

Ratio dubit. quia cùm omnis lex inuentum ac munus Dei sit, eámque oporteat præesse bonis ac malis, & principem ducémque esse Reip. denique cùm ea rerum omnium diuinarum & humanarum regina sit *l. 2. hoc titul.* quomodo fieri potest vt non ipsum quoque principem teneat? Ratio dec. quia princeps supra leges est, cùm lege Regia quæ de imperio eius lata est populus ei, & in eum omne suum imperium & potestatem contulerit. Ergo quemadmodum populus non potest eam sibi legē dicere, ne possit à priore voluntate, quæ legem fecerat recedere, ita neque princeps qui populi imperium & potestatem habet: sicut nec testator, cùm facit legem priuatam faciendo testamentum. *l. si quis in principio 22. de leg. 3.* digna tamen vox est maiestate principis, legibus se alligatum principem profiteri, & maius quiddam imperio est legibus submittere principatum. *l. 4. C hoc tit.* Idcò verius est dicere, & conuenientius principem legibus solutum videri, quàm solutum esse, vt loquitur *l. ex imperfecto 2. de legat. 3.* Quanquam & qui dicit principem legibus solutum esse hoc ipso exprimit satis fuisse illum aliquando alligatum. nec enim solutus dici potest, nisi qui fuit antèà ligatus. Fuit autem princeps ligatus, non solùm tanquam homo, & inspecto eo tempore, quo nondum princeps fuit, sed etiam inspecto eo iure, quod ante legem regiam obtinebat. Et quamuis post legem Regiam qui princeps est, sit legibus solutus tanquam princeps, cùm tamen obligatus sit tāquam homo, & semper meminisse debeat se hominem esse, nihil melius facere potest, quàm si & verbis & quod præcipuum est, moribus ac vita se legibus alligatum profiteatur. *l. Imperatorem 9. de hered. instit.* vbi bene Baldus plura priuatis permitti, quàm principi: & principem magis quàm alios ab illicitis abstinere oportere. Nam vt bene Cicero in epist. 9. ad Lentulum, Quales in Rep. sunt principes, tales reliqui solent esse ciues.

a *Soluta non est.* Ratio dub. quia principis & Augustæ eadem persona esse videtur, saltem constante matrimonio, vt & aliorum coniugum quorumlibet. *l.1. de rit. nupt.* Habet ergo eadem iura, & eadem prærogatiuas. *l. 3. C. de quad. præscript. l. fiscus 6. in fin. de iur. fisc.* Rat. dec. Quia lex Regia de principe tantùm locuta est, non de Augusta. Neque sanè lex Regia ad fœminas pertinere potuit, non magis q̄ vt Romani fœminam sibi imperare paterentur. Idem tamen iuris sibi vindicant fœminæ, sicubi principes sunt, & populis imperant: vt in Hispania, Anglia, Scotia, & plerisque aliis locis, cùm habeant regiam & supremam potestatem.

b *Eadem illi priuilegia tribuunt quæ ipsi habent.* non ergo ex iure cōmuni, sed ex priuilegio habet princeps, vt legibus solutus videatur. Fuit enim lex Regia veluti priuata quædam lex, quæ vnius hominis voluntatem & dignitatem intuita est potiùs, quàm Reipub. vtilitatem: ad quam sanè populus Roman. nunquam pertinere credidit, vt ab hominis vnius voluntate tota Resp. penderet, nisi si quando grauissimis & periculosissimis Reip. temporibus dictator aliquis in eam rem à populo ipso eligeretur. Habet itaque princeps priuilegium à populo, Augusta verò à principe, qui tamen priuilegium suum Augustæ tribuere & communicare non posset, nisi tale esset priuilegium per quod fit, vt ille sit supra leges.

32. IVLIANVS libro 94. Digestorum.

DE quibus causis scriptis legibus non vtimur id custodiri oportet, quod moribus & consuetudine [c] inductum est: & si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum & consequens ei est [d]. si nec id quidem appareat: tunc ius, quo vrbs Roma vtitur, seruari oportet. 1 ¶ Inueterata consuetudo pro lege non immeritò custoditur. (& hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum.) Nam cùm ipsæ leges nulla alia ex causa nos teneant, quàm quòd iudicio populi receptæ sunt: meritò & ea, quæ sine vllo scripto populus probauit, tenebunt omnes: nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis & factis? Quare rectissimè etiam illud receptum est, vt leges non solùm suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

Ad l. 32. De quibus.

c *Moribus & consuetudine.*) Ratio dubitandi. quia moribus & consuetudini non conuenit definitio legis de qua in *l. 1. & 2. h.t.* vt sit commune præceptum, virorum prudentium consultum, communis Reipublicæ sponsio. Quod enim præceptum est? potest sine verbis? Quodnam prudentum consultum in eo iure, quod inducitur ex tacito consensu populi, ac proinde etiam vulgi, quo nihil imperitius? Quænam denique sponsio Reip. nemine interrogante?

Ratio decidendi, quam lex ponit, quia cùm ipsę leges nulla alia ex causa nos teneant quàm quod iudicio populi receptæ sint, merito & ea quæ sine scripto vllo populus probauit tenebunt omnes. Nam quid interest an suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis & factis? Neque deest hic prudentum consultum, cùm populus cōstet etiam ex senatu & magistratibus, quorum etiā autoritate & rebus iudicatis hoc ius fultum esse oportet. *l. cùm de consuetudine. 34. & l. nam imperator. 38. hoc tit.*

d *Tunc quod proximum & consequens ei est.*) Sensus est: in iure non scripto interpretando idem faciendū esse quod in scripto, vt si quando deficiat, supplendum sit ex eo, quod in similibus causis & quæ maiorem cum proposito casu adfinitatem habeant, constitutum vel receptum inueniatur. Quod enim legibus scriptis inesse credi oportet, vt ad eas quoque personas, & ad eas res pertineant, quæ quandoque similes erunt. *l. ideò 27. h. tit.* idem de moribus quoque & consuetudine dici potest. Ratio dubitandi erat, quia ius hoc consuetudinarium inducitur ex tacito populi consensu: Qui consensus porro non inducitur, nisi ex facto: ergo non nisi quatenus factum est.

Ratio decidendi, quia ex eo quoque, quod populus per longum tempus in quibusdam causis fecit, colligi satis potest quid ille in similibus causis facturus fuerit, si casus contigisset. Vbi enim eadem ratio est idem ius constitui semper debet, siue expressè, siue tacitè ius illud constituatur. *l. illud quæsitum. 32. ad l. Aquil.*

e *Abrogentur.*) Ratio dubitandi. ex *l. 2. C. quæ sit longa consu.* Ratio decidendi, non potest quidem consuetudo vincere legem, sed desuetudo potest eam abrogare: quia cùm tacitus ille consensus populi sit lex quædam tacita, tantam vim habens quantam expressa; consequens est, vt quemadmodum per posteriorem legem expressam prior possit abrogare, ita & possit per desuetudinem, quasi per quandam legem tacitam. Itaque plus potest desuetudo ad legem abrogandam, quàm consuetudo legi cōtrariæ, si præsupponas desuetudinem nullam esse; quomodo fieri facilè potest vt lex vigeat, & consuetudo aliqua contra legem inducatur. Desuetudo enim requirit tacitum consensum totius populi, vt hæc lex ait, consuetudo verò non item; nisi ea quæ vim legis habeat. Denique potest vincere legem ea demum consuetudo quæ desuetudinem admixtam habeat, quod tamen cùm fit non tam consuetudo, quàm desuetudo illa est, quæ vincit & abrogat legem.

33. VLPIANVS libro 1. de officio Proconsulis.

DIuturna consuetudo pro iure & lege [a] in his, quæ non ex scripto descendunt, obseruari solet.

Ad l. Diuturna 33.

a *Pro iure & lege.*) Ratio dubitandi, quia consuetudo inducitur, & vim accipit ex tacito totius populi consensu. *l. prox. supr.* ergo definit vim habere deficiente illo totius populi consensu ex *l. nihil tam naturale 35. de reg. iur. l. prout quidque. 80. de solut.* Atqui non adest totius populi consensus, statim atque adsunt qui dissentiant: ergo non debet consuetudo vim legis obtinere contra inuitos.

Ratio decidendi, quia quod populi totius tacito consensu inductum est, & legis vim habere cepit, non pendet amplius ex huius vel illius hominis voluntate. Totius ergo populi consensum interuenire necesse est, in eo iure per desuetudinem abrogādo. Proinde, quandiu abrogatum non est, pro iure ac lege haberi debet.

34. VLPIANVS libro 4. de officio Proconsulis.

CVm de consuetudine ciuitatis, vel prouinciæ confidere quis videtur: primùm quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio [b] consuetudo firmata sit.

Ad l.Cùm de consuetudine 34.

b *Contradicto aliquando iudicio.*) Ratio dubitandi. quia non potest consuetudo aliqua firmari in iudicio contradictorio, quin habeat vim legis. Ergo ad inducendam consuetudinem, quæ habeat vim legis, non est necessaria authoritas rerum iudicatarum, quæ ipsa consuetudinem iam inductam præsupponit.

Ratio decidendi. quia rerum iudicatarum auctoritas, licèt non inducat consuetudinem inductam, tamen probat; quod magnum quidpiam est. Nec enim facilis probatio est consuetudinis, quam probare oportet ex tacito consensu totius populi, & ex vniformi eius obseruatione. Sic dicimus per confessionem depositarij non induci obligationem depositi, probari tamen depositum; quod non nisi re contrahitur. *l. Publia. 26. §. vltim. depos.*

35. HERMOGENIANVS lib. 1. Iuris Epitomarum.

SEd & ea, quæ longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos obseruata, velut tacita ciuium conuentio[c], non minùs, quàm ea, quæ scripta sunt iura, seruantur.

Ad l.35.Sed & ea.

c *Velut tacita ciuium conuentione.* Ratio dubitandi. quia non possent vniuersi ciues expressè consentire, etiam si maximè vellent. *l.1.§.vlt.de acq.poss.* Ergo nec tacitè conuenire, quando conuentio nulla esse potest siue expressa, siue tacita, sine consensu. *l.1. 2.3.4.de pact.*

Ratio decidendi. quia facilius est vt vniuersus populus consentiat tacitè, & velut tacita conuentione, quàm vt expressè, cùm tacita conuentio inducatur, non ex eo quod omnes faciunt, sed ex eo quod aliquibus id facientibus & obseruantibus, quod nulla lege expressa permissum est, ceteri omnes patiantur dissentiente nemine. Nam & in expressa lege sanciendâ, quæ vniuersos obliget, non tamen necesse est vt vniuersi conueniant, sed sufficit vt ij tantùm qui ius comitiorum habent; & vt nihil ex solemnibus desit.

36. PAVLVS libro 7. ad Sabinum.

IMmo magnæ auctoritatis hoc ius haberetur: quod in tantum probatum est, vt non fuerit necesse[d] scripto id comprehendere.

Ad l.36.Imò magna.

d *Vt non fuerit necesse.*) scilicet ad dandam huic iuri non scripto autoritatem, cuius proinde inducendi magnam rationem esse necesse est, eámque valde cognitam, vt sola obseruatio pro obseruandi necessitate esse possit. Ratio dubitandi. quod plerunque ius consuetudinarium etiam scribitur, vt videmus in tota ferè Gallia, consuetudines prouinciarum non modò scriptas, sed etiam variis commentariis illustratas esse.

Ratio decidendi. quia scriptura illa non requiritur ad consuetudinem inducendam, sed ad probandam eam quæ inducta iam est. Idque ad maximam totius Reipub. vtilitatem, cuius valde interest ius consuetudinarium certum esse: vt & litibus innumeris, & sumptibus magnis, quos ad probationem fieri oporteret, via præcludatur. Sic dicimus contractus plerosque, etiam qui consensu perficiantur nec scripturam aliquam exigant, tamen conscribi, non vt fiant contractus in scriptis, sed ad commodiorem rei gestæ probationem *l. contrahitur 4.de pignor.l.4 de fide instrument.* Sic testamentorum alia esse in scriptis, alia nuncupatiua: nec eo minus tamen scribimus hodie passim testamenta nuncupatiua: ne scilicet morientibus testibus fides ipsorum intercidat. Eodem igitur modo ius consuetudinarium potest scriptum esse, nec eo minus tamen dici non scriptum: quia non est necessaria scriptura ad substantiam eius constituendam, quomodo necessaria est, cùm agitur de iure scripto inducendo.

37. CALLISTRATVS libro 1. Quæstionum.

SI de interpretatione legis quæratur: in primis inspiciendum est, quo iure ciuitas retrò in eiusmodi casibus vsa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo[a].

38. CALLISTRATVS libro 1. Quæstionum.

NAm Imperator noster Seuerus rescripsit, in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuò similiter iudicatarum auctoritatem[b], vim legis obtinere debere.

Ad l.37.Si de interpretatione.& 38. nam Imperator.

a *Consuetudo.*) Ratio dubitandi. quia eius est interpretari, cuius est condere *l.vlt.C.hoc tit.* Atqui consuetudo non potest inducere & condere ius scriptum, cùm à iure scripto differat tota specie. *l. ius ciuile 6. de iust. & iur.* nec enim vna species aliam constituere vnquam potest, secundùm philosophos, ergo neq; poterit ius scriptum interpretari.

Ratio decidendi. consuetudo habet vim legis, ergo multò magis potest legem interpretari. Quia quamuis non sit lex scripta, nihil tamen vetat legis scriptæ interpretationem esse non scriptam. Idem enim vtriusque iuris & scripti & non scripti legislator populus est, qui an ex scripto an sine scripto leges vel scriptas vel non scriptas interpretetur nihil planè interest. Quod autem lex ait, *Quo iure ciuitas retro in huiusmodi casibus vsa sit*: dubitationem parit quanti temporis consuetudinem esse oporteat,

teat, vt habeat vim legis. Sunt enim qui decennium requirant, ex *l.diuturna 33.hoc tit.* Diuturnum siquidem dicitur, quod per longum tempus stetit, id est, per decennium, *l.si quis diuturno 10.si seruit.vind.l.cùm de in rem 6.de vsur.l.si cùm fideicommissa 16.§. Aristo. qui & à quib.man.* Alij tempus immemoriale ex *l.1.§.vlt. de acq.pluu.arc.l.3.§. ductus aquæ. de aq. cot. & est.* Dicendum est, quantumcunque tempus sufficere, si modò appareat in omnibus casibus, qui post legē scriptam contigerint, idem fuisse vniformiter obseruatum. Vniformitas enim obseruationis præcipuè illa est quæ consuetudinem constituit, ideoque plures actus interuenisse necesse est, vt de vniformitate illa possit constare. *h. l. nam Imperator* 38. vbi, quod I. C. ait, *perpetuò*, denotat pluralitatem actuum, quod addit, *similiter*, vniformitatem. Ait lex *In ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur*: quia si nulla sit ambiguitas non potest consuetudo quidquam addere vel detrahere legi. *l.2.C. quæ sit long. cons.*

b Ait lex, *Consuetudinem aut rerum perpetuò similiter iudicatarum autoritatem.* alterutrum ergo sufficit, nec proinde necesse est rerum iudicatarum autoritatem interuenire ad consuetudinem constituendam, multominus vt sæpius iudicatum sit, *l. cùm de consuetudine* 34. in verb. *aliquando h.tit.*

39. CELSVS libro 23. Digestorum.

QVod non ratione introductum, sed errore[c] primùm, deinde consuetudine obtentum est: in aliis similibus non obtinet.

Ad l.39.Quod non ratione.

c *Non ratione introductii sed errore.* Rat dubit. quia ius æstimatur ex ratione, vt sæpius diximus. Ergo vbi ratio non est, sed error, ibi ius esse non potest: præsertim cùm dici soleat, errantis nullam esse voluntatem. *l.si per errorem 15.de iurisd.* Ergo fieri nequit vt longa vnquam consuetudine obtineat, quod non ratione, sed errore primùm inductum fuit.

Ratio decidendi. Non obtinet in similibus aliis, vt lex ait, id est, in iis casibus, qui post compertum errorem contingunt: quia nec ius facit huiusmodi consuetudo, cùm non possit vincere rationem. *l.2. C.quæ sit longa cons.* Nam si ius faceret, non tantùm obtineret in aliis causis similibus specie, sed etiam traheretur ad consequentias, id est, ad alias causas, quæ genere tantùm similes essent. *l.de quibus 32.sup. eod.* Intellige igitur *similia*, non tantùm genere, sed etiam specie. Sensus enim huius legis est, consuetudinem non ratione, sed errore primùm inductā, non solùm ad consequentias produci non debere, sed nec in similibus casibus obtinere, in quibus antea obtinuit. Quæ tamen obtinuerunt & obseruata sunt, non reuocantur: sicuti nec quæ decreta sunt à seruo, qui per errorem & liber, & prætor putabatur. *l.3.de off.prætor.* Non quod communis error ius faciat, vt volgò creditur imperitè, sed propter publicam vtilitatem; ad quam maximè pertinet vt multa facta durent, quæ fieri prohibentur. *dict.l.3. l.patre furioso 8.de his qui sunt sui vel alien. iur.* Itémque vt subueniatur iis, qui iusto & probabili errore sunt decepti, qualis esse solet ille, qui est communis & publicus: vt in *l.3.§.1. ad S.C.Maced. l. cùm quidam 30.§.quod dicitur de acq. hered.* Nam quod scriptum est in *l.3.§. vltim. de supell. leg. & error ius facit*: sic dicitur à Iureconsl. quasi absurdum quidpiam, vt solet Paulus noster loqui, cùm aduersus aliorum opinionem disputat; quam tamen videt prævalere, vt in *l.debitor 59.in fin.princ.ad Trebell.* id que apparet ex eo quod præcedit, *hodie propter vsum imperitorum.* Perinde namque est ac si dicerem, hodie propter interpretum imperitiam, innumera in iure nostra haberi pro veris, quæ tamen euidenter sunt falsa, & errorem ius facere.

40. MODESTINVS lib. 1. Regularum.

ERgo omne ius aut consensus fecit[a], aut necessitas constituit[b], aut firmauit consuetudo[c].

Ad l.Ergo omne ius 40.

a *Aut consensus fecit.* scilicet totius populi, & quidem expressus consensus, quod contingit in legibus; item & in plebiscitis, quæ lege Horrensia vim legis habent. *§.lex est.& §.plebiscitum.instit.de iur.nat. gent.& ciuil.* & in constitutionibus principum, propter legem regiam. *l.1.§.vlt.prox.*

b *Aut necessitas constituit.* Senatusconsulta intelligit. Nulla enim lex est, quæ senatusconsultis vim legum dederit, sed sola necessitas fecit, vt vim legis ea habere oportuerit. Nam cùm esset auctus populus Romanus in eum modum, vt difficile esset in vnum eum conuenire, & conuocari legis sanciendæ causa, cùm tamen quotidie noui casus emergerent, qui in nouā Rep. nouam legem implorabant: æquum visum est, aut potius necessarium, senatum populi vice consuli. *§. senatusconsultum instit.de iur.nat.gent.* Ideoque potuit senatus facere, non quidem legem, sed legi similem constitutionem. *§.quos autem.instit.de bon.poss.* id est, ea omnia quæ lex ipsa facere poterat, putà heredem. *tot.tit.ad SC.Tertyl.* Itaque dicuntur senatusconsulta per se obtinere perpetuam firmitatem. *l. vn. C. de senatusc.* non quasi senatus, tanquam senatus ius habuerit condendi legem, aut legi similem constitutionem, sed quatenus hoc facit vice populi.

c *Aut firmauit consuetudo.* Rectè firmauit, quia consuetudo non inducit ius non scriptum, sed tacitus populi consensus. At consuetudo inductum firmat, ne possit dubitari, quin ius sit, quod alioqui pro iure & lege in posterum haberi non deberet. Ratio dubitandi. Ad hanc legem, quia omnis diuisio generis debet esse plena, & continere omnes species, vt sit perfecta. Atqui non videtur hac diuisione contineri ius prætorum, nec responsa prudentum, quæ tamen iuris ciuilis partem constituunt.

Ratio decidendi. Imò continentur sub iis verbis *aut necessitas constituit.* Creatis enim magistratibus in vrbe, necesse fuit eam ipsis autoritatem præ-

ſtari, vt quod decernerent ſiue inter priuatos, ſiue in commune, iuris vim & poteſtatē haberet: cùm per eos ſolos qui iuri dicundo præſunt effectus iuris, & legum accipiatur. Quid enim prodeſſet ius in ciuitate eſſe, niſi eſſent qui iura regere poſſent? *l. 2. §. poſt originem de orig. iur.* quomodo autem iura regerent, qui ipſi iuris conſtituendi poteſtatem non haberent? Porrò cùm non poſſint magiſtratus ius dicere, quin neceſſaria in eam rem ſit diſputatio fori, neceſſariò factum eſt, vt ea iuris interpretatio & tractatio deſideraret prudentium autoritatem. *d. l 2. §. his legibus* 5. Nam nec poteſt ius conſtare niſi ſint aliqui iuriſperiti, per quos poſſit quotidie in melius produci. *d. §. poſt originem.*

41. VLPIANVS libro 2. Inſtitutionum.

TOtum autem ius conſiſtit aut in adquirendo[d], aut in conſeruando[e], aut in minuendo[f]: aut enim hoc agitur, quemadmodum quid cuiuſque fiat, aut quemadmodum quis rem vel ius ſuum conſeruet, aut quomodo alienet, aut amittat.

Ad l. vlt. Totum autem.

d *Aut in acquirendo.* Ad hanc pertinent obligationes, contractus, teſtamenta, & alij quotquot ſunt modi acquirendi, ſiue ſingulariter, ſiue per vniuerſitatem: de quibus toto *libr. 2. & 3. Inſtitut.* ſunt enim comparatæ obligationes, & inducti contractus, vt vnuſquiſque ſibi acquirat quod ſua intereſt. *l. ſtipulatio iſta* 38. *§. alteri. de verbor. oblig.*

e *Aut in conſeruando.* Ad hanc pertinent actiones, tam ciuiles quàm honorariæ, & interdicta. Eſt enim actio ius perſequendi in iudicio, quod ſibi debetur. *l. nihil aliud* 51. *de oblig. & act.* idcóque non dicitur acquirere, qui agit, quia is qui actionem habet, rem quoque ipſam iam habere videtur. *l. is qui actionem* 15. *de reg. iur.* Etſi in effectu plus eſt rem habere, quàm actionem propter incertum euentum, & moras, & ſumptum iudicij, adeóque executionis iudicati. *l. minor annis* 40. *in princ. de minor. l. quod debetur* 51. *de pecul.* Pertinent etiam ad hanc partem exceptiones. nec enim dantur vnquam pro iure quærendo, ſed pro iam quæſito conſeruando. Et generale eſt, in actionibus & exceptionibus omnibus, vt nunquam dentur, niſi ei cuius intereſt. *l. 3. de verb. oblig. l. 3. de compenſat.* Ergo vt ius quæſitum conſeruetur.

f *Aut in minuendo.* Ad hanc partem pertinent donationes, & delicta. His enim modis patrimonium cuiuſque minuitur. Nam qui vendit, aut permutat, aut in ſolutum dat, etſi alienat; non tamen ſemper patrimonium ſuum minuit, ſed plerumque auget: cùm nihil prohibeat per eiuſmodi contractus, aut alios ſimiles fieri quem locupetiorem, cùm is quoque qui ſoluit debitori ſuo fiat locupletior, quoniam à debito liberatur. *leg. ſi pupilli* 66. *de ſolut.* At nemo vnquam donando fit locupletior, cùm donare ſit perdere. *l. filiusfamilias* 7. *de donat.* vt neque delinquendo. *lege* 3. *de adminiſtr. tutel. l. itaque fullo* 12. *§. 1. de furt.*

Ratio dubitandi, quia iura generaliter conſtituta ſunt in omnes perſonas. *l. quod enim ſemel* 6. *eod.* ergo etiam ad eos pertinent, qui bona nulla habent, putà filiosfamilias, qui licèt fuerint capaces acquiſitionis, nolentibus patribus ſibi acquiti, nihil tamen habere olim potuerunt inuito patre. *l. placet* 79. *de acquirend. hereditat.* Atqui is qui nulla bona habet, nec habere poteſt, is vtique nec adquirere poteſt, nec conſeruare, nec minuere. Ergo manca hæc iuris diuiſio eſt. Non enim minus ſcripta ſunt iura miſeris & egenis, quàm diuitibus. An non enim poſſunt & contrahere, & delinquere? Quod cùm ſit neceſſe eſt luere eos in corpore, quod non habent in ære. Quod & olim ex xij. tabul. in cauſis quoque pecuniariis obtinebat.

Ratio decidendi, etiam qui nulla bona habent, poſſunt tamen aut ſibi, ſi acquiſitionis capaces ſint, ſin minus, aliis acquirere in quorum ſunt poteſtate. Nemo igitur in Republica eſt, ad quem hæc iuris diuiſio non pertineat, ſi non actu ipſo, ſaltem potentia, quod ſufficit. Iuri enim, quod totum in arte & fictione conſiſtit, ſatis eſt, quod eſſe quis poſſit, licèt reuera non ſit. *l. hereditas* 50. *de petit. hered.* Nec ſcripta ſunt iura de illis tantùm caſibus, qui emergunt, ſed de iis etiam qui poſſunt emergere, quantum præuidere poſſunt.

DE CON-

DE CONSTITVTIONIBVS PRINCIPVM.

TITVLVS IIII.

1. VLPIANVS lib. 1. Inſtitutionum.

QVOD Principi placuit, legis habet vigorem: vtpote cùm *lege regia*, quæ de imperio eius lata eſt, populus ei & in eum omne ſuum imperium & poteſtatem conferat. 1 ¶ Quodcumque igitur Imperator per epiſtolam & ſubſcriptionem ſtatuit[a], vel cognoſcens decreuit[b], vel de plano interlocutus eſt[c], vel edicto præcepit: legem eſſe conſtat[d]. hæc ſunt[e], quas vulgo conſtitutiones appellamus. 2 ¶ Planè ex his quædam ſunt perſonales[f], nec ad exemplum trahuntur: nam quę princeps alicui ob merita indulſit, vel ſi quam pœnam irrogauit, vel ſi cui ſine exemplo ſubuenit: perſonam non egreditur.

Ad Tit. 4. De conſtitutionibus Principum.

Ad l. Quod principi 1.

Ratio dubitandi, quia cùm leges eam poteſtatem habeant, vt omnes qui in Republica ſunt obligent: totius quoque populi conſenſum requirunt. *l. 1. & paſſim tit. præced. §. lex eſt. Inſtit. de iur. nat. gent.* nemo autem dixerit, quod principi ſoli placuit toti populo placuiſſe.

Ratio decidendi, imò placuit toti populo, quod ſoli placuit principi, poſteaquam lege regia, quæ de eius imperio lata eſt, populus ei, & in eum, omne ſuum imperium & poteſtatem contulit.

a *Per epiſtolam aut ſubſcriptionem ſtatuit.* ad magiſtratuum ſcilicet conſultationes, & relationes, de quibus in *tit. de appell. & rel. l. ſi quis ſilio 6. §. quid tamen. de iniuſt. rupt. & ir.*

b *Vel cognoſcens decreuit.* In eo namque differt decretum à reſcripto, quod reſcriptum ſit ſine cauſæ cognitione, ad literas aut libellum præſidis: decretum numquam, niſi cauſa plenè cognita: cùm nihil aliud ipſum ſit niſi definitio negotij, poſt plenam cauſæ cognitionem. Decretorum exempla pleraque ſunt in iis Pauli noſtri legibus, quæ ſumptæ ſunt ex eius libris Decretorum, vt *l. Æmilius* 38. *de minor. l. antep. de acquir. hered. l. 3. de his quæ in teſtam. delent.*

c *Vel de plano interlocutus eſt.* Nihil enim fruſtra princeps facere vel credendus eſt: & ideò interlocutiones quoque ipſius vim legum habent, non tamen leges ſunt, niſi animum habuerit princeps legis condendæ, id eſt, eius iuris conſtituendi, quod ſit vniuerſale, & ad omnes perſonas cauſaſq; ſimiles pertineat. *l. 3. C. de legib.* Sic dicimus, non quamlibet vocem & interlocutionem iudicis eſſe ſententiam, ſed eam ſolùm per quam negotium totum finitur. Nec denique omnem, qui dicit ſpondeo obligari ex ſponſo, vt dicebat Varro libro quinto de lingua Latina. ſed eum dumtaxat, qui animum ſpondendi & ſtipulandi habet. *l. iuris gentium 7. §. quod ferè. de pactis l. 1. §. eum qui. de conſtituta pecunia.*

d *Legem eſſe conſtat.* id eſt, legis habet vigorem, vt ſupra eadem lege. Alioqui falſum eſt omnes principis interlocutiones eſſe leges ſimpliciter. *d. l. 3. C. de leg.* Quæ enim ſunt tales, ſemper generales ſunt, & omnes obligant. Interlocutio autem, quæ fit de plano, ſicuti ſemper fit de priuato negotio, ita plerumque nihil niſi negotium illud afficit: tamen quantum ad negotium illud attinet, legis vigorem habet, & legem facit, vt ait *l. 2. Cod. de legibus.*

e *Hæc ſunt.* reſcripta ſcilicet, decreta, interlocutiones, edicta. Nam ſi de ſolis edictis intelligeres, de quibus non fuit locutus Vlpianus, niſi in numero ſingulari falſum eſſet, quod ſtatim ſequitur, *ex his conſtitutionibus principum quaſdam eſſe perſonales, quæ ad exemplum non trahuntur*, &c. Edicta enim ſemper ſunt generalia, non etiam reſcripta, decreta, aut interlocutiones. *d. l. 3. C. de legib.*

f *Quædam ſunt perſonales.* Ratio dubitandi, quod iura non in ſingulas perſonas, ſed generaliter conſtitui debent. *l. iura non in ſingulas* 8. *§. de legib.*

Ratio decidendi, quia princeps, cùm ſit ſupra leges, priuilegia quoque dare poteſt: id eſt, priuatas quoque leges condere, quod ne à populo fieret diſtrictè lex xij. tab. prouidebat. Hoc enim etiam ei populus permiſit, cùm omnia permiſit.

Ratio dubitandi. quia non potuit populus plus iuris transferre in principem, quàm ipſe habuerit. *l. nemo plus* 54. *de regiur.* Atqui non potuit populus priuatas leges facere, ob illam legem xij. tab. *priuilegia ne irrogantur.* Ergo nec princeps, qui à populo ius omne habet.

Ratio decidendi. plus iuris habet princeps, quàm populus: quia in ipſum quoque populum poteſtatem habet. Ergo ſupra leges eſt, qui ſupra populum eſt. Replicabis, non potuiſſe populum eam principi poteſtatem dare, quia nec habebat eam in ſeipſum: cùm nemo ſit dominus membrorum ſuorum. *l. liber homo. 13 ad l. Aquil.* Nec enim idem poteſt eſſe agens & patiens, eodem reſpectu, ſecundùm philoſophos. Sed reſpondeo, populum non ha-

buisse quidem eam potestatem in seipsum, sed habuisse in singulos ciues. Ergo & eam dare potuisse. Eâ verò datâ, cepisse hoc ipso principem eandem potestatem habere in vniuersum populum, cùm non constet populus nisi ex indiuiduis. *l. proponebatur 76. De iudic.* Non enim sic populus hanc potestatem principi dedit, vt etiam sibi aliquid retinuerit, sed ita, vt omnem, quam habebat à se abdicauerit. Hoc enim est quod ait Vlpianus *ei, & in eum.*

2. VLPIANVS libro 4. Fideicommissorum.

IN rebus nouis constituendis euidens esse vtilitas debet, vt recedatur ab eo iure, quod diu æquum visum est.

Ad l. In rebus nouis 2.

Ratio dubitandi, quia eius est abrogare cuius & condere legem. *l. de quibus 32. De legibus.* Ratio decid. quia mutatio omnis, præcipuè legum, semper periculosa. *l. minimè 23. De legib.*

3. IAVOLENVS libro 13. Epistolarum.

BEneficium Imperatoris, quod à diuina scilicet eius indulgentia proficiscitur, quàm plenissimè interpretari debemus.

Ad l. Beneficium 3.

Ratio dubit. eius est beneficium interpretati qui dedit. *l. vlt. C. hoc tit. l. ex facto 43. De vulgar. & pupil.* Ratio decid. ea res non excludit interpretationem prudentum. *d. l. 43. l. vlt. C. h. t.* Ad principis verò maiestatem pertinet, vt liberalissimus existimetur.

4. MODESTINVS libro 2. Excusationum.

Αἱ μεταγενέστεραι διατάξεις ἰσχυρότεραι τῶν πρὸ αὐτῶν εἰσιν. id est, *Constitutiones tempore posteriores, potiores sunt his quæ ipsas præcesserunt.*

Ad l. 4. Constitutiones.

Ratio dubitandi. In legibus nihil tam commendatur quàm antiquitas. *l. postliminium 19. §. filius 7. de capt. & postlim.* Ratio decid. Verum illud est in legibus non abrogatis, sed posteriora semper derogant prioribus, cùm sunt contraria. *l. sed & posteriores 28. §. tit. prox.* nec potest populus, aut princeps, aut quisquam priuatus eam sibi legem dicere, ne possit recedere à priore voluntate. *l. si quis in princ. 22. de legat. 3. l. pacta nouissima 12. C. de pact.*

DE STATV HOMINVM.

TITVLVS V.

1. GAIVS libro 1. Institutionum.

OMne ius, quo vtimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.

Ad l. Omne 1.

Ratio dubitandi. Ius non est constitutum, nisi ob personas *l. 2. h.* non igitur ob res, aut ob actiones. Ratio decidendi. Non eo minus pertinet ius etiam ad res & actiones, sed tamen personarum dumtaxat causa. quo autem distinctior aliqua diuisio est eo & commodior.

2. HERMOGENIANVS lib. 1. Iuris Epitomarum.

CVm igitur hominum causa omne ius constitutum sit: primò de personarum statu, ac pòst de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti, & his proximos atque coniunctos applicantes titulos, vt res patitur, dicemus.

Ad l. Cùm igitur 2.

Ratio dubitandi. Quia multi sunt in Pand. tituli pertinentes ad ius personarum post *tit. de rer. diuis.* quales sunt *tit. de sponsal. de rit. nupt. de tutel. ad municip. De capt. & postl.* Ratio decidendi. Quia voluit Trib. etiam edicti perpetui ordinem sequi, & multa sunt circa personas, quæ non possunt bene intelligi, nisi res ipsæ bene intelligantur: qui sensus est verborum *vt res patitur.*

3. GAIVS libro primo Institutionum.

SVmma itaque de iure personarum diuisio hæc est: quòd omnes homines aut liberi sunt, aut serui.

Ad l. Summa 3.

Ratio dubitandi. Quòd certum genus est libertorum, qui sunt liberi, & fuerunt serui *l. 4. de iustitia & iure.* Ratio decidendi. Quòd, cùm sint liberi, melius continentur appellatione liberorum.

4. FLOREN-

4. FLORENTINVS libro nono Institutionum.

LIbertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut iure prohibetur.

Ad l. Libertas 4.

Ratio dubitandi, quia qui vi aut iure prohibetur quid facere, non ideo amittit facultatem id faciendi, siue vim repellendo. *l. 3. de iustitia & iure.* siue contra leges faciendo. *l. contra legem. 29. de legib. l. non dubium. 5. C. de legibus.* Ratio decid. potentioribus pares esse non possumus. *l. 3. de alien. iud. mut.* nec facere posse creditur, quod non honestè ac licitè possumus facere. *l. filius. 15. de condit. instit. l. annis 79. §. 1. de iur. dot.*

1 ¶ Seruitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur. 2 ¶ Serui ex eo appellati sunt, quòd Imperatores captiuos vendere, ac per hoc seruare, nec occidere solent. 3 ¶ Mancipia verò dicta, quòd ab hostibus manu capiãtur.

Ad §. 1. Seruitus.

Ratio dubitandi, ius gentium æstimatur ex ratione naturali. *l. omnes populi. 9. de iustitia & iure.* ergo non potest esse iuris gentium, id quod est contra naturam. Ratio decid. potest quid esse contra naturam, & tamen ex ratione ciuili: suppositâ scilicet malitia hominum, qua ius naturale violauit. dixi ad *l. 4. & 5. de iust. & iur.*

5. MARCIANVS libro primo Institutionum.

ET seruorum quidem vna est conditio: liberorum autem hominum quidam ingenui sunt, quidam libertini.

Ad l. Et seruorum 5.

Ratio dubitandi, quia & diuersæ sunt seruorum quoque conditiones. *l. sol si quid. 15. §. 1. de vsufruct. l. vlt. in fin. de adilit. edict.* Ratio decidendi: sunt diuersæ, quod ad ministeria, non quod ad statum, omnes enim sunt æquè serui, etiam qui sunt hereditarij, quamuis hi in nullius sint potestate. *l. 3. de pecul.*

1 ¶ Serui autem in dominium nostrum rediguntur, aut iure ciuili [a], aut gentium. Iure ciuili, si quis se maior viginti annis ad pretium participandum venire passus est. Iure gentium serui nostri sunt, qui ab hostibus capiuntur, aut qui ex ancillis nostris nascuntur.

Ad §. 1. Serui autem.

a *Iure ciuili.* Rat. dubit. nemo est dominus sui ipsius. *l. liber homo. 13 ad l. Aquil.* & difficilius est libertatem amittere, quàm vitam. *l. vlt. C. de patr. pot.* 2. dec. libertas hoc casu amittitur non propter voluntatem hominis, sed ex autoritate legis tam improbum factum punientis, quod tamen emendauit Leo Nou. 59. Hodie iure ciuili nemo fit seruus post *Nouel. Iustin. 22. cap. 8.* De seruis qui fiunt iure gentium, dixi ad *l. 4. & 5. de iust. & iur.*

2 ¶ Ingenui sunt, qui ex matre libera nati sunt. sufficit enim liberam fuisse eo tempore, quo nascitur, licèt ancilla concepit: & è contrario si libera conceperit, deinde ancilla pariat [b]: placuit eum, qui nascitur, liberum nasci. Nec interest iustis nuptiis concepit, an vulgò: quia non debet calamitas matris nocere ei, qui in ventre est.

Ad §. 2. Ingenui sunt.

Ratio dubitandi, quia filius sequitur familiam patris, non matris. *l. penult. de agnoscendis liberis.* cur non ergo & conditionem? Ratio decidendi, nihil debet esse certius statu hominis, vt ipsum quoque ius hominis causa comparatum possit certum esse, sola verò mater semper certa est. *l. quia semper. 5. de in ius vocand.* nisi iustis nuptiis interuenientibus. *l. cùm legitimæ. 19. hoc tit.*

b *Ancilla pariat.* Ratio dubitandi, non est homo, priusquam sit editus. *l. in Falcidia. 9. in fin. ad legem Falcidiam.* ergo tempus partus spectandum est. Ratio decidendi. non debet calamitas matris nocere ei, qui in vtero est. qui exinde habetur pro nato, quoties de commodo eius quæritur. *l. qui in vtero 7. infra. hoc titul.* Videtur autem versiculus, *Nec interest*, ineptè interiectus ab aliquo interprete. Nihil enim commune habet cum ratione, quæ sequitur, & quæ immediatè iungenda est verbo *pariat.* Nulla enim superuenit calamitas matri, quæ vulgò concepit. Imò tanto magis necesse est eo casu filium sequi conditionem matris: cuius enim sequeretur, cùm patre non habeat? *l. 1. in fin. ad municip.*

3 ¶ Ex hoc quæsitum est: si ancilla prægnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta, aut expulsa ciuitate pepererit: liberum, an seruum pariat: & tamen rectius probatum est liberum nasci: & sufficere ei, qui in vtero est, liberam matrem vel medio tempore habuisse.

Ad §. 3. Ex hoc quæsitum.

Ratio dubitandi, filius quamdiu est in vtero, pars est viscerum matris. *lege. 1. §. 1. de ventre inspiciendo.* nec nisi spes animantis. *l. 2. de mortuo inferendo.* Rat. decid. eadem quæ ad *§. prox.*

6. GAIVS libro primo Institutionum.

LIbertini sunt, qui ex iusta [a] seruitute manumissi sunt.

Ad l.Libertini.6.

Rat.dub. ſublata ſeruitute ſolus ſupereſt is ſtatus qui erat ante ſeruitutem. Ergo manumiſſus ſicut fit liber,ita & ingenuus. vnaquæque enim res facilè redit ad ſuam naturam.*l.ſi vnus.27.in fi.de pact.*Rat.decid. Manumiſſio tollit ſtatum, ſed non memoriam ſeruituris,quam è contrario præſupponit.Ergo non reddit ingenuitatem , quæ ex natalibus æſtimatur: quia quod factum eſt pro infecto haberi nequit. *l. denique.19.ex quib.cau.maior.l.in bello.12.§.facti.de capt. & poſt.*

a *Iuſta.* id eſt, vera, & iure gentium, vel ciuili approbata. Aliud enim eſt ſeruum eſſe, aliud ſeruire aut in ſeruitute eſſe.Hæc facti ſunt,illud iuris. *l.4.§. ſi Stichus Titio.de ſtatulib.l.lex quæ tutores.22. §. & tolerabilius.C.de admin. tutor.* Ergo ingenuis natalibus non officiet manumiſſio. *§.vlt.inſtit.de ingen.* adde *l. homo liber.21,hoc tit.*

7. PAVLVS libro ſingulari de Portionibus quæ liberis damnatorum conceduntur.

QVi in vtero eſt, perinde ac ſi in rebus humanis eſſet, cuſtoditur, quotiens de commodis ipſius partus quæritur:quamquam alij [b],antequam naſcatur nequaquam proſit.

Ad l.Qui in vtero 7.

Ratio dubitandi, non entis nullæ ſunt qualitates. Partus autem non editus homo non eſt. *lege in Falcidia.9 in ſi.ad leg.Falcidiam.* ergo non poteſt haberi pro nato. Ratio decid. Hæc fictio fit fauore illius, qui & homo & ciuis futurus eſt. Nam & Natura & lex ſemper bene ſperant , & abominantur metum abortus.

b *Quamquam alij.* Ratio dubitandi , non poteſt eadem perſona , vel alia res diuerſo iure cenſeri. *l. eum qui ædes,23.de vſucap.l.ſi plures.9.de pact.*Rat.decid. ex *l.quod verò. 14.de ll.* perſonalia enim priuilegia ad alios non porriguntur , *l.quia tale.13.ſolut. matr.l.ex pluribus.42.de adminiſt.tutor.*

8. PAPINIANVS libro tertio Quæſtionum.

IMperator Titius Antoninus reſcripſit, non lædi ſtatum liberorum ob tenorem inſtrumenti malè concepti.

Ad l. Imperator 8.

Ratio dubit. quia per inſtrumenta probatur veritas.*l.1.& paſ.de fide inſtrumentor.l.4.de pignor.* Ratio deci. niſi conſtet inſtrumentum malè & falsò conceptum eſſe : rerum enim veritas erroribus geſtorum non vitiatur , *l. illicitas. 6.§.1.de officio præſidis.*& ſemper locus ſupereſt veritati. *l. Imperatores. 29. de probat.*

9. IDEM libro 31.Quæſtionum.

IN multis iuris noſtri articulis deterior eſt conditio fœminarum,quàm maſculorum.

Ad l.In multis 9.

Rat.dub.quia fœminas æquè ac maſculos natura produxit,tanquam nec ad remp.conſeruandam minus neceſſarias.*l.4.C.de lib.præt.*R.dec.Sexus ipſe arcet fœminas à munerib.ciuilib. *l.2.de reg.iur.* ob verecundiam,& publicam honeſtatem.*l.1.§.ſecundo loco.5.de poſtul.*Itaque mulierum quoque intereſt,vt in hoc ſint deterioris conditionis.

10. VLPIANVS libro primo ad Sabinum.

QVæritur,Hermaphroditum cui comparamus : & magis puto eius ſexus æſtimandum, qui in eo prævalet.

Ad l.Quæritur 10.

Rat.dubit. vtrumque ſexum habet: ergo vtriuſque iure gaudere debet. Ratio decid. quia non poteſt vterque ſexus in eadem perſona æquè valere, cùm natura maſculos à fœminis tota ſpecie diſtinxerit.potentior ergo eſſe debet,qui prævalet. *l.repetundarum.15.§.1. de teſtibus.l.ſed eſt quæſitum. 6.de lib. & poſthum.*

11. PAVLVS libro 18.Reſponſorum.

PAulus reſpondit,eum qui viuente patre & ignorante de coniunctione filiæ conceptus eſt,licèt poſt mortem aui natus ſit,iuſtum filium ei , ex quo conceptus eſt , eſſe non videri.

Ad l. Paulus 11.

R. dub.quo tempore hic naſcitur,ſublatũ eſt impedimentum,quod faciebat ne poſſet patri ſuo naſci iuſtus filius : Ius ſc. patriæ poteſtatis,quod auus maternus habebat in filiam,quæ non potuerat nubere ſine conſenſu patris.*l.2.de ritu.nupt.* Rat.decidendi nuptiæ ab initio non valuerunt,*d.l.2.*ergo non conualeſcunt per mortem aui. Nam & durat iniuria auo facta , ſi quando nepos hic poſſit in eius bonis ſuccedere ſiue mediatè,ſiue immediatè. Denique iuſtum filium æſtimamus , non ex inſtanti conceptionis , ſed ex die nuptiarum iuſtarum. *Inſtit. de patr.pot. & de nup.in princip.* Atqui nuptiæ nunquam iuſtæ fuerunt : ergo durat ſemper impedimentum, quamuis auus, poſt cuius mortem nepos conceptus eſt, ne quidem auus fuiſſe videatur. *l.Titius.6.de ſuis & leg.*

12. IDEM lib.19. Reſponſorum.

SEptimo menſe naſci perfectum partum iam receptum eſt propter auctoritatem doctiſſimi viri Hippocratis : & ideo credendum eſt,eum,qui ex iuſtis nuptiis ſeptimo menſe natus eſt,iuſtum filium eſſe.

Ad l.

Ad l.Septimo 12.

R.dub.ſi non eſt partus legitimus,& vitalis octauo menſe,multominus erit ſeptimo. R.decid. plus poteſt ſeptimus menſis , quàm octauus. *l.in fin.de ſuis & legit.* Rationem pete ex poteſtate numeri ſeptenarij.

13. HERMOGENIANVS lib.1.Iuris Epitomarum.

SEruus in cauſa capitali,fortunæ iudicio [a] à domino commiſſus,& ſi fuerit abſolutus,non fit liber.

Ad l.Seruus.13.

R.dub. videtur hic ſeruus pro derelicto haberi à domino.*l.ſciendum.9.de publ.iud.* R.decid.imò non habetur pro derelicto , ſiue cõmittatur iudicio fortunæ,à domino ipſo,vt hic:ſiue non defendatur. *d. l.ſciendum.*9. quia dominus poteſt facti ſui illam excuſationem prætendere , quod in accuſando vel non defendendo ſeruo maiorem habuerit rationem vtilitatis publicæ,quàm ſuæ. Denique non niſi certis modis poteſt ſeruus fieri liber,inter quos hic non eſt.

a *Fortuna iudicio.* i. aleæ iudiciorum , quaſi ſententia ſit caſus fortuitus.iung.*l.ſeruo.2.qui ſin.manum. ad lib.*

14. PAVLVS lib.4.Sententiarum.

NOn ſunt liberi,qui contra formam humani generis conuerſo more procreantur : veluti ſi mulier monſtroſum aliquid,aut prodigioſum enixa ſit.Partus autem,qui membrorum humanorum officia ampliauit , aliquatenus videtur effectus : & ideo inter liberos connumerabitur.

Ad l.Non ſunt liberi 14.

Rat.dub. quia proſunt parentibus contra legem Iuliam & Papiam , quibus ſcilicet nihil poteſt imputari.*l.quæret aliquis.135.de verb.ſignif.* R.decid. non poſſunt dici homines , qui contra formam humani generis nati ſunt : cùm forma humana exterior illa ſit,quæ hominem facit. Quare ſi forma illa adſit,licèt aliquid deſit , vel ſuperſit , homines eſſe intelliguntur : ac proinde liberi. *l. idem Oſilius.*10. §. 2.*de ædil.edict.*

15. TRYPHONINVS lib.10.Diſputationum.

AReſcuſa, *ſi tres pepererit*, libera eſſe teſtamento iuſſa,primo partu vnum, ſecundo tres peperit quæſitum eſt , & quis eorum liber eſſet. hæc conditio libertati adpoſita iam implenda mulieri eſt : ſed non dubitari debet , quin vltimus liber naſcatur : nec enim natura permiſit ſimul vno impetu duos infantes de vtero matris excedere : vt ordine incerto naſcentium non appareat,vter in ſeruitute, libertatéve naſcatur. Incipiente igitur partu exiſtens conditio efficit,vt ex libera edatur,quod poſtea naſcitur: veluti ſi quælibet alia conditio libertati mulieris adpoſita, parturiente ea, exiſtat: vel manumiſſa ſub hac conditione , *ſi decem milia heredi Titióve dederit* ,eo momento , quo parit ,per alium impleuerit conditionem:iam libera peperiſſe credenda eſt.

16. VLPIANVS lib.6.Diſputationum.

IDem erit,ſi eadem Areſcuſa primo duos pepererat,poſtea geminos ediderat.dicendum eſt enim,non poſſe dici vtrunque ingenuum naſci,ſed eum,qui poſterior naſcitur: quæſtio ergo facti potiùs eſt,non iuris.

Ad l.A reſcuſa 15.*Idem erit &* 16.

Hæc l.15. ni fallor, valde corrupta eſt à Tribon.& ſic reſtituenda.*A reſcuſa ſi tres pepererit libera eſſe teſtamento iuſſa primo partu vnum,ſecundo tres peperit. Incipiente partu.*&c. Reliqua omnia ſunt Triboniani, omnia parum elegantia, inepta & falſa. ſcripſi latè ad *princip.3.de ingen.illat.2.l.16.*tota eſt Tribon. abutentis nomine Vlpiani. vt & in *l. ſi fuerit. 10. §. planè. de reb.dub.*ſcripſi loco ſupradicto.

17. IDEM lib.22.ad Edictum.

IN orbe Romano qui ſunt, ex conſtitutione Imperatoris Antonini ciues Romani effecti ſunt.

Ad l.In orbe Romano 17.

R.dub.ſerui, itémque liberti iuniani, & dediticij,ſunt in orbe Romano, itémque liberi naturales, & nomen non ſunt ciues Romani. *Nouell.89.pr.* Ratio decid. hoc intelligitur de iis omnibus, qui ſola patria , non etiam ſua conditione impediuntur, ne ſint ciues. Non de iis qui etſi Romæ nati ſint, ciues tamen eſſe non poſſunt.

18. IDEM lib.27.ad Sabinum.

IMperator Hadrianus Publicio Marcello reſcripſit,liberam,quæ prægnans vltimo ſupplicio damnata eſt, liberum parere:& ſolitum eſſe ſeruari eam dum partum ederet.

¶ Sed ſi ei, quæ ex iuſtis nuptiis concepit, aqua & igni interdictum eſt : ciuem Romanum parit,& in poteſtate patris.

Ad l. Imperator 18.

Ratio dubitandi. mater vltimo supplicio damnata fit serua pœnæ, deportata verò amittit ciuitatem. *l. sunt quidam. 17. de pœn.* partus autem sequitur conditionem matris. *l. & seruorum. 5. §. 1. supra eodem.* Ratio decidendi. sufficit matrem liberam, & ciuem Romanam aliquo tempore fuisse. *dicta. l. 5. §. 2. & 3.*

19. CELSVS lib. 29. Digestorum.

CVm legitimæ nuptiæ factæ sint, patrem liberi sequuntur: vulgò quæsitus matrem sequitur.

Ad l. Cùm legitimæ 19.

Ratio dubitandi, quia nuptiis quoque interuenientibus certior videtur esse mater, quàm pater, *l. quia semper. 5. de in ius voc.* Ratio decidendi. Certissimus est pater quem nuptiæ demonstrãt. *d. l. 5. nisi in casu. l filium. 6. infr. tit. prox.* quia nec possibile est aliter probari patrem. *l. Lucius Titius. 83. de condit. & demonst.* pater auten. dignior est matre: quia masculus, & propter ius potestatis. Nuptiæ porro non fiunt nisi inter liberas personas.

20. VLPIANVS lib. 38. ad Sabinum.

QVi furere cœpit, & statum, & dignitatem, in qua fuit, & magistratum, & potestatem videtur retinere: sicut rei suæ dominium retinet.

Ad l. Qui furere 20.

Ratio dubitandi, quia furiosus non habet animum ista retinendi, cùm affectu careat. *l. 1. §. 6. ne vis fiat. nec sentiat. l. si tibi. 8. §. penult. de opt. legat.* Ratio decidendi. Requirunt ista animum vt acquirantur, non vt retineantur. *l. si quis. 17. §. 1. de acqu. poss.* Acquisita enim non amittuntur, nisi certis modis inter quos furor non est. *l. patre furioso. 8. ff. tit. ff.*

21. MODESTINVS lib. 7. Regularum.

HOmo liber, qui se vendidit, manumissus non ad suum statum reuertitur, quo se abdicauit: sed efficitur libertinæ conditionis.

Ad l. Homo liber 21.

Ratio decidendi? & dub. eadem quæ ad *l. libertini. 6. §. eo.*

21. IDEM libro duodecimo Responsorum.

HErennius Modestinus respondit, si eo tempore enixa est ancilla, quo secundùm legem donationis manumissa esse debuit: cùm ex constitutione libera fuerit, ingenuum ex ea natum.

Ad l. Herennius 22.

Ratio dubitandi, Manumissio ea est quæ confert libertatem. *l. 4. de iust.* hîc autem nulla manumissio intercessit. Ratio decidendi. Constitutio D. Marci, quæ locum habet etiam in seruis donatis, repræsentat factum hominis. *l. vlt. C. si mancip. ita fu. alie. l. mancipia. 8. qui fin. man. ad lib. peru.*

23. IDEM libro primo Pandectarum.

VVlgò concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet, qui & *spurij* appellantur ἀπὸ τῆς ἀσαφείας, *id est, à fatione.*

Ad l. Vulgò concepti 23.

Ratio dubitandi, quòd vulgò concepti populum ipsum patrem habere intelliguntur. Vnde esse videtur, quod sunt ciues, possúntque succedere matri, non tantùm ab intestato ex Orphytiano, *l. 1. §. 2. ad Tertyllianum. l. 2. §. itaque. vnde cognat.* sed etiam contra testamentum, proposita querela. *l. si suspecta. 29. §. 1. de inofficioso testamento.* Ratio decidendi. paria sunt populum patrem habere, & nullum: quia populus naturaliter, & re vera pater esse non potest. Itaque quamuis re vera non sint isti sine patre; quia tamen eum demonstrare non possunt, dicuntur ἀπάτορες. *§. si aduersus. Institut. de nuptiis.* quia non entium, & non apparentium idem iudicium est. *l. duo sunt. 30. de test. tut.*

a *Non licet.* putà ex incestis nuptiis. Ratio dubitandi quia re vera hunc patrem habet, potéstque demonstrare. Ratio decidendi quia non videtur posse demonstrare, quem honestè non potest. *l. filius. 15. de condit. instit.*

24. VLPIANVS lib. 27. ad Sabinum.

LEx naturæ hæc est, vt qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit.

Ad l. Lex naturæ 24.

Ratio dubitandi nulla est contra hanc l. vt neque contra alias leges naturę. Cuius enim alterius quàm matris conditionem sequeretur filius, qui patrem nullum habet. *l. 1. in fin. ad municip.* sed quod additur. *nisi lex specialis aliud inducit.* sanè est Trib. respicientis ad constitutiones Impp. de naturalib. liberis, quia licèt sint nati extra legitimum matrimonium, patrem tamen & quidem certum habere intelliguntur, cuius & conditionem sequuntur. Quod sanè Vlpiani

Vlpiani temporibus non obtinebat, cùm manserint naturales omnino incogniti, tanquam alienigenæ & peregrini vsque ad tempora Constantini. *Nou. 89. in prin.*

25. IDEM lib. 1. ad legem Iuliam & Papiam.

INgenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamuis fuerit libertinus, quia res iudicata pro veritate accipitur.

Ad l. Ingenuum 25.

Ratio dubitandi veritatis potior semper & antiquior causa esse debet. *l. Imperator. 8. vb. dix. §. eod.* Ratio decidendi res iudicata pro veritate habetur. *l. res iudicata. 207. de reg. iur.* propter rerum iudicatarum autoritatem quam saluam esse interest etiam Reip. *l. 65. §. 2. ad Trebell. l pen. §. de inst. & iur.* Alioqui nullus erit litium finis si post rem iudicatam adhuc supersit locus quærendi de veritate.

26. IVLIANVS lib. 69. Digestorum.

QVi in vtero sunt, in toto pene iure ciuili intelliguntur in rerum natura esse. ¶ Nam & legitimæ hereditates his restituuntur [a]: & si prægnans mulier ab hostibus capta sit: id, quod natum erit, postliminium habet [b], item patris, vel matris conditionem sequitur. [c] Præterea si ancilla prægnans surrepta fuerit, quamuis apud bonæ fidei emptorem pepererit: id quod natum erit, tanquam furtiuum, vsu non capitur [d]. His consequens est, vt libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt, qui patronos habent.

Ad l. Qui in vtero 26.

Ratio dubitandi & dec. eadem quæ ad *l. 7. §. eod.*

a *Restituuntur.* Ratio dubitandi quia l. xij. tab. in deferendis legitimis hæreditatibus, non est locuta nisi de suis, & de proximis agnatis. Posthumus autem neque suus est, ne quidem cùm nascitur: quia nec est, nec fuit, moriente patre, in eius potestate. *l. vlt. de coll. et bon.* cùm nondum sit natus. Ratio decidendi quia lex habet eum pro nato si tamen postea quandocunque nascatur. *l. is cui ita. 18. quand. dies leg. ced.* non vt ei deferat hereditatem statim, cùm possit non nasci. Alioqui, etiam abortum faciente muliere, non potuisset olim deferri hereditas proximo agnato superstiti, cùm neque in suis neque in agnatis esset olim successio. *l. 1. §. sciendum. de suis & legit. §. placebat instit. de legit. agn. succes.* sed hactenus vt interim suspendat delationem, quam non posset suspendere, si non haberet posthumum pro nato: quoniam inspicit quis sit proximus tempore mortis. *l. 2. §. pen. de suis & legit.*

b *Postliminium habet.* Ratio dubitandi quia postliminium ex propria persona habent soli ciues, hic autem non potuit esse ciuis, priusquam homo, nec homo priusquam ederetur. *l in falcidia 9. ad l. falcid.*

c *Conditionem sequitur.* Ratio dubitandi qui nondum est nullius adhuc conditionis capax videtur.

d *Vsu non capitur.* Ratio dubitandi non videtur hoc pertinere ad commodum eius, qui in vtero est, quę dominum habeat, sed prioris domini. Non habetur autem ille pro nato nisi in iis quæ ad ipsius commodum spectant. *l. qui in vtero. 7. §. eod.* Ratio decidendi in supradictis omnibus. interest illius qui est in vtero, vt habeat postliminium & certam conditionem, & vsucapi non possit. Quanquam postremum hoc non ex eo fieri videtur, quòd pro nato habeatur, quàm quòd furti tempore fuerit pars rei furtiuæ. Interest sanè illius, vt habeatur pro nato ad hoc vt habeatur pro patrono *hac l. in fi.*

27. VLPIANVS lib. 5. Opinionum.

EVm, qui se libertinum esse fatetur, nec adoptando patronus ingenuum facere potuit.

Ad l. Eum, qui se 27.

Ratio dubitandi Solius patroni interest ne libertus per arrogationem fiat ingenuus. *l. liberto. 49. de bon libert. l. 1. §. 2. si à pat. quis man.* Atqui non fit iniuria volenti. *l. in diem 9. de aq. pluuia arcend.* Ratio decidendi natales soli faciunt ingenuum non voluntas patroni. *l. 5. §. 1. ff. eo.* Consequitur tamen iura ingenui in familia arrogatoris. *l. sciendum est. 32. de ri. nupt.*

DE HIS, QVI SVI, VEL ALIENI IVRIS SVNT.

TITVLVS VI.

GAIVS libro primo Institutionum.

DE iure personarum alia diuisio sequitur: quòd quædam personæ sui iuris sunt quædam alieno iuri subiectæ sunt. ¶ Videamus itaque de his, quæ alieno iuri subiectæ sunt: nam si cognouerimus, quæ istæ personæ sunt, simul intelligemus, qui sui iuris sunt: dispiciamus itaque de his, quæ in aliena potestate sunt.

Ad l. De iure 1.

Ratio dubitandi. Sunt quædam personæ, quæ nec sui iuris videntur esse, nec alieni: vt seruus hereditarius. *l. 3. de pecul. & filius captiui. §. si ab hostibus Institut. quib. mod. ius patr. pot. sol.* Ratio decidendi. Seruus hereditarius re vera est alieni iuris, cùm hereditas defuncti personam sustineat. *l. in eo quod 33. §. vlt. & seq. de acq. rer. dom.* filius verò, ex postfacto an sui, vel alieni iuris fuerit, apparet *d. §. si ab hostibus.* Cuiusmodi pleraque sunt in iure nostro. *l. qui res. 98. §. rem autem de solut.*

1 ¶ Igitur in potestate sunt serui dominorum, quæ quidem potestas iuris gentium est: nam apud omnes peræquè gentes animaduertere possumus, dominis in seruos vitæ necisque potestatem fuisse, & quodcumque per seruum adquiritur [a], id domino adquiritur.

Ad §. Igitur in potestate 1.

Ratio dububitandi eius est adimere qui dedit. *l. eum qui. 3. de interd. & releg.* At dominus non dedit vitam seruo. Ratio decidendi imò videtur dedisse, cùm eum seruare maluit, quem poterat occidere. *l. 4. & l. seq. de iustit. & iur. l. 4. §. 1. de statu hom.*

a *Adquiritur.* Ratio dubitandi seruus est omnino incognitus. *l. quod attinet. 32. de reg iur. l. nullo modo 7. de fals.* Ergo nihil potest adquirere domino, cum habeatur pro nullo. Ratio decidendi est capax omnium, etiam quæ sunt iuris ciuilis, ex persona domini. *Inst. tit. de stip. seru. l. non minus. 31. de hered. instit.*

2 ¶ Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio Romano sunt, licèt supra modum, & sine causa legibus cognita in seruos suos subire. Nam ex constitutione Diui Antonini, qui sine causa seruum suum occiderit, non minùs puniri iubetur, quàm qui alienum seruum occiderit. ¶ Sed & maior asperitas dominorum eiusdem principis constitutione coercetur.

Ad §. Sed hoc tempore 2.

Ratio dubitandi quilibet rei suæ pro arbitrio moderator est. *l. in mandato. C. mandat.* Ratio decidendi. Expedit Reip. ne quis re sua malè vtatur, nec vllorum magis. quàm dominorum interest, vt eorum asperitas coerceatur. *§. vlt. Inst. h. t. l. 2. ĵ. eod.*

2. VLPIANVS lib. 8. de officio Proconsulis.

SI dominus in seruos fæuierit, vel ad impudicitiam, turpémque violationem compellat: quæ sint partes præsidis, ex rescripto Diui Pij ad Ælium Marcianum proconsulem Bæticæ manifestabitur. cuius rescripti verba hæc sunt: Dominorum quidem potestatem in suos seruos illatam esse oportet, nec cuiquam hominum ius suum detrahi. sed dominorum interest, ne auxilium contra fæuitiam, vel famem, vel intolerabilem iniuriam denegetur his, qui iustè deprecantur. Ideóque cognosce de querelis eorum, qui ex familia Iulij Sabini ad statuam confugerunt: & si vel durius habitos, quàm æquum est, vel infami iniuria affectos cognoueris: veniri iube, ita vt in potestate domini non reuertantur: qui si meæ constitutioni fraudem fecerit, sciet me admissum seuerius executurum. ¶ Diuus etiam Hadrianus Vmbriciam quandam matronam in quinquennium relegauit, quòd ex leuissimis causis ancillas atrocissimè tractasset.

Ad l. Si dominus 2.

Ratio dubitandi dominorum potestatem in seruos illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum ius suum detrahi. Ratio decidendi. Dominorum interest, ne auxiliũ cõtra fæuitiam &c. vt in *h. l.* etsi. n. iure ciuili, serui, nõ solùm pro mortuis, sed etiam pro nullis habentur. *l. quod attinet 32. de reg. iur.* ita vt comparentur quadrupedib. *l. 2. ad l. Aqu.* iure tamen naturali ab hominib. cæteris non differunt. *d. l. quod attinet. 32.* quo respectu iniuriam quoque pati possunt, licèt non quasi serui. *§. 3. instit. de iniur.*

3. GAIVS libro primo Institutionum.

ITem in potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreauerimus. quod ius proprium [b] ciuium Romanorum est.

Ad l. Item in potestate 3.

Ratio dubitandi liberi nostri sunt ciues æquè atque nos, ergo non sunt in potestate nostra. Ratio decidendi potestas hæc non dominica est, sed patria, & inæstimabilis. *l. filiusfam. 114. sed si liberos. de leg. 1.* inducta, vt hoc velut præmio inuitarentur ciues ad iustas nuptias contrahendas.

b *Proprium.*

b *Proprium.* Ratio dubitandi. Gentes omnes vtuntur iustis nuptiis, cùm matrimonium sit iuris naturalis. *l. 1. §. 1. de iust. & iur.* ergo & patria potestate, quæ nascitur ex iustis nuptiis. Ratio decidendi. Non nascitur ius patriæ potestatis nisi ex iustis nuptiis: sed non omnes iustæ nuptiæ pariunt ius potestatis, nisi apud Romanos.

4. VLPIANVS libro primo Institutionum.

NAm ciuium Romanorum quidam sunt patres familiarum, alij filijfamiliarum: quædam matres familiarum, quædam filiæ familiarum. *Patres familiarum* sunt, qui sunt suæ potestatis, siue puberes, siue impuberes [a]. simili modò matres familiarum: *filij familiarum*, & *filiæ*: quæ sunt in aliena potestate. Nam qui ex me & vxore mea nascitur: in mea potestate est: item qui ex filio meo & vxore eius nascitur, id est, nepos meus & neptis, æquè in mea sunt potestate, & pronepos, & proneptis: & deinceps cæteri [b].

Ad l. Nam ciuium 4.

Ratio dubitandi. Parentes habent ius vitæ & necis in filios familias. *l. vlt. C. de part. pot.* Atqui nemo potest animaduertere in caput ciuis Romani iniussu populi, ne quidem consul. *l. 2. §. exactis 16. de orig. iur.* Ergo non videntur filijfamilias olim fuisse ciues Romani. Ratio decidendi. Habuit pater illud ius in caput filij non lege aliqua, sed moribus Pop. Rom. quod videretur posse iure suo adimere vitam, cui dedisset. *l. in suis 11. de lib. & post.* at non æquè libertatem, quam non dedisset. *d. l. vlt.*

a *Siue impuberes.* Ratio dubitandi. Qui dicit patrem f. dicit patrem & genitorem. *d. l. in suis 11. de lib. & posth.* atqui impubes non potest esse pater, non potest ergo esse paterfamilias. Ratio decidendi. Est nomen hoc ciuile, non naturale: eóque non solùm personam, sed & ius demonstramus. Significat enim eum qui in domo dominium habet. *l. pronuntiatio. 195. §. 2. de verb. signi.* In matrem familias eadem ratio dub. & decid.

b *Cæteri.* Ratio dubitandi. Quia hi omnes suscepti sunt ex nuptiis, non meis sed filij vel nepotis meritis autem nepotis nascitur ex iustis nuptiis. *l. 3. supr.* Ratio decidendi. Quia filius meus, qui in mea potestate est, non potest habere alium in potestate. *l. sic euenit. ad l. Iul. de adul.* nec rursus potest quis eodem tempore esse in duorum potestate. *l. si filiusfamilias 33. in fin. de test. milit.*

5. IDEM lib. 36. ad Sabinum.

NEpotes ex filio, mortuo auo recidere solent in filij potestatem, hoc est patris sui. Simili modo & pronepotes, & deinceps, vel in filij potestatem, si viuit & in familia mansit, vel in eius parentis, qui ante eos in potestate est. Et hoc, non tantùm in naturalibus, verùm in adoptiuis [c] quoque iuris est.

Ad l. Nepotes 5.

Ratio dubitandi. Ius potestatis, cùm non acquiratur, nisi ex iustis nuptiis, nunquam potest acquiri nisi ex postfacto. Atqui non fuit hic ab initio acquisitum patri, sed auo. Ratio decidendi. Fuit ab initio quæsitum patri aptitudine, cum is liberos ex iustis nuptiis procreasset quamuis non acta, propter impedimentum prouenies ex persona aui.

c *Adoptiuis.* Ratio dubitandi. Adoptiui non sunt quæsiti ex iustis nuptiis, ex quibus tamen descendit ius potestatis. *l. 3. §. eod.* Ratio decidendi. In adoptionibus lex imitatur naturam, & facit adoptiuos perinde filiosfamilias, ac si ex iustis nuptiis quæsiti essent. *l. ult. l. adoptio 16. ĵ. tit. prox.*

6. IDEM lib. 9. ad Sabinum.

FIlium eum definimus, qui ex viro & vxore eius nascitur. ¶ Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reuersum anniculum inuenisse in domo sua: placet nobis Iuliani sententia, hunc non esse mariti filium. ¶ Non tamen ferendum Iulianus ait, eum qui cum vxore sua assiduè moratus nolit filium adgnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod & Scæuola probat, si constet maritum aliquandiu cum vxore non concubuisse infirmitate interueniente, vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, vt generare non possit: hunc qui in domo natus est, licèt vicinis scientibus, filium non esse.

Ad l. Filium eum 6.

Ratio dubitandi. Impossibile est, vt quis probetur filius eius, qui dicitur pater. *l. Lucius Titius 83. de cond. & demonst.* ergo non potest definiri quis sit filius. Ratio decidendi. Impossibilis est ea probatio, nisi fiat per probationem iustarum nuptiarum. Etsi autem præsumptio hæc verius, quàm probatio est, tamen sufficit. An quia sit præsumptio iuris & de iure, contra quam non admittitur probatio, vt vulgò aiunt? imo admittitur: sed ea tantum, quæ sit concludens, qualis nulla esse potest extra casus in hac lege expressos.

7. IDEM lib. 25. ad Sabinum.

SI qua pœnæ pater fuerit affectus, vt vel ciuitatem amittat, vel seruus pœnæ efficiatur: sine dubio neposfilij loco succedit.

Ad l.Si quæ pœna 7.

Ratio dubitandi. Filius quandiu viuit potest in ciuitatem restitui.*l.intercidit.59.de cond. & demonst.*& potest ante eum nepos mori.*l.Statius Florus.48.§.fin. de iur.fisci.*ergo adhuc obstat nepoti.Ratio decidendi. Non potest esse in potestate, qui non est ciuis, cùm ius potestatis proprium sit ciuium Romanorum.*l.* 3. §. succedit ergo nepos in locum eius, quia successio illa, fit ipso iure.*l.posthumorum.13. de iniust. rupt.*Tam enim deportatus,quam seruus pœnæ,pro mortuis habentur, quantum ad ea, quæ sunt iuris ciuilis.*l...§.pen.de contr.tab.bon.poss.l.4.§.2.de bon.lib.l. verum est.*§. *vlt. pro socio. §.1.2. & 3.instit.quib.mod.ius patr.pot.sol.*Aliud est si filius ab hostibus captus sit.*l. si quis postumos.9.§.2.de lib.& postum.*

8. IDEM lib. 26. ad Sabinum.

PAtre furioso liberi nihilominus in patris sui potestate sunt. ¶Idem & in omnibus est parentibus,qui habent liberos in potestate:nam cùm ius potestatis moribus sit receptum, nec possit definere quis habere in potestate, nisi exierint liberi, quibus casibus solent:nequaquam dubitandum est,remanere eos in potestate. Quare non solùm eos liberos in potestate habebit,quos ante furorem genuit:verùm & si qui ante furorem concepti, in furore editi sunt:sed & si in furore agente eo,vxor concipiat: videndum,an in potestate eius nascatur filius:nam furiosus licèt vxorem ducere non possit,retinere tamen matrimonium potest [a],quòd cùm ita se habeat,in potestate filium habebit. ¶ Proinde & *si furiosa sit vxor*,& ex ea antè conceptus in potestate nascetur, sed in furore eius conceptus ab eo, qui non furebat,sine dubio in potestate nascetur : quia retinetur matrimonium. ¶ Sed & *si ambo in furore agant* & vxor & maritus, & tunc concipiat, partus in potestate patris nascetur,quasi voluntatis reliquiis in furiosis manentibus : nam cùm consistat matrimonium altero furente, consistet & vtroque. 1 ¶ Adeo autem retinet ius potestatis pater furiosus, vt & adquiratur illi commodum [b] eius,quod filius adquisiuit.

Ad l.Patre furioso 8.

Ratio dubitandi. Peruenit res ad eum casum, à quo incipere non posset.*l.quia in eum.16.ad l.Aquil.l. pro parte. 11. de seruitut. l. in ambiguis.* 85. *§.1.de reg.iur.* non enim posset furiosus incipere liberos habere in potestate,cùm non possit matrimonium contrahere. Ratio decidendi. Quia ius potestatis, quod moribus receptum est, vbi semel plenè quæsitum est,non amittitur nisi certis modis: inter quos non est furor.*l.qui furere.20.sup.tit.1.& supra d.*regula præter id, quod non placuit omnibus prudentibus.*l. existimo.98.de verb.oblig l.verbis legati.5.ad l.falci.*vt neque Iustiniano. *§.14.de leg.* vitiatur in plerisque.*d.l. in ambiguis.* 85. *§.1.l.pluribus.* 140. *§.vlt.de verb.oblig.* nempe,quoties actus semel habuit suum perfectum esse,& effectum. Non potest tamen furiosus potestatis ius exercere, vbi facto aliquo opus est, ideóque possunt ipsius liberi sine eo nuptias contrahere.*l.si furiosi.25.C.de nupt.*

a *Retinere tamen matrimonium potest.*Ratio dubitandi quia sicuti non contrahitur matrimonium, nisi consensu,ita nec retinetur.Ratio decidendi. In furioso supersunt reliquiæ prioris voluntatis:& matrimonium semel contractum tandiu retinetur, quamdiu non dissoluitur. vt verò dissoluatur opus, est dissensu.*l. 2. de diuort.* qui in furioso non magis potest esse quàm consensus.*l si tibi.*8.*§.2. de opt. legat. l oratione.16.§.2.de ritu nupt.*

b *Acquiratur illi commodum.* Quia hæc acquisitio fit ipso iure *l. placet.79.de acq. her.* Itaque si esset opus aliquo facto,ut in hereditatis aditione, aliud esset.*l. cùm heres.52.cod.*

9. POMPONIVS lib.67.ad Quintum Mucium.

FIliusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur,veluti vt magistratum gerat, vt tutor detur.

Ad l.Filiusfamilias 9.

Ratio dubitandi.Neque magistratus,neque aliud quidquam quod sit iuris publici,excepta patriciatus dignitate eximit filium à potestate patria. *§. 4.instit. quib.mod.ius pat.pot.solu.* Ratio decidendi. Quod ad ius publicum attinet, filius non sequitur ius potestatis.*l. quod* 14. *ad Trebell.* potiorem enim causam esse Reip.quàm parentum.ipsi parentes voluerunt. *l.postliminium.*19.*§.filius de captiu.& postlim. l.in priuatis.77.& seq.de iudic.*

10. VLPIANVS libro 4. ad Legem Iuliam & Papiam.

SI iudex nutriri,vel ali oportere pronunciauerit:dicendum est de veritate quærendum, filius sit,an non:neque enim alimentorum causa veritati facit præiudicium.

Ad l.Si iudex 10.

Ratio dubitandi.Fuit pronuntiatum hunc ali debere non alio prætextu,quàm quasi filium.De liberis enim & parentibus tantùm alendis:facta sunt senatusconsulta.*l.3.§.vlt.l.5.de agnos.lib.* ergo in antecedens necessariũ,uidetur pronuntiatum hunc esse filium.R.decid. Aliud est pronunciari,Ali debere; aliud filium esse.*d.l.5.§.meminisse.* Pronuntiatio de iure filij exigit plenissimam causæ cognitionẽ, quam non exigit pronuntiatio de alimentis. Est enim illa disceptatio summaria.*d.l.5.§.* si vel parens,ne filius interim fame pereat. Nullum ergo veritati præiudicium facere debet.Nam res iudicata habetur quidem pro veritate. *l. ingenuum. 25.sup.tit.1.*sed quatenus iudicatum est,non vltra. Idque est quod nostri iactitant:sententiam esse stricti iuris.

11. MODESTINVS lib. 1. Pandectarum.

INuiti filij naturales, [a] vel emancipati non rediguntur in patriam potestatem.

Ad l.Inuiti 11.

Ratio dubitandi. Ius sui heredis est honorabile, & inæstimabile ex parte filij,propter commoda quæ habet. *l. in suis.11. de lib.& posthum.* sicut ius patriæ potestatis ex parte patris. *l. filiusfamilias. 114.§.sed si liberos. de leg.* cur non ergo licebit patri hunc honorem acquirere filio,etiam inuito ? Nam & duplex beneficium dare dicitur,qui dat inuito,&, non potest filius cõsilium melius capere, quàm paternum. *l.vlt.C.de cur.furios.* Ratio decidendi.Ius sui heredis non solùm honor, sed etiam onus est : ideóque requirit consensum omnium quorum interest.*§.sed si quis.instit.de adopt.*

a *Naturales.* Id est,concepti in seruitute,ac proinde extra iustas nuptias.*l.Lucius.Titius.*38.*§.12.de leg.2.* ideóque nunquam fuerunt in potestate , quomodo qui sunt emãcipati in quibus maior erat dubitandi ratio quod facilè vnaquæque res redeat ad suam naturam. *l.si vnus.* 27. *§.2.in fin.de pact.*sed id debet intelligi, dummodo fiat per modos, per quos vt loquuntur pragmatici.

DE ADOPTIONIBVS, ET EMANCIPATIONIBVS, ET ALIIS MODIS, QVIBVS POTESTAS SOLVITVR.

TITVLVS VII.

MODESTINVS libro secundo Pandectarum.

FILIOSFAMILIAS non solùm natura,verùm & adoptiones faciunt.

1 ¶ Quod adoptionis nomen est quidem generale, in duas autem species diuiditur:quarum altera adoptio similiter [b] dicitur:altera,adrogatio. Adoptantur filijfamiliâs:adrogantur qui sui iuris sunt.

Ad Titulum 7. De adoptionibus,& emancipationibus,& aliis modis, quibus potestas soluitur.

Ad l.Filiosfamilias 1.

Ratio dubitandi.Filiusfamilias est,qui nascitur ex iustis nuptiis. *l. 3. & 6. sup. tit.* 1.quæ porro nullæ interueniunt in adoptione. Ratio decidendi. Quia naturam lex repræsentat,& inducit imaginem quãdam & fictionem nuptiarum , vt filius adoptiuus perinde habeatur , ac si ex iustis nuptiis quæsitus esset.*l.filio,quem 23.de lib.& post. l.si paterfam. 15. §. vlt.& leg.seq.h.tit.*Nam & adoptio inde dicta est, quasi valde optet liberos,qui adoptat(Articulus enim adsolet augere)vel quod liberos eligat,quos vult.

b *Adoptio similiter.*Retento scilicet nomine generis, vt in cognatione,quatenus opponitur agnationi. *l. 4.§.2.l.iurisconsult.*10.*§.4.de grad.& ad fin.*

2. GAIVS lib.1. Institutionum.

GEneralis [c] enim adoptio duobus modis fit : aut principis auctoritate, aut magistratus imperio. ¶ Principis auctoritate adoptamus eos, qui sui iuris sunt [d]. quæ species adoptionis dicitur *adrogatio*:quia & is,qui adoptat,rogatur,id est interrogatur , *an velit eum, quem adoptaturus sit,iustum sibi filium esse*:& is,qui adoptatur rogatur,*an id fieri patiatur.* ¶Imperio magistratus adoptamus eos,qui in potestate parentis sunt [e]: siue primum gradum liberorum obtineant,qualis est filius,filia : siue inferiorem, qualis est nepos,neptis [f],pronepos,proneptis.

Ad l.Generalis 2.

c *Generalis.* Id est, generaliter sumpto nomine, vt contineat & adoptionem specialem, & adrogationem.Nam adrogatio generalis nulla est.

d *Qui sui iuris sunt.*Ratio dubitandi. Amittitur hoc modo familia arrogati. *l. qui ex liberis.* 11. *§. 2. de bon. poss.sec. tab.* quod cedit damno Reip. ad quam pertinet augeri potius numerum, vt dignitatem familiarum.*l.1.§.antep.de ventr.inspi.* Ratio decidendi. Olim ob id necessaria erat in eam rem autoritas populi,hodie principis, & magistratus.*l. 2.C.h.tit.Vlpian.tit.*8.*§.2.& 3.*

e *Qui in potestate parentis sunt.* Ratio dubitandi.Non potest quis esse in duorum simul potestate.*l si filiusfamilias.23.de test.milit.* Adoptandus autem,est in potestate patris sui naturalis.Ratio decidendi. Adoptio fiebat olim per emancipationem.*l.vlt.C.h.tit.*At hodie filius adoptiuus remanet in potestate patris naturalis , nisi datus sit in adoptionem auo materno.*l.pen.C.eod.*

f *Nepos neptis.* Facilior tamen est istorum adoptio, quia vnica mancipatione de potestate exeunt:quod in suis heredibus masculis primi gradus diuersum est.*l.verum est.*8.*§.1.de inuit.rupt.*

1 ¶ Illud vtriusque adoptionis commune est : quòd & hi , qui generare non possunt,

quales sunt spadones, adoptare possunt.

Ad §.1. Illud vtriusque.

R. dub. qui generare non possunt, liberos ex iustis nuptiis habere non possunt, ergo nec per adoptionem. *l. adoptio.* 16.j.*eo.* R. decid. sufficit legi, vt qui adoptat, possit iustas contrahere nuptias, licèt vitio aliquo corporis impediatur, nec generare possit: vt spado. *l. adrogato.* 40. §.2.j.*eod. l si serua seruo* 39. §.1.*de iur. dot.* Aliud ergo est in castrato, quia is per naturam generare non potest, nec nuptias contrahere. *d.l. si serua seruo.* §.1.

2 ¶ Hoc verò proprium [g] est eius adoptionis, quæ per principem fit: quòd his qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solùm ipse potestati adrogatoris subiicitur, sed & liberi eius in eiusdem fiunt potestate, tanquam nepotes.

Ad §.2 Hoc verò proprium.

Rat. dub. liberi eius qui arrogantur, non rogantur, an velint transire in familiam adrogatoris; ergo nec adrogantur, si vera est etymologia adrogationis posita in *h.l.* R. decid. non rogantur quia sequuntur caput patris, & transeunt in familiam adrogatoris per consequentiam, tanquam qui sint de familia *l. qui ex liberis.* 11. §.2. *de bon. poss. secund tab.* non solet autem curari quod non fit nisi per consequentiam. *l. 1. & l. quod dicimus. 7. de autor. tutor.*

g *Proprium.* Aliud enim est, cùm filiusfamilias à patre datur in adoptionem. *l. adrogato.* 40. *eod.*

3. PAVLVS lib. 4. ad Sabinum.

SI consul vel præses filiusfamilias sit: posse eum apud semetipsum vel emancipari, vel in adoptionem dari constat.

4. MODESTINVS lib. 2. Regularum.

MAgistratum, apud quem legis actio est, & emancipare filios suos, & in adoptionem dare apud se posse Neratij sententia est.

Ad l. Si consul. 3. & l. Magistratum 4.

R. dub. non potest quis in eodem actu duorum vicem sustinere. *l si plures. 9. de pact.* R. decid. requiritur præsentia magistratus, duntaxat ad solemnitatem, vt actus legitimus non fiat, nisi præsente eo, apud quem legis actio est. *l. 2. & 3. de off. procons.* Cæterùm adoptionis substantia, & emancipationis, pendet ex voluntate adoptantis, & emancipantis. Itaque si quo esset opus facto magistratus, aliud esset, vt in *l. 1. §. 2. de of. cons.* id est, in probanda causa manumissionis. Causa enim examinanda est per collegam. *d. §. 2.* licèt ipsa manumissio fiat apud consulem. *l. si rogatus. 20. in fin. de man. vind. l. 2. de off. prætor.*

5. CELSVS lib. 28. Digestorum.

IN adoptionibus, eorum duntaxat qui suæ potestatis sunt, voluntas exploratur. sin autem à patre dantur in adoptionem [h]: in his vtriúsque arbitrium spectandum est, vel consentiendo, vel non contradicendo.

Ad l. In adoptionibus 5.

R. dub. exquirenda est voluntas eorum omnium, quorum interest, & qui ex adoptione etiam in futurum lædi possent. *l. nam ita. 39. eod. §. sed si quis inst. eod.* Interest autem eorum quoque, qui sunt in arrogati potestate. R. deci. nullam intelliguntur habere voluntatem, cùm sint in alterius potestate habentis in eos ius vitæ & necis. vid. *l. 2. §. 2 eod.*

h *Sin autem à patre dantur in adoptionem.* Rat. dub. videtur hoc casu sufficere voluntas patris, ex iis quæ proximè dicta sunt. R. decid. Adoptio non fit nisi per emancipationem, per quam exit filius de familia patris naturalis, vt possit in aliam transire. *l. vlt. C. h. tit.* Ipsius ergo voluntas necessaria est: non etiam cùm pater dat se adrogandum, quia tunc filij etiam inuiti sequuntur patrem, vt nepotum loco esse incipiant. *§ pen. Instit. h. tit.*

6. PAVLVS lib. 35. 4. ad Edictum.

CVm nepos adoptatur, quasi ex filio natus: cònsensus filij exigitur, idque etiam Iulianus scribit.

Ad l. Cùm nepos 6.

R. dub. negotium geritur inter adoptantem & adoptatũ, quorum neuter filius est. ergo nõ est necessarius consensus filij, vt nec aliorum agnatorum. *l. prox. seq. eod.* R. decid. quia filij potissimum interest, ne inuito ei suus heres agnoscatur. *§. 7. inst. eod.* non enim potest quis adoptari tanquam nepos ex filio viuo, quin fiat filius filij. Itaque si filius autor non fuerit, postea mortuo auo non erit nepos in ipsius potestate. *l. si is, qui. 11. j. h. tit.* non enim fit hic filius filij per consequentias, sed in antecedens necessarium, vt possit fieri nepos. *l. dotem. 6. de collat.*

7. CELSVS lib. 39. Digestorum.

CVm adoptio fit, non est necessaria in eam rem auctoritas eorum, inter quos iura adgnationis consequuntur.

Ad l. Cùm adoptio 7.

R. dub. interest omnium agnatorum, quibus per adoptionem vt agnatus ita legitimus heres acquiritur. *l. qui in adoptionem. 23. j.* Vnde dicimus contractus matrimoniorum, non tam priuatorum, qui contrahunt, quàm familiarum ac penè reipub. contractus esse: quæ res facit vt agnati omnes cognatíque soleant conuenire, vt constet eos consentire. R. dec. non ideò consensus eorum necessarius est, sed illorum duntaxat qui ex adoptione suum heredem sunt habituri. *l. 6. & l. si is qui. 11. h. tit.* Agnatum enim heredem nemo inuitus habet, cùm possit testamento eum excludere. At suum heredem habet quis, vt inuitum, ita inuitus: cùm non possit eum exheredare, nisi ex certis causis. *l. vlt. de bon. dam. l. in suis. 11. de lib. & post.* Denique, per adoptionem acquiruntur iura suitatis principaliter, agnationis verò, non nisi per consequentias. *l. 2. §. 2. sup.*

8. Mo-

8. MODESTINVS libro secundo Regularum.

QVod, ne curatoris auctoritas intercederet in adrogatione, antè tenuerat, sub diuo Claudio rectè mutatum est.

Ad l. Quod, ne 8.

R. dub. Curator minoris non datur personæ, sed bonis. *l. cùm in vna. 17. §. 1. de appell.* arrogatur autem persona, non bona quamuis transeant in familiam arrogatoris cum capite arrogati, per consequentiam. *l. qui ex liberis. 11. §. secundùm. de bon. possess. secundùm tab.* R. dec. Arrogatio damnum adfert omnium bonorum, & minor curatorem habent æquiparatur pupillo, & prodigo. *l. 3. C. de in integ. rest. minor.* Sed & arrogatio soluit curam, sicut tutela. *l. vlt. de autor. præst.* Curatorem ergo interuenire, & consentire oportet.

9. VLPIANVS libro primo ad Sabinum.

ETiam cæcus adoptare vel adodtari potest.

Ad l. Etiam cæcus 9.

R. dub. Adoptio non fit sine optione, id est, electione illius qui pater fit & illius qui filius: quæ electio non potest fieri à cæco, nisi alienis oculis, & alieno iudicio. Quis enim portentosum hominem, aut morbosum, vel partem vel filium habere velit si detur optio? Sunt ergo hæ adoptiones velut captatoriæ, id est, collatæ in alienum iudicium: quod tamen absurdum est cùm sint actus solemnes. *l. illa institutio. 32. de hered. instit.* Ratio decid. etiam cœcus & voluntatem, & iudicium habet: potéstque tam cautè agere, vt non fallatur. Ideóque iudex esse potest. *l. 8. de iudic. & testari. l. hac consultissima. 8. C. qui test. facere poss.*

10. PAVLVS libro secundo ad Sabinum.

SI quis nepotem, quasi ex filio natum, quem in potestate habet, consentiente filio adoptauerit: non adgnascitur auo suus heres. quippe cùm post mortem aui quasi in patris sui recedit potestatem.

Ad l. Si quis nepotem 10.

R. dub. Adoptionem vsus inuentus est, vt filiosfamilias, ac proinde suos heredes sibi acquire quis posset. *l. 1. supra.* ergo dicendum est vel fieri suum heredem, qui adoptatur, vel adoptionem non valere. R. decid. Id verum est si adoptetur quis in filium, non etiam si in nepotem ex filio in potestate: quia suus heres esse non potest, quem alius anteuertit. *l. scripto herede. 7. vnde lib. l. si filiusfa. 33. de testib. milit.* sufficit autem ad validitatem adoptionis, vt qui adoptatur possit aliquo casu suus heres esse. quod hoc contingeret filio præmoriente, adeo vt rupt[illegible] testamentum, si non se institutum inuenerit. *l. filio. 23. §. 1. de lib. & posthu.* alioqui non posset quis adoptari in nepotem ex filio viuo, & in potestate, quod esset iniquum.

11. IDEM libro quarto ad Sabinum.

SI is, qui filium haberet, in nepotis locum adoptasset, perinde atque si ex eo filius natus esset: & is filius auctor factus non esset: mortuo auo, non esse nepotem in potestate filij.

Ad l. Si is, qui filium 11.

Ratio dubit. frustrà exquiritur voluntas illius, qui ipse in alterius est voluntate, ac potestate. *l. filiusfamilias. 92. de acq. hered.* Ratio decid. adoptio hæc suum effectum porrigit etiam in id tempus, quo filius erit sui iuris, mortuo auo, quo tempore is, qui nunc filiusfamilias est poterit habere suum heredem: & inuitus habiturus esset eum, qui adoptatur in nepotem, si posset ille adoptari eo inuito. Vnde petenda est etiam ratio. *l. oratione. 16. §. 1. de ritu nup.* Quid ergo si filius non consenserit, & mortuus sit ante adoptatorem? Non eo minus valebit adoptio, vt nepos hic sit suus heres auo morienti: quia valuit adoptio, quantum ad auum, nec filij consensus necessarius est, nisi propter filium, vt hæc lex non obscurè innuit.

12. VLPIANVS libro 14. ad Sabinum.

QVi liberatus est patria potestate, is postea in potestatem honestè reuerti non potest, nisi adoptione.

Ad l. Qui liberatus 12.

R. dub. possunt filij emancipati reuerti in potestatem, si velint, & pater consentiat. *l. vlt. 5. tit. 1.* Rat. decid. possunt quidem, sed non nisi per adoptionẽ, aut per ingratitudinem. *l. vn. C. de ingr. lib.* quorum prior modus honestus est, posterior inhonestus.

13. PAPINIANVS libro 36. Quæstionum.

IN omni ferè iure, finita patris adoptiui potestate, nullum ex pristino retinetur vestigium: denique & patria dignitas [a] quæsita per adoptionem, finita ea, deponitur.

Ad l. In omni ferè 13.

Ratio dubitan. Adoptio facti est, & iuris. Quæ autem sunt facti pro infectis haberi non possunt. *l. denique. 19.* ex quibus causis maior. *l. in bello. 12. § facti. de captiu. & postlim.* Ratio decidendi, effectus adoptionis totus est iuris, quia non est nomen ciuile, qui proinde contrario iure ciuili tolli in totum potest. *l. nihil tam. 35. de regulis iuris.* excipe tamen casum *l. quin etiam 55. de ritu nuptiar.* propter publicam honestatem.

a *Et patria dignitas.* Ratio dub. ex *l. filiam. 9. infrà de senator.* quæsita dignitas liberis, non est iis inuitis, aut ignorantibus auferenda. Ratio decid. quæsita fuerat per adoptionem, finita igitur adoptione per emancipationem necessariò deponitur. Ciuilis enim ratio ciuilia iura corrumpere facilè potest. *§. vlt. instit. de legit. agnat. tut. l. eas obligationes. 8. de cap. minut.*

14. POMPONIVS lib.5.ad Sabinum.

SEd etiam nepos ex filio apud adoptatum patrem conceptus & natus, per emancipationem iura omnia perdit.

Ad l. Sed etiam nepos 14.

Rat. dub. ius istius nepotis in familia patris adoptati videtur naturale, cùm sit ille conceptus & natus in familia adoptiua. Ergo non videtur posse tolli per emancipationem, quia ciuilis ratio corrumpere non potest iura naturalia. *l. eas obligationes. 8. de cap. minut.* Rat. decid. nullum ius habet hic nepos in familia adoptiua, nisi propter adrogationem: ergo dissolui quandocunque potest per emancipationem. *§. vlt. instit. de legit. agnat. tut.*

15. VLPIANVS lib.26.ad Sabinum.

SI paterfamilias adoptatus sit omnia, quæ eius fuerunt, & acquiri possunt, tacito iure ad eum transeunt, qui adoptauit. hoc amplius, liberi eius, qui in potestate sunt, eum sequuntur. sed & hi, qui postliminio redeunt [a]: vel qui in vtero fuerunt, cùm adrogaretur, simili modo in potestatem adrogatoris rediguntur.

Ad l. Si paterfamilias 15.

Rat. dub. qui arrogatur, non rogatur nisi de suo capite; ergo nihil de bonis, aut liberis suis promittere, aut disponere videtur. R. decid. quod tacitè agitur pro cauto habendum est. *l. cùm quid mutuum. 3. de reb. cred.* hoc autem tacitè agitur, quia liberi & bona necessariò sequuntur caput illius, qui adoptatur. *l. qui ex liberis. 11. §. 2. de bon. poss. sec. tab. vide tamen. §. 2. instit. de acquisit. per arrogat.*

a *Qui postliminio redeunt.* Ratio dubitandi, quia non fuerunt in potestate, tempore adrogationis. *l. lege Cornelia 12. qui test. fac. pos.* idémque dici potest de iis, qui tunc in vtero fuerunt. *l. vltim. de collat.* Rat. decid. quia retrofinguntur, & iam nati, & in potestate eo tempore fuisse, & apparere ex postfacto quid antea fuerit. *§. si ab hostibus. instit. quib. mod. ius patr. potest. soluit.*

1 ¶ Qui duos filios, & ex altero eorum nepotem habet: si vult nepotem quasi ex altero natum sic adoptare: potest hoc efficere, si eum emancipauerit, & sic adoptauerit quasi ex altero natum. facit enim hoc quasi quilibet, non quasi auus. & qua ratione quasi ex quolibet natum potest adoptare, ita potest & quasi ex altero filio.

Ad §. 1. Qui duos.

Rat. dub. fictiones iuris debent respondere naturæ & veritati. *l. confessionibus 13. & l. seq. de inter. in iur. fac.* atqui impossibile est per naturam, vt quis ex duplici filio habeat eundem nepotem, id est, vt quis sit auus dupliciter. Rat. decid. auus non adoptat hunc nepotem, quasi auus, sed quasi quilibet, nec adoptat, nisi postquam eum emancipauit, atque ita cœpit illi extraneus esse iure ciuili. *l. quinetiam. 55. de rit. nupt.* non tam ergo inspiciendum est, quem adoptet, quàm qualem: nec tam quis, quàm quasi quis. *l. item eorum. 6. in princip. quod cuiusque vniuers.* sic proprium filium pater potest adoptare, licèt non possit magis pater fieri. nempe si prius desierit pater esse, eum emancipando. *l. qui liberatus. 12. l. si pater. 41. h. tit.*

2 ¶ In adrogationibus cognitio vertitur, num fortè minor sexaginta annis sit, qui adrogat: quia magis liberorum creationi [b] studere debeat: nisi fortè morbus, aut valetudo in causa sit, aut alia iusta causa adrogandi. veluti si coniunctam sibi personam velit adoptare.

Ad §. 2. In adrogationibus.

Rat. dub. nemo arrogatur, nisi rogatus & consentiens. *l. 2. l. neque absens. 24. h. tit.* ergo cùm nulla ei fiat iniuria, cur requirimus causæ cognitionem? R. decid. fit iniuria Reip. quia familia amittitur, quod non est ferendum nisi ex causis. Aliud ergo in aliis adoptionibus iuris est,

b *Liberorum creationi.* vt repleatur liberis hominibus ciuitas, nec fictos liberos quærat qui potest habere veros, nisi accipiat eos à vero patre, quo casu adoptatus quidem mutat familiam, sed nulla familia amittitur.

3 ¶ Item non debet quis plures adrogare, nisi ex iusta causa. ¶ Sed nec libertum alienum [c], nec maiorem minor [d].

Ad §. 3. Item non.

Rat. dub. & decid. eadem quæ ad. §. præced.

c *Libertum alienum.* Rat. dub. minùs est damnum reip. in arrogatione liberti, ergo facilius permittenda. Rat. decid. ne patrono fiat iniuria. *l. 1. §. 2. si à pat. quis man. erit.*

d *Nec maiorem minor.* Rat. dub. adoptio non naturæ, sed legis actio est. *l. 2. & 3. de off. proconf.* consequenter fictio, & mendacium: ergo cadere potest in quemcunque. Rat. decid. lex nihil facit imprudenter, sed prouidè omnia, & imitatione naturæ, quantum potest. *l. adoptio. 16. & l. arrogato. 40. §. 1. hoc tit. §. 4. instit. h. tit.*

16. IAVOLENVS lib.6.ex Cassio.

ADoptio enim in his personis locum habet in quibus etiam natura potest habere.

Ad l. Adoptio 16.

R. dub. plus potest lex, quàm natura: cùm possint adoptare etiam ij, qui non possunt generare. *l. 2. §. 1. l. si pater familias. 15. §. 2. eod.* Rat. decid. plus potest, quàm persona quæ adoptat, sed non quàm natura in genere, licèt ea debilitata sit in adoptante: siue per morbum, siue per ætatem. Itaque lex defectum naturæ, non naturam ipsam supplet. & hoc non naturam præueniendo, sed vestigia eius insequendo. Est enim adoptio imago naturæ. *l. filio, quem 23. de lib. & posthum.*

17. VLPIANVS lib.26.ad Sabinum.

NEc ei permittitur adrogare, qui tutelam, vel curam alicuius administrauit: si minor viginti quinque annis sit, qui adrogatur: ne fortè eum ideo adroget, ne rationes reddat.

l. 17. Nec

¶ Item inquirendum est, ne fortè turpis causa adrogandi subsit.

Ad l. Nec ei permittitur 17.

Ratio dubitand. Potest hæc adrogatio vtilis esse pupillo, vel minori, ergo erit aliquando permittenda, nequod fauore minorum cautum est, in perniciem eorum retorqueatur. *l. pen. Cod. ad Trebellia.* præsertim si concurrat adfectio iusta tutoris, vel curatoris pij, ignum fortè suum adoptare volentis vt *l. nonnunquam. 32. §. 1. eod.* Ratio decidẽdi. erit adhibenda causæ cognitio, an ideo pottuletur hæc adrogatio, vt adrogator se liberet à reddendis rationib. an iusta adfectione, & ob coniunctionem personarum vt sic vel permittatur, vel prohibeatur, *l. si paterfamilias. 15. §. 1. eod. & §. seq. h. tit.*

1 ¶ Eorum duntaxat pupillorum adrogatio permittenda est his, qui vel naturali cognatione, vel sanctissima affectione ducti adoptarent: cæterorum prohibenda, ne esset in potestate [a] tutorum, & finire tutelam, & substitutionem à parente factam extingue[rent].

2 ¶ Et primùm quidem excutiendum [b] erit, quæ facultates pupilli sint, & [cuius], qui adoptare cùm velit: vt æstimetur ex comparatione earum, an salubris adoptio possit pupillo intelligi. ¶ Deinde cuius vitæ sit is, qui velit pupillum redigere in familiam suam. ¶ Tertiò, cuius idem ætatis sit: vt æstimetur an melius sit de liberis procreandis cogitare eum: quàm ex aliena familia quemquam redigere in potestatem suam.

3 ¶ Præterea videndum est, an non debeat permitti ei, qui vel vnum habebit, vel plures liberos, adoptare alium: ne aut illorum, quos iustis nuptiis procreauit, deminuatur spes, quàm vnusquisque liberorum obsequio paret sibi: aut qui adoptatus fuit, minus perficiat, quàm dignum erit eum consequi. 4 ¶ Interdum & ditiorem permittetur adoptare pauperiori, si vitæ eius sobrietas clara sit, vel affectio honesta, nec incognita. 5 ¶ Satisdatio autem in his casibus dari salet.

Ad §. 1. Eorum. & Ad §. Et primùm.

Ratio dubitand. & decidendi eadem quæ ad principium legis. Nam & pupillorum adrogatio ex causa permitti debet, quoties omnimodo futura est vtilis pupillo, licet futurum sit vt tutela finiatur, & substitutio pupillaris extinguatur, dummodo tutores omnes consentiant. *l. vlt. C. de aut præst.* Cæterum adrogatoris affectionem temper sanctissimam esse oportet, & cætera concurre quæ in §. 2.

a *Ne esset in potestate.* qui enim arrogatus est, cùm sit filius familias, is neque tutorem, neque testamentum habere potest: non tutorem, quia non potest esse in duorum potestate: & patria potestas cùm sit maior tutoriam excludit: non testamentum, quia de sit esse paterfamilias. Pupillaris autem substitutio testamenti filij est *l. 2. & pas. de vulg. subst.*

b *Excutiendum.* In his ergo quatuor causæ cognitio potissimum vertitur, quænam sint faculates adrogatoris, quæ vita, quæ ætas, qui liberi. Primùm, vt adrogatio sit vtilis pupillo: secùdùm, vt honesta, tertiùm ne sit inutilis reip. & damnosa, quartùm, ne iustis liberis sit iniuriosa.

Ad §. 4. Interdum.

Videtur hoc casu adrogatio esse damnosa pupillo: ergo non permittenda. Ratio decidendi. Imò poterit esse vtilis & honorifica, si vitæ adrogatoris sobrietas clara erit, vel adfectio honesta, nec obscura. Pauperem enim quid vetat abundare bonis moribus & exemplis? *§. vlt inst de suspect. tutor.*

Ad §. 5. Satisdatio.

Ratio dubitandi. Inter parrem & filium non possunt interponi cautiones salua patria potestate. *l. Imperator. 50. ad Trebel.* Ratio decidendi. Hæc satisdatio interponitur ante adrogationem. *l. prox. §. eod.* nec præstatur pupillo, sed legitimis pupilli heredib. aut potius seruo publico, stipulanti nomine & commodo legitimorum successorum, quibus alioquin hæc adrogatio damnum esset allatura.

18. MARCELLVS libro 26. Digestorum.

NOn aliter enim voluntati eius, qui adrogare pupillum volet, si causam eius ob alia probabit, subscribendum erit, quàm si cauerit seruo [c] publico, *se restituturũ ea, quæ ex bonis eius consecutus fuerit, illis, ad quos res peruentura esset* [d], *si adrogatus permansisset in suo statu.*

Ad l. Non aliter 18.

Ratio dubitandi. Cui persona ipsa pupilli creditur sine satisdatione, cur cogatur satisdare pro bonis? *arg. l. 2. C. ne fidiuss. dot. dent.* Ratio decidendi. Non pupilli iudicio, quod nullum est, fit hæc adrogatio, sed agnatorum: qui nunquam essent cõsensuri, nec si euidens esset vtilitas pupilli, si non iis cautum esset, quos ta nen contentire oportet. *l. 2. C. hoc tit.*

c *Cauerit seruo.* Ratio dubitandi. Nemo alij stipulari potest, in cuius potestate non sit. *l. stipulatio ista. 38. §. alteri. de ver. obl.* Ratio decidendi. Fallit in seruo publico, qui ideo publicus appellatur, quasi omnium sit, licet nullius priuati sit, sed reip. *l. 2. §. rem pup sal. fo.* nõnunquam. *32. §. 1. eod.* Ratio decidẽdi. erit adhibenda causæ cognitio, an ideo pottuletur hæc adrogatio, vt adrogator se liberet à reddendis rationib. an iusta adfectione, & ob coniunctionem personarum vt sic vel permittatur, vel prohibeatur, *l. si paterfamilias. 15. §. 1. eod. & §. seq. h. tit.*

19. VLPIANVS lib.26.ad Sabinum.

HIs verbis satisdationis, quæ ab adrogatore præstari debet, *Ad quos ea res pertinet* [e], & libertatibus profectum esse, quæ secundis tab. datæ sunt, & multo magis substituto seruo, item legatariis, nemo dubitat.

Ad l. His verbis 19.

e *Ad quos ea res pertinet.* i. qui in vniuersum dominiũ succedunt, vel ciuili, vel prætorio iure. *l. sciendũ est. 70. in fi. de verb. sig.* & hinc Ratio dubtãdi: Ad id qđ

hic dicitur de libertatibus & legatariis.nec enim isti sunt vniuersales,& singulares successores.Ratio decidendi. Omnes vniuersales successores supradictis verbis significantur,etiam prætorij,sed non soli:verùm omnes,quorum interest.

f *Profectum esse.*malo legere *prospectum esse.*Ratio dubitandi. Per arrogationem corruunt tabulæ pupillares.*l.nec ei permittitur.*17.*§.*1.*ff.eod.*ergo & omnia in iis relicta. Ratio decidendi. Corruunt omnia ipso iure,sed per hanc satisdationem restituuntur, excepta he[illegible] pupillari,quę non substituto restituitur,sed [illegible] successoribus: vt scripsi ad *princip.* 1.*huius tit. hic.*

g *Et multo magis substituto seruo.* Intellige vt conseruentur ei libertas,non hereditas:& ideo addidit,*seruo:* cum alioquin debuisset generaliter dicere substituto, vt intelligamus ei prospici non quasi substituto, sed quasi seruo libertate donato , ne sit deterioris conditionis ob id, quod libertatem cùm hereditate acceperit,quàm si accepisset sine libertate. Ratio dubitandi. Quod ad hereditatem, quia satisdatio prodest omnibus, ad quos res peruentura erat, si adrogatio facta non fuisset.*l prox. supra.* Atqui peruentura erat ad substitutum pupillarem.Ratio decidendi. Fauorabiliores sunt hac parte legitimi successores, quàm substitutus pupillaris, & quia eorum iudicio fit adrogatio.*l.*2.*Codic.hoc titulo.* non autem substituti, qui plerumque nescitur quis sit: putà si testator prohibuerit aperiri tabulas pupillares ante mortem impuberis. *§.*3. *institut. de pupillari substitutione. lege vltima. ad Trebellianum.* & quia minus abominabilis est metus, vt moriatur pupillus aliquo legitimo successore superstite , quàm vt moriatur ante substitutum.*l.*3.*§ interdum.de vulg.& pupill.*Scripsi latius ad *d.pr.*1.*h.tit.illat.*11.

1 ¶ Quæ satisdatio si omissa fuerit,vtilis actio in adrogatorem datur.

*Ad §.*1.*Quæ satisdatio.*

Ratio dubitādi. Satisdatio nō fit sine stipulatione. *l.stipulationū.*5.*§.*2.*de ver.obl.*nec stipulatio sine verbis nec ni[illegible]atenus verbis expressū est.*l.quidquid astringenda.§.fin.*Ratio decidendi.Stipulatio fingitur intercessisse fauore non modò adgnatorum , sed etiam pupilli : cuius vita minus erit exposita insidiis adrogatoris, si malum consilium habuerit irruendi in facultates pupilli. *l.*2. *C.h.tit.* & ideo non directa, sed vtilis actio est , quæ datur in adrogatorem. Sic Iustin. tacitam stipulationem induxit fauore dotium.*l.vn.C.de rei vxor.act.*

20. MARCELLVS libro 26. Digestorum.

HÆc autem satisdatio locum habet,si impubes decessit.

Ad l.Hæc autem 20.

Ratio dubitandi.Obligatio semel constituta neque conditione finiri potest. *l.nemo potest.*55.*de legat.* 2.*l.obligationum.*44.*§.*1.*de oblig.& act.*Ratio decidendi pupillus adrogatus si pubes esse cœperit , potest conqueri de adrogatione,si eam videat non sibi expedire.*l.&,si pubes.*33.*inf.*Itaque,si non conqueratur, incipit iam suo & certo iudicio transferre bona sua in familiam adrogatoris , quæ res legitimos successores excludit,sicut & testamentarium excluderet.*l. qui ex liberis.* 11. *§.* 2. *de bonorum possessione secundùm tabulas.* magis itaque fauendum est adrogatori,qui habet pro se voluntatem adrogati.

1 ¶ Sed & si pupillo loquitur,tamen hoc & in pupilla obseruandum est.

30. GAIVS libro singulari Regularum.

NAm & fœminæ ex rescripto Principis adrogari possunt.

*Ad §.*1.*& si de pupillo.& Ad l.Nam & fœmina* 21.

Ratio dubitandi. Per fœminas non potest continuari familia, quia fœmina familiæ suæ caput & finis est.*l.pronunciatio.* 195 *§.vlt.de ver.sig.* Ratio decidendi. Ideo speciali rescripto principis opus est,vt possint adrogari, alioquin non potest iusta esse causa fœminæ adrogandæ:cum non fiat adrogatio,nisi vt quis suos heredes nanciscatur, ad familiā conseruandam & propagandam.

22. VLPIANVS lib.26.ad Sabinum.

SI adrogator decesserit, impubere relicto filio adoptiuo,& mox impubes decedat : an hæredes adrogatoris teneantur? & dicendum est,hæredes quoque restituturos & bona adrogati,& præterea quartam partem [a].

Ad l.Si adrogator 22.

Ratio dubitandi. Stipulatio fuit concepta nominatim de persona adrogatoris. *l.non aliter.*18.*sup. ibi, se restituturū.*ergo adrogatore prærmortuo deficit stipulatio. Ratio decidendi. Obligationes omnes ad heredes transeunt.*tot.tit.C.de hered.act.*nec finitur adrogatio morte adrogatoris, in cuius familia remanent & caput & bona quæ fuerant adrogati.Stipulationis ergo causa,& potestas semper durat.

a *Quartam partem.*non ex stipulatione, sed tamen tanquam æs alienum ex rescripto D.Pij.*l.Papinianus.* 8.*§.antep.de inoff.testam.*l.2.*C.h.tit.*

1 ¶ Sed an impuberi adrogator substituere possit, quęritur: & puto non admitti substitutionem , nisi fortè ad quartam solam[c],quam ex bonis eius consequitur: & hactenus,vt ei vsque ad pubertatem substituat.Cæterùm si fidei eius committat,*vt quandoque restituat:* nō oportet admitti fideicommissum [d] : quia hoc non iudicio eius ad eum peruenerit , sed principali prouidentia.

*Ad §.*1,*Sed an impuberi.*

Ratio dubitandi. Substitutio pupillaris est fauorabilis pupillo,& comprehendit bona omnia,etiam quæ pupillus aliunde habuit. *l. sed si plures.* 10. *§. ad substitutos. de vulg. & pupill.* nec aliud exigit, nisi vt filius , cui substituitur sit impubes, & in potestate.

*l.*2.*eo.*

Ratio decidendi.Bona,quæ habuit pupillus tē pore adrogationis sunt obnoxia restitutioni ex promissione adrogatoris: qui obligationem suam facto suo tollere non potest. *l.si seruum.* 91.*§ antep.de verb. obligat.* tolleret autem, si substitueret pupillariter: quoniam bona peruenirent ad substitutum contra formam & legem stipulationis, quæ immutari non potuit.*l.vero procuratori.*12.*§.pen.de solut.*

c *Ad quartam solam.* Adde etiam omnia,quæ ad adrogatum peruenerunt contemplatione adrogatoris iam defuncti. *l sed si plures.*10.*§.*6.*de vulg.& pup.*Ratio dubitandi. Non potest pupillus decedere pro parte testatus, pro parte intestatus. *l.ius nostrum.*7.*de reg.iur.* Ratio decidendi. Bona, quæ habuit ante adrogationem pertinent ad ipsius agnatos, non iure hereditatis intestati, sed ex stipulatione tanquam bona adrogatoris, cui re vera fuit quæsita per arrogationem.

d *Fideicommissum.* Ratio dubitandi. Quia potest quilibet de bonis suis fideicommissum relinquere, *l.coheredi.*41.*§.cùm filio.de vulg.& pup.l sequens quæstio.* 68.*de leg.*2. Ratio decidendi. Adrogatus hanc quartam habet ex bonis quidem patris , sed non tam à patre, quàm à D. Pio : & quasi æs alienum. *d.l Papinianus.*8.*§.antep.de inoff.test.* ergo grauari in ea non potuit.*l.seruus vni.*67.*§.*1 *de leg.*1. Et alia ratio est pupillaris substitutionis.Illa enim honor, fi[illegible] vtilis est pupillo, fideicommissum verò onerosum.*d.l coheredi.*41.*§.cùm filio.de vulg.& pupill.substit.* v. *Iulianus,* 42.*de acquir.hered.*

2 ¶ Hæc omnia dicenda sunt,siue in locum filij , siue in locum nepotis aliquis impuberem adrogauerit.

*Ad §.*2.*Hæc omnia*

Ratio dubitandi. Fauorabilior videtur , qui adoptatur in locum filij , quàm in locum nepotis. nam nec nepoti vlla debetur legitima viuo filio *l.si quis. filium.*34. *C.de inof.test.* Ratio decidendi. Imò eadem ratio est succurrendi ei, qui in locum nepotis adrogatur,quia æquè amittit familiam & bona sua omnia in fauorem adrogatoris , tantóque dignior est hic,cui subueniatur quanto remotior fuit à successione sui,in qua eum alius anteuertebat.

23. PAVLVS lib.35.ad Edictum.

QVi in adoptionem datur, his, quibus adgnascitur. & cognatus fit: quibus verò nō adgnascitur, nec cognatus fit.adoptio enim non ius sanguinis , sed ius adgnationis affert.& ideo si filium adoptauerim,vxor mea illi matris loco non est : neque enim adgnascitur ei,propter quod nec cognata eius fit. Item nec mater mea auiæ loco illi est : quoniam his,qui extra familiam meam sunt, non adgnascitur. sed filiæmeæ is , quem adptaui, frater fit:quoniam in familia mea est filia : nuptiis tamen etiam eorum prohibitis[a].

Ad l.Qui in adoptionem 23.

Adoptio imitatur naturam.*l adoptio.*16.*l.quæsitum.* 34.*h.tit.* & est imago naturæ. *l.filio,quem.*23 *de lib.& post.* Atqui natura facit cognatos etiam eos qui non sunt agnati.*l.non facilè.*4.*§.*2.*l. iurisconsultus.*10.*§.*4.*de grad.&ad fi.*Ratio decidēdi. Adoptio imitatur naturam,quantum id fieri per legem potest. Lex autem non potest tribuere ius sanguinis , quod est naturale: sed tantum ius agnationis quod est ciuile. *§. vlt. inst.de leg.agna.tut.* facit ergo etiam cognationē adoptio.*l.*1.*§.cognationem.vnd.e.g.* sed ciuilem tantum. *d. l.non facilè.*4.*§.*2.*l. adoptiuus.*14.*§ vlt.de rit.nup.*

a *Nuptiis tamen prohibitis.*Ratio dubitādi.Quia proximitas & coniunctio sanguinis illa est,quę impedit nuptias inter fratrem & sororem,cùm in matrimoniis contrahendis naturale ius spectetur. *l.adoptiuus.* 14.*§.*2.*de ritu nuptiarum.* Nullum autem ius naturale intercedit inter has personas.Ratio decidendi.Sufficit nomen sororis, vt appareat hoc matrimonium esse contra pudorem, & publicam honestatem : qui pudor potissimùm spectandus est. *d.§.*2. *& l.semper in coniunctionibus.*42.*de ritu nupt.*

24. VLPIANVS lib.1.Disputationum.

NEque absens, neque dissentiens [b] adrogari potest.

Ad l.Neque absens 24.

Ratio dubitandi.Potest quis etiam absens rogari , & consentire. *l.*1.*§ vlt. de contr.emp.*l.1.*locat.*l.3.*de pact.*ergo & adrogari.Ratio decidendi. Adoptio est actus legitimus,&solemnis,qui per alium fieri non potest.*l prox.§.*1. non enim fit solemniter, quod per alium fit.Nam neque stipulatio fit per alium.quia& solemnis est,licèt non sit legis actio: neque actus legitimus, sed contractus. *v.l nemo alieno.*123.*de reg.iur.*

b *Neque dissentiens.* Ratio dubitandi. Arrogatio fit autoritate principis,&interueniente magistratu.*l.*2. *h.tit.*l.2.*C.eo.*atqui autoritas, & imperium magistratus exercetur etiam in inuitum: siquidem ius dicere plus est,quàm iudicare. Iudicium autem redditur in inuitum.*l.inter stipulantem.*83.*§.*1.*de verb.oblig.*

Ratio decidendi. Ius dicitur in inuitum , in iis, quæ sunt iurisdictionis contentiosæ. At adrogare, est iurisdictionis voluntariæ.*l.*2.*de offic.procons.*& boni Principis est voluntates priuatorum audire, non iubere. *leg omnium.*19.*Codice de testament.* Ideo rogatur vterque, & qui adrogat, & qui adrogatur. Ex quo etiam apparet rogationem illam non esse stipulationem. Fit enim à magistratu, cuius non est stipulari.

25. IDEM libro quinto Opinionum.

POst mortem filiæ:quæ ,vt materfamilias,quasi iure emancipata,vixerat:& testamento scriptis heredibus decessit: aduersus factum suum quasi non iure eam, nec presentibus testibus emancipasset , pater mouere controuersiam prohibetur.

1 ¶ Neque adoptare, neque adrogare quis absens, nec per alium eiusmodi solemnitatem peragere potest.

Ad l. Post mortem filiæ 25.

Ratio dubitandi. Potest quis etiam contra suum factum venire, quoties aliquid factum est contra leges, aut nō seruatis solemnibus: quia factum illud pro infecto est ipso iure. *l. non dubium. 5. Cod. de legib.* cùm nemo possit facere, quin leges in actu legitimo locum habeant. *l. nemo potest. 55. de legat. 1.* Atqui emancipatio est actus legitimus, constans ex suis solemnitatibus, inter quas est præsentia & numerus testium &c. Ergo potest dici & probari non iure facta. *l. ex parte. 5. §. 1. de probat.* etiam à patre ipso. *l. 2. Cod. si aduersus rem iudicat.* Ratio decidendi. Potest impugnari etiam à patre, sed non post mortem filiæ, quam passus est viuere & mori quasi iure emancipatam: quia sibi debet imputare, cur non mouerit eam quæstionem filiæ viuenti, quæ & causam suam tueri potuisset melius, & victa quoque extorquere à patre perpetuis obsequiis aliam, iustámque emancipationem.

Ad §. Neque adoptare 1.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. neque absens. 24. §. eod.*

26. IVLIANVS lib. 7. Digestorum.

QVem filius meus emancipatus adoptauerit, is nepos meus non erit:

Ad l. Quem filius meus 26.

Ratio dubitandi. Est hic filius filij mei emancipati, scilicet adoptiuus, ergo mihi quoque nepos erit adoptiuus. Nec enim fieri potest vt qui filio meo filius est, non sit mihi nepos. Ratio decidendi. Filius meus emancipatus non est mihi filius iure ciuili, cùm per emancipationem factus sit extraneus. *l. quin etiam. 55. in fi. de ritu nupt.* Ius enim ciuile filium nullū agnoscit, nisi qui sit filius familias, nec vllū Patrē, nisi qui sit pater familias. *l. nam ciuili. 4. §. fin. l. pronunciatio. 195. §. 1. de verborum signifi.* At filius filij mei emancipati ex iustis nuptiis susceptus erit mihi nepos naturalis, quia & filius meus quamuis emancipatus, remanet naturaliter filius meus: cùm emancipatio iura sanguinis dissoluere non possit. *§. vlt. instit. de legit. agnat. tutel. l. eas obligationes. 8. de cap. minut. l. Senatoris. in pr. de senator.*

27. IDEM lib. 85. Digestorum.

EX adoptiuo natus, adoptiui locum obtinet in iure ciuili.

Ad l. Ex adoptiuo 27.

Ratio dubitandi. Liberi eius, quem pater dat in adoptionem, non sequuntur eum, sed remanebunt in potestate aui naturalis. *l. adrogato. 40. hoc titu.*

Ratio decidendi. Intellige de his, qui iam nati erant tempore adoptionis. Secus in iis qui postea nati sunt, nec vlla quantum ad istos differentia est inter adoptionem & adrogationem. Itaque hæc lex intelligenda est de adoptiuo quolibet, etiam de arrogato.

28. GAIVS lib. 1. Institutionum.

LIberum arbitrium est ei qui filium, & ex eo nepotem in potestate habebit, filium quidē potestate demittere, nepotem verò in potestate retinere: vel ex diuerso, filium quidem in potestate retinere, nepotem verò manumittere: vel omnes sui iuris efficere.
¶ Eadem & de pronepote dicta esse intelligemus.

Ad l. Liberum arbitrium 28.

Ratio dubitandi nepos non coniungitur auo, nisi per mediam filij personam. *l. dotem, quam. 6. de collat.* Ergo cum auus amittit filium, necesse est, vt amittat nepotem. Non enim possunt coniungi extrema, nisi per medium habile. *l. pen. rat. rem hab.* R. dec. Nepos, licèt in nascendo pendeat à filio, non tamen in conseruando iure sanguinis, quod ei natura dedit. Alioqui moreretur filio moriente. Imò verò ob hoc ipsum succedit, & intrat in locū filij, & fit suus heres qui antea non erat. *l. postumorum loco. 13. de iniust. rup. l. scripto. 7. vnde lib.* Denique ius potestatis semel quæsitum, siue in filium, siue in nepotem, non potest solui, nisi certis modis, inter quos non est alterius personæ adoptio, aut emancipatio, & paterfamilias, vel ob id maximè, id nomen habet, quòd de familia, & de omnibus qui in ea sunt, liberum disponendi arbitrium habet. *l. pronuntiatio. 195. §. 1. de verb. sign. l. in suis. 11. de lib. & post. §. admonendi. instit. qnib. mod. ius patr. pot. solu.*

29. CALLISTRATVS libro secundo Institutionum.

SI pater naturalis[a] loqui quidem non possit, alio tamen modo, quàm sermone, manifestum facere possit, velle se filium suum in adoptionem dare: perinde confirmatur adoptio, ac si iure facta esset.

Ad l. Si pater naturalis 29.

Ratio dubitandi. Quia omni actu solemni verba requiruntur, quæ vbi sunt necessaria, consensus non sufficit. *l. 2. in quibuscunq. 48. de obl. & act. l. neque absens. 24. & l. seq. §. h. t.* Ratio decidendi. Nō valet hæc adoptio, tanquam defecta suis solennibus, sed confirmatur à magistratu, perinde ac si iure facta esset: qui constat de voluntate, siue nutu, siue scriptura. Aliud erit in patre adoptiuo, vt mox dicam. Fit autem hæc confirmatio à principe. *l. adoptio non iure. 38. §. eo. adde l. manumissio. 23. de man. vind.*

a *Pater naturalis.* quia aliud est in patre adoptiuo, in cuius persona omnimodo verba requiruntur, nec posset confirmari adoptio, etiamsi de eius volūtate aliter constaret, quia eius est rogare, & interrogare, vt adoptionis solemnia inchoet: quod non potest fieri nutu. Facilius est consentire sine verbis ei qui petit aliquid, quàm petere, aut interrogare sine verbis. Denique voluntas patris dantis in adoptionem est medium sine quo non fieret adoptio: voluntas eius, qui accipit, petítque sibi dari, est principium adoptionis. Media suppleri facilè possūt à magistratu, quantum ad solennitatem, dum non desit substantia. Extrema non item multò minus illud, quod primum & principium est. Alioqui cur loqueretur hæc lex de patre naturali si idem esset in adoptiuo?

30. PAV-

30. PAVLVS libro primo Regularum.

ET qui vxores non habent, filios adoptare possunt.

Ad l. Et qui vxores 30.

Ratio dubitandi. Qui vxores non habent non possunt liberos quærere ex iustis nuptiis. *l. filium. 6. §. titu. 1.* ergo neque per adoptionem, cùm adoptio imitetur naturam. *l. adoptio. 16. hoc tit.* Ratio decidendi. Sufficit vt habere possint. Lex enim supplet naturam, quę non est in actu, non autem eam, quę non potest esse. *l. 2. §. 1. §. eod.*

31. MARCIANVS lib. 5. Regularum.

NOn potest filius, qui est in potestate patris vllo modo compellere eum, vt in potestate: siue naturalis, siue adoptiuus.

Ad l. Non potest filius 31.

Ratio dubitandi. Potest pater, siue naturalis, siue adoptiuus, filium inuitum emancipare patrio iure. *l. quidam, cùm. 132. de verb oblig.* Ergo & inuitus cogi, vt emancipet: vt sit eadem ratio correlatiuorum. *l. 1. C. de cuppress lib. 11.* Ratio decidendi. Imò non potest pater inuitum emancipare. *l. iubemus, licere. 5. C. de emancip.* nisi ex ea causa ex qua posset eam exheredare. *d. l. quidam cùm 132. & Nouel. 89. cap. 11. §. generaliter.* Ius enim patriæ potestatis inæstimabile est ex vtraque parte. *l. filiusfam. 114. §. sed si liberos. de leg. 1.* si tamen pater tanti æstimauerit eo carere, putà, si agnouerit legatum sibi ab alio factum ea lege, vt liberos emancipet, non erit ei permittendum, vt circumueniat voluntatem defuncti. *l. si cui legatum. 92. de cond. & demonst.* Denique patriæ potestatis vinculum tantum est, vt nec volente patre aliter possit dissolui, quàm si is filium ter vendiderit, ídque ex *l. 12. tabb.* Planè non dubito, quin potuerit pater etiam inuitum filium & emancipare, & vendere primis illis temporibus, quibus etiam occidere licebat. *l. in suis. 11. de lib. & post.* Nec tamen similiter vnquam obtinuit, vt inuitus cogeretur emancipare. *l. pen. vnde lib. l. non nudo. 3. & l. seq. C. de emancip. nisi in casu. l. vlt. si à parent. quis man. & l. si lenones. 12. Cod. de episcopali audientia.* patria enim potestate ius proprium est patris, non filij, nec filio commune.

32. PAPINIANVS lib. 31. Quæstionum.

NOnnunquam autem impubes, qui adoptatus est, audiendus erit, si pubes factus emancipari desideret: ídque causa cognita per iudicem[a] statuendum erit.

Ad l. Nonnunquam 32.

Ratio dubitandi. Ex *l. prox. præced.* Ratio decidendi. Impubes non proprio, sed alieno iudicio, & ex agnatorum magis, quàm ex suo consensu, incidit in potestatem adrogatoris, quod sicut non fuit permittendum, nisi ob vtilitatem ipsius impuberis. *l. nec ei permittitur. 17. §. 1. & ll. seqq. sup.* ita nec retinendum, scilicet, si causa cognita appareat iustum desiderium puberis negantis sibi expedire, vt maneat in potestate. *l. si pubes. 33. h. t.* non enim sola ipsius voluntate dissolui potest actus tam solemnis, qui nec sola eius voluntate fieri potuit. *l. nihil tam naturale. de reg. iur. & l. 3. de emancip. lib.*

a *Iudicem.* dixit pro *ius dicentem.* Iurisdictionis enim est, & quidem voluntariæ, emancipatio: non autem iudicationis, quæ semper contentiosa est. Iudices quidem non sunt ius dicentes, sed ius dicentes possunt etiam dici iudices, scilicet maiores. *l. non distinguemus. 32. §. de liberali. de recept. arbit.* quibus subditi sunt alij, qui ideo pedanei vocantur, quam qui sint ad pedes magistratuum, à quibus dantur, *toto tit. C. de ped. iud.*

1 ¶ Imperator Titus Antoninus rescripsit, priuignum suum tutori adoptare permittendum.

Ad §. Imperator 1.

Ratio dubitandi, Tutori non est permittenda adrogatio pupilli sui, ex ratione *l. nec ei permittitur. 17. §. eo.* Ratio decidendi. Nisi iustissima & sanctissima adfectione id fiat: quod credi potest de tutore, qui pupillum suum, eundémque priuignum adoptat: cùm iam sit ei quodammodo filij loco. *§. adfinitatis. Instit. de nupt.*

33. MARCIANVS lib. 5. Regularum.

ET, si pubes factus non expedire sibi in potestatem eius redigi probauerit, æquum esse emancipari eum à patre adoptiuo: atque ita pristinum ius recuperare.

Ad l. Et, si pubes factus 33.

Ratio dubitandi. Publicè interest actus solemnes ritè perfectos ratos manere, adeò vt neque rescripto Principis rescindi debeant, licèt minus solemnes possint ab eo confirmari. *l. adoptio. 38. h. tit. l. nec auus. 4. C. de emanc.* Ratio decidendi. Ex causa tamen succurrendum est pupillo, qui alieno, non proprio iudicio fuit adrogatus. *l. 2. Cod. hoc titulo.* Nam & minor, qui locuples dedisset scipsum adrogandum prædoni, posset restitui beneficio ætatis. *l. 3. §. si quis minor. de mino.* Nempe vt cogeretur pater adoptiuus eum emancipare. Non enim posset prætor per se reddere statū, qui per capitis minutionem ita mutatus esset, vt esse desisset. *l. si ex causa. 9. §. pen. eod. tit.*

34. PAVLVS lib. 11. Quæstionum.

QVæsitum est, si tibi filius in adoptionem hæc lege sit datus, *vt post triennium* (putà) *eundem mihi in adoptionem des*, an actio vlla sit. & Labeo putat nullam esse actionem. nec enim moribus nostris conuenit filium temporalem habere.

Ad l. Quæsitum est 34.

Ratio dubitandi, Pacta omnia in aliquo actu bona fide adhibita seruanda sunt. *l. in traditionibus. 48. de pactis.* ne alioqui decipiatur is qui non aliter contracturus fuit. *l. vlt. Cod. de pactis inter empt.* Ratio decidendi. scilicet, si non sint contra leges. *l. iurisgentium 7. §. ait prætor. de pact. l. pacta. quæ contra. 6. C. eodem.* Est autem contra leges, vt filius quis ad tempus fiat, aut sub conditione. *l. actus legitimi. 77. de reg. iur.* quia nec per naturam fieri hoc posset, quam tamen adoptio imitatur. *§. minorem. 4. Instit. h. tit.*

35. IDEM libro primo Responsorum.

PEr adoptionem dignitas non minuitur, sed augetur. vnde senator, & si à plebeio adoptatus est, manet senator. similiter manet & senatoris filius.

Ad l. Per adoptionem 35.

Ratio dubitandi, qui adrogatur minuitur capite. 3. *instit. de capit. minut.* ergo multo magis dignitate. Plus enim est capite minui. quàm dignitate. *l. 3. de senat.* Ratio decidendi, nihil commune habet familia cum dignitate. Qui enim sit filius familias, remanet capax propriæ & pristinæ dignitatis, non etiam familiæ. *lege senatoris. 6. §. 2. primo de senatoribus.* licèt non possit dignitas esse sine capite.

36. IDEM libro 18. Responsorum.

EMancipari filium à patre quocunque loco posse constat, vt exeat de patria potestate.

Ad l. Emancipari 36.

Ratio dubitandi, emancipatio est actus solemnis, & facienda apud magistratum. *l. 2. & vlt. C. de emancip.* ergo non quocunque loco. Ratio decidendi. intellige quocunque loco apud magistratum. Est enim voluntariæ iurisdictionis.

1 ¶ Apud consulem etiam in ea prouincia, quam sortitus non est, & manumitti, & in adoptionem dari posse placet.

Ad §. Apud Proconsulem 1.

Ratio dubitandi, extra territorium ius dicere nemo potest. *l. vlt. de iurisd.* Proconsul autem nullam iurisdictionem habet extra prouinciam, quam sortitus est. *l. obseruare. 4. §. vlt. de offi. procons.* Ratio decidendi, sunt quidem ista iurisdictionis, sed voluntariæ. *l. 2. eod.* quæ contenta est autoritate, & imperio magistratus. Proconsul autem imperium habet statim atque vrbem egressus est. *l. non est omnino. 7. de manum. vind.* sicut & retinet quousque sit ingressus. *l. vltim. de officio procons.* Inde est quod etiam apud alterius prouinciæ præsidem possint peragi hæ legis actiones. *l. etiam conditionis. 15. §. vltim. de mand. vind.*

37. IDEM libro secundo Sententiarum.

ADoptare quis nepotis loco potest, etiam si filium non habet.

Ad l. Adoptare 37.

Ratio dubitandi, adoptio imitatur naturam. §. 4. *instit. hoc tit.* Naturaliter autem non potest quis habere nepotem, quin filium prius habuerit. *l. liberorum. 220. de verborum signific.* Ratio decidendi, sufficit, vt possit habere filium ad hoc, vt possit habere nepotem. Potest autem habere filium etiam is, qui non habet. Denique lex contenta est sola potentia, nec requirit actum. Ideo enim fingit, vt actum qui non est suppleat.

1 ¶ Eum, quem quis adoptauit, emancipatum, vel in adoptionem datum iterum non potest adoptare.

Ad §. Eum, quem quis 1.

Ratio dubitandi, filiusfamilias emancipatus potest licitè & honestè adoptari ab eo ipso à quo fuit emancipatus. *l. qui liberatus. 12. §. eodem.* nec beneficium legis facilè cuiquam est denegandum quod nec peti debet. *l. imperatores. 30. de rebus autoritate iudicis possid.* Ratio decidendi, videntur ludibrio esse leges ei, qui sæpius eiusdem personæ adoptionem & facere, & dissoluere vult. *l. vlt. §. vlt. C. de bonis quæ liber.* quod non similiter dici potest de eo, qui emancipauit eum quem natura, non adoptio, filium fecerat.

38. MARCELLVS libro 26. Digestorum.

ADoptio non iure facta, à principe confirmari potest.

Ad l. Adoptio 38.

Quæ non iure facta sunt, fauorem nullum merentur, & ex integro facienda sunt, vt solemniter fiant, vt ne quid facilè mutetur ex solemnibus. *l. etsi nihil facilè. 183. de reg. iur.* Ratio decidendi, ad principis autoritatem pertinet supplere solemnitates, dum ne cui fiat iniuria, vt appareat eum supra leges esse. Itaque magistratui non idem permitteretur. Quod si non solemnitas, sed substantia deesset, non posset princeps eam supplere. *l. omnium. 19. C. de testam.*

39. VLPIANVS libro tertio de officio Consulis.

NAm ita Diuus Marcus Eutychiano rescripsit: Quod desideras, an impetrare debeas:

beas: æstimabunt iudices, adhibitis etiam his, qui contradicent: id est, qui læderentur confirmatione adoptionis.

Ad l. Nam ita 39.

Ratio dubitandi. Non est in adoptione necessarius consensus eorum, quibus agnascitur is, qui adoptatur. *l. cùm adoptio. 7. §.* Ergo neque in adoptionis confirmatione. Ratio decidendi. Adoptio fit ex voluntate illius, qui liberum disponendi arbitrium habeat, & cui lex id facere permittit, dummodò iure ac solemniter faciat. Confirmatio autem fit à principe, ad cuius dignitatem pertinet, ne quid statuat in alterius iniuriam. *l. 2. §. merito. §. si quis à principe.* ne quid in loco publico. *l. nec antus 4. Co. de emancip.* quod faceret, si adoptionem confirmaret non vocatis iis, qui ex illa confirmatione lædi possent. *l. etiam si patre. 29. §. vlt. de min. l. denuo quoq. 47. de re iudicata.* In summa, adoptio est actus voluntariæ iurisdictionis: Adoptionis autem confirmatio contentiosa, cùm exigat causæ cognitionem: quæ porro plena esse non potest, nisi præsentibus, aut saltem euocatis omnibus, quorum interest.

40. MODESTINVS libro primo Differentiarum.

ADrogato patrefamilias liberi, qui in eius erant potestate, nepotes apud adrogatorem efficiuntur: simúlque cum suo patre in eius recidunt potestatem. quod non similiter[a] in adoptionem contingit: nam nepotes ex eo in aui naturalis retinentur potestate.

Ad l. Adrogato 40.

Ratio decidendi, & dubitan. eadem quæ ad §. 2. *l. 2.*

a *Quod non similiter.* Ratio decidendi, & dubitandi. eadem quæ ad *l. liberum arbitrium 28. §. eod.*

1 ¶ Non tantùm cùm quis adoptat, sed & cùm adrogat, maior esse debet eo, quem sibi per adrogationem, vel per adoptionem filium facit, & vtique plenæ pubertatis: id est, decem & octo annis[b], eum præcedere debet.

Ad §. Non tantùm. 1.

Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *§. vlt. l. si paterfa. 15. §.* vide *§. minorem. Inst. h. tit.*

b *Decem & octo annis.* Ratio dubitandi. Potest quis vxorem ducere & liberos suscipere post annum 14. *Inst. de nup. in pr.* Ergo & adoptare. *l. adoptio 16. §.* Ratio decidendi, Fauoralilius, & reipublicæ vtilius est matrimonium, quàm adoptio. Matrimonium enim parit Reipublicæ liberos: adoptio non item, sed ab alio genitos sibi acquirit. In liberis naturalibus quærendis & iudicium versatur & natura: In adoptionis nihil nisi iudicium, quod proinde tanto maius esse debet. Est autem paulò plenius, cùm plena est pubertas quod non contingit ante 18. annum.

2 ¶ Spado adrogando, suum heredem sibi adscíscere potest: nec ei corporale vitium impedimento est.

Ad §. Spado adrogando. 2.

Ratio dubit. & deci. eadem quæ ad *l. 2. §. 1. §. eodem.*

41. IDEM libro secundo Regularum.

SI pater filium, ex quo nepos illi est in potestate, emancipauerit, & postea eum adoptauerit; mortuo eo, nepos in patris non reuertitur potestatem. Nec is nepos in patris reuertitur potestatem, quem auus retinuerit filio dato in adoptionẽ[c] quẽ denuo readoptauit.

Ad l. Si pater filium 41.

Ratio dubit. Non tam videtur hic filius per arrogationem translatus, quàm redditus. & difficile est vt veri patris adoptiuus filiuus vnquam esse intelligatur. *l. filio, quem 23. de lib. & post.* Atqui si non exiisset de potestate mortuo auo, nepos in ipsius recideret potestatem. *l. nepotes 5. §. tit. 1.* Ratio decidendi. Hic filius per emancipationem desiit esse filius. *l. senatoris 6. de senat.* Ergo per adrogationem partus est nouus filius qui proinde non potest videri pater nepotis vt eum incipiat habere in potestate. Quamuis noceat ei exheredatio ante emancipationem facta. *d. l. filio, quem 23.* vbi Papinianus bene adiecit dictionem, *Ferè.* nam propositio ibi posita, si generalis esset, falsa esset. Aliud hodie est, si patria potestas soluta sit non per emancipationem, vt hîc, sed per dignitatem. *Nouella 81. cap. 2.* Dignitatem, inquam, omnem, quæ curia liberare valeat. *cap. 1. §. generaliter. ibid.*

c *Filio dato in adoptionem.* Nam cùm datio in adoptionem non fieret olim sine emancipatione: *l. vlt. C. h. tit.* nihil interest an patria potestas soluatur per adoptionem, an per emancipationem.

42. IDEM libro primo Pandectarum.

ETiam infantem in adoptionem dare possumus.

Ad l. Etiam infantem 42.

Ratio dubitandi. Cùm pater dat in adoptionem filium exigitur consensus vtriusque *l. in adoptionib. §.* infans aût consentire nequit, cum illa ætas ignoret etiam ea quæ videt. *l. 1. C. de falsa mon.*

Ratio decidendi. Sufficit, vt consensus Ille interueniat non contradicendo. *d. l. in adoptionibus 5.* Iudicium enim, & consensus infantis si auctoritate tutoris suppleri potest. *l. quamuis pupillus 32. §. 2. de acq. poss.* quanto magis autoritate patris, qui omnium optimè filio prospicere velle creditur? *l. vl. C. de curat. fur.* facit eleganter *l. 2. §. vlt. vers. nam vbi sol. matr.*

43. POMPONIVS lib. 20. ad Quintum Mucium.

ADoptiones non solùm filiorum, sed & quasi nepotum fiunt: vt aliquis nepos noster esse videatur, perinde quasi ex filio, vel incerto[d] natus sit.

Ad l. Adoptiones 43.

Ratio dubitandi. Adoptiones inuentæ sunt, vt quis filiumfamilias sibi acquireret, non vt nepotem. *l. 1. §.* Ratio decid. Nepos facilè succedit in locum filij, quoties sc. alius desinit eum præcedere in familia. *l. si quapœna 7. §. tit. 1. l. postumorum loco 13. de iniust. rup.*

d *Vel incerto.* Ratio dubit. Non potest cuiquam nepos certus nasci ex incerto filio. *arg. l. vlt. C. de nat. lib.*

Ergo neque fieri per adoptionem. Ratio decidendi, lex fingit nepotem natum, non ex nullo filio, sed ex incerto, ac proinde ex aliquo. Nam incertum qui dicit, aliquem præsupponit: nec interest quis ille sit ad inducendum aliquem quasi ex eo nepotem.

44. PROCVLVS libro octauo Epistolarum.

SI is, nepotem ex filio habet, in nepotis loco aliquem adoptauit: non puto, mortuo auo, iura consanguinitatis in ter nepotes futura esse. sed si sic adoptauit, *vt etiam iure legis nepos suus esset, quasi ex Lucio (puta) filio suo, & ex matre familias eius natus esset*: contra puto.

Ad l. Si is, qui nepotem 44.

Ratio dubitandi. Plures nepotes illius, qui vnum tantùm filium habet, vel habuit, necesse est vt sint fratres consanguinei, id est, ex eodem patre, cùm sunt naturales? Ergo idem est, si vnus est naturalis, alius adoptiuus. Ratio decidendi. Id procederet si nepos esset adoptatus, tanquam ex illo eodem filio, ex quo est nepos naturalis, vt sequitur in hac lege. Sed aliud est, si adoptatus sit simpliciter in loco nepotis. Tunc enim adoptatus videtur tanquam nepos ex incerto filio. *l. prox. præced.* Ergo tanquam ex alio, quàm ex patre nepotis naturalis, cùm is certus sit: non possunt igitur inter se habere iura consanguinitatis.

45. PAVLVS lib. 3. ad legem Iuliam & Papiam.

ONera eius, qui in adoptionem datus est, ad patrem adoptiuum transferuntur.

Ad l. Onera eius 45.

Ratio dubitandi. Ad patrem adoptiuum, cui filiusfam. in adoptionem datus est bona nulla transeunt, quia, qui adoptatur nulla habet. *l. lex Cornelia 28. in fin. de vulg. & pupill.* ergo nec onera transire debent, præsertim, cùm adoptiuus filius per emancipationem alius nunc esse videatur. *l. liberos 3. §. vlt. de cap. min. l. seruus legatus 27. de adim. vel trans. l. qui res suas 98. §. aream. de solutio.* Ratio decidendi. Onera necessariò sequuntur caput, quod transit in familiam patris adoptiui. Vbi enim possunt esse onera, nisi vbi caput est, cùm nulla sunt bona? *l. in adrogatorem 42. de peculio. l. si quis creditori 7. de pec. leg.* Putarunt tamen Sabiniani nullam ex antecesso actionem dandam esse. *d. l. in adrogatorem 42.* sicut nec daretur in seruum manumissum. *toto titulo.* Can seruus pro suo facto.

46. VLPIANVS libro 4. ad Legem Iuliam & Papiam.

IN seruitute mea quæsitus mihi filius, in potestatem meam redigi beneficio principis potest: libertinum tamen eum manere [a] non dubitatur.

Ad l. In seruitute mea 46.

Ratio dubitandi. Patria potestas non acquiritur, nisi vel iustis nuptiis, vel adoptione. *l. 1. §.* quorum neutrum hîc interuenit. Ratio decidendi. Naturalis filius is est, qui natus est ex contubernio, quod imaginem habet nuptiarum: quia inter seruos non possunt esse nuptiæ. Itaque cùm iam sit naturalis, nihil est, quod impediat ne sit in potestate, nisi quia non est iustus filius, id est, iuri cognitus, & legibus. Hoc verò suppleri potest auctoritate principis, quia est viua lex, & supra leges omnes, vt *l. adoptio. 38. §. l. 2. de rebus eorum qui sub.* voluntatem tamen filij interuenire oportet. *l. vlt. supra tit. 1.*

a *Libertinum manere.* Ratio dubitandi. Quisquis est in potestate, siue adoptione, siue iustis nuptiis quæsitus, is est ingenuus. Non enim potest nasci ex iustis nuptiis nisi qui nascitur ex vtroque parente libero. *§. 1. institut. de nuptiis.* neque adrogari qui non est ingenuus. *l. si pater familias 15. in fin. supra.* Ergo & qui beneficio principis pro iusto filio habetur. Ratio decidendi. Fuit hic ex iusta seruitute manumissus, ergo est libertinus. Nam nec à principe potest natalibus restitui nisi consentiente patrono, *l. pen. & vlt. de natal. restit.*

DE DIVISIONE RERVM, ET QVALITATE.

TITVLVS VIII.

GAIVS libro secundo Institutionum.

SVMMA rerum diuisio in duos articulos deducitur. nam aliæ sunt diuini iuris, aliæ humani. ¶ Diuini iuris sunt: veluti res sacræ, & religiosæ. Sanctæ quoque res, veluti muri, & portæ, quodammodo diuini iuris sunt. ¶ Quod autem diuini iuris est, *id nullius in bonis est* [b]. id verò, quod humani iuris est, plerumque *alicuius in bonis est*: potest autem & nullius in bonis esse: nam res hereditariæ [c] antequam aliquis heres existat: nullius in bonis sunt. ¶ Hæ autem res, quæ humani iuris sunt, aut publicæ sunt aut priuatæ. quæ publicæ sunt [d] nullius in bonis esse creduntur: ipsius enim vniuersitatis esse creduntur. Priuatæ autem sunt, quę singulorum sunt.

Ad Tit. 8. De diuisione rerum, & qualitate.

Ad l. Summa rerum 1.

b *Nullius in bonis est.* Ratio dubitandi. Deus Opt. Max. res omnes & iura omnia creauit hominũ gratia. *l. 1. & 2. de ll. l. 2. de stat. hom.* Ergo etiam, quæ diuini iuris sunt possunt esse hominum. Ratio decidendi. Imò dicuntur iuris diuini ob id quod sint extra ius, & commercium hominum: & sacrilegium est rem, quæ sit diuini iuris, sibi vindicare.

c *Res hereditariæ.* Ratio dubitandi. Res hereditariæ personã defuncti, eiusdémq; domini repræsentant. *l. hereditas enim 34. de acq. rer. dom. l. non minus 31. §. 1. de her. instit.* Rat. dec. id fit per fictionem iuris ciuilis, quæ ideo est inducta, ne alioqui res hereditariæ possent fieri iure gentium primi occupantis, & vt dominium defuncti posset continuari in heredẽ. *l. cùm heredes 23. de acquir. poss. l. legatum ita. 80. de legat. 2.*

Cæterùm re vera quod est hereditarium in nullius bonis est. *l. licet tamen 3. de pecul.*

d *Quæ publicæ sunt.* Ratio dubitandi. Publicæ res sunt vniuersitatis, ergo non sunt nullius. Ratio decidendi. Nullius sunt certæ personæ, quia vniuersitas est nomen iuris repræsentans personam fictam. *l. 1. 2. & l. sicut municipum 7. quod cuiusque vniuer. nom.* sicut & hereditas. *l. hereditas 5. de petit. hered.*

1 ¶ Quædam præterea res *corporales* sunt, quædam *incorporales*. ¶ *Corporales* hæ sunt, quę tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, & denique aliæ res innumerabiles. *Incorporales* sunt, quæ tangi non possunt: qualia sunt ea, quæ in iure consistunt: sicut hereditas, vsusfructus obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quòd in hereditate res corporales continentur. nam & fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt: & id quod ex aliqua obligatione nobis debetur: plerumque corporale est: veluti fundus, homo, pecunia. nam ipsum ius successionis & ipsum ius vtendi fruendi, & ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt & iura prædiorum [b] vrbanorum, & rusticorum: quæ etiam seruitutes vocantur.

Ad §. Quædam præterea 1.

a *Tangi possunt.* Ratio dubitandi. Actio ad rem mobilem vel immobilem censetur mobilis vel immobilis, & consequenter corporalis. *l. si ad vsoluendam 7. vbi DD. C. de præd. min. Bart. ad l. si sic legatum 7. §. vlt. num. 5. de leg. 1.* Ratio decidendi. Negandi est traditio Bartoli, nunquam enim actio est res corporalis, sicut nec tangi vnquam potest.

b *Hereditas, vsusfructus, obligatio.* Ratio dubitandi. Quia res hereditariæ sunt vt plurimum corporales, itémque fructus & res in obligationem deductæ. Ratio decidendi. Differt hereditas à rebus hereditariis, *l. hereditas 50. de petit. her. l. in fideicom. 18. ad Trebellianum vsusfructus à fructibus. l. si vsusfructus. 66. l. cùm in fundo. 78. de iure dot.* obligatio à rebus debitis. *l. nihil aliud 31. de oblig. & act.*

c *Iura prædiorum.* Ratio dubitandi. Ex *l. quid aliud 86. de verb. signific.* Ratio decidendi. Definitur ibi abstractum per concretum, sine quo esse non potest: sed non est propria & bona definitio, quia concreta differunt ab abstractis formaliter.

2. MARCIANVS lib. 3. Institutionum.

QVædam naturali iure communia sunt omnium, quædam vniuersitatis, quædam nullius, pleraque singulorum: quæ variis ex causis cuique adquiruntur. 1 ¶ Et quidem *naturali iure omnium communia* sunt illa, aër, aqua profluens, & mare, & per hoc littora maris.

Ad l. Quædam naturali 2.

Ratio dubitandi. Naturali iure omnia sunt communia. Cœpit enim distinctio dominiorum à iure gentium. *l. ex hoc iure. 5. de iust. & iur.* Ergo non ista tantùm. Ratio decidendi. *Ius naturale* hâc dictum est pro iure gentium vt in *§. singulorum. inst. h. tit. l. nemo igitur 4. inf.* Non enim differunt forma, sed tantùm materia. dixi ad *l. 1. de iust. & iur.*

3. FLORENTINVS libro sexto Institutionum.

ITem lapilli, gemmę, cæteráque, quæ in littore inuenimus, iure naturali nostra statim fiunt.

Ad l. Item lapilli 3.

Rat. dub. quæ sunt communia, iam nostra sunt. *l. serui electione 5. de leg. 1.* quæ autem iam nostra sunt magis nostra fieri non possunt. *§. 14. inst. de act.* Rat. dec. Non dicuntur ista communia, quod iam nostra sint, sed quia fiunt primi occupantis. *l. quod in littore 14. l. quamuis quod in littore. 50. de acq. rer. do. villis, ædificiis, & monumentis* iam ab alio ædificatis.

4. MARCIANVS lib. 3. Institutionum.

NEmo igitur ad littus maris accedere prohibetur piscandi causa: dum tamen villis, & ædificis, & monumentis abstineatur: quia non sunt iuris gentium, sicut & mare. idque & Diuus Pius piscatoribus Formianis, & Capenatis rescripsit.

1 ¶ Sed flumina penè omnia, & portus publica sunt.

Ad l. Nemo igitur 4.

Ratio dubitandi. Superficies cedit solo, & naturali & ciuili ratione. *l. 2. de superf.* ergo quale est mare, aut littus maris, tale etiam erit quidquid en eo ædificabitur. Ratio decidendi. Quę sunt communia mutant naturam, cùm occupantur, siquidem fiunt occupãtis: occupantur autẽ, cùm quis in iis ædificat.

Ad §. Sed flumina 1.

Ratio dubitandi. Quia profluens est communis non publica, ergo & flumen. Ratio decidendi. Differt aqua profluens ab ipso flumine, quòd profluens sit primi occupantis: flumen non item: sed populi, aut principis. Sunt quædam tamen etiam flumina non publica, sed priuata. *l. 1. §. 3. 4. de flum.*

5. GAIVS lib. 2. rerum cottidianarum siue aureorum.

RIparum vsus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. Itaque nauem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare, & ex mare reducere, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen nauigare. sed proprietas illorum est, quorum prædiis hærent. qua de causa arbores quoque in his natæ eorundem sunt.

Ad l. Riparum 5.

Ratio dubitandi. Id cuiusque proprium est, quo vtitur fruitur, inquit Cicero in quadam epistola. Ratio decidendi. Separanda est causa proprietatis, adeóque possessionis, & vsus. *lege penultima. de acquirenda possessione.* nam nec re sua vti frui quisquam potest. *lege vti frui. in princip. 5. si vsusfructus petet.*

1 ¶ In mare piſcantibus liberum eſt caſam in littore ponere, quâ ſe recipiant.

Ad §.1.In mare.

Ratio dubitandi. Liberum eſt vnicuique in littore ædificare. *l.* 4. §. ergo fruſtra eſt quærere an poſſit caſam ponere. Ratio decidendi. Nemo debet ædificare inconſulto prætore. *l. quamuis* 50. *de acquir. rer. dom.*

6. MARCIANVS lib.3. Inſtitutionum.

IN tantum, vt & ſoli domini conſtituantur, qui ibi ædificant: ſed quamdiu ædificium manet: alioquin, ædificio dilapſo, quaſi iure poſtliminij, reuertitur locus in priſtinam caſam: &, ſi alius in eodem loco ædificauerit, eius fiet.

Ad l.In tantum 6.

Ratio dubitandi. Area pars eſt ædificij & quidem maxima. *l. qui res ſuas* 98. *§. aream. de ſolut.* ergo remanet eius cuius fuit ædificium. Nam nec dominium ſemel quæſitum amittitur niſi certis modis. *l. ſi quis vi.* 17. *§.1. de acquir. poſſeſſ.* Ratio decidendi. Dominium iuris gentium ſicut acquiritur per occupationem ſine vllo titulo, ita nec durat acquiſitum, niſi quamdiu durat occupatio: ideóque differt à dominio ciuili.

1 ¶ *Vniuerſitatis* ſunt non ſingulorum, veluti quæ in ciuitatibus ſunt theatra, & ſtadia, & ſimilia, & ſi qua alia ſunt communia ciuitatum. ¶ Ideóque nec ſeruus communis ciuitatis, ſingulorum pro parte intelligitur, ſed vniuerſitatis. & ideo tam contra ciuem, quàm pro eo poſſe ſeruum ciuitatis torqueri Diui fratres reſcripſerunt. Ideo & libertus ciuitatis non habet neceſſe veniam edicti petere, ſi vocet in ius aliquem ex ciuibus.

Ad §.1.Vniuerſitatis.

Ratio dubitandi. Vniuerſitas non cõſtat niſi ex ſingulis, qui ſi nulli ſint non poteſt conſiſtere. *l. ſicut municipum.* 7. *quod cuiuſque vniuerſ.* Vniuerſitas eſt nomen iuris, differtque à ſingulis. *d.l. ſicut municipum.* 7. *l.* 72. *de iudic.*

2 ¶ Sacræ res, & religioſæ, & ſanctæ, *in nullius bonis ſunt.*

Ad §.2.Sacræ res.

Deus bonis noſtris non eget. ergo etiam res ſacræ & religioſæ poſſũt eſſe in bonis noſtris. Ratio decidendi. Quæ Deo dicantur à nobis abdicantur. *Auth. ingreſſi. Cod. de ſacroſ. eccleſ. l. ſacra loca.* 9. *h. tit.*

3. ¶ Sacræ autem res ſunt hæ, quæ publicè conſecratæ ſunt, non priuatæ. ſi quis ergo priuatim ſibi ſacrum conſtituetit, ſacrum, non eſt, ſed profanum. Semel autem [a] æde ſacra facta, etiam diruto ædificio, locus ſacer manet.

Ad §.3.Sacræ autem.

Ratio dubitandi. Quæ ſunt ſacra, ſunt etiam religioſa. Atqui religioſum locum etiam priuatus quiſque ſibi facit. *§. ſeq.* Ratio decidendi. Quidquid ſacrum eſt etiam religioſum eſt, ſed non contra. Ius publicum conſiſtit in ſacris ſacerdotiis & magiſtratibus *l.* 1. *§.2. de inſt. & iur.* ergo non eſt priuati facere rem ſacram.

a *Semel autem.* Ratio dubitandi. Locus non erat ſacer niſi propter ædem ſacram. Ratio decidendi. Supereſt ſemper cauſa religionis & pietatis, quæ impedit, ne quod Deo ſemel dicatum fuerit condicatur aut vindicetur. *l. cùm is, qui* 32. *§.2. de cond. indeb.*

4 ¶ Religioſum autem locum vnuſquiſque ſua voluntate facit, dum mortuum infert in locum ſuum. ¶ In commune autem ſepulchrum, etiam inuitis [b] cæteris, licet inferre. Sed & in alienum locum, concedente domino, licet inferre. & licèt poſtea [c] ratum habuerit, quàm illatus eſt mortuus, religioſus locus fit.

Ad §.4.Religioſum.

Ratio dubitandi. Cadauer hominis mortui non eſt quid religioſum, ergo eius illatio non poteſt facere locum religioſum. Ratio decidendi. Religionis intereſt ſepulchra & monumenta extrui. *l.* 1. *§.* 6. *de mortuo inferendo.* vt ſepulturæ tradantur corpora in memoriam humanæ conditionis. *l. quidam in ſuo* 27. *de cond. inſtit.*

a *Etiam inuitis.* In pari iure melior conditio eſt prohibentis. *leg. Sabinus* 28. *communi diuidundo.* Ratio decidendi. Fauor religionis, & Reipublicę vtilitas hoc facit, ne cadauera inſepulta iaceant. *l. ſunt perſonæ* 43. *de relig. & ſumpt.*

c *Et licèt poſtea.* Ratio dubitandi. Illatio mortui ſola eſt quæ locum facit religioſum, non etiam ratihabitatio. Ratio decidendi. Ratihabitatio æquiparatur mandato. *l. vlt. C. ad Maced.* & retrotrahitur maximè in fauorabilibus. *l. ſi legatus* 30. *ad Trebell.*

5 ¶ Cenotaphium quoque magis placet locum eſſe religioſum, ſicut teſtis in ea re eſt Vergilius.

7. VLPIANVS libro 25. ad Edictum.

SEd diui fratres contrà reſcripſerunt.

Ad §.5.Cenotaphium. & Ad l.Sed diui fratres 7.

Ratio dubitandi. Cenotaphium eſt vacuum monumentum, ergo non eſt locus religioſus. Ratio decidendi. Hæc ipſa eſt ad *l. ſeq. & ad l. vel quod paterfamilias* 6. *de relig. & ſumpt. fun.*

8. MARCIANVS lib.4. Regularum.

SAnctum eſt, quod ab iniuria hominum defenſum atque munitum eſt. 1 ¶ Sanctum autem dictum eſt à ſagminibus, Sunt autem ſagmina quædam herbæ, quas legati populi Romani ferre ſolent, ne quis eos violaret: ſicuti legati Græcorum ferunt ea, quæ vocantur *certycia.* 2 ¶ In municipiis quoque muros eſſe ſanctos Sabinum rectè reſpondiſſe Caſſius refert: prohiberíque oportere ne quid in his immitteretur.

Ad l.Sanctum 8. *& §§.* 2.

Ratio dubitandi. Muri municipij non ſunt ciuitatis. Ratio decidendi. Etiam municipium ad ciuitatem pertinet.

9. VLPIA-

9. VLPIANVS lib.68. ad Edictum.

SAcra loca ea ſunt, quæ publicè ſunt dedicata, ſiue in ciuitate ſint, ſiue in agro.

1 ¶ Sciendum eſt, locum publicum tunc ſacrum fieri poſſe, cùm Princeps eum dedicauit, vel dedicandi dedit poteſtatem.

Ad l.Sacra loca 9. *& Ad §.Sciendum* 1.

Ratio dubitandi. & decidendi. eadem quæ ad *l.* 6. *§.2.* & 3.

2 ¶ Illud notandum eſt, aliud eſſe ſacrum locum, aliud ſacrarium. *ſacer locus*, eſt locus conſecratus. *ſacrarium* eſt locus, in quo ſacra reponuntur: quod etiam in ædificio priuato [a] eſſe poteſt: & ſolent, qui liberare eum locum religione volunt, ſacra inde euocare.

Ad §.2.Illud notandum. 11. *§.1. ad l.Iul. pecul.*

Ratio dubitandi. Sacrum & ſacrarium ſunt conjugata, vtrumque dictum à rebus ſacris. Ratio decidendi. Non ideo ſunt ſynonyma. *v. l. qui perforauerit.*

a *Priuato.* Ratio dubitandi. Videntur res ſacræ fieri perſonæ cùm ponuntur in loco priuato, & profano. Ratio decidendi. Res ſemel ſacra ſine ſolemnibus contrariis fieri profana non poteſt.

3 ¶ Propriè dicimus *ſancta*, quæ neque ſacra, neque profana ſunt, ſed ſanctione quadam confirmata: vt leges ſanctæ [b] ſunt, ſanctione enim quadam ſunt ſubnixæ: quod enim ſanctione quadam ſubnixum eſt, id ſanctum eſt, & ſi Deo non ſit conſecratum. & interdum in ſanctionibus adiicitur, *vt qui ibi aliquid commiſit, capite puniatur.*

Ad §.3.Propriè.

Ratio dubitandi. Sanctum dicitur à ſagminibus. *l. ſanctum* 8. *§. eod.* Ratio decidendi. Poteſt eiuſdem nominis duplex eſſe etymologia. *l.1. de furt.*

b *Leges ſanctæ.* Poſſunt etiam ſic dictæ eſſe, quia ſunt inuiolabiles: Item quoniam à Deo ipſo ſancitæ intelligantur. *l.1. & 2. de ll.* Denique ſanctum eſt quidquid iure publico eſt inuiolabile.

4 ¶ Muros autem municipales nec reficere licet ſine Principis, vel Præſidis autoritate: nec aliquid eis coniungere, vel ſuperponere.

Ad §.4.Muros.

Ratio dubitandi. Publicè & apertè vtile eſt reſici muros municipij, adeòque ciuitatis: ergo cuilibet permiſſum eſt, ne quod fauore publico conſtitutum eſt in damnum Reip. retorqueatur. Ratio decidendi. Res ſanctæ ſunt, quæ violarentur ſi quid in iis fieret citra Principis vel Præſidis autoritatem: permittitur tamen niſi ſit damnoſum. *l.* 2. *& 3. ne quid in loc. ſac.*

5 ¶ Res ſacra non recipit æſtimationem.

Ad §.5.Res ſacra.

Ratio dubitandi. Quod nullam habet æſtimationem, nihil eſt. Ratio decidendi. Imò ſunt multa, quę vel ideo non poſſunt æſtimari, quòd ſint nimis magna, vt libertas. *l. libertas* 106. *de regul. iur.* Patria potes. *l. ſiliusfamilias* 114. *§.8. de lega.* 1. *eximius labor. l. pen. de donationib. hîc & res ſacra.* Inde iuriſprudentia noſtra inæſtimabilis. *l.* 1. *§. proinde. de extraordin. cognit.* quia res ſacra eſt & nos ſacerdotes. *leg.* 1, *de iuſt. & iur.*

10. POMPONIVS lib.6. ex Plautio.

ARiſto ait: ſicut id, quod in mare ædificatum ſit, fieret priuatum [c]: ita quod mari occupatum ſit, fieri publicum [d].

Ad l. Ariſto ait 10.

c *Priuatum.* Quia fit primi occupantis. *l.4. vbi ſup.* vide Rationem dubitandi, & decidendi.

d *Publicum.* Ratio dubitandi. Mare ipſum eſt commune, non publicum. *l.2. §.1. l.4. §. eo.* ergo quod à mari occupatur. Ratio decidendi. Quod commune eſt publicũ dici poteſt, non contrà: quia in eo quod plus eſt cõtinetur quod eſt minus, non è conuerſo.

11. POMPONIVS l.b.2. ex variis lectionibus.

SI quis violauerit muros, capite punitur: ſicuti ſi quis tranſcendet ſcalis admotis, vel alia qualibet ratione. nam ciues Romanos aliâ quàm per portas, egredi non licet: cùm illud hoſtile & abominandum ſit. nam & Romuli frater Remus occiſus traditur ob id, quod murum tranſcendere voluerit.

Ad l. Si quis violauerit 11.

Ratio dubitandi. Quia muri ſunt inanimati, ergo incapaces accipiendæ iniuriæ. *l. 2. ſi quad. paup. fec. §. ſeruis. 3. inſtit. de iniur.* Ratio decidendi. Violatur autoritas legiſlatoris, qui muros ſanctos eſſe voluit. Vnde & qui violat tenetur crimine peculatus. *l. qui perforauerit* 11. *illo tit.* quod pertinet etiã ad res ſacras & ſactas. *l.1. & l.2. & 3.* ne quid in loco ſacro fiat.

DE SENATORIBVS.

TITVLVS IX.

VLPIANVS lib. 62. ad Edictum.

ONSVLARI fœminæ vtique conſularem virum præferendum nemo ambigit. ¶ ſed vir præfectorius an conſulari fœminę præferatur, videndum. putem præferri: quia maior dignitas eſt in ſexu virili.

Ad Tit.9. De Senatoribus. l.1.

Ratio dubitandi. Fœminæ coruſcant radiis maritorũ. *l. vlt. C. de incol. lib.* 10. *l. mulieres* 13. *C. de dignit. lib.* 12. Ratio decidendi. Maior dignitas eſt in ſexu virili, licèt minor dignitas ſit in præfectorio, quã cõſulari fœminæ, ſed is tantũ qui habebit dignitatem proximã, quãuis inferiorẽ. Itaq; lego hîc *prætorius: l.1. C. de dign.* Nã præfectoria dignitas eſt maior cõſulari. *l. vlt. C. de off. præf. prætor. l.1. in fi. illius. ii l.1. §. pen. de appellat.*

1 ¶ Consulares autem fœminas dicimus consularium vxores. adiicit Saturninus etiam matres [a]. quod nec vsquam relatum est, nec vnquam receptum.

Ad §.1. Consulares autem.

Ratio dubitandi. Consularis vir dicitur qui consul fuit, fœmina autem consul esse nequit. *l.2. de reg. iu.* Ratio decidendi. *ex l.vl.C.de inc.d.l.mulieres 13. C.de dig l.nupt.e.8 j h.t.*

a *Etiam matres.* Ratio dubitandi. Potentius est vinculum, quo mater filio, quàm quo vxor viro coniungitur: cùm sit naturale, nec minor pietas matri quàm patri debeatur, licèt non sit par eorum potestas. *l.furiosæ.4.de curat. fur. l.nam etsi.15.de inof. test.* Ideóque liberis succedunt matres. *tot. ti. ad SC. Tert.* non maritis vxores, nisi post omnes cognatos. *l. vn. C. vnde vir & vxor.* Ratio decidendi. Imò vinculum matrimoniale est strictius, cùm vitę indiuiduam societatem inducat, & quasi vnitatem personarum. *l. 1. de ritu nupt.*

2. MARCELLVS lib. 3. Digestorum.

CAssius Lõginus nõ putat ei permittendũ, qui ꝓpter turpitudinẽ senatu motus, nec restitutus est, iudicare, vel testimoniũ dicere: quia lex Iulia repetũdarum hoc fieri vetat.

Ad l. Cassius Longinus 2.

Ratio dubitandi. Senator quandiu senator est neque iudicare potest, i. pedaneus iudex esse, neq; cogi testimonium dicere: quia sunt hæc omnia aliena ab eius dignitate nisi sint præsentes & res exigat. *l. inuiti. & ob carmen. 21. §.1. de testibus.* ergo, cùm remouetur à senatu, non potest ista amittere. Ratio decidendi. Lex Iulia repetundarum hoc fieri vetat, & merito. nam nec iudices nec testes notatos esse opertet. *l. quæsitum 13. de testibus.*

3. MODESTINVS lib. 6. Regularum.

SEnatorem remotum senatu capite non minui. sed Romæ morari, Diuus Seuerus, & Antoninus permiserunt.

Ad l. Senatorem 3.

Ratio dubitandi. Potest quis minui capite etiam salua dignitate. *l. per adoptionẽ 35. de adop.* ergo multò magis capite minui videtur qui dignitatem amittit. Ratio decidẽdi. Nihil cõmune habet capitis minutio cum dignitatis amissione, si neque libertas amittatur, neque ciuitas, neque familia. *l. vltima de cap. min.* quorum omnium nihil amittit, qui à senatu remouetur. Adeo vt nec consumatur eius existimatio, sed tantũ minuatur. *l. pen. de extraord. cogn.* Romæ tamen eũ morari non decebat, nisi Imperator permisisset. Ratio dubitãdi. Non amittit ciuitatẽ, quidni ergo eũ Romæ morari liceat? Ratio decidendi. põt quis etiã salua ciuitate prohiberi ne Romæ moretur, vt cernere est in relegato. *l. relegatorum 7. §.3. l. pen. & vlt. de interd. & rel. l. cùm prætor. 12. §. 2. de iudic.*

4. POMPONIVS lib. 12. ex variis lectionibus.

QVi indignus est inferiore ordine, indignior est superiore.

Ad l. Qui indignus 4.

Ratio dubitandi. Pœnæ sunt odiosæ, ideóque restringẽdæ. *l. cũ quidam 19. de lib. & post. l. perspiciendũ 11. de pœn.* Atqui alius est ordo inferior, alius superior. Ratio decidendi. Absurdum est eum, qui careat minoribus frui maioribus *l. cui pacto 5. in fi. de ser. expor.*

5. VLPIANVS libro 1. ad legem Iuliam & Papiam.

SEnatoris filium accipere debemus non tantùm eum, qui naturalis est, verùm adoptiuum quoque: neque intererit, à quo, vel qualiter adoptatus fuerit. nec interest [b], iam in senatoria dignitate constitutus eum susceperit, an ante dignitatem senatoriam.

Ad l Senatoris filium 5.

Ratio dubitandi. Qui per adoptionem filius est, non nisi fictitius & commẽticius filius est. *l. si ita quis 51. §.1. de leg. 2. l. fideicom missum. 76. de cond. & dem.* Ergo non est verè senatoris filius, ne sit in potestate priuati conferre cui velit dignitatem: quod ad Principem solum pertinet. Ratio decidendi. Filios fa. non solùm natura facit, sed etiam adoptio. *l. 1. de adopt.* Itaque dignitas patris iis acquiritur, non principaliter id agendo, sed per necessariam consequentiam: quia patris dignitas, quæ ex iure ciuili est, non potest non acquiri iis omnibus, quos ius ciuile pro iustis liberis agnoscit.

b *Nec interest.* Ratio dubitandi. Filius æstimatur ex tempore nariuitatis, aut saltem conceptionis *l. Titius exheredato. 6. & 7. de suis & legit.* nec qualitas superueniens potest afficere iam natos. *l. 2. C. de lib. & eor. lib. l. si senator. 11. C. de dign.* Ratio decidendi. Interest reip. vt hoc veluti transmittendæ ad quoscũque iustos liberos dignitatis, inuitentur homines ad ea genda quib. dignitatem promereri possint. *l. liberorum 220. in fi. de verb. sig.* & hoc est quod ait *d. l. si senator. 11.* esse mutilam & supplendam, ita vt à nobis eo loco adnotatum est.

6. PAVLVS lib. 2. ad legem Iuliam & Papiam.

SEnatoris filius est & is, quem in adoptionem accepit: quamdiu [c] tamen in familia eius manet, emancipatus verò nomen filij emancipatione amittit [d].

Ad l. Senatoris filius 6.

Ratio dubitandi, & decidendi. eadẽ quę ad *l. præced.*

c *Quamdiu.* Ratio dubitandi. Non potest quis per adoptionem fieri filius ad tempus, vt neque per naturam. *l. quæsitum est. 34. de adop.* Ratio decidendi. Non desinit filius esse rẽpore, sed dissoluta adoptione per emancipationem, vt & filius natus ex iustis nuptiis.

d *Nomen filij amittit.* Ratio dubitãdi. Nomen filij est naturale, ergo non amittitur per emancipationem. *l. eas obligationes. 7. de cap. min.* Ratio decidendi. Ius ciuile nullum agnoscit filium, nisi qui sit filius fa. nec vnquam loquitur de filio, nisi vsurpato nomine vel filiifam. vel sui heredis: quorũ neutrum conuenit emãcipato, siue filius naturalis fuerit, siue adoptiuus. de quo tamen solo, hæc l. loquitur, & in quo minor est. Ratio dubitandi. Adoptio enim non facit filium, sed filium fam. *l. 1. de adopt.* Iustæ nuptiæ faciunt & filium, & filium fam. Emancipatio tamen vtroque casu extinguit ius filij, non quasi filii, sed quasi filiifam. *l. quin etiam 55. in f. de rit. nup.* Atqui, inquies, continentur appellatione familiæ. *l. peto Luci 69. §. vl. de le. 2. Resp.* non contineri, sed appellatione familiæ, cui aliquid relictum est, demonstratos intelligi etiam eos, qui in familia fuerunt testamenti & mortis

& mortis tempore: quamuis postea fuerint emancipati. & hunc illius loci sensum esse, vt accipiant de iis qui fuerunt emancipati, postea vt ait. *l. 1. post diem fideic cel.* fauore illorum qui essent de familia.

1 ¶ A senatore in adoptionem filius datus ei, qui inferioris dignitatis est, quasi senatoris filius videtur: quia non amittitur senatoria dignitas adoptione inferioris dignitatis: non magis quàm, vt consularis desinat esse.

Ad §.1. A senatore.

Ratio dubtandi. Filius à senatore in adoptionem datus alij, desinit esse filius patris naturalis, cùm non possit esse filius duorum: adeò vt nec prætor ei det bonorum possessionem contra tabulas parentis naturalis, nisi & ipse institutis sit ex aliqua parte, & commissum sit per alios edictum. *l. non putauit. 8. §.11. & seq. & l. seq. de bonorum possess.* contra tabulas. Ratio decidendi. Adoptio mutat familiam, sed non dignitatem, quam auget potius. *l. per adoptionem. 35. de adoptionibus.* Mallem tamen hic legere *adeptione* quàm *adoptione*. non enim adoptatur inferior dignitas, sed qui adoptatur ab inferioris dignitatis homine, adipiscitur inferiorem dignitatem, cuius adeptione maiorem & senatoriam non amittit.

7. VLPIANVS lib. 1. ad legem Iuliam & Papiam.

EMancipatum à patre senatore, quasi senatoris filium haberi placet.

Ad l. Emancipatum 7.

Ratio dubitandi. Qui emancipatur habetur pro extraneo. *l. quin etiam. 55 in fi. de rit. nupt.* Ratio decidendi. Desinit quidem esse filius familias, sed nõ desinit esse re vera & naturaliter filius, præsertim apud prætorem, qui idcirco sicut non habet eum in totum pro filio, ita nec in totum pro extraneo. *l. non putauit. 8. §.11. de contra tab. bo. pos.* Itaque Vlpia. scribit, *quasi senatoris filium.*

1 ¶ Item Labeo scribit, etiam eum, qui post mortem patris senatoris natus sit, quasi senatoris filium esse. ¶ Sed eum, [a] qui posteaquam pater eius de senatu motus est, concipitur & nascitur, Proculus & Pegasus opinantur non esse quasi senatoris filium, quorum sententia vera est. nec enim propriè senatoris filius dicetur is, cuius pater senatu motus est, antequam iste nasceretur. Si quis conceptus [b] quidem sit. antequàm pater eius senatu moueatur, natus autem post patris amissam dignitatem: magis est, vt quasi senatoris filius intelligatur. tempus enim conceptionis spectandum plerisque placuit. 2 ¶ Si quis & patrem, & auum habuerit senatorem: & quasi filius, & quasi nepos senatoris intelligitur. ¶ Sed si pater amiserit dignitatem ante conceptionem huius: quæri poterit, an quamuis quasi senatoris filius non intelligatur, quasi nepos tamen intelligi debeat. & magis est, vt debeat: vt aui potius ei dignitas prosit, quàm obsit casus patris.

Ad §.1. Item Labeo.

Ratio dubitandi. Natus post mortem patris, nunquam fuit in eius familia & potestate. *l. vlt. de collat.* ergo nec habere potuit eius dignitatem. *l. senatoris. 5. §.* Ratio decidendi. ex *l. qui in vtero. 7. de stat. hom.* Habitus fuit pro nato antequam nasceretur, quia hoc ad commodum eius pertinuit.

a *Scleum.* Ratio dubitandi. Senatoris filius is quoq. est, qui natus fuit ante senatoriam dignitatem. *l. senatoris. 5. §.* ergo & qui post eam amissam Ratio decidẽdi. Fauorabilior est dignitas quæsita, quæ post acquiritur, quàm amissa, quæ non recuperatur, nẽpe quãtum ad liberos quibus nunquam fuit quæsita. Nam quibus semel quæsita est, non debet auferri propter casum patris remoti à senatu. *l. filiam. 9. h. tit.*

b *Si quis conceptus.* Ratio dubitandi. Non potest fuisse filius antequam homo, nec homo antequam fuerit editus. *l. in Falcidia. 9. in fi ad l. Fal.* ergo nunquam fuit filius senatoris. Ratio decidendi. Calamitas patris non debet nocere ei qui in vtero est, vt nec matris. *l. & seruorum. 5. §. 2. de stat. ho.*

Ad §.2. Si quis & patrem.

Ratio dubitandi. Nepos non coniungitur auo nisi per filium. *l. dotem quam 6. de collat.* & medium inhabile impedit coniunctionem extremorum. *l. diuo Marco. 11. C. de quæst.* Ratio decidendi. Casus filij non aufert nepoti quod habet ille ab auo, non à patre. *l. 3. de interd. & relegat. scil.* si habeat ex iure communi, non etiam ex priuilegio. *d. l. diuo Marco. 11.* nam priuilegiũ semel amissum non potest renasci in persona nepotis, qui proinde nouo priuilegio indiget. Quę autem sunt iuris communis semper in iure reperiuntur, & sunt fauorabilia, præsertim dignitates, quæ nihil nisi virtutis & bene meritorum remuneratio sunt.

8. IDEM lib. 6. Fideicommissorum.

FOeminæ nuptæ clarissimis personis, clarissimarum personarum appellatione continẽtur. ¶ Clarissimarum fœminarum nomine, senatorum filiæ, nisi quæ viros clarissimos sortitæ sunt, non habentur, fœminis enim dignitatem clarissimam mariti tribuunt: parentes verò donec plebeij [c] nuptiis fuerint copulatæ. Tamdiu igitur clarissima fœmina erit, quamdiu senatori nupta est, vel clarissimo: aut separata ab eo, alij inferioris dignitatis non nupsit.

Ad l. Fœminæ nuptæ 8.

Ratio dubitandi. Dignitates non sunt sine munere publico, nec sine onere. *l. 1. §. nec castrense. de collat.* At qui vxor neque muneris neque oneris est particeps. *l. 2. de regulis iuris.* ergo neque dignitatis. Ratio decidendi. Maritorum interest vt eorum dignitates vxoribus communicẽtur: & ita pars aliqua nec parua est dignitatis mariti, propter indiuidua illam vitæ societatem, quæ est inter coniuges. *l. 1. de ritu nupt.*

c *Donec plebeij.* Ratio dubitandi. Filia nupta non desinit esse in patris sui potestate. *l. 1. §. vlt. de lib. exhib.* ergo retinet patris & familiam & dignitatem. Ratio decidendi. Nihil commune habet patria potestas cũ dignitate. Nuptiæ filiæ patriam potestatem dissoluere non possunt, sed dignitatem auferre possunt quia esset absurdum maiorem esse dignitatem vxoris, quàm mariti propter dignitatem sexus virilis. *l. 1. hoc tit. l. si senator. 12. C. de dignitat. li b. 12.*

9. PAPINIANVS lib.4.Responsorum.

FIlliam senatoris nuptias liberti secutam,patris casus non facit vxorem. nam quæsita dignitas liberis,propter casum patris remoti à senatu,auferenda non est.

Ad l.Filiam Senatoris 9.

Ratio dubitandi. Id vnum impediebat ne vxor esset, quòd filia Senatoris liberto nubere prohibetur.*l Senatoris filia 47.de rit.nupt.* nisi sit inhonestę vitæ.vt ibi. At jai videtur desinere esse filia senatoris, cùm pater desiit esse senator, ne potentiæ sit dignitas in persona illius,cui per alium acquiritur, quàm in persona ipsius,per quem acquiritur. Ratio decidendi. Imò non desinit esse filia senatoris,licèt pater desinat esse senator:quia calamitas patris non debet nocere liberis nascituris. *l.emancipatum. 7.§.n.ff. h.tit.* multò minus iam natis.

10. VLPIANVS lib.34.ad Edictum.

LIberos senatorum accipere debemus, non tantùm senatorum filios, verùm omnes qui geniti ex ipsis, éxve liberis eorum dicantur: siue naturales siue adoptiui sint liberi senatorum,ex quibus nati dicuntur. ¶ Sed si ex filia [a] Senatoris natus sit:spectare debemus patris eius conditionem.

Ad l.Liberos Senatorum 10.

Ratio dubitandi.Strictiore vinculo iunguntur patribus filij primi gradus quàm nepotes: vt ex eo appareat, quòd soli sunt sui heredes, nisi in eorum locum alij successerint.*l.in suis.11 de lib. & posth.l.scripto herede.7.vnd.lib* adeò vt nec in suis sit successio,quantum ad hereditatem.*l.1.§ sciendum.de suis & legit.* Ratio decidendi.Etiam nepotes liberorum appellatione propriè continentur *l liberorum. 220.de verb.signif.* Et facilius est,vt succedant in dignitate quam in hereditate:quia hereditas non potest communicari sine deminutione,dignitas potest.

a *Sed si ex filia.* Ratio dubitandi.liberi ex filia susceptí sunt æquè liberi aui. *l.1.C.de secund.nupt.* Ratio decidendi. Sequuntur tamen familiam, conditionem,& dignitatem patris, non matris. *l.familia.196. de ver.sign.*

11. PAVLVS lib. 44.ad Edictum.

SEnatores, licèt in vrbe domicilium habere videantur:tamen & ibi vnde oriundi sunt, habere domicilium intelliguntur:quia dignitas,domicilij adiectionem [b] potiùs dedisse quàm permutasse,videtur.

Ad l.Senatores 11.

Ratio dubitandi. Desinit senator esse municeps, quantum ad onera *l.municeps.23.ad municip.* ergo mutat domicilium.Ratio decidendi.Imò retinet originem, quantum ad honores. *d.l.municeps.23.* ergo etiam domiciliũ. Honor enim est domiciliũ habere.

b *Domicilij adiectionem.* Ratio dubitandi.Nemo potest eodem tempore morari in diuersis locis, ergo nec domicilia plura habere,Ratio decidendi.Imò *l. Labeo indicat.5.& l.seq.§.viris.2.ad municip.*

12. VLPIANVS libro secundo de Censibus.

NVptæ priùs consulari viro impetrare solent à principe,quamuis perrarò,vt nuptæ iterum minoris dignitatis viro,nihilominùs in consulari maneant dignitate:vt scio Antoninum Augustum Iuliæ Mamææ consobrinæ suæ indulsisse.

Ad l.Nuptæ prius 12.

Ratio dubitandi. Absurdum est maiorem esse dignitatem vxoris, quàm viri, cùm maior sit dignitas in virili sexu.*l.1.ff.* Ratio decidendi. Ideo nimirum necessarium est priuilegium, quod nec nisi raro cõcedi solet,vt lex ait,præsertim post *Nou. Iusti.22.c.36.*

1 ¶ Senatores autem accipiendum est eos, qui à patriciis, & consulibus, vsque ad omnes illustres viros descendunt:quia & hi soli in senatu sententiam dicere possunt.

Ad §.1.Senatores autem.

Ratio dubitandi.Quod hodie senatorum alij sunt illustres,alij spectabiles,alij clarissimi,vt tractat Cuiac. ad *l.1.C.de dignit.& ad l.spadonem 15.§.2.de excus.tutor.* Ratio decidendi.Sunt,& olim fuerunt varij ordines senatorum,alij hodie,alij olim:sed illud semper verum est, senatores eos tantùm dici posse, qui soli possunt in senatu sententiam dicere.

DE OFFICIO CONSVLIS.

TITVLVS X.

22. VLPIANVS lib.2.de Officio Consulis.

FFICIVM consulis est, consilium præbere manumitrere volentibus.

AD TIT. XI. De officio consulis.

Ad l.vnic.in prin.

Ratio dubitandi.Potest autoritas prętoris in eam sufficere.*l apud concilium. 4.C.de vindict.* ergo non debet hoc pertinere ad officium consulis cuius est maior dignitas, ne dignitatum officia confundantur. Ratio decidendi. Fauor libertatis facit, vt apud varios magistratus, dummodo sint omnes ex maioribus,possit manumitti. *d.l.apud Concilium 4.* Potest enim esse copia cõsulis,non prætoris:nec quidquam vetat maiores magistratus cognoscere de eo, de quo etiam minores,non contrà. *l.1.§.pen.de appel. l.minor autem.18.de minor.l. Labeo ait.3.§.vlt. & l.seq.de recept.arb.*

1 ¶ Con-

1 ¶ Consules & seorsum singuli manumittunt. ¶ Sed non potest [a] is,qui apud alterum nomina ediderit,apud alterum manumittere: separatæ enim sunt manumissiones. Sanè si qua ex causa collega manumittere non poterit, infirmitate, vel aliqua iusta causa impeditus:collegam posse manumissionem expedire senatus censuit.

Ad §.4.Consules & seorsum.

Ratio dubitandi.Consulum vna est,& iuncta potestas:nihil ergo alius sine alio expedire potest. Nã nec possent inter se diuidere administrationem.Ratio decidendi. In his quæ ad Remp. ipsam spectant nihil alius alio inconsulto facere potest, aut debet. At in manumissione sola requiritur auctoritas magistratus, quæ residet in singulis. sed & si opus sit consilio cur non vnius sufficiet,si duo sufficiunt toti Reip.administrandæ?

a *Sed non potest.* Ratio dubitandi. Plurium consulum tantum est magistratus vnus, ergo quod vnus inchoauit alius expedire potest. Ratio decidendi. Actus manumissionis est legitimus, & consequenter indiuiduus.ergo scindi non potest aut debet,nisi ex necessitate vt lex ait. Necessitas enim solet facere licitum,quod alias esset illicitum.

2 ¶ Consules apud se seruos suos manumittere posse,nulla dubitatio est. ¶ Sed si euenerit,vt minor viginti annis consul sit,apud se manumittere non poterit cùm ipse sit,qui ex senatusconsulto consilij causam examinat:apud collegam verò causa probata,potest.

Ad §.2.Consules apud se.

Ratio dubitandi.& decidendi eadem quæ ad *l.3 & 4.ff. de adopt.* Potest scilicet apud se manumittere, cùm causam apud collegam probauit.sic enim hic locus intelligi debet.

DE OFFICIO PRÆFECTI PRÆTORIO.

TITVLVS XI.

AVRELIVS Arcadius Charisius magister libellorum libro singulari de Officio Præfecti prætorio.

DIVERTER commemorare necesse est, vnde constituendi præfectorum prætorio officio origo manauerit. ¶ Ad vicem magistri equitum præfectos prætorio antiquitus institutos esse, à quibusdam scriptoribus traditum est. nam cùm apud veteres dictatoribus ad tempus summa potestas crederetur, & magistros equitum sibi eligerent qui adsociati participales curæ (admilitiæ gratia) secundam post eos potestatem gererent: regimentis reipublicæ ad Imperatores perpetuos [b] translatis,ad similitudinem magistrorum equitum præfecti prætorio à principibus electi sunt. data est plenior licentia ad disciplinæ publicæ emendationem.

Ad Tit.11.De off.Præf.Prætorio.

Ad l.vn.in pr. Cæsar perpetuus dictator dici voluit,vt lenitate verbi tristitiam rei mitigaret.

b *Ad Imperatores perpetuos* Nam & primus Imp.Caius Cæsar perpetuus dictator dici voluit,vt lenitate verbi tristitiam rei mitigaret.

1 ¶His cunalibus præfectorum auctoritas initiata in tantum meruit augeri,vt appellari à præfectis prætorio non possit.Nam cùm ante quæsitum fuisset,an liceret à præfectis prętorio appellare, & iure liceret, & extarent exempla eorum, qui prouocauerant:postea publicè sententia principali lecta, appellandi facultas interdicta est. credidit enim princeps, eos,qui ob singularem industriam,explorata eorum fide,&grauitate,ad eius officij magnitudinem adhibentur,non aliter iudicaturos esse pro sapientia ac luce dignitatis suæ, quàm ipse foret iudicaturus.

Ad §.1.His cunàbilus.

Ratio dubitandi. Publicè interest admitti appellationes in quibuscunque negotiis,nec vlla sit iniuria magistratui à quo appellatur.*l.& in maioribus.20. C.de appel.* Ratio decid. Imò, qui appellat conqueritur de iniquitate,*l.præfecti.17.de minor.* Ergo quamuis princeps sit supra præfectos prætorio, non tamen permittendum est, vt appellari possit ab iis, quos princeps credidit pro sua grauitate non aliter iudicaturos quàm ipse esset iudicaturus. In eoque fieret iniuria etiam principi. Nam si possunt priuati facultatem prouocandi sibi præripere, cur non & princeps poterit*l.1.§.2.3.& quibus app.non lic.*

2 ¶ Subnixi sunt etiam alio priuilegio præfecti prætorio:ne à sententiis eorum minores ætate ab aliis magistratibus,nisi ab ipsis præfectis prætorio,restitui possint.

Ad §.2.Subnixi sunt.

Ratio dubitandi.Est hoc ius commune,vt inferior magistratus non possit restituere aduersus sententiã maioris: ergo non est hoc priuilegium. Ratio decidendi.Dixit I.C. priuilegio pro iure. Hodie Senatus præfectorum prætorio potestatem habere creditur.

DE OFFICIO PRÆFECTI VRBI

TITVLVS XII.

VLPIANVS libro singulari de Officio Præfecti vrbi.

OMNIA omnino crimina præfectura vrbis sibi vindicauit: nec tantùm ea,quæ intra vrbem admittuntur:verùm ea quoque,quæ extra vrbem intra Italiam, epistola diui Seueri ad Fabium Cilonem præfectum vrbi missa declaratur.

Ad Tit. 12. de Offic. præf. vrbi Ad l. in prin. 1.

Ratio dubitandi. De criminibus agi oportet, vbi vel commissi, vel inchoata sunt, vel vbi reperiuntur qui rei criminis dicuntur. *l. 1. C. vb. de crim. agi op.* Ergo de crimine extra vrbem admisso in vrbe agi non debet. Ratio decidendi. Hoc ius datum est præfecto vrbi, ex epistola Seueri ad Fabium Chilone. Criminum enim coercitionem, & gladij potestatem nemo habet, nisi cui data est à principe: cuius solius est animaduertere in caput ciuis Romani, quod antea nemini licebat iniussu populi. *l. 2. §. exactis 16. de orig. iur.* Ideóque nec potest quisquam in alium eam potestatem transferre. *l. nemo potest. 70. de reg. iur.* excipiuntur tamen milites. *l. 2. C. de off. mag. milit.*

1 ¶ Seruos, qui ad statuas confugerint, vel sua pecunia emptos, *vt manumittantur*, de dominis querentes audiet.

Ad §. 1. Seruos. qui.

Ratio dubitandi. Non potest consistere iudicium inter dominum & seruum. *l. lis nulla. 4. & l. si à me fuerit. 11. de iudi.* nec debet magistratus audire seruum de domino conquerentem, nisi spem libertatis habeat. *l. mulier, quæ 22. §. 1. ad Trebel.* Ratio decidendi. Nulla hîc lis est, sed auditur querela serui, cuius causa fauorabilis est, siue confugiat ad statuam principis à domini sæuitia. *l. 2. de his qui sui vel al.* siue dicat se pecunia sua emptum, vt manumittatur. Atqui inquies seruus: nihil suum habere potest. *§. item nobis. Instit. per quas pers. Resp.* videtur dedisse de suo, si dedit nummos vel peculiares, vel ab alio acceptos. *l. 3. §. 1. l. si decem. 17. de statulib. l. 3. §. vlt. de cond. caus. dat. §. 8. j. hoc tit.*

2 ¶ Sed & patronos egentes de suis libertis querentes audiet [a]: maximè si ægros se esse dicant, desiderentque à libertis exhiberi.

Ad §. 2. Sed & patronos.

a *Audiet.* Ratio dubitandi. Quod hæc cognitio sit prætoris *d. l. si quis à liberis. 5. de agnos. lib.* Ratio decidendi. Solet præfectus vrbi cognoscere de iis causis, de quibus & prætor, quoties res exigit seuerioremanimadnertionem vt in §. 7. j. h. tit. l. 1. §. vlt. de pœn. l. si quis iniuriam. 35. de iniuriis. vbi pro *præt.* legendum *præf.* Seuerius autem agendum est cum liberto qui patronum non modo egenum, sed & ægrum deferit cùm videatur eum necare. *l. necare. 4. de agnos. lib.* Prætor quin non habuit merum imperium.

Ratio dubitandi. Potest patronus iure suo libertum, qui ingratus est, in seruitutem reuocare. *l. 2. C. de libert. & eor. lib.* Ratio decidendi. Non fit id nisi proposita ingrati actione, quæ vt probationes exigit *d. l. 2. &* 3. ita moras secum trahit quas venter ferre diutius nō potest *l. quod debetur. de pecul. l. interdum. 15. vt in poss. leg.* At cognitio de alimentis præstandis est summaria. *l. si quis à liberis. 5. §. si vel parens. 8. §. solent cum seq. de agnos. lib.*

3 ¶ Relegandi, deportandíque in insulam [b], quam Imperator adsignauerit, licentiam habet.

Ad §. 3. Relegandi.

b *Deportandique in Insulam.* Ratio dubitandi. Hanc potestatem non habet præses prouinciæ. *l. 1. §. deportatos de leg. 3.* qui tamen & vicem principis gerit, & omnium magistratuum qui sunt in vrbe, *l. ex omnibus. 10. cum seq. de off. præf.* Ratio decidendi. Data hæc potestas præfecto vrbi, non etiam præsidi. *l. 2. §. 1. de pœn. l. inter pœnas. 6. §. 1. de inter. & releg.*

4 ¶ Initio eiusdem epistolæ ita scriptum est: *Cum vrbem nostram fidei tuæ commiserimus.* Quidquid igitur intra vrbem admittitur, ad præfectum vrbi videtur pertinere. sed & si quid intra centesimum miliarium admissum sit, ad præfectum vrbi pertinet. si vltra ipsum lapidem egressum est, præfecti vrbi notionem.

Ad §. 4. Initio eiusdem.

Ratio dubitandi. Omnia crimina, etiam extra vrbem, dummodo intra Italiam, pertinent ad præfectum vrbi. *h. l. in pr.* Ratio decidendi. Debet hic §. intelligi de cæteris, extra crimina.

5 ¶ Si quis seruum suum adulterium commisisse dicat in vxorem suam, apud præfectum vrbi erit audiendus.

Ad §. 5. Si quis seruum suum.

Ratio dubitandi. Potest dominus hunc seruum domi conuenire, & pro arbitrio castigare. *l. vlt. C. an ser. pro suo fac.* Ratio decidendi. Facit tamen prudentius, qui suam querelam defert ad præfectum. *l. non est 176. de reg. iur.*

6 ¶ Sed & ex interdictis, *quod vi aut clam*, aut interdicto *vnde vi* audire potest.

Ad §. 6. Sed & ex interdictis.

Ratio dubitandi. Cognitio ista est prætoris, ex cuius iurisdictione sunt interdicta *tot. tit. de interd.* Ratio decidendi. Ad publicam vrbis securitatem pertinet, ne qua vis fiat in vrbe. Nec quicquam est, quod periculosius, aut magis exosum habeat legislator. *sed & partus. 12. §. vlt. & l seq. quod met. caus.* non eo minus tamen salua prætoris cognitio erit, si præfectus non occupauerit.

7 ¶ Solent ad præfecturam vrbis remitti etiam tutores, siue curatores, qui malè in tutela, siue cura versati, grauiore animaduersione indigẽt, quàm vt sufficiat eis suspectorum infamia: quos probari poterit, vel nummis datis tutelam occupasse: vel præmio accepto operam dedisse, vt non idoneus tutor alicui daretur: vel consultò circa edendum patrimonium quantitatem minuisse: vel euidenti fraude pupilli bona alienasse.

Ad §. 7. Solent ad præfecturam.

Ratio dubitandi, Cognitio suspecti data est prætori Romæ, *§. 1. inst. de susp. tut.* Ratio decidendi. Non habuit prætor imperium merum, nec potestatem coercendi corporaliter vt loquuntur, & supra infamiam. Itaque fuit eo casu necessariò imploranda autoritas præfecti vrbi. Ex qua apparet in *l. si quis. 35. de iniur.* pro *præt.* esse legendum *præf.* vt iam dixi *ad §. 2. facit l. in eos. 9. de tutel.* Cognitio enim prætoris ordinaria est, non præfecti.

Ad §. 8.

8 ¶ Quod autem dictum est, *vt seruos de dominis quærentes præfectus audiat*, sic accipiemus: non accusantes [a] dominos: (hoc enim nequaquam seruo permittendum est, nisi ex causis receptis) sed si verecundè expostulent [b]: si sæuitiam, si duritiam, si famem, qua eos premant: si obscœnitatem, in qua eos compulerint, vel compellant, apud præfectum vrbi exponant. ¶ Hoc quoque officium præfecto vrbi à Diuo Seuero datum est, vt mancipia tueatur, ne prostituantur [c].

Ad §. 8. Quod autem dictum.

a *Non accusantes.* Publicè interest puniri crimina. *l. ita vulneratus. 5. §. vlt. ad l. Aquil.* ergo & admitti accusationem. Ratio decidendi. Imò publicè interest non admitti cuiuslibet accusationem, præsertim seruorum contra dominos *l pen. & pass. C. qui acc. non poss.*

b *Si verecundè expostulent.* Ratio dubitandi. Dominus habet ius vitæ & necis in seruum. Ratio decidendi. ea potestas nimia coarctata est, quòd ipsorum quoque dominorum interesset. *l. 1. & 2. de his qui sui vel al.*

c *Prostituantur.* publicè namque interest, ne quis re sua, præsertim tam turpiter, abutatur. *§. 1. instit. de his qui sui vel al.*

9 ¶ Præterea curare debebit præfectus vrbis, vt nummularij probè se agant circa omne negotium suum: & temperent his, quæ sunt prohibita.

Ad §. 9. Præterea curare.

Ratio dubitandi. In nummularios & argentarios sat s prospectum est edicto prætoris. *l. 4. 6. 8. 9. de edend.* Non est igitur hæc cognitio præfecti. Ratio decidendi. Prætoris est cognoscere inter priuatos hactenus, vt petenti det actionem ex edicto. At vt probè se gerant circa omne negotium suum, & temperent his quæ sunt prohibita, non est prætoris curare, sed præfecti. *adde l. 2. j.*

10 ¶ Cùm patronus contemni se à liberto dixerit, vel contumeliosum sibi libertum queratur, vel conuicium se ab eo passum, liberósque suos, vel vxorem, vel quid huic simile obiicit: præfectus vrbi adiri solet, & pro modo querellæ corrigere eum, aut comminari, aut fustibus castigare [d], aut vlteriùs procedere in pœna eius solet. nam & puniendi plerumque sunt liberti. Certè si se delatum à liberto, vel conspirasse eum contra se cum inimicis doceat: etiam metalli pœna in eum statui debet.

Ad §. 10. Cùm patronus.

d *Aut fustibus castigare.* Ratio dubitandi. Non castigantur fustibus honesti homines liberi, sed tantùm tenuiores. *l. capitalium 28. §. 2. de pœn.* Liberti autem persona potest esse honesta. *l. si patrona. 13. de rit. nupt.* Ratio dubitandi. Non potest honestus videri, qui est ingratus.

Ratio dubitandi. eadem quæ ad §. 1. 3. Ratio decidendi. Aliquando culpa & ingratitudo liberti est talis, quæ leuiorem pœnam meretur, quàm seruitutem: aut etiam grauiorem, vt hîc.

11 ¶ Cura carnis omnis, vt iusto pretio prebeatur, ad curam præfecturæ pertinet. & ideo & forum suarium sub ipsius cura est. sed & cæterorum pecorum, siue armentorum, quæ ad huiusmodi præbitionem spectant, ad ipsius curam pertinent.

Ad §. 11. Cura carnis.

Ratio dubitandi. Fuit Romæ præfectus annonæ. *l. vlt. C. de annon ciuil.* ad cuius curam videntur ista omnia pertinuisse. Ratio decidendi. Non pertinent ista ad annonam, sed tamen etiam annonæ curam fuisse præfecto vrbi non est dubitandum, cùm eius fidei tota vrbs commissa esset. §. 4. s.

12 ¶ Quies quoque popularium, & disciplina spectaculorum ad præfecti vrbi curam pertinere videtur. & sanè debet etiam dispositos milites stationarios habere ad tuendam popularium quietem, & ad referendum sibi, quid in vrbe agatur.

Ad §. 12. Quies quoque.

Ratio dubitandi. Videtur hæc cura pertinuisse ad præfectos prætorios, vt viderent ne quis tumultus fieret. *l. 2. C. de sedit.* Ratio decidendi. Nullus erat in vrbe præfectus vrbi.

13 ¶ Et vrbe interdicere præfectus vrbi, & qua alia solitarum regionum [e] potest, & negotiatione, & professione, & aduocationibus, & foro: & ad tempus, & in perpetuum [f]: interdicere poterit & spectaculis: & si quem releget ab Italia, summouere eum etiam à prouincia sua.

Ad §. 13. Et vrbe interdicere.

e *Et qua alia solitarum regionum.* Ratio dubitandi. extra territorium ius dicenti impunè non pareretur, *l. vlt. de iurisd.* Ratio decidendi. non dicit ius extra territoriũ præfectus vrbi cùm ius dicit in in vrbe, licèt pronuntiet de aliqua alia regione, quæ tamen sit in Italia, vt *pr. h. l.* nisi in relegando quem ab Italia, velit eum summouere à prouincia sua. Nam & hoc potest. hoc §. *in fin.* quænam enim pœna esset, si quis in suam prouinciam relegetur?

f *In perpetuum.* Ratio decidendi. Quia præses prouinciæ non potest vltra tempus administrationis suæ cuiquam interdicere vti arte sua. *l. vlt. de pœn.* Ratio decidendi. Plus potest præfectus vrbi, quia & eius dignitas perpetua fuit. Idem in præfecto Ægypti, *l. 1. C. de postul. adde l. diuus Pius. 9. in pr. de pœnis.*

14 ¶ Diuus Seuerus rescripsit, eos etiam, qui illicitum collegium coisse dicuntur, apud præfectum vrbi accusandos.

Ad §. 14. Diuus Seuerus.

Ratio dubitãdi. Non omnia collegia sunt illicita, putà si religionis causa fiant. *l. 1. §. 2. de colleg. & corpor.* Ratio decidendi. Permittenda sunt ex hac causa, sed ni si permittantur sunt illicita, ne quid sub hoc prætextu fiat contra senatusconsulta. *l. 3. §. eo. l. 2. de extraord. crim.*

2. PAVLVS libro singulari de Officio Præfecti vrbi.

ADiri etiam ab argentariis, vel aduersus eos, ex epistola Diui Hadriani, & in pecuniariis causis potest.

Ad l. Adiri etiam 2.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad §. 9. sed hîc plus est, quòd epistola Hadriani facit pro præfecto.

3. VLPIANVS libro secundo ad Edictum.

PRæfectus vrbi, cùm terminos vrbis exierit, potestatem non habet: extra vrbem [a] potest iubere, iudicare.

Ad l. Præfectus vrbi. 3.

Ratio dubitandi. Præfectus vrbi potest cognoscere de omnibus criminibus, etiam extra vrbem, dum modò intra Italiam admissis. *l. 1. in prin. eod.* Ergo etiam extra vrbem habet potestatem. Ratio decidendi. De criminibus omnibus Italicis cognoscere potest, sed in vrbe non extra territorium suum. *lege vltim. de iurisd.*

a *Extra vrbem.* Iudices litigantibus dare est iurisdictionis. *l. 1. de iurisdict.* ergo non potest fieri extra vrbem. *dicta lege vltima.* Ratio decidendi, ideo legendum est addita negatione. *nec extra vrbem*, vt in Manuscripto legi testatur Gothofredus.

DE OFFICIO QVÆSTORIS.

TITVLVS XIII.

VLPIANVS libro singulari de officio Quæstoris.

RIGO quæstoribus creandis antiquissima est, & penè ante omnes magistratus [b]. Gracchanus denique Iunius libro septimo de potestatibus, etiam ipsum Romulum & Numam Pompilium binos quæstores habuisse, quos ipsi non sua voce, sed populi suffragio crearent, referr. ¶ Sed sicuti dubium est, an Romulo & Numa regnantibus quæstor fuerit: ita Tullo Hostilio rege quæstores fuisse certum est. sanè crebrior apud veteres opinio est, Tullum Hostilium primum in Rempublicam introduxisse quæstores.

Ad Tit. 13. De officio Quæstoris.

Ad l. vn. in pr.

b *Ante omnes magistratus.* Ratio dubitandi. Consules, censores, dictatores, magistri equitum, & ædiles fuerunt creati ante quæstores, *l. 2. §. exactis. 16. vsque ad 23. de origine iuris.* Ratio decidendi. Ideo Iurisconsultus hîc adiecit, *penè*, sed & cùm supradicti magistratus non fuerint creati, nisi post reges exactos apparet quæstores fuisse antiquiores: si verum est quod sequitur Tullum Hostilium regem primum induxisse quæstores, & quod scriptum est in *d. l. 2. §. 22.* accipi debet de quæstoribus populi Romani.

1 ¶ Et à genere quærendi quæstores initio dictos, & Iunius, & Trebatius, & Fænestella scribunt. 2 ¶ Ex quæstoribus quidam solebant prouincias sortiri ex senatusconsulto, quod factum est Decimo, Druso, & Porcina consulibus. Sanè non omnes quæstores prouincias sorciebantur, verum excepti erant Candidati principis [c]. hi etenim solis libris principalibus in senatu legendis vacant:

Ad §. 1. Et à genere quærendi. & Ad §. 2. Ex quæstoribus.

Ratio dubitandi. Munus quæstorum est, pecuniam conseruare, non minus quàm quærere, *dicta lege 2. §. 22.* ergo conseruatores dici debuerunt, minus odioso vocabulo. Ratio decidendi. Prius est vt quærenda sit pecunia, in qua consistunt nerui Reip. quàm vt conseruanda.

c *Candidatis Principis.* Ratio dubitandi. His non conuenit etymologia nominis, ergo nec nomen. Ratio decidendi. Fuerunt sumpti candidati Principis ex numero eorum, qui & nomine & re quæstores erãt. sed mutato officio nihilominus nomen retinuerũt.

3 ¶ Hodiéque obtinuit indifferenter quæstores creari, tam patricios quàm plebeios; ingressus est enim, & quasi primordium gerendorum honorum, sententiæque in senatu dicendæ.

Ad §. 3. Hodiéque obtinuit.

Ratio dubitandi. Senatores omnes sunt illi qui sententiæ in senatu dicendæ ius habẽt. *l. vlt. de senator.* ergo quæstores omnes sunt senatores. Ratio decidendi. Fuerunt varij ordines senatorum, & alij minores, alij maiores vt dixi ad *d. l. vl. ex l. spadonem. 5. §. 2. de excus. tut.* Quæstores itaque fuerunt ex numero senatorum, sed ex minoribus.

4 ¶ Ex his, sicuti diximus, quidam sunt, qui Candidati Principis dicebantur, quique epistolas [d] eius in senatu legunt.

Ad §. 4. Ex his sicut dicimus.

d *Epistolas.* Hæ sunt, ni fallor, quas & orationes nostri vocant, quæ solebant præcedere Senatusconsulta, vt in titulo de rebus eorum. & in *l. cùm hic status. 32. §. ait oratio.* de donationibus inter virum.

DE OF-

DE OFFICIO PRAETORVM.

TITVLVS XIIII.

1. VLPIANVS lib. 26. ad Sabinum.

APVD filiumfamiliâs Prætorem potest pater eius manumittere.

Ad Tit. 14. De off. prætor.

Ratio dubitandi. Qui iurisdictioni præest, neque sibi, neque suis ius dicere debet. *l. qui iurisdictioni. 10. de iurisd.* nec idoneus est magistratus, cui potest imperari, vt quid faciat: sicut de teste scriptum est in *l. idoneus 6. de testib.* Atqui pater filio potest imperare: éstque actus iurisdictionis, autoritatem manumittenti præstare. ergo. Ratio decidendi. Non est hic actus iurisdictionis contentiosæ, sed voluntariæ. *l. 2. & 3. de off. proconsul.* nec potest pater filio imperare in iis quæ spectant ad ius publicum. *l. nam quod ad ius. 14. ad Trebell. l. in priuatis 77. de iudic.*

2. PAVLVS lib. 4. ad Sabinum.

SEd etiam ipsum apud se emancipari, vel in adoptionem dari placet.

Ad l. Sed etiam 2.

Ratio dubitandi, & decidendi, eadem quæ ad *l. 3. & 4. de adopt.*

3. VLPIANVS lib. 38. ad Sabinum.

BArbarius Philippus, cùm seruus fugitiuus esset, Romæ præturam petiit: & Prætor designatus est, sed nihil ei seruitutem obstetisse ait Pomponius, quasi Prætor non fuerit. Atquin verum est, præturâ eum functum. & tamen videamus si seruus, quandiu latuit in dignitate prætoria, functus sit: quid dicemus? quæ edixit, quæ decreuit, nullius fore momenti? an fore propter vtilitatem eorum, qui apud eum egerunt vel lege, vel quo alio iure? & verum puto, nihil eorum reprobari [a], hoc enim humanius est: cùm etiam potuit populus Romanus seruo decernere hanc potestatem: sed & si sciisset seruum esse, liberum effecisset. Quod ius multò magis [b] in Imperatore obseruandum est:

Ad l. Barbarius 3.

Ratio dubitandi. Seruus est incapax dignitatum, & eorum omnium quæ sunt iuris ciuilis, cùm habeatur pro nullo. *l. quod attinet 32. de reg. iur.* & quadrupedibus comparetur. *l. 2. ad l. Aquil.* ergo non potuit prætura fungi. Ratio decidendi. Non potuit Prætor esse, sed potuit prætura fungi. Hoc enim facti, illud iuris est. Eorum autem, quæ facti sunt capaces sunt serui. *l. qui heredi 44. de cond. & demonst.*

a *Nihil eorum reprobari.* Ratio dubitandi. Quod Prætor constituit nullam vim habet, nisi propter honorem magistratus. *§. Prætorum. de iur. natur.* Atqui nullum honorem habuit hic Barbarius, quia non fuit Prætor. Ratio decidendi. Propter publicam vtilitatem eorum, qui bona fide apud eum egerunt, vt lex ait, ne decipiantur qui populi fidem factúmq; sunt secuti. Non igitur possis ex hac lege probare cum interpretibus, communem errorem ius facere.

b *Multò magis:* Plus enim potest. Imperator, quàm populus, cùm sit supra populum. Ratio dubitandi. Non magis Imperatoris, quàm populi, aut alterius errantis vlla voluntas est. *l. si per errorem 15. de iurisdict.* Ratio decidendi. Non fit hoc propter voluntatem populi, aut Imperatoris: sed propter publicam vtilitatem. *adde l. non mutant 11. C. de lib. caus.*

4. IDEM libro primo de Omnibus Tribunalibus.

PRætor neque tutorem, neque specialem iudicem ipse sibi dare potest.

Ad l. Prætor 4.

Ratio dubitandi. Prætor potest apud se manumittere, & emancipare, & emancipari. & adoptari. *l. 2. sup. l. 1. §. vlt. de off. cons.* ergo tutorem quoque seipsum dare poterit, & iudicem. Ratio decidendi. Aliud est magistratum nudam autoritatem præstare ei actui, quem siue alius, siue ipse tanquam priuatus faciat; quod fieri facilè potest: Aliud verò aliquid iurè magistratus constituere de seipso; aut in seipsum; quia imperare sibi nemo potest. *l. pen. de recept. arbit. qui iurisdictioni 10. de iurisd.*

DE OFFICIO PRÆFECTI VIGILVM.

TITVLVS XV.

PAVLVS lib.singl.de Officio Præfecti vigilum.

APVD vetustiores[a], incendiis arcendis Triumuiri præerant:qui ab eo,quòd excubias agebant,nocturni dicti sunt. ¶ Interueniebant nonnunquã & Ædiles, & Tribuni plebis,erat autem familia publica circa portam, & muros disposita: vnde,si opus esset,euocabatur. ¶ Fuerant & priuatæ familiæ,quæ incendia vel mercede,vel gratia extinguerent. ¶ Deinde Diuus Augustus maluit per se huic rei consuli.

Ad Tit.15.De off.Præfecti vigilum.

Ad l.Apud vetustiores 1.

a *Apud vetustiores*. Nam & lex. 12. tabularum iubebat innoxium ignem haberi,id est,talem,qui nocere non posset. Vix enim est, vt incendia fiant sine culpa habitantium. *l.3.§.1.eod.*ob causam,cùm frequentissima essent in vrbe incendia, fuit inuentus insularum vsus, ne tam facilè ignis irrueret in ædes non contiguas.vnde & passim in libris nostris insulam pro domo legimus.

2. VLPIANVS libro singulari de Officio Præfecti vigilum.

PLuribus vno die incendiis ex ortis.

Ad l.Pluribus vno die 2.

Verendum enim erat ne Romæ idem contingeret, quod ciuitati Lugdunensium contigisse testatur Seneca in quadam epist. vbi ait, interamplissimam & nullam ciuitatem non nisi vnam noctem interceßisse.Idque parum abfuit quin acciderit Romæ,incendio Neroniano.

3. PAVLVS libro singulari de Officio Præfecti vigilum.

NAm salutem Reipublicæ[b] tueri,nulli magis credidit conuenire,nec alium sufficere ei rei,quàm Cæsarem.Itaque septem cohortes oportunis locis constituit,vt binas regiones vrbis vnaquæque cohors tueatur:præpositis eis tribunis,& super omnes spectabili viro, qui præfectus vigilum appellatur.

Ad l.Nam salutem 3.

b *Reipublicæ*. id est vrbis. Nihil enim putauit vnquam interesse inter vrbis & Reip. salutem. etsi Pompeius Roma fugiens solebat dicere, Rempub. non esse in parietibus, quod tamen elegantius, quàm verius dictum ab eo fuisse euentus docuit. Amisit enim ille Remp.amissa vrbe.

1 ¶ Cognoscit præfectus vigilum de incendiariis,effractoribus,furibus,raptoribus,receptatoribus:nisi si qua tam atrox[c],támque famosa persona sit,vt præfecto vrbi remittatur.& quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium: aut fustibus castigat eos, qui negligentiùs ignem habuerunt: aut seuera interlocutione comminatus, fustium castigationem remittit.

Ad §.1.Cognoscit.

c *Nisi si qua tam atrox*. Ratio dubitandi. Præfectus vigilum potuit etiam summo supplicio adficere. *l. pen.de cond.caus. dat.* ergo habuit merum imperium sicut & præfectus vrbi. Ratio decidendi. Imò non habuit,non enim potuit summo supplicio adficere, nisi seruos, qui cùm caput nullum in ciuitate habeant. *l.3.§. vlt.de cap.min.*non solùm pro mortuis, sed etiam pro nullis habentur.*l.quod attinet.32.de reg. iur.*

2 ¶ Effracturæ fiunt plerumque in insulis, in horreisque vbi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt: cùm vel cella effringitur,vel armarium, vel arca:& custodes plerumque puniuntur[d].& Diuus Antoninus Erycio Claro rescripsit.ait enim posse eum,horreis effractis,quæstionem habere de seruis custodibus,licèt in illis ipsius Imperatoris portio[e] esset.

Ad §.2.Effracturæ.

d *Et custodes plerunque puniuntur*. Tanquam effractores,aut effractorum conscij, aut socij.quis enim custodiet ipsos custodes, nisi eos custodiat metus ille, ne alieni quoque sceleris pœnam patiantur, si vel negligenter, nedum perfidè in custodia versentur?

e *Portio*. Hinc constat seruorum publicorum alios fuisse Cæsaris,alios populi,& prouinciarum. Item bonos Principes maiorem publicæ vtilitatis, quàm propriæ rationem habere debere.

3 ¶ Sciendum est autem,præfectum vigilum per totam noctem vigilare debere:& coërrare calciatum cum hamis,& dolabris.

Ad §.3.Sciendum autem.

Est enim perabsurdum, non cogi vigilare illum, qui se præfectum vigilum ausit dicere, nec habere prompta omnia, & ad ignem extinguendum necessaria.

4 ¶ Vt curam adhibeant omnes inquilinos admonere, ne negligentiâ aliquâ incendij casus oriatur:præterea,vt aquam vnusquisque inquilinus in cœnaculo habeat, iubetur admonere:

Ad §.4.Vt curam.

Ratio dubitandi. Non sunt iterum atque iterum monendi ciues, de iis quę semel iure publico sunt constituta,quorum ignorantiam nemo potest prætendere:cùm ea quoque delicta puniantur,quę casu committuntur & ignorantia.*l.1.& 2.de ll.l.perspiciendum* 11.*§.pen.de pœ.* Ratio decidendi. Mauult bonus legislator prouidere,quibus potest modis ne delinquant ciues,quàm delinquentes coërcere.Non tam enim leges fiunt,vt delicta puniantur,quàm vt metu pœnæ à dilinquendo in futurum abstineatur.Fit autem hodie in plerisque Germanorum & Heluetiorum ciuitatibus,quod olim Romæ vigilum præfectus facere iubebatur.

5 ¶ Aduersus capsarios quoque,qui mercede,seruanda in balneis vestimenta suscipiunt, iudex est constitutus:vt si quid in seruandis vestimentis fraudulenter admiserint,ipse cognoscat.

Ad §.5.Aduersus capsarios.

Ratio dubitandi.Omnia omnino crimina præfectura vrbis sibi vindicauit.*l.1.de off. præf.vrb.* ergo & hoc ad præfecti cognitionem pertinet. Ratio decidendi. Ad præfecti dignitatem, quæ maxima erat, pertinebat:ne de crimmibus istis minimis cognosceret,ex quibus salus & securitas reip. non pendebat.

4. PAVLVS lib.singulari de Officio Præfecti vrbi.

IMperatores Seuerus Antoninus Iunio Rufino præfecto vigilum ita rescripserunt:insularios[a],& eos,qui negligenter ignes apud se habuerint,potes fustibus,vel flagellis[b], cædi iubere:eos autem,qui dolo fecisse[c] incendium conuincentur ad Fabium Cilonem, præfectum vrbi, amicum nostrum remittes, fugitiuos conquirere[d], eosque dominis reddere debes.

Ad l.Imperatores 4.

a *Insularios*.i. insularum conductores. Hi enim solent negligentiores esse, quàm domini cùm sciant futurum, vt periculum casus fortuiti non ad eos spectet,sed ad dominum.

b *Fustibus vel flagellis*. Scilicet si sint tenuiores. Nam honestiores his pœnis non adficiuntur. *l.capitalium. 28.§.2.de pœn.*

c *Qui dolo fecisse*.Ratio dubitandi,& decidendi, eadem quæ ad *l.3.§.1.sup.*

d *Fugitiuos conquirere*. Solent enim vt plurimùm fugitiui noctu fugere, cùm id agant vt sui furtum faciant.*l.1.§.vlt.de fugit.l.1.C.eod.*furtum enim ideo dictum est à furuo,id est,nigro.*l.1.de furt.*

DE OFFICIO PROCONSVLIS ET LEGATI

TITVLVS XVI.

1. VLPIANVS lib.1.Disputationum.

PROCONSVL vbique quidem proconsularia insignia habet, statim atque vrbem egressus est:potestatem autem non exercet, nisi in ea prouincia sola quæ ei decreta est.

Ad Tit.16.de off.Proconsulis & leg.

Ad l.Proconsul 1.

Ratio dubitandi. Proconsularia insignia signa sunt,& indicia imperij ac potestatis. *l. Proconsules.* 14.*§.eod.*ergo non possunt esse,vbi non est potestas. Ratio decidendi.Notæ sunt & indicia dignitatis & imperij non exercitij. Proconsul autem habet imperium & potestatem vbicunque extra vrbem. *l. vlt.§.eod.*id est,dignitatem potestaris,non etiam iurisdictionem contentiosam.*l.prox.& l.4.§.vltim.inf. eod.* voluntariam sanè habet.*d.l.2.* quæ tamen non potest esse sine imperio, nec sine insignibus imperij.

2. MARTIANVS lib.1.Institutionum.

OMnes Proconsules statim, quàm vrbem egressi fuerint, habent iurisdictionem: sed non contentiosam.sed voluntariam: vt ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quàm serui,& adoptiones fieri. 1 ¶ Apud legatum verò proconsulis nemo manumittere potest,quia non habet iurisdictionem talem.

Ad l. Omnes proconsules 2.

Ratio dubitandi. Non competit Iurisdictio proconsuli priusquam venerit in prouinciam sibi decretam. *l. 4. §. vlt. ff.* Ratio decidendi. Competit voluntaria, non contentiosa: quia voluntaria solis insignibus dignitatis contenta est, nec tribunal requirit.

3. VLPIANVS lib. 26. ad Sabinum.

NEc adoptare potest, omnino enim non est apud eum legis actio.

Ad §. 1. & l. Nec adoptare. 3.

Ratio dubitandi. ex l. apud proconsulem. 17. *§. de man. vind.* Ratio decidendi. Non habet legatus talem iurisdictionem, id est, voluntariam, quæ in legis actione consistit, nec contentiosam, nisi cum ei mandata est. mandari porro non potest ei & voluntaria & contentiosa, sed voluntaria statim atque Proconsul vrbem egressus est, quia iam eam habet: contentiosa verò non nisi postquam in prouinciam venit. *l. obseruare 4. §. 6. ff. eod.*

4. IDEM lib. 1. de Officio Proconsulis.

OBseruare autem proconsulem oportet, ne in hospitiis præbendis oneret prouinciam: vt Imperator noster cum patre Aufidio Seueriano rescripsit.

Ad l. pr. Obseruare autem 4.

Ratio dubitandi. Hospitiorum præbendorum onus necessarium est, ergo euitari non potest. Ratio decidendi. Potest onus illud aut maius, aut leuius esse secundùm id, quod proconsulis prudentia statuit. Curare autem debet quantum potest ne supra id quod necesse est prouincia oneretur, sed releuetur, si non in toto, saltem in tanto.

1 ¶ Nemo proconsulum stratores suos habere potest: sed vice eorum milites ministerio in prouinciis funguntur.

Ad §. 1. Nemo proconsulum.

Ratio dubitandi. Minus onerareturprouincia, si proconsul seruos suos haberet pro stratoribus. augetur enim comitatus & difficultas præbendorum hospitiorum, cùm domesticis seruis proconsulis milites adiunguntur. Atqui obseruare debet proconsul ne prouinciam oneret, nisi quàm minimum facere potest: *§. h. l. in pr.* Ratio decidendi. Ad dignitatem proconsulis hoc maximè pertinet.

2 ¶ Proficisci autem proconsulem melius quidem est sine vxore: sed & cum vxore potest: dummodo sciat senatum, Cotta & Messala consulibus, censuisse futurum, vt si quid vxores eorum, qui ad officia proficiscuntur, deliquerint, ab ipsis ratio, & vindicta exigatur.

Ad §. 2. Proficisci autem.

Ratio dubitãdi. Noxa caput sequitur, nec debet vnus pro alterius delicto conueniri. *l. sancimus. 22. C. de pen. l. non debet 74. de reg. iur.* Ratio decidendi. Proconsul. qui vxorem secum mauult ducere, hoc se periculo vltro se obstringit, ne alioqui facilè sit ei per interpositam personam impunè delinquere. *l. pupillus 5. §. 3. & l. quod dicitur 7. de autor. tutor.* Replicabis, hoc metu futurum vt difficilius quis proconsulatum subeat, quòd dura sit ea separatio mariti ab vxore, vt & parentis à liberis. *l. vxorem 41. §. 2. & 5. de leg. 3.* neque publicum officium debere cuiquam incommodum esse, aut damnosum. *l. & sine quid 27. ex quib. caus. maior.* Resp. maiorem publicæ vtilitatis, quàm priuati incommodi rationem habendam esse & boni debere consulere proconsulem, qui his incommodis & legibus proconsulatum ambierit. Nam hoc maluisse videtur *arg. l. si patre cogente 22. de nupt.*

3 ¶ Antequam verò fines prouinciæ decretæ sibi proconsul ingressus sit: edictum debet de aduentu suo mittere, continens commendationem aliquam sui: si qua ei familiaritas sit cum prouincialibus, vel coniunctio, & maximè excusantis: ne publicè, vel priuatim occurrant [a] ei: esse enim congruens, vt vnusquisque in sua patria eum exciperet.

Ad §. 3. Antequam.

Ratio dubitandi. Tritum est, laudem in ore proprio sordescere. Ratio decidendi. Ad beneuolentiam captandam hoc fieri debet, non ad ostentationem. quod ait tex. *Occurrant* intellige extra patriam. Nam in patria debent omnes occurrere.

4 ¶ Rectè autem & ordine faciet, si edictum decessori suo miserit: significétque, qua die fines sit ingressurus: plerumque enim incerta hæc, & inopinata turbant prouinciales, & actus impediunt.

Ad §. 4. Rectè.

Ratio dubitandi. Nihil videtur interesse Reip. cùm vsque ad successoris aduentum debeat omnia proconsul agere. *l. meminisse 10. inf. eod.* Ratio decidendi. Incerta ista, & inopinata turbant prouinciales, actúsque impediunt defectu, non iurisdictionis, sed oportunitatis.

5 ¶ Ingressum etiam hoc eum obseruare oportet, vt per eam partem prouinciam ingrediatur, per quam ingredi moris est, & (quas Græcia ἐπιδημίας, *id est, accessus ad vrbem,* appellat, siue καλάπλουν, *id est, ad nauigationem,*) obseruare, in quam primùm ciuitatem veniat vel applicet: magni enim facient prouinciales, seruari sibi consuetudinem istam, & huiusmodi prærogatiuas. Quædam prouinciæ etiam hoc habent, vt per mare in eam prouinciam proconsul veniat: vt Asia, scilicet vsque adeo, vt Imperator noster Antoninus Augustus ad desideria Asianorum rescripsit, proconsuli necessitatem impositam per mare Asiam applicare, κατὰ μητροπόλεων Ἔφεσον, *id est, & inter matrices vrbes Ephesum* prima attingere.

Ad §. 5. Ingressum.

Ratio dubitandi. Parum interest, per quam prouinciæ partem quis ingrediatur cùm statim atque proconsul ingressus est prouinciam, siue hac, siue illac, incipiat habere iurisdictionem, *§. prox. inf.* Ratio decidendi. Imò interest nihil mutari ex solemnibus sine causa. *l. etsi nihil 183. de reg. iur.* & seruari prouincialibus consuetudinem istam & huiusmodi prærogatiuas, cùm mutatio omnis sit periculosa. Quid enim non mutaturus est, cùm iurisdictionem suam nactus erit, qui nondum ingressus iam incipit peruertere consuetudinem?

6 ¶ Post hæc ingressus prouinciam, mandare iurisdictionem legato suo debet: nec hoc antè facere, quàm fuerit prouinciam ingressus. est enim perquàm absurdum, antequàm ipse iurisdictionem nanciscatur (nec enim prius ei competit, quàm in eam prouinciam venerit) alij eam mandare, quam non habeat, sed si & ante [a] fecerit, & ingressus prouinciam in eadem voluntate fuerit, credendum est, videri legatum habere iurisdictionem, non exinde, ex quo mandata est, sed ex quo prouinciam proconsul ingressus est.

Ad §. 6. Post hæc.

Ratio dubitandi. Proconsul statim atque vrbem egressus est potest manumittere, & adoptare. *l. apud proconsulem 17. de man. vind.* ergo habet iurisdictionem. Ratio decidendi. Habet, sed voluntariam tantùm, non contentiosam. *l. 2. §.*

a *Sed etsi ante.* Ratio dubitãdi. Quæ ab initio mandata inutiliter est iurisdictio, non potest competere nisi ex integro mandetur. *l. quod initio 29. de reg. iur.* Ratio decidendi. Competit quasi ex noua voluntate, & ex die cessantis impedimenti, quod prius mandatum impediebat *arg. l. sed etsi 10. ad Trebell.*

5. PAPINIANVS libro 1. Quæstionum.

ALiquando mandare iurisdictionem proconsul potest, & si nondum in prouinciam peruenerit: quid enim si necessariam moram in itinere patiatur, maturissimè autem legatus in prouinciam peruenturus sit?

Ad l. Aliquando 5.

Ratio dubitandi. Non potest necessitas facere possibile, quod est impossibile. At impossibile est proconsulem mandare iurisdictionem, quam non habeat. *l. obseruare 4. §. vlt. supr.* Ratio decidendi. Habet iurisdictionem, antequam ingressus sit prouinciam, sed eam non exercet. *l. 1. §.* ergo ex necessitate poterit eam mandare.

6. VLPIANVS libro 1. de Officio proconsulis.

SOlent etiam custodiarum cognitionem mandare legatis: scilicet vt præauditas custodias ad se remittant, vt innocentem ipse liberet, sed hoc genus mandati extraordinarium est: nec enim potest quis gladij potestatem sibi datam, vel cuius alterius coërcitionis ad alium transferre: nec liberandi [b] igitur reos ius, cùm accusari apud eum non possint.

Ad l. Solent 6.

Ratio dubitandi. Nemo potest gladij, vel alterius coercitionis potestatem sibi datam ad alium transferre. *l. nemo potest 70. de reg. iu.* Ratio decidendi. Hoc genus mandati est extraordinarium, id est, non, nisi ex causa vel absentiæ, vel qua alia permittendum. *l. 1. §. 1. de off. eius.* & tamen verbo, *solent*, significatur, hoc mandatum sic fieri, quasi ordinarium errore, scilicet proconsulum, quomodo aliorum quoque magistratuũ errorem notat Papin. *in d. l. 1. de off. eius.* Dices, non mandari ius puniendi, sed tantùm audiendi custodias, easque remittendi. Resp. non magis hoc, quàm illud mandari posse iure ordinario: quia vtrumque speciali iure competit, nec cuiquam datur potestas gladij, quin etiam detur potestas negotij examinandi, super quo pronuntiandum habet. Vna enim eáque indiuidua cognitio est, quæ pronunciationem includit.

b *Nec liberándi.* Ratio dubitandi. Proniores sumus ad liberandum. *l. Arrianus ait 47. de oblig. & act.* ergo non est bona consecutio à liberatione ad accusationem. Ratio decidendi. Imò est bona, quia nemo potest liberari, quin fuerit accusatus.

1 ¶ Sicut autem mandare iuridictionem vel non mandare, est in arbitrio proconsulis; ita adimere mandatam iurisdictionem licet quidem proconsuli, non autem debet inconsulto principe hoc facere.

Ad §. 1. Sicut.

Ratio dubitandi. Sicut mandatum est liberum, ita & mandati reuocatio libera dum res integra sit. *l. si verò 12. §. si mandauero. l. si mandassem. 15. mand.* Ratio decidendi. Datur proconsuli legatus à principe, non quidẽ vt cogatur procõsul ei mandare iurisdictionẽ;

sed vt, si velit, possit. vbi autem voluit, incipit legatus proprium aliquid habere: *l. legati* 13. ff. Itaque iurisdictionem ei postea adimere proconsul quidem etiam potest, si velit, quia in summa ipsius proconsulis iurisdictio est: sed non debet inconsulto principe, ne iniuriam principi magis, quàm legato facturus videatur. Nam cùm proconsules illi sint, qui prouinciis populi præsunt, quasi consulum & populi vicem gerentes, dabantur iis legati à principe, vt Principis quoque ius aliquod in iis prouincijs esse appareret, nec facilè posset quis contra principem moliri quidpiam, vt nec consul, posset vn vrbe, vbi est ipse Cæsar. Ideò præsides prouinciarum, quia præerant prouinciis Cæsaris, nullos habebant legatos. cùm essent ipsi legati quodammodo Cæsaris. *l. 1. de off. præf.*

2 ¶ Legatos non oportet principem consulere, sed proconsulem suum: & is ad consultationes legatorum debebit respondere.

Ad §. 2. Legatos.

Ratio dubitandi. Legati creantur à Cæsare, non à proconsule: vt dixi *ad §. 1.* Ratio decidendi. Sunt tamen legati proconsulis, non Cæsaris: & dantur, à Cæsare, vt ab ipso proconsule pendeant.

3 ¶ Non verò in totum xeniis abstinere debebit proconsul, sed modum adiicere: neque morosè in totum abstineat, neque auarè modum xeniorum excedat, quam rem Diuus Seuerus, & Imperator Antoninus elegantissimè epistolâ sunt moderati, cuius epistolæ verba hæc sunt: Quantum ad xenia pertinet: audi, quid sentimus: Vetus prouerbium est, μήτε πάνυ, μήτε πάνυτα, μήτε πρὸς πάνυ, *id est, neque omnia, neque quouis tempore, neque ab omnibus.* nam valde inhumanum est, à nemine accipere: sed passim, vilissimum est: & omnia, auarissimum. ¶ Et quod mandatis continetur, *ne donum vel munus ipse proconsul, vel qui in alio officio erit, accipiat, emátve quid, nisi victus cottidiani causa*, ad xeniola non pertinet, sed ad ea, quæ edulium excedant vsum. Sed nec xenia producenda sunt ad munerum qualitatem [a].

Ad §. 3. Non verò.

Ratio dubitandi. Posset peti ex multis, quę in vtramque partem disputari possent, contra magistratuum aut auaritiam, aut nimiæ seueritatis & temperantiæ ostentationem: Ratio decidendi. Ex temperamento æquissimo, quod Impp. ipsi adhibuerunt, vetus prouerbium græcum secuti.

a *Ad munerum qualitatem.* Ratio dubitandi. Etiam xenia sunt munera, ergo quod in xeniis constitutum est, ad munera quoque pertinet. Ratio decidendi. Omnia xenia sunt munera, sed non omnia munera sunt xenia. Xenia sunt, quæ hospiti extraneo aduenienti in gratiam, & testificationem læti aduentus dantur. Munera sunt omnia, quę extra hãc causam donantur. ergo abstinere à muneribus, quæ xenia non sunt, proconsul in totum debet: & abutuntur hoc loco, qui temperamentum in xeniis accipiendis seruandum protrahunt ad munera: nisi quatenus consuetudo id comprobat, quod hodie ferè passim obseruatur, magistratibus iam omnibus factis perpetuis: quibus ideo æquum est, vt aliquid indulgeatur, quod prisci illis annuis non indulgebatur, putà, vt possint & contrahere, & mutuam pecuniam dare, & accipere: quod olim non licebat. *l. principalibus* 33. & *l. seq. de reb. cred. l.* 3. C. *si certum pet.* excipe dona de quibus in *l. plebiscito* 18. *de off. præsid.*

7. IDEM lib. 2. de Officio proconsulis.

SI aliam quam [b] in celebrem ciuitatem, vel prouinciæ caput aduenerit: pati debet commendari sibi ciuitatem, laudésque suas non grauatè audire: cùm honori suo prouinciales id vindicent: & ferias secundùm mores & consuetudinem [c], quæ retro obtinuit dare.

Ad l. Si in aliam 7.

b *Quam.* id est aliquam. Ratio dubitandi. Inutilis videtur & nullius fructus hæc patientia, cùm non adeò fiat melius & pretiosius, quod laudatur: imò plerumque deterius. Ratio decidendi. Honori suo prouinciales hoc vindicant, solétque dici, laudatam virtutem crescere.

c *Secundùm mores & consuetudinem.* Cauere enim debet, quantum potest, ne quid per ambitionem, aut leuitate m innouare velle videatur: sed tunc tantùm, cùm euidens Reip. vtilitas id suadere videbitur. dixi ad §. 5. *l. obseruare* 4. *h. tit.*

1 ¶ Ædes sacras, & opera publica circumire inspiciendi gratia, an sacra tecta quæ sint, vel in aliqua refectione indigeant: & si qua cœpta sunt, vt consũmentur, prout vires eius reipublicæ permittunt, curare debet. Curatoréque operum diligentes solemniter præponere: ministeria quoque militaria, si opus fuerit, ad curatores adiuuandos dare.

Ad §. 1. Ædes sacras.

Ratio dubitandi. Obseruare proconsul debet, ne prouinciam oneret sumptibus. *l. obseruare* 4. §. Ratio decidendi. Sumptus sunt necessarij, qui faciendi sunt ad refectionem ædium sacrarum, & operum publicorum, aut ad consummationem ceptorum, pertinétque maximè ea res ad dignitatem Reip. *l. 3. & pass. de pollicit.* & cùm proconsul omnium, qui in vrbe sunt, magistratuum partibus fungatur. §. 2. *h. l.* debet quoque has ædilis partes implere.

2 ¶ Cùm plenissimam autem iurisdictionem proconsul habeat: omnium partes, qui Romæ, vel quasi magistratus, vel extra ordinem [d] ius dicunt, ad ipsum pertinent.

§. 2. &

8. IDEM lib. 9. ad Edictum.

ET ideò maius imperium in ea prouincia habet omnibus, post principem.

9. IDEM lib. 1. de Officio Proconsulis.

NEc quicquam est in prouincia, quod non per ipsum expediatur. Sanè si fiscalis [e] pecuniaria causa sit, quæ ad procuratorem principis respicit: melius fecerit, si abstineat.

Ad §. 2. & Ad l. 8. ac in pr. 9.

d *Vel extra ordinem.* Non sunt ergo magistratus, qui extra ordinem ius dicunt. Ratio dubitandi. Iurisdictio nihil habet cõmune cum imperio mero, quod ideò merum appellatur. *l. 3. de iurisd.* ergo quamuis proconsul habeat plenissimam iurisdictionem, non ideo tamen cõsequens est, vt habeat imperium merum. Ratio decidendi. Iurisdictio in genere sumpta continet, tanquam species, sub se imperium merum & iurisdictionem in specie, sicut adoptio arrogationem, & adoptionem specialem, cognatio agnationem, & cognationem specialem. dixi ad *l. 1. de adopt.* Proconsul ergo, cùm habeat plenissimam iurisdictionem, habet etiam imperium merum: vt & præses in prouincia Cæsaris. *l. præses prouinciæ.* 4. *de off. præsid.* nec enim in eadem prouincia erant proconsul, & præses.

e *Sanè si fiscalis.* Ratio dubitandi. ex §. *vlt. l. si in aliam.* 7. 8 *eod.* & ex propositione generali, posita in *pr. h. l.* 9. qui enim totum dicit & omnia, nihil excludit. *l. Iuliano respondit.* 68. *de leg.* 3. Ratio decidendi. Sacra res esse creditur pecunia principis, & de qua specialem iurisdictionem habet procurator Cæsaris: cui ne iniuriam faciat, cauere tantò magis proconsul debet; quod proconsul ipse populi magistratus est, non Cæsaris.

1 ¶ Vbi decretum necessarium est, per libellum id expedire proconsul non poterit: omnia enim, quæcunque causæ cognitionem desiderant, per libellum non possunt expediri.

Ad §. 1. Vbi decretum.

Ratio dubitandi. Multa potest procos. facere de plano, quæ etiam causæ cognitionem aliquam requirunt, vt libertum non obsequentem emendare, etiam fustium castigatione: §. 3. ff.

Ratio decidendi. Decretum non est, nisi vbi plena causæ cognitio est: plena autem causæ cognitio non tantum prætorem requirit. *l. vbicunque* 105. *de reg. iur.* sed etiam tribunal. *l. omnia, quæcunque.* 71. *eod.* Opponuntur enim ista, fieri quid de plano, & pro tribunali. Item, fieri quid per libellum, & per decretum. *l.* 1. §. *abolitio ad Turpill. l. excusare se* 25. *excusatut. l. minorum.* 6. *C. de præd. minor.*

2 ¶ Circa aduocatos patientem esse proconsulem oportet, sed cum ingenio, ne contemptibilis videatur: nec aliud dissimulare, si quos causarum concinnatores, vel redemptores deprehendat: eósque solos pati postulare, quibus per edictum eius postulare permittitur.

Ad §. 2. Circa aduocatos.

Ratio dubitandi. Difficile est cum lenitate grauitatem retinere, & dignitatem. Ratio decidendi. Ideò nimirum magno ingenio, & animo opus est, vt bonimagistratus munus bene quis exequatur. Dissimulare tamen multa, & conniuentibus oculis debet magistratus, ne nimiæ seueritatis inuidiam incurrat: dum ne fiat euidenter contra bonos mores, vel tribunalis dignitatem.

3 ¶ De plano autem proconsul potest expedire hæc: vt obsequium parentibus, & patronis, liberísque patronorum exhiberi iubeat: comminari etiam, & terrere filium à patre oblatum, qui non, vt oportet, conuersari dicatur. ¶ Poterit de plano similiter & libertum non obsequentem emendare aut verbis, aut fustium castigatione.

Ad §. 3. De plano.

Ratio dubitandi. Quod ista causæ cognitionem aliquam desiderant, ergo non possunt expediri de plano. §. 1. *sup.* Ratio decidendi. Causæ cognitionem summariam requirunt, non plenam.

4 ¶ Obseruare itáque eum oportet, vt sit ordo aliquis postulationum, scilicet vt omnium desideria audiantur, ne fortè, dum honori postulantium datur, vel improbitati cedatur, mediocres desideria sua non proferant: qui aut omnino non adhibuerunt, aut minus frequentes, neque in aliqua dignitate positos aduocatos sibi prospexerunt.

Ad §. 4. Obseruare.

Ratio dubitandi. Nihil videtur interesse, quid primo loco iudicetur, dum omnia expediantur. Ratio decidendi. Imò interest esse aliquem ordinem postulationum, propter rationes hic positas. Omnia denique ordinatè fieri debent, vt fiant bene.

5 Aduocatos quoque petentibus debebit indulgere, plerumque feminis vel pupillis, vel aliàs debilibus, vel his, qui suæ mentis non sunt, si quis eis petat: vel si nemo sit, qui petat, vltrò eis dare debebit. ¶ Sed si qui per potentiam aduersarij non inuenire se aduocatum dicat, æquè oportebit ei aduocatum dare. Cæterum opprimi aliquem per aduersarij sui potentiam non oportet: hoc enim etiam ad inuidiam eius, qui prouinciæ præest, spectat: si quis tam impotenter se gerat, vt omnes metuant aduersus eum aduocationem suscipere.

Ad §. 5. Aduocatos.

Ratio dubitandi. Potest quis etiam per seipsum desideria sua exponere, nec videtur necessarius

vsus aduocatorum in Rep.bene constituta,quorum plerunque venalis perfidia est. Ratio decidendi. Imò necessarius est, dum hoc obseruetur, vt non alij ad munus illud admittantur, quàm qui sint probi & eruditi.

f *Opprimi aliquem.* Ratio dubitandi. Potentioribus pares esse non possumus. *l.3.de alsen.iud.mut.* Ratio decidendi. Ideo nimirum debilioribus subuenire magistratus debet, ne opprimantur: & vt fiant pares, qui alioqui essent impares.

g *Ad inuidiam.* Ratio dubitandi. Factum,& improbitas vnius non debet trahi ad inuidiam magistratus. *l. ad inuidiam.6 C.de his quæ vi met. causa.* Ratio decidendi. Magistratus,qui patitur opprimi debiliores a potentioribus, laborat sanè vel inopia ingenij & iudicij,vt non videat ea quæ omnes vident,vel animi, vt non audeat suam autoritatem audaciæ potentiorum obiicere. Ad quos pertinet elegans illud sapientis verbum. Noli iudex esse, si non vales resistere iniquitati.

6 ¶ Quæ etiam omnium præsidum h communia sunt: & debent & ab his obseruari.

Ad §.6. Quæ etiam.

h *Omnium præsidum.* Præsidis ergo nomen generale est. omnes proconsules sunt præsides, sed non omnes præsides proconsules. *l.1.de off.præf.*

10. IDEM libro 10. de Officio Proconsulis.

MEminisse oportebit, vsque ad aduentum successoris omnia debere proconsulem agere, cùm sit vnus proconsulatus, & vtilitas prouinciæ exigat esse aliquem, per quem negotia sua prouinciales explicent, ergo in aduentum successoris debet ius dicere.

Ad l.10. Meminisse.

Ratio dubitandi. Magistratus isti erant annui. ergo post annum officio functus erat proconsul, nec post annum iurisdictionem vllam habebat. Nam quæ ad tempus sunt concessa, videntur post tempus prohibita. *l. Thais ancilla.41.§.intra. 12.de fideic.lib l.si intra.23.de statulib.l.non distinguemus.3.* §. *fin & l.arbiter.50.§.vlt.l.50. de arbitr.* Ratio decidendi. Est in lege.

1 ¶ Legatum suum ne ante se de prouincia dimittat, & lege Iulia repetundarum, & rescripto Diui Hadriani ad Calpurnium Rufum proconsulem Achaiæ admonetur.

Ad §.1.legatum.

Ratio dubitandi. Proconsul potest iurisdictionem suam aut legato non mandare, aut mandatam quandocunque reuocare, saltem consulto principe. *l.solent.6.§.1.*§.*eod.* quidni ergo & eum dimittere? Nam nec proprium quidquam habet legatus, nisi mandata iurisdictione. *l.legati.13.*§. Ratio decidendi. Legatus datur proconsuli à Cæsare, vt tamdiu sit legatus proconsulis, quamdiu ille proconsul. Pertinet ergo ad dignitatem, non solùm legati, sed etiam Cæsaris, ne proconsul ante se illum de prouincia dimittat.

11. VENVLEIVS Saturninus lib.2.de Officio Proconsulis.

SI quid erit, quod maiorem animaduersionem exigat: reiicere legatus apud proconsulem debet: neque enim animaduertendi, coërcendi, vel atrociter verberandi ius habet.

Ad l.si quid erit 11.

Ratio dubitandi. Proconsulis iurisdictio plenissima est. *l.si in alienam.7.§.vlt.*§. &merum quoque imperium continet. *l.& ideo.8.*§. Atqui potest ea mandari legato. *l.solent. 6.§.1.adeóque debet. l.4.§.vlt.& l.5.* §.*eod.* ergo merum quoque imperium legatus habet, cùm ei mandata est iurisdictio, ac proinde ius animaduertendi coërcendi, & atrociter verberandi. *l.3.de iurisd.* Ratio decidendi. More maiorum transferri quidem iurisdictio potest, sed imperium, quod est merum, transire non potest. *l.1.§.1.de off.eius.*

12. PAVLVS lib. 2.ad Edictum.

LEgatus mandata sibi iurisdictione, iudicis dandi ius habet.

Ad l.Legatus 12.

Ratio dubitandi. A iudice iudex delegatus iudicis dandi ius nõ habet cùm ipse iudiciario munere fungatur, nisi à principe iudex datus sit. *l.à iudice.5.C.de iudic.* Atqui legatus iurisdictionem habet à proconsule, non à principe. Ratio decidendi. Aliud est deleguri quem iudicem, aliud mandatam habere iurisdictionem. Nam qui mandatam iurisdictionem habet, iudicem dare potest. *l.cùm prætor.12.§.1.de iud.* cùm in eum transeant omnia, quæ sunt iurisdictionis. *l.1.§.1.de off.eius.* Inter quæ est iudicis dandi licentia. *l.1. & 3.de iurisd.* non etiam mandare. alij iurisdictionem. *l.more maiorum.5.eod.*

13. POMPONIVS lib.10.ad Quintum Mucium.

LEgati proconsulis nihil proprium habent. nisi à proconsule eis mandata fuerit iurisdictio.

Ad l.Legati 13.

Ratio dubitandi. Qui mandatam iurisdictionem suscepit, nihil proprium habet, sed eius qui mandauit iurisdictione vtitur. *l.1.§.1.de off.eius.l.solet prætor.* 16.*de iurisd.* Ergo nihil proprium habere legatus potest, ne quidem mandata iurisdictione. Ratio decidendi. Plus iuris habet legatus proconsulis quàm cæteri, quibus mandatur iurisdictio: quia non eligitur

eligitur à proconsule, sed ei datur à Cæsare: & iurisdictionem ei mandare proconsul debet. *l.4.§.vlt.*§. *quamuis possit non velle. l. solent.6.§.1.*§.*eo.* Mandatam verò reuocare inconsulto principe potest quidem, sed non debet. *dicto.* §. 1. Ideo mortuo proconsule post mandatam legato iurisdictionem, non putarem finiri mandatum. *arg.l.huius.* quamuis in cæteris mandatariis iurisdictionis aliud sit. *l.& quia.6.de iurisd.*

14. VLPIANVS lib. 20.ad legem Iuliam & Papiam.

PRoconsules non ampliùs quàm sex fascibus vtuntur.

Ad l.Proconsules 14.

Ratio dubitandi. Proconsules vicem consulum,& omnium magistratuum vrbanorum gerunt. *l.si in aliam.7.*§.*si.& ll.sequentib.*§.*eo.* quidni ergo habebunt xii.fasces, sicut ambo consules simul? Ratio decidendi. Singuli consules non nisi sex fasces habent, ne regiam maiestatem, quæ xii.fascibus contenta erat, affectare aut imitari videantur. Non ergo plures, quàm sex fasces habere proconsul debet, qui vice tantùm consulis est, licèt tantam potestatem solus habet in prouincia, quãtam ambo consules in vrbe.

15. LICINIVS RVFINVS lib.3. Regularum.

ET legati proconsulum tutores dare possunt.

Ad l.Et legati 15.

Ratio dubitandi. Tutoris datio neque imperij est, neque iurisdictionis. *l.muto.6.§.tutoris.de tutel.* ergo non transit mandata iurisdictione. Ratio decidendi. Tutorem dare possunt omnes, quibus lex, vel constitutio aliqua, vel senatusconsultum specialiter eam potestatem dedit. *d.§.tutoris.* In eo autem numero est legatus proconsulis. *l.1.§.1.de tut.dat.* ergo tutorem dare potest, tanquam legatus, etiamsi non sit ei mandata iurisdictio.

16. VLPIANVS lib.2.ad Edictum.

PRoconsul portam Romæ ingressus, deponit imperium.

Ad l.Proconsul 16.

Ratio dubitandi. Intra centesimum ab vrbe lapidem & milliarium vrbs esse videtur. *l.1.§.initio.de off. præf.vrb.* ergo antequam proconsul portam vrbis ingrediatur deponit imperium, quod scilicet habere nullum potest, vbi magistratus vrbani habent. Ratio decidendi. Retinet imperium, & insignia imperij, & dignitatis, sed non potestatem exercendæ iurisdictionis, quam scilicet amittit statim atque prouinciæ suæ fines excessit. Imò statim atque successorem nactus est. *l.1.lege meminisse.10.sup.eodem.* Retinet tamen iurisdictionem voluntariam, & extra prouinciam, & quousque portam Romæ ingressus sit.

DE OFFICIO PRÆFECTI AVGVSTALIS.

TITVLVS XVII.

VLPIANVS libro 15. ad Edictum.

PRæfectus Ægypti non priùs deponit præfecturam & imperium, quod ad similitudinem proconsulis, lege sub Augusto ei datum est, quàm Alexandriam ingressus sit successor eius, licèt in prouinciam venerit, & ita mandatis eius continetur.

Ad Tit.17.De off.Præf.Augustalis.

Ad l.vn.

Ratio dubitandi. Præfectus Ægypti habet imperium ad similitudinem proconsulis, vt ait *h.l.* Atqui proconsul deponit proconsulatum statim, atque successor in prouinciam venit. *l.meminisse.10.de off. proconsul.* Ratio decidendi. Habet præfectus Augustalis hoc priuilegium, vt & alia multa, de quibus in *l.1.* videtur tamen hoc priuilegium non tam præfecto Alexandriæ, aut Ægypti, quàm ipsi ciuitati Alexandriæ datum esse, ne maneret tam ampla ciuitas sine administratore: præsertim illis temporibus, quibus primùm redacta erat in populi Romani potestatem. *de tut.dat.l.apud præfectum.21.de man.vind.l.1.C.de postul.*

DE OFFICIO PRÆSIDIS.

TITVLVS XVIII.

MAGER libro primo de officio Præsidis.

PRæsidis nomen generale est: eóque & proconsules, & legati Cæsaris [a]; & omnes prouincias regentes, licèt senatores sint, præsides appellantur. proconsulis appellatio specialis est.

Ad tit.18. De off.Præsidis.

Ad l.1

Ratio dubitãdi. Si proconsules quoque præsides appellantur, & sunt: cur ergo gabent diuersa nomina? *l.cùm quidam.7.C.de cond.insert.l.à nullo.4.C.de fer.* Ratio decidendi. Se habent inuicem nomina ista, tanquam genus & species. Præsidis nomen generale est, proconsulis speciale. ergo quod dicitur de præsidibus, tanquam de genere, dici etiam poterit de proconsule, tanquam de specie: sed non contrà. dixi ad *§.6.lege nec quidquam.9.de offic.proconsul.* Itaque, non sicuti proconsul habet legatum, ita vt possis dicere, præsidem specialiter sumptum pro legato Cæsaris: habere alium sub se legatum. Rationem attuli ad *§.1.l.solent.6.de offic.proconsul.*

a *Legati Cæsaris.* qui speciali nomine præsides appellantur, quia in Cæsaris provincias mittebantur: diuisis scilicet omnibus imperij provinciis, tanquam ex æquo iure, inter principem, & populum.

2. VLPIANVS lib. 26. ad Sabinum.

PRæses apud se adoptare potest, quemadmodum & emancipare filium, & manumittere seruum potest.

Ad l. 2. Præses apud se.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. 3. & 4. de adopt. iunct. l. an apud se. 5. de manu. vind.*

3. PAVLVS lib. 13. ad Sabinum.

PRæses prouinciæ in suæ prouinciæ homines [b] tantùm imperium habet: & hoc, dum in prouincia est: nam si excesserit, priuatus est. Habet interdum imperium & aduersus extraneos homines, si quid manu [c] commiserint. nam & in mandatis principum est, vt curet is qui prouinciæ præest, malis hominibus prouinciam purgare: nec distinguitur, vnde sint.

Ad l. 3. Præses prouinciæ.

b *In suæ prouinciæ homines.* intellige siue origine, siue domicilio. Ratio dubitandi. Non adhibetur talis distinctioni proconsule. potest enim ille cognoscere inter omnes, etiam qui sint ex aliena prouincia, dummodo reperiat eos in sua. *l. nec quidquam. 9. de off. proconsul.* & habet iurisdictionem voluntariam, statim atque vrbem est egressus *l. 2. eod.* nec deponit imperium antequã vrbem ingressus sit. *l. vlt. eo.* Ratio decidẽdi. Voluerunt Cæsaris, ne affectare tyrãnidem viderentur, vt plus iuris haberet proconsul, tanquam populi magistratus: ea tamen lege, vt proconsul legatum acciperet à Cæsare.

c *Si quid manu.* mallem legere *mali.* possunt enim mala committi non manu, & statim sequitur *malis hominibus*, nec distinguitur cur mali sint, non magis quàm vnde sint.

4. VLPIANVS lib. 39. ad Edictum.

PRæses prouinciæ maius imperium in ea prouincia habet omnibus post principem.

Ad l. Præses prouinciæ 4.

Ratio dubitandi. Nullum habet imperium in alterius prouinciæ homines, qui sunt in sua prouincia, nisi si quid mali admiserint. *l. 3. §.* Ratio decidendi. Non eo minus verum est, præsidem habere maius imperium omnibus in ea prouincia, quia non ideo fit, vt alius magistratus possit in ea ius dicere. Habet enim præses solus iurisdictionem, & priuatiuè, vt loquuntur, philosophi: non cumulatiuè. *l. ex omnibus. 10. & seqq. ff. eod.*

5. IDEM lib. 1. de omnibus Trebellianibus.

PRæses prouinciæ non magis tutorem, quàm specialem iudicem, ipse se dare potest.

Ad l. Præses prouinciæ 5.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. vlt. de off. prætor.*

6. IDEM libro 1. Opinionum.

ILlicitas exactiones, & violentia factas, & extortas metu venditionis, & cautiones, vel sine pretij numeratione prohibeat præses prouinciæ. Item ne quis iniquum lucrum [d] aut damnum sentiat, præses prouinciæ prouideat.

Ad l. Illicitas 6.

Ratio dubitandi. Nunquam, quod vi, vel metu factum est ratum haberi debet. *l. 2. §. 1. quod met. caus.* Frustra ergo præses prohibeat, quod iam ipso iure prohibitum est. *l. imperatores. 30. de reb. aut. iud. possid.* Ratio decidendi. Rescinditur edicto prætoris, quidquid vi vel metu gestum est: sed melius est huiusmodi contractus prohibere vt non valeant ipso iure, tanquam facti contra leges. *l. non dubium. 5. Cod. de ll.* quod tãdem generaliter constitutum fuit ab Impp. *in l. vlt. C. de his qua vi met. caus.* Melius enim est intacta partium iura seruare, quàm post vulneratam causam remedia quærere. *l. vlt. Cod. in quib. caus. rest. non est nec.*

d *Iniquum lucrum.* id est ex damno alieno *l. nam hoc naturæ. 14. de cond. indeb. l. iure naturæ. 206. de reg. iur.*

e *Prouident:* vel præcauendo, vel in integrum restituendo. *l. vltim. §. si iusto metu. quod met. caus.*

1 ¶ Veritas rerum erroribus [f] gestarum non vitiatur, & ideo præses prouinciæ id sequatur, quod conuenit eum ex fide eorum quæ probabuntur.

Ad §. 1. Veritas.

f *Erroribus gestorum.* Sic lego, non *Gestarum.* Gesta voco, quæ passim acta. *l. 2. C. de edend. l. minorum. 6. C. de præd. min.* Ratio dubitandi. Quia veritas non melius probari potest, quàm ex actis iudicialibus, quorum fides testium vicem supplet. *l. omnium 19. C. de testam. l. in donationibus. 31. C. de donat.* Ratio decidendi. fauor veritatis facit vt ei semper locus superesse debeat. *l. 1. & tot. tit. C. plus val. quod ag. l. Imperatores. 29. de probat.* error enim consensu caret. *l. Si per errorem. 15. de iurisd.* Denique præsumptio quidem est pro instrumento, ad transferendum onus probandi in eum qui allegat errorem, sed probat errore præsumptio cedit veritati.

2 ¶ Ne

2 ¶ Ne potentiores viri humiliores iniuriis adficiat, néve defensores eorum calumniosis criminibus infectentur innocentes, ad religionem præsidis prouinciæ pertinet.

Ad §. 2. Ne potentiores.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. nec quidquam. 9 §. 5. in verb. opprimi aliquem. & de off. pro-cõs.* & sanè non parua culpa magistratus est, qui non prohibet crimina, quæ prohibere potest. *l. 3. de noxal. act. l. scientiam. 45. ad l. Aquil. l. fluminum. 24. §. quanquam. de dam. inf.*

3 ¶ Illicita ministeria sub prætextu adiuuantium militares viros ad concutiendos homines procedentia prohibere, & deprehensa coërcere præses prouinciæ curet, & sub specie tributorum illicitas exactiones fieri prohibeat.

Ad §. 3. Illicita ministeria.

Ratio dubitandi. Non facilè potest dignosci cuiusquam animus malus in facto, quod boni speciem præ se ferat. Ratio decidendi. Colligi tamen potest ex factis ipsis, probarique in indiciis. *l. quid sit. 17. §. 1. de ædil. edict. l. non omnes. 5. §. à barbaris. de re milit. l. dolum ex. 6. C. de dolo.* Nullum porrò grauius malum est, quàm quod sub boni specie delitescit. Simulata pietas duplex est impietas. *l. 1. §. 34. ad SC. Silan.*

4 ¶ Neque licita negotiatione aliquos prohiberi [a], neque prohibita exerceri [b], neque innocentibus [c] pœnas irrogari, ad solicitudinem suam præses prouinciæ reuocet.

Ad §. 4. Neque licita.

a *Prohiberi.* Interest enim Reip. ampliari modis omnibus libertatem commerciorum, non constringi.

b *Prohibita exerceri.* Sicut enim lex imperfecta est, quæ quod fieri prohibet, si tamen factum sit, non rescinditur: vt dixi ad *l. 6. de ll.* ita & non satis bonus magistratus, qui, quod fieri prohibuit, impunè patitur.

c *Neque innocentibus.* Est enim melius nocentem dimittere, quàm innocentem damnare. *l. absentem. 5. de pœn.*

5 ¶ Ne tenuis vitæ homines sub prætextu aduentus officiorum, vel militum, lumine vnico vel breui supellectili ad aliorum vsus translatis, iniuriis vexentur, præses prouinciæ prouidebit.

Ad §. 5 Ne tenuis.

Ratio dubitandi. Necessitas publica præferènda est commodis priuatorum. Ratio decidendi. Interest etiam Reip. non vexari iniuriis tenuiores homines. Iniuria autem, nec leuis est, si quis domunculâ sua expellatur. *l. plerique. 18. de in ius voc.*

6 ¶ Ne quid sub nomine militum, quod ad vtilitates eorum in commune non pertinet à quibusdam propria commoda iniquè vindicantibus commitatur, præses prouinciæ prouideat.

Ad §. 6. Ne quid sub.

Ratio dubitandi. Militum fauor maximè ad fauorem reip. pertinet, quæ per eos potissimùm conseruatur. Ratio decidendi. In his scilicet, quæ ad vtilitatem militum in commune pertinent. Non item, si sub nomine militum propria commoda iniquè vindicare quis velit.

7 ¶ Sicuti medico imputari euentus mortalitatis non debet: ita quod per imperitiam commisit, imputari ei debet. prætextu humanæ fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium esse non debet.

Ad §. 7. Sicuti.

Ratio dubitandi & decidendi vtraque in textu est. Imperitia in arte pro culpa est. *l. si quis domum. 9. §. Celsus. locat.*

8 ¶ Qui vniuersas prouincias regunt, ius gladij habent: & in metallum dandi potestas eis permissa est.

Ad §. 8. Qui vniuersas.

Ratio dubitandi. Non debet gaudere maioribus, qui non gaudet minoribus *l. cui pacto. 5. in fi. de ser. export.* Atqui præsides non habent ius deportandi inconsulto principe. *l. 2. §. 1. de pœn.* ergo non habent ius gladij. Ratio decidẽdi. Ius deportandi non habent nisi quibus id specialiter datum est. *l. inter pœnas. 6. §. 1. de inter. & releg.* Adeò visa est grauior iactura ciuitatis, quàm libertatis, aut vitæ: & digna, quæ ab vnius hominis arbitrio non facilè penderet.

9 ¶ Præses prouinciæ, si multam, quam irrogauit, ex præsentibus facultatibus eorum, quibus eam dixit, redigi non posse deprehenderit: necessitatem solutionis moderetur, reprehensa exactorum illicita auaritia. ¶ Remissa propter inopiam multa, à prouincias regentibus exigi non debet.

Ad §. 9. Præses prouinciæ.

Ratio dubitandi. Vetus verbum est, qui non habet in ære luat in corpore. *l. si quis id. 7. §. 3. de iurisd. l. 1. §. vlt. de pœn. l. vlt. de in ius voc. l. si quis iniuriam. 35. de iniur.* Ratio decidendi. Non semper eam pœnæ commutationem fieri æquum est, sed in pœnis pecuniariis statuendis facultatum præsentium rationem præcipuè haberi par est.

d *Neceſſitate ſolutionis.* malo legere, *neceſſitatem*: dato ſcilicet ei, qui condemnatus eſt, longiore tempore. e *Remiſſa multa.* Ratio dubitandi. Pœna ſemel in condemnationem deducta remitti poſtea non poteſt: cùm iudex poſt dictam ſententiam officio functus ſit. *l. iudex, poſtquam. 55. de re iud.* Ratio decidendi. In iudicibus datis id obtinet, non in ius dicentibus, & magiſtratibus ſupremam poteſtatem habentibus: ſi ſuperueniant probationes inopiæ, quæ condemnationis tempore vel nulla, vel minor eſſe credebatur.

f *Non debet.* Ratio dubitandi. Hæc pœnæ remiſſio propter inopiam facta, videtur eſſe tẽporalis, quouſque creuerint facultates. *l. cura extruendi. 4. §. 1. de mun. & honor. l. ab his oneribus. 10. §. auctis. de vacat. & excuſ.* ergo non abſoluto verum eſt, exigi eam non debere. Ratio decidendi. Pœnæ remiſſio ſauorabilis eſt, & ideo perpetua: ſicut & pœnæ ſolutio. Nam nec pœnæ depenſæ vnquam repeti poſſunt. *l. pœnæ non ſolent. 42. de cond. indeb. l. quod à quoque. 46. de reg. iur.*

7. IDEM libro tertio Opinionum.

PRæſes prouinciæ, inſpectis ædificiis, dominos eorum, cauſa cognita, reficere ea compellat: & aduerſus detrectantem, competenti remedio, deformitati auxilium ferat.

Ad l. præſes prouinciæ 7.

Ratio dubitandi. Iniquum eſt non eſſe liberam homini ingenuo rerum ſuarum adminiſtrationem. *l. 2. ſi à pat. quis man. l. in re mandata 21. C. mandat.* Ratio decidendi. Pertinet ad Reip. vtilitatem, vt ædificia reficiantur, ne ruinis vrbs deformetur. *l. ad curatoris. 46. de dam. inf. l. 2. & ſingularum 8. C. de ædif. priuat. l. vlt. C. de iur. Reip. l. vlt. ne quid in lo. publ. l. prætor. ait. 20. §. 10. de oper. nou. nun.* Hinc priuilegium eius, qui credit ad reficiendam domum. *l. interdum. 5. qui pot. in pign.* & donationis inter virum & vxorem. *l. quod ſi vir 14. de donat. inter vir. vxor.*

8. IVLIANVS libro primo Digeſtorum.

SÆpe audiui Cæſarem noſtrum dicentem, hac reſcriptione: *Eum, qui prouinciæ præeſt, adire potes*, non imponi neceſſitatem proconſuli, vel legato eius, vel præſidi prouinciæ, ſuſcipiendæ cognitionis: ſed eum æſtimare debere, ipſe cognoſcere, an iudicem dare debeat.

9. CALLISTRATVS lib. 1. de Cognitionibus.

GEneraliter, quotiens princeps ad præſides prouinciarum remittit negotia per reſcriptiones, veluti *eum, qui prouinciæ præeſt, adire poteris*: vel cum hac adiectione, *is æſtimabit, quid ſit partium ſuarum*: non imponitur neceſſitas proconſuli, vel legato ſuſcipiendæ cognitionis, quamuis non ſit adiectum, *is æſtimabit, quid ſit partium ſuarum*: ſed is æſtimare debet, vtrùm ipſe cognoſcat, an iudicem dare debeat.

Ad l. Sape audiui 8. & Ad l. Generaliter 9.

Ratio dubitandi. Videtur iis verbis data cognitio præſidi: ergo iniuncta neceſſitas cognoſcendi. Ratio decidendi. Alienum credebatur à dignitate maiorum magiſtratuũ, vt per ſeipſos ipſi cognoſcerent, niſi in quibuſdam cauſis vſque ad *l. 2. C. de ped. iud.* Imò & iudex à principe datus alium iudicem dare poteſt, niſi prohibeatur. *l. à iudice 5. C. de iudic.* Non tamen poteſt hic præſes recuſare, quo minus ipſe cognoſcat aut per ſe, aut per iudicem: cùm alioqui non poſſet, fortè in extraneum. *l. 3. §.* Itaque ſunt ridiculi, qui hinc probant verbum, Poteſt, non eſſe obligatorium ex parte illius, in quem profertur.

10. HERMOGENIANVS lib. 2. Iuris Epitomarum.

EX omnibus cauſis, de quibus vel præfectus vrbi, vel præfectus prætorio, itémque conſules, & prætores, cæteríque Romæ cognoſcunt, correctorum. & præſidum prouinciarum eſt notio.

11. MARCIANVS lib. 3. Inſtitutionum.

OMnia enim prouincialia [g] deſideria, quæ Romæ varios iudices habent, ad officium præſidum pertinent.

12. PROCVLVS lib. 4. Epiſtolarum.

SEd licèt is, qui prouinciæ præeſt, omnium Romæ magiſtratuum vice & officio fungi debeat: non tamen ſpectandum eſt, quid Romæ factum [h] eſt, quàm quid fieri debeat.

Ad ll. 10. 11. & 12.

Ratio dubitandi. Præfectus vrbi poteſt deportare, non tamen præſes. *l. 2. §. 1. de pœn. l. inter pœnas. 6. §. 1. de interd. & releg.* Ratio decidendi. Imò poteſt, ſed non niſi conſulto principe. *l. ſi quis. ſſio. 6. §. eius qui 7. de inuſt. rupt. l. 1. §. deportatos. de leg. 3.* ob rationem quam attuli ad *§. 8. l. illicitas. 6. h. tit.*

g *Prouincialia.* malle m *prouincialium.*

h *Quid Romæ factum.* non iure ſupple, ſed contra ius. Nam ius, quo Roma vtitur, ſpectandum eſt. *l. de quibus. 32. de ll.* id eſt, quod Romæ fit iure, ac proinde longa etiam conſuetudine. Nam illa quoque ius eſt, niſi ſit contra leges. *l. 2. Cod. quæ ſit long. conſuetud. l. nemo iudex. 13. in fin. Cod. de ſent. & inter. locut.*

13. VLPIANVS libro 7. de Officio Proconſulis.

COngruit bono, & graui præſidi curare, vt pacata atque quieta prouincia ſit, quam regit, quod non difficilè obtinebit, ſi ſollicitè agat, vt malis hominibus prouincia careat, eóſque conquirat: nam & ſacrilegos, latrones, plagiarios, fures conquirere debet: & prout

& prout quiſque deliquerit, in eum animaduertere, nec eptoréſque eorum coërcere, ſine quibus latro diutiùs latere non poteſt.

Ad l. Congruit 13.

Ratio dubitandi. Non debet idem eſſe iudex & accuſator. *l. diuus 6. §. ſic & D. Pius. de cuſt. & exhib. reor. l. reſcripto 6. §. ſi quis accuſatorem. de mun. & honor.* Ratio decidendi. Aliud eſt accuſare, aliud iubere requiri eos, qui iam vel fama ipſa infames ſunt: nec vnquam deeſt accuſator, cùm ad principis procuratores & aduocatos hoc maximè pertineat, vt ſint publici accuſatores.

1 Furioſis, ſi non poſſint per neceſſarios contineri, eo remedio per præſidem obuiam eundum eſt, ſcilicet, vt carcere contineantur, & ita Diuus Pius reſcripſit. ¶ Sanè excutiendum Diui fratres putauerunt in perſona eius, qui parricidium admiſerat, vtrùm ſimulato furore facinus admiſiſſet, an verò re vera compos mentis non eſſet: vt ſi ſimulaſſet, plecteretur: ſi fureret, in carcere contineretur.

Ad §. 1. Furioſis..

Ratio dubitandi. Carceribus coërcentur delinquentes. *l. 1. & tot. tit. de cuſt. & exhib. reor.* At furioſi non poſſunt delinquere, cùm careant ſenſu, & affecto non eſſe dandam afflictionem. *l. iure ſuccurſum 6. de iur. dot.*

d *Quoniam.* Legendum eſt *quod non*, & in ſeq. illis *non fortè*, legendum eſt: *num*, id eſt, vtrùm, vt ſequentia oſtendunt.

e *Eos à quibus.* Ratio dubitandi. Alieni delicti pœnam nemo pati debet. Ratio decidendi. Imò debet is qui delictum prohibere potuit, & debuit; nec prohibuit. Propriam enim culpam, propriúmque delictum committit. *l. culpa caret 50. & l. nullum crimen 109. de reg. iur. l. 3. C. de off. præf. præt. orient.*

14. MARCELLVS lib. 2. de Iudiciis Publicis.

DIuus Marcus & Commodus Scapulæ Tertyllo reſcripſerunt in hæc verba: Si tibi liquidò compertum eſt, Ælium Priſcum, in eo furore eſſe, vt continua [a] mentis alienatione omni intellectu careat: nec ſubeſt vlla ſuſpicio [b], matrem ab eo ſimulatione dementiæ occiſam, potes de modo pœnæ eius diſſimulare, cùm ſatis furore ipſo puniatur [c], & tamen diligentiùs cuſtodiendus erit, ac, ſi putabis, etiam vinculo coërcendus: quoniam [d] tam ad pœnam, quàm ad tutelam eius, & ſecuritatem proximorum pertinebit. Si verò, vt plerunque adſolet, interuallis quibuſdam ſenſu ſaniore, non fortè [e] eo momento ſcelus admiſerit, nec morbo eius danda eſt venia, diligenter explorabis & ſi quid tale compereris, conſules nos, vt æſtimemus, an per immanitatem facinoris, ſi cùm poſſet videri ſentire, commiſerit, ſupplicio adficiendus ſit. Cùm autem ex litteris tuis cognouerimus, tali eum loco atque ordine eſſe, vt à ſuis, vel etiam in propria villa cuſtodiatur: rectè facturus nobis videris: ſi eos, à quibus illo tempore obſeruatus eſſet, vocaueris, & cauſam tantæ negligentiæ excuſſeris: & in vnumquemque eorum, prout tibi leuari, vel onerari culpa eius videbitur, conſtitueris. nam cuſtodes furioſis non ad hoc ſolùm adhibentur, ne quid perniciоſius ipſi in ſe moliantur, ſed ne aliis quoque exitio ſint. quod ſi committatur, non immeritò culpæ eorum adſcribendum eſt qui negligentiores in officio fuerint.

Ad l. Diuus Marcus 14.

Ratio dubitandi. & decidenndi, eadem quæ ad *l. præced.*

a *Continua.* Quid enim, ſi habeat dilucida interualla. *l. cùm aliis quidem 6. C. de cur. fur.*

b *Suſpicio.* Eſt enim in dubio præſumendum pro filio, quod nunquam niſi planè inſanus, & furioſus matrem occiſurus fuerit. Vnde eſt quod nec vllam in parricidas pœnam Solon ſtatuendam putauit.

c *Puniatur.* Hoc enim eſt, quod dici ſolet, affli-

15. MARCIANVS lib. 1. de Iudiciis Publicis.

ILlud obſeruandum eſt, ne qui prouinciam regit, fines eius excedat, niſi voti ſoluendi cauſa: dum tamen abnoctare ei non liceat.

Ad l. Illud 15.

Ratio dubitandi. Videtur ita conſtringi libertas præſidis. *l. Titio centum 71. §. 2. de cond. & demonſt.* Ratio decidendi. Non libertatis conſtringendæ cauſa hoc fit, ſed ne prouincia deſeratur, & adminiſtratore deſtituatur. Denique eſt hoc onus dignitatis, quam tanti æſtimare videtur quiſquis dignitatem iſtam ambit.

16. MACER libro 1. de Officio Præſidis.

SEnatuſconſulto cauetur, vt de his, quæ prouincias regentes, comites, aut libertini eorum, antequam in prouinciam venerint, contraxerunt, parciſſimè [f] ius dicatur: ita vt

actiones, quæ ob eam causam institutæ non essent, postea quàm quis eorum ea prouincia excesserit, restituantur[g]. Si quid tamen inuito accidit, veluti si iniuriam, aut furtum passus est: hactenus ei ius dicendum est, vt litem contestetur [h], réque ablata exhibeatur, & deponatur [i], aut fisti, exhiberíve satisdato promittatur.

Ad l. Senatusconsulto 16.

Ratio dubitandi. Nemini debet officium suum publicum esse damnosum. *l. & siue* 27. *ex quib. caus. maio.* & iuris executio non habet iniuriam. *l. iniuriarum* 13. *§.1. de iniur.* Nec rursus debet mora fieri volentibus persequi ius suum. sed esse in potestate cuiusque agere quando velit. *l. purè mihi* 5. *§. vlt. de dol. except. l. vlt. C. vt nem. inuit.* Ratio decidendi. Hoc ita constitutum est ne dignitas magistratuum ad inuidiam trahatur. *l. pars literarum* 48. *de iudic. l. qui iurisdictioni* 10. *de iurisd.*

f *Parcissimè.* Aliquando enim secus est. *l. si quis fortè* 6. *§. pen. de pœn.*

g *Restituantur.* Ratio dubitandi. Actio semel exstincta non reuiuiscit. *l. qui res suas* 98. *§. areum. de solut. l. quæritur* 14. *§. pen. de edil. edic.* Ratio decidendi. Semper subueniendum est ei, qui sine vllo suo facto & culpa actionem amisit: multò magis, si amiserit ob factum vel personâ aduersarij, *tot. tit. de cap. minut. & ex quib. caus. maior.* Non eo minus tamen currit tempus ei, qui non potuit agere. (Alioqui nulla opus esset restitutione) nisi cùm tempus actionis vtile est, ar in *l. cùm sex.* 55. *de ædil. edict.* aut cùm aliter expressim constitutum est, vt in *l.* 1. *§. vlt. C. de annal. except. l.* 1. *§. vlt. C. de bon. mater. l. in rebus dotalibus* 30. *C. de iur. dot.*

h *Vt litem contestetur.* Ratio dubitandi. Litem contestari nemo cogitur, nisi qui posset eo tempore condemnari. Nam & ob eam causam solemus spectare tempus litis contestatæ, quia quale quid est cùm petitur, tale dari debet. *l. 2. de vsur.* Ratio decidendi. Litis contestatio necessaria interdum est, vt perpetuetur actio & ad heredem aut in heredem trâsmittatur. *l. aliâ* 29. *de nouat. l. vn. C. ex delict. defunct.*

i *Deponatur.* Nimirum vt res sit in tuto, frustra enim postea ageretur ad habendam rem, quæ haberi non posset: & domini interest ne cogatur rem suam vendere etiam iniusto pretio. *l. nec quasi* 70. *de rei vind. l. non enim* 9. *rer. amot. l.* 7. *§. vlt qui satisd. cog.* Ratio dubitandi. Erat ex *l.* 1. *C. de seq. pec.* non esse inciendum à sequestratione.

17. CELSVS lib. 3. Digestorum.

SI fortè præses prouinciæ manamiserit, vel tutorem dederit, priusquam cognouerit successorem aduenisse: erunt hæc rata.

Ad l. Si fortè 17.

Ratio dubitandi. Nulla maior nullitas est quàm defectus potestatis in agente. *l. 3. de off. proconsl. l. vlt. de iurisd. l. si quis filio* 6. *§. antep. de iniust. rupt.* eámque nullitatem nullitatum vocant pragmatici. At potestas præsidis non durat, nisi ad aduentum vsque successoris. *l. meminisse* 10. *de off. proconsl.* Ratio decidendi. Facti alieni ignorantia semper probabilis est. *l. vlt.* pro suo præsertim iuncta publica vtilitate, ne decipiantur qui apud eum lege egerunt. *l. Barbarius* 3. *de off. prætor.* Ideo debet successor decessorem suum de aduentus die certiorem facere. *l.* 4. *§.* 4. *de of. proc.*

18. MODESTINVS lib. 5. Regularum.

PLebiscito continetur, vt ne quis præsidum, munus donum capere et: nisi esculentum, potulentúmve, quod intra dies proximos prodigatur.

Ad l. Plebiscito 18.

Ratio dubitandi. Nulla alia re melius, quàm abstinentia munerum innocentia conseruatur. *l. solent* 6. *§. fin. de off. proc.* Ratio decidendi. Esculentum poculentúmve, quod intra dies proximos prodigatur, leuius quiddam est, quàm vt boni iudicis integritatem corrúpere posse existimetur. Esset tamen laudabilius, & aduersus omnes calumniæ occasiones tutius, hæc etiam distinctè prohiberi, in eorumque locum maiore à principibus honorario magistratum donari.

19. CALLISTRATVS lib. 1. de Cognitionibus.

OBseruandum est ius reddenti, vt in adeundo quidem facilem se præbeat, sed contemni non patiatur, vnde mandatis adiicitur, ne præsides prouinciarum in vlteriorem familiaritatem prouinciales admittant. nam ex conuersatione æquali contemptio dignitatis nascitur.

Ad l. Obseruandum 19.

Ratio dubitandi. & decidendi. eadem quæ ad *l. nec quidquam* 9. *§.* 2. *de off. proc.* Nihil tam conueniens est bono magistratui, quàm vt facilem sui copiam præbeat in omnibus audiendis omnium, præsertim tenuiorum desideriis: *d. l. nec quidquam* 9. *§.* 4. Nihil tam necessarium, quàm vt dignitatem suam tueatur. Difficile enim est, vt cuius persona despicitur eius persona suspiciatur: nihil denique tam arduum, quàm vt facilitas cum dignitate retineatur.

1 ¶ Sed & in cognoscendo neque excandescere aduersus eos, quos malos putat, neque precibus calamitosorum inlacrymari oporret, id enim non est constantis & recti iudicis, cuius animi motum vultus detegit. & summatim ita ius reddi debet, vt auctoritatem dignitatis ingenio suo augeat.

Ad §. 1. Sed & in cognoscendo.

Ratio dubitandi. Non est vituperanda eius impatientia, qui scelerum execratione sceleratis terrorem incutit: vt nec illius humanitas, qui miseri hominis & pauperis miseretur. Ratio decidendi. Neutrum est constantis & acti iudicis, cuius est, nec ad fauorem declinare: sed dignitatem ita gerere, vt omnes intelligant communem ei esse dignitatis functionem cum multis, sed functionis dignitatem cum paucis.

20. PAPINIANVS lib. 1. Responsorum.

LEgatus Cæsaris, id est præses, vel corrector [a] prouinciæ, abdicando se non amittit imperium.

Ad l. Legatus 20.

Ratio dubitandi. Abdicatio nihil nisi abnegatio & priuatio est dignitatis. Non potest autem esse imperium sine dignitate, vt nec dignitas præsidis sine imperio. *l. 1. & vlt. de off. proc.* Ratio decidendi. Nemo potest à se abdicare dignitatem, quam non à se sed à principe habeat: cùm nemo sit dominus suę dignitatis, vt nec vitę aut membrorum suorum. *l. liber homo* 13. *ad l. Aquil.* Ergo nec amittere imperium, quod habet ob dignitatem, sed vtrumque debet solemniter deponere, & more maiorum.

a *Corrector.* Ille est qui partem prouinciæ regit. *l. vn. in. pr. C. vt om. iud.* ad differentiá præsidis, qui vniuersam. *l. illicitas* 6. *§.* 8. 8. ex quo apparet istos correctores ius gladij nõ habuisse. Habebant tamen & dignitatem & imperium, etiam merum, id est, criminum animaduersionem quamlibet extra potestatem gladij, & deportandi, & in metallum dandi *arg. d. §.* 8. *d. l. illicitas. sup. eod.*

21. PAVLVS lib. sing. de Officio Adsessorum.

PRæses cùm cognoscat de seruo corrupto, vel ancilla deuirginata, vel seruo stuprato: si actor rerum agentis corruptus esse dicetur, vel eiusmodi homo, vt non solam iacturam aduersus substantiam, sed ad totius domus euersionem pertineat: seueriſſimè debet animaduertere.

Ad l. Præses 21.

Ratio dubitandi. Nulla potest inter seruos constitui differentia. *l. & seruorum* 5. *de stat. hom.* cùm omnes habeantur pro nullis. *l. quod attinet* 32. *de reg. iur. l. nullo modo* 7. *de falsi.* & quadrupedibus comparentur. *l.* 2. *ad l. Aquil.* Ratio decidendi. Omnes quidem sunt æquè serui, sed alij aliis pretiosiores pro diuersitate functionũ, & ætatis. *l. fortè, quòd* 28. *de rei vind.* Atqui actio de seruo corrupto ciuilis est, inquies, & datur non ad pœnam, sed ad id quod reuera interest. *l.* 1. *de seru. corrupt.* Resp. posse tamen hoc nomine agi criminaliter, non ob seruum, sed ob dominum, & ob vtilitatem. Reip. nec de seruo corrupto, sed furti. Nam & furti agi potest. *l. Neratius ait* 11. *§.* 3. *eod. iung. l. interdum furti* 56. *§.* 1. *l. vltim. de furt.*

b *Aduersus substantiam.* Puto legendum, *vt non solùm iactura ad serui substantiam.* nato facilè errore ex eo, quòd librarius quidam inuersis literis scripserat *aduersi* pro *adserui* quod cursum cùm nullius sensus esset, alius mutauit in *aduersus. Actor rerum.* Hæc erat omnium pretiosissima conditio seruorum. *l. interdum* 16. *in prin. de publ. vectig. & com.* Ideo generaliter legato seruo non poterat legatarius actorem eligere. *l. legato* 37. *de leg.* 1.

DE OFFICIO PROCVRATORIS CÆSARIS, VEL RATIONALIS.

TITVL. XIX.

VLPIANVS lib. 6. ad Edictum.

VĘ acta gestáque sunt à procuratore Cęsaris, sic ab eo comprobantur, atque si à Cæsare gesta sunt.

Ad Tit. de Procuratore Cæsaris vel Rationali.

Ad l. Quæ acta 1.

Ratio dubitandi. Procurator Cæsaris non potest vendere, neque donare, neque transigere. §. 1. *l.* quæ tamen omnia Cæsar ipse facere posset. Ratio decidendi. Intelligitur mandatum habere quod ad omnia, quæ pertinent ad causam administrationis: non quod ad cętera. *d. §.* 1. nihil autem interest, an quis per se faciat, an ex eius voluntate alius. *l. quæ ratione* 9. *§.* 4. *de acquir. rer. dom. l. pupillus* 5. *§. si filius de autor. tutor.*

1 ¶ Si rem Cæsaris procurator eius, quasi rem propriam, tradat: non puto eum dominium transferre: tunc enim transfert, cùm negotium Cæsaris gerens, consensui ipsius tradit. denique si venditionis, vel donationis, vel transactionis causa quid agat, nihil agit [a]: non enim alienare ei rem Cæsaris, sed diligenter gerere commissum est.

Ad §. 1. Si rem.

Ratio dubitandi. Habet hoc casu procurator Cæsaris & voluntatem & potestatem dominij transferendi, siue rem, quam tradit consideres tanquam propriam procuratoris, siue tanquam rem Cæsaris. Ergo non potest nocere quod tradit quasi propriã cùm sit res Cæsaris. *arg. l. cùm in corpus 36. de acqu. rer. dom. § si quis rem suam instit. de legat.* Ratio decidendi. Imò nec voluntatem habet alienandi rem Cæsaris, quia putat esse suam; nec potestatem, quia non aliter potest alienare rem Cæsaris, quàm si negotium ipsius gerens, consensu eiusdem tradat.

a *Nihil agit.* Ratio dubitandi. Habet generalem administrationem, ergo potest hæc omnia, præterquam transigere. *l. procurator 58. cum seqq. de procur.* Ratio decidẽdi. Habet quidẽ generalẽ administrationem, sed non liberam quæ necessaria est ad alienandum. *l. Paulus respondit 63. eod. l. qua ratione 9. § nihil 4. de acq. rer. dom. l. ab agnato 12. de cur. fur.* sed tamen nec donare potest, qui habet liberam, quia donare est perdere. *l. filiusfamilias 7. de donat.*

2 ¶ Est hoc præcipuum in procuratore Cæsaris, quod & eius iussu seruus Cæsaris adire hereditatem potest: & si Cæsar heres instituatur, miscendo se opulentæ hæreditati procurator hæredem Cæsarem facit [b].

Ad §. 2. Est hoc præcipuum.

Ratio dubitandi. Seruus non potest adire hereditatem nisi iussu domini. *l. si quis mihi 25. l. aditio 45. § 3. de acquir. hered.* Atqui procurator Cæsaris non est dominus seruorum Cæsaris. Ratio decidendi. Est hoc speciale in procuratore Cæsaris, vt pro Cæsare iubere possit aditionem. *d. l. si quis mihi 25. § 2.* quia & ipse posset Cæsarem heredem facere, se immiscendo hereditati opulentæ, si Cæsar heres scriptus esset, vt statim sequitur. Nam eius est iubere, qui posset per se adire, si heres ipse institutus esset.

b *Facit.* Ratio dubitandi. Hereditas non potest adiri per procuratorem *l. per curatorem 90. de acq. hered.* quia est actus legitimus. *l. actus legitimi 77. de reg. iur.* Nemo autem alieno nomine lege agere potest. *l. nemo 123. eo. l. qui in aliena.* Et tum quoque, cùm potest acquiri per alium, vt per filiumfam. vel seruum debet præcedere iussus, *l. qui in aliena 6. & d. l. si quis mihi 25. § iussum. de acq. hered.* Ratio decidendi. Aditio requirit factum personale heredis instituti, & verba solemnia, cùm sit actus legitimus. *d. l. Actus legitimi*, quæ omnia Cæsarem per seipsum præstare indignum sanè esset. *Opulentæ* quia si non esset opulenta hereditas, aliud probari oporteret. *l. prox.*

2. PAVLVS lib. 5. Sententiarum.

QVòd si ea bona, ex quibus Imperator heres institutus est, soluendo non sint: re perspecta [c], consulitur Imperator: heredis enim instituti, in adeundis, vel repudiandis huiusmodi hereditatibus, voluntas exploranda est.

Ad l. Quòd si ea bona 2.

Ratio dubitandi. Soluendo est hereditas, quæ inuenit heredem. *l. 3. ad falcid. l. libertus 36. de bon. libert.* nec distinguendum an sit opulenta, necne, siue acquiratur, siue omittatur. *l. quæ dotis 33. solut. matr. l. 4. ad Trebel. l. si in testamento 22. in fin. si quis omis. caus. test.* Namqui semel heres fuit, nunquam potest desinere. *l. ei. qui soluendo 88. de hered. instit.* Ratio decidendi. Non habet hoc locum, nisi in ea hereditate, quam procurator Cæsaris adiit inconsulto Cæsare: quasi procurator nec videatur habere mandatum adeundi, nisi sub illa conditione, si hereditas erit soluendo: quamuis nec expressè adiri hereditas sub hac conditione possit. *l. eum, qui duobus 51. inf. de acq. hered.* Et sanè si minori succurritur per restitutionem aduersus propriam aditionem inconsultam. *l. ait prætor 7. § sed etsi 5. de minor. & tot. tit. C si vl. min. se abstin.* quanto magis succurrendum est Cæsari aduersus aditionem procuratoris se inconsulto factam? Quanquam hoc casu non tam ipsi succurritur, quàm ipse consulitur, an velit heres esse, qui adhuc nunquam voluit.

c *Re perspecta.* Interim ergo aditio est in pendenti dicat aliquis, imo non est, sed ex postfacto habetur pro non facta. Non idem priuilegium habet pupillus, qui hereditatẽ sibi delatã quantumuis opulentam, si adeat sine tutoris autoritate, aut tutor sine eo nihil agit. *l. obligari 9. § hereditatem de aut. tutor. l. more nostræ 8. & l. seq. de acq. hered.* At idem priuilegium habet fiscus in bonis vacantibus. Ita enim acquiruntur fisco, nec venduntur ex edicto si sint soluendo. *l. 1. § 1. de iur. fisci.*

3. CALLISTRATVS lib. 6. de Cognitionibus.

CVratores Cæsaris ius deportandi non habent: quia huius pœnæ constituendæ ius non habent.

Ad l. 3. Curatores.

Ratio dubitandi. Cæsar habet ius deportandi, adeóque præfectus vrbi. *l. 2. § 1. de pœn. l. inter pœnas. 6. § 1. de interd. & releg.* Cur non ergo & procurator Cæsaris, arg. *l. 1. in pr. ff.* Ratio decidendi. Soli habentij, quibus hoc ius datum est. Vnde est quod nec præfides prouinciarum hoc habent. *dixi ad § 8. l. solent. 6. sup. tit. 1.*

1 ¶ Si

1 ¶ Si tamen, quasi tumultuosum vel iniurioſum aduersus colonos Cæsaris, prohibuerint in prædia Cæsariana accedere: abstinere debebit, idque Diuus Pius Iulio rescripsit.

Ad §. 1. Si tamen.

Ratio dubitandi. Videtur minui libertas & vis fieri, si quis prohibeatur ad certum locum accedere vel à certo recedere. *l. 4. de stat. hom. l. 3. § si autem. vnde vi. l. Tritio centum 71. § 2. de cond. & dem.* Ratio decidendi. Non fit per vim, quod à magistratu fit habẽte & exercente legitimam potestatem. Nam necvis aut iniuria fit sine dolo, & sine animo iniurię faciendæ nec ab eo qui arcet potius iniuriam arcendo iniurioſum hominem, & tumultuosum aduersus colonos Cæsaris. Nam & hoc pertinet ad administrationem patrimonij Cæsaris, & tuitionem.

2 ¶ Deinde neque redire cuiquam permittere possunt. idque Imperatores nostri Seuerus & Antoninus ad libellum Hermiæ rescripserunt.

Ad §. 2. Deinde.

Ratio dubitandi. Multò leuius & benignius est permittere alicui reditum in ciuitatem, quàm deportare. Est enim fauorabilis restitutio in ciuitatem. *l. 1. vlt. & pass. C. de seruent. pass. & restit. l. intercidit 59. de cond. & demonst.* Ratio decidendi. Imò difficilius est reddere ciuitatem quàm adimere. Adimit etiam præfectus vrbi. *d. 2. § 1. de pœn.* Restituit solus princeps. *dd. ll.*

DE OFFICIO IVRIDICI.

TITVLVS XX.

VLPIANVS lib. 26. ad Sabinum.

ADOPTARE quis apud iuridicum potest: quia data est ei legis actio.

2. IDEM lib. 93. ad Sabinum.

IVridico, qui Alexandriæ agit, datio tutoris constitutione Diui Marci concessa est.

De officio Iuridici. Tit. 20.

Ad l. 1. & 2.

Ratio dubitandi. Neque adoptare, neq; tutorem dare iurisdictionis est magistratui iure ordinario competentis. *l. muto 6. § tutoris. de tutel. l. 3. de off. procos.* ergo eam potestatem non potest habere iuridicus licèt nomen ipsum ostendat eum habere iurisdictionem. Ratio decidendi. Non habet hoc ius, quatenus iuridicus est, nec vi propriæ iurisdictionis, sed quia nominatim ei datum est. Ex quo apparet non ad quoslibet iuridicos hunc titulum pertinere, sed ad solum iuridicum Alexandriæ. de quo & in *§. 5. inst. de Att. tutor & in l. 41. § 5. de fideicom. lib.*

DE OFFICIO EIVS CVI MANDATA EST IVRISDICTIO.

TITVL. XXI.

PAPINIANVS libro 1. Quæstionum.

QVÆCVNQVE specialiter lege vel senatusconsulto, vel constitutione principum tribuuntur, mandata iurisdictione non transferuntur: quę verò iure magistratus competunt mandari possunt. Et ideò videntur errare [a] magistratus, qui cùm publici iudicij habeant exercitionem lege, vel senatusconsulto delegatam (veluti lege Iulia de adulteriis, & si quæ sunt aliæ similes) iurisdictionem suam [b] mandant. ¶ Huius rei fortissimum argumentum, quod lege Iulia de vi nominatim cauetur, vt is cui obtigerit exercitio, possit eam, si proficiscatur, mandare: non aliter itaque mandare poterit, quàm si abesse cœperit [c]: cùm aliàs iurisdictio etiam à præsente mandetur. Et, si à familia dominus occisus esse dicetur, cognitionem prætor, quàm ex senatusconsulto habet, mandare non poterit [d].

De officio eius cui mandata est iurisdictio. Tit. 21.

Ad l. Quacunque 1.

Ratio dubitandi. Quæ specialiter tributa sunt non ideò prohibita sunt mandari, ergo sunt permissa. Quod enim prohibitum non est, quid ni permissum intelligatur? Ratio decidendi. In genere prohibitorum bonum est argumentum, vt quidquid non est prohibitũ censeatur permissum. *l. mutus & surdus 43. § 1. de procur.* sed non similiter in genere permissorum: in quibus è contrario dicendũ est, quidquid specialiter permissum non est, censeri prohibitum?

saltem per æquipollens: quia sufficit non esse permissum, licèt neque sit prohibitum. Dices tribuuntur ista magistratui, tanquam tali, non tanquam Titio, aut Sempronio: ergo possunt mandari, & transire mandata iurisdictione: cùm non possit electa esse industria personæ. Resp. non esse concessa iurisdictioni, sed magistratui ipsi, qui porrò mandari nunquam potest. Aliud enim longè est mandari magistratum, aliud iurisdictionem iure magistratus competentem.

a *Videntur errare.* Ratio dubitandi. Tolerabilia sunt quæ consuetudo vetus tolerat, imò comprobat. *l. imperatores 13. de pollicit.* Ratio decidendi. Non eo minus verum est, maiorem rationis, quàm erroneæ consuetudinis rationem habendam esse. *l. 2. C. quæ sit long. consl. quod non ratione 39. de ll.*

b *Suam.* id est istam quæ iis specialiter delegata est.

c *Abesse ceperit.* Nam necessitas facit licitum quod alioqui illicitum esset. *l. alienationes 13. famil. erciſc. l. 3. §. 1. & 2. de reb. cor. l. 4. §. 5. de legation. l. 3. §. 2. de decur. l. 2. C. de ped. iud.*

d *Non poterit.* Ratio dubitandi. Qui mandauit iurisdictionem, non eo minus videtur cognoscere: cùm mandatarius fungatur partibus mandantis. *§. 1. & l. 3. h. tit. l. & quia 6. de iurisd.* Ratio decidendi. Quod lex, vel senatusconsultum, vel constitutio principis alicui mandat, non ideò mandat, vt ille id iterum alteri mandet: sed vt ipse exequatur. Videtur enim negligere, qui rem sibi commissam specialiter, alij committit ac quasi donat, *l. cùm hi, quibus 8. §. si prætor. de transact.*

1 ¶ Qui mandatam iurisdictionem suscepit, proprium nihil habet: sed & eius, qui mandauit, iurisdictione vtitur. verius est enim more maiorum iurisdictionem quidem transferri: sed merum imperium[e], quod lege datur, non posse transire: quare nemo dicit, animaduersionem legatum proconsulis habere, mandata iurisdictione. *Paulus notat:* & imperium, quod iurisdictioni cohæret mandata iurisdictione transire verius est[f].

Ad §. 1. Qui mandatam.

Ratio dubitandi. Ex *l. legati 13. de off. procos.* vbi dicitur, legatum proconsulis aliquid proprium habere mandata sibi iurisdictione. Ratio decidendi. Speciale illud est in legato proconsulis, ob eam rationem, quam vbi dixi.

e *Merum imperium.* Quod consistit in gladij potestate, & qualibet graui animaduersione in facinorosos homines. *l. si quid erit 11. de off. procos. l. 3. de iurisd. l. nemo potest 70. de reg. iur.*

f *Verius est.* Ratio dubitandi. Nihil de imperio dictũ est in mandanda iurisdictione, & aliud est imperiũ mixtum, & aliud iurisdictio. *l. 3. de iurisd.* ergo mandata iurisdictione non transit imperium mixtum. Ratio decidendi. Nulla esse potest iurisdictio sine imperio mixto, i. sine modica coërcitione. *l. vlt. h. tit.* quia omnibus magistratibus licet pœnali iudicio iurisdictionem suam defendere. *l. 1. si quis ius dic.* ideóque dicitur imperium hoc coherere iurisdictioni, quia ei iurisdictio inest. *d. l. 3. de iurisd.*

2. VLPIANVS lib. 3. de Omnibus Tribunalibus.

MAndata iurisdictione à præside, consilium non potest exercere is, cui mandatur.

Ad l. Mandata 2.

Ratio dubitandi. Mandata iurisdictione totum officium iurisdicundi transit. *l. 1. §. an autem 4. de suspect. tutor.* ergo & ius consilium exercendi. Ratio decidendi. Consilium exercere, non iurisdicundi officium est, sed magistratus, qui non transit in mandatarium iurisdictionis, vt dixi §. *ad l. 1.* Nam is cui mandatur iurisdictio, si sit priuatus remanet priuatus. *l. vlt. §. 1. ĩ. h. tit.*

1 ¶ Si tutores vel curatores velint prædia vendere, causa cognita id prætor vel præses permittat, quòd si mandauerit iurisdictionem, nequaquam poterit, mandata iurisdictione, eam quæstionem transferre.

Ad §. 1. Si tutores.

Ratio dubitandi. Eadẽ quæ ad princ. huius legis. Cognitio de alienandis rebus minorum est iurisdictionis. *l. 2. ib. quæ ad iurisdictionem rectoris. C. de off. eius qui vic. al præf. vel iud. obt.* Ius. n. dicit prætor, cùm hãc alienationem causa cognita permittit, ergo transit mandata iurisdictione. Ratio decidendi. Est quidẽ iurisdictionis, sed specialiter datę oratione de qua in *l. 1. magis puto 5. & pass. de reb. eor.* non competentis vi ordinarię iurisdictionis. Ergo neque transit mandata generaliter iurisdictione, neque mandari specialiter potest. *l. 1. §. h. tit.* Ideò nec præfecti prętorio eam potestatem habuerunt, quousque data eis fuit in *d. l. 2. C. de off. eius qui vicem.* &c.

3. IVLIANVS lib. 5. Digestorum.

ET si prætor sit is, qui alienam iurisdictionem exsequitur, non tamen pro suo imperio, agit, sed pro eo, cuius mandatu ius dicit, quotiens partibus eius fungitur.

Ad l. Etsi prætor 3.

Ratio dubitandi. Alienum videtur à dignitate prætoris, vt alienam iurisdictionem exerceat: cùm proprij magistratus iure habeat suam, præsertim quia non habet imperium par magistratus in parem. *l. 3. §. vl. & l. 4. de arbitr.* Ratio decidendi. Non suscipit prætor mandatam ab aliis iurisdictionem de iis causis & personis, de quibus potest ipse pro sua iurisdictione cognoscere, sed de iis tantùm rebus, quarum iurisdictio ad alium pertinet, putà ad prefectum vrbi. Qui enim mandatam iurisdictionem exequitur, non ob id inferior dici potest: quia eius ipsius, qui mandauit vice & partibus fungitur. *l. 1. §. 1. h. tit. l. solet prætor 16. de iurisd.*

4. MACER

4. MACER libro 1. de Officio Præsidis.

COgnitio de suspectis tutoribus mandari potest, immo etiam ex mandata generali iurisdictione, propter vtilitatem pupillorum[a], eam contingere constitutum est in hæc verba: Imperatores Seuerus & Antoninus Braduæ proconsuli Africæ: Cùm propriam iurisdictionem legatis tuis dederis. consequens est, vt etiam de suspectis tutoribus possint cognoscere.

Ad l. Cognitio 4.

Ratio dubitandi. Suspecti tutoris accusatio pro tribunali tantùm examinari potest, nec alius de huiusmodi quæstione, quàm præses pronuntiare. *lege prima. §. suspecti. ff. ad Turpillianum.* Ergo non potest hæc cognitio mandari. Ratio decidendi. Solus præses in prouincia potest de suspecto tutore cognoscere, id est, non magistratus municipalis: tametsi tutorem dare possit. *lege tertia. de tutoribus & curatoribus datis. l. vbicunque. 105. de regulis iuris.* non iudex datus à præside, quia præses ipse pronuntiare debet, non iudicem dare. Sed ea res non excludit illum, cui mandata iurisdictio est, siue à proconsule, siue à præside, siue à prætore. *lege prima. §. an autem. 4. de suspecto tutore.* Cùm enim quis cognoscit, tanquam habens mandatam à præside iurisdictionem, præses ipse videtur cognoscere, non mandatarius, qui mandantis vice & partibus fungitur. *lege prima §. primo. lege tertia supra.* Vnde fit, vt etiam de quibus causis iudicem dare quis prohibetur, suam tamen iurisdictionem mandare non prohibeatur. *lege secunda. Cod. de pedaneis iudicibus.* Item vt quamuis eum, qui iudicare iubet, magistratum esse oporteat. *lege eum qui. 13 de iurisdictione.* is tamen, cui mandata iurisdictio est, iudices dare possit. *lege cùm prætor. 12. §. primo de iudiciis.* quia licèt non magistratus, sed priuatus sit. *l. vltim. §. primo. hoc titulo.* magistratus tamen in eo vicem gerit. Posset etiam distingui inter pronuntiationem, & cognitionem: vt cognitio de suspecto mandari possit, & mandata generaliter iurisdictione transeat. *hæc lege, & dicto §. an autem.* non etiam pronuntiatio. *dicto §. suspecti.* Nam & eadem distinctio adhibetur in *lege solent. 6. in principio. de officio proconsulis.* sed prior sententia magis placet. Nam legatum proconsulis posse suspectum tutorem remouere, atque ita pronuntiare scriptum est in *princip. Institutionum de suspecto tutore.* cùm tamen non plus iuris hac parte habeat, quàm alius quilibet, cui sit mandata iurisdictio. *d. §. an autem.*

a *Propter vtilitatem pupillorum.* quorum interest de suspecto tutore quam primùm cognosci, & pronuntiari. Alioqui videbatur eorundem pupillorum interesse, vt non alij, quàm magistratus ipsi, & quidem maiores cognitionem hanc haberent. Ideóque dubium antea fuit, an hæc cognitio mandari posset. *dicto. §. an autem.* Cùm autem mandari possit, intelligimus, quod scriptum est in *§. 1. instit. de suspecto tutore.* ius remouendi suspectos tutores datum esse prætori Romæ & in prouinciis præsidibus earum, non sic accipiendum esse, vt specialiter datum sit: sed ita, vt aliis, tametsi tutorem dare valentibus fuerit interdictum. *d. §. suspecti.* Alioqui nec specialiter mandari posset, ac multò minus transire mandata generaliter iurisdictione. *l. 1. §.*

1 ¶ Vt possessio bonorum detur: vel, si cui damni infecti non caueatur, vt is possidere iubeatur: aut ventris nomine in possessionem mulier, vel is, cui legatum est, legatorum seruandorum causa in possessionem mittatur, mandari potest.

Ad §. 1. Vt possessio.

Ratio dubitandi. Ex verbis edicti prætoris, qui omnia ista sibi reseruauit *leg. 2. ex quibus causis in possession. lege quarta. §. duas. de damno infecto. lege prima. de ventre in possessionem mittendo.* Ergo non possunt alij mandari. Ratio decidendi. Non est bona consecutio; quia prætor de ea ipsa re videtur cognoscere, de qua mandat alij iurisdictionem. *d. l. 1. §. 1. l. 3. hoc tit.* sanè alius, quàm qui ipsam prætoris iurisdictionem habeat, cognoscere non poterit. *l. ea, quæ magis. 26. §. 1. ad municip.*

5. PAVLVS lib. 18. ad Plautium.

MAndatam sibi iurisdictionem mandare alteri non posse manifestum est.

Ad l. Mandatam sibi 5.

Ratio dubitandi. Qui mandatam iurisdictionem suscepit, eius qui mandauit vice fungitur. *lege prima. §. primo. lege 3. supra.* Atqui potuit mandare is, qui mandauit: ergo & qui mandatam suscepit.

Ratio decidendi. More maiorum ita comparatum est, vt is demum iurisdictionem mandare possit, qui eam suo iure habet, non qui alieno beneficio. *l. more maiorum. 5. de iurisdictione.* ne alioqui de aliena re videatur disponere, non de sua. *l. conficiuntur. 8. §. si post factum.* de iure codicillorum. Nec obstat quod is, cui mandata iurisdictio est, iudicem dare potest. *l. cùm prætor. 12. §. primo, de iudiciis.* aliud enim est dare iudicem, aliud mandare iurisdictionem.

i

1 ¶ Mandata iurisdictione priuato, etiam imperium, quod non est merum, videtur mandari, quia iurisdictio sine modica coercitione nulla est.

Ad §.1. Mandata. Ratio dubitandi & dec. ead. quæ *ad §.1.l.1.5.eod.*

DE OFFICIO ADSESSORVM.

TITVLVS XXII.

1. PAVLVS lib. singul. de Officio Adsessorum.

OMNE officium adsessoris quo iuris studiosi partibus suis funguntur, in his ferè causis constat, in cognitionibus, postulationibus, libellis, edictis, decretis, epistolis.

Ad tit. De Adsessoribus. 22.

Ad l.1.

Ratio dubitandi. Adsessor est qui ius dicenti adsidet. *l.2. & pas. hoc tit.* Atqui ius dicentis officium latissimum est. *l.1. de iurisdict.* nec certis causis concluditur, quia nihil est in prouincia, quod per præsidem expediri non possit. *l. nec quidquam. 9. de officio proconsulis.* Ratio decidendi. Latiùs patet officium ius dicentis, quàm adsessoris, cùm sint multa quæ possunt expediri de plano, nec adsessoris peritiam requirunt: & tamen vix quidquam potest esse in officio eius dicentis, quod non contineatur aliquo istorum, quæ in hac lege ponuntur. In qua tamen bene Vlpianus addit *ferè*, ne possit argumentum sumi à partium enumeratione. Erant autem adsessores omnes iurisperiti, & habebant salarium ex publico. *l.4. & 6.§.eo.tit.*

2. MARCIANVS lib.1. de Iudiciis Publicis.

LIberti adsidere possunt. ¶ Infames [a] autem licèt non prohibeantur legibus adsidere: attamen arbitror, vt aliquo quoque decreto principali refertur constitutum, non posse officio adsessoris fungi.

Ad l. Liberti 2.

Ratio dubitandi. Libertus debet operas patrono *l. si non sortem. 26. §. libertus. de condic. indeb. & toto tit. & operis libert.* Atqui adsessor tenetur continuam operam præstare ei cui adsidet. Ratio decidendi. Non arcentur liberti ab iis, quæ non nisi ciuitatem & eruditionem requirunt. cuiusmodi sunt ista, Adsidere, postulare, &c. *leg.2. Codic. de post.* Publicè namque interest his veluti præmiis inuitari libertos ad scientiam capessendam. Ideóque ad hoc munus & cæteri omnes admittuntur, qui non sunt prohibiti: quia leges de hoc factæ sunt prohibitoriæ. *argum. l. mutus & surdus. 43. §. 1. de procura.* liberti porrò non sunt prohibiti, licèt adsessor duobus adsidere prohibeatur. *l. vltima. C. eodem.*

a *Infames.* Ratio dubitandi. Quia non sunt isti prohibiti, vt lex ait, non magis, quàm liberti. Ratio decidendi. Quod legibus omissum est, non debet omitti religione magistratus, ad cuius officium pertinet, vt neque famosis & notatis, quos scelus aut vitæ turpitudo inquinat: & quos infamia ab honesto cœtu segregat, honoris portæ pateant, & dignitatis. *l. quæsitum scio. 13. de testib. l.2. C. de dignit. lib.12.* Possunt tamen esse arbitri. *l. Pedius. 7. de arbit.* quoniam arbitri non à legibus aut à magistratibus potestatem habent, sed à priuatis, qui iurisdictionem dare non possunt. *l.3. C. de iurisd.*

3. MACER libro primo de officio Præsidis.

SI eadem prouincia, postea diuisa, sub duobus præsidibus constituta est, veluti Germania, Mysia: ex altera ortus, in altera adsidebit [b], nec videtur [c] in sua prouincia adsedisse.

Ad l. Si eadem 1.

b *Adolebit.* legendum est *adsidebit*, vt sequentia ostendunt. Ratio autē dubitandi, est, quòd nemo potest adsidere in sua prouincia, ne scilicet prouincialium, & popularium suorum nimia adfectione deceptus, contra iuris rationem quid consulat. Qua de causa etiam apud pleraſque gentes iam receptum videmus, vt non nisi ex alienigenis magistratus sibi quærant, vt apud Genuenses. Ratio decidendi. Alia prouincia est, quæ alium habet præsidem. Prouincias enim nihil tam distinguit, quàm præsidum administratio. *l. ex ea causa. 9. in fi. §. de postul.* Cæterùm qui in vna prouincia ortus, in alia adoleuit, in neutra potest adsidere: quia in vtraque locum habet ratio, quæ prohibet, ne in prouincia sua possit adsidere. neque esset perfectus sensus ante verba illa, quæ perfectum sensum præsupponunt.

c *Nec videtur.* si legeremus *adolebit*, nec si verbum illud sumeres pro *adoleuit*, vt apud libr. Flor.

4. PAPINIANVS libro 4. Responsorum.

DIem functo legato Cæsaris, salarium comitibus [a] residui temporis, quod à legatis præstitutum est, debetur: modò si nō postea [b] comites cum aliis eodem tempore fuerunt. Diuersum in eo seruatur, qui successorem ante tempus accepit.

a *Comi-*

Ad l. Diem functo 4.

a *Comitibus.* id est, adsessoribus. Adsessores enim non sunt ius dicente, sed comites ius dicentis, socii & participes consiliorum. *l. 1. Cod. eod. qui ei perpetuò adsident sic & in l. §. sed etsi. de extraordin. cognit.* Ratio dubitandi. Diem functi legati iurisdictio finita est, ergo & officium comitum, & adsessorum ipsius. Nec enim mortui comes aut adsessor esse quisquam potest: salarium autem non nisi pro officio datur. Ratio decidendi. Tempus cœptum habetur pro impleto, vt infauorabilibus omnibus, fauore nimirum eius, per quem non stat. *l. à vobis. 5. & l. filia, 22. de ann. leg. & l. sed addes. 19. §. vlt. locat.*

b *Si non postea.* nec enim possunt fingi adsedisse vni eo tempore, quo alij re vera adsederunt: non magis, quàm duobus in locis quilibet alius sit eodem tempore. Nunquam scilicet lex fingit id quod per rerum naturam impossibile sit. *l. confessionibus. 13. in princip. & l. sequenti de interrog in iur. fac.*

c *Diuersum.* Ratio dubitandi. Eadem ratio hîc locum habet, quòd non stet per adsessores, quominus officio suo fungantur, nec si iniuria legato facta sit, debet illa adsessorem contingere. *l. si per imprudentiam. 51. de euict. l. 57. de fideiuss.* Ratio decidendi. Facilius est, vt qui decessit pro viuo habeatur, quia potuit ille viuere: quàm, vt qui successorem accepit, videatur durare in eadem administratione, cùm eam duo simul habere non possint. Simile quiddam est in *l. si deco fundo. 40. §. 1. de acq. poss.* de colono, qui decessit, aut discessit.

5. PAVLVS lib.1. Sententiarum.

CONsiliari [a], eo tempore quo adsidet, negotia tractare [b] in suum quidem auditorium nullo modo concessum est: in alienum autem non prohibetur.

Ad l. Consiliari 5.

a *Consiliari.* id est, adiectori, quomodo dicimus Consulari viro. Erant enim adsessores consiliarij magistratuum. *lege 3. 7. 10. 11. 12. Cod. eod.* nisi malis *consiliario.*

b *Tractare.* pro trahere, vnde & dictum est tractare. Ratio dubitandi. Adsessor non ius dicit, ne quidem in eo auditorio, in quo adsessor est. Itaque ad hunc non pertinet *tit. Cod. ne quis in sua caus. iud. & l. qui iurisdictioni 10. de iurisd.*

Ratio decidendi. Plus potest is, ex cuius consilio ius dicitur, quàm is qui ius dicit. Sensus ergo est, adsessorem non posse, prætextu officij sui, negotia sua trahere ad auditorium suum, vt de iis disceptari oporteat apud ius dicentem, cui ipse adsidet: adeóque nec si iurisdictio eius alioqui sit competens. Ac permittendum ei est, vt apud alium magistratum tractet negotia sua, nec cogi debet expectare vt adsessor esse desinat. Quomodo de præside ipso scriptum est in *l. senatusconsulto. 16. de officio præsid. l. decreta. 48. de re iud.* vnde & poterat peti. Ratio dubitandi, *ad fin. huius legis.* sed Ratio decidendi est euidens; quia adsessoris officium non egreditur auditorium, in quo adsidet.

6. PAPINIANVS lib.1. Responsorum.

IN consilium curatoris reipublicæ vir eiusdem ciuitatis adsidere non prohibetur: quia publico salario non fruitur.

Ad l. In consilium 6.

Ratio dubitandi. Nemo in sua prouincia adsidere potest, nedum in sua ciuitate. *lege 3. supra.* Ratio decidendi. Hoc pertinet ad eos, qui salario publico fruuntur. *l. 4. supra. l. 1. & l. velut castrense. 7. C. eodem.* Habent enim isti hoc commodum pro illo incommodo. At is qui adsidet curatori Reipu. salarium nullum habet.

LIBER SECVNDVS
DE IVRISDICTIONE.

1. VLPIANVS lib.1. Regularum.

IVS DICENTIS [a] officium latissimum est: nam & bonorum possessionem dare [b] potest, & in possessionem mittere [c], pupillis non habentibus tutores constituere [d] iudices litigantibus dare.

De iurisdictione. Tit.1.

Ad l.1.

a *IVS dicentis.* Siue magistratus ille sit, siue mādatam à magistratu iurisdictionem habeat. non enim necesse est, vt sit magistratus quisquis ius dicit, si modò dicat non suo, sed alieno nomine. Mandata enim iurisdictione totum officium iuris dicundi transit. *l. 1. §. 4. de suspect. tut. l. cùm prætor. 12. §. 1. de iud.* Non idem dici potest de iudice dato. Is enim iurisdictionem nullam habet, nec suam, nec alienam: sed tantùm iudicationem & notionem. *l. ait prætor. 5. de re iud.* & aliud est ius dicere, aliud iudicare, vt dicam ad *l. qui iurisdictioni 10. h. tit.*

b *Bonorum possessionem dare.* Ratio dubitandi. Dare bonorum possessionem est imperij mixti. *l. tertia infra.* ergo non iurisdictionis. Ratio decidendi. Imò est iurisdictionis, cùm pendeat ex edicto prætoris. *toto titulo de bonorum possessione.* nec pugnat *dict. l. 3.* vbi pro *quod*, legendum est *quæ*, vt ibi dicam. Qui autem vt hos locos conciliet, dicunt, dare bonorum possessionem esse iurisdictionis seu imperij mixti, confundentes iurisdictionem cum imperio mixto, fieri non potest, vt in tractu isto quidquam intelligant.

c *Et in possessionem mittere.* Ratio dubitandi. Iubere caueri prætoria stipulatione, & in possessionem mittere magis est imperij quàm iurisdictionis. *dicta legere, iubere. 4. inf. hoc titulo.* Ratio decidendi. Sensus est, prætorem, cùm ista facit, magis imperiosè facere quàm iuridicè: quia facit sine causæ cognitione, cùm causa damni infecti celeritatem desideret. *l. 1. de damn. infect.* Cæterùm, non eo minùs verum est, hoc quoque esse iurisdictionis. *d. l. 1. in illis verbis, si ex hac causa sibi iurisdictionem reseruaret. de damn. infect.*

d *Tutores constituere.* Ratio dubitandi. Tutoris datio neque est imperij, neque iurisdictionis. *l. mutoitemque mutæ. 6. § tutoris. de tutel.* Ratio decidendi. Quia magistratus, cùm dat tutorem, non tam magistratus, quàm patris officio fungitur. Cæterùm nemo dat tutorem, nisi qui ea de re habet iurisdictionem. *§ 4. instit. de Attiliano tutore. lege penultima. §. penultimo. de excus. tut.*

e *Iudices litigantibus dare.* Ratio dubitandi. eum qui iudicare iubet, magistratum esse oportet. *l. eum, qui. 3. infra.* atqui non omnis, qui iurisdictionem habet, magistratus est, putà si mandatam ab alio habeat iurisdictionem. *l. 1. §. cùm autem. de suspect. tutor.* Ratio decidendi. Etiam qui mandatam iurisdictionem habet iudicem dare potest. *l. cùm prætor. 12. §. 1. de iudiciis. l. legatus. 12. de offic. proconf.* Alieno scilicet nomine non suo. *lege 1. §. 1. de off. eius cui mand.*

2. IAVOLENVS lib. 6. ex Cassio.

CVi iurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potuit.

Ad l. Cui iurisdictio 2.

Ratio dubitandi. Mandati fines diligenter sunt custodiendi, ne, qui excedit, aliud facere videatur. *l. diligenter. 5. mand.* Ratio decidendi. Concesso consequenti consequenter conceduntur etiam omnia antecedentia necessaria. *l. ad rem mobilem. 56. & l. ad legatum. 62. de procu.*

3. VLPIANVS lib. 2. de Officio Quæstoris.

IMperium aut merum est, aut mixtum est. ¶ Merum est imperium [a], habere gladij potestatem ad animaduertendum facinorosos homines, quod etiam potestas [b] appellatur. ¶ Mixtum est imperium [c], cui etiam iurisdictio inest, quod in danda [d] bonorum possessione consistit. Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia.

Ad l. Imperium 3,

c *Merum imperium.* Ratio dubitandi. Præfectus vigilum non habuit merum imperium. *l. vltim. de officio præfecti vigilum.* & tamen potuit summo supplicio adficere seruos. *l. penult. de cond. causa data.* Ratio decidendi. Habuit eam potestatem in seruos tantùm ob eam retionem quam attuli ad *l. 3. §. 1. de officio præfecti vigil.* licèt non omnes magistratus idem ius habuerint.

b *Potestas. l. potestatis. 205. de verb. sig. l. solent. 6. de off. proc. l. nemo. 70. de reg. iur.*

c *Mixtum imperium.* ideo mixtum appellatum quia cohæret iurisdictioni. *l. 1. §. vlt. de officio eius.* ad differentiam meri, quod per se non tuendæ iurisdictionis gratia exercetur. Differt tamen specie à iurisdictione, quæ alioqui non posset ei ineesse, si esset quid idem. Denique mixtum imperium non est iurisdictio, sed modica coercitio, sine qua nulla est iurisdictio. *l. vlt de off. eius. l. magistratib. 12. ¶ h. l. 1. si quis ius dic.*

d *Quod in danda.* Omnino legendum est, *quæ* pro *quod*, vt docuimus *con. 1.* est enim hoc exemplum iurisdictionis, non imperij mixti. *lege prima supra.* & ideo subiungitur aliud exemplum de iudicis dandi licentia, ne quis putaret nihil esse iurisdictionis, præter ius dandæ bonorum possessionis. Sunt & alia pleraque ad ius dicentis officium pertinentia, de quibus in *d. l. 1. hoc tit.* Item alia, quibus is, qui ius dicit officium suum vltro præbet, id est etiam non requisitus. de quo tractant nostri ad *l. dies cautioni. 4. §. hoc autem. de dam. infect.*

4. IDEM lib. 1. ad Edictum.

IVbere caueri prætoria stipulatione, & in possessionem mittere, imperij magis est, quàm iurisdictionis.

Ad l. Iubere 4.

Ratio dubitandi. Ex *l. 1. supra.* vbi dicitur, in possessionem mittere esse iurisdictionis. Ratio decidendi. Non ille est huius loci sensus, vt ista non sint iurisdictionis, sed, vt prætor, qui iubet caueri prætoria stipulatione, & in possessionem mitti magis imperiosè faciat, quàm iuridicè, vt dixi ad *l. 1. ex Ant.* Goueano, qui primus hùc locum, imò totum hunc tractatum ingeniosissimè explicauit. Replicabilis: Magistratum municipalem non posse facere ea, quæ magis sunt imperij, quàm iurisdictionis. *l. ea, quæ magis. 26. ad munic.* & tamen ista facere possit *l. 4. §. duas. de dam. infec.* Resp. posse quidē facere, sed nōvi proprię iurisdictionis. at quia mandatam habet à prætore in eam rem iurisdictionem. *l. 1. d. l. 4. §. duas. eo.* idque est quod ait *l. vbicunque. 105. de regulis iuris.* vbi causæ cognitio

cognitio requiritur, ibi prætorem desiderari, id est, non posse id expediri per magistratum municipalem, ne quidem vi mandatæ iurisdictionis, quia prætor id cognitioni suæ reseruauit. *dicto §. duas.* nempe secundum decretum, quo prætor iubet eum, cui non cauetur de damno infecto sibi possidere. Nam neque tantam celeritatem desiderat, & est magni momenti, cùm faciat impetrantem non modò possessorem, sed etiam dominum scilicet bonitarium. *l. prætoris officium. 5. & l. si finita sit. 15. §. Iulianus. 16. eodem.* Et hanc esse sententiam *dictæ legis vbicunque. 105. de regulis iuris.* constat ex inscriptione sumpta. est enim ex Pauli libro primo ad Edictum: vbi tractauit de damno infecto, vt constat ex *d. d. prætoris. 5. eod.*

5. IVLIANVS libro primo Digestorum.

MOre maiorum ita comparatum est, vt is demum iurisdictionem mandare possit, qui eam suo iure, non alieno beneficio haberet.

6. PAVLVS lib. 2. ad Edictum.

ET quia nec principaliter ei iurisdictio data est, nec ipsa lex defert, sed confirmat mandatam iurisdictionem, ideóque si is qui mandauit iurisdictionem, decesserit, antequam res ab eo, cui mandata est iurisdictio, geri cœperit [a]: solui mandatum Labeo ait sicut in reliquis causis.

Ad l. More 5. Ad l. Et quia 6.

Ratio dubitandi. Qui mandatam iurisdictionem habet, fungitur eius vice, qui mandauit. *lege solet prætor. 16. infra. lege prima. §. 1 lege 3. de officio eius.* ergo & iurisdictionem mandare potest, sicut ille potuit. Ratio decidendi. Non fungitur, nisi quatenus exequitur illud ipsum, quod sibi mandatum est. *leg. diligenter. 5. mandat.* non autem exequitur, qui mandatam sibi iurisdictionem alij mandat. *argum. l. cùm hi, qui bus. 8. § si prætor. 17. de transactionibus.* Iudicem tamen dare potest, *l. cùm prætor. 12. e. 1. de iudiciis.* quia hoc ipsum iurisdictionis est. *l. ab titu.* ac proinde transit mandata generaliter iurisdictione. *l. legatus. 2. de officio proconsulis. l. 1. §. an autem. de suspect. tutor.* Iurisdictionem mandare magistratus est, quia soli magistratus iurisdictionem habent suo nomine. Iudicem verò dare iurisdictionis est, ideóque potest hoc fieri etiam à non magistratu, dummodo habeat iurisdictionem, in qua fungatur vice magistratus, quomodo accipi debet. *l. eum, qui. 13. ¶ dixi ad l. vl. ſ. de officio eius. iunge leg. seq. vbi redditur.* Ratio decidendi. Ad hanc legem.

a *Geri cœperit.* Ratio dubitandi. Mandatum finitur morte. *l. inter causas. 26. mand.* Ratio decidendi. Non finitur, si res amplius non sit integra. nam nec expressè reuocari posset mandatum re non integra. *l. si verò. 12. §. penultimo. l. si mandatum. 15. eod. §. rectè. & §. sequen. Instit. eod.*

7. VLPIANVS libro 3. ad Edictum.

SI quis id quod iurisdictionis perpetuæ [b] causa, non quod, prout res incidit [c], in albo, vel in charta, vel in alia materia propositum erit: dolo malo corruperit: datur in eum quingentorum aureorum iudicium, quod populare [d] est.

Ad l. si quis 7.

Ratio dubitandi. corrupto albo prætoris non ideo iurisdictio tollitur, aut minuitur. ergo nihil interest prætoris aut Reipublicæ. Ratio decidendi. Imò interest, quia non aliter sciri potest de qua re prætor ius dicturus sit. *l. 1. §. 1. de edend.* & cùm in eo fiat iniuria prætori, conueniens est eam vindicari. Aliud album est de quo in *tit. de Alb. scrib.*

b *Iurisdictionis perpetuæ.* id est, tamdiu duraturæ, quamdiu durat magistratus, qui tamen olim non erat nisi annuus. At iam Vlpiani temporibus facti erant perpetui à Tiberio, & edictum perpetuum conscriptum à Iuliano iussu Hadriani.

c *Non quod, prout res incidit.* Ratio dubitandi. Hic quoque perinde negligit autoritatem prætoris: ergo æquè puniendus est. Ratio decidendi. Puniendus est, sed alia pœna extraordinaria, pro arbitrio prætoris statuenda: non ex edicto, quia hic casus verbis edicti comprehensus non est.

d *Populare.* quia ius suum populo tuetur, quod popularibus omnibus actionibus commune est. *l. 1. de pop. actio.* Interest namque totius populi album extare, & contemptam prætoris maiestatem vindicari. *l. si familia. 9. ¶ h. tit.*

1 ¶ Serui quoque, & filij familias verbis edicti continentur. Sed & vtrumque sexum [e] prætor complexus est.

Ad §. 1. Serui. & Ad §. In seruos 3.

Ratio dubitandi. Cum seruo nulla actio est. *l. cum seruo. 107. de regulis iuris.* cum filiofamilias autem etsi esse potest. *l. tam ex contractibus. 59. de iudic.* inanis tamen est, quam excludit inopia filiifamilias, qui bona nulla habet. *l. lex Cornelia. 28. de vulg. & pupill.* Ratio decidendi. Qui fiducia inopiæ delinquit, si non habet in ære luit in corpore. si non defendatur. *§. 3. ¶ l. vlt.* de in ius vocando: vt ibi dicam: *l. 1. in fi. de pœn.* & potest pater conueniri ex persona filij. sc. de peculio, itemque dominus ex persona serui etiam noxali actione *tot. tit. de nox. act.* & ita hic locus, quantum ad seruum intelligi debet.

e *Vtrumque sexum.* non erat tamen hoc necesse, quia semper sexus masculinus cōtinet fœmininum. *l. pen. de leg. 3. l. 1. de verb. sig.* nisi aliqua diuersitatis ratio impediat, quò referenda est dictio plerumque posita in *l. pronunciatio. 195. de verb. signif.*

2 ¶ Quod si dum proponitur, vel ante propositionem quis corruperit : edicti quidem verba cessabunt. Pomponius autem ait sententiam edicti porrigendam esse ad hæc.

3 ¶ In seruos autem, si non defenduntur à dominis, & eos, qui inopia laborant, corpus torquendum est.

Ad §. 2. Quod si dum.

Ratio dubitandi. Cessant hoc casu verba edicti, quia loquuntur de albo iam proposito. Ratio decidendi. Sufficit non cessare mentem prætoris, vt etiam quod in fraudem edicti factum est vindicetur perinde, atque si contra edictum factum esset. *l. contra legem. 29. & seq. de ll.*

4 ¶ Doli mali autem ideo in verbis edicti fit mentio, quòd si per imperitiam[a] vel rusticitatem. vel ab ipso prætore iussus, vel casu aliquis fecerit, non tenetur.

Ad §. 4. Doli autem.

Ratio dubitandi. Lex est coërcitio etiam eorum, quæ non sponte, sed ignorantia contrahuntur. *l. 1. & 2. supra de legibus.* ergo nihil refert, an dolo malo, an casu, an imperitia album corruptum sit. Ratio decidendi. Lex coercet quidem etiam ea, quæ per ignorantiam committuntur, hactenus, vt quod contra legem factum est non sit ratum, sed non vt puniat eos, qui fecerint tanquam delinquentes: cùm delictum non sit sine dolo, vel culpa. *l. illud quæsitum. 32. ad legem Aquiliam.*

a *Per imperitiam.* Ratio dubitandi. Iuris ignorantia non excusat præsertim in delictis, *l. 2. & l. regula est. 9. de iuris & facti ignor.* in quibus nec venia ætatis vlla est. *l. si ex causa. 9. §. 2. de minor. l. 1. Cod. si aduersus delict.* Ratio decidendi. Imperitia & rusticitas excusat à dolo, itemque casus: vt item error. *l. sed hoc ita. 20. de aqua plun.* maximè in muliere. *l. 2. de inspic. ventr. & in rustico. l. 2. §. 1. si quis in ius vocat. l. vlt. Cod. de testam.*

5 ¶ Hoc verò edicto tenetur, & qui tollit, quamuis non corruperit: item qui suis manibus facit & qui alij mandat. sed si alius sine dolo malo fecit, alius dolo malo mãdauit: qui mandauit, tenebitur, si vterque dolo malo fecerit, ambo tenebuntur: nam & si plures fecerint vel corruperint, vel mandauerint: omnes[b] tenebuntur.

Ad §. 5. Hoc verò.

Verba edicti non pertinent ad hos casus, cùm non loquantur, nisi de eo, qui corrupit. Ratio decidendi. Omnibus his casibus locum habet ratio edicti, & maiestas prætoris contemnitur, quæ proinde vindicanda est. *§. 2. ſ. & l. si familia. 9. inf.*

b *Omnes.* Ratio dubitandi. Vnicum album est, ergo vnicum delictum fuit. Ratio decidendi. Imò tot sunt delicta, quot sunt personæ delinquentium. *l. ita vulneratus. 51. in fi. ad l. Aquil.* personæ enim sunt illæ. quæ multiplicant delicta, non res ipsa, cùm vnus tantùm actus est.

8. GAIVS lib. 1. ad Edictum Prouinciale.

A Deo quidem, vt non sufficiat, vnum eorum pœnam luere.

Ad l. Adeo 8.

Ratio dubitandi. Cùm plures sunt obligati eiusdem rei nomine, vno soluente omnes liberantur. *l. 2. §. 1. de duobus reis.* Ratio decidendi. Cùm vna tantùm obligatio est id procedit, non etiam si plures sint & vnusquisque propriam suam pœnam soluat. *l. 5. §. pe. & l. vltim.* ne quis eum qui in ius. qui enim proprio suo nomine quid soluit, nunquam alium liberat. *l. si quid possessor. 31. de petitione hereditatis. l. Papinianus. 28. mandat.*

9. PAVLVS lib. 3. ad Edictum.

SI familia alicuius album corruperit : non similiter hîc edicitur, vt in furto, ne in reliquos actio detur, si tantùm dominus, cùm defendere voluit, vnius nomine præstiterit, quantum liber præstaret, fortasse quia hîc & contempta maiestas prætoris vindicatur, & plura facta intelliguntur : quemadmodum cùm plures serui iniuriam fecerunt, vel damnum dederunt[c]: quia plura facta sunt: non, vt in furto, vnum. Octauenus hîc quòque domino succurrendum ait. Sed hoc potest dici, si dolo malo curauerint, vt ab alio album corrumperetur, quia tunc vnum consilium sit, non plura facta, idem Pomponius libro decimo notat.

Ad l. Si familia 9.

Ratio dubitandi. Cùm furtum à tota familia factum est, sufficit præstari à domino, quantum præstari deberet, si liber homo furtum fecisset. *leg. illud quæsitum. 32. ad legem Aquiliam.* id est, pœnæ nomine duplum, & condictionis simplum. *lege prima §. vltim. l. 2. & 3. si fam. furt. fec. dic.* Ratio decidendi. Aliud est in furto, quia vnicum est : aliud in albo corrupto, propter duplicem illam rationem diuersitatis, quam hæc lex adfert. Iunge *legem quartam de iniuriis.*

c *Iniuriam fecerunt, vel damnum dederunt.* Ratio dubitandi. Ex dicta lege quæsitum. 32. *ad legem Aquiliam.* vbi dicitur, in actione damni iniuriæ idem seruandum, quod in actione furti. & eadem ratione, ne dominus ob vnum delictum tota familia careat.

careat. Ratio decidendi. Deber intelligi Caius in *dicta lege 32.* quom odo hîc Paulus Octauenum intelligit, de eo casu, quo tota familia vno consilio damnum dederit, alioqui plura sunt facta. & sic falsa erit ratio, qua mouetur Caius iis verbis, *ex vno delicto.* nam quæ diuersitatis rationes inter furtum, & damnum iniuria datum à nostris adferuntur; possent accommodari fortassis ad Paulum hîc, sed non ad Caium, qui eandem in vtraque actione rationem constituit. Nec sanè improbabile est, dissensisse in hac quæstione Iureconsultos, quod vtriusque legis verba non obscurè innuunt.

10. VLPIANVS lib. 3. ad Edictum.

QVi iurisdictioni præest, neque sibi ius dicere debet, neque vxori vel liberis suis, neque libertis vel cæteris, quos secum habet.

Ad l. Qui iurisdictioni 10.

Ratio dubitandi. In priuatis negotiis pater filium, & filius patrem iudicem habere potest: quia iudicare munus publicum est. *l. in priuatis 77. & sequen. de iudic.* Ratio decidendi. Aliud est iudicem esse, aliud verò ius dicentem. Non potest quis sibi, aut suis ius dicere: quia ius dicentis arbitrium liberum est: Iudex tamen pedaneus esse potest, quia adstrictus est formulæ, ex cuius præscripto etiam inuitus cogitur iudicare. Adeò vt ob hanc causam necesse fuerit generali lege vtrumque prohibere, ne quis in sua causa iudicaret, vel ius diceret. *l. vn. C. illo t.* Hinc est quid in eo. titi. ponuntur hæc tanquam diuersa, *ius dicere, & iudicare.* Hinc diuersitas titulorum, *de iurisdictione, & de iudiciis.* Hic enim noster est de ius dicentib. ille de iudicibus datis, & pedaneis, de quibus est titulus proprius in Codice.

11. GAIVS lib. 1. ad Edictum prouinciale.

SI idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum singularum quantitas intra iurisdictionem iudicantis[a] sit coaceruatio verò omnium excedat modum iurisdictionis eius: apud eum agi posse Sabino, Cassio, Proculo placuit, quæ sententia rescripto Imperatoris Antonini confirmata est.

Ad l. Si idem 11.

Ratio dubitandi. Plures actiones inter easdem personas vnico iudicio exerceri possunt: imò & vnica actione, quæ plures habeat species: quo casu plurimum quoque summarum condemnatio plerumque fit. *l. si qui separatim 10. §. 1. de appell.* Ratio decidendi. Multum interest, an plures sint actiones, licèt contra eandem personam, an verò vnica quæ plures habeat species. Priore casu nõ fit coaceruatio summarum: vt neque donationem in casu. *l. sancimus 34. §. si quis autem. C. de donat.* posteriore verò secus. *d. l. si qui separatim 10. §. 1.* Quanquam eo etiam loco fit coaceruatio ad ampliandam, non ad impediendam iurisdictionem, quæ semper fauorabilis est. Sicut è contrario in *d. §. si quis autem.* non fit coaceruatio summarum, ne impediatur validitas donationis. Semper enim curandum est, quantum fieri potest, vt quod agitur in tuto sit, & valeat potiùs quam pereat. *l. quoties 12. de reb. dub.*

a *Intra iurisdictionem iudicantis.* Finge mandatam fuisse iurisdictionem vsque ad certam quantitatem. *l. solet. 16. & l. seq. h. tit.*

1 ¶ Sed & si mutuæ sunt actiones: & aliter minorem quantitatem, alter maiorem petat: apud eundem iudicem agendum est ei, qui quantitatem minorem petit : ne in potestate calumniosa aduersarij mei sit, an apud eundem litigare possim.

Ad §. 1. Sed & si mutuæ.

Ratio dubitandi. Cùm mutuæ sunt actiones inter easdem personas, & quæ apud eundem iudicem tractantur, non potest iudex de vna pronuntiare, quin de alia quoque pronuntiet. *l. 1. §. vlt. quæ sentent. sine appellatione rescind.* Non potest igitur cognoscere de minore quantitate, si non possit cognoscere de maiore.

Ratio decidendi. Ne in potestate calumniosi mei aduersarij sit, an apud eundem litigare possit. Sic enim lego, *calumniosi*, pro *calumniosa*, & *possit* non *possim*. & in præcedẽtibus illis verbis: *ei. qui quantitatẽ minorẽ petit*, lego, *maiorẽ*, pro *minorem*. Nam haud dubiè maiorem intelligit Caius eam, quæ iurisdictionis modum excedit; minorem verò, quæ est intra modum, nec dubitatio vlla est de eo, qui petit minorem; quin sit competens iurisdictio cognoscentis de illa quantitate, quam tamen certum est non futuram competentem, si de sola maiore quantitate tractaretur. Non ergo potest esse quæstio, an qui petit minorem debeat ire ad eundem iudicem, sed an is qui petit maiorem. Cùm enim dicimus eundem iudicem, præsupponimus iam esse iudicem competentem ratione alterius, qui prior egit, non ratione huius, qui posterior agit. Hîc autem prior egit is, qui petiit minorem quantitatem, vt demonstrat ordo illorum verborum, *& alter minorem quantitatem; alter maiorem petat.* sed neque calumnia vlla esse potest illius, qui petit minorem quantitatem, si maior ei debeatur, sed illius tantùm qui maiorem petit sciens minorem sibi deberi, vel ob hoc solùm, ne apud eundem litigare cogatur, ex titul. *quibus de rebus ad eundem iudicem eatur.* Ergo fallit hoc casu, quod est scriptum in *§. 1. l. penult. infra h. tit.* vt ibi dicam.

2 ¶ Si vna actio communis sit plurium personarum, veluti familiæ herciscundæ, communi diuidundo, finium regundorum. vtrùm singulæ partes spectandæ sunt circa iurisdictionem eius, qui cognoscit? quod Ofilio, & Proculo placet: quia vnusquisque de parte sua litigat: an potiùs tota res in iudicium venit, & vel vni adiudicari potest? quod & Cassio & Pegaso placet, & sanè eorum sententia probabilis est.

Ad §.1. Si vna actio.

Ratio dubitandi. Hæc tria iudicia dicuntur duplicia, & mixta: quia vterque in iis & actor & reus est. *l. in tribus 13. de iudiciis. l. iudicium 10. finium regundorum. l. actionis 37. in fin. de obligationib. & actionib.* Ergo quantum ad iurisdictionem separanda sunt. sicuti cùm agitur pluribus, aut mutuis actionibus, vt *hac lege in princip. §.1.* Ratio decidendi. Sunt quidem duplicia, sed in quibus tamen tota res ex vnaquaque parte in iudicium deducitur, vt ex eo apparet, quod vni ex litigatoribus tota adiudicari potest, vt hîc scriptum est. Iurisdictionem ergo de tota re habere debet, qui in his cognoscit: nec sanè video cur quod ait Caius, *eorum*, velint quidam referre ad Ofilium & Proculum potius, quàm ad Cassium & Pegasum, de quibus proximè dictum est.

12. VLPIANVS lib. 18. ad Edictum.

Magistratibus municipalibus supplicium à seruo sumere non licet: modica autem castigatio [a] eis non est deneganda [b].

Ad l. Magistratibus 12.

Ratio dubitandi. Serui iure ciuili pro nullis habentur. *l. quod attinet 32. de regulis iuris. lege nullo modo 7. ad legem Corneliam de falsis. & pro quadrupedibus. lege 2. ad legem Aquiliam.* Cur non ergo liceat magistratui municipali de iis supplicium sumere? præsertim, cùm præfecto vigilum hoc concedatur. *l. pen. de condictio. cau. dat. lege interdum 56. §. 1. de furt.* quem tamen constat imperium merum non habuisse. *l. 3. §. 1. l. 4. de officio præfecti vigilum.* Ratio decidendi. Etiam seruorum vita curæ est legislatori. *l. 1. & 2. de his qui sui vel alieni iuris sunt.* non solùm, quòd ij iure naturali sunt homines. *l. 4. de iustitia & iure.* sed etiam ratione ciuili, quòd per eos quoque possit locupletari Respublica, & possint illi bene merendo de dominis aliquando tandem consequi libertatem, & euadere in ciues.

a *Modica autem castigatio.* Quæ nihil aliud est quàm mixtum imperium, quod iurisdictioni cohæret. Habent enim iurisdictionem etiam magistratus municipales, & duumuiri. *lege vnica. si quis ius dic. l. ea, quæ magis 28. ad municipalem.* iurisdictio autem sine modica castigatione, & coercitione nulla est. *l. in fine. l. vlt. de officio eius.* etsi videtur castigatio differre à coercitione, & referri potius ad corporalem, sed leuiorem animaduersionem. *d. l. 3. §. 1. l. 4. de officio præfecti vigilum. lege si quid erit 11. de officio proconsulis.* coercitio verò ad pecuniariam, quæ & mulcta appellatur. *l. aliud fraus est 131. l. si quæ pœna 244. de verb. signif.*

b *Deneganda. l. item 15. §. vnde quæritur 39. l. sed si 17. §. 2. de iniuriis.* Ratio dubitandi. Ex *l. 1. si quis ius dicenti non obtemper.* ibi, *non tamen duumuiris.* Ratio decidendi. Dicam ibi.

13. IDEM lib. 51. ad Sabinum.

Eum, qui iudicare iubet [c], Magistratum esse oportet.

Ad l. Eum, qui iudicare 13.

Ratio dubitandi. Iudicem dare possunt omnes qui habent iurisdictionem: cùm iudicis dandi licentia sit iurisdictionis. *l. 1. & 3. supra.* non autem omnes, qui iurisdictionem habent sunt magistratus, putà si priuatus habeat mandatam sibi ab alio. *lege vltima. de officio eius. l. cùm prætor 12. §. 1. de iudiciis.* Ratio decidendi. Is, qui mandatam sibi à magistratu iurisdictionem habet, licèt non sit magistratus, tamen vice magistratus, qui mandauit, fungitur: siue prætor sit mandatarius, siue priuatus. *l. 1. §. 1. lege 3. de officio eius. leg. solet 16. hoc tit.* Itaque, quamuis non possit eandem iurisdictionem alij mandare, quia eam non suo iure habet, sed alieno beneficio. *l. more maiorum 5. eodem.* iudicem tamen dare potest, quia mandata iurisdictione totum officium iuris dicendi transit. *l. 1. §. an autem. de susp. tutor. dixi ad leg. 5. & 6. supra.*

c *Iubet.* Intellige proprio iure, non alieno. iunge *§. seq.*

1 ¶ Magistratus autem, vel is, qui in potestate aliqua sit, (vt putà proconsul, vel prætor, vel alij qui prouincias regunt) iudicare iubere eo die, quo priuati futuri essent, non possunt.

Ad §. 1. Magistratus.

Ratio dubitandi. Tempus quo iudex datur inspiciendum est, non quo iudicatur, quoties quæritur an datus sit ab habente potestatem. Nam qui dati sunt à magistratu, etiam in tempus successorum eius durant: coguntúrque pronuntiare. *lege venditor. 49. §. 1.*

de iudiciis. Ratio decidendi. Dispositio quæ iubet censetur facta eo tempore, in quod confertur. *l. quod sponsæ 4. C. de donation. ante nuptias. l. Stichus 39. de manumiss. testam. l. Titio 31. de vsufructu.* Itaque nihil refert, an priuatus quis iubeat iudicare, an verò tempore quidem magistratus, sed in id tempus quo erit priuatus. Cùm autem hic locus connexus sit *prin. legis*, apparet, quod ibi scriptum est, Eum, qui iudicare iubet magistratum esse oportere, non esse scriptum ad differentiam & exclusionem illius, qui mandatam iurisdictionem habet, nec magistratus est, sed ad exclusionem priuati, qui nullam penitus habet iurisdictionem, quomodo nullam habet magistratus, cùm magistratu suo functus est.

14. IDEM lib. 30. ad Edictum.

Est receptum, eóque iure vtimur: vt si quis maior vel æqualis subiiciat se iurisdictioni alterius: possit ei, & aduersus eum ius dici.

Ad l. Est receptum 14.

Ratio dubitandi. Par in parem non habet imperium, multò minùs inferior in superiorem, vt neque iurisdictionem. *l. 3. §. vlt. l. 4. de arbit. l. minor. 18. de minoribus.* Ratio decidendi. Aliud est, si par vel maior magistratus, tanquam priuatus quilibet, subiiciat se iurisdictioni minoris. *l. ille, à quo. 13. §. tempestiuum, ad Senatusconsultum Trebellianum.* priuatorum enim consensus, licèt non possit aliquam iurisdictionem tribuere ei, qui nullam habet. *l. 3. Cod. hoc tit.* eius tamen qui habet potest prorogare. *l. 1. eo l. 1. & 2.* etiam sine consensu magistratus. *d. l. 2. §. 1.*

15. IDEM lib. 2. de Omnibus Tribunalibus.

Si per errorem alius pro alio prætor fuerit aditus: nihil valebit, quod actum est. nec enim ferendus est, qui dicat, consensisse eos in præsidem. cùm, vt Iulianus scribit, non consentiant, qui errent. quid enim tam contrarium consensui est, quàm error, qui imperitiam detegit?

Ad l. Si per errorem 15.

Ratio dubitandi. Videntur litigatores consensisse in præsentem prætorem, id est, qui ab iis aditus fuit. sic enim legendum esse *præsentem* pro, *præsidem*, obseruauit rectè Cuiacius primo obseruatio. 32. cùm præcedentia non de præside sint, sed de prætore. Ratio decidendi. Non consentiunt qui errant. Error consensum non habet, sed imperitiam, quam etiam detegit. *l. 2. de iud. l. sed hoc ita. 20. de aq. pluu. arcen.*

16. IDEM lib. 3. de omnibus Tribunalibus.

Solet prætor iurisdictionem mandare, & aut omnem mandat, aut speciem vnam, & is, cui mandata iurisdictio est, fungetur vice eius qui mandauit, non sua.

17. IDEM lib. 1. Opinionum.

Prætor sicut vniuersam iurisdictionem mandare alij potest, ita & in personas certas, vel de vna specie potest: maximè cùm iustam causam susceptæ ante magistratum aduocationis alterius partis habuerat.

Ad l. Solet prætor 16. & Ad l. Prætor.

Ratio dubitandi. Quod magistratus per seipsum facere cum dignitate potest, id alij faciendum committere non debet, ne iurisdictionem suam negligere videatur. *l. 8. §. si prætor 17. de transactionib. l. quod quis sibi 8. C. de procurat.* Ratio decidendi. More marum hoc receptum est. *l. 5. §.* ac proinde licitè hoc fit & honestè. *l. de quibus 32. de legibus.* Etiam si is qui mandat iurisdictionem suam præsens sit, nec abesse cogatur, nisi de ea iurisdictione agatur, quæ specialiter data sit vel lege, vel senatusconsulto, vel principis constitutione. *l. 1. de off. eius.* Itaque quod hæc lex ait, *omnem*, intellige, iure magistratus competentem, non etiam specialiter datam. Cur autem hoc more receptum sit, vt qui iurisdictionem suo iure habet, mandare eam possit. ratio est, quia non eo minus iurisdictionem retinere, & ipse cognoscere intelligitur, cùm is qui mandatam suscepit, nihil proprium habeat & aliena vice fungatur, non sua. *l. 1. §. 1. l. 3. de officio eius.* quare nec hodie aliud erit post *l. 2. Cod. de pedaneis iudicibus.* Magistratibus enim iudices dare, nisi ex certis causis, prohibitum est: mandare verò iurisdictionem non est prohibitum, tametsi nulla necessitas sit. Multò magis, si non possit magistratus cognoscere siue ob eas causas, de quibus in *d. l. 2.* siue quòd in ea causa, de qua iurisdictionem mandat, fuerit aduocatus, vt hîc & *l. quisquis. 6. in pr. C. de postul.*

18. AFRICANVS lib. 7. Quæstionum.

Si conuenerit, vt alius prætor, quàm cuius iurisdictio esset, ius diceret, & priusquam adiret, mutata voluntas [a] fuerit, proculdubio nemo compelletur eiusmodi conuentioni stare.

Ad l. Si conuenerit 18.

Ratio dubitandi. Potest quilibet iuri suo renunciare. *l. pactum* 46. *de pactis.* & iurisdictionem, alioquî non competentem, prorogare. *l. est receptum* 14. §. *l. penult. Cod. de pact.* nec potest ab ea lege, quam sibi dixit postea recedere. quæ enim ab initio sunt voluntatis, vbi volueris, sunt necessitatis. *l.* 5. *C. de obligatio.* Ratio decidendi. Qui competens magistratus est iurisdictionem habet, etiam in inuitum. *l.* 4. *Cod. de iurisdic. l. si Stichum* 83. §. 1. *de ver. oblig.* sed qui est incompetens, non potest habere nisi in volentem. *l. si quis filio* 6. §. *quid, si quis. de iniust. rupt. & irrit.* volés autem intelligitur, non qui voluit, sed qui vult eo præcisè tempore, quo exercetur primus actus iurisdictionis. Interim igitur locus est pœnitentiæ. non idem est, si quis promiserit se non vsurum præscriptione fori. *d. l. pen. C. de pact.* præscriptio enim illa non habet locum, nisi aduersus ordinariam & competentem iurisdictionem: idcóque, si non opponatur, non ideò minus valet sententia: adeóque, si opponatur post litem contestatam. *d. l.* 4. *C. hoc tit. l. vlt. C. de except.*

s *Mutata voluntas.* Alterius, vt sit aliquis locus dubitationi. Nam si ambo mutauerint voluntatem, quę causa dubitandi? nisi fortè ita, quòd iurisdictionis prorogatio fit sola voluntate litigatorum, etiam sine consensu ius dicentis. *l.* 2. *de iud.* Ergo primo litigantium consensu videtur prorogata, etiam priusquam sit aditus magistratus. vbi autem prorogatio semel facta est, non videtur posse allegari incompetentia. sed Ratio decidendi est, Iurisdictionem tunc prorogari, cùm incipit exerceri, non antea. Actum enim aliquem iurisdictionis esse necessarium constat ex *d. l.* 2. §. 1. ibi, *& putat suam iurisdictionem de iud.*

b *Nemo.* id est, neuter.

19. VLPIANVS lib. 6. Fdeicommissorum.

CVm quædam puella apud competentem iudicem litem susceperat, deinde condemnata erat, posteáque ad viri matrimonium alij iurisdictioni subiecti peruenerat: quærebatur, an prioris iudicis sententia exequi [a] possit: Dixi posse, quia ante fuerat sententia dicta. Sed & si post susceptam cognitionem, ante sententiam, hoc eueniet: idem putarem: sententiáque à priore iudice rectè fertur. Quod generaliter [b] & in omnibus huiusce modi casibus obseruandum est.

Ad l. Cùm quædam puella 19.

Ratio dubitandi. Mulier ex quo nupta est sequitur domicilium mariti. *l. filij* 22. §. 1. *l. ea, quæ* 32. *ad municip.* Actor autem sequitur forum rei. *l. vlt. Cod. vbi in rem act. l.* 2. *C. hoc tit.*

Ratio decidendi. Executio sententiæ debet fieri ex autoritate eiusdem magistratus, cuius fuit iurisdictio in cognitione negotij principalis. *l. à Diuo Pio* 15. *de re iudic.* cùm in iudicio accipiendo & litem contestando quasi contrahatur. *l.* 3. §. *idem scribit. de pecul. l. delegare* 11. §. 1 *de nouation.* Alioqui erit in potestate mulieris, nubendo iudicium mutare. quod absurdum esset. *l. si idem* 11. §. 1. *supra.* vbi enim semel acceptum est iudicium, ibi & finem accipere debet. *l. vbi acceptum* 30. *de iudic.* nec priuilegium fori superueniens impedimento est. *l. si quis* 7. *eod.*

a *Exequi.* Passiuè sumitur pro executioni mandari, vt verbum *tuebitur* pro *defendetur* in *l. filio* 17. *de iniust. rupt.*

b *Quod generaliter.* Tota hæc adiectio videtur sapere Tribonianum.

1 ¶ Quotiens (de) quantitate ad iurisdictionem pertinente quæritur: semper quantum petatur quærendum est, non quantum debeatur.

Ad §. 1. *Quotiens.*

Ratio dubitandi. Non debet esse in potestate calumniosi aduersarij mei, apud quem litigare possit. *l. si idem* 11. *supra.* quod tamen erit si inspiciatur non quantum ei debeam, sed quantum ille petat.

Ratio decidendi. Præposterum est vt inspiciatur quantum illi debeam, cùm de iurisdictione quæritur, quia nec sciri illud potest, nisi ex euentu iudicij qui incertus est. *l. minor* 40. *de minoribus. l. quod debetur* 51. *de pecu.* iudicium autem nullum esse potest, nisi constituta iurisdictione. *tit. Cod. si à non competen. iudic.* necessariò igitur inspiciendum est, quantum petatur. Nempe cùm quæritur ad quem iudicem nunc primùm eundum sit. Difficilius namque est, vt non ad eundem iudicem eatur, cuius iam certa & constituta est iurisdictio, quàm vt non ad eum, qui nullam adhuc habeat iurisdictionẽ. Non est absurdum esse in potestate aduersarij mei, apud quem litiget, sicut nec quando litiget, aut de qua re. *l. purè.* 5. §. *fin. de doli exceptione. l. vnic. Cod. vt nem. inui.* sed absurdum est, in ipsius potestate esse, vt non cogatur litigare apud eundem iudicem, apud quem eum iam conueni, quoties ipsius actio talis est, vt ad eundem iudicem iri oporteat *d. l. si idem.* 11. §. 1. 3. *eod.*

20. PAVLVS lib. 1. ad Edictum.

EXtra territorium ius dicenti impunè non paretur [c]. ¶ Idem est & si supra iurisdictionem [d] suam velit ius dicere.

Ad l. Extra territorium 20.

Ratio dubitandi. Dignitas & autoritas magistratus in persona ipsius est, non in territorio: & extra territorium eam quoque retinet. *l.* 1. *& vlt. de offic. proconf.*

proconsulis. Dignitas autem magistratuum illa est, quæ facit, vt quod ab his decernitur iuris habeat potestatem. §. *prætorum. instit. de iure naturali.* Eámque dignitatem impunè violari periculosum est, tum quoque, cùm præter per sordes, aut gratiam malè ius dixit. *l. sernio inuito* 65. §. 2. *ad Trebellianum.* Ratio decidẽdi. Iurisdictio sicuti nulla est sine persona, in qua resideat, ita nec sine persona, in quâ possit exerceri. Requirit enim duo extrema, agens, & patiens. nec in quoslibet dando est ea potestas cuilibet iurisdictionem habenti, ne alioqui turbentur, & misceantur iurisdictiones, quas vtique & plures & distinctas esse necesse est. *l. cùm vnus* 12. §. 1. *de rebus auctoritate iudicis possidendis.* non possunt autem iurisdictiones melius distingui, quam territoriis, quas nos limitas solemus dicere, licet distinguantur etiam aliquando personis. *l.* 3. *de officio præs. aut feudis,* quas nos solemus dicere iurisdictiones super hominibus & feudis, quę sicut multo artiores sunt, ita & minores sunt, minásque nobiles.

c *Non pareatur.* Hinc vsus literarum requisitoriarum, quas vulgò *de pareatis* appellant, per quas iubet quis subditis suæ iurisdictioni, vt pareant, qui aliter parere non cogerentur. nimirum quia sibi inuicem fauent mutuis auxiliis iurisdictiones, vt earum autoritas conseruetur, etiam quæ diuersos habent supremos principes, multò magis quæ sunt sub eodem. *l. à diuo* 15. *de re iudicata. Nouell.* 134. *cap.* 5. *l. Episcopale* 8. *C. de episcopali audientia.* Nam & hę interdum se coniungunt, ne possit relinqui color non parendi, vt in *l. iurisperiti* 30. §. 1. *de excus. tutor.* quod & à diuersorum principum magistratibus aliquando vsurpatur. vide leg. *magis puto.* §. *illud quæri. de rebus eorum, qui sub tutel. vel cur sunt non alien.*

d *Supra iurisdictionem.* Nam iurisdictio, quæ certæ rei, vel quantitatis finibus coarctata est, supra eam quantitatem, vel extra eam rem nulla est. *l.* 1. 3. *& vlt. C. si à non compet. iud.*

QVOD QVISQVE IVRIS IN ALTERVM STATVERIT, VT IPSE EODEM iure vtatur.

TITVLVS II.

VLPIANVS lib. 3. ad Edictum.

HOc Edictum summam habet æquitatem, & sine cuiusquam indignatione iusta. quis enim aspernabitur idem ius sibi dici, quod ipse aliis dixit vel dici effecit?

1 ¶ *Qui magistratum potestatémve habebit, si quid in aliquem noui iuris [a] statuerit ipse, quandóque aduersario postulante, eodem iure vti debet. Si quis apud eum, qui Magistratum potestatémve habebit, aliquid noui iuris obtinuerit [b]: Quandoque postea aduersario eius postulante, eodem iure aduersus eum decernetur. Scilicet vt quod ipse quis in alterius persona æquum esse credidisset, id in ipsius quoque persona valere patiatur.*

Ad Titul. 2. *Quod quisque iuris &c.*

Ad l. pr. 1. *&* §. 1.

Ratio dubitandi. Ius non constat opinione, sed veritate, nec nisi ex ratione æstimatur quæ semper vna & certa est. *l. quod non ratione* 39. *de legibus. lege secunda. Cod. quæ sit long. consuet.* nec, quòd contra iuris rationem & inique ab aliquo statutum est, debet trahi ad consequentias. *l. quod verò* 14. *de legibus.* non enim sicut facti quæstio, ita etiam iuris autoritas in potestate iudicantium est. *l. ordine* 15. *ad municip.* Ratio decidendi. Non potest quidẽ ius iniquum ab aliquo vel statutum, vel impetratum trahi ad cõsequentias, quãtum ad cæteros, sed quãtũ ad eũ qui statuit ipse, vel impetrauit, potest. Qua enim fronte aspernabitur idem ius sibi dici, quod aliis ille vel dixerit, vel dici effecerit? Nam & suam turpitudinem allegaret, si auderet dicere iniquum esse ius, quod ille vel constituit, vel impetrauit. Turpitudinem verò propriam allegans, non est audiendus. *l. alias autem* 18. *in fin. de iureiurando.* Denique æquitas huius tituli pendet ex eo, quod iuris nostri præcepta illa sint, ne quis lædatur, & vt suum cuique tribuatur: quæ ambo violat, quisquis iniquum ius in alium statuit, vel impetrat. Sed & quod magis est violat præceptum illud iuris naturalis, ex quo ista pẽdent: Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris. Nec tamẽ hoc sic accipiendum est, quasi pœnæ nomine iniquum aliquid in eum decernatur, ne ex iure iniuria proficiscatur, sed quia non potest quis recusare, quominus quod in alterius persona æquum esse credidit, in sua quoque valere patiatur, vt verba edicti habent. Est tamen edictum hoc pœnale. *l.* 3. §. 2. *& seqq. l.* 4. *h. tit.*

a *Noui iuris.* id est, iniqui & iniurioſi. §. *vltim. & l.* 3. *in princip. h.* sed & si iniquum & iniuriosum est, cur ergo ius appellatur? Relatione s. facta, nõ ad id quod prætor fecit, sed ad id quod facere debuit. *l. penultima. de iustitia & iure. l. de quibus.* 32. *vers. sunt ius. de legibus. l. sed licet. de offic. præsid.*

b *Obtinuerit.* Ratio dubitandi. Qui ius iniquum sibi obtinuit, non ideò tamen sibi ius dixit, quod nec si voluisset facere potuisset. *l. qui iurisdictionem* 10. *de iurisdict.*

Ratio decidendi. Perinde habetur, ac si ipse statuisset, quia viro bono non conuenit, quidquam petere, nisi quod ipse decreturus esset, si esset magistratus. Imprudenter enim faciunt, aut saltem imprudenter, quibus comicum illud potest obiici. Tu si hîc sis, aliter sentias. Eadémque ratio adferri potest ad *l. cùm in eo* 44. *de pact. l. cùm hereditas* 59. *de administrat. tutor. l. vltim. Cod. de sportul.*

2 ¶ Hęc autem verba, *quod statuerit, qui iurisdictioni præest*, cum effectu accipimus, non verbo tenus, & ideo si quum vellet statuere, prohibitus sit, nec effectum decretum habuit, cessat edictum. Nam *statuit* verbum rem perfectam significat, & consummatam iniuriam, non cœptam. Et ideo si inter eos quis dixerit ius, inter quos iurisdictionem non habuit: quoniam pro nullo hoc habetur, nec est vlla sententia, cessare edictum putamus. quid enim offuit conatus, cùm iniuria nullum habuerit effectum?

Ad §. 2. Hæc autem verba.

Ratio dubitandi. Iniustus est, non tam qui iusta facit, quàm qui vult facere: sicut iustus, qui iusta vult facere, licèt non faciat. Voluntas ergo sola debet sufficere in hoc edicto, vt in *l. 3. vers. sed etsi. infra hoc tit.* Nam & generaliter proditum est in maleficiis voluntatem spectari non exitum. *l. vlt. de sicariis.*

Ratio decidendi. Verba cum effectu sunt accipienda. *l. 5. §. docere.* Ne quis eum, & locus est pœnitentiæ, quamdiu integra res est, ne alioqui cogitationis pœnam quis patiatur. contra *l. cogitationis* 18. *de pœnis.* & quod scriptum est in *d. l. vlt.* sic accipi debet, non vt voluntas spectetur sine exitu, sed vt non spectetur exitus sine voluntate, vt constat ex *l. 1. §. 3. & in l. 7. ad l. Cornel. de sicar.*

2. PAVLVS lib. 3. ad Edictum.

HOc edicto dolus debet ius dicentis puniri. nam si adsessoris imprudentia ius aliter dictum sit quàm oportuit non debet hoc Magistratui officere, sed ipsi adsessori.

Ad l. Hoc edicto 2.

Ratio dubitandi. Ius dicens, & adsessor sunt comites & socij consiliorum. *l. 4. §. de officio adsessor. l. 1. Cod. de adcess.* Ergo factum vnius etiam alteri nocere debet. Ratio decidendi. Nihil potest imputari ius dicenti, qui ius dixit ex consilio adsessoris, qui & prudens & eruditus credebatur, & cuius prudentiam putabat sibi necessariam ad ius bene dicendum, vt scriptum est in *d. lege* 1. Denique vbi cessat dolus, cessat edictum, quia cessat iniuria, quæ nunquam fit sine animo iniuriæ faciendæ. *l. 3. §. 1. de iniur.* Quare nec possum probare quod hîc additur, *sed ipsi adsessori*, cùm lex ponat nihil dolo malo fecisse adsessorem: sed tantùm per imprudentiam. Adde, quòd neque verba edicti alium coercent, quàm qui ius iniquum vel statuit, vel impetrauit: quorum neutrum de adsessore dici potest. Sunt ergo ista imperiti interpretis.

3. VLPIANVS libro 3. ad Edictum.

SI quis iniquum ad Edictum ius aduersus aliquem impetrauit: eo iure vtatur ita demum, si per postulationem eius hoc venerit. cęterùm si ipso non postulante, non coercetur, sed & si impetrauit[a], siue vsus est iure aliquo[b], siue impetrauit, vt vteretur, licèt vsus non sit[c], hoc edicto punitur.

Ad l. Si quis iniquum 3.

Ratio dubitandi. Qui impetrat agnoscit, etiam si non postulauerit, & agnitio pro postulatione est: sicut dicimus ratihabitatione fieri proprium negotium, quod erat alienum. *l. si pupilli 6. §. item quæritur. de negotiis gestis.* Cúmque plus sit impetrare, quàm petere, quid refert an petitum sit necne, quòd fuit impetratum? Ratio decidendi. Nocet impetratio ita demum, si vel petitio præcesserit, vel sequatur vsus. Nam ei, qui nec petit, nec vsus est, nihil potest imputari, nisi impetrauerit vt vteretur, quod sanè sufficeret, licèt vsus non esset: & hic huius legis sensus est.

a *Sed & si impetrauit.* sup. nulla postulatione præcedente.

b *Iure aliquo.* Lego, *in re aliqua*, errore simili, quem nos primo coniecturarum, capite quinto obseruauimus, in *l. quod dicitur 5. de impens. in res dotales.* Iam enim satis expressum erat tractari hîc de iure iniquo, impetrato, quamquam si velles legere *iure iniquo*. non repugnarem.

c *Licèt vsus non sit.* Ratio dubitandi. Verba cum effectu sunt accipienda. *l. 1. §. 2. s.* Ratio decidendi. Effectus secutus est, quia hîc non tantùm voluit impetrare, sed etiam impetrauit ius iniquum, & quidem vt eo vteretur, licèt vsus non sit.

1 ¶ Si

1 ¶ Si procurator meus postulauit: quæritur, quis eodem iure vtatur, & putat Pomponius, me solum, vtique si hoc ei specialiter mandaui, vel ratum habui. ¶ Si tamen tutor[a] vel curator furioſi postulauerit, vel adolescentis: ipse hoc edicto coercetur. Item aduersus procuratorem id obseruandum est, si in rem suam fuerit datus.

Ad §. 1. Si procurator.

Ratio dubitandi. Verum est procuratorem meum & postulasse & impetrasse, licèt meo nomine: ergo perinde teneri debet etiam proprio nomine. argum. *l. vlt. de inofficios. l. seruum. 49. mandati.* Ratio decidendi. Quod procurator meus facit ex mandato meo, siue vero, siue ficto, quod ex ratihabitione inducitur. *l. vlt. Cod. ad Maced.* id ego feciſſe videor, non ipse: quia & totum commodum illius iniqui iuris, quod impetrauit, ad me non ad ipsum pertinet, nisi fuerit procurator in rem suam, quo casu pro domino est. *l. qui stipendia. 9. C. de procuratoribus. l. si quis. 34. eodem.* Atqui, inquies, sufficit in hoc edicto, vt quis alij ius iniquum dici effecerit. *l. 1. in prin.* Respon. verba illa pertinere ad eum, qui ius iniquum aduersus alium impetrauit, & cuius propria aliqua culpa est: quæ tamen nulla est in eo, qui tanquam procurator impetrauit alterius & nomine, & commodo.

a *Si tamen tutor.* Ratio dubitandi. Isti omnes alieno quoque nomine & commodo iniquum ius impetrarunt, vt procurator, non suo: Ergo teneri non debent, sed potius officij necessitate & adfectionis abundantia excusari. argum. *l. tutorem. 22. de his quæ vt indignis. l. 4. de in litem iurando.* Ratio decidendi. Propria ipsorum culpa est, cùm nec alieno mandato fecerint, nec officij necessitas eos cogeret ius iniquum impetrare, quòd ratio prohibeat.

2 ¶ Hæc pœna aduersus omnem statuitur, qui in edictum incidit: non solùm eo postulante, qui ab eo læsus est, sed omni qui quandoquè experitur.

Ad §. 2. Hæc pœna.

Ratio dubitandi. Pœna non debet egredi delictum. *l sancimus. 22. Cod. de pœnis.* Atqui non deliquit iste, nisi quantum ad eum, contra quem dixit ius iniquum, vel impetrauit. Ratio decidendi. Imò deliquit publicè: ergo ab omnibus pœnam hanc pati debet. Itaque hoc ius iniquum trahitur ad consequentias, quantum ad eos, qui cum isto agunt, sed non quantum ad alios, qui neque dixerunt, neque impetrarunt.

3 ¶ Si is pro quo spopondisti, impetrauerit, ne aliquis debitor ipsius aduersus eum exceptione vtatur: deinde tu in negotio, in quo spopondisti, velis exceptione vti: nec te, nec ipsum oportet hoc impetrare: etsi interdum patiaris iniuriam, si soluendo debitor non sit. ¶ Sed si tu[b] incidisti in edictum, reus quidem vtetur exceptione, tu non vteris, nec pœna tua ad reum promittendi pertinebit. & ideò mandati actionem non habebis.

Ad §. 3. Si is, pro quo.

Ratio dubitandi. Fideiussor neque ius iniquum dixit, neque impetrauit: Ergo non incidit in edictum: neque exceptio ei competens potest ipsi adimi facto rei. *l. vlt. de pactis.* Ratio decidendi. Factum rei sicut ipsi nocet, ita & eius fideiussori. *lege mora rei. 88. de verborum obliga.* cùm fideiussoris obligatio sit accessoria, & habiturus ille sit regressum actione mandati. Quid ergo si non sit consecuturus indemnitatem, vel quia fideiussit donandi animo, vel quia debitor non sit soluendo? iniuriam sanè patietur, & damnum: sed imputare sibi debebit, quod pro tali fideiusserit.

b *Sed si tu.* Ratio dubitandi. Iniquum ius à fideiussore impetratum prodest reo, ne vnquam possit à fideiussore conueniri actione mandati: Ergo eidem nocere debet. Ratio decidendi. Factum fideiussoris qui non est nisi accessoriè obligatus, nunquam nocet reo. *d. leg. mora. 88. multò minus in pœnalibus. iunge §. seq.*

4 ¶ Si filius meus in magistratu in hoc edictum incidit: an in his actionibus, quas ex persona eius intendo hoc edicto locus sit? & non puto ne mea conditio melior fiat.

Ad §. 4. Si filius meus.

Ratio dubitandi. Ex cuius persona quis agit, & lucrum capit eius factum præstare debet. *l ex quâ persona. 149. de regulis iuris. l. seruum. 33. §. fin. de procuratoribus.* Ratio decidendi. Potest melior conditio nostra fieri per eos, quos habemus in potestate, deterior non potest. *l. contra. 28. §. fin. l. in persona. 30. de pactis. l. filius. 23. Codice eodem. lege melior. 133. de regulis iuris. l. penultim. depos.* Et quamuis pater agat ex persona filij, non tamen nomine aut commodo ipsius filij agit, sed suo proprio: etiam si filius agere nolit. *lege tertia. §. sed vtrum. lege patri pro filio. 27. de minoribus.* Et rursum, quemadmodum in iis, quæ ad publicum ius pertinent, filius non sequitur ius potestatis. *l. nam quod ad ius. 14. ad Trebellianum.* quia in iis causis filiusfamilias pro patrefamilias habetur. *l. filiusfamilias. 9. de his qui sunt sui vel alieni iuris.* Ita neque per ea, quæ filius in magistratu gessit lædi patris ius debet, nec potest dici hoc casu patris & filij vnam esse personam.

Itaque succedit regula iuris pœnam non debere egredi personam delinquentis. *l. sancimus. 22. C de pœn.* Atqui egreditur inquies in §.3.8. id est, cum agitur de fideiussore: pater autem, qui consentit magistratui filij, velut eius fideiussor est. *l.3.§.vlt.de pecul.l.1. §.vlt de magistratibus conuen.l.2.ad municip.* sed & solet pater in actione quoque de peculio fideiussori comparari. *l cùm filiusfamilias.49.de verb. oblig.* Resp. filiumfamilias, cùm tenetur hoc edicto, non tanquam magistratum teneri, sed tanquam priuatum, nec Reip. sed iis, quos ipse priuato nomine vult conuenire, aut à quibus conuenitur. nec rursus potest dici haberi patrem pro fideiussore, cùm agit, sed cùm conuenitur: non ergo debet ei nocere factum filij, quod nec fideiussori noceret siue agenti siue conuento, nisi in eo ipso negotio in quo fideiussisset. Sic enim accipiendus est. §.3.8. qui sicut nō est porrigendus ad alios extra fideiussorem, ita & in fideiussore rationem illam habet. quòd qui pro alio fideiubet, ea lege videtur ad fideiussionem accedere, vt obligatio sua tanquam accessoria, sequatur naturam obligationis principalis.

5 ¶ Quod autem ait Prætor, *vt is eodem iure vtatur*: an etiam ad hæredem hæc pœna transmittatur? & scribit Iulianus, non solùm ipsi denegari actionem, sed etiam heredi eius.

Ad §.5. Quod autem.

Ratio dubitandi. Pœnalibus actionibus heredes non tenentur. *l. constitutionibus. 33. de obligat.l 1. de priuat.delict.l.si pœna.20.de pœn.* Alia enim est reuera persona defuncti, alia heredis. Ratio decidendi. Non transit in heredem, nisi quantum ad actiones hereditarias, quæ vbi semel sic affectæ sunt, vt debeant propter hoc edictum denegari defuncto, non possunt ex persona heredis mutare conditionem. *l.2.§. ex his. de verb.oblig.* Heres enim in actionibus hereditariis, quæ non competunt ei, nisi tanquam heredi, censetur eadem omnino persona cum defuncto. *l. cùm heres.11.diuers.temp.præscr.* Denique hoc casu pœna transit in heredem, sed non pœnalis actio: quæ nulla ex hoc edicto competit.

6 ¶ Illud quoque non sine ratione scribit, non solùm in his actionibus pati eum pœnam edicti, quas tunc habuit, cùm incideret in edictum: verùm si quæ postea ei adquirentur.

Ad §.6. Illud quoque.

Ratio dubitandi. Actiones quæ nondum erant acquisitæ tempore delicti non potuerunt affici per delictum: quia non entis nullæ sunt qualitates. ergo nec per delictum. Ratio decidendi. Pœna hæc afficit personam principaliter, actionem verò non nisi per consequentias quia pendet à persona. Tam verò pendent à persona actiones postea quæsitæ, quàm quæ iam delicti tempore fuerant. Quare nec aliud dicendum puto, etiamsi nascantur post mortem eius, qui incidit in edictum. *tit. C. vt act. ab hered. l hereditarium. 7. de reb. auth. iud. possid.* Alia ratio est. *l. non potest. 23. de iudi. l.1. §.1. de vsur.* vbi non habetur ratio eorum, quæ postea superuenerunt.

7 ¶ Ex hac causa solutum repeti non posse Iulianus putat. superesse enim naturalem causam quæ inhibet repetitionem.

Ad §.7. Ex hac causa.

Ratio dubitandi. Ex hoc edicto nulla competit actio vt dixi ad §.5. ergo nec retentio. Ratio decidendi. Retentio competit non ex hoc edicto: sed quia supereſt naturalis æquitatis causa, quæ inhibet soluti repetitionem. *l. naturales. 10. de oblig.* Habet enim hoc edictum summam & naturalem æquitatem vt dixi ad *l.1. in prin.*

4. GAIVS lib.1. ad Edictum Prouinciale.

ILlud eleganter Prætor excepit, *Præterquam si quis eorum contra eum fecerit, qui ipse eorum quid feciſſet*: & rectè: ne scilicet vel magistratus, dum studet hoc edictum defendere: vel litigator, dum vult beneficio huius edicti vti, ipse in pœnam ipsius edicti committat.

Ad l. Illud eleganter 4.

Ratio dubitandi. Ius iniquum statuit ille ipse, qui alium cogit iniquo iure vti: ergo incidit in edictum. Ratio decidendi. Hoc facit lege permittente, & dum studet hoc edictum defendere. ergo pœnam nullam pati debet. *l.4.C. de adulter.* nec proinde fuit valdè necessaria hæc pars edicti. *l. quod Reipub. 33. de iniur.*

SI QVIS

SI QVIS IVS DICENTI NON OBTEMPERAVERIT.

TITVL. III.

VLPIANVS lib.1. ad Edictum.

OMNIBVS magistratibus, non tamen duumviris[a], secundùm ius potestatis suæ concessum est iurisdictionem suam[b] defendere pœnali iudicio.

1 ¶ Is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui quod extremum[c] in iurisdictione est, non fecit, veluti si quis rem mobilem vindicari à se passus non est, sed duci eam, vel ferri passus est. cæterùm si & sequentia recusauit[d], tunc non obtemperasse videtur.

Ad Titulum III. Si quis ius dicenti non obtemperauerit.

Ad l. & §.1.

Ratio dubitandi. Magis pertinet ad autoritatem iurisdictionis, vt quod statutum est fiat: quàm vt, quia factum non est, pœna præstetur. Ideóque potest in eam rem impleri etiam manus militaris. *l. qui restituere 68. de rei vindic.* Pœna verò nulla potest deberi, cùm id, quod fieri placuit effectum habuit, licèt alio modo. *l. pen. & vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.*

Ratio decidendi. Multa sunt, quæ præcisè imperari non possunt, ne si quis ad factum cogatur, libertas ciuis Romani imminui videatur. Itaque, cùm tale quid occurrit in priuatorum conuentionibus, succedit obligatio eius, quod interest, in locum faciendi obligationis. *l. si quis ab alio 13. §. vltim. de re iudic. l. stipulationes. 72. l. quoties. 81. de verb. oblig l. vltim. de prætor. stipul.* In iudicialibus succedit pœna, aut grauior condemnatio. Manum enim militarem pro causa pecuniaria nunquam adhibet legislator, vt dicam ad *dict. legem qui restituere. 68.* quæ haut dubiè tota est Triboniani. Mulctæ ergo dicendæ ius habet quisquis iurisdictionem habet, exceptis duumviris, vt iurisdictionē sum tueatur. Nec sanè potest iurisdictio vlla esse, sine modica coercitione. *lege 1. §. vltim. lege vltim. de off. eius cui mandat. lege aliud fraus. 131. & lege si qua pœna. 244. de verbor. signif. l.1. §.3. de inspic. Ventr.*

a *Exceptis duumviris.* Id est, magistratibus municipalibus. *l.4.§.si fortè. de dam inf. l.1. de albo scrib.*

Ratio dubitandi. Etiam duumviri habent iurisdictionem. *l. ea quæ magis. 26. ad municip.* Atqui nulla iurisdictio est sine modica coercitione. *d. l.1. & vlt. de off. eius.* Ratio decidendi. Æquum fuit in hoc minus iuris habere magistratus municipales, quia non sunt Magistratus populi Romani. Habent tamen interdum etiam modicam coërcitionem sed in seruos *l. magistratibus. de iurisdict.* quia seruorum mitior ratio habetur, quàm liberorum vt ibi dixi.

b *Iurisdictionem suam.* Sed etsi quis alienam iurisdictionem exerceat, putà sibi ab alio mandatam, idem est: quia eius qui mandauit vice fungitur, non sua. *l.1.§.1. l.3. de off. eius. l. solet prætor. 16. de iurisdict.* & mandata iurisdictione totum officium iurisdicundi transit. *l.1.§. an autem de susp. tutor.* Ergo & ius mulctæ dicendæ, mixtúmque imperium, sine quo nulla iurisdictio est. *lege 1. in fin. & l. vltim. de off. eius.* Concessa enim iurisdictione omnia transeunt, sine quibus iurisdictio expediri non potest. *l. 2. de iurisd.*

c *Quod extremum.* Quid verò est quod extremum in iurisdictione dici possit? An litis contestatio, vt quidam putant? minimè quia post litem contestatam adhuc prætor dat iudicem, & iudicium. An executio sententiæ vt vulgò creditur? Ita vulgo, sed malè. Nam in executione nullum interuenit factum litigatorum, sed tantùm eius qui iudicatum exequitur. *l. à diuo Pio. 15. de re iud.* Quid igitur? Non quo facto nihil vlterius faciendum habeat prætor, sed quo non facto impediatur ille, ne possit vlterius progredi. Exemplum est in hac l. si quis conuentus rei suæ vindicatione, non patiatur rem duci vel ferri in ius. Ita enim faciendo, impedit ne possit fieri litis contestatio, quæ debet necessariò fieri in rem præsentem, his verbis: *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio.* Nam non facta contestatione, prætor non poterat dare iudicem, nec aliud quidquam facere. Itaque maximus erat contemptus prætoris, cuius iurisdictio sic eludebatur. Atqui, inquies, postquam res in ius ducta vel lata est, fit litis contestatio, & iudicis datio, ergo non est illud extremum in iurisdictione. Imò, inquam, est eo consensu, quo suprà dictum est. Nam cùm res præsens est, & eam vindicat actor solemni formula, si reus nihil velit dicere: vel prætor nihil aliud decernendum habet, nisi vt in præiudicium contumacis rem vindicari, & auferri patiatur. Neque rursum in dando iudice quidquam imperat reo, cuius nec facto, nec consensu indiget, vt proinde non possint ad eam iurisdictionis partem aptari verba illa, *qui quod in iurisdictione extremum est, non fecit*: non enim ille in hoc edictum incidit, qui non paret prætori iubenti, quod extremum est: sed qui non facit.

d *Si & sequentia recusauit.* Id est, si neque duci, vel ferri eam passus est.

2 ¶ Si procurator tuus, vel tutor, vel curator ius dicenti non obtemperauit: ipse punitur, non dominus, vel pupillus.

Ad §. 2. Si procurator.

Ratio dubitandi. Neque procuratori, neque tutori, officium tuum debet esse damnosum. *l. & sine quid. 27. ex quib. ca. if m. tio. l. inter officium. 54 de rei vind. l. tutorem. 22. de his quæ vt indign.* Ratio decidendi. Ad eorum officium non pertinet, vt sint contumaces, cùm contumacia sit delictum. In omni autem mandato, quod quis vel à lege, vel ab homine habeat, bona fides tacitè intelligitur inesse. *l. creditor. 60. §. fin. mandat. l. cùm plures. 12. §. 1. de admin. tutor.*

3 ¶ Non solùm autem reum, qui non obtemperauit, hoc edicto teneri Labeo ait: verùm etiam petitorem.

Ad §. 3. Non solùm.

Ratio dubitandi. Non est petitoris, sed rei recusare quominus res ducatur vel feratur, ergo non petitor incidit in hoc edictum, sed reus solus. Ratio decidendi. Potest etiam actor impedire ne fiat litis contestatio, putà si ad prætorem ire nolit, aut solemnia vindicationis verba proferre, sine quibus non fit contestatio. Nec enim habet prætor, quid faciat: vt cogat eum litem contestari, aut vlterius progredi.

4 ¶ Hoc iudicium, non ad id quod interest, sed quanti ea res est, concluditur: & cum meram pœnam contineat, neque post annum, neque in heredem datur.

Ad §. 4. Hoc iudicium.

Ratio dubitandi. Actio danda non est ei, cuius nihil interest: cùm ad hoc comparatæ sint actiones vt quis persequatur rem suam, aut sibi debitam. *l. nihil aliud. 51. de oblig. & act. l. 3. in pr. de verb. obl.* sicut & obligationes, vt vnusquisque acquirat, quod sua interest. *l. stipulatio ista. 38. §. alteri. eod.* Ratio decidendi. Hoc edictum pœnale est, ad vindicandam prætoris maiestatem: ideóque debetur etiam ei, qui calumniator est. *l. 5. §. 1. ne quis eum.* Nam cùm quæritur de pœna, non quæritur an interfit. *d. l. 38. §. alteri.* Idque est quod ait. *l. contumacia. 3. de re iud. l. inter hæc verba. 179. de verb. sig. l. in honorariis. 55. de oblig. & act.*

DE IN IVS VOCANDO.

TITVLVS IV.

PAVLVS lib. 4. ad Edictum.

IN ius vocare est iuris experiundi causa vocare.

Ad Tit. IV. De in ius vocando.

Lege prima.

Ratio dubitandi. Ius est certum & finitum. *l. 2. de iur. & fact. ignor.* Ergo in ius vocare est, iuris persequendi & consequendi potius, quàm experiendi causa vocare. Ratio decidendi. Est quidem ius in se certum & finitum, sed quod ex facto oritur. *l. si ex plagis, 52. §. in diuo. ad l. Aquil.* factum autem plerumque incertum est, siue propter fidem, aut dicta testium: siue propter formam instrumentorum, quibus probandum est. ideóque dicitur facti quæstio esse in potestate & arbitrio iudicantis. *l. 1. §. sed non vtique vers.* quorum alterutrum ad Turpil. *l. ordine. 15. ad municipal.* & cùm facti interpretatio etiam prudentissimos fallat. *d. l. 2.* Inde est quod dubius dicitur exitus iudicij. *l. quod debetur. 51. de pecul.* & alea quædam esse iudiciorum, quasi fortunæ iudicio committatur, quod iudicantis, vel ius dicentis arbitrio committitur. *l. seruus 12. de stat. hom.* Idque est, quod significant verba illa, *Iuris experiundi.*

In ius, id est, ad locum, in quo ius redditur à prætore. *l. pen. de iust. & iur.*

2. VLPIANVS libro 2. ad Edictum.

IN ius vocari non oportet: neque consulem: neque præfectum: neque prætorem: neque proconsulem: neque cæteros magistratus, qui imperium habent, qui & coërcere aliquem possunt, & iubere in carcerem duci, nec pontificem, dum sacri facit. ¶ Nec eos, qui propter loci religionem inde se mouere non possunt. ¶ Sed nec eum qui equo publico in causa publica transuehatur. ¶ Præterea in ius vocari non debet, qui vxorem ducat: aut eam, quæ nubat: nec iudicem, dum de re cognoscat, nec eum, dum quis apud prætorem causam agit: neque funus ducentem familiare, iustáve mortuo facientem.

3. CALLI-

3. CALLISTRATVS lib. 1. Cognitionum.

VEl qui cadauer prosequuntur, quod etiam videtur ex rescripto Diuorum fratrum comprobatum esse.

4. VLPIANVS lib. 5. ad Edictum.

QVíque litigandi causa necesse habet in iure, vel certo loco sisti: nec furiosos vel infantes.

Ad l. in pr. 2. 3. & 4.

Ratio dubitandi. Nemo est prohibendus vti iure suo, neque facit iniuriam, qui iure suo vtitur. *l. creditor. 52. de actio. empt.* cùm iuris executio iniuriam non habeat. *l. iniuriarum 13. §. 1. de iniuriis.* Ergo in ius potest vocari quilibet, & quolibet tempore. nam & iura non in has aut in illas personas, sed generaliter constituuntur. *l. iura. 8. de legib.* Ratio decidendi. In ius vocatio habebat olim vim & impressionem. Is enim qui vocabatur, rapiebatur in ius obtorto collo ni vltrò sequeretur, vt est apud Plautum plerisque locis. Æquum igitur fuit & ciuile prouideri edicto Prætoris, ne in ius vocari posset quisquam ex iis, quos ita tractari nimis inciuile foret. Eiusmodi verò sunt omnes, de quibus in hac lege. Alios enim dignitas tuetur, alios causa religionis, alios publica vtilitas, alios officium publicum, alios fauor pietatis, aut ætatis, aut propriæ conditionis, alios ratio necessitatis, & necessarium nec captatum impedimentum, omnes denique ratio aliqua vel honestatis, vel saltem vtilitatis. Alia ratio est citationis, quæ hodie fit, & successit in locum vocationis. Cùm enim nullam vim habeat, & qui citatur possit comparere per procuratorem, potest fieri cuilibet, quandocunque exceptis diebus festis, quibus ob religionis reuerentiam id ipsum legibus, vel moribus prohibitum est. *l. libertus 15. §. eod.*

1 ¶ Prætor ait: *Parentem, Patronum, Patronam, liberos, Parentes, Patroni [a], Patronæ, in ius sine permissu meo ne quis vocet.*

Ad §. 1. Prætor ait d. l. 4.

Ratio dubitandi. Edictum hoc prætoris non pertinet ad alios liberos, quàm ad emancipatos. Nam qui sunt in potestate, ne patrem vocare in ius possint impediuntur iure magis potestatis, quàm præcepto prætoris, nisi habeant castrense peculium. *l. adoptiuum. 8. §. eo.* Atqui emancipati habentur pro extraneis. *l. quin etiam. 55. de ritu nupt. l. senatoris. 6. de senator.* & per emancipationem non tantùm ius patriæ potestatis soluitur, sed etiam vinculum pietatis. *l. vltim. si à pat. quis eman.* Non sunt ergo prohibendi, quominus parentes in ius vocent. Ratio decidendi. Emancipatio cùm sit iuris ciuilis, nõ potest tollere ius sanguinis. *l. ex obligationes. 8. de c. min.* nec iura pietatis naturalis, quæ debent parentibus liberi, etiamsi non sint in potestate. *l. 4. de curat. fur. l. scripto. 7. §. vltim. vnde lib.* Æquum igitur fuit prohiberi, ne parentes possent in ius vocari à liberis, nisi petita venia. *l. vlt. C. eod.*

a *Patronam. liberos. parentes. patroni.* Ratio dubitandi. nullum beneficium accepit libertus ab his personis, sed à solo patrono. Cur non ergo eas impunè vocare poterit? Ratio decidendi. Tantum est beneficium libertatis, tantáque reuerentia, quæ patrono ob hanc causam debetur, vt his quoque personis manumissori coniunctissimis, adeóque patroni heredibus, etiam extraneis, idem honor habendus sit: ne alioqui reuerentia patrono ipsi debita violetur. *l. 1. & 2. C. eo.* vbi additur non esse hac in re ignoscendum rusticitati, quòd naturalis ratio sit, quæ suadet hunc honorem exhiberi.

2 ¶ Parentem hîc vtriusque sexus accipe. sed an in infinitum, quæritur: quidam parentem vsque ad tritauum appellari aiunt: superiores, maiores dici. hoc veteres existimasse Pomponius refert. sed Gaius Cassius omnes in infinitum [b] parentes dicit: quod & honestius est, & meritò obtinuit.

Ad §. Parentem hîc.

Ratio dubitandi. Maior dignitas est in patre, & propter sexum. *l. 1. de senat.* & propter vestigia patriæ potestatis. Ratio decidendi. Etsi parentum inæqualis est potestas, par tamen omnibus pietas debetur. *l. 4. de cura. furios. l. parentes. 6. §. h. tit.*

b *In infinitum.* Ratio dubitandi. Parentes vsque ad tritauum apud Romanos proprio vocabulo appellantur, vlteriores, qui non habent speciale nomen, maiores vocantur. *l. iurisconsultus. 10. de gradib. & adfi.* Ideo fortasse, quòd parentum, qui esset supra tritauum, nemo vidit vnquam.

Ratio decidendi. Etiam maiores parentum appellatione continentur, sicut descendentes omnes appellatione liberorum. *l. liberorum. 220. de verb. sign.* vbi lex, aut prætor nullos gradus enumerauit. *l. 1. §. generaliter. de leg. præst.* quod tamen ait Vlpian. *in infinitum*, noli intelligere de infinito, quod natura abhorret secundùm philosophos, sed de numero non finito & determinato, vt in *l. si cui simplicius. 9. de seruitu. in infinito*, pro eo quod est *in loco non determinato, non definito.* Sic enim passim autores nostri accipiunt.

3 ¶ Parentes etiam eos accipi Labeo existimat, qui in seruitute susceperunt. nec tamen, vt Seuerus dicebat, ad solos iustos liberos: sed & si vulgò quæsitus [a] sit filius, matrem in ius non vocabit.

Ad §.3. Parentes etiam.

Ratio dubitandi. Pater est quem nuptiæ demonstrant, *l.prox.* ff. quæ porrò non possunt esse inter seruos. *tit. de nupt. in prin.* Ergo patrem habere non potest is, qui in seruitute susceptus est. Ratio decidendi. Non est pater iustus, nisi quem nuptiæ demonstrant: sed est pater naturalis, qui suscepit liberos ex cõtubernio, quod inter seruos tantũ potest, quãtum inter liberos matrimoniũ. Quam ob causam fortasse Seruius putabat iustos fieri liberos, qui ex tali cõtubernio susceperi essent, secuta nimirum quandoque manumissione. Nam & hoc requiritur, vt possint dici naturales. *l. Lucius Titius. 45. de vulg. & pup. l. Lucius.* 88. *§. Damæ. de legat. 2.* Alioqui quamdiu serui sunt, neque vir, neque vxor, neque liberi esse intelliguntur. *§. si aduersus. Inst. de nupt.* Sed magis est vt non sint iusti liberi, cùm non sint ex iustis nuptiis quæsiti, & hîc videtur sensus huius loci sanè corrupti: & iudicio meo ita restituendi. *Parentes etiam eos accipi Labeo existimat, qui in seruitute susceperunt, nec tamen vt Seruius dicebat, iustos liberos.* nihil malis, quod fuerit probabilius, *Nec tantùm vt Seruius dicebat, illos qui iustos liberos* supple susceperunt. Vtut sit, cùm parentes, qui in seruitute susceperunt sint naturales, naturalis quoque ratio facit, vt iis honor & reuerentia debeatur. *l. parentes. 6.* ff.

a *Sed etsi vulgò quæsitus.* Ratio dubitandi. Non potest natura facere, vt quis nascatur sine patre: ergo is qui nullum habet patrem, vt is, qui vulgò quæsitus est, nec matrem habere potest. Ratio decidendi. Pater quidem aliquis semper est, sed quis ille sit nullis interuenientibus nuptiis incertum est, nec sciri vllo modo potest. *l. Lucius Titius. 83. de condit. & demonst.* Mater verò semper certa est, *l. prox.* ff. *§. si aduersus. de nupt.* Hinc est, quòd vulgò quæsitus dicitur, cui vulgus ipsum, & populus pater est.

5. PAVLVS lib. 4. ad Edictum.

QVia semper certa [b] est, etiam si vulgò conceperit. Pater verò is est [c], quem nuptiæ demonstrant.

Ad l. Quia semper 5.

b *Semper certa.* Ratio dubitandi. Plerunque supponitur partus, vt credatur peperisse ea quæ non peperit. *l. 1. §. sed etsi seruus. l. 3. de ventr. inspic. l. 1. l. scriptus. 12. & pass. de Carbon. edict.* Ratio decidendi. Mater semper est certa, etiamsi non interuenerint nuptiæ, pater verò non nisi interuenientibus nuptiis. semper tamen excipitur partus, qui suppositus & subiectus probatur. Sed suppositionis probatio exigenda est ab eo, qui dicit. *l. 2. de probat.*

c *Pater verò is est.* Ratio dubitandi. Impossibile est, vt quis se probet filium. *l. Lucius 83. de cond. & dem.* Atqui probantur facilè nuptiæ. Ergo pater non est, quem nuptiæ demonstrant. Ratio decidendi. Pater est, quem nuptiæ demonstrant, non tam probatione, quæ certa & concludens esse debet, quàm præsumptione iuris, quæ tamen contraria probationes elidi aliquando potest. *l. filium eum. 6. de his qui sunt sui vel al. iur.*

6. IDEM libro 1. Sententiarum.

PArentes naturales in ius vocare nemo potest. vna est enim omnibus parentibus seruanda reuerentia.

Ad l. Parentes 6.

Ratio dubitandi. Reuerentia maior debetur parentibus iustis, quàm iis, qui sunt tantùm naturales. *l. 3. C. de adult.* Habent enim duplex vinculum, cùm sint & naturales & legitimi. *l. pen. C. de adopt.* Ratio decidendi. Inæqualis quidem est eorum potestas, sed quantum ad naturam attinet, quæ eos æqualiter agnoscit, æqualis quoque iis reuerentia debetur. *l. 4. de curat. fur.* siue parentes naturales eos intelligas, qui in seruitute susceperunt, vt *in l. 4. §. vlt. §. eo.* siue matres iustas, ac legitimas æquè, ac patres. *d. l. 4. de curat. fur.*

7. IDEM lib. 4. ad Edictum.

PAtris adoptiui parentes impunè vocabit, quoniam hi eius parentes non sunt, cùm his tantùm cognatus fiat, quibus & adgnatus.

Ad l. Patris adoptiui 7.

Ratio dubitandi. Per adoptionem is, qui adoptatur fit filius. *l. 1. & pass. de adopt.* Ergo fit inter liberos eorum, qui sunt parentes patris adoptiui. Ratio decidendi. Per adoptionem non acquiritur ius sanguinis, sed tantùm agnationis. *l. qui in adoptionem 23. de adopt.* Non autem agnascitur parentibus patris adoptiui, cùm necesse sit adoptantem habere propriam familiam, nec in familia aliena esse. Neque enim filiusfamilias adoptare potest, qui ipse est in potestate. iung. *l. sed si hac lege 10. §. 7.* ff. *eod.*

8. VLPIANVS lib. 5. ad Edictum.

ADoptiuum patrem, quamdiu in potestate est, in ius vocare non potest, iure magis potestatis, [a] quàm præcepto prætoris: nisi sit filius, qui castrense habuit peculium. [b] tunc enim causa cognita permittitur: sed naturalem parentem [c] ne quidem dum est in adoptiua familia, in ius vocari.

Ad l. Adopti-

Ad l. Adoptiuum 8.

a *Potestatis.* Nulla enim lis potest esse inter patrem & filiumfam. nisi de castrensi peculio. *l. 4. de iud.* non magis, quàm, vt quis cum ipso agat. *l. ne cum filiofam. 16. de furt.*

b *Peculium.* Ratio dubitandi. Militia non eximit filium à patria potestate. *§. filiusfamilias. inst. quib. mod. patr. pot. solui.* Ergo nec de Castrensi peculio his inter patrem & filium esse potest. Ratio decidendi. Filiusfamilias in castrensi peculio patrisfamilias loco esse intelligitur, ex constitutionibus. *l. 2. de S.C. Macedo.* Sed ea res facit tantùm vt possit in ius vocare patrem petita venia, non, vt sine venia.

c *Naturalem parentem.* Intellige quomodo passim prudentes intelligunt; & legitimum ad differentiam patris adoptiui, qui legitimus tantùm non etiam naturalis est. Ratio dubitandi. Filius, quandiu in adoptiua familia est, habet patrem illum à quo adoptatus est: ergo non eum, à quo susceptus fuit. Nec enim potest fungi habere duos patres, ideóque nec eum vocat prætor ad bonorum possessionem patris, contra tabulas patris naturalis, nisi fuerit ab eo institutus. *l. non putauit 8. §. si filium & seqq. l. seq. de contr. tab.* Ratio decidendi. Non eo minùs reuera manet pater naturalis, qui fuit: quia nec adoptio, nec emancipatio, iura sanguinis potest dissoluere. *§. vlt. inst. de legit. agn. tutel.* Pristina ergo reuerentia ei debetur.

1 ¶ *Patronum*, inquit, *Patronam.* Patroni hîc accipiendi sunt, qui ex seruitute manumiserunt: vel si collusionem detexit: vel si qui prætudicio pronuntietur esse libertus, cùm alioquin non fuerit: aut si iuraui eum libertum meum esse: quemadmodum [d] per contrarium pro patrono non habebor, si contra me iudicatum est: aut si, me deferente, iurauerit se libertum non esse.

Ad §. 1. Patronum.

Ratio dubitandi. Patronum facit sola manumissio ficur & libertum. *l. libertini 6. de stat. hom. l. si iuranero 24. de iur. patron.* Atqui neque manumissor est is, qui collusionem detexit, neque is cuius præiudicio pronunciatus quis est libertus esse, cùm non fuerit: neque qui iurauit suum libertum esse, ergo neque patronus est. Ratio decidendi. Habentur isti omnes pro manumissoribus, & habent iura patronatus. *l. 1. & tot. tit. de collus. decreg. l. circà eum 14. l. quotiens 18. de probat.* propter autoritatem rei iudicatæ, & iurisiurandi, *l. 1. & 2. de iureiur.* licèt is qui iurauit, non sit absolutè patronus, id est, etiam quantum ad successionem. *d. l. si iuranero 24. de iur. patron.*

d *Quemadmodum.* Ratio dubitandi. Veritatis probatio nunquam debet esse exclusa *l. illicitas 6. §. veritas de off. præsid. l. Imperatores 29. & passim. de proba.* Ergo non tam quid iudicatum aut iuratum, quàm quid verum sit inspiciendum est. Ratio decidendi. Imò quid iudicatum, & quid iuratum: quia res iudicata pro veritate habetur *l. res iudicata 208. de reg. iur.* & iusiurandum pro re iudicata *l. 2. & l. si duo 13. & passim. de iureiur.* vtrumque propter publicam vtilitatẽ, ad quam maximè pertinet, vt aliquis sit litium finis *l. 1. eod.* etiamsi per fordes, aut per gratiam, aut iniquè iudicatum probetur. *l. seruo inuito 65. §. cùm prætor. ad Trebell.* aut falsò iuratum. *l. 1. C. de reb. cred. l. vlt. de in lit. iur.*

2 ¶ Sed si ad iusiurandum adegi, ne vxorem ducat, ne nubat: impunè in ius vocabor, & Celsus quidem ait, in tali liberto ius ad filium meum, me viuo, non transire. sed Iulianus contra scribit. Plerique Iuliani sententiam probant secundùm quod euenit, vt patronus quidem in ius vocetur: filius, quasi innocens, non vocetur [e].

Ad §. 2. Sed si ad iusiurandum.

Ratio dubitandi. Non eo minus verum est manumissionem ab eo factam esse, qui patronus aliquando fuit: ergo semper ei debetur reuerẽtia tanquam patrono pro tanto beneficio liberatis. Ratio decidendi. lex Ælia Sentia facit, vt talis patronus, qui libertum adegit ad iusiurandum, amittat iura patronatus *l. qui contra 15. de iur. patronat.* Nulla ergo debetur exinde ipsi reuerentia, quæ non debebatur nisi tanquam patrono *l. quæsitum est. 31. qui & à quib.*

e *Non vocetur.* Ratio dubitandi. qui contra l. Æliam Sentiam libertum ad iurandum adegit, nihil iuris habet, nec ipse, nec liberi eius. *d. l. qui contra 15. de iur. patr.* Nullum enim ius possunt haberi liberi, nisi tanquam liberi patroni. Non possunt ergo plus iuris habere, quàm pater. Ratio decidendi. Lex de eo solo locuta est, qui libertum adegit ad iusiurandum, non de ipsius liberis, quos verum est non deliquisse. Ergo non est porrigenda ad liberos, qui sunt innocentes, ne quidem viuo parte, si credamus Iuliano, cuius sententiam hîc probat Vlpianus, nõ etiam Paulus in *d. l. qui contra 15. de iur. patr.* Dissenserunt enim haud dubiè in hac quæstione Iureconsulti, vt hic locus innuit. Debet tamen Paulus ex Celso ita intelligi, vt nihil iuris habeant liberi viuo patrono, cùm eo mortuo veniant proprio iure, vt explicui in Iurisprudentiæ scientia ad *Princip. 2. de liber. ill. 9.*

9. PAVLVS lib. 5. ad Edictum.

IS quoque, qui ex causa fideicommissi manumittit, non debet [f] in ius vocari, quamuis, vt manumittat, in ius vocetur [g].

Ad l. Is quoque 9.

Ratio dubitandi. Qui ex causa fideicommissi præstat debitam libertatem nullum videtur beneficium præstare. sed magis id, quod debuit soluere. *l. si seruo 84. de her. instit.* Quid enim est quod de suo videatur dedisse ei cui, quod dedit omnimodo dare debuit. *l. vnum ex familia 67. §. 1. de leg. 2.* ideóque nec ei operæ vllæ debentur. *l. qui ex causa 29. de bon.*

libert.l.nequaquam 24.*de excus.tut.l.si quis.*13.§.1.*de op.libert.l.*1.C.*de lib.& eor.lib.* Ergo nulla ei debetur reuerentia. Ratio decidendi. Imò debetur, quia reuera patronus est, cùm verum sit, ab eo manumissum fuisse seruum, licèt ex alterius, qui fideicommiserat voluntate.*§.pen.inst.de fing.reb.per fideicom.rel.l.*3.*in pr.&* §.1.*de stich & legit.* dixi latè *ad d.prin.*2.*illat.*8.& 21.

f *Non debet.* Sine venia.

g *Vocetur.* Etiam sine venia, quia nondum patronus est, licèt, futurus speretur; quæ erat ratio dubitandi. Nam quod in eo est, vt proximè futurum sit, perinde haberi solet ac si iam esset.*l.pen.de test.milit.*

10. VLPIANVS lib. 4. ad Edictum.

Sed si hac lege emi, vt manumittam & ex constitutione Diui Marci venit ad libertatem; cùm sim patronus, in ius vocari non potero: sed si suis nummis [h] emi, & fidem fregi, pro patrono non habebor.

Ad l.Sed si hac lege 10.

Ratio dubitandi. Seruus hoc casu peruenit ad libertatem sine manumissione, & facto vllo emptoris sola potestate constitutionis D.Marci.*l.*2.*&* 3.C. *si man.ita fu.al.* ergo nullam reuerentiam debet emptori, à quo nullum beneficium accepit. Ratio decidendi. Imò accepisse intelligitur, quia potestas constitutionis tota in eo est, vt suppleat & representet factum emptoris.*l.vlt.C.eod.* id est vt perinde habeat hunc seruum, ac si ex lege emptionis manumissus fuisset ab emptore. Itaque constitutio quidem ipsa, vt ita dixerim, manumittit: sed pro emptore. Acquirit ergo emptori ius patronatus absolutè, & quale haberet si ipse manumisisset.

h *Sed si suis nummis.* Ratio dubitandi. Hoc etiam casu lex eum habet pro manumisso ab emptore: ergo & emptorem habet pro patrono. Ratio decidendi. Indignus est emptor qui libertum hunc habeat, cui fidem fregit, postquam ex ipsius nummis eum emit. Duplex enim huius emptoris perfidia est, qui fidem frangit non tantùm venditori, sed etiam seruo, qui videtur hoc casu à seipso beneficium consecutus, aut abeo qui nummos ipsi dedit, quibus emptus fuit, vt manumitteretur.

1 ¶ Prostituta contra legem venditionis, venditorem habebit patronum, si hac lege venierat, vt, si prostituta esset, fieret libera. At si venditor [i], qui manus iniectionem excepit, ipse prostituit: quoniam & hæc peruenit ad libertatem: sub illo quidem, qui vendidit, libertatem consequitur [k]: sed honorem haberi ei æquum non est, vt Marcellus libro sexto Digestorum existimabat.

Ad §.1.Prostituta.

Ratio dubitandi. Videtur ista libertatem consecuta ex facto emptoris, qui eam prostituit & conditionem competituræ libertatis impleuit. *l.si mancipium* 34.*de euict.* Ergo patronum eum habere debet, non venditorem. Ratio decidendi Imò libertatem habet ex facto & pacto venditoris, qui eam hac lege vendiderat, vt libera esset, si prostitueretur.*l.diuus* 7.*de iur.patr.* nec debet emptoris improbitas, qui contra legem traditionis, & publicam honestatem mulierem hanc prostituit, ei prodesse, nisi hactenus vt habeatur pro manumissore in his quæ ad odium & incommodum, non ad fauorem aut commodum ipsius pertinent. *d.l.si mancipium* 34.*de euict.* Nemo enim ex improbitate sua legitimum aliquod ius potest acquirere.*l.itaque fullo.§.*1.*de furt.*

i *At si venditor.* Ratio dubitandi. Consequitur hæc mulier libertatem sub illo, qui vendidit, siue spectes legem, quæ ab initio venditioni dicta est, cùm excepit ille iniectionem manus, si prostitueretur, siue factum ipsius, quod interuenit, in ancilla post abductionem prostituenda. Ergo patronum illum habere debet, & consequenter honorem quoque ei præstare. Ratio decidendi. Non est dignus hic venditor, cui honor habeatur, qui turpitudinem quam alij prohibuerat, & pœna dignam iudicauerat, ipse admisit. arg.*l.*1.*in pr.& §.*1.*quod quisque iur.l.imperator* 7.*qui sin man.*

k *Libertatem consequitur.* Ratio dubitandi. Non est impleta conditio, sub qua venditor manus iniectionem exceperat, cùm ille ipse prostituerit. Nec enim videtur sibi legem dixisse, sed emptori arg.*l. Lucius Titius* 40.*§.*1.*de fidei.lib.* & potuit quamdiu libertas non competiit, mutare voluntatem & legem, quam prius dixerat emptioni.*l.*1. *Cod.si man.ita fu.al.l.*3.*qui sine man.* Aut si ponas fuisse primùm ancillam hanc ab emptore prostitutam, atque ita manus iniectionis conditionem extitisse, quod sanè ponendum est, ancillámque abductam à venditore, non ideò tamen verum erit, liberam factam fuisse: quia non sic venierat vt libera esset si prostitueretur, sed vt venditori manum iniicere, eamque abducere liceret: quo facto cùm lex venditionis iam habuerit executionem, nihil causæ est, cur per venditoris prostitutionem libera fieri possit. Ratio decidendi. Imò libera fit quoties prostituitur, etiam post abductionem, quia nihil interest an ipse abducat & prostituat, an cùm possit abducere prostitutam ancillam, manus iniectionem vendiderit, & prostitutam esse pretio accepto patiatur, cùm posset eximere. Quo etiam casu æquè libera foret.*d.l. imperator* 7.*qui sin.man.ad lib.per.*

2 ¶ Patronum autem accipimus, etiam si capite minutus sit: vel si libertus capite minutus, dum adrogetur per obreptionem [l]: cùm enim hoc ipso, quo adrogatur, celat conditionem: non id actum videtur, vt fieret ingenuus [m].

Ad §.2.Patronum.

Ratio dubitandi. Capitis minutio facit, vt alia persona esse videatur, si vel maxima, vel media capitis minutio interuenerit.*l.*3.*§.vlt.l.vlt.de cap.min.* ideóq; necessarium

necessarium fuit edictum *de cap. minut.* ad restituendas actiones, quasi in hominem nouum.*l.*2.*eod. tit.* Ratio decidendi. Debet hoc intelligi de minima capitis diminutione, quæ nec libertatem, nec ciuitatem adimit, sed familiam duntaxat. *d.l.vlt.* Nam capitis diminutio non tollit ea, quæ habent naturalem æquitatem. *l. eas obligationes* 8 *eod.* Inter quæ est honor debitus patrono.*l.*2.*C.hoc tit.l.si non sortem* 26. *§.libertus in fin. de condict. indeb.* Planè quia desinit esse liber, aut ciuis, desinit etiam esse patronus. *§.*6.*infr.*

l *Dum adrogetur per obreptionem.* Nam si patronus arrogationi consenserit, amisit ius suum, quemadmodum si consentiret vt libertus ingenuitati & natalibus restitueretur.*l.*2.3.4.*de natal.rest.* & ideò adrogatio liberti prohibita est.*l.*1.*§.nepos.si à par. quis man.l. liberto* 49.*de bon.lib.Per obreptionem.* id est tacita veritate, & celata conditione adrogati, quod esset libertus. Per subreptionem verò fit, quod fit per mendacium, & falsum expressum. Plus igitur est & odiosius subrepere, quam obrepere. Vtrumque tamen æquè vitiat, quidquid alterutro modo impetratur, si tale sit, quod aut nullo modo, aut difficilius fuisset impetratum, si veritas exposita fuisset.

m *Ingenuus.* Ratio dubitandi. Arrogatio liberti, quandiu libertus manet, prohibita est, vt modò diximus. Ergo quisquis adrogatur, hoc ipso, quod adrogatur, fit ingenuus in necessarium antecedens. Ratio decidendi. Esset bona consecutio si adrogatio valeret, sed non valet, quæ fit per obreptionem, nec id agi potest, vt qui adrogatur fiat ingenuus: cùm iam ingenuus existimetur, nec nisi tanquam talis adrogetur.

3 ¶ Sed si ius annulorum accepit, putò eum reuerentiam patrono exhibere debere, quamuis omnia ingenuitatis munia habet. aliud, si natalibus sit restitutus: nam Princeps ingenuum facit [n].

Ad §.3.Sed si ius.

Ratio dubitandi. Qui ius aureorum annulorum impetrauit, omnia ingenuitatis munera habet, ac si natalibus esset restitutus.*l.is, qui ius* 5.*de iur. aur. an.* Ratio decidendi. Ingenuus quidem intelligitur, & iura ingenuitatis habere, sed saluo iure patroni.*l.vlt. ill.tit.* Ideóque nec ab eius hereditate patronus excluditur.

n *Princeps ingenuum facit.* Ratio dubitandi. Princeps non potest tollere ius patroni restituendo natalibus, non magis, quàm ius aureorum annulorum dando: Nec enim beneficia Principis cùm alterius iniuria conferuntur.*l.*2.*§.merito.& §.si quis à principe. Ne quid in loc.pub.l.*4.*C.de em.liber.l.ex facto.*43.*de uulg. & pup.* Ratio decidendi. Ideò nimirum Impp. non facilè solent quem natalibus restituere, nisi consentiente patrono.*l.*2.4.*&* 5.*de natal.restit.*

4 ¶ Qui manumittitur à corpore aliquo, vel collegio, vel ciuitate, singulos in ius vocabit: nam non est illorum libertus, sed reipublicæ honorem habere debet, & si aduersus rempublicam, vel vniuersitatem velit experiri, veniam edicti petere debet, quamuis actorem eorum [o] constitutum in ius sit vocaturus.

Ad §.4.Qui manumittitur.

Ratio dubitandi. Corpus Reip. & vniuersitatis non constat, nisi ex singulis: Ergo quod ius est de Rep. & vniuersitate, idem de singulis esse debet: vt eadem sit ratio partium; quæ totius.*l.quæ de tota* 76. *de rei vind.l.si grege* 12.*de legat.*1.*§.si grex.*18.*Instit. de legat.* Ratio decidendi. Singuli homines vniuersitatis sunt ex vniuersitate, & in vniuersitate, & vniuersitas, sed non sunt vniuersitas, ideóque etsi omnes perierint, & mutati sint, tamen nec perit nec mutatur vniuersitas.*l.proponebatur* 76.*de iudic.* & quod debetur vniuersitati, non debetur singulis, aut contra.*l.in tantum* 6. *§.*1.*de rer.diuis. l.sicut municipium* 7.*§.*1.*quod cuiusque vn.* vniuersitas enim non est corpus, & totum homogeneum, sed heterogeneum, id est, habens partes heterogeneas non homogeneas: quod autem prædicatur de toto, ita demum prædicatur de partibus, si sint homogeneæ non etiam si sint heterogeneæ. Ergo libertus Reip. non est libertus singulorum, nec proinde singulis honorem debet, quem debet Reipublicæ.

o *Actorem eorum.* Ratio dubitandi. Actor Reip. non est Resp. sicut nec cæteri, qui sunt in vniuersitate, sed vnus ex singulis, ergo impunè vocari poterit sine venia, sicut ceteri. Ratio decidendi. Repræsentat tamen totam Remp. & vniuersitatem, cuius nomine constitutus est, & pro qua solus ille agere & conueniri potest, non pro singulis.*l.*2.3.4.*l. an ciuitates* 8. *& l.vltim.quod cuiusque vniuer.nom.gest.esse dicet.*

5 ¶ *Liberos, parentésque Patroni, Patronæque,* vtriusque sexus accipere debemus.

Ad §.Liberos.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l.*4.*§.*1.*&* 2.*supr.eod.*

6 ¶ Sed si per pœnam deportationis ad peregrinitatem redactus sit patronus, putat Pomponius eum amisisse honorem. sed si fuerit restitutus [p], erit ei etiam huius dicti commodum saluum.

Ad §.6.Sed si per pœnam.

Ratio dubitandi. Deportatus, licèt desinat esse ciuis, & fiat peregrinus, tamen ea non amittit, quæ sunt ex iure gentiù.*l.deportatus.de inter.& releg.* Atqui ex iure gentium sunt manumissiones.*l.*4.*de iust.& iur.* ergo & honor, qui ob tantù beneficium debetur

patrono, licèt iura patronatus, quantum ad succeſſionem, & operarum præſtationem ſint ex iure prætorio,& ex conſtitutionibus *tot.tit. de iure pat. de op.lib.de bon.lib.* Ratio decidendi. Publicè intereſt nullum exhiberi honorem ei, qui de Rep.ſit malè meritus,& ciuitatis honorem improbitate ſua amiſerit. At difficilius eſt, cur tractemus an vocari poſſit in ius ſine venia patronus deportatus, cùm actio nulla poſſit in eum exerceri, qui ciuis non eſt, quique amiſſis bonis & ciuitate relicta nudus exulat.*l. tutelas 7.§.fin.de cap. min.* Cùm actiones omnes ſint iuris ciuilis,aut prætorij: deportatus autem iure ciuili pro mortuo habeatur, itémque iure prætorio.*l. 1.§. pen. de contr.tab.l.4.§ 1.de bon.libert.* Reſp. poſſe quem deportari, ita tamen vt bonorum ſuorum amiſſionem non patiatur. Quod cùm ſit vtilibus actionibus conueniri poteſt.*l.relegatus* 14.§. *vlt.de interd.& releg.* Sicut & cùm poſt deportationem emit, aut vendit,aut aliter contrahit eo contractus gene-

re,quid ſit ex iure gentium.*d.l.deportatus* 15.*eod.* Natã per deportationem non deducitur ad mortem, ſed tantùm ad peregrinitatem: Itaque poteſt ei ius dicere magiſtratus, qui etiam cæteris peregrinis poteſt. Erat enim in vrbe Prætor in eam rem, qui ob id peregrinus dicebatur.

p *Reſtitutus.* Ratio dubitandi. Qui ſemel ab obligatione aliqua liberatus eſt, non poteſt ſine nouo facto & conſenſu ſuo recedere in obligationem. *l.qui res:ſuas* 98.*§ .aream.de ſolut.* Nec reſtitutio,quæ indulgetur à principe debet fieri cum alterius iniuria.*l.4. C.de emancip.lib.* Ratio decidendi. Reſtitutio principis reddit omnia quæ deportatio abſtulerat. *l. 1. & paſſim.de ſent.paſſ.& reſtitut.* Ergo etiam & hunc honorem, qui non tam per deportationem extinctus fuiſſe,cùm eſſet ex naturali ratione,& iure gentium debitus,quàm ceſſare videbatur.*d.l.qui res ſuas* 98. *d. §.aream.l.intercidit.de cond.& demon.*

7 ¶ Parentes patroni etiam adoptiui excipiuntur: ſed tamdiu quamdiu adoptio durat.

Ad §.7. Parentes patroni.

Ratio dubitandi. Ex *l.patris adoptiui* 7.ſ. *vbi dicitur.* patris adoptiui parentes impunè vocari in ius ſine venia. Nec enim poteſt maior reuerentia deberi parentibus patroni,quàm patris,cùm maior ſit pietas,quæ naturaliter debetur patri,qui vitã dedit,quã quæ patrono,qui libertatem ſolam contulit: quàm nec conferre potuiſſet,ſi pater vitam prior non dediſſet.Ratio decidendi. Lex illa loquitur de parentibus naturalibus patris adoptiui. Hic verò *§.de parentibus adoptiuis patroni.* Filius patris adoptiui poteſt impunè vocare parentes patris ſui adoptiui naturales. Adoptiuos,ſi qui eſſe poſſent, non poſſet: quia facti eſſent eius parentes, & agnati per adoptionem. At patroni ſui parentes etiam adoptiuos, vocare non poteſt libertus, quia reuerẽtiam iis debet, non tanquã patronis,ſed tanquã iis, quos ius ciuile habeat pro parentibus veris patroni,ac ſi eſſent naturales:nimirum quamdiu adoptio durat, cùm huius reuerentiæ vinculum non ſit naturale,ſed ciuile, pendens à ſola adoptione, qua proinde ſoluta, etiam diſſoluitur. At vinculum reuerentiæ debitæ patrono, & patroni parentibus naturalibus eſt naturale, & ob id perpetuum, & per mediam patroni perſonam extenditur ad parentes quoque patroni, etiam adoptiuos. Non tamen ad parentes naturales patris adoptiui.quia medium adoptionis eſt inhabile ad coniungẽda extrema. Siquidem per eam non aliis poteſt fieri cognatus is, qui adoptatur, quàm quibus & agnatus fit.*d.l.patris adoptiui* 7.

8 ¶ Si filius meus in adoptionem datus ſit, vocari à liberto meo in ius non poterit: ſed nec nepos in adoptiua familia ſuſceptus. Sed ſi filius q meus emancipatus adoptarit filium: hic nepos in ius vocari poterit:nam mihi alienus eſt.

Ad §.8.Si filius meus.

Ratio dubitandi.Filius meus à me in adoptionem datus incipit eſſe mihi extraneus. *l. quin etiam* 55.*de rit.nupt.* ac multò magis extraneus mihi eſt nepos ex eo,in adoptiua familia ſuſceptus,quia nouam patris ſui familiam ſequitur.*l magiſtratum* 4.*& l.ex adoptiuo* 27. *de adopt.* ergo multò magis erit omnino extraneus liberto meo.Ratio decidendi. Qui à me datur in adoptionem, remanet tamen mihi filius naturalis,& eadem perſona,quæ erat antea: quia ius ciuile non poteſt corrumpere iura ſanguinis,quæ ſunt naturalia,& immutabilia.*§.vlt.inſtit.de leg.ag.tut.* Ergo & libertus meus ei honorem debet:Itémque nepoti ex eo in adoptiua familia ſuſcepto, qui non eſſet dicendus nepos meus, ſi eſſet mihi omnio extraneus.*l.vlt.C.de natur.lib.* Honor enim qui & mihi,& filio,& nepoti meo debetur, naturalem habet rationem.*d.l.2.C.hoc tit.& iuris gentium.l. manumiſſiones*

4.*de iuſt.& iur.*

q *Sed ſi filius.* Ratio dubitandi. Ex filio meo emancipato ſuſceptus meus nepos eſt, & ideò ad donorũ poſſeſſionem contra tabulas meas admittitur. *l.3.& paſſ.de bon.poſſ.cont.tab.* Ergo non eſt mihi alienus,& extraneus,nec proinde liberto meo.Ratio decidendi. Suſceptus ex filio meo emancipato nunquam fuit in familia mea;quia ſequitur nouam familiam patris ſui,& ideò mihi alienus eſt,quouſque emancipatio reſcindatur per prætorem,ad hoc, vt poſſit ille mihi ſuccedere,ac ſi non eſſet natus ex emancipato.*l. 3.§.ſi emancipatus.de cont.tab.* Proindè nullum ei honorem debet libertus meus,quia interim ex liberis meis non eſſe intelligitur,nec vnquam fuiſſe, quod in filio ipſo emancipato diuerſum eſt: qui aliquando non tantùm naturaliter,ſed etiam ciuiliter filius meus fuit:itémque in adoptato, cùm adoptio fieret olim per emancipationem.*l.vlt.C.de adopt.*

9 ¶ Liberos autem ſecundùm Caſſium, vt in parentibus,& vltra trinepotem accipimus.

Ad §.9.Libertos.

Ratio dubitandi. & decidendi. eadem ferè quæ ad §.2.*l.4.*ſ.*eod.* niſi quòd hîc minor eſt ratio dubitandi, cùm liberorum appellatione deſcendentes omnes

omnes continentur, etiam qui ſunt vltra trinepotes.*l.liberorum* 220.*de verb.ſignif.* Neque enim aliqua in deſcendentibus diſtinctio eſt, vt alij aliter vocentur quomodo ex aſcendentibus, alij parentes, alij maiores appellantur.*l.iuriſconſultus* 10. *§.parentes 7.de gradibus.*

10 ¶ Si liberta ex patrono fuerit enixa:mutuò ſe, ipſa & filius eius, in ius non vocabunt.

Ad §.10. Si liberta.

Ratio dubitandi. Non poteſt mater filio ſuo reuerentiam debere, quam è contrario debet filius matri.*l.4.de curat.fur.* Ratio decidendi. Debet reuerentiam huic filio, non tanquam ſuo ſed tanquam ſui patroni: Ille verò matri tanquam filius ipſius, non tanquam filius patroni.

11 ¶ Sin autem liberi patroni capitis r accuſauerunt libertum paternum, vel in ſeruitutem petierunt:nullus eis honor debetur.

Ad §. 11. Sin autem.

Ratio dubitandi.Ex facto liberorum patroni,qui libertum capitis accuſauerunt, non poteſt lædi ius patroni, nec minui reuerentia ei debita, ſicut nec lædit ius innocentis filij,per factum patroni.*l.adoptiuum* 8.*§.vlt.ſ.eod.* Ergo quamdiu patrono debetur reuerentia, etiam ipſius liberis debebitur, non propter ipſos,ſed propter patronum: vt in ſpecie.*§. præced.* Ratio decidendi. Non debet eſſe melior conditio liberorum patroni, qui libertum tam inhumaniter offenderunt, quàm futura eſſet patroni, ſi ipſe offendiſſet. Propter quod enim vnum quodque tale eſt,illud magis tale eſt:vt aiunt philoſophi. Atqui ſi patronus libertum capitis accuſaſſet, nullus ei honor deberetur nulla ſucceſſio. *l.eum patronũ* 10.*de iur.patron.* ergo neque ipſius liberis, ſi eandem offenſam faciant. Quid enim durius,quàm alterius vitam aut libertatem fortunæ iudicio committere. *l. ſeruus* 13.*de ſtat.homi.* Alioqui ſi ſint innocentes non debet eis nota patris nocere.*l.diui* 17.*de iur.patr.*

r *Capitis.* Id eſt, de eo crimine cuius pœna ſit mors aut exilium. *dict.l.eum patronum* 10.*de iur. patron.*

12 ¶ Prætor ait,*in ius niſi permiſſu meo ne quis vocet.* permiſſurus enim eſt, ſi famoſa actio non ſit,vel pudorem non ſuggillat f, qua patronus conuenitur, vel parentes & totum hoc, cauſa cognita, debet facere. nam interdum t etiam ex cauſa famoſa, vt Pedius putat, permittere debet patronum in ius vocari à liberto: ſi eum grauiſſima iniuria adfecit, flagellis fortè cecîdit u.

Ad §.12.Prætor ait.

Ratio dubitandi. Actio non datur à prætore, niſi cùm eius dandæ iuſta cauſa eſt,ſiue quod competat ipſo iure,ſiue quod æquum & vtile ſit eam dari.*l.actio* 47.*de negot. geſt.* Atqui cùm iuſta cauſa eſt eius dandæ, ſi denegetur iniuſtè fit: denegatur autem, cùm in ius vocatio non permittitur, quia omnium actionum inſtituendarum principium ab ea parte edicti proficiſcitur, quæ eſt de in ius vocando.*§. omnium.Inſtit.de pœn.tem.litig.* Ergò cùm actio famoſa competit filio contra patrem, aut liberto contra patronum,non ob id eſt deneganda,quòd ſit famoſa:cùm ſibi potiùs imputare debeat,qui id egit propter quod actione famoſa conueniri poſſit: ne alioqui melioris conditionis ſit is,qui infamiam meretur contra. *l. non fraudantur* 134. *de reg.iur.l.ſi longius* 18.*§.* 1. *de iudic. l. ita vulneratus* 51. *in fi.ad l.Aquil.l. ſi à reo* 70.*§.fin.de fideiuſ.l.per omnes* 6.*Co. de defenſ.ciuitat.* Ratio decidendi. Non abſolutè denegat actionem prætor, ſed pro famoſa dat non famoſam in factum,verbis temperandam:ita, vt bonæ fidei mẽtio fiat, per quam tantundem conſequatur actor, quantum ſi famoſa actione experiretur, niſi quod nulla condemnata patri, vel patrono infamia irrogatur.*l.non debet* 11.*in fin.& l. ſeq.de dolo.l.ſi ſuperſtite* 5. *C.eo.* Quæ irrogatio infamiæ, non tam ad perſecutionem rei pertinet,quàm ad vindictam, quæ procul dubio deneganda eſt ei,qui reuerẽtiam & honorem aduerſario debet. Adeò, vt neque permittendum ſit ei excipere de dolo,quamuis neque doli,neque alia vlla exceptio ſit famoſa. (nec enim edictum prætoris. *De his qui not.infam.* locutum eſt de exceptionibus,ſed de actionibus.) Nimirum,quia doli exceptio, licèt infamiam non irroget, onerat tamen apud bonos & graues exiſtimationem eius, qui dolo feciſſe dicitur, & ideò in locum eius ſubſtituenda eſt exceptio in factum. *l.paren. 5. cum ſeq.de obſeq.par.& patr.præſt.*

f *Pudorem non ſuggillat.* Quod minùs eſt,quàm infamiam irrogare: exemplum eſt in *d.l. 5. parens.& ſeq. de actionibus illis*,quæ licèt famoſæ non ſint, doli tamen & fraudis habent mentionem.

t *Interdum.* Ratio dubitandi. Semper hic honor patrono habendus eſt,vt ſcribitur in *§.ſeq.* nec ferre prætor debet fieri ſeruum, hodie liberum, de iniuria ſibi à domino facta conquerentem. *l.prætor edixit 7.§.præterea.de iniur.* Ergo etiamſi grauiſſima iniuria libertum adfecerit, idem erit. Ratio decidendi. Semper hic honos debetur patrono, vt non poſſit vnquam in ius vocari ſine venia,ſed non etiam ille, vt prætor non patiatur eum in ius vocari ex cauſa famoſa,ſi nimis atrox ſit iniuria.*d.§.præterea.*

u *Flagellis cecidit.* Erat enim hæc pœna ſeruilis, non hominis liberi,niſi qui eſſet ex tenuioribus.*l.in ſeruorum* 10. *l. capitalium* 28. *§.non omnes. de pœn.l.prætor edixit 7.§.præterea de iniuriis.*

13 ¶ Semper autem hunc honorem patrono habendum:& ſi quaſi tutor, vel curator, vel defenſor,vel actor interueniat patronus.Sed ſi patroni x tutor,vel curator interueniat: impunè poſſe eos in ius vocari,Pomponius ſcribit,& verius eſt.

Ad §. 13. Semper.

Ratio dubitandi. Patronus, qui tanquam tutor, vel curator, vel actor pro alio interuenit, non sua, sed alterius vice fungitur. Nullum ergo priuilegium ex persona sua in iis causis habere debet, sed eo iure censeri, pro quo alius interuenit. *l. tutor 22. de his quæ vt ind.* Facit enim hoc non tanquam patronus, sed tanquam alius quilibet arg. *l. si paterfamilias 15. §. 1. de adopt. Item eorum 6. quod cuiusque vniuers. nom.* Ratio decidendi. Patroni persona semper venerabilis liberto esse debet, pro tanto beneficio, quod ab eo accepit iustæ libertatis, nec debet patronus iniuriæ liberti exponi ob id solùm, quòd alterius causam tractandam licitè suscepit. Vocatio autem in ius habet iniuriam personalem, quia rapitur obtorto collo is, qui vocatur, non is cuius nomine vocatur.

x *Sed si patroni.* Ratio dubitandi. Patroni tutor vel curator personam patroni repræsentat in eo negotio: ergo eadem ei reuerentia debetur, quæ patrono. Ratio decidendi. Tutor, vel curator patroni non est patronus: & alia persona est patroni, alia tutoris, aut curatoris: licet patroni negotium geratur. Nullus ergo illis honor debetur, licèt debeatur patrono, quia non rebus & negotiis patroni debetur, sed soli ipsius personæ. *l. licèt famosa 7. in fin. de obseq. par. præst.* arg. *l. ex pluribus 42. de administ. tutor.*

II. PAVLVS lib. 4. ad Edictum.

QVamuis non adiiciat prætor, causa cognita se pœnale iudicium daturum: tamen Labeo ait moderandam iurisdictionem: veluti si pœniteat libertum [y], & actionem remittat, vel si patronus vocatus non venerit [z], aut si non inuitus vocatus sit [a]: licèt edicti verba non patiantur [b].

Ad l. Quamuis non adiiciat 11.

Ratio dubitandi. Vbi lex generaliter & indistinctè loquitur, nec nos distinguere debemus. *l. sed & si res 7. de Public. l. in fraudem 15. in fin. de test. mili.* Ratio decidendi. Nunquam excluditur ea interpretatio, quæ sit ciuilis & iusta. Ideò nimirum interpretatio prudentum necessaria est ad leges, Senatusconsulta, edicta prætorum, & constitutiones principum. Non enim oportet ius ciuile calumniari, neque verba captare, sed qua mente quid dictum sit, animaduertere. *l. pen. ad exhib.*

y *Si pœniteat libertum.* Ratio dubitandi. Nemo post delictum per solam pœnitentiam nocens esse desinit. *l. qui ea mente 65. de furt.* Ratio decidendi. Verba edicti sunt semper accipienda cum effectu, præsertim cùm est pœnale: cuiusmodi istud est. *l. pen. §. docere. ne quis eum, qui in ius.* Quid enim obfuit conatus, cùm iniuria nullum habuit effectum? *l. 1. & tot. tit. in ius voc. vt eant. l. 1. §. vlt. quod quis iur.*

z *Si patronus non venerit.* supple, *Nec fideiussorem dederit*: alioqui vocatio habuit effectum. *l. 1. & tot. tit. in ius voc. vt eant.* Cùm autem neutrum factum est, non videtur delinquere, & contra edictum facere patronus, qui in ius à liberto vocatus, non venit si libertus deliquit, qui eum sine venia vocauit: arg. *l. 1. in fin. ne quis eum.*

a *Non inuitus vocatus sit.* Non enim fit iniuria volenti. *l. in diem 9. §. 1. de acq. plu. arc.*

b *Licèt edicti verba non patiantur.* Ratio dubitandi. Cùm verba legis aperta sunt, lex seruanda est, quantumuis dura. *l. prospexit 12. qui & à quib. man.* nec locus vllus interpretationi relinquitur. *l. talem institutionem 51. in fin. de hered. instit.* & necessariò ad Imperatorem recurrendum est, vt iniquitas corrigatur. *l. 1. & vlt. Cod. de ll.* Ratio decidendi. hæc iurisdictionis moderatio fit ab ipso prætore, cuius est interpretari edictum suum. *d. l. vlt.* Ne quid durè, & iniquè constituisse videatur, cùm sit ipse custos æquitatis. *l. ius autem 7. & l. seq. de iust. & iur.*

12. VLPIANVS lib. 57. ad Edictum.

SI libertus in ius vocauerit contra prætoris edictum filium patroni sui, quem ipse patronus in potestate habet [c]: probandum est, absente patre, [d] subueniendum esse filio, qui in potestate est: & ei pœnalem in factum actionem, id est, quinquaginta aureorum aduersus libertum competere.

Ad l. Si libertus 12.

Ratio dubitandi. Filiusfamilias suo nomine nullam habet actionem, nisi iniuriarum & quod vi clam, ac depositi, & commodati. *l. filiusfamilias 9. de oblig. & act.* Ergo non eam, quæ datur ex hoc edicto. Ratio decidendi. Non habet sanè, si summo iure agatur, sed ex æquitate prætoris subueniendum est ei, absente patre, vt quoniam pater ex ipsius filij persona non potest agere propter absentiam, filius ipse possit: ne alioqui libertus impunè ferat, quod contra edictum fecit. *l. si longius 18. §. si filiusfamilias. de iud.* Publicè enim interest non manere impunitum liberti delictum. *l. ita vulneratus 51. §. vlt. ad l. Aquil. l. si à reo 70. §. fin. de fideiuss. l. per omnes 6. de defens. ciuitat.* vt cæteri eius conditionis homines in debita patronis reuerentia contineantur.

c *In potestate habet.* Nam & filiusfamil. ex omnibus causis conueniri potest. *l. tam ex 57. de iudic. sicut & obligari. l. filiusfamilias 9. de oblig. & action.* licèt non possit similiter agere ex omnibus causis. *d. l. familias 9. cod.*

d *Patre,*

d *Patre absente.* Aliud ergo est, si pater adsit: quia patri per filium acquiritur hæc actio. Ratio dubitandi. Filiusfamilias non est capax acquisitionis, quia omnia acquirit patri. *l. placet. 79. de acq. hered. l. 1. in prin. si à par. quis man. sicut seruus domino tot. tit. Instit. per quas pers.* Ergo non potest prætor ei subuenire, vt illum agere patiatur etiam absente patre, sicut nec potuit lex Cornelia ei subuenire, vt daret ipsi heredem, *l. lex Cornelia. 28. de vulgar. & pup.* Ratio decidendi. Imo est filiusfamilias capax acquisitionis, quoties pater non vult per eum sibi acquiri. *l. 1. C. qui admit. l. cogi poterit. 16. §. si pater ad Trebell. l. is qui heres. 13. §. vlt. de acq. hered.* aut cùm non potest velle, aut nolle, puta quia sit furiosus. *l. cùm heres. 52. eod.* Adeóque interdum etiam inuito patre, vt in *l. imperator. 50. ad Trebell.* Ergo quidni etiam, cùm pater abest? Nam qui abest, non potest velle, non magis, quàm furiosus, qui ideo absenti comparatur. *l. vbi non voce. 124. de reg. iur.* Habet enim filiusfamilias integram personam, cùm habeat caput in ciuitate. *l. 4. de his quæ sui.* Quod non similiter dici potest de seruo. *l. 3. §. vlt. & l. 4. de c. min.* Quanquam nihil vetat actionem permitti filiofamilias, emolumentum verò actionis & pœnam edicti acquiri patri, etiam absenti. Non enim acquirit filius patri, si patervelit, sed nisi nolit. Et cùm acquisitio illa fiat ipso iure. *d. l. placet. 79.* non minus fieri potest absente patre, quàm præsente. At alia ratio actionis est, quam nemo nisi volens exercere potest. Requirit enim factum & voluntatem agentis, siue per se, siue per alium agat.

13. MODESTINVS lib. 10. Pandectarum.

GEneraliter eas personas, quibus reuerentia præstanda est, sine iussu prætoris in ius vocare non possumus.

Ad l. Generaliter 13.

Ratio dubitandi. Prætor in edicto enumerauit personas, quibus hanc reuerentiam præstari vult, vt sine venia in ius non vocentur? ergo aliæ nullæ sunt, quibus eiusmodi reuerentia ex edicto debeatur. Finge esse magistratus municipales. Aliqua sanè iis reuerentia debetur, cùm sint magistratus, & habeant iurisdictionem, & tamen possunt impunè sine venia in ius vocari, quia nec imperium, nec potestatem habent. *l. nec magistratibus. 32. & l. sequenti. de iniur.* Ratio decidendi. Debet hæc lex restringi ad eas personas, quæ sunt edicti verbis comprehensæ nisi si quæ aliæ sunt similes, id est, in quibus aut eadem, aut maior reuerentia locum habeat in quo numero non sunt magistratus municipales.

14. PAPINIANVS libro 1. Responsorum.

LIbertus à patrono reus constitutus, qui se defendere paratus, pro tribunali præsidem prouinciæ frequenter interpellat, patronum accusatorem in ius non videtur vocare.

Ad l. Libertus à patrono 14.

Ratio dubitandi. Ea interpellatio facit, vt coactus tandem præses de causa cognoscere, condemnaturus sit patronum, siue tanquam iniustum accusatorem, siue etiam fortasse, tanquam calumniatorem, si per calumniam & falsò instituta accusatio reperiatur. Ergo, pro vocatione in ius habenda est, si effectus rei consideretur. Quid enim aliud potest facere in ius vocatio, nisi vt tandem sequi possit condemnatio? *§. omnium. instit. de pœn. temer. litig.* Ratio decidendi. Nihil imputari potest liberto, id agenti, vt innocentiam suam probet, & se liberet. Nam etsi idem crimen, quod ei obiicitur, in patronum retorqueret, adhuc ignoscendum ei esset, nec quidquam contra edictum facere videretur. *l. qui, cùm maior. 14. §. si libertus. de bon. lib.* Sibi enim debet imputare patronus, qui liberto eam necessitatem iniunxit.

15. PAVLVS libro 1. Quæstionum.

LIbertus aduersus patronum dedit libellum, non dissimulato se libertum esse eius. an si ad desiderium eius rescribatur, etiam edicti pœna remissa esse videtur? Respondi, non puto ad hunc casum edictum prætoris pertinere. neque enim qui libellum principi, vel præsidi dat, in ius vocare patronum videtur.

Ad l. Libertus aduersus patronum 15.

Ratio dubitandi. Eadem quæ ad *l. præced.* Ratio decidendi. Etsi per oblationem libelli actio instituatur, ex qua possit sequi & litis contestatio, & condemnatio. *tit. C. de libel. oblat. & Quand. lib. princ. obl. litis cont. fac.* tamen ad hunc casum edictum prætoris non pertinet, quia, qui libellum principi dat, vel præsidi, non ideo videtur aduersarium in ius vocare. Si quidem libelli oblatio nullam habet vim, & impressionem, quam habet in ius vocatio: & ex qua vi & impressione pendet tota ratio edicti. De in ius vocando. Sola enim illa est, quæ facit vt violetur reuerentia, quæ debetur personis edicto comprehensis.

16. IDEM lib. 2. Responsorum.

QVæsitum est, an tutor pupilli nomine patronam suam sine permissu prætoris vocare possit? Respondi eum de quo quæritur, pupilli nomine etiam in ius vocare patronam suam potuisse, sine permissu prætoris.

Ad l. Quæsitum est 16.

Ratio dubitandi. Non potest patronus vocari in ius sine venia, etiamsi non vocetur, nisi quasi tutor aut curator. *l. sed si hac lege. 10. §. vlt. h. titul.* Ergo neque poterit vocari per libertum, quamuis tutoris nomine agentem. Vtrumque enim casu fit iniuria patrono, qui per libertum obtorto collo in ius rapitur. Nam neque actionem famosam contra patronum instituere potest libertus, etiamsi sit tutor. *l. 1. C. si tutor non gess. l. 1. C. de obseq. præst.* Ratio decidendi. Alia ratio est liberti vocantis in ius patronum, qui alterius tutor aut curator est, alia verò liberti, qui tanquam tutor vocat in ius patronum. Primo casu libertus facit iniuriam patrono, violátque reuerentiam ei debitam, nec quidquam est, quod eum excusset: posteriore verò casu, excusatur officij necessitate, siue patronum in ius vocet, siue famosam actionem contra eum instituat. *l. tutorem. 22. de his. quæ vi indign. l. inter officium. 54. de rei vind.* Nec tam libertus ipse, quàm pupillus, cuius ipse tutor est, patronum vocare & rapere intelligitur. Planè si plures sint tutores, excusandus est libertus si patronum in ius vocare noluit, aut actionem famosam instituere contra eum, quia nec potuit: cùm necessitas officij nulla sit hoc casu. Potest enim curare: vt per alios contutores id fiat, siue sponte facere velint, siue cogente magistratu. Quod nisi cum effectu curet fieri, est sanè quod ei imputetur, eáque sententia & ratio est. *d. l. 1. C. si tut. non gess.*

a *Eum, de quo quæritur.* id est, qui solus tutor proponitur. Nam si contutorem haberet aliud esset, deberétque ab ea iniuria abstinere, quæ sit patrono per vacationem. *d. l. 1. C. si tutor non gesser.*

17. IDEM libro 1. Sententiarum.

EVm pro quo quis apud officium cauit, exhibere cogitur. ¶ Item eum qui apud acta exhibiturum se esse quem promisit, & si officio non caueat, ad exhibendum tamen non cogitur.

Ad l. eum pro quo 17.

Ratio dubitandi. Exhibere hominem facti est, & quidem alieni. Nemo autem cogendus est ad factum præsertim alienum. *l. stipulatio ista. 38. de verb. oblig.* sed si non faciat agendum est ad pecuniam, & ad id quod interest, etiam cùm vtilis fuit obligatio, *l. si quis ab alio. 13. §. fin. de re iud. l. stipulationes. 72. l. quoties. 81. de verb. oblig.* Ratio decidendi. Qui apud officium cauit pro alio, qui in ius vocabatur eum exhibere debet, aut pati condemnationem, quanti ex ea causa interierit aduersarij. Ne alio qui prætoris autoritatem videatur impunè contemnere, ex cuius iurisdictione fiebat vocatio. Nam qui vocatur in ius, vel ire debet, vel satis cautúmve dare *tot. tit. in ius vocat. vt eant.* Idem est si quis apud acta exhibiturum se promiserit, quamuis officio non cauerit, id est, iis qui apud officium sunt, vt recipianthuiusmodi cautiones: Sic apud Ciceron. 2. in Verrem. *Nonne erit necesse. C. Octauio iudici cogere P. Seruilium Q. Catulo fundum restituere, aut condemnare eum.* Itaque non cogitur quis præcisè ad exhibendum, sed sub exceptione, nisi malit præstare quanti interest. Non enim alienum factum promittit, sed suum, qui promittit se exhibiturum aliquem. *§. si quis alium. Instit. de inutil. stipulat.*

18. GAIVS lib. 1. ad legem duodecim Tabularum.

PLerique putauerunt nullum de domo sua in ius vocari licere: quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit: eúmque, qui inde in ius vocaret, vim inferre videri.

Ad l. Plerique putauerunt 18.

Ratio dubitandi. non facit vim, qui edicti perpetui ius exequitur, quia iuris executio neque vim habet, neque iniuriam. *l. si duorum. 42. de act. empt. l. iniuriarum. 13. §. 1. de iniur.* Atqui vocatio in ius fit edicto prætoris, *l. 2. 4. & pass. h. tit. §. omnium. Instit. de pœn. rem. litig.* nec edicti verba distinguunt, vnde quis in ius vocetur, ergo vim non facit etiam qui in ius aliquem ex domo vocat. Ratio decidendi. Quisquis alium in ius vocat, facit vim, sed licitam, quia permissum est rapere obtorto collo aduersarium, si velit obtendere, nec vltrò sequi vocantem. At eadem vis illicita est, si fiat ei, qui in domo sua est: quia inuitus extrahitur, quod non est permittendum. *l. sed & si is. 22. eod.* cùm domus sit tutissimum cuiusque refugium. Vbi enim licebit tutò esse, si non liceat domi? Etsi autem edicti verba non distinguunt, vnde quis vocetur in ius, ea tamen res non excludit iustam edicti interpretationem, quæ semper facienda est ex eo, quod probabiliter prætor sensit aut sentire debuit.

24. PAVLVS lib. 1. ad Edictum.

SAtisque pœnæ subire eum, si non defendatur, & latitet, certum est: quòd mittitur aduersarius in possessionem bonorum eius. ¶ Sed si aditum [a] ad se præstet, aut ex publico conspiciatur, rectè in ius vocari eum Iulianus ait.

Ad l. Satisque pœnæ 19.

Ratio dubitandi. Omnium actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, quæ est de in ius vocando. *§. omnium Instit. de pœn. temer. litig.* Ergo fieri non potest vt condemnetur is, qui in ius vocatus non est: quia nemo inauditus condemnatur. Atqui interest actoris, vt habeat aduersarium condemnatum. *l. minor. 40. de minor.* Nec debet latitatio rei impedire vocationem, cùm iudicium etiam in inuitum reddatur. *l. inter stipulantem. 83. §. 1. de verb. obl.* ac proinde etiam præparatoria iudicij. Ratio decidendi. Sola latitio, dummodo fraudandi causa fiat, sufficit sine condemnatione, vt actor mittatur in possessionem bonorum aduersarij, qui non defenditur, & vt postea bona illa distrahantur. *l. Fulcinius. 7. §. 1. & § latitare. & pas.* quibus ex causis in possessionem eatur. ideóque satis pœnæ subit is, qui non patitur se vocari in ius, si non defendatur. Nam si defendatur, licèt ea res impediat missionem in possessionem, & venditionem bonorum: tamen nihil interest actoris, qui æquè condemnationem laturus est, ac si aduersarium in ius vocasset.

a *Sed si alitum.* Ratio dubitandi. Parum est denuntiare ei, qui conspicitur ex publico, nisi possit etiam extrahi de domo sua, si sponte venire & sequi nolit. Atqui non potest extrahi de domo sua. *l. sed etsi. 21. eodem.* ergo frustra fiet hæc vocatio, quam tamen frustrà non fieri, pertinet ad autoritatem prætoris. Ratio decidendi. Permittitur hæc vocatio hactenus, vt denuntiatio fiat, nō etiam vt possit de domo extrahi; *l. 4. §. prætor. & §. toties de damno infecto. l. nemo. 103. de regu. iur.* quia denūtiatio & significatio nullam vim habet, vt nec citatio, quæ hodie fieri solet. Extractio autem vim haberet, vt & citatio, quę fit hodie in causis criminalibus, quam pragmatici vocant *adiournement de main mise*, ou *prise de corps.* nec inutilis est ea denunciatio, quamuis extractio non sequatur. Prodest enim ad hoc, ne possit reus vocationis ignorantiam prætendere, & vt possit pro contumace haberi, & condemnari. Quid enim refert, an quis vocatus in ius non ierit? an eo loco se teneat, vnde extrahi vocatus non possit?

20. GAIVS lib. 1. ad Leg. duodecim Tabularum.

SEd etiam à vinea, & balneo, & theatro nemo dubitat in ius vocari licere.

Ad l. Sed etiam à vinea 20.

Ratio dubitandi. Videtur etiam ei, qui à vinea, aut balneo, aut theatro in ius vocatur, cum iis omnibus locis cuique tutò esse liceat, tanquam in locis aut liberè publicis, aut domesticis.

Ratio decidendi. Non sunt loca, in quæ refugium aut receptaculum habere quis soleat, aut debeat, vt sit in tuto.

21. PAVLVS lib. 1. ad Edictum.

SEd & si is, qui domi est, interdum [b] vocari in ius potest: tamen de domo sua nemo extrahi debet.

Ad l. Sed & si is 21.

Ratio dubitandi. Qui in ius vocatur, si non vltrò sequatur ducentem, rapi potest & trahi in ius, vt dixi ad *legem secundum supra eodem.* Atqui si quis aditum ad se præstet, aut ex publico conspiciatur; rectè in ius vocatur. *l. satisque. 19. eod.* ergo & de domo sua extrahi poterit, si non veniat.

Ratio decidendi. Potest vocari in ius, sed non absolutè, sed hactenus, ne de domo sua extrahi possit. *l. nemo. 103. de regulis iuris.* sed vt, si de iure suo experiri volet, habeat facultatem, nec propter ignorantiam aliquo damno adficiatur. *d. l. 4. §. prætor. & §. toties. de damno infecto.* Nam etsi ex publico conspiceretur, adhuc tamen ei denuntiandum esset ad domum, proposito etiam libello ad ipsas ædes; vt sciatur an ita monitus aliquis pro eo defensor futurus sit. *d. §. prætor. & §. toties.*

b *Interdum.* id est, cùm aditum ad se præstat, & ex publico conspicitur. *l. satisque. 5. eo.*

22. GAIVS lib. 1. ad Leg. duodecim Tabularum.

NEque impuberes puellas, quæ alieno iuri subiectæ essent, in ius vocare permissum est.

Ad l. Neque impuberes 22.

Ratio dubitandi. Edicto prætoris nominatim excepta est puella, quæ nubit: ergo non ea quæ impubes. argum. *lege 1. de officio eius. lege ex eo, quod. 18. de testibus.* Nec enim nubit, aut nubere potest ea quæ impubes est. *Instit. de nuptiis. in principio. lege minorem. 4. de ritu nuptiarum.*

Ratio decidendi. Non fuit excepta puella impubes verbis edicti, quia satis eam excipit fauor ætatis, non dico sexus. Nam & fœmina in ius vocari potest, nisi sit mater vel patrona. *lege quarta. § primo & secundo. lege sed si hac lege. 1. §. liberos. supra. aut nisi nubat. lege secunda.* Imò etiam patrona, si libertus eam conueniat tanquam tutor. *lege quæ. 16. supra.* Nec quod prohibetur vocari ea, quæ nubit aliud quidquam ex eo inferre possis, nisi posse igitur vocari eam, quæ non nubit: scilicet si sit pubes, qualem oportet esse eam, quę nubit: vt exclusio vnius sit exclusio alterius cæteris paribus. Sed si fauendum fuit ætati, cur adiectum est, *quæ alieno iuri subiecta essent?* nimirum quia potest eo casu, quo puella impubes in potestate est, pater ipsius conueniri filiæ nomine: nec vlla necessitas est vocandi in ius puellam, quæ patrem habet, in cuius sit potestate. Nec aliud puto respondendum in puero impubere. ob idque facilè adducor, vt credam legendum hîc esse *personas* pro *puellas.*

Certum enim est impuberes, siue masculi sint, siue fœminæ in ius vocari non posse: Eumque ordinem à prætore seruari debere, quem præscribit Vlpianus in *l. hæc autem 5. §. 1. quib. ex causs. in poss. eat.* nisi malis, pro *impuberes* legere *puberes*: quod fortasse probabilius fuerit, vt sensus sit non solùm impuberes puellas in ius vocari non posse, quod certissimum est, sed neque puberes, si iuri subiectæ sint alieno: quia ciuilius est earum nomine patrem vocari, qui nimirum facilius eam iniuriam laturus est, quàm quæ fieret puellæ, si in ius raperetur: quod sanè alienum esset à publica honestate, & pudicitiæ dignitate. Nam & tutores & curatores vocari poterant, si non essent exceptis personis. *l. sed si hæc lege. 10. §. vlt. ff.* Quod si sint & puberes, & sui iuris non potest negari, quin vocari in ius possint, & debeant exceptis iis, quæ nubunt. *d. l. 2. §.* Neque enim aliter contra eam institui actio posset, ex solemni iudiciorum ritu. & hoc malo.

1 ¶ Qui in ius vocatus est, duobus casibus dimittendus [a] est: si quis eius personam defendet [b]: &, si, dum in ius venitur, de re transactum [c] fuerit.

Ad §. 1. Qui in ius vocatus est.

a *Dimittendus.* verbum accommodatum, quia qui in ius vocatur trahitur, & rapitur inuitus, vt dixi ad *l. libertus 15. & l. plerique. 18. eod. §.*

b *Defendet.* Ratio dubitandi. nemo cogitur mutare aduersarium. *l. j. & tot. tit. de alien. iud. mut. caus.* ergo nec dimittere eum, quem in ius vocat, etsi defensor aliquis existat. Ratio decidendi. Non mutatur aduersarius, cùm interuenit defensor, quia sententia contra defensorem lata potest mandari executioni contra eum, pro quo defensor alius fuit: sicut & contra ipsum defensorem. *l. 2. de adm. tutor. l. tutori. 7. quand. ex fact. tutor. l. 4. §. 1. de re iud.* Et quamuis non posset mandari executioni contra defensum, tamen nulla in eo esset captio actoris, quoniam defendere nihil aliud est, quàm eandem vicem, quam reus, subire: *l. minor. 51. §. 1. de procur.* Et cùm fieri possit, vt qui in ius vocatur sit non soluendo, ita vt inanis futura sit actio, quæ contra eum competit, & inutilis condemnatio. *l. nam is. 6. de dolo.* fieri tamen non potest, vt defensor non sit idoneus. Quandoquidem neque alius pro defensore admittitur, quàm qui inuitus cogi potest, vt iudicium patiatur. *l. neque fœmina. 54. de procurat.* neque alius, quàm qui satisfecerit iudicatum solui, etiamsi sit locupletissimus. *dict. l. minor. 51. cum duabus seqq.* quod diuersum est in eo, qui seipsum vult defendere. *lege hæc autem. 5. §. rectè defendi. quib. ex caus. in poss. eat.*

c *Transactum.* quid enim opus est vt vocatus in ius veniat, & iudicio se sistat post transactum negotium. *l. 2. si quis caut.* Ratio dubitandi. Statim atque prætoris autoritas & iurisdictio se interponit, vocato in ius aduersario, nihil videtur posse fieri inconsulto prætore ne ipsius maiestas neglecta videatur & priuatorum pactio iussui prætoris anteposita. *l. 1. §. inde quæritur vers. nec esse periculum. De oper. nou. nun.* Nec enim priuatorum pactiones legis, vel edicti auctoritate consentur. *l. vlt. de suis & legit.*

Ratio decidendi. Quid aliud agebat prætor, quàm hoc, vt controuersias litigatorum dirimeret? A quibus si sponte recesserunt, debebit hoc ratum habere, *d. §. inde quæritur. l. 3. §. sed si permiserit & & seq. quod vi aut clam. l. si cuius. 13. §. sed si inter alias. l. & §. equissimum.* De vsufr. Officium enim & propositum prætoris est lites dirimere & diminuere. *l. quidam existimauerunt. 22. de reb. cred.* Nam nec iudex aliud posset iudicare, quàm quod inter litigatores conuenisset. *lege si conuenerit. 26. de re iud.*

23. MARCIANVS lib. 3. Institutionum.

COmmunis libertus, licèt plurium sit, debet à prætore petere, vt ei liceat vel quemdam ex patronis in ius vocare, ne in pœnam incidat ex edicto prætoris.

Ad l. Communis libertus 23.

Ratio dubitandi. Edicto prætoris prohibetur, ne patronus à liberto suo in ius vocari possit. *l. 4. §. 1. ff.* Atqui non potest quis absolutè suum dicere, qui sit communis. *lege 5. §. 1. & 2. de legat. 1.* Id enim demum verè dicitur meum esse cuius nulla pars potest dici alterius. *lege rectè dicimus. 25. & l. licet inter. 58. §. 1. de verbor. signific.* nihil enim est in re communi, quod tam sit vnius ex sociis, vt non sit etiam alterius. *lege illud dubitationis est. 46. de rit. nupt.* & ideò, qui iurat quid suum non esse, adiicere debet, neque sibi commune esse. *lege pupillus. 239. §. fin. de verbor. signific.*

Ratio decidendi. Imò negari non potest libertum vnius esse, licèt sit, etiam alterius. *d. l. illud dubitationis. 46. l. si quis suos. 74. de leg. 3.* Absurdum enim esset dicere neutrius esse libertum, qui sit vtriusque. Plures enim in vno eodemque corpore dominium iuris intellectu, non diuisione corporis obtinent. *l. Mœuius. 66. §. duorum. de legat. 2.* Estque longè diuersa ratio illius, qui libertus est reipub. quem diximus posse impunè & sine venia in ius vocare singulos ciues. Ille enim nullius libertus est vt diximus ad *legem sed si hac lege. 10. §. qui manumissus. supra eodem.*

24. VLPIANVS

24. VLPIANVS lib. 5. ad Edictum.

IN eum, qui aduersus ea fecerit quinquaginta aureorum [a] iudicium datur. quod nec heredi [b], nec in heredem, nec vltra annum datur.

Ad l. In eum qui 24.

a *Quinquaginta aureorum.* vt in *l. si libertus. sup.* sed cur quinquaginta, nunquam maior, aut minor pro delicti grauitate? Est hoc iuris constituti, & pertinet ad *l. non omnium 20. de ll.*

b *Nec heredi.* Ratio dubitandi. Publicè interest maiestatem prætoris vindicari, etiam contra heredem, & post annum, ne impunè læsa videatur. Nec tempus modus est tollendæ obligationis. *l. obligationum. 44. §. placet. de oblig. & act. præsertim*, quæ ex delicto descendat: quod impunitum remanere nunquam debet. *l. si à reo. 70. §. vlt. de fideius.* Ratio decidendi. Actiones prætoriæ, & pœnales, nec heredi, nec in heredem, nec post annum dantur. *l. in honorariis. 35 de obligg. & act. vbi dicam.* Hæc autem est eiusmodi. Nec enim abest ei, qui aduersarium in ius vocauit, quidquam, cùm iterum vocare possit, & saluam habeat iuris sui persecutionem. Cùmque sit hæc mera pœna, darur etiam calumniatori. *arg. l. 5. §. 1. ne quis eum qui in ius.*

25. MODESTINVS lib. 1. de Pœnis.

SI sine venia edicti impetrata libertus patronum in ius vocauerit: ex querela patroni, vel supradictam pœnam, id est, quinquaginta aureos dat: vel à præfecto vrbi [c], quasi inofficiosus [d] castigatur, si inopia [e] dignoscitur laborare.

Ad l. Si sine venia 25.

Ratio dubitandi. Nulla edicto pœna statuta est alia, quàm pecuniaria & aureorum quinquaginta. *l. prox sup.* ergo alia nulla irrogari potest, cùm facti quidem quæstio sit in arbitrio iudicantis. Pœnæ verò persecutio non eius voluntati mandetur, sed legis autoritati reseruetur. *l. 1. §. 1. vers. quorum alterū in fi. ad. SC. Turpil.* Et si quæ pœnæ commutatio fieri posset, deberet fieri in molliorem & leniorem pœnam non grauiorem. *l. perspiciendum. 11 & l. interpretatione. 42. de pœn.* Pœna verò corporalis qualiscunque, est grauior, quàm pecuniaria, quæ maxima. *l. vlt. de plag. l. quid ergo. 13. §. penult. de his qui not. infam.* Ratio decidendi. Iniuria quæ fit patrono per vocationem in ius tanta est, vt nullo modo debeat manere impunita: Cùm, quo pauperior est libertus, tanto sit dignior qui castigetur, tanquam inofficiosus, si non non præstet debitam patrono reuerentiam. Ne alioqui prætextu & fiducia inopiæ suæ, possit impunè patronum lacessere contra. *l. si quis. 35. de iniur. l. 1. §. vlt. de pœn.*

c *Præfecto vrbi.* Quia prætor non habuit merum imperium, id est, ius animaduertendi, sed præfectus vrbi. *d. l. 1. §. vlt. de pœnis. l. 1. §. solent. & §. cùm patronus. de off. præfect. vrb.* Vnde est quod in *l. si quis. 35. de iniur.* pro *prætor.* legendum est *præf.* vt docui superius.

d *Quasi inofficiosus.* Ergo non ex hoc edicto, nec propter pœnam edicti, sed quia inofficiosus fuit, & ingratus libertus, qui patronum obtorto collo rapuit in ius, vel sequi coegit, ne raperetur, ni sequeretur. Itaque abutuntur pernicioſissimè hoc loco, qui inferunt eum qui non habet in ære, debere fuere in corpore: quod & falsum & iniquum est, cùm pecuniaria tantùm pœna constituta est legibus, & per sententiam iudicis irrogata. Quæ enim semel certa constituta est, nũquam potest commutari vel augeri, sed contra debet remitti. *l. fin. in fin. C. de mod. mulct. l. illicitas. 6. in fin. de off. præs.* Planè vbi esse deberet pecuniaria, quam proinde posset ob inopiam suam eludere is, qui condemnandus necdum condemnatus est, potest corporalis infligi ei, qui fiducia inopiæ deliquit. vt in *d. l. 35. de iniur. l. 4. C. de seru. fug. l. 1, §. vlt. de pœn l. si quis id. 7. §. 3. de iurisd.* Nam si alius, quàm libertus contra hoc edictum fecerit, putà in ius vocauerit, sine venia puellam, quæ nubebat, nec habeat vnde pœnam pecuniariam possit soluere, non erit ad præfectum vrbi remittendus, vt castigetur, quia nec inofficiosus dici potest.

e *Inopia.* Ratio dubitandi. Digna est inopia quæ ius dicentem moueat potius ad misericordiam, cùm excusationem plerunque iustam pariat. *l. si procuratorem. 8. §. si ignorantes. in fin. mandat.* & pœnæ etiam irrogatæ moderationem. *l. vlt. in fin. C. de mod. mulct. l. 6. §. vlt. de off. præs.* Adeóque faciat, vt actio, quæ contra inopem competit, in alium sit transferenda. *l. & eleganter. 7. §. si quadrupes. de dol. l. qui occidit. 30. §. 1. ad l. Aquil.* Ratio decidendi. Non castigatur quia sit inops; nec ob id solùm quòd pœnam edicti pecuniariam non possit soluere, sed etiam ob id maximè, quòd fuerit erga patronum inofficiosus, tantúmque oblitus beneficium, rediit ad nequitiam seruilis ingenij: vt ait *l. 3. C. de libert. & eor. lib.*

SI QVIS IN IVS VOCATVS NON IERIT: SIVE QVIS EVM VOCAVERIT, QVEM EX Edicto non debuerit.

TITVLVS V.

VLPIANVS lib. 1. ad Edictum.

SI quis in ius vocatus fideiussorem dederit in iudicio sistendi causa, non suppositum iurisdictioni illius ad quem vocatur: pro non dato fideiussor habetur, nisi suo priuilegio [a] specialiter renuntiauerit.

Ad Tit. V. Si quis in ius vocatus non ier.

Ad l. primam.

Ratio dubitandi. Fideiussor, licèt non sit suppositus iurisdictioni illius ad quem vocabatur is pro quo fideiussit, potest tamen apud suum iudicem conueniri, & condemnari. Præscriptio enim fori non eximit debitorem ab obligatione, sed tantùm ne possit apud eum magistratum, à quo declinat, vrgeri. *l. si fideiussor. 7. qui satisd. cog. l. vlt. C. de except.* nec quicquam verat debitorem in vno loco, fideiussorem verò in alio conueniri. *l. centum capuæ. 8. de eo quod cert. loc.* Ergo non potest hic fideiussor haberi pro non dato. Ratio decidendi. Fieret iniuria ei cuius est iurisdictio, ad quam vocatur reus si permitteretur ei, vt daret fideiussorem, qui esset ex aliena iurisdictione, quia non posset eadem iurisdictione cogi ad præstandum, quod promisisset. *l. vlt. de iurisd. l. 1. §. vlt. quod quisque iur. l. si quis filio. 6. §. quid si quis. de iniust. rupt.* Et ideò, licèt actor eum acceperit, prætor tamen eum habet pro non dato, quia inspiciendum est non tantùm, quid interfit actoris, sed etiam quid prætoris, ad cuius dignitatem & iurisdictionem hæc res pertinet. *l. si quis ex aliena. 5 de iudic.*

a *Nisi suo priuilegio.* Non enim habet prætor fideiussorem pro idoneo, quandiu habet fori præscriptionem. *d. l. si fideiussor. 7. qui satisd. cog.* cùm fideiussor æstimetur idoneus, & iocuples, non tantùm ex facultatibus, sed etiam ex conueniendi facilitate. *l. 2. in princ. eod.*

b *Renunciauerit.* Ratio dubitandi. Priuatorum consensus formam iurisdictionis mutare non potest. *l. nec ex prætorio. 27. l. neque pignus. 45 §. 1. de reg. iur. l. ius publicum. 38. l. inter debitorem. 42. de pactis.* nec legum autoritate censeri. *l. vlt. de ius & legit.* Ratio decidendi. Non mutat formam iurisdictionis qui renuntiat præscriptioni fori. *d. l. si fideiussor. 7. qui satisd. cogant. l. pen. C. de pact.* quia præscriptio fori non competit, nisi ei, qui sit suppositus ordinariæ iurisdictioni. *l. 4. C. de iurisd.* Sed nec ille, qui cùm sit extra iurisdictione prorogat iurisdictionem alterius magistratus, vt hic. *l. 1. & 2 de iudic.* secus si iurisdictionem aliquam velit ei dare, qui nullam habeat. Hoc enim non est Hominis priuati, sed legis. *l. 3. eod.* dixi *ad l. est receptam. 14. §. de iurisd.* Mihi tamen valde suspectus est totus hic versus *nisi suo priuilegio specialiter renunciauerit*: siue Tribonianus, siue imperito interpreti eum tribuere velis: non enim potest priuilegio locus esse in persona illius, qui non est suppositus iurisdictioni, sed in persona tantùm eius, qui suppositus est: quique, si priuilegio non vteretur, non posset incompetentem dicere iurisdictionem. Nec sanè potest haberi pro non dato fideiussor, qui ex eadem iurisdictione est, licèt habeat fori præscriptionem: cùm possit vtiliter conueniri, siue non vtatur exceptione, quòd vel nolit, vel non possit propter renuntiationem: siue prædictum ei sit non vsurum eum priuilegio, si conueniatur vt in *d. l. si fideiussor. 7. qui satisd. cogant.* sed etsi salua ei sit fori præscriptio, imputari potest actori cur talem admiserit, & satis factum est prætori, si in ius vocari possit, quamuis habiturus sit fori præscriptionem, cùm ea præscriptio iurisdictionem confirmet potiùs, quàm eludat.

2. PAVLVS lib. 1. ad Edictum.

EX quacunque causa ad prætorem: vel alios, qui iurisdictioni præsunt [c], in ius vocatus venire debet: vt hoc ipsum sciatur, aut iurisdictio eius sit.

Ad l. 2. Ex quacunque causa.

Ratio dubitandi. Extra territorium suum ius dicenti impunè non paretur. *l. vlt. de iurisdict.* nec potest vires vllas habere vocatio facta ex auctoritate illius, qui nullam habuit iurisdictionem. *l. 1. §. vlt. quod quisque iur.* Quod si malè vocat, qui vocat, non delinquit qui non venit. arg. *l. 1. §. vltim. ff. ne quis eum.* Ratio decidendi. Prætoris est, aut alterius magistratus cuiuslibet, ad quem quis vocatur, æstimare an sua sit iurisdictio: vocati autem non contemnere auctoritatem magistratus. *l. si quis ex aliena. 5. ff. de iudic.* Nec verendum est, ne iurisdictionem alioqui incompetentem agnouisse & prorogasse videatur is, qui venit, vt eam postea declinare non possit. Neque enim ob id prohibebitur declinare iurisdictionem, & obiicere incompetentiam, si modò id faciat ab initio, & ante litem contestatam. *l. vltim. Cod. de except l. 4. Cod. de iurisd.* Quinimò etiamsi iudex sit competens, sed tamen cuius iurisdictionem subire non cogatur reus, propter aliquod priuilegium fori non ob id quod venerit, amittit priuilegium. Venit enim vt suum priuilegium allegaret. *d. l. si quis ex aliena. 5. de iudic.* Quanquam multò facilius est priuilegium amittere, quàm iurisdictionem prorogare.

Priuilegium fori amittitur, si ab initio statim non obiiciatur. Iurisdictio non prorogatur, nisi in iudicem incompetentem expressim consentiatur. *l. 1. & 2. eod.*

c *Qui iurisdictioni præsunt.* Nam si constaret vocatum quem in ius fuisse ex autoritate eius, qui nullam haberet iurisdictionem, posset vocatus impunè non venire. Quod praxis nostra protraxit etiam ad eum casum, quo quis vocatus sit ad iurisdictionem magistratus iurisdictionem quidem habentis, sed euidenter incompetentem: Quod parum interfit an quis nullam prorsus, an euidenter incompetentem iurisdictionem habeat. *d. l. 1. §. vlt. quod quisque iur. l. si quis filio 6. §. quid si quis. de iniust. rup.*

1 ¶ Si quis in ius vocatus non ierit, ex causa [d] à competenti iudice [e] multa pro iurisdictione iudicis [f] damnabitur. rusticitati enim hominis parcendum erit. ¶ Item si nihil interfit [g] actoris, eo tempore in ius aduersarium venisse, remittit Prætor pœnam: putà, quia feriatus dies fuit.

Ad §. 1. Si quis in ius vocatus.

d *Ex causa.* Id est, Causa cognita, non semper, nec omni causa. Interdum enim rusticitati hominis parcendum erit, qui nescierit, quid, quantúmve sit contemnere autoritatem magistratus. Interdum etiam remittenda erit in totum pœna, vt putà, si nihil interfit actoris. Ratio dubitandi. Omni casu delinquit, & contemnit autoritatem Prætoris ille, qui qui in ius vocatus non venit. *l. si quis ex aliena 5. de iudic.* Ergo omni casu condemnandus est. Ratio decidendi. Rusticitas interdum veniam meretur, quia imperitiam adnexam habet, & excusat à dolo. *l. si quis id 7. §. doli. sup. de iurisd.*

e *A competenti iudice.* Non qui habeat iurisdictionem competentem in illa causa, sed qui & iurisdictionem aliquam habeat, & ius dicendæ mulctæ. Nec enim omnes habent, vt putà duumviri, & magistratus municipales. *l. vnic. sup. si quis ius dicent.* Sicque accipiendum esse hunc locum, apparet ex *princip. legis.*

f *Pro iurisdictione iudicis.* Id est, quatenus dicendæ mulctę ius magistratus habet. Alius enim maiorem, alius minorem irrogare potest. *l. vltim. Cod. de mod. mulct.* Porrò mulcta nunquam nisi pecuniaria est, in eóque differt à pœna, itémque in aliis de quibus in *l. aliud fraus 131. §. 1. & l. si qua pœna 244. de verb. signific.* vbi dicitur, quod ad hunc locum maximè pertinet mulctam in arbitrio dicentis positam esse, nec certa vlla quantitate legibus concludi. Quod tamen hodie abrogatum est per *d. l. vlt. Cod. de mod. mulct.* quæ certum modum mulctis constituit.

g *Item si nihil interfit.* Ratio dubitandi. Cùm pœna debetur, non est quærendum an, aut quantum interfit. *l. 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. alteri. de verb. oblig.* Ratio decidendi. id procedit in pœnis conuentionalibus, in quibus de illo tantùm quæri oportet, quænam sit quantitas & conditio stipulationis. Aliud est in pœna irroganda ex edicto prætoris. Eius enim moderandæ arbitrium est penes prætorem, qui, quoties æquitas permittit, facilè pœnam remittit. Æquitas autem magna facit pro reo, cùm nihil interest actoris, putà, quòd feriatus dies fuit, quo non nisi frustra quis in ius venisset. Non tamen semper idem obseruat prætor. Nam plerumque irrogat pœnam, tametsi nil interfit actoris, fortasse calumniatoris, vt in specie. *d. l. vnic. si quis ius dicent. l. si per alium 5. §. 1. infr. ne quis eum.* Nempe, quòd iis casibus, id est, siue ius dicenti non obtemperetur, siue qui in ius vocabatur vi eximatur, longè grauius violetur autoritas prætoris, quæ proinde seueriùs etiam, & omnimodo vindicanda est.

3. VLPIANVS libro 47. ad Sabinum.

CVm quis in iudicio sisti promiserit, neque adiecerit pœnam [h], si status non esset: incerti [i] cum eo agendum esse in id quod interest, verissimum est. & ita Celsus quoque scribit.

Ad l. Cùm quis in iudicio 3.

Hæc lex non pertinet ad hunc tit. sed potiùs ad illum. *Qui satisd. cogant. & sequentes* in quibus agitur de promissione in iudicio sistendi. Hic enim titulus, vt & duo sequentes, & præcedentes, ad eum spectant qui ius dicentem offendit, & qui in ius vocatus fuit, non ad eum qui iudicio sistere & ad iudicem venire noluit. *l. 3. §. 1. ne quis eum.* Ius est locus, in quo prætor, aliúsve magistratus ius dicit. *l. pen. de iustit. & iur.* Iudicium verò locus, in quo iudicatur à pedaneo iudice dato.

h *Neque adiecerit pœnam.* Ratio dubitandi. Quidquid adstringendæ obligationis est, id nisi palàm verbis exprimatur omissum intelligendum est. *l. quidquid astringendæ 99. de verb. oblig.* Atqui nihil fuit hîc dictum de præstando eo, quod actoris interesset. Ergo non potest reus ex stipulatione ad id quod interest conueniri. Ratio decidendi. Qui promittit se iudicio stiturum, promittit factum. In obligationibus autem faciendis, si non fiat, quod conuenit, succedit obligatio & præstatio eius quod interest. *l. stipulationes 72. l. quoties 81. de verb. oblig. l. si quis ab alio. 13. de re iud.* quoniam præcisè cogi ad factum nemo potest, quando nec id fieri posset sine vi & impressione, quam semper exosam habet legislator, vtpote quæ ciuis romani libertatem imminuat. *l. 4. de stat. hom.*

i *Incerti.* Quia ad rem incertam, id est, ad id quod interest. Quatenus enim cuiusque interfit, in facto, non in iure consistit. *l. quatenus 24. de reg. iur.* ideóque incertum semper est, plerunque inopia probationum ad exiguam summam deducitur. *l. vl. de præstipulat. l. diem proferre 27. §. vlt. cum l. seq. de recept. qui arbitr.*

IN IVS VOCATI VT EANT, AVT SATIS, VEL CAVTVM DENT.

TITVL. VI.

PAVLVS lib. 1. ad Edictum.

EDICTO cauetur, vt fideiussor [a] iudicio sistendi causa datus, pro rei qualitate locuples [b] detur: exceptis necessariis personis [c]. ibi enim qualemcunque accipi iubet: veluti pro parente, patrono.

Ad Tit. V l. In ius vocat vt eant.

Hic titulus malè acceptus est à Triboniano, à quo fuit accommodatus ad promissiones iudicio sistendi causa factas, cùm tamen hæc pars edicti ad eos pertineat, qui in ius & ad prætorem, non ad eos, qui in iudicium, & ad iudicem vocantur. Id enim agebat prætor, vt qui in ius vocabatur, si non satisdaret, cogeretur sequi, aut inuitus traheretur & raperetur: si satisdaret, dimitteretur: quemadmodum si quis pro eo defensor existeret, aut si de negotio inter eundem transactum esset. *l. neque impuberes 22. §. 1 sup. de in ius voc.*

a *Vt fideiussor.* Ratio dubitandi. Hæc satisdatio necessaria est, & ex edicto ei iniungitur, qui nulla sua promissione obligatus est ad fideiussores dandos, quos locupletes & idoneos inuenire plerunque difficile est, præsertim inopi homini. *l. sacram 33. §. præterea. C. de episc. & cleric.* semper verò durum homini locupleti, honesto & bene probato, *l. testamento 17. §. non omnimodo de testam tutel.* Ergo dignus est, qui in ius vocatur, cui succurratur, vt qualemcunque fideiussorem dando audiatur. *l. si fideiussor 7. in princ. & §. 1. qui satisd. cog.* Ne dum executoris pertinax & auara proteruitas extraneos & idoneos fideiussores flagitat, multiplex innoxiæ paupertati infligatur incommodum *d. §. præterea.* Ratio decidendi. Succurritur quidem ei, qui dat fideiussorem quarenus potest ita succurri, vt res sit in tuto actori, vt *d. l. si fideiussor 7. in pr. & §. 1.* At non est in tuto, si non locuples fideiussor detur, quia nulla est actio, quam debitoris eludi inopia. *l. nam is nullam. 6. de dolo.* Nec vlla in eo sit iniuria satisdanti, qui scilicet non cogitur præcisè ad satisdationem, sed ita demum si non malit in ius venire. Denique hæc satisdatio non tam in obligatione, quàm in præstatione est, ideóque videtur voluntaria, si reus in ea causa sit, vt nihil impediat, quominùs venire in ius possit. *d. l. si fideiussor 7. qui satisd. cogant.*

b *Locuples.* Quis locuples sit docet Vlp. in *l. 2. in princip. qui satisd. cogant.*

c *Exceptis necessariis personis.* Ratio dubitandi. Nemo fideiussorem non idoneum admittere cogitur. *l. si ab arbitrio 10. inf. qui satisd. cogant. l. 1. §. item quæritur. de separ. l. 3. in fin. de fideiuss.* Parum enim refert an fideiussor nullus detur, aut offeratur, an is qui non sit idoneus. sicut nec an nullomodo cautum sit, an vitiosè. *l. quotiens 6. qui satisd. cog. l. 4. §. addici. de fideic. lib. l. si mandatu 59. §. fin. mand.* Ratio decidendi. Fauor personarum hoc facit, quæ cùm sint necessariæ & coniunctę, merentur hunc honorem, vt qualemcunque fideiussorem dando liberentur, vt parens & patronus. Nam & filius emancipatus, & libertus boni consulere debent, quod veniam impetrauerint vocandi in ius personas istas, quibus tanta debetur reuerentia, & quas sine venia vocare non potuissent. Etsi verba edicti, quo ita constitutum est non ad eos parentes, patronósve pertinent, qui in ius vocantur, sed ad eos, qui in iudicium, vt constat ex *l. 2. §. prætor ait infr. qui satisd. cog.*

2. CALLISTRATVS lib. 1. ad Edictum monitorium.

ITem pro patrona, liberísve suis, vel vxore, nurúve. tunc enim qualiscunque fideiussor accipi iubetur: & in eum, qui non acceperit, cùm sciret eam necessitudinem personarum, quinquaginta aureorum [d] iudicium competit.

Ad l. Item pro patrona 2.

Ratio dubitandi. & decidendi. eadem quæ ad leg. præced.

d *Quinquaginta aureorum.* Quæ pœna etiam est filij parentem, aut liberti patronum sine venia in ius vocantis. *l. vlt. sup. de in ius voc.* Par enim delictum est, veniam non impetrare, & abuti impetrata. Ideóque parem pœnam constitui æquum fuit.

3. PAVLVS lib. 4. ad Edictum.

QVoniam pro locuplete accipitur fideiussor in necessariis personis.

Ad l. Quoniam pro locuplete 3.

Ratio dubitandi. Locupletem fideiussorem facit copia facultatum, & facilitas conueniendi, non voluntas, aut conditio satisdantis, etiam qui locupletissimus sit. *l. 2. in pr. qui satisd. cog. l. minor 51. §. vlt cum duab. seqq. de procurat.* Ratio decidendi. Non est hic re vera locuples, si non omnino sit soluendo, sed tamé pro locuplete habetur propter fauorem personæ, à qua haberet actionem iniuriarum is, qui fideiussorem euidentissimè locupletem dedisset *l. si verò 5. §. 1. quę satisd. cog.* Non habetur tamen hic pro locuplete, nisi quantùm ad facultates. *l. 2. §. pen. qui satisd. cog.*

4. VLPIANVS lib. 58. ad Edictum.

QVi duos homines in iudicio sisti promisit si alterum exhibet, alterum non: ex promissione non videtur eos stitisse, cùm alter eorum sit exhibitus.

Ad l. Qui duos homines 4.

Ratio dubitandi. Tot sunt stipulationes quot sunt res *l. scire debemus 29. de verb. obli.* Tot ergo hîc promissiones, quot sunt serui. Et consequenter, qui vnum stetit, saltem quod ad eum pertinet, non potest ex ea stipulatione siue ad pœnam, si qua promissa sit, siue ad id quod interest conueniri. Nec enim potest induidua dici stipulatio, quæ non vnà est, sed duplex. Ratio decidendi. Vnicum factum est, & vnica promissio, & consequenter indiuidua duos sistendi, quoties vna fuit actio, propter quam ijambo in ius vocabantur, ita vt non sint nisi vnius loco. Verum enim est duos non esse exhibitos, cùm alter tantùm exhibitus fuit, atque ita commissam esse stipulationem, ac proinde commissam pœnam ipso iure in totum. *l. si seruus 9. §. 1. si quis caution.* vbi tamen additur si pro rata eius, qui status non fuit, offeratur pœna, exceptione doli vsurum eum, qui ex stipulatione in solidum conuenitur. Quod multò magis locum habere debet, si non ad pœnam conuenatur, sed ad id quod interest: quia facilius est vt diuidatur stipulatio ratione eius, quod interest, quàm ratione pœnæ. *l 2. §. vlt. l. 4. §. 1. in fi. l. 5. l. stipulationes 72. de verb. oblig. l. si procurator 18. rem rat. hab. l. heredes eius 25. §. idem iuris 13. fam. ercisc. und. l. Lucius Titius 47. de act. empt.*

NE QVIS EVM QVI IN IVS VOCABITVR, VI EXIMAT.

TITVLVS VII.

VLPIANVS lib. 5. ad Edictum.

HOc edictum prætor proposuit, vt metu pœnę compesceret eos, qui in ius vocatos vi eripiunt.

Ad Tit. V II. Ne quis eum in ius vocatus est vi eximat.

Ad l. Hoc edictum 1.

Ratio dubitandi. Qui in ius vocatus non venit, siue ab alio vi exemptus sit, siue seipsum exemerit, si postea non veniat, purgétque contumaciam, perinde condemnari potest, ac si venisset, saltem peracto edictorum ordine de quo in *l. ad peremptorium 68. cum 5. seqq. de iudic.* quia contumacia pro præsentia est. *Auth. qua in prouincia vers. sed si nec ipse C. vbi de crim. agi oportet.* Ergo nihil interest actoris, si quando reus vi eximatur. Ei porro, cuius nihil interest, actio dãda non est. *l. 3. l. stipulatio ista 38. §. alteri. de verb. oblig.* Ratio decidendi. Edictum hoc est pœnale, & fauet etiam calumniatori. *l. 5. §. 1. hoc tit.* Optima ratione, vt prætor, metu pœnæ compesceret eos, qui in ius vocatos vi eripiunt. Nam cùm ferendum nunquam sit, vt vis impunè fiat, multò minus, ferre prætor debet, vt autoritas sua violetur. Ideóque etiamsi in aliis quibusdam partibus edicti remittatur pœna, cùm nihil interest actoris. *l. 2. in fin. sup. tit. 1.* in hac tamen non remittitur, quia delictum hoc longè grauius est, cùm in faciendo consistat, illud verò de quo superiorè titulo, in non faciendo.

1 ¶ Denique Pomponius scribit, serui quoque nomine noxale iudicium reddendum: nisi sciente domino id fecit: tunc enim sine noxæ deditione [a] iudicium suscipiet.

Ad §. 1 Denique Pomponius.

Ratio dubitandi. Serui pro nullis habentur, etiam iure prætorio, adeóque nec extra ordinem computantur. *l. nullo modo 7. ad leg. Corne. de falsi.* Ergo non possunt conuenire seruo verba illa edicti huius. *Ne quis.* Sicut neque hoc edicto tenetur is, qui seruum in ius vocatum vi eximit: qui in seruo propter eandem rationem verificari non possunt alia illa verba edicti, *eum qui*: cùm seruus, qui nullus est in ius vocari non possit. *l. 3. §.* Ratio decidendi. Seruus, cùm delinquit, non habetur pro nullo, cùm delinquere sit facti non iuris. Eorum autem, quæ facti sunt, capaces sint serui, perinde ac cæteri. *l. qui heredi 44. de condic. & dem. l. nec seruus 41. de pecul.* In factis enim nihil, nisi naturam ipsam, & rei veritatem spectamus. Alioqui nec ob delictum vllum condemnari seruus posset, eo prætextu, quòd pro nullo habeatur, quod esset ridiculum. Alia igitur est causa serui, qui in ius vocatur, alia serui, qui in ius vocatum vi eximit. Hic delinquit, & ideò pro aliquo habetur. Ille non delinquit, & ideò habetur pro nullo.

a *Sine noxæ deditione.* Id est, in solidum. Dominus enim facultatem noxæ dedendæ à lege accipit, & noxæ deditio in solutione tantùm, non etiam in obligatione est. *l. miles 6. §. 1. de re iudic.* In solidum itaque tenetur dominus, quoties in eum datur iudicium purum, & sine noxæ deditione. Ratio dubitandi. Iniquum est dominum ex serui maleficio teneri supra quàm sit ipse seruus. *l. 2. de noxal. act. §. summa autem Inst. eod.* Ratio decidendi. Non ex solo delicto serui tenetur dominus, qui scivit, nec prohibuit, sed etiam ex proprio. Crimen enim est, si quis non prohibeat alium delinquere, cùm possit. *l. culpa caret 50. & l. nullum crimen 109. de reg. iur. cùm simil.* Scientia autem domini, quomodo hîc accipi debeat, dicemus ad *l. 3 de noxal. action.*

2 ¶ Ofilius putat locum huic edicto non esse, si persona, quæ in ius vocari non potuit, exempta est: veluti parens, & patronus, ceteræque personæ. quæ sententia mihi videtur verior. & sanè si deliquit, qui vocat: non deliquit, qui exemit.

Ad §. 2 Ofilius putat.

Ratio dubitandi. Edicti verba non distinguunt; Ergo nos distinguere debemus *vulg. l. de pretio 8. de public. in rem act. l. in fraudem 15. in fin. de test. milit.* Ratio decidendi. Nihil facit contra edictum, neque contra prætoris autoritatem ille, qui vi eximit eum, quem alius contra edictum ipsum prætoris in ius vocabat. Nec delinquit qui eximit, si delinquit qui vocat. Replicabis, Non esse singulis concedendum, vt faciant priuata autoritate, quod per magistratum publicè fieri possit: ne occasio maioris tumultus detur, *l. non est singulis 176. de reg. iur.* Nã & inde est, quòd si prædo, qui dominum vi deiecerat, postea quoq; vi deiectus sit, etiã ab ipso domino, restitui debeat ex edicto, & habeat interdictũ etiam contra dominũ, si modò ex interuallo deiectus sit. *l. 3. §. etĩ igitur l. qui possessionem 17. vnde vi.* Resp. per vocationem in ius fieri vim & iniuriã ciui Romano, quæ iniuria illicita est, nisi quatenus sit permittente prætore, & ex ipsius dicto. Quoties ergo vocatur quis in ius contra edictum posse iniuriam illam à quocunque non quidem vindicari, vbi facta est, sed ab initio prohiberi, ne fiat, & in ipsa vocatione. Quo tempore nec prætoris autoritas præstò semper est ad iniuriam arcendam, quam ille ipse edicto suo fieri prohibuit.

2. PAVLVS lib. 4. ad Edictum.

NAm cùm vterque contra edictum faciat: & libertus, qui patronum vocat: & is, qui patronum vi eximat: deteriore tamen loco libertus est, qui in simili delicto petitoris partes sustinet. Eadem æquitas est in eo, qui aliò, quàm quò debuerat[b] in ius vocabatur. Sed & fortiùs[c] dicendum est non videri vi eximi eum, cui sit ius ibi non conueniri.

Ad l. Nam cùm vterque 2.

Ratio dubitandi. Nemo excusandus est à delicto ob id solùm, quòd alius deliquerit, cùm innocentia excusare se quisque debeat, non criminum relatione *l. si quis reus. 5. de public. iud. l. 1. l. neganda. C. de his qui accus. non poss.* Et quamuis dici soleat paria delicta tolli mutua compensatione, cùm circa eandem ipsam rem vtrinque peccatum est, *l. viro. 29. l. cùm mulier. 47. solut. matr. l. vlt. §. pen. de eo per quem fact. erit.* id tamen non obtinet nisi inter eos qui deliquerunt, non quantùm ad vindictam publicam, ad quam maximè pertinet, vt quò plura delicta sunt, eò grauiùs & seueriùs in singulos delinquentes vindicentur, ne remaneant impunita. *l. ita vulneratus. 51. ad fin. insr. ad leg. Aquil. l. si à reo. 70. §. vltim. de fideiuss. l. per omnes. 6. de defens. ciuit.* Ratio decidendi, petenda est ex iis, quæ diximus ad finem legis præced. Itémque ex eo, quòd huius edicti pœna licèt publicam vindictam coutineat, tamen solius actoris commodo cedit, quem porrò æquum non est lucrum sentire ex eo facto, quod primus ipse contra edictum admiserit. Præsertim cùm sustineat partes petitoris, vt lex ait, In pari verò causa semper durior sit conditio petitoris. *l. 3. l. penult. de condic. ob turp. caus. l. 2. C. eod. l. si priusquam. 15. in fin. de oper. noui nunc.*

b *Aliò, quàm quò debuerat.* Ratio dubitandi. Etiam qui ex aliena iurisdictione in ius vocatur venire debet, vt hoc ipsum sciatur, cuius sit iurisdictio. *l. 2. sup. si quis in ius voc. non ier. l. si quis ex aliena 5. de iudic.* Ergo delinquit etiam ille, qui ex aliena iurisdictione vocatum vi eximit. Ratio decidendi. Incompetentia iurisdictionis non excusat vocatum, quin venire in ius debeat, ne videatur contemnere iurisdictionem eius, ad quem vocatur; & quoniam aliter scire non posset cuius sit iurisdictio. Sed excusat tamen eum, qui vi eximit, Non quidem, ne delinquat: sed ne pœnam contra eum persequi possit is, qui vocabat, quoniam & ipse deliquit, & quidem prior cùm iurisdictionem, quæ sola competens erat, neglexit. Vnde est, quòd si postea constet alterius fuisse iurisdictionem, condẽnandus iste est in litis impensas, & viatica, in pœnam temerariæ vocationis. *l. eum, quem temerè. 79. de iudic.* Eadem igitur ratio hîc locum habet, quæ in specie præcedente, quòd paria delicta mutua compensatione dissoluuntur. Nam & ex postfacto apparet nullam fuisse vocationem, in ius, quippe, quæ facta sit ex autoritate incompetentis, & nullius iurisdictionis. Huc pertinet vetus illud verbum. Multùm refert quà, sed magis quò.

c *Sed & fortiùs.* Ratio dubitandi. Non deficit iurisdictio ordinaria, quoties ad eam declinandam allegatio priuilegij necessaria est. Priuilegium enim præsupponit ordinariam iurisdictionem. *l. si fideiuss. 7. insr. tit. 1. l. pen. C. de pact.* Ergo delinquit omnimodo & violat iurisdictionem prætoris ille, qui vi eximit eum, quem alius vocabat in ius ad prætorem licèt qui vocatur habeat priuilegium. Ratio dec. Priuilegiũ nõ tollit quidem ius ipsum iurisdictionis sed

sed vim & potestatem ipsius impedit, ita vt nõ minor iniuria fieri videatur ei, qui contra priuilegium suum in ius vocatur, quàm si ex aliena iurisdictione vocaretur. Priuilegiũ enim priuata lex est, quæ sicut specialior, ita potentior est iure communi. Itaq. delinquit quidem is, qui sic vocatum, vi eximit, quia non debuit contemnere magistratum, ex cuius autoritate fiebat vocatio, sed nullam patitur pœnam, quia cederet ea pœna lucro actoris, qui & ipse deliquit. Aliud ergo esset hodie, quandoquidem procuratoribus & aduocatis Principis, tanquam publicis accusatoribus constitutis, pœna, quæ actori non posset applicari, esset applicanda fisco. Ex iis quæ dixi ad *princip. huius legis.*

5. VLPIANVS libro 5 ad Edictum.

QVod si seruum quis exemit in ius vocatum, Pedius putat cessare edictum: quoniam non fuit persona, quæ in ius vocari potuit. quid ergo? ad exhibendum [a] erit agendum.

Ad l. Quòd si seruum. 3.

Ratio dubitandi. Verba edicti concepta sunt, in factum. Nam vocatio in ius facti est: Eorum autem quæ facti sunt capaces sunt serui, vt diximus ad *§. 1. l. 1. sup.* Cùm ergo verùm sit seruo quoque vi exempto, exemptum vi esse illum, qui in ius vocabatur, consequens est, vt edicto locus esse debeat. Ratio decidendi. Verba edicti sic accipienda sunt, vt supponantur termini habiles, id est, persona, quæ in ius vocabatur vocari potuerit. Non dico debuerit, sed potuerit, quod de seruo dici non potest, qui cùm iuri etiam prætorio sit incognitus. *l. nullomodo. 7. de fals. l. quod attinet. 32. de reg. iur.* in ius vocari nullomodo potest.

a *Ad exhibendum.* Datur enim actio illa omnibus quorum ex iusta & honesta causa interest, & aduersus omnes, qui exhibendæ restituendæ rei habent facultatem. *l. 3. §. sciendum & pass. ad exhib.*

1 ¶ Si quis ad pedaneum iudicem vocatum quem eximat, pœna eius edicti cessabit.

Ad §. Si quis ad pedaneum. 1.

Ratio dubitandi. Iudex pedaneus ille est, qui datur à prætore vt de facto cognoscat inter litigatores, & pronunciet. *tot tit. de iudic. l. 2. & tot. tit. C. de pedan. sic dictus*, quia est ad pedes prætoris, id est, inferior prætore, à cuius formula in ferenda sententia ne latum quidem vnguem possit recedere, vt probat elegans ille locus Ciceronis, aliàs à nobis laudatus. 2. *Orat. in Verrem.* Ergo cum iudicis pedanei à prætore dati autoritas contemnitur, ipsius quoque prætoris maiestas negligi videtur, ac proinde pœna edicti locum habere debet. Ratio decidendi. Edictum est de eo qui in ius vocatur ad prætorem, & vi exemptus est: Non autem vocatur in ius, neque ad prætorem, qui vocatur in iudicium, & ad iudicem. Aliud enim est ius, aliud iudicium: Aliud ius dicens, Alius iudex, vt dixi *ad l. 3. si quis in ius vocat. nomen.* Ideóque ab *hoc tit.* bene separatus ille est, *de eo per quem fact. erit.*

2 ¶ Quod prætor præcepit, *vi eximat:* vi, an & dolo malo? sufficit vi, quamuis dolus malus cesset.

Ad §. 2. Quod prætor.

Ratio dubitandi. Quisquis vim facit, dolo malo facit, licèt non è conuerso vim faciat quisquis dolo facit. *l. 2. §. doli. vi bonor. rapt.* Ergo non potest dolus malus cessare, si vis fiat. Ratio decidendi. Potest interdũ fieri vis sine dolo, putà si quis vi eximat eum, quem parẽtem aut patronum esse putabat, cùm nõ esset aut eum, quem putabat esse seruum cùm esset liber, vel vocatum ex aliena iurisdictione, aut subrixum aliquo priuilegio fori; cùm is esset ex ea iurisdictione, ne priuilegium vllum haberet. His casibus dolus nullus est eius, qui putat sibi licere impunè vim facere. Nec enim dolus malus est sine mala mente. *l. 1. §. dolum. de dolo malo.* Itaque error hic eximentis; eximit eum à dolo; non tamen à vi, quę exre & facto ipso æstimatur. Ergo nec à pœna edicti, quòd vim tantùm, non etiam dolum requirit hæc parte. Aliud enim est in specie. *§ vlt. l. prox. insr.*

4. PAVLVS lib. 1. ad Edictum.

SEd eximendi verbum generale est, vt Pomponius ait. eripere enim est de manibus auferre per raptum: eximere quoquo modo auferre: vt putà si quis non rapuerit quem, sed moram fecerit, quò minùs in ius veniret, vt actionis dies exiret, vel res tempore amitteretur: videbitur exemisse [b], quamuis corpus non exemerit. Sed & si eò loci retinuerit [c], non abduxit: his verbis tenetur.

Ad l. sed eximendi. 4

Ratio dubitandi. Per vocationem in ius rapitur is, qui vocatur, si vltrò sequi nolit: vt dixi ad *l. 2. & l. plerique. 18. sup. de in ius vocand.* Ergo eripitur, & de manibus actoris rapitur, quisquis vocatus eximitur, nec proinde quicquam interfuit, an eximendi, an verò eripiendi verbo prætor uteretur. Ratio decidendi. Etiamsi quis non rapuerit alium, qui in ius erat vocatus, & demissus dato nimirum fideiussore vel defensore vt *l. neque impuberes. 22. de in ius voc. l. 5. §. 1. insr. tit. 1.* sed moram ei fecerit, vi scilicet adhibita, quominùs in ius veniret, vt actionis dies exiret, vel res tempore amitteretur, videbitur vi eximisse, quamuis corpus ipsum non exemerit. Sicut & qui eò loci retinuit, nec abduxit. Itaque latiùs patet verbum eximendi, quàm eripiendi. Eximit quisquis eripit, non contrà. Prudenter autem facit prætor, vt & alius legislator quilibet, cùm verbis generalioribus vtitur, vt plures casus comprehendat, *l. ait prætor. 5. de re iudic.* Semper enim generalibus, specialia insunt, non è conuerso *l. semper. 14. de reg. iur.* Eripere est de manibus aufferre per raptum: Quo argumento motum fuisse Papin. arbitror, vt crederet orationem Diui Seueri de confirmandis donationibus inter virum & vxorem ad rerum duntaxat donationes pertinere. *l. Papinianus. 23. de donation. int. vir. & vxor.* quia sic dixerat oratio. *heredem verò eripere. l. cùm his stans. 32. §. ait oratio eod. At exi-*

mere, est quoquo modo aufferre.

b *Videbitur exemisse.* Ratio dubitandi. Absurdum est videri exemplum quemquam, priusquam fuerit ab aduersario ductus, & raptus, cùm priuatio præsupponat habitum, *l.4.de iustit.& iur.l. si in diem. 46.l.Titio vsusfructus. 96. de condic.& demonstr.* Ergo eximi non potest, qui nondum est vocatus. Ratio decidendi. Vocatio præsupponenda est, vt possit quis eximi. Sed non est necessaria corporalis adprehensio, vt quis dici possit vocatus in ius, quæ tamen esset necessaria, vt posset dici ereptus. Accommodatius ergo fuit verbum *eximere*, quàm *eripere* aut *abducere*. Nã nec abduci posset, nisi qui iam ductus esset.

c *Retinuerit.* Intellige non per dolum tantùm vt in *l.1.§.dolum.de eo per quem fact.erit.sed per vim.* Alioqui non esset locus huic edicto, in quo prætor solius violentiæ, non etiam doli fecit mentionem. *l.3. in fin.supr.*

1 ¶ Item si quis eum, qui per calumniam vocabatur, exemerit: constat eum hoc edicto teneri.

Ad §.1. Item si quis eum.

Ratio dubitandi. Non tenetur hoc edicto quisquis vi eximit eum, qui in ius vocari non potuit. *l.1.§.2. l.2.& 3.ã.* Ergo nec eximens eum, qui vocari non debuit. Nec enim fieri posse creditur, quod iure fieri non debet. *l. filius 15. de condic.insl.* Nec rursus fauendum est calumniis, aut indulgendum malitiis, ne alioqui eueniat, vt quis ex improbitate sua actionem consequatur. *l.itaque Fullo.12.§.1.de furt.l.1.& tot. titul.de calum.l.1.§.1.simul.ventr.nomin.* Neque verò potest quicquam interesse calumniatoris, cùm iam non sit calumniator, si qua ratione eius interest. Quoties autem nihil interest agentis, remittit pœnam prætor, etiamsi factum sit aduersus edictum. *l.2.inf.ã.si quis in ius vocat.non ier.* Ratio decidendi. Longè aliud est vocari quem in ius nõ posse. Aliud non debere. Non posse, iuris est, & quidẽ pẽdentis ab edicto prætoris, quod scire quisque potest. Non debere, etiam iuris quidem est, sed pendentis ex facto, de quo non potest priuatus cognoscere, aut exploratum quicquam habere, sed tantùm iudex à prærore in eam rem datus. Quis autem ferat, vt priuatus sibi adroget causæ cognitionem, vel sine cognitione pronunciationem? Itaq. cùm in eo prætoris maiestas violetur, facilius ferendum est, vt actor quamuis calumniator pœnam lucretur, quàm vt impunitum sit delictum eius, qui vi eximit. vt & in *l.1.§.1. quod legat.* Non enim hoc casu consequitur actionem ex improbitate sua, sed ex delicto eius, qui fecit contra edictum. Nec remittit prætor pœnam, etiamsi nihil interfit actoris, quia delictum hoc pro grauiore habet, quàm sit illud, de quo in *di. tit. si quis in ius vocat. non ier.* vt dixi ad *d. l.2.ill.tit.*

2 ¶ Prætor ait, *néve faciat dolo malo, quò magis eximeretur*[d]. nam potest sine dolo malo id fieri: veluti cùm iusta causa est exemptionis[e].

Ad §.2. Prætor ait.

Ratio dubitandi. Qui dolo malo facit, quò magis eximat quis eum qui in ius vocatur, nihil tamen vi facit: quia dolus sine vi esse potest. *l.2.§. doli.vi bonor. rapt.* Ergo non incidit in edictum, cuius verba vim omnino exigunt. *l.3.§.1.ã.* Ratio decidendi. Ideo prætor adiecit.

d *Néve faciat dolo malo, quò magis eximeretur.* Quoniam alioqui dolus hic, aduersus edicti mentem admissus, maneret impunitus.

e *Iusta causa est exemptionis.* Quæ enim iusta exemptionis causa est, sicut facit impunitã vim, ita & impunitum dolum. *l.1.§.2.l.2.& 3.ã.* Potest tamen fieri, vt non sit iusta causa exẽptionis, nec dolus vllus sit: Quo casu non eo minùs edicto locus erit, si vis interuenerit, vt dixi ad *§.2.d.l.3.* Nempe quod ad prius caput edicti, quod de vi sola locutum est, non etiam quod ad posterius, per quod solus punitur dolus.

5. VLPIANVS lib.5. ad Edictum.

SI per alium quis exemerit, hac clausula tenetur, siue præsens fuit, siue absens[f].

Ad l.Si per alium.5.

Ratio dubitandi. Verba edicti denotãt personale factum eius, qui rem in ius vocatum vi eximit: Ergo ad eum non pertinent, qui ipse per se non eximit. Verba enim edicti, vt & legis cuiuslibet strictè accipienda sunt, præsertim cùm edictum pœnale est, ne alioqui duriore interpretatione pœnas exasperemus, quæ sunt potiùs molliendæ. *l.pen.de pœn.* Sunt enim odiosæ, & ideo restringẽdæ. *l.cùm quidam. 19.de lib.& post.* Ratio decidendi. Nihil interest an faciat quis aduersus verba edicti, an cõtra mentẽ prætoris, & in fraudem edicti. *l.contra legem.29.& seq.de legib.* Æquè verò prætorem offendit, qui vocatum in ius eximit per alium, atque is qui per seipsum. *l.1.§.1. j.Ne quis eum.l.si quis id 7.§.fin.de iurisd.*

f *Siue præsens fuit, siue absens.* Ratio dubitandi. Qui absens fuit, non potuit reuera eximere, tametsi voluisset, quia factum illud præsentiam exigebat: Ergo neque potest fingi fecisse, quandoquidem fictio debet respondere veritati. *l. confessionibus.13.in princip.l.si is cuius nomine 14.in fin. de interrog. in iur.fac.* Ratio decidendi. Qui mãdauit fieri quid se absente ideo fecisse creditur, quod alius fecit, quia existimatur id ipsum facturus per se fuisse, si alius non fecisset. Cúmque in omni facto & corpus requiratur, & animus, creditur alieno corpore fecisse, & animo proprio: sicut & is, cuius corpus ministerium præbuit alieno animo, id fecit & proprio corpore. Indéque etiam est, quòd vtérque punitur, & qui mandauit & qui mandatum suscepit, quasi vtérque fecerit, & animo & corpore partim suo, partim alieno. *l. 2.& 3.de noxalib.actionib.l. 1.de parricid. l.liber homo. 37. ad leg.Aquil.l.1. §. quoties. 13.de vi & vi armat.l.denique.13. §. vlt. quod vi aut clam l.non solùm. 11. §. si mandatu.de iniur. l.sed si vnius.17. §. si iussu.eod. l.nõ ideo. 5. C.de ascusl.ita autem. 5. §. quod si quis tutelam.de administr.tutor.*

1 ¶ In eum autem, qui vi eximit, in factum iudicium datur: quo non id continetur quod in veritate est: sed quanti ea res est ab actore æstimata, de qua controuersia est. hoc enim addi-

ditum est, vt appareat, etiamsi calumniator quis sit[f], tamen hanc pœnam eum persequi.

Ad §.1. In eum autem.

Ratio dubitandi. Licèt quis vocatum in ius vi exemerit, non ideò tamen actori quicquam abest, cùm ei salua sit actio, & iuris sui persecutio: siue aduersarium iterum vocare in ius velit: (vna enim vocatio non impedit aliam, sicut nec vna executio aliam. *l.à diuo Pio.15.§.in venditione. & pass. de re iudic.*) siue contra latitantem petere vt mittatur in possessionem bonorum eius, *ex tit. Quib.ex caus.in poss.eat.* Ergo non idcirco is, qui exemit, condemnandus est ad rei æstimationem. Ratio decidendi. Imò abesse actori intelligitur, quod ille potuisset consequi, si vocatio in ius effectum habuisset. Cùm enim nihil possit imputari ei, qui aduersarium in ius vocauit, nec æquum sit vanum ei & elusorium esse beneficium edicti, quo vsus est, non ex dignitate prætoris est, vt iterum cogatur actor eundem aduersarium in ius vocare, vel alia via sibi prospicere, sed abesse ei credendum est id omne, quod petebat, & propter quod vocario in ius fiebat: ob id que tanti condemnatio facienda est.

d *Quod in veritate est.* i. quod re vera interest.

e *Ab actore æstimata.* Puto verba ista esse interpretis arbitrantis mancum esse sensum priorum verborum, *quanti ea res est*, nisi aliquid suppleatur, quasi verbum, *est*, temporis præteriti sit, non præsentis. Quomodo enim actor rem æstimaret, nisi per iusiurandum in litem? Atqui inauditum est, vt iusiurandum in litem detur calumniatori, de quo tamen hîc Vlp. loquitur. Non enim alij datur, quàm vero domino, qui propter aduersarij contumaciam inuitus cogitur re sua carere: ne alioqui eam iusto pretio vendere compellatur. *l.non enim.9.rer.amot.l. de in lit.aur.* Nam si locum hunc intelligas de æstimatione facienda per iuramentum, quod interpretes appellant veritatis, proculdubio errabis, quoniam tale iuramentum nullum est, vt probaui *lib. 16. Coniect. c.1.& 13.* Deinde an non satis fauetur calumniatori, cùm ei permittitur veram persequi æstimationem eius rei, quam petat, & in qua nullum planè ius habeat? Cur ei præterea indulgeamus, vt rem illam pro arbitrio æstimet, quasi iudex in re sua constitutus: quod vix domino ipsi concedimus, nec nisi cùm alia ratio nulla est consulendi ipsius indemnitati? Denique cætera capita edicti, De in ius vocando, & alia eam plerumque pœnam habent *quanti ea res est. l.vn.§.vlt.ã.si quis ius dicenti non obtemp.l.2.§.vlt.j.titul. prox.* vel quod effectu idem est. *quanti eam rem esse paret.l.inter hæc verba.179.& l.hæc verba.193.de verb.signif.* At, *quanti ea res ab actore æstimata erit*, nunquam. Neque enim certa, neque iusta esset pœna, quæ actoris arbitrio committeretur.

f *Etiamsi calumniator quis sit.* Ratio dubitandi. Calumniatoribus pœna infligenda est, non adiudicanda. *l.quæsitum scio. 13.de testibus l.1. & tot.titu.de calumniatorib.l.1.§.calumniatoribus ad Turpill.l.si calumitur.233. de verb.signific.* Ratio decidendi. Calumniator pœnam hanc consequitur non propter suam calumniam, & improbitatem, sed propter delictum illius, qui alium in ius licitè vocatum vi eximit; vt dixi ad *§.1.l.4.ã.*

2 ¶ Docere autem debet quis, per hanc exemptionem factum, quo minùs in ius produceretur. cæterùm, si nihilominùs productus est, cessat pœna: quoniam verba cum effectu sunt accipienda.

Ad §.2. Docere autem.

Ratio dubitandi. Pœna semel commissa non potest amplius euitari, nisi fauore pupilli in casu. *l.Imperatores.7.§.1.de publ.& vectig.* Atqui per exemptionem semel vi factam pœna edicti huius commissa fuit: ergo nihil potest eximenti prodesse, quòd vocatus in ius postea venerit. Ratio decidendi. Non videtur exemptus is, qui vocabatur in ius, si quando quidem postea in ius venerit, antequàm condemnatus fuerit is, qui eximit: quia effectum nullum ea exemptio habuit; nec videtur exemptus, qui non durat exemptus: sicut nec dicitur in rem versum, quod non durat versum. *l. si pro patre. 10. §. versum. de in rem vers.* Verba autem edicti, vt cuiuslibet legis, præsertim pœnalis accipienda sunt cum effectu. *l.1.§.vl.ã.quod quisque iur.l.1.§.vlt.de statulib.*

3 ¶ Hoc iudicium in factum est[g], & si plures deliquerint, in singulos dabitur, & nihilominùs manet, qui exemptus est, obligatus[h].

Ad §.3. Hoc iudicium.

Ratio dubitandi. Vna tantùm fuit in ius vocatio, & vna persona, quæ vi exempta est, & consequenter vna exemptio, licèt plures vnito consilio eximerint. Vnica igitur pœna esse debet, vt dici solet in furto à tota familia facto. *leg.illud quæsitum.32.ad legem Aquiliam.* Ratio decidẽdi. Imò tot sunt delicta, quot sunt personæ delinquentium, quia verum est singulos facere contra edictum, cuius verba singularem quamque personam eximentis demonstrant. *dixi ad l.si familia.9.ã de iurisd.*

g *Hoc iudicium in factum est.* quia ex facto nascitur; nec aliam causam habet, quàm factum eius, qui vi exemit. Addunt nostri, Esse etiam stricti iuris. Ridiculè: differentia enim illa, iudiciorum stricti iuris, & bonæ fidei, non habet locũ nisi in iis iudiciis, quæ ex contractu & negotio aliquo proficiscuntur. Hæc autem actio nascitur ex delicto.

h *Manet is, qui exemptus est, obligatus.* Ratio dubitandi. Improbus est, qui velit iterum consequi ab vno, quod iam ab alio accepit. *l. si quis dolo.51.§.1.de re iudicata.* Nec enim bona fides patitur, vt idem bis exigatur. *l.bona fides.57.de regulis iuris.* Ratio decidendi. Nunquam actiones pœnales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit. *l.nunquam.60.de oblig.& act.* Multò minus consumunt principalem, cum qua nihil commune habent. Desinerent enim esse pœnales, si principalem, quæ rei persecutoria est, consumerent. Aliud est, si quis priore actione consecutus sit non pœnam absolutè, sed quanti sua interfuerit, licèt pœnæ nomine. Tunc enim si agere iterum ei permitteretur, bis idem consequeretur; vt in *d.l.si quis dolo.51. iunct. l.1.§. hæc verba.ne vis fiat ei, qui in poss. l.unge l.prox. j.*

4 ¶ Heredibus autem ita dabitur, si eorum interfit. Neque autem in heredem, neque post annum dabitur.

Ad §. 4. Heredibus autem.

Ratio dubitandi. Pœnales actiones neque heredi neque in heredem, neque post annum dantur. *l. pen. §. de in ius voc. l. in honorariis. 35. de obligat. & act.* Atqui ea, quæ ex hoc edicto competit, pœnalis est, idcóque nec in heredem, nec post annum datur: Ergo neque heredi vllo casu danda est. Ratio decidendi. Non datur heredi tanquam pœnalis, sed tanquam rei persecutoria, eo nimirum solo casu, quo tanti interest ipsius heredis. Sicut enim heredi nunquam datur, nisi eius interfit, ita neque suprà quàm interfit: quia quod excederet, pœna non rei persecutio esset.

6. IDEM lib. 35. ad Edictum.

IS, qui debitorem vi exemit, si soluerit, reum non liberat, quia pœnam suam soluit [a].

Ad l. vlt.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad finem *§. 3. l. prox. §.* Adde, Prætorem solere pœnam remittere, quamuis ipso iure commissam, si nihil interfit agentis. *l. 2. in fi. §. si quis in ius vocat. non ier.* Ergo & in hoc edicto videtur pœna remittenda, cùm desiit actoris interesse, qui iam consecutus est rei à se petitæ æstimationem. Respondeo, grauius esse delictum, quod hoc edicto coercetur. Non ob id solùm quod ex facto proficiscitur: illud verò de quo in *d. l.* 2. ex non facto, sed etiam, quia longè magis venia dignus est is, qui in causa propria fecit contra edictum, vt se eximeret, quàm qui in re ad se nil pertinente, vltrò contempsit maiestatem prætoris, & alium in ius vocatum vi exemit. Sicut enim grauiùs peccatur committendo, quàm omittendo: ita & in re aliena, quàm in propria: quia multò minor, aut potius nulla est necessitas peccandi in re ad alium pertinente, cùm in sua sibi quisque blandiatur, & indulgeat. Itaque pœna huius edicti non tantùm ad vtilitatem priuatorum pertinet, vt illa quæ infligitur ei, qui in ius vocatus nec venit, nec satis autúmve dedit, sed etiam ad vigorem publicæ disciplinæ, vt loquitur Paulus in *l. locatio. 9. §. quod illicitè. de public. & vectig.* ideóque nunquam remittenda est, ne improbis non modò propria improbitate, sed etiam exemplo, peccandi detur occasio.

a *Qui pœnam suam soluit.* Quod enim quis proprio non debitoris nomine soluit, nunquam liberat debitorem. *l. si quid possessor. 31. in princip. de petitione hereditatis. l. Papinianus. 28. mandat.* Nunquam enim actus operantur vltra intentionem agentium, vt volunt Philosophi. *l. non omnis. 19. de rebus creditis.* Qui autem pœnam suam soluit, & propter delictum proprium, id agit tantùm, vt se liberet, non vt alium, quod nec si vellet facere tamen posset, nisi pro eo solueret. *l. soluendo. 19. de negotiis gestis. leg. solutione. 23. l. soluere. 53. de solution.*

QVI SATISDARE COGANTVR, VEL IVRATO PROMITTANT, VEL SVÆ PROMISSIONI committantur.

TITVLVS VIII.

GAIVS lib. 5. ad Edictum prouinciale.

SATISDATIO eodem modo appellata est quo satisfactio. Nam vt satisfacere dicimur ei: cuius desiderium implemus: ita satisdare dicimur aduersario nostro, qui pro eo, quod à nobis petit, ita cauit, vt eum hoc nomine securum faciamus datis fideiussoribus.

Ad Tit. VIII. Qui satisd. cogant.

Ad l. 1.

Ratio dubitandi. Satisfactio pro solutione est. *l. satis. factio. 52. de sol.* Satisdatio autem nõ pro solutione est, sed pro cautione. Aliud siquidem est satisdare, aliud cautum dare, vt constat ex *titul. in ius voc. vt eant, aut satis vel cautum dent.* Satisdatur datis fideiussoribus, vt hęc lex ait. Sed non etiam datis pignoribus quia etsi plus cautionis est in rem, quàm in personam. *l. plus cautionis. 25. de reg. iur.* securior tamen est is, qui duos habet eiusdem pecuniæ debitores, quã qui vnum tãtum, cum pignoribus: siquidem pignorum datio, nouum debitorem parere nunquam potest. At fideiussoris datio, etiam sine pignoribus, potest parere obligationem pignorum, cùm futurum sit cõdemnato fideiussore, vt eius bona pignori capiantur, in executione iudicati. *l. à diuo Pio. 15. §. secundo. de re iudicata.* Multum ergo distat satisdatio à satisfactione. Ratio decidendi. Non ait Caius satisdationem esse satisfactionem, aut satisfactioni similẽ, sed eo modo appellatam esse, quo satisfactio, compositio scilicet vocabulo à dictione *satis*, vt significemus vtroque casu fieri, quantum necesse est, vt aduersario prospiciatur, sed aliter atque aliter. Nã per satisfactionem impletur desiderium creditoris exigentis solutionem, quamuis non fuerit ei re vera solutum. *l. si rem alienam. 9. §. omnis. de pign. act.* Per satisdationem verò impletur desiderium eiusdem, id tantùm agentis, vt sit securus. Æquè tamen idoneè cautum intelligitur, siue fideiussoribus cautum sit, siue pignoribus. *l. si mandatu. 59. §. vlt. mand. l. 4. §. addici. de fideic. libert. l. 1. §. iubet. de col. bon.* Sic & *satisfactionem* vnico vocabulo dicimus. *l. stipulationum. 5. §. satisfacceptio de verb. obl.* quod vocabulum respondet satisdationi, non satisfactioni. Est tamen locus hic, ni fallor, mendosus, & ita restituendus, vt legamus *cui cauimus*, pro eo quod vulgò legitur *qui cauit*, nato errore ex eo quod apud librarium Florentinum & veteres scribitur *cui* per *Q.* maiusculo tamen charactere.

2. VLPIANVS

2. VLPIANVS libro 5. ad Edictum.

FIdeiussor in iudicio sistendi causa locuples videtur dari, non tantùm ex facultatibus, sed etiam eo conueniendi facilitate.

Ad l. Fideiussor 2.

Ratio dubitandi. Locupletis appellatio non aliũde videtur deriuata, quàm à loculis plenis. Ergo ex facultatibus tantùm æstimandus est, non etiam ex conueniendi facilitate. Est enim locuples, quisquis satis idoneè habet pro magnitudine & æstimatione rei, de cuius restitutione agitur. *l. quos nos hostes. 234. §. 1. de verborum signific. l. vlt. de reb. credit. l. 3. de manum. l. qui habebat. 54. de manum. testament.* Ratio decidendi: Parum interest, an soluendo non sit debitor, an verò non possit facilè conueniri, siue ob dignitatem, siue quòd habeat præscriptionem fori, siue quòd sit litigiosus homo, aut rixosus: cùm hæc omnia faciãt, quominus suum facilè consequi actor possit, qui tamen non alia mente, aut necessitate accipit fideiussorem, quàm vt sibi & tutior res sit, & expeditior, *l. si fideiussor. 7. §. §. vlt. Inst. de replicat.*

1 ¶ Si quis his personis, quæ agere non potuerunt, fideiussorem iudicio sistendi causa dederit, frustrà erit datio.

Ad §. 1. Si quis his personis,

Ratio dubitandi. Fideiussor nunquam nisi per stipulationem accipi potest. *l. stipulationum. 5. §. satis acceptio. de verb. oblig. l. Græcè. 8. & pass. de fideiuss. l. blanditus. 12. C. eodem.* Atqui cum interposita stipulatio est, nihil quæritur nisi quid; & cui promissum sit, adeò vt etiamsi facta sit stipulatio sine causa, nihilominus teneat ipso iure, sitque necessaria doli exceptio ad actorem summouendum. *l. 2. §. circa. de doli mali except.* Ergo non potest frustrà esse hæc datio. Nam quæ frustrà esset, actionem parere non posset. Ratio decidendi. Stipulatio hæc & ipsa satisdatio interponitur ex autoritate prætoris, ex cuius proinde mente interpretationem accipere debet, in quo differunt stipulationes prætoriæ à conuentionalibus. *l. in conuentionalibus. 52. de verb. obl. l. in prætoriis. 9. de præt. stip.* Porro prætoris satisdari iubentis non alia mens est, quàm vt ei cautum sit, qui agit. Ergo vt frustrà sit satisdatio, si agere non potuerit is, cui satisdatum fuit.

2 ¶ Prætor ait, *Si quis parentem, patronum, patronam, liberos, aut parentes patroni, patronæ, liberósve suos, eúmve quem in potestate habebit, vel vxorem, vel nurum in iudicium vocabit qualiscunque fideiussor iudicio sistendi causa accipiatur.*

Ad §. 2. Prætor ait.

Ratio dubitandi. & decidendi eadem quæ ad postrema verba *l. 1. supra. in ius vocat. vt eant.* Nam quæ ibi vno & communi nomine appellantur necessarię personæ, omnes hîc enumerantur. Etsi aliud est hoc edictum, quàm cuius mentio fit eo loco. Pertinet enim ad necessarias personas, quæ vocantur in iudicium. Illud verò ad eas, quæ vocantur in ius, quod longè diuersum est, vt ibi dixi & ad *l. 3. si quis in ius vocat. non ier.*

3 ¶ Quod ait prætor, *liberósve suos*, accipiemus & ex fœmineo sexu descendentes liberos, parentíque dabimus hoc beneficium non solùm sui iuris, sed etiam si in potestate sit [a] alicuius. hoc enim Pomponius scribit. ¶ Et filius fideiussor pro patre [b] fieri potest, etiamsi in alterius potestate sit. ¶ *Nurum*, etiam pronurum [c], & deinceps accipere debemus.

Ad §. 3 Quod ait Prætor.

Ratio dubitandi. Qui ex fœminino sexu descendunt paternam familiam sequũtur; non maternam. *l. familiæ. 196. §. 1. de verb. signif.* Ergo tanquam alieni considerandi sunt, non tanquam proprij liberi, qui ex fœminis descendunt. Ratio decidendi. Non sunt in familia nostra qui ex filiabus nostris descendunt, sed non eò minus sunt nostri liberi. Familiæ nomen est ciuile, liberorum naturale. *l. familiæ. 196. l. pronũtiatio. 195. §. 1. & 2. iuncta l. 220. liberorum. de verb. sign. l. tutelas. 7. de c. min. l. 1. C. de cond. inser.* nec minor pietas naturaliter debetur maternis ascendentibus, quàm paternis, *l. 4. de curat. fur. l. nam etsi. 15. de inoff. test. l. scripto. 7. §. fi. vnd. lib. l. 2. C. de in ius voc. l. 4. C. de lib. præt.* Nam in iis quæ rationem & æquitatem habent naturalem, nulla potest esse sexus differentia, cùm natura non minùs fœminas, quàm mares agnoscat. Nec minùs igitur descendentes ex fœminis, quàm descendentes ex masculis obliget ad reuerentiam parentibus præstandam.

a *Etiam si sit in potestate.* Ratio dubitandi. Qui ab alio adoptatur, transfert cum capite suo sua omnia in familiam patris adoptiui, nihilque sibi retinet. *l. qui ex liberis. 11. §. testamento. de bonorum possess. secundùm tabulas.* Ergo neque hanc sibi à liberis debitam reuerentiam retinere potest: præsertim cùm soluta patria potestate vinculum quoque pietatis solutum esse videatur. *l. vlt. si à parent. quis manumiss. sit.* Ratio decidendi. Reuerentia, quæ parentibus debetur, cùm rationem naturalem, non ius potestatis pro causa habeat, nunquam amitti potest per adoptionem, aut adrogationem: quia ciuilis ratio intra sanguinis, & naturalia nec corrumpere, nec tollere potest. *§. vl. Inst. de legit. agn. tut. l. eas obligationes. 8. de c. min.* Dixi ad *l. 4. §. 2. de in ius voc.*

b *Filius fideiussor pro patre.* Ratio dubitandi. Fideiussor non accipitur, nisi vt magis cautum sit actori. *§. vlti. Inst. de replicat. & l. 1. §. hoc t.* Atqui non potest magis esse cautum per filii familias fideiussionem, cùm filiusfamilias nulla habeat bona. *l. lex Cornelia. 28. de vulgari substit. l. placet. 79. de acqu. hered. l. 1. si quis à patre manum.* Non ergo admittẽdum est, vt filiusfamilias fideiubeat, ne quidem pro patre. Ratio decidendi. Qui filiumfamilias pro patris fideiussore accipit,

adiicit sibi nouum debitorem, cùm filiusfamilias tam ex contractibus quàm ex delictis quibuscunque obligari possit. *l. tam ex contractibus.57.de ind.l.si quis.44.de pecul.* Habet enim personam integram, cùm sit ciuis Romanus, adeóque iam viuo adhuc patre quodammodo dominus rerum paternarum. *l. in suis,11. de lib.& post.* Nihil ergo prohibet,quominus admittendus sit in fideiussorem, etiam inuito actore. Nimirum pro patre, non etiam pro alio quolibet. Nam quibus casibus possit imputari ei, qui filiumfam.pro idoneo fideiussore vltrò accepisset,iisdem potest cogi actor,vt filiumfamil.pro patre volentem fideiubere accipiat: quia qualiscunque fideiussor hoc casu pro locuplete habetur. *§. prox.ſ.& ſ. l.2.& 3.ſ.in ius voc.vt eant.* Nec proinde habet hic locum metus ille,ne futura sit inanis actio,quam fideiussoris excludet inopia.*l.nam is nullam.6.de dolo.* In summa, fit hoc fauore non filij, pro patre fideiubentis,sed patris,qui eget fideiussore, vt iniuriam sibi ab alio filio imminentem propulset.

c *Etiam pronurum.* Ratio dubitandi. Edicti verba sunt propriè, & strictè interpretanda. Atqui edictum non loquitur nisi de nuru, non etiam de pronuru. Aliter enim nurus,aliter pronurus appellatur, vt de filiis & nepotibus scriptum est in *l. quid si nepotes.6.de testament.tutel.* Ratio decidendi. Edictum hoc est fauorabile,quia fauet coniunctis & necessariis personis, recipitque interpretationem ex mente prætoris, quæ illa fuit,vt omnibus personis faueret,quæ eo *necessariarum* numero continerentur. In quo etiam pronurus est, quæ & nurus quodammodo dici potest, si non ex proprietate verbi, saltem iusta interpretatione: vt dicimus nepotem quoque iusta interpretatione contineri appellatione filij. *l. filij.84.l.iusta interpretatione.201.de verb.signif.*

4 ¶ Quod ait prætor, *qualiscunque fideiussor accipiatur*: hoc quantum ad facultates, id est, etiam non locuples.

Ad §.4.Quod ait prætor,qualiscunque

Ratio dubitandi. Fideiussor locuples intelligitur, non tantùm ex facultatibus, sed etiam ex conueniẽdi facilitate, vt scriptum est *in pr. huius l.* Ergo è cõtrario,qualiscunque possessor intelligendus est,non tantùm ex minùs idoneis facultatibus, sed etiam ex conueniendi difficultate, vt eadem sit ratio contrariorum. Ratio decidendi. Non esset iusta illa interpretatio, quæ admitteret fideiussorem qualemcunque, id est, etiam qui habiturus esset exceptionem, putà mulierem,quæ velit fideiubere, & intercedere contra SC. Velleianum:aut aliquem ex iis,de quibus in *leg.neque fœmina.54.de procurat.* id est,qui vt inuiti iudicium suscipiant,cogi non possunt. Nec enim potest prætor accipere pro locuplete fideiussorem, in quem inuitum ius reddi non potest,licèt accipiat pro locuplete eum quoque qui non sit soluendo. *l.3.in ius vocat.vt eant.* Adeò necessarium magis est,vt fideiussor conueniri possit, quàm vt sit dives: quoniam ex paupere potest fieri dives, idque bono omine sperari potest. At conueniendi difficultas,quę vt plurimùm vel ex sexu, vel ex malis moribus, vel ex dignitate proficiscitur, augeri facilius & probabilius potest,quàm minui.

5 ¶ In fideiussorem, qui aliquem iudicio sisti promiserit, tanti quanti ea res erit, actionem dat prætor, quod vtrùm veritatem contineat [a], an verò quantitatem [b], videamus. & melius est,vt in veram quantitatem [c] fideiussor teneatur,nisi pro certa quantitate accessit. [d]

Ad §.vlt.In fideiussorem.

Ratio dubitandi.Fideiussor iudicio sisti non conuenitur, nisi ex sua promissione. Atqui hoc vnum promisit,*reum iudicio sisti*:nec adiecit,*aut quanti ea res erit*: Ergo in eum tanti,quanti ea res erit actio danda non est, cùm in stipulationem nihil veniat, nisi quod verbis expressim comprehensum est. *l.quidquid astringenda.99.de verb.ob.* Ratio decidendi. Quoties quis alium sisti promittit, nec adiicit pœnam, committitur stipulatio inid,quod interest,quia hoc promittere intelligitur id se facturum, vt alius stet, *l.quotiens.81.eo.* Itaque promittit factum, & quidem non alienum,quod vtiliter facere non posset.*l.stipulatio ista.38.in pr.eod.sed proprium.* Quisquis autem proprium factum promittit,hoc ipso intelligitur se obligare ad id quod interierit stipulatoris,si non fiat quod fieri promissum est, ex natura omnium faciendi obligationum, ex quibus succedit præstatio eius quod interest. *l.stipulationes.72.eo.l.si quis ab alio.13.§.fi.de re iud.* quoniam nemo potest cogi præcisè ad factum sine vi &impressione,quæ nunquam permittenda est, quia minueret ciuis Rom.libertatem. *l.4.de stat.ho.*

a *Veritatem contineat.* id est, id quod re vera interest.*l.5.§.1.ſ.sit prox.*

b *An verò quantitatem.* id est, rei petitæ æstimationem,quæ semper in quantitate consistit. Sola enim pecunia cæteras omnes res æstimat. *l.si ita.42.de fideiuſ.* Vnde solemus dicere,*quanti res est*,aut *quanti eam rem esse paret.l.inter hæc verba 179.& l.hæc verba.193. de verbor.sign.*

c *Veram quantitatem.* noli intelligere *veram æstimationem*,quasi ad differentiam eius æstimationis, quæ fieret per iusiurandum in litem (nec enim vnquam in actione ex stipulatu iuratur in litem,nisi cum res post moram exstare desiit, nec aliter ea æstimari à iudice potest.*l.non erit.5.§.fi.l. seq.de iureiur.*) sed intellige solo *quantitatis* nomine veram æstimationem. Ea verò adiectione *veram*, illud ipsum, quod diximus *veritatis* appellatione contineri, id est, id quod re vera interest: hoc sensu,vt qui ex huiusmodi stipulatione cõuenitur, teneatur præstare veram rei petitæ æstimationem,ita demum,si tanti interſit stipulatoris, non etiam si eius aut nihil, aut minus interſit:putà si sit calumniator,vel in totum,vel pro parte,ad differentiam illius,de quo dictum est in *l.5. §.1.ſ.sit prox.*

d *Nisi pro certa quantitate accesſit.* id est, nisi pœnam certam promisit. Solebant enim huiusmodi stipulationes vt plurimùm pœnales esse. *d.l.quotiens.81.de verborum oblig.* pœna autem adiecta non solet quæri an,aut quatenus interſit. *d.l.stipulatio ista.38.§.alteri.eo.l.vlt.de præt.stipul.l.4.ſ.ſi quis cautionibus.* Et vicissim etiamsi pluris interſit, non idcirco tamen obligatur in plus,quàm promiserit,ne scilicet pœna,quę certa quantitate determinata est, contra fidem, & formam fideiussionis vlterius porrigatur.arg. *l.Imperator.8.de postul.*

3. GAIVS lib.1. ad Edictum Prouinciale.

Siue in duplum est actio,siue tripli,aut quadrupli : tanti eundem fideiussorem omnimodo tenere dicemus,quia tanti res esse intelligitur.

Ad l.Siue in duplum 3.

Ratio dubitandi. Cum actio est dupli, vel tripli, aut quadrupli, in duplo illo,vel triplo, vel quadruplo,etiam simplum continetur.*§.in duplum cum duobus sequentibus.Instit.de action.* sed quicquid simplum excedit,pœna est, non id quod interest: siquidem illud ipsum quod interest plerumque duplatur, vel triplatur,vel quadruplatur. *l.item si.14.§.1.& §.quatenus. quod metus causa. non tamen in actione furti. l.in furti.50.de furtis.* Atqui non tenetur fideiussor iudicio sisti,nisi quatenus interest re vera. *§.vlt.l.prox.ſ.* Ergo non est ad duplum, aut triplum, aut quadruplum condemnandus.Ratio decidendi. Tanti res est,& esse intelligitur, quanti potuit reus condemnari,siue simpli,siue pœnæ nomine,nec potest negare fideiussor,quin tanti interſit reum iudicio sisti: quamuis in actione contra reum ipsum instituta, non vtique tanti interſit actoris.

4. PAVLVS lib.4.ad Edictum.

Si decesserit, qui fideiussorem dederit iudicio sistendi causa:non debebit prætor iubere exhibere eum,quod si ignorans [a] iusserit exhiberi:vel post decretum eius ante diem exhibitionis [b] decesserit: deneganda erit actio [c]: si autem post diem exhibitionis [d] decesserit, aut amiserit ciuitatem,vtiliter agi potest [e].

Ad l.si decesserit 4.

Ratio dubitandi. Fideiussor iudicio sistendi causa acceptus iam inde ab initio pecuniam promisisse intelligitur,id est,quanti interierit stipulatoris,vt dixi ad *§.vltim.l.2.supra.ex lege si quis ab alio. 13. §. vltim. de re iudicata.* Atqui pecunia cùm in genere consistat, perire nunquam potest, *l.incendium.11.Cod.si certum petatur. l.in ratione.30.§.incertæ. infra ad legem Falcidiam.* Parum ergo interest ad liberandum fideiussorem, an is, qui iudicio sisti debuit, decesserit, necne.Ratio decidendi.In promissionibus ibis,quę factum continent, id quod interest stipulatoris non in obligatione est,sed in præstatione alternativa,& sub illa conditione, Si non fiat,quod fieri promissum est. *dict.leg si quis ab alio.* 13.§.1.*de re iudi.l.stipulationes.* 72. *de verb. obligat.* Prius ergo est vt subsistat obligatio iudicio sistendi,quàm vt possit tractari de præstando eo, quod interest. Atqui obligatio illa intercidit moriente ante moram eo,qui sisti debuit: quia mortuus sisti non potest. *l. si homo.* 69. *eodem.* Ergo neque id quod interest deberi potest, quia nec pœna deberetur,tanquam rei impossibilis. *dict. l.homo.69.* quemadmodum si quis hominem mortuum stipulatus esset.*l.inter stipulantem.* 87.*§.penul.eo.* Non debet igitur prætor iubere hunc, qui mortuus sit exhiberi, ne iubeat rem impossibilem, cuius obligatio nulla esse potest. *l.impossibilium.*185.*de regulis iuris.*

a *Quod si ignorans.*Ratio dubitandi.Etiam cùm per fordes, aut per errorem prætor malè quid decreuit,tamen id ratum habendum, & executioni mandandum est,propter autoritatem prætoris & rerum iudicatarum.*l.seruo inuito.65.§.cùm prætor.ad SC.Trebell.* cùm etiamsi malè quid decernat prætor, ius tamen reddere dicatur.*l.penult.de iustit.& iur.*

Ratio decidendi. Ignorantia,quæ ex probabili errore facti proficiscitur, voluntatem habere non intelligitur.*l.si per errorem.* 15. *de iurisdictio.l sed hoc ita.* 20.*de aqua pluuia arcenda.* Decretum autem nullum esse potest sine voluntate ita decernendi. *lege non omnis.* 19. *de reb. credit.lege magis puto.*5.§.*penult. de reb. eorum.*

b *Ante diem exhibitionis.* Ratio dubitandi. Quod in diem debetur, ante diem præstari potest, dummodò sit dies certa. *l.stipulatio ista.* 38. *§.inter. de verborum.obligat.l.Iauolenus.*15 *de annuis legat.* Ergo potest imputari fideiussori, cur non statim post decretum,etiam ante diem exhibuerit eum, quem exhibere & poterat & debebat, nec proinde haberi debet pro liberato. Præsertim cùm ex die decreti cœperit competere actio, quæ non potuit finiri tempore, quia tempus non est modus tollendæ obligationis. *l.obligationum.* 44.*§.placet.de obligationib. & actionib.*

Ratio decidendi. In diem debitor etiam si possit soluere ante diem, non tamen cogitur: quia totum tempus medium habet liberum ad soluendum. *l.quod quis.* 50.*eod. l.quod certa.*70.*de solut.* nisi dies adiecta sit gratia stipulatoris. *d.l.Iauolenus.* 15.*de ann.legat.*quod in dubio nonpræsumitur.*l.qui hoc anno.*42. *l.continuus.* 137. *§. cùm ita.de verb.oblig.l.nec ex prætorio.* 27.*de reg.iur.* ideóque nihil potest imputari promissori,si interim,& ante diem promissus homo decedat.*l.si Stichus 33.de verb oblig.*Extinguitur enim obligatio non tempore, sed morte rei debitæ, qui legitimus modus est tollendæ obligationis. *l. si ex legati.* 23.*eodem.* Nihil porrò interest,an perierit persona, quæ debebatur: putà seruus promissus, an liber homo, cuius persona erat necessaria ad faciendum id quod fieri promissum erat. Nec enim fieri potest, vt re sistam sine te, non magis; quàm vt te præstarem,si seruus meus fuisses:nunc verò mortuus esses. Quamuis in obligatione iudicio sistendi factum proprium non alienum promittatur.*l.quotiens.*81.*eo. tit.de verb.obl.*

c *Deneganda erit actio.*Ergo competit ipso iure.Non enim, nisi ridiculè,tractari potest de danda vel deneganda actione,quæ non competat iure ipso. Ratio dubitandi. Impossibile est hominem mortuum sistere.*l.si homo.*69.*de verb.oblig.*Ergo morte illius,qui sisti debuit extincta est ipso iure obligatio. Ratio decidendi. Autoritas decreti, cui pareri aliquando potuit, facit vt actio quæ semel competiit ipso iure salua sit, sed tamen deneganda est, quia non potest imputari fideiussori, cur non paruerit citius decreto,cui tardius parere fuit ei liberum.

d *Si autem post diem exhibitionē.* Ratio dubitandi. Si reus hic ad diem exhibitus fuisset, æquè vel decessisset, vel ciuitatem amisisset, atque ita actio contra eum competens & instituta intercidisset, quia neque contra mortuum, neque contra eum, qui amissa ciuitate nudus exulat, actio illa per prætorem dari potest. *l. tutelas. 7. in fin. de capit. minut.* Nihil ergo interest actoris, quòd reus non sit exhibitus, qui fuit æquè per exhibitionem aut naturæ, aut ciuitati statim periturus. argum. *l. si plures. 14. §. vlt. depositi.* Ratio decidendi. Non potest negari, quin fideiussor fuerit in mora, qui non exhibuit reum intra tempus sibi à prætore præstitutum. Et ideo non potest eum casus fortuitus post moram contingens excusare, cùm sit vnus ille ex effectibus moræ, vt rem, quæ non extat, pro extante haberi oporteat. *dict. l. si ex legati. 23. de verborum. oblig.* Quare nec ad rem pertinet, si quis obiiciat etiam si post tres aut quinque dies promissioni suæ quis satisfaciat, impunitam esse moram. *l. etsi post tres. 8. si quis caution.* Id enim admissum est ex æquitate, quia nihil interest actoris, nec ius ipsius deterius factum est ex mora modici temporis, si modò integris omnibus, neque post multum temporis reus sistatur. argum. *l. si debitori. 21. de iudiciis. l. si ita quis. 135. §. 1. de verborum obligat.* Quod non similiter dici potest mortuo post diem eo, qui exhiberi debuit: quia verum est eum nec stetum fuisse, nec sisti amplius posse. argum. *l. Gallus. 29. §. videndum. in fin. de liberis & posthumis.* Quod autem æquè fuit periturus, an sit sufficiens ad purgandam moram, alio loco dicemus. Illud constat, multò magis fideiussorem teneri, si homo sisti promissus perierit dolo promissoris, licèt ante diem: sed ita tamen, vt non antè possit pœna peti, quàm dies venerit: quasi tota stipulatione in diem collata. *lege eum. 10. §. 1. si quis cautionibus.* Nempe, quia dolus plus quàm mora est, nec minùs potest ad perpetuandam obligationem, quàm & culpa sola perpetuat. *l. si seruum. 91. §. sequitur. de verb. obl.* Culpa, inquâ, debitoris, obligationem verò non debitoris, obligationē verò nō debitoris tantùm, sed etiam fideiussorum, *dict. l. si seruum. 91. §. nunc videamus. & l. moræ rei. 88. eo.* Iunge hic constitutionem Iustiniani in *lege fancimus. 26. 5 fin. de fideiuss.*

e *Vtiliter agi potest.* Non vtili actione, sed directa ex stipulatu, quæ sit efficax & vtilis ad agendum, nec vlla exceptione submoueatur. Sunt ita diligenter distinguenda, Actionem non competere, Actionē denegari, aut dari sub exceptione, aut sine exceptione. Quæ non cōpetit, nulla est, neque actu, neq. potentia. Quæ cōpetit, sed ex causa aliqua æquitatis denegatur, ea est non actu, sed potentia. Quæ datur, sed sub exceptione, ea est & actu & potentia, sed inutilis, & inefficax propter exceptionem. Quæ verò datur sine exceptione, ea non solum est actu, sed etiam vtilis, & efficax ad producendam exactionem, in quo totus actionis effectus consistit.

5. GAIVS lib. 1. ad Edictum Prouinciale.

SI verò pro condemnato fideiusserit, & condemnatus decesserit, aut ciuitatem Romanam amiserit [a]: rectè nihilominus cum fideiussore eius agetur.

Ad l. Si verò pro condemnato 5.

a *Decesserit, amiserit.* Intellige intra tempora iudicati, id est, quæ dantur iudicato & condemnato, ne interim vrgeatur. Ratio dubitandi. Ex lege præcedente, vbi scriptum est, denegandam actionem aduersus fideiussorem, si ante diem exhibitionis decesserit is, qui ex decreto prætoris debuit ad certam diem exhiberi, aut si amiserit ciuitatem. Atqui idem euenit, cum ea mors, aut amissio ciuitatis contingit intrà tempora iudicati: quia & tunc verum est, eam contigisse ante diem. Ergo non debet prætor permittere, vt hoc casu agatur cum fideiussore. Ratio decidendi. Aliud est obligationis diem nondum venisse, aliud verò humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis. *leg. cùm milit. 16. §. 1. de compens.* vbi ob hanc causam scriptum est, Posse etiam intra iudicati tempora compensari, quod deductum est in condemnationem, licèt non possit ante diem compensari, quod in diem debetur, *l. quod in diem. 7. eo.* Nempe quia nec in diem, sed purè deberi intelligitur.

1 ¶ Qui pro rei qualitate [b] euidentissimè locupletem [c], vel (si dubitetur) adprobatum fideiussorem iudicio sistendi causa non acceperit: iniuriarum actio aduersus eum esse potest quia sanè non quælibet iniuria est, duci in ius eum, qui satis idoneum fideiussorem det. Sed & ipse fideiussor [d], qui non sit acceptus, tanquam de iniuria sibi facta queri poterit.

Ad §. 1. Qui pro rei qualitate.

Ratio dubitandi. Nemo inuitus cogitur admittere fideiussorem, ne quandoque possit ei imputari, cur admiserit. *l. 1. §. item quæritur. de separ. l. si ab arbitro. 10. in pr. & §. 1. ff. h. tit.* cúmque possint esse plures causæ, propter quas iustè quis possit credere non esse idoneum fideiussorem oblatum, quamuis re vera idoneus sit, non est cogendus dicere is, qui fideiussorem recusat, cur recuset: sicuti dici solet de illo, qui hereditatem opulentissimam adire non vult, nisi alieno periculo. *l. 4. ad SC. Treb. l. si in testamento. 22. in fi. si quis omiss. caus. test.* Ratio decidendi. Non quælibet, hoc est, non leuis iniuria est duci in ius eum qui satis idoneum det fideiussorem; cùm in ius vocatio non fiat sine vi & impressione, vt diximus ad *l. 2. & l. plerique. 18. de in ius vo.* nec ratio vlla est, cur actori permitti debeat vt sine causa auferat reo beneficium, quod habet ex edicto prætoris impediendæ per satisdationem violentiæ. Nullam verò causam habet is cui offertur fideiussor, qui sit euidentissimè locuples, aut si de facultatibus eius dubitetur, qui sit approbatus ab alio, quem pragmatici nostri vulgò *collaudatorem*, prudentes verò *adprobatorem* appellant. Alia causa est eius, qui opulentam hereditatem sine causa repudiat. Hic enim sibi soli primùm nocet, cæteris verò non nisi per consequentias, quarum ratio non solet haberi. *l. 1 l. quod dicimus. 7. de auto. tut.* Nec æquum est, vt propter alienum compendium cogatur se implicare oneribus hereditariis, nisi tales sint, quorum periculo hereditatem adire possit. *d. l. quia poterat 4. l. si res aliena. 52. §. 1. & l. non est cogendus. 53. ad SC. Trebell.*

b *Pro*

b *Pro rei qualitate.* Verba sunt edicti. *l. 1. §. in ius vocat. vt eant.*

c *Locupletem.* non minus ex conueniendi facilitate, quàm ex facultatibus. *l. . . in pr. §.*

d *Sed & ipse fideiussor.* Ratio dubitandi. Iniuria non fit sine affectu faciendæ iniuriæ, *l. 3. §. 1. de iniur. l. 5. C. eod. l. iniuria. 53. de furt.* Atquin is, qui fideiussorem euidenter locupletem non admisit, non potest videri habuisse animum iniuriæ faciendæ, cùm inciderit ipse in fideiussorem fortassis sibi cognitum, & de quo non cogitabat. argum. *l. vlt. rem pupilli saluam fore.* Nam etsi ab arbitro in eam rem dato adprobatus esset fideiussor, adhuc tamen liberum esset actori appellare, & ad competentem iudicem querelam deferre. *l. si ab arbitro. 10. in princip. hoc titu.* Ergo non potest teneri iniuriarum is, qui fideiussorem euidentissimè locupletem, necdum tamen ab arbitro adprobatum admittere noluit. Ratio decidendi. Animus faciendæ iniuriæ non tantùm ex verbis, longáve destinatione, sed etiam ex re ipsa colligitur. Non potest autem excusari mala mens, & malus animus eius, qui fideiussorem euidentissimè locupletem, atque adeò pro locuplete adprobatum, noluit admittere, quasi minùs idoneum. Suggillat enim ea res existimationem apud bonos & graues, si quis inops existimetur, siue quòd minùs in præteritum tempus credatur habuisse prudentiæ, siue quòd in futurum non tam facilè reperturus sit, qui cum eo sine pignoribus, aut fideiussoribus velint contrahere. Sic dicimus, si creditor meus, cui paratus sum soluere, in meam iniuriam fideiussores meos interpellauerit, iniuriarum eum teneri. *l. si creditor. 19. de iniur.* Item si quis iniuriæ faciendæ causa me appellauerit debitorem suum, cùm debitor non essem. *l. item apud Labeonem. 5. §. si quis non debitorem. 33. eod.*

6. PAVLVS lib. 12. ad Edictum.

QVotiens vitiosè [a] cautum, vel satisdatum est: non videtur cautum.

Ad l. Quotiens vitiosè 6.

Ratio dubitandi. Cautum vel satisdatum esse facti est, non iuris. Ergo quantumuis vitiosè, & non ex iuris ratione cautum vel satisdatum sit, non potest tamen ius facere, vt non fuerit cautum vel satisdatū: quoniā ratio iuris non potest efficere illa, quæ sunt facti, vt pro non effectis habeantur. *l. denique 19. ex qui. cau. maior. l. heredibus. 77. §. 1. ad Sen. Treb. l. in bello. 12. §. factæ. de capt. & postlim.* Ratio decidendi. Non cauetur, neque satisdatur ex edicto, nisi vt eius cautionis & satisdationis effectus aliquis sequi possit: nec enim prætor, aut alius legislator vnquam facit quicquam frustrà, vt nec natura. Porrò, cùm effectus ille non tam ex facto, quàm propter factum exiuris autoritate proficiscatur, non potest iuris effectum aliquem habere, quod contra ius ipsum, & perperam factum est. *l. 2. de aut. tut. l. cum vitiosè. 25. de pign. l. 3. de fideiuss.* Id quæ est, quod dici solet, id quod est nullum, parere effectum nullum posse. Exemplum huius legis pete ex *d. l. 3. de fideiuss. l. 1. sup. si quis in ius vocat. l. neque fœmina. 54. de procurat.*

a *Vitiosè.* i. non ritè, & ad eum modum, quo ex edicto caueri, vel satisdari oportuit. Cæterùm si ritè cautum vel satisdatum sit, licèt minùs idoneè, aliud erit: quia imputare sibi debebit, qui minùs idoneos fideiussores admiserit. *d. l. 3. de fideiuss. aut minùs idoneis pignora.* Cautionis enim nomen ad pignora referendum est, satisdationis ad fideiussores. *l. 1. §. vbi dixi.*

7. VLPIANVS libro 14. ad Edictum.

SI fideiussor non negetur idoneus, sed dicatur habere fori præscriptionem: & metuat petitor, ne iure fori vtatur: videndum, quid iuris sit. & Diuus Pius (vt & Pomponius libro epistolarum refert, & Marcellus libro tertio digestorum, & Papinianus libro tertio quæstionum) Cornelio Proculo rescripsit, meritò petitorem recusare talem fideiussorem: sed, si aliàs caueri non possit [a], prædicendum ei, non vsurum [b] eum priuilegio, si conueniatur.

Ad l. Si fideiussor 7.

Ratio dubitandi. Fideiussores non accipiuntur, nisi vt per eos res creditoris sit in tuto, & vt suum ille consequi possit. *§. vlt. Instit. de replicat.* Atqui, quod quis habet præscriptionem fori non facit quominus sit idoneus ad indemnitatem creditori præstandam. Quid enim refert à quo iudice condemnetur fideiussor, dummodo condemnetur, & satis faciat? Ratio decidendi. Accipiuntur fideiussores non tantùm ad hoc, vt securus sit creditori: sed etiam vt facilè, & quamprimùm consequatur, quod sibi debetur: nisi cùm quis decem stipulatus à Titio, postea quantò minus ab eo consequi poterit, à Mæuio stipulatur: vt in *l. 116. de verborum obligat. quod tamen perraro fit.* Qui enim ita accipiuntur fideiussores, non simpliciter fideiussores dici possunt, sed fideiussores indemnitatis. Cùm ergo fideiussor talis est, qui ex aliqua causa fori præscriptionem habeat & ius reuocandi domum, licèt sit idoneus, locuples tamen dici non potest, quia multò difficiliùs conueniri potest. *lege 2. in princip. supra.* Atqui edicti verba sic concepta sunt, vt fideiussor dari debeat iudicio sistendi causa, non tantùm qui sit idoneus, sed etiam qui locuples.

b *Prædicendum ei, non vsurum.* Ratio dubitandi. Nemo priuilegium suum, aut ignorans, aut inuitus amittere potest, præsertim si, vt loquuntur, clausum sit in corpore iuris. Quo casu videtur esse quodammodo ex iure communi. Necessarium igitur est, vt qui habet priuilegium & præscriptionem fori, ei renuntiare expressim debeat, vt in *leg. penult. Cod. de pactis.* alioqui non possit impediri, quominùs iure suo vtatur. Ratio decidendi. Cùm ei prædictum est non vsurum illum priuilegio, si postea nihilominus fideiubeat, satis renunciat iuri suo, qui ea lege accedit ad fideiussionem: nec vlla fit ipsi iniuria, cùm eius voluntas, & consensus intercedat. Sed si prædictum ei non esset, neque expressim renuntiasset, vtique iure suo vteretur, & ideo prædicendum ei est.

a *Si aliàs caueri non posſit.* Ratio dubitandi. Causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum creditoris pertinet, *l. continuus* 137. *§. illud. de verb. obli.* Ergo quantumuis difficile sit ei, qui fideiussorem dare debet, vt alium inueniat, qui non habeat fori præscriptionem, tamen liberari non debet, quominùs ex edicto fideiussorem locupletem dare teneatur. Ratio decidendi. Necessitas dandi fideiussoris iudicio sistendi causa, sicut ex edicto prætoris proficiscitur, ita ex eiusdem prætoris mente est interpretanda. Prætor autem non eo fuit animo, vt adigeret reum ad rem penè impossibilem, sed tantùm, vt actori prospiceret, quod æquè fit, cùm prædicitur isti fideiussori, qui habet præscriptionem, futurum, vt ea non vtatur, atque si expressim ei renuntiaret: cùm vtroque casu eueniat, vt nulla fori præscriptione actor excludatur. Ideò sic titulus hic conceptus est, *Qui satisdare cogantur, vel iuratò promittant, vel suæ promissioni committantur.* vt intelligamus prætorem non semper irrogare satisdandi necessitatem, sed aliquando, si videat fideiussorem facilè inueniri non posse, hoc vnum requirere, vt reus iuratò promittat. Quam nos iuratoriam cautionem appellamus, aut vt repromittat sine iureiurando, quæ nuda repromissio dicitur. *l. cum clericis* 25. *§. 1. l. omnes* 33. *§. in hac autem. Cod. de epis. & cler.* Semper tamen addi solet hypotheca bonorum. *l. filio* 7. *vt legat. nom. cau. Adde l. vlt. §. 2. Inst. de satisd.*

1 ¶ Si necessaria satisdatio [a] fuerit, & non facilè possit reus ibi eam præstare, vbi conuenire: potest audiri, si in alia eiusdem prouinciæ ciuitate satisdationem præstare paratus sit: si autem satisdatio voluntaria est, non in alium locum remittitur: neque enim meretur, qui ipse sibi necessitatem satisdationis imposuit.

Ad §. 1. Si necessaria satisdatio.

a *Si necessaria satisdatio.* Ratio dubitandi. Nunquam necessaria est satisdatio, cùm possit reus veniendo in ius effugere necessitatem satisdationis. *tot. titul. in ius vocat. vt eam aut sat. vel caut. dent. l. 5. §. 1. 3. hoc titu.* Ergo nullus huic distinctioni locus est, cùm satisdandi necessitatem sibi vltrò imponat is, qui vocatus in ius non venire. Ratio decidendi. Necessaria satisdatio hîc dicitur, quæ præstari necessariò debet ex edicto prætoris, siue necessitas illa sit præcisa, siue, vt loquuntur, causatiua. argum. *l. quæ sub conditione* 8. *§. sed si sub iurisiurandi. de condic. instit.* voluntaria verò, quę ab illis offertur vltrò, quos prætor aut iuratoriæ cautioni, aut nudæ repromissioni committeret, vt ab illustribus & senatoriis, de quibus in *l. pen. Cod. de dignit.* & apud Harmenopulum *lib. 1. tit. 2. de abiurat.* Porrò fauorabilior est, qui satisdandi necessitatem à prætore irrogatam subit, quàm qui sponte sibi eam imponit. Huic enim potest imputari, illi non item. Nec vlla vsque in iure nostro melior, aut fortior exceptio est, quàm illa, *Tibi potest imputari*: quia quod quis ex culpa sua damnum sentit, sentire nec videtur. *l. quod quis* 203. *de reg. iur. l. 2. §. si quis tamen. infr. si quis caut. l. si mulier* 21. *in princ. quod met. cauſ.*

2 ¶ Si satisdatum pro re mobili non sit, & persona suspecta sit, ex qua satis desideratur: apud officium deponi debebit, si hoc iudici sederit, donec vel satisdatio detur, vel lis finem accipiat.

Ad §. 2. Si satisdatum pro re mobili.

Ratio dubitandi. Præposterum est, vt incipiatur ab executione: Ne alioqui inducamus, vt quis indicta causa condemnetur. *l. 1. Cod. de except. rei iudic.* Ergo non potest incipi à sequestratione. Nam & sequestratio ipsa executio quędam est, & idcirco prohibita. *tot. titul. Cod. de prohib. sequestr. pec.* Ratio decidendi. Iudicia omnia in id comparata sunt, vt actori satisfiat. Ergo ab initio, & ante omnia prouidendum est, vt res de qua agitur, vel agetur, sit in tuto, ne frustrà postmodum feratur sententia, quæ executioni mandari non possit. Frustrà enim est actio, quæ non potest habere exactionem. *leg. nam is nullam* 6. *de dolo.* frustrà est sententia, si non habeat executionem. *l. à diuo Pio* 15. *de re iudicata. l. restituere* 68. *de rei vindicat.* Itaque cùm is, à quo satisdatio petitur, est suspectus siue moribus, siue facultatibus, & res de qua agitur mobilis est, quæ proinde celari facilè, & occultari potest. *tot. titul. ad exhibendum.* Æquum est deponi eam, & sequestrari apud officium, si iudici ita videbitur, donec vel satisdatio detur, vel finè lis accipiat. Ex causa enim permittenda sequestratio est: causæ autem variæ esse possunt, de quibus alibi dicemus. Vide *leg. postquam* 5. *§. 1. in fin. l. filio* 7. *vt legat. nom. cau. l. Imperatores* 21. *§. vlt. de appell.* Mihi tamen, vt dicam quod sentio, hic locus valde suspectus est, sapitque Tribonianum, vt & proximè citati loci omnes, qui de sequestratione loquuntur. Quis enim credat Vlpianum scripsisse, *& persona suspecta sit, ex qua satis desideratur*: pro eo quod Iureconsulti solent dicere, *& suspectus sit ille à quo satis desideratur.* Et rursum, *apud officium deponi.* denique quod sequitur, *si hoc iudici sederit*, pro eo quod dicere voluit, *si ita iudici videbitur.* Quòd si præcedentia inspicias, sunt illa omnia de satisdatione *iudicio sisti*: Hæc autem sententia magis pertinet ad satisdationem *iudicatum solui*, de qua & in *l. filiusfamilias* 14. *hoc tit. & in tit. de satisd. inst. in pr.* Quid enim commune habet stipulatio iudicio sisti, & satisdatio eo nomine præstita, cùm re mobili? Siquidem siue mobilis res sit, quæ petitur, siue immobilis, & siue suspectus reus, siue non suspectus, non eò magis res erit in tuto, quod satisdederit iudicio sisti, quia stipulatio resoluitur, si ille iudicio stiterit, nec committi amplius potest. In quo differt à stipulatione iudicatum solui, quæ tres habet clausulas, de re iudicata, de re defendenda, & de dolo malo. *l. iudicatum* 6. *l. quærebatur* 13. *l. vlt. iud. sol.* Denique si iuris rationem spectemus, nihil aliud dici potest, quàm vt actione ad exhibendum teneatur is, à quo res mobilis petebatur, si eam celauerit, & ni exhibeat præstet id quod interest. *l. 1. & tot. t. ad exhib.*

Nec fiunt

Nec fiunt itæ satisdationes pro re, sed pro persona, cuius factum solum demonstratur. Et quamuis olim aliter conciperentur satisdationum stipulationes in actionibus in personam, aliter in actionibus in rem: nusquam tamen legimus adhibitam fuisse à prudentibus distinctionem illam, Vtrùm res mobilis, an immobilis peteretur, quam nec adhibuit ipse Iustin. *in tit. de satisd. vt nec Impp. in l. vnic. C. de satisdand.* Tribonianus tamen putauit, licèt non distinguatur inter rem mobilem, & immobilem cùm interponitur satisdatio, distinguendum tamen esse, si non interponatur, & consulendum actori saltem per sequestrationem, quam ille vocat depositionem, vt res sit tutiore loco. & malè. nam vel res ferebatur in ius, vt litis contestatio fieret, & mox interponebatur satisdatio de re restituenda, seu iudicatum soluì, vel si reus eam occultabat, nec patiebatur duci vel ferri in ius, incidebat in edictum, *Si quis ius dicenti non obtemp.* & illius edicti pœnam incurrebat, quia impediebat ne posset fieri litis contestatio, vt dixi ad *ill. tit. Si quis ius dicens.*

8. PAVLVS lib. 14. ad Edictum.

DE die ponenda in stipulatione solet inter litigatores [a] conuenire [b]: si non conueniat, Pedius putat in potestate stipulatoris [c] esse, moderato spatio de hoc à iudice statuendo [d].

Ad l. De die ponenda 8.

a *Inter litigatores.* Ergo post litem contestatam. Nam sicut lis non est, ita neque litigatores esse possunt ante litem contestatam. *l. sed etsi* 25. *§. si ante. de pact. her.* Ex quo apparet, hanc satisdationem iudicio sisti, non esse illam de qua prætor sentit in *tit. in ius vocat. vt eant vel satisd.* quam præstare cogebatur is, qui vocabatur in ius, si neque sequi, neque rapi vellet. Illa enim ante litem contestatam præstanda erat, & in ipsa vocatione, nec de sistendo in iudicio ad litem prosequendam, sed de sistendo in iure, & apud prætorem ad litem contestandam, iudicium-que accipiendum: Hæc verò de sistendo in iudicio apud iudicem datum, licèt apud prætorem, & ante iudicis dationem interponeretur.

b *Conuenire.* Ratio dubitandi. Hæc stipulatio & satisdatio interponitur ex autoritate prætoris, ideóq; prætoria appellatur in *l. 1. §. communes. de præs. stip.* Ergo prætoris, non litigatorum arbitrio interponenda, vt & impretanda est. arg. *l. in conuentionalib. 52. de ver. ob.* Ratio decidendi. Si conuenerit inter litigatores, quid prætorem statuere oporteat, id ipsum prætor sequitur. *l. 1. §. inde quæritur. de oper. nou. nunc.* sicut & iudex datus, in iudicando sequeretur. *l. si conuenerit 26. de re iudic.*

c *In potestate stipulatoris.* Ratio dubitandi. In dubio fauorabilior est reus, quàm stipulator. *l. Arrianus ait* 47. *de obli. & act. l. fauorabiliores* 125. *de reg. iur.* Ergo in potestate rei positum hoc esse debet, non stipulatoris, ne alioqui inuitus quis ad alterius voluntatem obligetur. Ratio decidendi. In iis, quæ ad iudicia siue constituenda, siue exequenda pertinent, magis fauemus actori quàm reo: quia iudicium redditur in inuitum. Reus autem semper dissentiet, si eius arbitrio res committatur. *l. in executione* 83. *§. 1. de verb. obl.* vbi ob hanc causam dicitur, aliter obseruandum in stipulationibus, quia non nisi consensu contrahuntur, licèt non consensu, sed verbis perficiantur.

d *Moderato spatio de hoc à iudice statuendo.* Vereor ne sint etiam Triboniani hęc verba, confundentis more suo iudicem, & ius dicentem. Prætoris enim erat, non iudicis dati, hoc spatium moderari: cùm apud eum, & ex eius autoritate interponeretur stipulatio, antequam iudex daretur. At neque prætoris moderatio vlla hîc erat necessaria: is enim verbis edicti iusserat vicena millia passuum in singulos dies deriumerari. *l. 1. §. si quis caut.* nimirum quoties de die inter litigatores non conuenisset. *l. 3. de ver. sig.* Ergo etiam illo casu quo in potestate stipulatoris fuisset dicere certam diem. Sed & ablatiui isti absoluti adeò familiares Triboniano, ipsius manum satis produnt.

1 ¶ Qui mulierem [e] adhibet ad satisdandum, non videtur cauere. sed nec miles, nec minor [f] viginti quinque annis probandi sunt: nisi hæ personæ in rem suam [g] fideiubeant, vt pro suo procuratore. ¶ Quidam etiam, si à marito fundus dotalis petatur, in rem suam fideiussuram mulierem [h].

Ad §. 1. Qui mulierem adhibet.

e *Qui mulierem.* Ratio dubitandi. Qui adhibet ad satisdationem eum, cuius priuilegium aliquod est vt habeat fori præscriptionem, idoneè tamen videtur cauere, vno nimirum illo casu, quo aliter cauere non possit: & ita si prædicatur ei non vsurum illum exceptione. *l. si fideiussor 7. in princ. supra eod.* Atqui perinde mulier potest cauere se non vsuram exceptione Senatusconsulti Velleiani. *l. vlt. §. pen. ad SC. Velleian.* Ergo potest idonea esse ad fideiubendum, saltem eo casu, quo caueat se exceptione non vsuram. Ratio decidendi. Non potest mulier fideiubere, quin paratum habeat auxilium senatusconsulti, cui nec potest renuntiare, quia in fraudem senatusconsulti excogitata esset ea renuntiatio. *l. quidam voluit. 29. §. vlt. eo. l. heres meus* 79. *§. vlt. de cond. & demonst.* Nec enim priuatorum cautionibus iuri publico derogari non potest. *l. vlt. de suis & legit. l. quod bonis* 15. *§. 1. ad l. Falcid. l. ius publicum* 38. *l. inter debitorem* 42. *de pactis.* Planè postquam intercessit contra senatusconsultum, cœpitque ex hac causa exceptio ei competere, si nihilominus iudicium suscipere velit, audienda est: si modò caueat se non vsuram exceptione. *dict. leg. vl. §. penult.* quia tunc iam satisfactum est senatusconsulto, nec quicquam fit contra ius publicum, quando quidem non ea senatus mens est, vt mulier omnimodo vtatur exceptione, sed vt possit vti si velit: sicut nec legis Falcidiæ, vt heres Falcidiam omnimodo ex legatis deducat, sed vt eam possit deducere, si volet eo tempore, quo ius habebit iam quæsitum Falcidiæ deducendæ. At nunquam posset competere mulieri exceptio senatusconsulti, si valeret cautio, qua promisisset se non vsuram. Esset igitur ea cautio contra senatusconsultum: quo tamen locum habente fieri nequit, vt mulier possit ad fideiubendum esse idonea, quæ talem habet exceptionem. *l. 3. de fideiuss. l. neque femina 5. de procurat.*

f *Sed nec miles, nec minor.* Ratio dubitandi. Iniuria est, si quis negetur fideiussor idoneus, ideóque solet ex hac causa competere actio iniuriarum. *lege 3. in fin. supra.* Ergo quantò fauorabiliores sunt milites, & minores, tantò minùs permittendum est, vt ipsis hæc fiat iniuria.

Ratio decidendi. Non possunt isti esse locupletes fideiussores, quia priuilegium habent, miles quidem fori, minor verò in integrum restitutionis. *l. neque fœmina* 54. *de procur. l. 3. de fideiuss.* Nec ad eorum iniuriam hoc pertinet, quia ei demum fit iniuria, qui quantum ad facultates negatur esse locuples, cùm tamen sit soluendo. Non etiam illi, qui negatur locuples ob id, quod habeat priuilegium aliquod. Nemo siquidem priuilegium habet, nisi ob honorem. At nónne possunt isti priuilegio suo renunciare? Non sanè minor, quia aduersus eam renunciationem in minore ætate factam æquè restitueretur. *l. dol. exceptio* 19. *§. idémque est in minore. de nouat.* Non miles olim, quoniam priuilegia illa ob publicam causam & vtilitatem militibus concessa credebantur. nec poterat miles alienis negotiis se immiscere inoffensa disciplina. *l. qui stipendia* 9. *Cod. de procurat l. milites nostros. Cod. de locat.* Hodie tamen potest, quod vtrumque probat. *l. pen. C. de pact.*

g *In rem suam.* Ratio dubitandi. Non eo minùs & miles & minor quis est, quòd in rem suam fideiubeat. Ergo æquè haberi debet pro non idoneo ad fideiubendum.

Ratio decidendi. Non modò absurdum, sed etiam iniquum esse militibus interdici, ne rem suam gererent. *d. l. qui stipendia* 9. *C de procurat.* Minor autem nunquam restituitur ob id solùm, quòd minor sit, nisi etiam illud concurrat vt læsus fuerit. *l. nam quæ* 9. *§. si minor. de iureiurando. l. verum* 11. *§. sciendum. l. quòd si minor* 24. *§. non semper. de minoribus.* At qui non lædítur qui in rem suam fideiubet, putà pro suo procuratore in eo negotio, in quo agit ille tanquam procurator. Quomodo sanè lædítur, qui in rem alienam fideiubet, quamuis mandati iudicio indemnitatem sit consecuturus: quia interest ipsius non soluere potiùs quàm solutum repetere. *l. 3. de compens. l. si stipulatus* 15. *in pr. de fideiuss.*

h *Fideiussuram mulieremi.* Ratio dubitandi. Fundus dotalis est in bonis & dominio mariti. *leg. 1. de fund. dot. l. quædam* 26. *de acquirend. rerum dom. §. 1. Instit. quibus alienare licet vel non. l. si constante* 24. *§. si maritus. insfr. solut. matrim. l. doce. 9. C. de rei vindicat.* Ergo in rem alienam fideiubet mulier, quæ pro marito ex causa fundi dotalis fideiubet.

Ratio decidendi. Quamuis dos sit in bonis mariti, hoc est, in dominio eius bonitario, est tamen mulieris, id est, in dominio mulieris quiritiario. *l. quamuis* 75. *de iure dotium.* nec minùs interest mulieris, quàm mariti dotem defendi, ne sit ipsa indotata. Hodie inuersa per Tribonianum iurisprudentia contra est. dominium enim bonitarium naturale, & verum, cuius passim melior & potior causa est, quàm quiritiarij, vt Vlpianus in fragmentis scribit, *titul.* 19. mulieris esse creditur, mariti verò non nisi ciuile & fictitium. *l. in rebus* 36. *Codic. de iure dotium.* ac proinde quiritiarium, quod antiquæ subtilitatis ludibrium appellat Iustinianus. *leg. vnic. Cod. de nud. iur. Quirit. tollend.* Tantò magis igitur hodie verum est, quod hic scribitur, in rem suam fideiubere mulierem, quæ pro fundo dotali fideiubet.

2 ¶ Si seruus inueniatur, qui antequam iudicium accipiatur: fideiussit iudicatum solui: succurrendum est actori [i], vt ex integro caueatur. Minori quoque [k] vigintiquinque annis succurrendum est fortasse & mulieri propter imperitiam [l].

Ad §. 2. Si seruus inueniatur.

Ratio dubitandi. Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus conditionis personæ, cùm qua contrahit. *l. qui cum alio* 19. *de regul iur* Ergo imputare sibi debet, qui seruum in fideiussorem admisit.

Ratio decidendi. Probabilis est hic error facti, cùm seruus hic se pro libero gereret, & passim pro libero haberetur, vt & in *l. Barbarius* 3. *§. de off. præt.* quia difficilè potest dignosci liber homo à seruo. *leg. quia difficilè* 5. *de contr. empt.* Adde *l. 3. §. 1. de SC. Mace.*

i *Succurrendum est actori.* Ratio dubitandi. Quoties vitiosè cautum vel satisdatum est, non videtur cautum *l. 6. supra.* & frustrà est datio, si quis satisdederit ei personæ, quæ agere non potuit. *leg. 2. §. 1. infra eod.* Ergo non eget actor, vt ei succurratur, cùm accepit fideiussorem eum, qui non potuit obligari. Imò habendus est ipso iure hic fideiussor pro non dato.

Ratio decidendi. Imputari posset huic actori, cur talem fideiussorem admisisset, non priùs bene explorata ipsius conditione, si ageretur summo iure. Sed æquitas facit, vt ei tamen succurrendum sit propter probabilem errorem facti. *d. l. 3. de off. præt. ad. l. quia difficile* 5. *de contr. empt. & d. l. 3. §. 1. de SC. Maced.*

k *Minori quoque.* Intellige de minore, qui non seruum, sed alium minùs locupletem fideiussorem admiserit, inconsulta facilitate. Nam superior sententia, quæ habet succurrendum esse actori, qui seruum ignorans accepit fideiussorem, quidni locum habeat in minore, sicut & in alio actore quolibet?

Ratio dubitandi. Minor ex omnibus causis rectè & efficaciter obligatur, etiam sine suo curatore. *l. puberes* 101. *de verborum obligat.* Ergo non est ei succurrendum, saltem nisi extra ordinem, & ita demum si perat ille restitutionem, *tot. titul. de minorib.*

Ratio decidendi. Necessarium quidem est hoc casu auxilium prætoris, sed non est necessaria in integrum restitutio: quia cùm ea sit mens prætoris, vt idoneè caueatur, ad ipsius æquitatẽ pertinet, vt non habeat pro bene cauto, quod minùs idoneè cautum est ei, cui ex hac causa restitutionem daturus esset prætor si peteretur. Aliud iuris esset in conuentionali satisdatione. nec enim prætor in ea se interponit. *l. in conuentionalibus* 52. *de verb. oblig.*

l *Fortassis & mulieri propter imperitiam.* Adiectio est Triboniani, volentis more suo plus æquo fauere mulieribus, non propter imperitiam, sed propter sexum: nec tamen audientis liberè & absolutè vim legibus inferre. Nam si iuris rationem consulamus, proculdubio non potest mulier haberi per omnia loco minoris 25. annis circumscripti, & passim

passim minùs fauorabiles sunt mulieres, quàm minores. *l. vlt. in princ. ad SC. Velleianum.* nisi & ipsæ sint minores, quo casu iis succurrendum est non tanquam mulieribus, sed tanquam minoribus: quia cùm ratio communis locum habere potest, non est quærenda vel admittenda specialis. *l. 3. in prin. & §. 1. de tutel.* Et sanè non potest negari, quin prima satisdatione præstita ex edicto, de quo in *hoc tit.* tota potestas edicti consumatur. Sicut & in cæteris ferè omnibus edicti partibus euenit, vt primo quolibet actu tota edicti potestas consumpta existimetur: nisi cùm prætor bis fieri quid iussit, vt in secunda parte edicti, De edendo, *leg. si quis* 6. *§. prætor ait. & §. vlt. cum l seq. ff. de eden.* Nam & generale est vt in sermone quolibet indefinito primus actus solus significetur. *l boues* 89. *§. 1. de ver. sig. l. dotis promissio* 68. *de iur. dot. l. inter socerum* 26. *§. vlt. de pac. dot. l. cum qui* Kalend. 41. *de ver. obli.* Et ideò nimirum succurrendum est & ei qui seruum in fideiussorem accepit ignorans, & militi & minori vt iis ex integro caueatur; quoniam si non iis succurretur non possent petere ex edicto satisdationem, quæ iam semel præstita fuisset. Prætor enim semel tantùm non bis satisdari iussit. Indéque etiam est quod vitiosè præstitam satisdationem pro non præstita habemus. *d. l. quoties* 6. *§. h. tit.* ne alioqui satisdatio nulla & vitiosa totam edicti potestatem consumat. Nec est contrarium quod ait *l. 4. de prætor. stipulat.* prætorias stipulationes sæpius interponi cùm fine culpa stipulatoris cautum esse desiit, putà si fideiussores, qui ab initio fuerint idonei postea lapsi sint facultatibus. *l. si ab arbitro* 10. *§. 1. hoc tit.* Id enim rationem illam habet quod non videatur cautum, si non duret cautum: sicut nec versum quod non durat versum. *l. si pro patre* 10. *§. versum. de in rem vers.* & quia quæ de nouo emergunt, nouo indigent auxilio. *l. de ætate* 11. *§. ex causa. de interrogat. in iure fac.* Sed si causa nulla superueniat, aut si culpa sit aliqua stipulatoris, licèt talis quæ veniam mereatur; non potest sæpius postulari satisdatio, quin succurratur ei qui ex integro sibi vult caueri.

3 ¶ Si fideiussor iudicatum solui, stipulatori heres extiterit, aut stipulator fideiussori, ex integro cauendum erit.

Ad §. 3. Si fideiußor.

Ratio dubitandi. Cùm stipulator fideiussori, aut fideiussor stipulatori heres existit, nulla intercedit culpa, adeóque nec factum promissoris. Ergo nec debet affici incommodo nouæ satisdationis, cùm sibi potiùs imputare debeat stipulator, cur fideiussoris, aut fideiussor, cur stipulatoris hereditatem adierit. Ratio decidendi. Obligatio, quæ per satisdationem contracta fuerat, extinguitur hoc casu per confusionem, cùm non possit idem esse debitor & creditor sui ipsius. *l. 14. l. 21. l. 50. de fideiuss. l. 95. §. adito. de solu.* Et quamuis hæc confusio contingat facto illius, qui adit hereditatem, quia tamen factum illud inculpatum est, æquum est ei succurri, vt ex integro caueatur. Alioqui factum alienum prodesset promissori, quod non magis permittendum est, quàm vt ei noceat: nisi fortè volumus huic imputare cur sibi delatam hereditatem opelentissimam adierit. Itaque cùm non duret cautum, ex integro cauendum est, ex mente prætoris, vt dixi ad *§. praced.*

4 ¶ Tutor, & curator [a], vt rem saluam fore pupillo caueant, mittendi sunt in municipio: quia necessaria est satisdatio. ¶ Item de re restituenda [b] domino proprietatis, cuius vsusfructus datus est. ¶ Item legatarius [c] vt caueat, euicta hereditate, legata reddi, & quod amplius per legem Falcidiam ceperit. ¶ Heres quoque [d], vt legatorum satisdet, audiendus est, vt in municipium [e] mittatur, planè si missio iam legatario [f] in possessionem, cùm per heredem staret, quominus caueret, heres postulet, vti de possessione decedat, paratúmque se dicat [g] in municipio cauere: impetrare non debebit. Diuersum, si sine culpa, aut dolo [h] heredis missus sit in possessionem.

Ad §. 4. Tutor, & curator.

a *Tutor, & curator.* Ratio dubitandi. Satisdatio tutoris vel curatoris non nisi propter pupilli vel adulti vtilitatem interponitur. *tot. tit. rem pup. sal. fo.* Ergo interponenda est in eo loco, in quo futura sit commodior pupillo: quem tanto fauorabiliorem esse æquum est, quòd incidit in tutorem, non tutor in ipsum. *l. vlt. ill. tit.* Ratio decidendi. Hæc satisdatio non voluntaria est, sed necessaria. Ideóque hunc fauorem meretur tutor, itémque curator, qui sibi hanc satisdationis necessitatem non vltrò imposuit. *l. si fideiussor. 7. §. 1. ff. n. t.*

b *De re restituenda.* Ex *tit. vsuf. quem. caut.* Ratio dubitandi. Hæc satisdatio videtur esse voluntaria non necessaria, cùm sit in potestate fructuarij, ne cogatur satisdare, sc. si vsumfructum sibi datum velit abiicere. Ergo in alium locum remittendus non est fructuarius. Cuius in hoc videtur esse dissimilis cõditio à tutore & curatore. Hi enim officium publicum sibi demandatum agnoscere coguntur. *l. tutorem. 22. de his quæ vt indig.* si non adferant iustã excusationem. *tot. tit. de excus. tut. l. 2. §. si tut. vel cur. creat. appell.* Ratio decidendi. Imò necessaria est hæc satisdatio, non quidem præcisè & absolutè, sed causatiuè vt loquuntur, i. quia non aliter potest vsufructuarius facere fructus suos, quàm si satisfecerit. *l. 1. C. de vsufru.* Nec imputari ei potest cur vsumfructum habere velit, quem legitimè acquisierit.

c *Item legatarius.* Ratio dubitandi. Potest huic legatario imputari, cur euẽtum expectare nolit, vt sciatur cuius re vera sit hereditas, an possessoris, an petitoris: aut an lex Falcidia locum habitura sit. Ergo satisdatio, quam præstare cogitur ex *l. postquã* 43. *& vlt. §. de pet. her.* videtur vultuaria, initio saltem inspecto, quod plerũque inspiciendum est. *l. 3. §. scio. de minor. l. si procuratorem* 8. *in pr. mandat.* Ratio decidendi. Legati quidẽ agnitio & petitio voluntaria est, quia licèt ignoranti, non tamẽ inuito legatum acquiritur. *l. legatarius* 38. *§. 1. & 1. l. si tibi homo* 86. *§. cùm seruus. de leg. 2. l. neminem* 4. *& seq. l. cùm pater.* 77. *§. surdo. de leg. 2.* sed satisdatio quæ ad legatum consequendũ præstari debet, necessaria est, quia non aliter legatũ consequi legatarius potest, Nec ei potest imputari, cur in legato, quod ei pure fuerat relictum, moram sibi fieri noluerit: quod nec prætor noluit. *l. 1. §. nec sine ratione, l. etiam de præsenti* 15. *vt leg. no. cau.* ideóque dicitur hoc onus satisdationis. in *l. cùm non facile* 6. *l. hæc autem* 4. *in pr. & §. si. si cui plus quàm per l. Fal.*

d *Heres quoque.* Ratio dubitandi. Hereditatem etiam opulentam adire nemo cogitur, nisi alieno periculo. *l. quia poterat 4. ad Trebel. nec emere 16. Cod. de iur. deliber.* Qui autem adit, hoc ipso videtur quasi contrahere cum legatariis, non minùs, quàm cum creditoribus. *l. 3. §. vlt. & l. seq. ff. quibus ex causis in poss. eat.* quasi promittat iis omnia se facturum & præstaturum, quæ tam ex iure, quàm ex edicto prætoris heredem facere oporteat. Alia enim lege heres esse non potest, quàm vt iis omnibus pareat, quæ contra heredes sunt constituta. Ergo videtur hæc satisdatio esse voluntaria, non necessaria, & proinde fauorem nullum mereri. Ratio decidendi. Imò necessaria est, quoniam ex edicto prætoris heredi inuito iniungitur. *l. 1. & tot. tit. vt legat. nom. caueat.* Qua enim fronte possunt legatarij, aut fideicommissarij imputare heredi, cur hereditatem adierit, cùm si non adisset, vtique legata & fideicommissa omnia corruissent. *l. si nemo 9. de testament. tutel.* Nunquam enim audiendus est, qui factum, ex quo ille ipse lucrum sensit, alij vult imputare. *l. cùm in fundo 78. §. quod si mulier. iunct. leg. si extraneus 33. de iure dotium.* Planè, si heres conuentus à legatariis, aut fideicommissarijs in eo loco, in quo est hereditas, petat remitti ad locum alium, in quo habet domicilium. *l. postquam 5. §. penult. vt legat. nom. caueat.* quia non potest heres recusare, quominus pro hereditarijs oneribus conueniatur, & satisdet, vbi est hereditas. *leg. heres absens 19. de iudic.* cùm hereditas illa sit, quæ ipsum obligat. arg. *l. siue à certis 17. de duob. reis.*

e *In municipium.* Scilicet, in quo vel domicilium heres habet, qui Romæ conuenitur, vel hereditas est. Alterutrum enim sufficit, vt heres possit & debeat; nisi vrgeatur ad satisdationem, & conueniatur in eo loco, in quo est hereditas, aut postulet legatarius vel fideicommissarius caueri sibi, vbi est hereditas. Sic enim hic locus accipi debet ex *d. l. postquam 5. §. vlt. legat. nom. caueat.*

f *Si missio iam legatario.* Ratio dubitandi. Missio illa in possessionem, quæ legatorum vel fideicommissorum seruandorum gratia fit ex edicto, *Quib. ex causis in possessionem eatur.* nullum tribuit ius ei, qui missus est, nec dominij, nec possessionis, quia non tam possessio rerum, quam custodia ei datur. *l. is cui legatorum 5. in princip. vt in poss. legat.* Ergo non debet heredi nocere, quominus possit petere, vt pro satisdatione prestanda remittatur ad eum ipsum locum, ad quem remitti deberet, si missio nulla intercessisset. Ratio decidendi. Per missionem illam contrahitur pignus prætorium. *l. non est mirum 26. de pignor. act. l. filiusfamilias 114. §. idem Princip. 5. de legat. 1.* pignoris autem ius tale est, vt nunquam creditor illud dimittere cogatur, quousque sibi fuerit satisfactum de eare, cuius nomine constitutum pignus fuit. Constituto igitur pignore non potest heres pro satisdando remitti ad alium locum.

g *Paratúmque se dicat.* Nam cùm ea missio in possessionem non fiat, nisi vt qui mittitur, extorqueat cautionem tædio longæ possessionis, decedere debet de possessione, statim atque ipsi caueatur. *d. l. is cui legatorum 5. vt in poss. leg.*

h *Si sine culpa aut dolo.* Ratio dubitandi. Non potest heres non esse in culpa, qui non cauet secundùm formam edicti. Culpa enim, adeóque dolus est si quis non ob emperet prætori aut faciat contra edictum. *l. qui vetante 102. l. qui non facit 121. l. non potest dolo 199. de reg. iur.* Atqui iubet prætor heredem cauere legatariis, nec aliter mitti legatarios in possessionem, quàm si ex edicto iis cautum non sit. Ratio decidendi. Potest fieri facilè, vt heres, qui non cauit, in culpa non sit, nec in dolo: putà si ideò non cauerit, quod fideiussores aut pignora inuenire tam citò non potuerit, quod cùm euenit, nihil sanè est, quod ei possit imputari, nec eo minùs tamen fit missio: quia verum est cautum non esse. Nec enim prætor requirit an culpa aliqua, vel dolus interuenerit heredis, qui non cauit. Difficultas præstationis excusat quidem à dolo, & culpa, sed non à mora, *l. continuus. 137. §. illud. de verb. oblig.* Sola verò mora sufficit, vt locus fiat missioni. Id enim tantùm agit prætor, ne mora fiat legatariis. At neque ex[illegible], vt mora per heredem facta sit, sed tantùm vt non stet per legatarium aut fideicommissarium, quominùs caueatur *l. 1. §. non exigit. vt in poss. leg.*

5 ¶ Iubetur iurare de calumnia, ne quis vexandi magis aduersarij causa forsitan, cùm Romæ possit satisdare, in municipium euocet. ¶ Sed quibusdam hoc iusiurandum de calumnia remittitur: velut parentibus & patronis[a]. Sic autem iurare debet, qui in municipium emittitur: *Romæ se satisdare non posse*[c], *& ibi posse, quò postulat remitti.* idque se non calumniæ causa facere: nam si non est compellendus[b] iurare: alibi se, quem eo loco, satisdare non posse: quia si Romæ non potest, pluribus autem locis possit: cogetur peierare.

Ad §. 5. Iubetur iurare de calumnia.

Ratio dubitandi. Non debet facilè induci necessitas iurandi, siue metu periurij, quod solum Deum vltorem habet. *l. 1. C. de rebus creditis. & iureiur.* siue, quod sicuti plerique hominum faciles sunt ad iurandum contemptu religionis, ita alij perquàm timidi sint metu diuini numinis, vsque ad superstitionem. *leg. quæ sub. 8. de condic. instit.* Vnde est quod conditiones iurisiurandi plerumque turpes existimantur. *leg non dubitamus 20. de conditionibus & demonstrationibus.* Atqui nulla necessitas est iurandi de calumnia, ei cuius nulla calumnia probatur: quia calumnia cùm non sit sine dolo, nunquam præsumitur nisi probetur. *l. quotiens 18. §. qui dolo. de probationibus. l. dolum 6. Codice de dolo.* Vbi autem probata est, non potest purgari per iusiurandum, quia non iusiurandum illud esset, sed periurium. *lege vltima. Cod. de rebus creditis. l. vltim. de in lit. iur.*

Ratio decidendi. Qui non vult satisdare in eo loco, in quo satisdare ex edicto debet, contendens se ibi satisdare non posse, non caret suspicione calumniæ, nisi iuret se non calumniæ causa id facere, quod petit remitti ad alium locum. Alioqui si non cogatur iurare, quis parebit edicto nisi qui vltrò volet? Neque verò potest quis esse tam superstitiosus, vt dubitet an calumniæ causa necne hoc faciat, cùm ex ipsius animo id pendeat.

a *Parentibus & patronis.* Ratio dubitandi, Non magis parentibus & patronis, quàm cæteris permittendum est, vt impunè calumnientur. *l. 1. de calumnia. l. vlt. C. eod. l. vlt. C. de accusa.* vbi dicitur nemini impunitam esse debere mentiendi licentiam. Ratio decidendi. Tantus honor istis personis debetur, vt nec de earum calumnia conquerendum, nec ipsum calumniæ nomen iis obiici oporteat. *l. licet famosa. 7. versi. nec non. ff. de obseq. parent. præst.*

b *Non est compellendus.* Ratio dubitandi. Probatio debet esse concludens & necessaria, præsertim quæ fit per iusiurandum, ne alioqui frustrà iuretur. *l. 4. C. vnde legit. l. non epistolis 13. l. non nudis. 14. d. siue possideris. 16. C. de probat.* Atqui non est bona, & necessaria consecutio si quis dicat & iuret, Non possum satisdare Romæ, sed Capuæ. Ergo Capuam sum remittendus. Quidni enim eadem ratione remittendus erit Neapolim, si Neapoli satisdare possit? Iurare ergo debet, se alibi quàm Capuæ satisdare non posse.

Ratio decidendi. Qui iurare ita cogeretur, vtique cogeretur peierare, cùm fieri facilè queat vt etiam alibi quàm Capuæ satisdare possit. Cauendum autem est ne periurio via aperiatur. *l. quæ sub. 8. in pr. & §. sed si sub iurisiurandi. de cond. instit.* Maximè quia nec referat an alibi quàm Capuę satisdare possit, dum nec Romæ possit. Necessariò enim satisdandum habet, vel Romæ, vel in municipio, ad quod vult remitti, id est, in loco sui domicilij. Ad alium vllum locum, in quo domicilium non habeat, etiamsi in eo satisdare possit, remitti nunquam debet.

c *Romæ se satisdare non posse.* Nam cum hæc satisdatio præsteturex edicto prætotis, qui Romæ ius dicit, præstanda est Romæ, si fieri possit, si minùs in loco domicilij, nisi in casu. *l. is cui legatorum. 5. §. penult. vt in poss. legat.*

6 ¶ Hoc autem tunc impetrabitur, cùm iusta causa esse videbitur: quid enim, si cùm erat in municipio, noluit cauere? hoc casu non debet impetrare? cùm per eum steterit, quominùs ibi, vbi ire desiderat, satisdaret.

Ad §. vlt. Hoc autem tunc impetrabitur.

Ratio dubitandi. Quàdiu res integra est solet ferè in omnibus iuris partibus esse locus pœnitentiæ, dum ne quicquam aduersarij interfit. *l. & si post tres. 8. ff. si quis caution. l. si ita quis. 135. §. 1. de verbor. obligat.* Atqui nihil interest, quod antea cautum non fit, si modò hodie caueatur. Ratio decidendi. Nunquam debet quis admitti ad beneficium, quod semel vltrò abiecit, ne leges ludibrio ei esse videantur. *l. vlt. §. vbi autem. 6. C. de bon. quæ liber.* Itaque cùm reus petit se ad alium locum remitti, causæ cognitio adhibenda est.

9. GAIVS lib. 1. ad Edictum Prouinciale.

ARbitro ad fideiussores probandos constituto: si in alterutram partem iniquum arbitrium videatur: perinde ab eo atque ab iudicibus[d] appellare licet.

Ad l. Arbitro 9.

Ratio dubitandi. Ab arbitris appellari non potest, & eorum arbitrio parendum est siue æquum, siue iniquum pronuntiauerint. *l. diem proferre. 27. §. fin. l. non distinguemus 32. §. cùm quidam. ff. de recep. qui arbit.*

Ratio decidendi. Verum quidem illud est in arbitris compromissariis de quibus in *ill. tit. i.* qui à litigatoribus ex compromisso & conuentione eliguntur, sed non in illis, quos prætor dat quasi iudices, non ad pronuntiandum super negotio, de quo lis pendet, sed ad præparatoria quædam iudicij expedienda: quale hoc est, vt sciatur an idonei sint fideiussores oblati ab eo, quem prætor satisdare compellit. Ab istis enim perinde appellari potest, atque à iudicibus. *l. vlt. C. de iudic. & l. prox. seq. inf.* Dabat autem prætor & arbitros & iudices, quod à maiestate sua putaret alienum, vt de facto cognosceret. Vnde illud Ciceronis ad Q. Fratrem. *Quid? prætor solétne iudicare deberi.*

d *Perinde ab eo atque à iudicibus.* Ratio dubitandi. Appellationum vsus non aliam ob causam introductus est, quàm vt iudicantium iniquitas corrigatur, & malè latæ sententiæ in melius reformentur. *l. 1. de appell.* Atqui arbiter datus ad probandos fideiussores, etiamsi eos admiserit, nullam tamen sententiam tulit: Sententia enim non est, quæ nec absolutionem continet, nec condemnationem. *l. ex stipulatione. 7. l. cùm iudex. 11. l. cùm Papinianus. 14. C. de sent. & interlo. omn. iudic. l. 3. de re iudic.* Ergo appellari ab eo non potest, vt neque ab ipso iudice ante sententiam diffinitiuam. *l. vlt. Cod. de sent. & interl.*

Ratio decidendi. Ad probatio fideiussoris per arbitrum facta, sententia quidem non est, sed tamen pronuntiationem: cúmque finiat negotium, pro quo arbiter datus fuerat, ita vt post eam pronuntiationem non minùs desinat esse arbiter, quàm iudex desinit esse iudex post diffinitiuam sententiam. *lege iudex. 55. de re iud.* non minùs necessaria est appellatio ab ea pronuntiatione, quàm à sententia iudicis vt iniquitas arbitri corrigatur. Nam nec alia ratione prohibetur appellari à iudice ante sententiam, quàm quod interim fit iudex, neque officio suo functus dici possit.

10. PAVLVS libro 75. ad Edictum.

SI ab arbitro probati sunt fideiussores, pro locupletibus habendi sunt: cùm potuerit querela[e] ad competentem iudicem deferri.

Ad l. Si ab arbitro 10.

Ratio dubitandi. Quod ab arbitro pronuntiatum est, sententia non est, vt dixi ad *l. præced.* Ergo non habet vim rei iudicatæ, nec proinde pro veritate habetur, quod propriam est rei iudicatæ. *leg. res iudicata. 208. de reg. iur. l. ingenuum. 25. §. de stat. hom.* Sola enim sententia illa est, quæ transit in rem iudicatam si ab ea nec appellatum sit, nec appellari amplius possit. *l. & post rem. 7. & l. 11. de transact.* Ratio decidendi. Sicuti hic arbiter iudicis instar obtinet, cū datus sit à prætore ad cognoscendum de facto, & pronuntiandum, quāuis citra absolutionē aut condemnationem: (in quo solo differt à iudice) ita & q̄ pronūtiauit sententiæ vim obtinet, ac proinde etiā rei iudicatę, si appellatū nō sit, cū possit appellari vt proximè dictū est. Alioqui vel nullus erit finis cognitionis, si alium arbitrū à prætore dari oporteat, vel prætor ipse tandē cognoscere cogetur; quod vtrūq. inconueniens est.

e *Cùm potuerit querelā.* id est, cùm potuerit appellari, *l. prox. §.* Phrasis tamen parum elegans est, & planè Tribonianea. Scripsisset enim Paulus, *ad Prætorem*, non vt ille, *ad competentem iudicem.*

1 ¶ Qui ex causa improbat ab arbitro probatos, aliàs improbatos probat: multóque magis si sua voluntate accepit fideiussores, contentus his esse debet, quod si medio tempore[a] calamitas fideiussoribus insignis, vel magna inopia accidit: causa cognita[b], ex integro satisdandum erit.

Ad §. 1. Quòd ex causa improbat.

Ratio dubitandi. Cùm is qui minùs locuples erat in fideiussorem admittitur, non eò magis verum est locupletẽ eum esse. Locupletem enim faciunt facultates, & conueniendi facilitas, non opinio satis accipientis. *l. 2. in pr. ff.* Maximè verò si ab arbitro pronunciatum sit eum locupletem non esse, cùm eiusmodi pronuntiatio vim habeat rei iudicatæ, vt dixi ad *l. super.* Ratio decidendi. Imputare sibi debet, qui tales fideiussores admisit, quippe quos hoc ipso fecit idoneos, quod ad se attinet. *l. 1. §. illud sciendum. de separat.* Sicut idoneum nomen facit, qui admittit debitorem delegatum. *l. inter causas. 26. §. abesse mandat. & idoneam* hereditatem quæ adit eam, quæ non sit soluendo. *l. quædoris 33. solut. matr. l. 3. ad leg. falc. l. libertus. 36. de bon. libert.* Nam & iuri suo renunciare, & iuris sui spem deteriorem facere quilibet potest. *l. pactum. 46. §. de pact.* nec res iudicata vnquam prodest, nisi volenti. *l. euidenter. 16. de except. rei iudic. l. 3. §. vlt. vt in poss. leg.*

a *Quòd si medio tempore.* Ratio dubitandi. Obligatio semel bene extincta numquam ex postfacto potest reuiuiscere. *l. qui res. 98. §. areæm de solu. l. si pro patre. 10. §. pen. de in rem vers.* Atqui satisdandi obligatio fuit extincta per satisdationem semel bene, & vtiliter præstitam, nec minùs à prætore, quàm ab actore admissam: cùm præstatione eius, quod debetur contingat liberatio *vulg. iurib.* Ratio decidendi. Non videtur satisdatum, nisi duret satisdatum, vt dixi ad *§. 2. & 3. l. 8. ff.* Ideóque nec potest dici penitus extincta satisdandi obligatio, quia tractum temporis habet in id vsque tempus, quo effectum habere debeat: Ex mẽte scilicet prætoris, qui non aliam ob causam satisdari iubet, quàm vt securus sit is, qui satis accipit. *l. 1. ff.* Vnde est quod & sæpius satisdari præcipit, quoties sine culpa stipulatoris cautum esse desiit. *l. 4. de prætor. stipulat.* Quid autem potest imputari ei, qui fideiussores idoneos accepit? Denique tritum est, ea quæ de nouo emergunt, nouo indigere auxilio. *l. de ætate. 11. §. ex causa. de interrog. in iur. fac. l. planè. 4. §. vt in poss. leg.*

b *Causa cognita.* Neque enim facilè & sine causa oportet onerari per singula momenta eum, à quo satis petitur. *l. 3. §. vl. vt in poss. leg.* ne actum agatur, quod negant esse hominis, nedum magistratus sapientis.

II. VLPIANVS lib. 75. ad Edictum.

IVlianus ait si antequam mandarem tibi, vt fundum peteres, satis acceperis petiturus fundum, & postea mandatu meo agere institueris: fideiussores teneri.

Ad l. Iulianus ait 11.

Ratio dubitandi. Non potest dici procurator, qui mandatum nullum habuit, neque huius rei specialiter, neque vniuersorum bonorum. *l. 3. §. procuratorem. inf. iudic. solui.* Ergo non potest in actoris vtilitatem committi stipulatio, quæ nec ab actore ipso, nec ab eius procuratore fuit interposita. Ratio decidendi. Procurator intelligitur etiam is, cuius factum ratũ fuit habitum. *d. §. procuratorem,* quia ratihabitio æquiparatur mandato. *l. vero procuratori. 12. in fi. de solut. l. vlt. C. ad Maced.* Nihil ergo interest an fundum petiturus meo nomine satis acceperis, priusquam haberes mandatum, quod postea interuenerit, an verò eo tempore, quo iam eras meus procurator, ad hoc vt à te accepti fideiussores mihi teneantur. Aliud est, si me defensurus sine mandato fideiussores dederis, & postea tanquam procurator meus, & ex mãdato meo egeris. Tunc enim, dati à te fideiussores non tenentur. *l. si ante acceptum. 7. in fin. iudic. solui.* quia scil. à te dati sunt tanquam à defensore meo, non tãquam à procuratore, fuisti autem in iudicio tanquam procurator meus non tanquam defensor, & sic mutata videtur persona, pro qua fideiusserunt, cum mutata sit conditio tua. At cum fideiussores accepisti meo nomine, tanquam procurator meus, cũ nondum esses, non possunt illi recusare quominus mihi teneantur, si postea tibi mandauerim, quia eadem persona est, mea sci. cui ab initio voluerunt obligari, nec quicquam ipsorum interest quod tu ab initio mandatum à me nullum habueris.

12. IDEM lib. 77. ad Edictum.

INter omnes conuenit, heredem sub conditione, pendente conditione, possidentem hereditatem substituto cauere debere de hereditate: &, si, defecerit conditio adeuntẽ hereditatem substitutum & petere hereditatem posse: & si obtinuerit, committi stipulationem. & plerumque ipse prætor & ante conditionem existentem, & ante diem petitionis venientem, ex causa iubere solet stipulationem interponi.

Ad l. Inter omnes conuenit 12.

Ratio dubitandi. Heres sub conditione non potest heres esse, antequam cõditio euenerit: quia nec priùs hereditas ei defertur. *l. si heredi. 5. & pass. de condic. instit.* Ergo non potest fieri, vt possideat hereditatẽ, multò minùs, vt caueat substituto de restituenda hereditate. Quomodo enim restituet, quam non habuit? Ratio decidendi. Cùm quis heres scribitur sub conditione, licèt ea pendente non possit adire hereditatem, tamen potest à prætore bonorum possessionem secundùm tabulas accipere, futuram postea cum re, si conditio extiterit: sine re autem, si conditio defecerit. *l. si sub conditione. 5. & seq. de bonorum possess. sec. tab.* Ea namque inter aditionem hereditatis, & agnitionem bonorum possessionis secundùm tabulas differentia est, quod aditio hereditatis, cùm sit actus legitimus, nunquam potest esse sine re, id est, quin per eam hereditas acquiratur adeunti, quam proinde iure delatam esse oportet, *l. delata. 151. de verborum signification.* At bonorum possessio secundùm tabulas alia est cum re, alia sine re, vt scribit. Vlp. *in fragm. tit. De bonor. poss.* quia dat eam prætor de plano, & sine causæ cognitione, hoc tantùm requirens, vt tabulæ sint septẽ testium signis signatæ, & vt habuerit testator factionem testamenti: vtroque

vtroque tempore testamenti nimirum & mortis. *l. 1. §. exigit. de b. n. poss. sec. tab.* Potest ergo hic, qui bonorum possessor à prætore factus est, vtiliter cauere substituto de hereditate restituenda? Non quam heres factus per præcedentem, qui heredem sanè facere nullo casu potuit. *§. quos autẽ. inst. de bon. poss.* sed quasi possessor hereditatis quilibet. Nam & qui heres non est, hereditatis tamen possessor esse potest, idcóque & hereditatis petitione conueniri, & ad hereditatis restitutionem vrgeri, quorũ neutrum fieri posset, si verè heres esset. Non enim datur petitio hereditatis contra verum heredem, at neque contra eum, qui nullo titulo possidet hereditatẽ, seu aduersus eum duntaxat, qui possidet vel pro herede vel pro possessore. *l. regulariter. 9. & trib. seq. de petit. hered.*

d *Substituto.* vulgari. Ratio dubitandi. Potest videri calumniosè satis petere, quem alius antecedit. *l. Paulus notat. 8. de præt. stipul.* Atqui substitutum antecedit institutus, quem excludi esse oportet, priùs quàm substituto aliquid iuris acquisitum dici possit. Ergo ei cauere institutus non debet. Ratio decidendi. Prætor nemini vult beneficium suum esse captiosum. *d. l. Paulus not. 8.* Atqui beneficium prætoris nec parum est, quod heredi sub condicione instituto dat bonorum possessionem secundùm tabulas antè etiam, quam exiterit condicio: vt proximè dictũ est. Ne igitur tale beneficium sit captiosum substituto, in cuius fraudem fieri facilè potest, vt institutus possessor factus bona hereditaria dilapidet, æquum est substitutum ei cauere, de hereditate scil. restituenda. Sed tamen in diem longiorem vt scriptum est in *d. l.* Paulus quia potest videri calumniosè satis petere is quem alius antecedit, vt scriptum est in eadem lege. Sic enim is locus accip. debet vt quemadmodum duo Paulus dicit, quorum vnum est heredem, sub condicione scriptum cauere debere substituto, alterum verò cauere debere in diem longiorem, ita cuiusque dicti propriam reddat rationem. Prioris quidem illam quia prætor nemini vult beneficium suũ esse captiosum. Posterioris verò hanc & potest videri calumniosè satis petere quem alius antecedit. Quod non perceperunt qui eam legem cum interrogatione legendam scripserunt, vt neque illi qui pro & legunt *nec.*

e *Adeuntem hereditatem substitutum.* Ratio dubitandi. Post aditam hereditatem vulgares substitutiones expirant. *l. post aditam. 5. C. de impub. & aliis subst.* Nempe quia vulgaris substitutio condicionem illam semper habet, si heres non erit is, qui fuit institutus. Atqui condicio illa, si heres non erit is, perinde intelligitur deficere, cum institutus agnouit bonorum possessionem, & factus est bonorum possessor atque si hereditatem iure ciuili adiisset. *l. in condicionibus. 19. §. si patronus. de cond. & dem. l. puberem. 12. C. de inst. delib.* quia prætor in omnibus bonorum possessorem heredis loco habet. *l. prætor. 17. de reg. iur. l. 1. 2. & 3. de bon. poss.* Ergo, agnita bonorum possessione secundũ tabulas, deficit condicio vulgaris substitutionis. Ratio decidendi. Id verum est quoties bonorum possessio secundùm tabulas, est cum re, qualis semper est bonorum possessio contra tabulas, de qua in *d. §. si patronus.* At hæc quæ datur institutio sub condicione antequam condicio venerit, non est cum re, nisi impleta demum condicione. Non potest igitur excludere substitutum: Sicut neque excluderet legitimos heredes: Quanquam non iuber prætor iis cauere, quia non veniunt ex testamento.

e *Si obtinuerit.* Quæstio enim facti potest incidere, an condicio institutionis defecerit, & substitutionis exiterit, necne.

f *Et plerunque ipse prætor.* Sensus est, Non tantùm in hoc casu, sed in aliis etiam plerisque euenire, vt prætor & ante conditionem existentem, & ante diem petitionis venientem, ex causa soleat, iubere caueri ei, qui non nisi sub condicione, vel in diem creditor est. Ratio dubitandi. Perquam iniquum est superuacua cautione, & indebita quem onerari. *l. hæc stipulatio. 14. in fin. vt legat. nom. cau. l. 3. §. vlt. vt in poss. leg. at. l. testamento. 17. §. pen. de test. tutel.* Atqui potest fieri vt supernacua reperiatur hęc satisdatio, sc. si condicionem debiti postea deficere contingat. Non est igitur debitor condicionalis interim onerandus, sed expectandum necessariò est, vt condicio venerit, aut dies: iámque cœperit interesse stipulatoris. Nam quandiu pẽdet condicio, nec cessit, nec venit dies. Vbi verò in diem certam debetur, cessit quidem sed non venit. *l. cedere diem. 213. de verb. sig.* Ratio decidendi. Solet prætor, & debet omnia facere, quæ videt congruere æquitati, cuius ille præcipuus custos est & arbiter. Plerunque autem, & ex variis causis æquum est, etiam priusquam dies vel condicio venerit prospici creditori, ne fortè frustrà postmodum dies, vel condicio veniat, lapso interim facultatibus debitore. *l. in omnibus. 41. §. de iudic. iunct. l. nam is nullam. 6. de dolo.* Nã & qui in diem, & qui sub condicione creditor est, interim creditor est. *l. is, cui sub. 42. de oblig. & act.* cùm habeat quod transmittere possit ad heredem, si interea moriatur. *§. ex condicionali. Inst. de verb. obl.* licèt nullo casu habeat petitionem. Sed & legatario condicionali caueri vult prætor. *l. 1. & tot. tit. vt lega. seu fideic. seru. caut. l. quidam. 96. §. si scriptus. l. filiusf. 114. §. iidem Principes. de le. 1.* quamuis non sit interim illẽ creditor, ne quidem sub condicione. *d. l. is cui sub. 42. de oblig.*

31. PAVLVS lib. 75. ad Edictum.

SEd & si plures substituti sint, singulis cauendum est.

Ad l. Sed & si pluribus 13.

Ratio dubitandi. Etiamsi plures sint personæ substitutorum, si tamẽ vnicus gradus est, vnica quoque est substitutio. Nam substitutio ex gradu æstimatur, gradus autem ex ordine delationis. *l. 1. l. quidam pass. de vulg. & pupill. subst.* Ergo vnica satisdatio sufficit, cùm & plures heredes quotquot sunt in eodem gradu, vnius personæ vice fungantur, siue ex testamento, siue ab intestato. *l. 2. §. legitima. de suis & legit. §. si plures Inst. de legit. agnat. succ.* Ratio decidendi. singulorum substitutorum interest, nõ tanquam omnium, sed tanquam singulorum, cùm ad singulos, tãquam singulos aliqua pars hereditatis speretur pertinere. Ergo singulis cauendum est, id est omnibus, tanquam singulis. Sed cum hoc tamen temperamento, vt pro omnibus iidem fideiussores sufficiant. *l. 3. vt legat. seru. caut.* Ne nimis oneretur heres, si nouo fideiussores in singulos substitutos conquirere teneatur.

14. IDEM lib. 2. Responsorum.

FIliusfamiliàs defendit absentem patrem: quæro, an iudicatum solui satisdare debeat. Paulus respondit, eum, qui absentem defendit, etiam si filius, vel pater sit, satisdare petituro ex forma edicti debere.

Ad l. Filiusfamilias defendit 14.

Ratio dubitandi. Filiusfamilias admittitur ad patrem defendendum, etiam sine mandato, sicut & pater filium absentem defendere posset: Adeóque alter alterius nomine agere. sunt enim quædam personæ, quibus concessum est vt possint etiam agere sine mandato, *l. sed & hæ. 35. in princ. de procur. l. exigendi. 12. C eod. l. 3. §. sed etsi forte. 3. iudic. solui.* Ergo neque satisdare cogendus est. Ratio decidendi. Qui alieno nomine sue agit, siue defendit, ex forma edicti perpetui satisdare semper cogit *l. d. l. exigendi. 12.* quia nunquã locuples habetur *d. qui rem alienam. 166. de reg. iur.* etiãsi sit locuples i simus. *l. minor. 51. §. fi. ff. de procurat.* Quantò magis satisdare cogendus est filiusfamilias, qui bona nulla habet. *l. lex Cornelia. 26. de vulgar. & pup.* Interest enim non tantùm peritoris, sed etiam prætoris, vt iudicato satisfaciat.

15. MACER libro 1. de appellationibus.

SCiendum est, possessores immobilium [a] rerum satisdare non compelli.

Ad l. Sciendum est 15.

Ratio dubitandi. Prætor iubet ex hoc edicto satisdari, quod nihil aliud eit quàm caueri datis fideiussoribus. *l. 1. §. hoc tit.* Qui enim dat pignora, non dat satis, *vt dixi ad d. l. 1.* Ergo nihil prodesse debet reo, q̃ sit possessor bonorũ immobilium: præsertim cum nõ ideo futura sint tacitè obligata. Non enim nisi ex certis causis pignus vel hypotheca tacitè contrahitur. Inter quas hæc non est *toto. tit. In quib. caus. pign. vel hyp. tacit. contr.* Qui autem non satisdat, saltem pignoribus cauere debet. *l. si mandatu. 59. §. vlt. mand. l. 4. §. addici. de fideic. libert.* Et *tot. tit. in ius vocat. vt eant aut sat. vel eant. dent.* Igitur hoc saltem requirere prætor deberet, vt immobilium bonorum possessor ea obligaret. Ratio decidendi. Non iungit satisdationem prætor, ad hoc, vt oneret promissorem, sed vt prospiciat stipulatori: ne ex inopia siue præsente, siue postea superueniente periclitetur. *d. l. 1.* Nullum autem subest periculum, quoties is à quo petitur satisdatio possessor est bonorum immobilium, quæ scilicet etiam si non essent obligata, perinde tamen possent capi pignori in executione iudicati, ac si essent obligata. *l. à diuo Pio. 15. per tot. de re iudic. l. 1. & tot. tit. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Sed tamen non est credendum possessorem immobilium aliter eximi à satisdandi necessitate, quàm si caueris, & bona sua omnia etiam mobilia obligauerit. Et hic sanè edict. sensus est, vt nihil prosit reo quod paratus sit se suáque bona omnia obligare ad euitandam satisdationem, nisi in eo bonorum numero sint etiam immobilia ad concurrentem vsque æstimationem, quorum obligatione possit actori cautum esse citra satisdationem. *§. vlt. huius leg. vbi dicam.* Nec quod interim alienare libere ac impune possit ad rem facit. Si enim desinat hic esse possessor bonorum immobilium, qui fuit antea, non ideò tamen desinunt bona esse obligata. Quòd si ex postfacto appareat, ea obligari ex aliqua causa non potuisse: tum demum iubebit prætor tanquam ex ea causa præstari satisdationem. Nam & idem faceret si fideiussores idonei præstiti essent, qui postea soluendo esse desiissent. *l. si ab arbitro. 10. §. 1. 8.* Perpetuum enim est vt quæ de nouo emergunt nouo indigeant auxilio. *l. 11. §. ex causa. de interrog. in iur. fac.*

a *Immobilium.* Ergo nihil proderit reo ad euitandam satisdationem, quod possideat pleraque bona mobilia. Ratio dubitandi. Etiam bona mobilia eius, qui condemnatus est pignori capi possunt, & subinde distrahi: adeóque capi debent ante immobilia. *d. l. à diuo. 15. §. in venditione de re iudic.* Ergo ab onere satisdandi immunis esse debet, non minùs, qui mobilia bona, quàm qui immobilia possidet. Ratio decidendi. Parum & nihil ferè cautionis est in bonis mobilibus, quia facilè aut celari aut deperdi possunt, vnde est, quod eorum neglecta possessio & custodia, veteris possessionis damnum adferre consueuit. *l. si rem mobilem. 47. de acq. possess.*

1 ¶ Possessor autem is accipiendus est, qui in agro, vel ciuitate rem soli possidet [b], aut ex asse, aut pro patre [c]. ¶ Sed & qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur. ¶ Item qui solam proprietatem habet, possessor intelligendus est. ¶ Eum verò, qui tantum vsumfructum habet, possessorem non esse Vlpianus scripsit.

Ad §. Possessor autem.

b *Possidet.* id est, sibi habet, & animo domini. Ea namque definitio est verbi *possidere*, à Theophilo tradita in tit. *De libertin.* Qui non sibi habet, non tam possidet, quàm est in possessione, quod longè minus est. *l. si quis ante. 10. §. 1. de acq. poss.*

c *Aut pro parte.* Ratio dubitandi. Quod in communi possidetur à nemine possideri videtur. Sicut nec potest quis verè & absolutè suum dicere, quod cum alio commune habet. *l. pupillus. 239. §. si. l. rectè dicimus. 25. de ver. sig.* Incertam enim rei alicuius partem possidere nemo potest. *l. 3. §. incertam de acq. poss. l. si fur. 32. §. fin. de vsuc.* Incerta autem pars esse videtur, quam quis habet pro indiuiso: cùm nullam rei partem demonstrare possit, quæ ita sit sua, vt non sit etiam alterius. Quod in parte diuisa secus est. *d. l. rectè dicimus. 25. §. 1. de verb sig.* Ratio decidẽdi. Partem quæ & loco incerta sit possidere nemo potest. *d. §. incertam.* At ea quæ sit certa, licèt pro indiuiso, possideri potest. *l. locus certus. 26. de acqu poss.* quia plures in vno eodémque fundo, qui pro indiuiso sit cummunis sicut dominium ita & possessionem iuris intellecto, non diuisione corporis obtinet. *l. Mœuius. 66. §. duorum. de legat. 2.* Itaque is qui rem aliquam cum alio communem pro indiuiso habet, quamuis non satis propriè possit totam rem suam dicere, aut totam se possidere, pro parte tamen id potest dicere. *l. serui. 5. §. 1. & 2. de legat. 1. l. si quis suos. 74. de leg. 3. l. illud dubitationis 46. de rit. nupt.* Denique pars illa indiuisa tantùm vtilitatis afferre potest victori pro parte, quantum tota afferret in totum, si non esset communis: cùm eadem sit ratio partis ad partem, quæ totius ad totum. *l. quæ de tota. 76. de rei vindic.* Nec quicquam vetat pluris esse partem, quàm pro indiuiso quis habeat in fundo communi, quàm si tota res alia, quæ non sit communis.

d *Sed & qui*

Sed & qui vectigalem. Ratio dubitandi, Qui vectigalem, aut emphyteuticum agrum possidet dominus non est, quamuis eum possideat, sed tantùm habet *ius* rei retinendæ, vt quandiu vectigal soluet, ab eo auferri ager non possit. *l. 1. 2. & 3. si ager vectig. vel emphyteu. pet.* Ergo non est habendus pro possessore, quamuis ad hoc, ne satisdare teneatur. Ratio decidendi. Licèt non sit dominus, tamen ferè idem iuris habet, quod dominus, cùm nec à domino ipso possit expelli, dum vectigal annuum soluat. Habet enim exceptionem etiam contra dominum, adeóque actionem in rem. *l. 1. §. is qui autem. de superf.* vnde & à nostris dominus vtilis appellatur, quod nec refutabimus ad *tit. si ager. vectig.* Denique ius quod in eo fundo vectigali possessor habet, capi potest in executione iudicati, & distrahi: sicut & cætera omnia iura condemnari. *d. l. à diuo Pio. 15. §. in venditione. de re iudic. l. 3. §. si ius. de reb. eor.* Quidni ergo possessori suo prodesse, ne satisdare teneatur?

e *Qui solam proprietatem habet.* Ratio dubitandi. Etiam si vsusfructus in iure non in parte consistat, emolumentum tamen rei continet. *l. Mœuius. 66. §. pen. de legat. 2.* ideóque portionis instar obtinere dicitur in *l. cum filius. 76. § dominus. eod. & in multis casibus pars esse dominij. l. 4. de vsufru. l. qui vsumfructum. 58. de verb. oblig.* nec nisi inutilis potest esse proprietas, quamdiu abscedit vsusfructus. *l. si vsusfructus. 8. de vsufruc. leg. l. an vsusfructus. 56. de vsufr.* Non ergo potest videri satis cautum actori, ob id solùm, quòd reus sit possessor nudæ proprietatis: præsertim cùm nec verè possessor dici possit, siquidem fructuarius ipse naturaliter, id est, re vera possidet. *l. naturaliter. 12. de acquir. pos.* fieri autem nequit, vt duo fiat eiusdem rei in solidum possessores. *l. 3. §. ex contrario. eo. tit. l. 5. §. vlt. commod. l. duo in solidum. 19. de precar.*

Ratio decidendi. Rectè dicimus totum fundum nostrum esse, etiam cuius vsusfructus alienus est: cùm nulla eius pars possit dici fructuarij. *l. rectè dicimus. 25. de verb. signif. l. 1. §. 1. de SC. Silan.* qui vsufructus non in parte, sed in iure consistit. *d. l. Mœuius. 66. §. pe. & l. si ædes. 70. §. si reo. de fideiuss.* Et quamuis mutilis sit proprietas, quandiu abscedit vsusfructus, cùm tamen multis modis possit fieri, vt vsusfructus finiatur, non eo minùs emptorem potest mouere proprietas nuda, ex cuius proinde precio satisfieri victori possit. Non ergo adigendus est ad satisdationem is, qui nudam proprietatem possidet, nec potest negari, quin sit possessor verè quantùm ad proprietatem, tametsi fructuarius ratione solius vsusfructus non tam possideat re vera, quàm possidere naturaliter videatur. *d. l. naturaliter. 12. quemodo etiam accipi debet, quod scripsimus est in l. possessio. 49. eod.* cùm non sibi habeat, sed proprietario: adeo vt qui retinet sibi vsumfructum hoc ipso aduersarium suum possessorem facere existimetur. *l. quisquis. 28. Cod. de dona.*

f *Qui tantùm vsumfructum habet.* Ratio dubitandi. Vsufructuarius naturaliter possidet. *d. l. naturaliter. 12. & l. possessio. 49. de acq. pos.* Ratio decidendi. Imò re vera non possidet, sed tantùm possidere naturaliter intelligitur, quod ad causam fructuum percipiendorum, vt proximè dictum est. Denique appellatione domini nunquam continetur. *l. 1. §. qui ieruum. de SC. Silan. d. l. rectè dicimus. 25. de verb signif.* In hoc autem edicto possessor ille intelligitur, qui vel dominus est, vel saltem quasi dominus, vt diximus de vectigalis & emphyteutici fundi possessore. Atqui, inquies, etiam vsusfructus vendi potest, sicut & proprietas nuda. Quidni ergo eodem iure censeatur? Nempe, quia tum quoque cùm venditur, non tanquam quid immobile & certum fixúmque venditur, sed tanquam ius fundi, quod & plurbus modis amitti potest, & facilius quàm res ipsæ mobiles, & in persona quoque emptoris æstimandum erit, ex persona venditoris. *l. arboribus. 12. §. vsufructuarius. l. non vtitur. 38. & seq. de vsufruc.*

2 ¶ Creditor qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat, aut sibi traditam, aut precario debitori concessam.

Ad §. 2. Creditor.

Ratio dubitandi. Qui rem aliquam pignori dedit, possidet tantùm, quod ad vsucapionem: at quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet, adeò, vt adiici possit & possessio eius, qui pignori dedit. *l. serui nomine. 16. & l. non solùm. 33. §. qui pignori. & seqq de vsucap. l. cùm & sortis. 35. §. 1. de pignor. actio.* Ergo non est cogendus satisdare, qui fundum pignori accepit, tanquam rei immobilis possessor.

Ratio decidendi. Creditor non verè ac propriè possidet, quia non sibi, sed alij rem habet: ideóque nec vsucapere potest. *l. pignori. 13. de vsucap.* faceretque furtum, si rem mobilem datam pignori habere sibi vellet. *l. si pignore. 54. l. fi. 4. l. si is qui. 73. de fur.* Habet tamen possessionem, quod nihil aliud est quàm esse in possessione. Ergo non possidere. *l. si quis ante. 10. §. 1. de acq. pos.* Sed etsi creditor verè possideret, tamen, quod ad edictum, pro possessore haberi non posset, quia nihil interest inter pecuniam, aut aliam quamlibet rem mobilem, aut pignus in re immobili constitutum: si quidem pignoris vinculum solui quandocunque potest oblata, aut saltem soluta vel si obsignata pecunia. *l. si rem alienam. 9. §. omnis. de pign. act. l. Paulus respondit. 12. §. 1. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Itaque non plus cautionis in re immobili oppignerata potest habere actor, quam in re mobili. Proinde non esset securus, si prætor ei non prospiceret adacto creditore ad satisdationem. De hypotheca nec dubitatur, quia quamuis propriè sit rei immobilis. *l. plebs est. 238. §. pignus. de ver. sig.* tamen ne possessionem quidem transfert, quam transfert pignus. *d. l. cùm & sortis. 35. de pign. action.*

3 ¶ Si fundus in dotem datus sit: tam vxor, quàm maritus propter possessionem eius fundi possessores intelliguntur.

Ad §. 3. si fundus.

Ratio dubitandi. Fundus constituitur dotalis per traditionem, quia nec sine traditione dominium in maritum transferri possit. *l. si ego Seia. 9. & pass. de iure dotium. l. dotale. 13. §. dotale. l. dotale. 15. de fundo dotali. l. 1. & 2. Cod. eodem.* Dotem enim facit traditio, non scriptura. *l. 1. Cod. de dot. cau. non numer.* Atqui traditio nihil nisi translatio possessionis est. *l. 3. de actionibus empti. lege quarta. Codic. eodem.* Non potest autem fieri vt duo simul possideant. *l. 3. §. ex contrario. de acquir. possession. l. duo in solidum. 19. de precar.* Ergo nec vt maritus, & vxor, ambo possessores, intelligantur. Nam nec vindicationem potest habere mulier ad possessionem sibi acquirendam,

etiamsi extraneus possideat. *l.doce ancillam.9. Cod.de rei vind.* adeoque nec soluto matrimonio possessionem rerum dotalium sine consensu heredum mariti occupare.*l.dotis actione.9.C.solu.matrim.*

Ratio decidendi. Fundus dotalis licèt sit in bonis & dominio bonitario mariti, est tamen mulieris,vt dixi ad §.j.*in fin l.de die ponenda.8.ff.* Proinde vtriusque in solidum esse intelligitur,quamuis diuerso dominij genere,& ideo vtrique prodest quantum ad hoc edictum, vt neuter satisdare teneatur. Etsi enim dici solet, nihil commune habere proprietatem cum possessione. *l.naturaliter. 12.§.1.de acqu.poss. l.quæstio est.115.de verb.signif.* In hoc tamen edicto, vt & interdum aliàs, possessionis verbum proprietatem significat, sicuti responsum est in eo, qui possessiones suas legasset.*l.interdum.78.eod.* Sicque accipi debet, quod hîc scriptum est *propter possessionem eius fundi*, acsi scriptum esset *propter eum fundum.* Iunge quæ dicam ad *§.seq.in fin.*

4 ¶ Diuersa causa est eius,qui fundi petitionem personalem[a] habeat.

Ad §.4.Diuersa causa.

Ratio dubitandi. Qui personalem actionem habet ad rem consequendam, ipsam quoque rem habere iam videtur.*l.is qui actionem.5.de reg.iur.l.rem in bonis.52.de acq.rer.dom.l.is apud se 143.de verb.sign.* Ergo pro possessore fundi habendus est, qui personalem fundi petitionem habet.

Ratio decidendi.Habere quidem videtur,vt tanto locupletior dici possit,sed tamen reuera non habet,vt eo nomine possit esse actor securus,& paratam habere iudicati executionem:quia non tam facilè reperietur, qui actionem ad rem immobilem, quàm qui rem ipsam immobilem velit emere:quòd actionis emptio litis incommodum plerunque secum trahat, nolente debitore vltrò satisfacere.*l.minor.40.de minor. l.præsens constitutio.24.C.mandat.* Indéque est quod in executione iudicati non prius peruenitur ad venditionem iurium & actionum, quàm bona omnia mobilia sint distracta. *l.à diuo Pio.§.in venditione de re iudic.* Denique actionis & exactionis euentus ex plerisque causis incertus est. *l. quod debetur.5.de pecul.* & moras suas habet iudicij exercitio, tum quoque cùm præsenti die debetur. *l. etiam de præsenti.15.vt legat.seruand.causs.*& semper plus cautionis est in rem, quàm in personam. *l.plus cautionis.25.de reg iur.*

a *Petitionem personalem.* Petitionis tamen nomine vulgò, & magis propriè actio in rem significatur. *l. pecuniæ.178.§.actionis.de verb sign.scilicet*, si simpliciter proferatur & sine adiectione.Nam certè petitionis nomen generale est, & personali quoque potest conuenire, vt cùm dicimus dolo facere illum, qui petit quod redditurus est:*l.dolo facit.8.de doli mali.except. iunct.l si socer.44.§. Lucius.solut.matr.* Est verò insignis hic locus contra vulgarem illum errorem Bartoli, & cæterorum existimantium, actionem personalem ad rem immobilem conferi quid immobile. Nam si ita esset, vtique non cogeretur satisdare, qui actionem personalem haberet ad rem immobilem, tanquam possessor rei immobilis, quod hic negatur.Dices mulierem pro dotis repetitione non habere nisi personalem actionem, olim rei vxoriæ, hodie ex stipulatu. *l.vnic.Cod.de rei vxor.act. l. dotis actione. 9. Cod. solut.matrim.* Atqui non cogitur satisdare, quia fundum dotalem possidere intelligitur, *vt dictum est ad §.proxim.* Ergo sufficit habere actionem personalem. Respondeo necessariam quidem esse mulieri actionem personalem, inspecta ratione iuris veteris, ad auferendum marito, eiúsve heredibus dominium bonitarium, quod ei fuerat quæsitum per dotis traditionem. Sed non eo minùs verum esse, constante quoque matrimonio dotem esse mulieris, & in dominio ipsius quiritiario. *l.quamuis in bonis. 75. de iur.dot.* Ideoque Iustinianus tandem licèt inuita iurisprudentia, dedit ei vindicationem directam soluto matrimonio. *l. in rebus dotalibus.* 30. *Cod. de iur.dot.*

5 ¶ Tutores siue pupilli eorum,siue ipsi[b] possideant, possessorum loco habentur.Sed & si vnus ex tutoribus [c] possessor fuit,idem dicendum erit.

Ad §.5.Tutores.

b *Siue ipsi.* Ratio dubitandi.Sententia lata contra pupillum autore condemnatum non potest mandari executioni aduersus tutorem, qui nihil, nisi ex officij sui necessitate fecit. *l.2.de administ.tutor.l.tutori.7.& l.seq quand.ex fact.tut.* Nec enim videtur tutor se liti obtulisse.*l.4.si se non obtulit.§.1.de re iudic.*

Ratio decidendi. In hac promissione tutoris potius,quàm pupilli factum versatur. Tutor enim ille est,qui in ius rapitur, & litem contestatur, & iudicem accipit,qui proinde aut in ius venire debet,aut satisdare iudicio sisti,&iudicatum solui nomine pupilli: quod si facere nolit,malens vti beneficio edicti, tanquam possessor ipse bonorum immobilium, cùm pupillus nulla habeat, hoc ipso videtur ipse pro pupillo fideiubere. Alterutrum enim eum facere necesse est,nimirum,vt vel satisfdet tutorio nomine,détque fideiussores.*d.l.2.§.1.de admin.tutor.* vel se pro fideiussore haberi patiatur: scilicet de iudicio sistendo,& multò magis de veniendo in ius ad prætorem iudicij suspiciendi gratia.*l.1.§.sufficit.de admi. tutor.* at non etiam de iudicato soluendo. *l.vlt.§.defensionem.C.eod.* Defensor enim necessarius est. nisi dicat, ideò se non cogi satisdare tutorio nomine. Iudicatum solui, quòd sit ipse bonorum immobilium possessor.Hoc enim,vt dixi,videtur ille fideiubere de iudicato quoque soluendo. Et ita locus hic accipiendus est.

c *Vnus ex tutoribus.* Ratio dubitandi. Tutores habent beneficium diuisionis, exemplo fideiussorum *l.1.§.nunc tractemus de tutel. & ration. distr.* Ergo non debet aliis prodesse,quòd alius sit bonorum immobilium possessor. Ratio decidendi.Non inter alios tutores locus est beneficio, quàm qui sunt soluendo.*d.§.nunc tractemus.* Cùm autem omnes sunt soluendo,nihil potest interesse actoris.

6 ¶ Si

6 ¶ Si fundum quem possidebam,à me petieris:deinde,cùm secundum te esset iudicatum, appellauerim: an possessor eiusdem fundi sim? & rectè dicetur possessorem me esse: quia nihilominus possideo,nec ad rem pertinet,quod euinci mihi ea possessio possit.

Ad §.6.Si fundum,quem.

Ratio dubitandi.Qui condemnatus est eius fundi nomine,quem possidebat,licèt à sententia appellauerit,in ea tamen causa est vt euinci possit ei possessio, scilicet si contingat eam sententiam quandocunque postea per appellationis iudicem confirmari.Præsertim cùm dici soleat,præsumendum esse pro sententia potiùs, quàm pro appellatione. Plerique enim appellant per calumniam, & ad hoc dumtaxat vt litem & negotium diutiùs trahant.*l. tutor. 41.de vsur. l.vlt.de re iudic. l. Imperatores 21.§.fin.l. negotiorum.24.de appellat.* Ratio decidendi. Appellatio extinguit iudicatum, & reducit omnia ad terminos litis contestatæ.*l.1.§.vlt.ad SC.Turpill.l.furti.6.§. 1.de his qui not.infam.* Perinde igitur est post appellationem,acsi nunquam fuisset iudicatum. Nec enim retrotrahitur confirmatio sententię prioris ad diem latæ sententiæ, sed sumit vires sententia confirmata, aut potiùs resumit ex die sententiæ confirmantis. Neque verò credendus quisquam est appellare per calumniam,cùm beneficio & auxilio iuris communis vtatur.*l.nullus videtur 55.de reg.iur.*Porrò pendente lite, quamuis fiat ei controuersia proprietatis,non ideo tamen possessionis suæ commodo carere debet.*§.commodum Inst.de interd.*Quinimo tantò magis possessor constituendus est, & necessariò habendus pro possessore,quoniam alioqui res ab eo vindicari non posset *l.is qui destinauit* 24. *l.qui petitorio 36.de rei vind.& passim eod.tit.*

7 ¶ Possessor autem quis,nécne,fuerit: tempus cautionis spectandum est:nam sicuti ei, qui post cautionem possessionem vendidit[d], nihil obest:ita nec prodest ei, qui post cautionem possidere cœpit.

Ad §.7.Possessor autem quis.

Ratio dubitandi. Non videtur cautum nisi duret cautum, sicut nec in rem versum quod non durat versum.*l.si pro parte 10.§.versum.de in rem vers.* Atqui per alienationem bonorum immobilium,quæ reus habebat eo tempore,quo satisdatio petebatur,desinit esse cautum actori. Ergo quod antea reus fuerit immobilium possessor non debet ei prodesse,quominus saltem nunc satisdare teneatur, & hactenus ei potius nocere alienatio deberet. Ratio decidendi.Imò durat cautum,quia ponendum est bona immobilia, quæ reus habuit eo tempore, quo in ius vocabatur,fuisse ab eo actori obligata.Nec enim satisdandi necessitas aliam ob causam remittitur bonorum immobilium possessori, quàm quia possit actori satis cautum esse ipsa bonorum immobilium obligatione. Sentit igitur prætor,vt quisquis promittit se iudicio stiturum,aut iudicatum soluturum, bona quoque sua omnia eo nomine obliget, ac ita demũ nihil ab eo præterea exigi possit,si in bonorũ numero aliqua sint immobilia, quæ rei de qua agitur æstimationi respondeant. Atqui cùm obligatio semel contracta vtiliter fuit,non potest subsequens alienatio facere, quominùs res transeat cum sua causa.*l.alienatio 67.de contr.emp.* Nec igitur quominùs æquè sit securus actor,cui semel cautum fuit.

d *Qui post cautionem vendidit.* Cauet ergo etiam possessor bonorum immobilium, nempe sua illa bona immobilia obligando. Itaque non edixit prætor bonorum immobilium possessores non cogi cauere,sed non cogi satisdare:quia grauius est satisdare, quàm cauere per obligationem & hypothecam bonorum. *l. filio vel seruo 7.vt legat.seruand.causs.* Etsi facilius est vt fideiussor es,qui ab initio fuerint idonei,postea fiant non soluendo. *l.si ab arbitro* 10, §.1.ff, quàm vt ius pignoris in re aliqua,præsertim immobili constitutum per alienationem, aut qua alia ratione sine actoris voluntate dissoluatur: quandiu non est ei satisfactum. *l. si rem alienam* 9. *§.omnis.de pign. act. l. grege pignori* 13. *§.etiam de pignor.l.pen.§.1.de except. rei iudic. l.2. Cod. de luit.pignor.* Sane non est quod hîc pignus vllum prætorium comminiscamur: Neque enim aliter constituitur, quàm si ex prætoris autoritate ventum sit in possessionem: *l.non est mirum* 16.*§.1.de pign.act.* Iunge,quæ scripsi ad *princip.huius legis.*

16. PAVLVS lib.6.ad Edictum.

QVi iuratò[e] promisit iudicio sisti, non videtur peieraſſe, si ex concessa causa hoc deseruit.

Ad l.vlt Qui iuratò promisit.

Ratio dubitandi.Periurium est si quis non faciat, quod se facturum iurauit, dummodò tale illud sit, quod neque legibus, neque bonis moribus repugnet,aut vt Canonistæ loquuntur, quod fieri possit citra dispendium salutis æternæ.*cap.2.de pact.in 6.cap. cùm contingat de iureiur.*Atqui licita est promissio iudicio sisti.Ergo si sit iurata, peierat promissor,qui iudicium deserit.Ratio decidendi. Et in contractibus & in iudiciis verba omnia intelligenda sunt ciuiliter, non iniuriosè aut cauillatoriè. *l.penul.inf.ad exhib.* Iusiurandum ergo quodlibet ita semper accipiendum est, vt tacitam eam conditionem habere videatur,si res in eodem statu manserit, nec aliqua in contrarium noua causa superueniat. *l. vlt. in princ.ad municip.* Nam & stipulationi, quantumuis strictè accipiatur eadem conditio tacitè inesse intelligitur:*l. cùm quis sibi* 38. *in pr. & l.si cùm Cornelius* 82. *de solut.*

e *Qui iuratò.* Hæc lex sola in hoc titulo pertinet

ad secundam partem inscriptionis titulu. Et sanè rarus est vsus iuratoriæ cautionis, cùm vix vnquam habeat locum, nisi appareat melius caueri non posse. Vide *l. in sacris* 12. *C. de prox. sac. scrin. lib.* 12. *tit.* 19. *l.* 17. *C. de dignit. eod lib tit. l.* 26. *decernimus. Co. de episc. & cler. l. vlt. §. vlt. C. de castrensian. & ministerian. eod. lib.* 12. *tit.* 26.

SI EX NOXALI CAVSA AGATVR, QVEMADMODVM CAVEATVR.

TITVL. IX.

VLPIANVS lib. 7. ad Edictum.

SI quis eum de quo noxalis actio est, iudicio sisti promiserit: prætor ait, *In eadem causa eum exhibere, in qua tunc est, donec iudicium accipiatur.*

Ad Tit. IX. Si ex noxal. caus. agit.

Ad l. Si quis eum 1.

Ratio dubitandi. Noxalis actio non facit quominus pendente lite & dominus & possessor sit is, qui antè fuit. Nemo enim ante sententiam amittit rei suæ aut dominium, aut possessionem, nisi in casu. *l. vlt. de rei vindic.* Remanet ergo ei libera facultas disponendi de seruo, cuius nomine noxali actione conuenitur. Id enim est dominum esse, liberam scilicet habere disponendi facultatem. *l. qua ratione.* 9. *§. hæ quoque res de acquir. rer. dom. l.* 2. *à si parent. quis manum. l. in re mandata.* 21. *C. mandat.* Ratio decidendi. Non est permittendum ei, qui conuenitur vt pendente lite faciat ius deterius actoris. Id enim fieri non posset, quin fraus fieret non tantùm aduersario sed etiam prætori, cuius est prouidere, ne quid dolo malo fiat, nec malitiis vnquam indulgere. *l. de alien. iudic. mut. caus. fact. l. an fundo* 38. *de rei vindic.* Iraque iustissimè prætor edictum proposuit, quo iubet seruum, cuius nomine iudicium noxale præparatur, in eadem causa exhiberi, in qua tunc est, cùm interponitur promissio iudicio sisti, donec iudicium accipiatur.

1 ¶ In eadem causa sistere quid sit, videamus. & puto verius, eum videri in eadem causa, qui ad experiendum[a] non facit ius auctoris deterius:

¶ Si desinat seruus esse promissoris, vel actio amissa sit: non videri in eadem causa statum Labeo ait. vel si qui pari loco erat in litigando, cœpit esse in duriore, vel loco, vel persona mutata. ¶ Itaque si quis ei, qui in foro promissoris[b] conueniri non potest, venditus, aut potentiori datus sit: magis esse putat, vt non videatur in eadem causa sisti.

¶ Sed & si noxę deditus sit[c], Ofilius non putat in eadem causa sisti: cùm noxæ deditione cęteris noxalem actionem perimi putat.

Ad §. 1. In eadem causa.

Ratio dubitandi. Quamuis exactio rei possit esse difficilior, in eadem tamen causa videtur status, qui sisti debuit, putà si is, quem sistere debui nouum æs alienum contraxerit, vel pecuniam perdiderit, vel alteri iudicatus sit. *l. si quis quendam* 11. *inf. si quis caution.* Ratio decidendi. Aliud est difficiliorem fieri actionem, aliud verò exactionem. Et ob id adiicit hic Vlp.

a *Ad experiendum.* Id enim tantùm agit prætor, vt non fiat deterius actoris ius in agendo, non etiam in exigendo. Exactio non est actio, sed effectus actionis.

2. PAVLVS lib. 6. ad Edictum.

SEd alio iure vtimur: nam ex præcedentibus causis non liberatur noxæ deditus, perinde enim noxa caput sequitur, ac si venisset.

Ad §. 2. & Ad l. Sed alio iure 2.

Ratio dubitandi. Desinit seruus esse promissoris per manumissionem. Vnde etiam est quòd manumissio morti comparatur, quod ad subtrahendum domino seruum. *l. inter omnes* 46. *de furt.* Atqui cùm is, qui seruus erat sistitur liber, etiam in meliorem causam videtur peruenisse. *l. pen. h. t.* Non ergò absolutè verum est, quod hic dicitur in eadem causa non sisti eum, qui desiit esse promissoris. Ratio decidendi. Intelligitur hic locus de seruo, qui mansit seruus, sed mutauit dominum.

b *Qui in foro promissoris.* Augetur enim difficultas conuentionis, cùm alio loco conueniendus quis est, aut cùm potentior aduersarius obiicitur: quia potentioribus pares esse non possumus. *l.* 2. *si fideiussor.* 7. *qui satisd. cog. l.* 2. *& 3. de alien. iudi. mut. caus. fact.*

c *Sed etsi noxæ deditus sit.* Ratio dubitandi. Noxa semper sequitur

sequitur caput. *l. qui ex pluribus* 20. *de noxal. act. l.* 1. *§. vlt. de priuat. delict.* Ergo & noxalis actio. *l. si seruus* 61. *in pr. de furt.* Ratio decidendi. Et noxa & noxalis actio sequitur quidem caput, sed facta noxæ deditione ei, qui prior egit, nulla superest actio cæteris: quia cùm non possit noxæ deditio fieri pluribus, ne quidem pro parte, quod diuisionem non recipiat. *l. si seruus seruum* 27. *§.* 2. *ad leg. Aquil.* consequens est, vt qui prior noxali egit, & obtinuit, reliquorum omnium ius peremerit. Si Ofilio credimus, cuius sententiam. Vlpianus hîc refert. Sed alio iure vtimur vt in *l. seq.* subiicitur ex Paulo. Nam ex præcedentibus causis, hoc est, quæ præcedunt non deditionem noxæ, sed causam ex qua deditio facta est, non liberatur noxæ deditus: nec minùs noxa caput sequitur, quàm si venisset. Quid enim refert an per venditionem, an verò per noxæ deditionem in bonis alterius esse cœperit? Aliud erit, si noxæ deditio facta sit ex causa priore: nam ex posteriore non potest cuinci, quod acquisitum fuit ex anteriore.

1 ¶ Si absens sit seruus, pro quo noxalis actio alicui competit, si quidem dominus non negat in sua potestate esse: compellendum putat Vindius vel iudicio eum sisti promittere, vel iudicium accipere[a], aut si nolit defendere, cauturum, cùm primùm potuerit, se exhibiturum[b]: sin verò falsò neget[c] in potestate esse, suscepturum iudicium sine noxæ deditione. idque Iulianus scribit, & si dolo fecerit[d], quò minus in eius esset potestate? ¶ Sed si seruus præsens est, dominus abest, nec quisquam seruum defendit: ducendus erit[e] iussu prætoris: sed, causa cognita, domino postea dabitur defensio[f], vt Pomponius & Vindius scribunt: ne ei absentia sua noceat. Ergo & actor: actio restituenda est[g], perempta[h] ea, quòd ductus seruus in bonis[i] eius esse cœpit.

Ad §. 1. Si absens sit seruus. d. l. 2.

Ratio dubitandi. Non potest seruus iudicium accipere, nec cum seruo vlla actio est, cùm sit incognitus iuri & ciuili & prætorio. *l. cum seruo* 107. *de reg. iur.* Ergo frustrà promittit dominus seruum iudicio sisti: nisi pro eo iudicium accipere sit paratus. Atqui sic loquitur Paulus, quasi alterutrum sufficiat, cùm ait.

a *Vel iudicio eum sisti promittere, vel iudicium accipere.* Ratio decidendi. Etiam seruus iudicio sisti potest, dummodo defendatur, & eius nomine iudicum accipiatur. sed & sufficit, vi eius nomine iudicium accipiat dominus, & eum defendat, licèt iudicio non sistat. Ideò enim seruum iudicio sisti necesse est, vt possit noxæ dedi proposita noxali actione, si non mallet dominus soluere litis æstimationem. *l. miles* 6. *§.* 1. *de re iudic.* quia non nisi præsens tradi potest. *l. is qui in aliena* 32. *de nox. act.*

b *Se exhibiturum.* Id est noxæ dediturum, cessurúmque actori iura sua omnia, ac si damnatus fuisset, Inquit. *l. si noxale* 27. *de noxal. act.*

c *Sin verò falsò neget.* Ratio dubitandi. Nunquam æquum est in plus condemnari quemquam quam serui sui nomine, quàm quanti seruus ipse sit. *§. summa autem. Inst. de noxal. act.*

Ratio decidendi. Fit hoc in pœnam mendacij cùm legis fauore indignus sit, qui coram prætore mentiri non erubescit. Noxæ enim deditio non tam in obligatione est, quæ in fauorabili præstatione. *d. l. Miles* 6. *§.* 1. *de re iudic.* Facit *l. vlt. de rei vindic. Auth. item possessor. Cod. qui potior. in pign. hab. l. antep. in fin. ad SC. Trebell.*

d *Et si dolo fecerit.* Ratio dubitandi. Non facit dolo, qui non restituit cum, quem etiamsi maximè velit hodie tamen restituere non potest: cùm impossibilium nulla sit obligatio. *l. impossibilium* 185. *de reg. iur.* Ratio decidendi. Dolus pro possessione est. *l. qui dolo* 131. *de reg. iur. l. qui restituere* 68. *de rei vind.*

e *Ducendus erit.* Quemadmodum duceretur etiam presente domino si ab ea non defenderetur. *l. qui in aliena* 32. *de noxal. act. l. item si seruum* 6. *de Publician.* Ea porrò ductione incipit seruus fieri in bonis eius qui duxit. *l. electio* 26. *§. vlt. de noxal. act.*

f *Dabitur defensio.* Ratio dubitandi. Præposterum est, vt post pronunciationem & executionem sententiæ admittatur defensio. *l.* 4. *l. præscriptionem* 8. *& pass. C. de excep.* Ratio decidendi. Fit hoc ex æquitate prætoris causa cognita, si nihil possit imputari ei, cuius absentis seruus ductus fuit: Ne sua ei absentia noceat, præsertim cùm vicissim actori sua actio restituatur.

g *Actio restituenda est.* Obligatio semel extincta non potest reuiuiscere. *qui res suas* 98. *§. areum. de solut.* Ergo nec actio, quæ ab obligatione proficiscitur. *l. licèt in popularibus* 42. *§. ea obligatio. de procur.*

Ratio decidendi. Non reuiuiscit actio ipso iure, sed ex æquitate restituitur per prætorem, vt & in edicto. *de cap. minut. & Ex quib. caus. maior. & ad SC. Velleian.*

h *Perempta.* Ratio dubitandi. Quod euincitur aut euinci potest in bonis non est. *l. quod euincitur* 190. *de regul. iur.* Ergo quandiu potest prior dominus admitti ad serui huius defensionem; non videtur esse in bonis actoris, nec proinde potest videri perempta actio dominij acquisitione.

Ratio decidendi. Imò cœpit esse in bonis actoris, quia quòd prior dominus potest aliquo casu restitui ad defensionem serui, non tam ex iure pendet, quàm ex incerto euentu, & ex æquitate prætoris, pro facti varietate ac circumstantiis. Dubius autem euentus cognitionis prætoriæ nunquam potestatem iuris remorari potest. Acquisitio dominij, quæ fit per ductionem ex imperio prætoris iuris est. At restitutio ad defensionem, est iurisdictionis. Sic in *l. inter tutores* 36. *de adm. tut.*

i *In bonis.* Id est, in dominio bonitario. *l. electio* 26. *§. vlt. de noxal.* Prætor enim dominium bonitarium dumtaxat tribuere potuit; non etiam quiritiarium. *l. si finita* 23. *§. Iulianus. de dam. infect. §. quos autem. Inst. de bonor. poss. & apud Vlp. in fragmen. tit.* 19. *de acquisit. rer.* Porrò fieri non potest vt dominium serui, cuius nomine actio noxalis instituebatur, acquisitum sit actori, quin actio noxalis interciderit, quia nemini res sua deberi potest. *§. Sic itaque de act. d. l. electio* 26. *in fin. de noxal. act.*

3. VLPIANVS lib. 7. ad Edictum.

SI cum vsufructuario noxali iudicio agetur, ísque seruum non defenderit: denegatur ei per prætorem vsusfructus persecutio.

Ad l. Si cum vsufructuario 3.

Ratio dubitandi. Vsufructuarius seruum noxæ dedere non potest, quia cùm ipse dominus non sit dominium transferre in alium non potest. *l. si noxale 27. §. 1. de noxa.* Ergo nec actione noxali conueniri potest. Ratio decidendi. Defensio serui, qui noxam fecit, sicuti permittenda est proprietario, etiamsi fructuarius eundem defendere nolit, ita & fructuario etiam inuito proprietario, ne dolus aut desidia vnius alteri noceat. *l. electio 26. §. vlt. de noxa.* facit. *l. si ex duobus 17. §. vlt cum l. seq. cod.* Proinde cum vtroque agi potest noxali actione, quamuis neuter possit noxæ deditione se ipso iure liberare, quia neuter potest facere accipientis seruum pleno iure. *d. l. si noxale 27. §. 1.* Sed tamen actori, cui proprietarius noxæ dedidit seruum, quem nec fructuarius voluit defendere, hactenus succurrit prætor, vt fructuario, si vsumfructum in hoc seruo vindicare velit, deneget actionem. Ita enim fiet vt pleno iure in effectu eum actor habeat, ac si ex vtriusque voluntate eum haberet. Vsusfructus tamen, etiamsi persecutio eius denegetur, non eò minùs durat ipso iure, donec non vtendo constituto tempore pereat. *d. l. si noxalis 27. in princ. de noxal. act.*

4. GAIVS lib. 6. ad Edictum prouinciale.

SI cum vno ex dominis noxalis agetur: an pro parte socii satisdare deberet? Sabinus ait non debere, quia quodammodo totum suum hominem defenderet, cui insolidum defendendi necessitas esset: nec auditur, si pro parte paratus sit defendere.

Ad l. Si cum vno ex dominis 4.

Ratio dubitandi. Seruus communis est vtriusque, nec quisquam ex sociis est qui eum totum suum esse possit dicere. *l. serui electione 5. §. 1. & 2. de leg. 1. l. rectè dicimus 25. §. 1. de verb. signific.* Ergo si cum vno ex dominis noxali agetur, pro parte socij satisdare is debebit, tanquam qui pro ea parte socium defendat. Nunquam enim sine satisdatione locuples habetur is, qui alium defendit etiamsi locupletissimus sit. *l. qui proprio 46. §. 2. l. minor 51. §. vlt cum ll. seqq. de procurat. l. in eo. 110. §. 1 l. qui rem alienam 166. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Videtur quodammodo totum suum hominem defendere, non quòd videatur solus dominus, sed quia necessitatem habet defendendi in solidum, acsi solus dominus esset, quoniam nec pro parte dedere posset. *l. si plurium 5. l. si seruus 8. de noxal. act.* Planè, si cùm neque defendere vellet, neque dedere, nec denique iudicium accipere, maluerit parte sua cedere in iure, ne habeat necesse suscipere iudicium, audiendus erit, & securitatem plenam consequetur. *d. l. si seruus 8. §. ante noxale.* Quid enim possis ampliùs petere ab eo, qui totò iure cessit, vel cedere paratus est?

5. VLPIANVS libro 74. ad Sabinum.

SI seruum in eadem causa sistere quidam promiserit, & liber factus sistatur: si de ipso controuersia est capitalium actionum, iniuriarúmque nomine, non rectè sistitur: quia aliter de seruo supplicium & verberibus de iniuria satisfit, aliter de libero vindicta sumitur, vel condemnatio pecuniaria, quod autem ad cæteras [a] noxales causas pertinet, etiam in meliorem causam videtur peruenisse.

Ad l. Si seruum in eadem causa 5.

Ratio dubitandi. Qui in seruitute deliquit si postea fiat liber, non tamen vt liber, sed vt seruus punitur. *l. 1. de pœn.* Ergo etiamsi sistatur liber in eadem causa sisti videtur, quamuis de ipso controuersia sit capitalium actionum, & iniuriarum nomine.

Ratio decidendi. Non rectè sistitur, quia aliter de seruo supplicium sumitur, aliter vindicta de libero: verberibus satisfit de iniuria serui: At homini libero pecuniaria condemnatio irrogatur. Et quamuis ea conditio spectari debeat, quæ fuit tempore delicti. Id tamen ita intelligi debet, si etiam congruat tempus accepti iudicij: & ad exclusionem solius temporis sententię *d. l. 1. de pœn.* Et negari certè non potest, quin iudicem multum moueat, quòd videt factum esse liberum eum, qui deliquerat seruus. Semper enim fauetur sicut libertatibus. *l. 3. § 1. de alien. iudic. mut. caus. fact.* ita & liberis hominibus magis, quàm seruis. Ergo non sistitur in eadem causa, qui sistitur liber, cùm promissionis tempore fuisset seruus. Vide Cuiac. *lib. 10. obser. cap. 22.*

a *Quod autem ad cæteras.* Ratio dubitandi. Manumissus non tenetur ex eo, quod in seruitute gessit. *l. 1. penult. & pass. C. an seruus pro suo fact.* Ratio decidendi. Non tenetur ex contractibus, sed tenetur ex delictis: quia noxa sequitur caput. *l. 3. ill. tit.* Nisi deliquerit contra dominum. *l. vlt. eod.* Videtur enim dominus post delictum manumittendo, remisisse.

6. PAVLVS libro 11. ad Sabinum.

SEd si statuliberum sibi promissum sit: in eadem causa sisti videtur, quamuis liber sistatur, quòd implicitus ei casus libertatis fuerit.

Ad l. Sed

Ad l. Sed si statuliberum 6.

Ratio dubitandi. Statuliber interim quamdiu conditio pendet verè seruus est heredis, vt scribit Vlp. *in fragm. tit. 2. §. 1. si debitor 45. §. vlt. de fideic. libert. l. statuliberi 29. de statulib.* Ergo non sistitur in eadem causa, qui sistitur liber, cùm promissionis tempore esset statuliber. Ratio decidendi. Statulibero implicitus est casus libertatis, nec quicquam sit præter spem stipulatoris, si libertas obtigerit, dummodo ex ea causa, ex qua iam erat ille promissionis tempore statuliber. *l. statuliber 14. & l. is cui fideicommissa 19. de quæst.* Debuit enim stipulator prospicere, imò verò prospexit posse hoc euenire. *l. si quis denum 9. §. 1. vers. & ait locat.*

DE EO, PER QVEM FACTVM ERIT, QVO MINVS QVIS IN IVDICIO SISTAT.

TITVL. X.

VLPIANVS lib. 7. ad Edictum.

AEQVISSIMVM putauit prætor, dolum eius coërcere, qui impedit aliquem iudicio sisti.

Ad Tit. X. De eo per quem fact. erit.

Ad l. Æquissimum 1.

Ratio dubitandi. Nihil videtur interesse stipulatoris, cùm, si reus ad diem non sistatur, tantò certiorem habiturus sit actionem ex stipulatione contra promissorem, eiúsque fideiussores. Non fuit ergo danda ei actio ex edicto. Nec enim audiendus est, qui alteri vult imputare factum ex quo ipse, qui imputat lucrum senserit. *l. si extraneus 33. & l. cum in fundo 78. §. quod si mulier. de iur. dot.* Ratio decidendi. Pertinet non tantùm ad vtilitatem actoris, sed etiam ad dignitatem prætoris, vt qui sisti promissus est, sistatur, nec quicquam fiat contra edictum, aut contra stipulationem: quæ scilicet interponitur ex prætoris autoritate, ideóque & prætoria appellatur. *l. 1. de prætor. stipul.*

1 ¶ Feciſſe autem dolo malo non tantùm is putatur, qui ſuis manibus, vel per ſuos retinuerit: verùm qui alios quoque rogauit, vt eum detinerent, vel abducerent; ne iudicio ſiſtat, ſiue ſcientes, ſiue ignorantes quid eſſet, quod comminiſceretur.

Ad §. 1. Feciſſe autem.

Ratio dubitandi, & decidendi, eadem quæ ad *l. si per alium 5. in princip. sup. Ne quis eum qui in ius vocati est vi exim.*

2 ¶ Dolum autem malum accipimus: vt ſi quis venienti ad iudicium aliquid pronunciauerit triſte, propter quod is neceſſe habuerit ad iudicium non venire, teneatur edicto, quamuis quidam putent, ſibi eum imputare, qui credulus fuit.

Ad §. 2. Dolum autem malum.

Ratio dubitandi. Sibi imputare debet qui nimis credulus fuit iuxta illud Sap. Qui citò credit leuis est corde. Ratio decidendi. Ea res non excusat eum qui dolo malo ſuggeſſit ea, quæ credi non debuerunt. Alioqui vix vnquam daretur actio de dolo. Præsertim verò in ſpecie. *l. quod ſi 8. & l. ſeq. l. cùm quis 31. l. quod venditor 37. l. vlt. de dolo.*

3 ¶ Si reus dolo actoris non ſtiterit, non habebit reus aduerſus eum actionem ex hoc edicto: cùm contentus eſſe poſſit exceptione, ſi ex ſtipulatu conueniatur de pœna, quod ad iudicium non venerit, aliter atque ſi ab actore ſit impeditus: nam actionem propoſitam aduerſus eum exercebit [a].

Ad §. 3. Si reus dolo actoris.

Ratio dubitandi. Magis delinquit actor, per quem ſit, quominùs quis in iudicio ſiſtat, quàm alius extraneus, maiórque ipſius dolus eſt, qui abutitur autoritate prætoris, vt eadem autoritas negligatur, quam proinde ludibrio habere videtur. arg. *l. vl. §. vbi autem. C. de bon. quæ liber.* Ratio decidendi. Satis punitur qui ex ſtipulatione, quam interpoſuerat iudicio ſiſtendi cauſa agere vtiliter non poteſt. Cùm ſi agat, poſſit repelli exceptione: per quam conſequitur reus, ne ad pœnam aut ad id quod intereſt teneatur. Non enim, quemadmodum: Cui damus actionem multò magis damus exceptionem; ita è conuerſo poſſis dicere: Cui damus exceptionem dandam eſſe actionem.

a *Exercebit.* Ratio dubitandi. Videtur hoc quoque caſu dandam eſſe reo exceptionem, cùm per eum non ſteterit: Ergo ad denegandam actionem vt in ſuperiore caſu. Ratio decidendi. Non poteſt dolus tertij dare illi exceptionem contra actorem; cui

alioquin dolus tertij noceret, contra iuris regulas. *l. electio 29. §. fin. de nox.* Necesse igitur est vt detur ei actio contra illum, qui dolo fecit, ad indemnitatem consequendam. *l. 2. §. fin. l. 3. si quis caution.*

4 ¶ Si plures dolo fecerint, omnes tenentur: sed si vnus præstiterit pœnam, cæteri liberantur, cùm nihil interfit[b].

Ad §. 4. Si plures dolo fecerint.

Ratio dubitandi. Ex *l. pen. §. pen. ne quis eum qui in ius vocat. vi exim.* Nam cùm hæc actio sicut illa sit pœnalis, non debet pœna, quam quis propriam soluit, alium liberare. *l. vlt. eod. l. nunquam 60. de oblig. & act.* Ratio decidendi. Actio quæ ex hoc edicto competit minùs est pœnalis, quàm illa, nec datur, nisi ei cuius interest, & pro eo, quod interest, cùm tamen illa detur etiam calumniatori. *d. l. penult. §. 1. ne quis eum.* Grauiùs enim peccat qui in spretum prætoris vim facit, quàm qui dolum, & qui in ius vocatum eximit, quàm qui dolo malo impedit, ne alius in iudicium veniat. Itaque non est danda hæc actio ei, cuius iam desiit interesse: id est qui pœnam ab vno ex iis, quos connenire potuit, consecutus fuit. *l. si quis dolo 51. §. 1. de rei iudic.*

b *Cùm nihil interfit.* Ratio dubitandi. In pœnalibus non solet quæri an aut quatenus interfit. *l. 3. stipulatio ista 38. §. alter. de verb. ob. l. vlt. de præt. stip.* Ratio decidendi. In pœnalib. actionibus, quæ ex conuentione pœnam habent, verum illud est: at non etiam in cæteris, quas prætor induxit fauore illius, cuius interest. In iis enim quærendum est an interfit, licèt non etiam quantum interfit. Nisi sint merè pœnales, vt illa de qua in *d. l. pen. §. 1. ne quis eum. l. 1. §. vlt. si quis ius dicet.* Hæc verò talis non est. *l. 3. inf.*

5 ¶ Serui nomine, ex hac causa, noxali iudicio agendum omnes consentiunt.

Ad §. 5. Serui nomine.

Ratio dubitandi. Eadem quę ad *tot. tit. De noxal. act.* Non debet esse in potestate serui, vt propter dolum suum mutet dominum, nec dolus serui debet nocere domino suprà, quàm sit in serui peculio *toto tit. de pec.* Ratio decid. Æquius est dolum serui nocere domino, quã alteri, satisq; domino esse debet, quòd nõ ei nocet. *§. quã seruus ipse sit. §. summa. Inst. de nox. l. prox. §.*

6 ¶ Et heredi datur, sed non vltra annum: aduersus heredem autem hactenus puto dandam actionem vt ex dolo defuncti heres non lucretur.

Ad §. 6. Et heredi datur.

Ratio dubitandi. Actio quæ ex hoc edicto datur est rei persecutoria, cùm non detur nisi ei cuius interest, & quatenus interest. *l. 3 §.* Ergo & in heredem & post annum quoque danda est. *l. in honorariis 35. de oblig. & act.* Ratio decidendi. Est quidem rei persecutoria, sed quæ nascitur ex dolo, & doli necessariam habet mentionem. Ideóque actioni de dolo in hoc similis est, quòd neque post annum datur, licèt non sit famosa, neque in heredem, qui dolum non admisit: Nisi hactenus, vt ex defuncti dolo non lucretur. *l. ne ex dolo 12. §. plures 17. §. 1. de dol.*

2. PAVLVS lib. 6. ad Edictum.

SI actoris seruus, domino sciente, & cùm posset non prohibente, dolo fecerit, quo minùs in iudicio sistam: Ofilius dandam mihi exceptionem aduersus dominum ait, ne ex dolo serui dominus lucretur: si verò sine voluntate domini seruus hoc fecerit. Sabinus noxale iudicium[c] dandum ait, nec factum serui domino obesse debere: nisi hactenus, vt ipso careat: quando ipse nihil deliquit.

Ad l. Si actoris seruus 2.

Ratio dubitandi. Tunc datur exceptio contra actorem ex hoc edicto, cùm dolo ipsius actoris factum est quominus iudicio reus sistat. *l. 1. §. si reus sup.* Dolum enim personalem prætor coërcet eius, qui impedit reum iudicio sisti. *d. l. 1. in pr.* At qui dolus serui non est dolus domini: Alioquin ex dolo serui semper dominus in solidum teneretur, quod falsum est. Ratio decidẽdi. Quod facit seruus domino sciẽte, nec prohibente cùm possit prohibere, perinde domino in solidum nocet, acsi ab ipso factum esset: quia non caret culpa, qui scit nec prohibet, cùm poterit. *l. scientiam 45. ad leg. Aquil. l. 3. de noxa. act. l. fluminum 24. §. quanquam de dam. inf. l. nullum crimen 109. de reg iur.* Æquum igitur est ex hac causa dari exceptionem contra dominum, acsi ab ipso domino factum esset. Ne ex dolo serui dominus lucretur. Nunquam enim dolus vnius alteri prodesse, aut nocere debet. *l. 5. §. tit. prox. l. ita demum 31. de arbitr.*

c *Noxale iudicium.* Ratio dubitandi. Factum serui obesse domino non debet, vt hæc lex ait. Ratio decidendi. Intellige, nisi hactenus, vt ipso seruo careat dominus. Quanti enim seruus est, in tantum nocere domino potest. *§. summa autem ratione. Inst. de noxal.*

3. VLPIANVS lib. 2. Digestorum.

EX hoc edicto aduersus eum, qui dolo fecit, quo minus quis in iudicium vocatus sistat, in factum actio competit, quanti actoris interfuit eum sisti. In quo iudicio deducitur, si quid amiserit actor ob eam rem: veluti si reus tempore[d] dominium rei interim sibi adquirat, aut actione liberatus fuerit[e].

Ad l. Ex hoc edicto 3.

Ratio dubitandi. Hoc edictum est pœnale, inductum ad coërcendum dolum eius, qui aliquem impedit iudicio sisti. *l. 1. §.* Ergo danda est actio etiam ei, cuius vel nihil, vel minùs interest. Ratio decidendi. Est pœnale ex parte eius qui coërcetur, sed non ex parte actoris. In eóque differt ab edicto illo, *Ne quis eum, qui in ius vocat. est vi exim. l. pe. §. 1. ill. tit.* & abedicto, *si quis ius dic. non obt. l. vnic. §. vlt. ill. tit. vt dixi ad §. 4. l. 1. §.*

d *Si reus tempore.* Ratio dubitandi. Ex quo tempore incipit mota esse reo controuersia, id est, ex quo in ius vocatus est, incipit esse, malæ fidei possessor. *l. sed etsi lege 25. §. si ante. de petit. hered.* Ergo non potest vsucapere, quia vsucapio non magis esse potest sine

fini, bona fide, quàm sine possessione. *l. vbi lex. 24. & seq. & pass. de vsucap.* Ratio decidendi. Bona fides necessaria quidem est, sed ab initio tantùm. *l. si aliena res. 6. eod.* Mala enim fides superueniens non interrumpit vsucapionem: Ideóque etiam post acceptũ iudicium & procedere & compleri potest. *l. si post acceptum. 18. de rei vindic. l. vnic. C. de transf. vsuc.*

e *Aut actione liberatus fuerit.* Ratio dubitandi. Per vocationem in ius actio instituitur. *§. omnium. inst. de perp. temer. litig.* Ergo perpetuatur. Nec enim potest quicquam imputari ei, qui incipit agere, si per alium stet quominus lis peragatur. *l. si verò. 10. l. cum sex. 55. de ædilit. edict. l. 1. de diuers. temp. præscr.* Ratio decidendi. Sola contestatio vim habet, vt perpetuet actionem. *l. constitutionibus. 33. & l. sciendum est. 58. de obl. & act. §. pœnales. Inst. de perpet. & temp. act. l. vnic. C. ex delict. defunct.* Ergo in ius vocatio non impedit, quominus reus tempore liberetur. Hodie tamen interdum sola citatio, & interpellatio sufficit sine contestatione, vt in *l. 3. C. de præs. 30. vel 40. ann.*

¶ Planè si is, qui dolo fecerit, quo minus in iudicio sistatur, soluendo non fuerit: æquum est eum aduersus ipsum reum restitutoriam actionem competere: ne propter dolum alienum reus lucrum faciat, & actor damno adficiatur.

Ad §. 1. Planè si is.

Ratio dubitandi. Non debet actio ex vnius facto in alium dari, cui nihil possit imputari: Ergo neque restitui, ne alteri per alterum iniqua conditio inferatur: contra regulam. *l. non debet. 74. de reg. iur. l. de pupillo §. §. si plurium. de op. nou. nuntiat.* Ratio decidendi. Actio restitutoria est fauorabilior, quoniam aliquando competit, quàm quæ nunquam competit. Nec ideò datur, vt noceatur ei, contra quem datur, sed, quod longè diuersum est, vt non faciat lucrum ex dolo alieno, actor verò damnum. Dolus enim vnius alteri non magis prodesse debet, quàm nocere: vt dixi ad *l. 2. §.* Si tamen is, qui dolum fecit, soluendo sit non est restituenda actio, quoniam restitutionis æquitas nulla est, cùm aliunde indemnitati actoris potest esse consultum. Ratio dubitandi. Quod ita ergo fiet, vt lucrum sentiat is eus ex dolo alieno. Ratio decidendi. Non est absurdum sentire quem lucrum ex dolo alterius, nisi cum id lucrum ex alieno damno locupletari nemo debet. *l. nam hoc natura. 14. de con. indeb. l. iure naturæ. 106. de reg. iu.* At in proposito nullum damnum patitur actor, qui dolũ passus est, sed cedũt omnia damno eius, qui dolum fecit: In quo nihil est iniqui. Sed & quod actor percipit lucrum ex dolo alterius, non fit nisi per consequentias. Causa enim huius lucri immediata est lapsus temporis, & natura actionis, quam ponimus fuisse temporalem. Non solent verò attendi quæ non fiunt nisi per consequentias. *l. 1. & quod dicimus. 7. de autor. tut. facit. l. arbitrio. 18. §. fin. de dolo.*

2 ¶ Si & stipulator dolo Titii, & promissor dolo Mæuii impeditus fuerit, quominus in iudicio sistatur: vterque aduersus eum, cuius dolo impeditus fuerit, actione in factum experietur:

Ad §. 2. Si & stipulator dolo Titij.

Ratio dubitandi. Cùm neque actor, neque reus iudicio sisti potuit, neutrius interesse videtur, quia neuter præstat alteri quicquam imputare, præsertim cùm aliorum dolo id vtriq. contigit. Ergo neutri danda est hæc actio, quæ non datur, nisi ei cuius interest. *l. prox. §.* Ratio decidendi. Imò interest vtriusque litem instituam citò terminari. *l. 1. C. de admin. tutor.*

3 ¶ Si & stipulator dolo promissoris, & promissor dolo stipulatoris impeditus fuerit, quo minus ad iudicium veniret: neutri eorum prætor succurrere debebit, & ab vtraque parte dolo compensando.

Ad §. 3. Si & stipulator dolo promissoris.

Ratio dubitandi. Nunquam impunitus manere dolum debet, sed cuique suus nocere. *l. si ex duobus. 15. de tut. & rat. dist.* adeò vt nec valeat pactio, Ne de dolo agatur. *l. contra iuris 27. §. illud nulla de pact.* Ergo dolo compensatio faciẽda non est. Ratio decidendi. Non remanet impunitus dolus, qui cum dolo compensatur. Facit enim, vt amittatur actio, quæ aduersus alium de dolo, vel propter dolum competeret: Itaque in persona vtriusque dolus vindicatur, quoties dolus cùm dolo compensatur. Eáque sententia est eius, quod dici solet, Paria delicta tolli mutua compensatione. *l. viro. 39. l. cùm inulier. 47. solut. matrimo. scilicet inter eos qui deliquerunt. l. si duo. 36. de delo. l. donum. 57. in fin. de contrah. empt. l. ita nobis. 28. C. de adul.* Sed quod ad vindictam publicam attinet, huiusmodi compensatio non est admissa. *l. 2. §. qui hoc dicit. l. si vxor. 13. §. iudex adulterij. ad l. Iul. de adult. l. si quis reus. 5. de public. iudic.*

4 Si à fideiussore quinquaginta stipulatus fuero, si in iudicium reus non venerit, petiturus à reo centum, & dolo malo Sempronii factum fuerit, ne in iudicium reus veniat: centum à Sempronio consequar: tanti enim mea interfuisse videtur: quia si venisset in iudicium, actio mihi centum aduersus reum, vel aduersus heredem eius competebat: licèt fideiussor minorem summam mihi promiserit:

Ad §. 4. Si à fideiussore.

Ratio dubitandi. Qui dolo malo impedit, ne reus iudicio sistatur, interponit se quodammodo fideiussorem pro reo cùm faciat vt tanti condemnandus sit, quãtum illud erat quod à reo petebatur. Quid enim aliud est fideiubere, aut ex promittere, quàm se præstare alio reum dare? *l. si verò negotium. 64. §. sed etsi reum. solut. mat.* Atqui fideiussor expressa conuentione acceptus, non promisit nisi quinquaginta. Ergo nec ampliùs quàm quinquaginta consequi ab isto debet: quasi tanti litẽ ipse æstimauerit. Ratio decid. Tanti interest actoris, quantũ potuit cõsequi à reo, licèt non tantundẽ potuerit consequi à fideiussore. Nihil enim vetat plus deberi à debitore, quàm à fideiussore, licèt contrà nõ plus debere possit fideiussor, quàm reus principalis. *l. græcè. 8. §. illud. de fideiuss.*

SI QVIS CAVTIONIBVS IN IVDICIO SISTENDI causa factis non obtemperauerit.

TITVLVS XI.

GAIVS lib.1.ad Edictum prouinciale.

VICENA millia passuum in singulos dies dinumerari prætor iubet, præter eum diem, quo cautum promittitur, & in quem sistere in iudicium oportet: nam sanè talis itineris dinumeratio neutri litigatorum onerosa est.

AD TITVLVM XI.

Si quis caution. in iudic. sist. caus. fact. non obtemper. l. 1.

Ratio dubitandi. De die ponenda in stipulatione solet inter litigatores conuenire, si non conueniat in potestate est stipulatoris. *l. de die ponenda. 8. §. qui satisd. cog.* Ergo nullo casu pendet hoc à prætore. Ratio decidendi. Prætor iubet vicena millia passuum in singulos dies dinumerari, cùm de die non conuenit, & actor vult arbitrio suo diem dicere. Vt nimirum possit dicere longiorem si velit, breuiorem non possit. dixi ad *d.l. de die ponenda. 8. Iunge. l 3. de verb signific.*

2. VLPIANVS lib.44.ad Edictum.

NOn exigimus reum iudicio sisti, si negotium, propter quod iudicio sisti promisit fuerit transactum, sed hoc ita, si non priùs[a] id negotium transactum sit [b], quàm sisti oporteret: cæterùm si postea transactum est, exceptio doli opponi debet: quis enim de pœna promissa laborat post negotium transactum? cùm etiam transacti negotii exceptionem [c] putauerit quis nocere, quasi etiam de pœna transactum sit: nisi contrarium specialiter [d] patribus placuerit.

Ad l. Non exigimus 2.

Ratio dubitandi. Cùm quid per stipulationem promissum est, non quærimus nisi quænam sit quantitas, & condi tio stipulationis, *l. stipulatio ista. 38. §. alteri de verb. oblig.* Atqui non ponimus in stipulatione quicquam dictum esse de transactione: Ergo etiamsi fuerit transactum, stipulatio non eo minùs committitur. Ratio decidendi. Nihil potest interesse illius, qui de negotio transegit, & ob hãc causam, qui vocatur in ius, si dum in ius venit transigat, dimittendus est. *l. neque impuberes 22. §. 1. de in ius voc.* Nec enim periculum est, ne pactio priuatorum iussui prætoris anteposita videatur. *l. 1. §. inde quæritur de oper. nou. nunc.*

a *Si non prius.* Bene P. Faber. 1. *Semestr cap.* 14. legit *si modo.* Nam & dictio *non* in Pand. flor. intercluſa est lineis tanquam irreptitia.

b *Si postea transactum sit.* Ratio dubitandi. Stipulatio semel commissa numquam resoluitur. *l. euicta. 16. §. 2. l. habere licere. 57. in fin. de euict.* Ergo etiamsi postea transactum sit, non eo minùs competit ex stipulatu actio. Ratio decidendi. Competit quidem, & danda est, sed eliditur per exceptionem doli: quia dolo facit qui de pœna laborat post transactum negotium, licèt minùs per transactionem consecutus sit, quàm eius interesset.

c *Transacti negotij exceptionem.* Ratio dubitandi. Transactio est stricti iuris, nec alia veniunt in transactionem, quàm de quibus expressim cautum fuit, præsertim cùm transactio sit, vt hodie fieri solet, per stipulationem. *l. quidquid astringendæ. 99. de verb. oblig. l. cùm Aquiliana. 5. de transact.* Atqui nihil dictum fuit de pœna. Ratio decidendi. Semper in transactionibus, stipulationibus, cæterisque contractibus sequimur id quod actum est. *d. l. cum Aquiliana. 5. l. qui cum 9. §. 1. & seqq. eod. l. semper 34. de regul. iur.* Id autem euidenter actum est, vt post transactum negotium, de pœna etiam, quæ commissa fuerit amplius non quæratur: licèt verum sit pœnali stipulatione præcedentem obligationem non nouari. *l. prædia. 28. de act. empt. l. si pacto. 14. C. de pact.* Est enim multò facilius, vt transactio generalis de toto negotio, pœnalem quoque stipulationem & comprehendat & perimat, maximè quod & transactio fauorabilis sit, & pœnalis stipulatio satis odiosa.

d *Nisi contrarium specialiter.* Suspecta mihi est hæc additio, & redolens Tribonianum: cui familiare est in suis exceptionibus specialitatem istam requirere, tum quoque, cùm vel specialitas nulla ex iuris ratione requiritur, vel dubitationem nullam res habere potest, vt in proposito casu.

1 ¶ Si quis, municipalis muneris causa, sine suo dolo malo impeditus, in iudicio secundùm suam promissionem non stetit: æquissimum est, tribui exceptionem.

Ad §. 1. Si quis municipalis.

Ratio dubitandi. Potuerat hic excusari à municipali munere, si allegasset eundum sibi ad prætorem: Ergo sibi debet imputare. Ratio decidendi. Committit quidẽ in stipulationem, quia in ius non venit, & ideo tenetur ipso iure, sed adiuuandus est à prætore per exceptionem, simodò municipalis muneris occasionem dolo malo non captauerit, ne in ius veniret. Iusta enim & honesta causa est muneris pro republica obeundi. Et ideò etiamsi iurato promisisset, tamen peieraſſe non videretur. *l. vl. §. qui satisd. cog.*

2 ¶ Simili

2 ¶ Simili modo & si ad testimonium desideratus, ad iudicium occurrere non potuerit ei subueniendum.

Ad §. 2. Simili modo.

Ratio dubitandi. Qui litigandi causa necesse habet in iure sisti, non potest in ius vocari. *l. 4 in princ. sup. de in ius voc.* multò minùs ad dicendum testimonium euocari. Nec enim temerè, aut cum damno suo, vel incommodo testes euocandi sunt. *l. 3. §. vlt. de testib.* Ergo non est hæc bona excusatio, quominus in ius venire aut iudicio sisti quis debuerit. Ratio decidendi. Officium testis non debet ei esse damnosum. *l. sed si quis. 7. inf. testam. quem aper.* Nec enim potest imputari ei qui paruit ius dicenti, cui parere necesse habuit *l. non videntur. 167. §. 1. l. is damnum. 169. de regul. iur. l. si quis id quod. 7. de iurisdict. l. 4. in fin princ. de aqua pluu. arc.* Nempe, si nihil dolo malo in ea re factum probetur. Semper enim dolus excipiendus est, putà, si cùm posset, & deberet se excusare à dicendo testimonio, maluit ire quàm adferre excusationem. Quid ergo si allegatam ob eo excusationem iustam iudex reiecerit? Non erit imputandum ei quod non prouocauerit, tametsi prouocare potuerit. *l. ait prætor. 7. §. permittitur. de minor.*

3 ¶ Si quis iudicio se sisti promiserit: & valetudine, vel tempestate, vel vi fluminis prohibitus se sistere non possit: exceptione adiuuatur, nec immeritò. cùm enim in tali promissione præsentia opus sit [e], quemadmodum potuit se sistere qui aduersa valetudine impeditus est? & ideo etiam lex duodecim tabularum [f], si iudex, vel alteruter ex litigatoribus morbo sontico impediatur, iubet diem iudicij esse diffisum.

Ad §. 3. Si quis iudicio.

Ratio dubitandi. Vel possibile fuit hunc se sistere, vel impossibile. Si possibile, est quod ei imputetur, proinde nulla exceptione adiuuandus est. Si impossibile, certum est nullam esse impossibilium obligationem. *l. impossibilium. 185 de reg. iur.* Ergo ipso iure stipulationem non committit, neque necessariam esse exceptionem. Ratio decidendi. Inter præcisam impossibilitatem, & commodam possibilitatem medium est, difficultas scilicet magna, quæ & proximè ad impossibilitatem accedat, & à casu aliquo fortuito causam habeat. Huiusmodi porrò difficultas licèt neque obligationem impediat, nequeexceptionem præbeat, si iam stipulationis tempore nata erat. *l. continuus. 137. §. illud. in fin. de verb. oblig.* si tamen post stipulationem superueniat, inducit officium prætoris, ad exceptionem ex æquitate indulgendam. *l. si cui. 38. in fin. ex quib. caus. maior. l. vlt. §. 1. in fin. ad leg. Rhod. de iact. l. non solùm autem, 10. §. fin. & l. seq. de excus. tutor.* Nam quæ de nouo emergunt semper nouo indigent auxilio. *l. de ætate. 11. §. ex causa. de interrog in iur. fac.*

e *Præsentia opus sit.* Ratio dubitandi. Non aliter mittitur actor in possessionem bonorum eius, qui iudicio se sistere debuit, quàm si is neque potestatem sui faciat, neque ab alio defendatur. *l. 2. in prin. quib. ex causis in poss. eat.* Ergo potest etiam per alium defendi. Ratio decidendi. Potest quidem defendi per alium, atque ita impediri missio in possessionem bonorum eius. Sed non potest se sistere per procuratorem, vt impediat ne stipulatio iudicio sisti committatur. Factum enim ipsius personale, & personalissimum continet stipulatio.

f *Et ideo etiam lex 12. tab.* Non est bona consecutio, inquies, si quis dicat Lex 12. tab. hoc fecit. Ergo & prætor facere poterit. Nec enim prætor potuit facere legem. *§. quos autem. instit. de bonor. poss.* Sed is Vlpiani sensus est. Quod lex 12. tabul. fecit, quæ vt plurimum ea sectatur, quæ summo & stricto iuri magis, quàm æquitati conueniunt. Id multò magis posse & debere prætorem facere in danda exceptione, cùm sit ipse custos æquitatis. Nam & legis voluntatem subsequi potest. *l. pater 10. de capt. & postlim.*

4 ¶ Si non propter valetudinem mulier non steterit iudicio, sed quòd grauida erat: exceptionem ei dandam Labeo ait, si tamen post partum decubuerit [g], probandum erit quasi valetudine impeditam.

Ad §. 4. Si non propter valetudinem.

Ratio dubitandi. Mulier quæ grauida est non eo minùs sana est. *l. quæritur 14. §. 1. de ædili. edict.* Ergo non debet adiuuari exceptione, quasi valetudine sit impedita. Ratio decidendi, Non adiuuatur quasi impedita valetudine, sed quasi prægnans: Nam & aliis plerisque casibus mulieri prægnanti succurritur, nõ propter ipsam, sed propter partum ne pericletur. *l. imperator. 18. de stat. hom.* nec solùm viuæ, sed quod magis est etiam mortuæ. *l. 2. de mort. infer.* Iunge *l. 3. de pœnis.*

g *Si post partum decubuerit.* Ratio dubitandi. Mulier, quæ post partum decumbit non minùs, imò magis sana est, quàm ante partum. Ergo ei neque tanquam prægnanti, neque propter valetudinem succurrendũ est. Ratio decidendi. Non potuit parere sine dolore. Proinde quod post partum per dies aliquot decumbere cogitur, meritò valetudini accepto ferẽdũ est.

5 ¶ Idem est, & si quis furere cœperit: nam qui furore impediatur, valetudine impeditur.

Ad §. 5. Idem est & si quis.

Ratio dubitandi. Furor non tam corporis quàm animi morbus est, vt & dementia. *l. 1. §. apud Viuianum. l. ob quæ vitia. 4. de ædil. edict.* Ergo non impedit, ne furiosus possit se sistere. Ratio decid. Morbus quidem

est animi,sed qui corpus quoque afficit,cùm furiosus non solùm non intelligere sed neque sentire videatur. *l.si tibi.8.§.pen.de opt.leg.* Nec præsentia eius, qui iudicio sisti promisit, ideo requiritur, vt adsit tantùm corpore, sed maximè vt id agat apud prætorem, quod agendum est. Furiosus autem nihil agere potest,ne quidem curatore autore. *l.in negotiis. 5.de reg.iur.*

6 ¶ Quod diximus,succurri etiam rei,qui tempestate,aut vi fluminis prohibitus non venit tempestatem sic intelligere debemus,siue maritima, siue terrestris sit, tempestatem intelligere debemus talem quæ impedimento sit itineri, vel nauigationi.

Ad §.6. Quod diximus,succurri.

Ratio dubitandi. Vix potest tempestas terrestris tanta esse, vt itineri sit impedimento: quomodo facilè ac plerumque tempestas maritima impedimento est nauigationi. Distinguendum ergo fuit inter maritimam tempestatem,& terrestrem. Ratio decidendi. Verba omnia etiam stipulationum sunt ciuiliter, & ex communi hominum sensu accipienda: Prætoriarum verò etiam ex mente prætoris: qui vtique cùm stipulationem hanc interponi iussit, non id egit, vt reus cum vitæ suæ periculo, insigníque incommodo suæ promissioni satisfacere cogeretur, quod esset nimis inhumanum. *l. continuus.*137.*§.cùm ita.de verb.oblig.* Salus enim corporis certo modo pecuniario æstimari non potest. *l.pen.in fin.de donat.*

7 ¶ Vis fluminis etiam sine tempestate accipienda est: vim fluminis intelligimus, & si magnitudo eius impedimento sit, siue pons solutus sit, vel nauigantium non stet.

Ad §.7. Vis fluminis etiam sine tempestate.

Ratio dubitandi. Vis flummis contemni facilè potest, si nulla sit tempestas: quia licèt vado transiri non possit, tamen vel pontem habere, vel pontonibus trajici potest. *l.vlt.rustic.præd.* quibus casibus magnitudo fluminis non est transeuntibus impedimento. *l.si prius nocturnam.*17.*§.via publica de aqua pluuiæ arc.* Ratio decidendi. Euenit plerunque vt propter vim & magnitudinem fluminis vel pons solutus sit, vel nauigium non stet: vt hic Vlpianus ait.

8 ¶ Si quis tamen,cùm posset non incidere in tempestatem, vel in fluminis vim, si antè profectus esset, vel tempore oportuno nauigasset, ipse se artauerit: nunquid exceptio ei minimè prosit? quod quidem, causa cognita, erit statuendum. nam neque sic artandus sit, vt possit ei dici, cur non multò antè profectus est, quàm dies promissionis veniret: neque iterum permittendum ei, si quid sit quod impuretur, causari tempestatem, vel vim fluminis. Quid enim, si quis, cùm Romæ esset ipso tempore promissionis sistendi, nulla necessitate vrgente, voluptatis causa in municipium profectus sit? nónne indignus est, cui hæc exceptio patrocinetur? Aut quid, si tempestas quædam in mari fuit, terra autem iste potuit venire. vel flumen circumire: æquè dicendum, non semper ei exceptionem prodesse: nisi angustiæ non patiebantur terra iter metiri, vel circumire. Cùm tamen vel flumen sic abundasset, vt implesset omnem locum, in quo sisti oportuit: vel aliqua fortuita calamitas eundem locum euertit: vel præsentiam venienti periculosam fecit: ex bono & æquo & hîc exceptio ei accommodanda est.

Ad §.8. Si quis tamen,cùm posset.

Ratio dubitandi. Verum est hunc quoque qui tardius profectus est impeditum fuisse vi fluminis, vel tempestate, ne ad diem se sistere potuerit, cùm si tempestas aut vis fluminis non fuisset, oportunè & ad diem venire potuisset. Nec enim sic arctandus est, vt possit ei obiici cur non multò antè profectus sit, quàm dies promissionis veniret. Ratio decidendi est: quod possit ei imputari in casibus hic expressis, & aliis similibus. Et ideo nec ei succurrendum est. Non quasi necessitatem sibi aliquam imposuerit, vt vulgò aiunt ex *l.si fideiussor.7.§.1.§ qui sanè fid.cog. l.si mulier.21.in pr.quod met.caus.l.3.§.subuenitur.de SC. Silan.* Sed quia ex regula iuris, qui potest facere vt possit iam posse videtur. *l.qui potest.*174. *de reg.iur.l. continuus.*137. *§. cùm ita.de verborum obligat.l.2.§.qui ita de eo quod cert. loc.* Nec casus attenditur, quem culpa præcedit, & qui potuit euitari, si culpa nulla præcessisset. *l. item si verberauero.*15.*§. fin. de rei vindicat.*

9 ¶ Simili modo exceptio datur ei,qui cùm ad iudicium venire volebat, à magistratu retentus est,& retentus sine dolo malo ipsius: nam si ipse hoc affectauit, vel causam præstitit [a]: non ei proderit exceptio: sed ipsius quidem dolus ei oberit, cæterorum non oberit [b], qui malo dolo fecerunt, vt retineretur. Sed si priuatus [c], eum detinuerit: nullo modo ei proderit hæc exceptio.

Ad §.9. Simili modo exceptio datur.

Ratio dubitandi. Non est verisimile quem retineri à præside aut alio magistratu sine causa, puta ob delictum aliquod, præsertim si sub custodia militari detineatur, vt in *l.2. Cod.quib.ex caus.maior.l.1.§. 1.inf.eod.* Qui autem deliquit indignus planè est cui faueatur.

faueatur. *l.Papinianus.*20 *infr.de minor.* cùm eius culpa præuenerit casum, vt proximo §. dicebamus.

Ratio decidendi. Nihil commune habet delictum, propter quod retinetur reus in vinculis, cum promissione iudicio sisti, cui satisfacere promissor non potuerit: etiamsi maximè voluisset. *d.l.Papinianus.* 20. ideóque nec impedit ea res, quominus reo succurrendum sit, vel data exceptione vt hîc, vel per restitutionem *d.l.*2. Nemini enim est imputandum, cur non fecerit quod facere non potuit. *l. impossibilium.*185. *de reg.iur.*

a *Vel causam præstitit.* Intellige dolo malo, & ob hoc ipsum, vt eo tempore à magistratu retineretur, & quæ præcedunt *si ipse hoc affectauit.* sic intellige, si affectauerit vt retineretur, etiam sine causa. Requirit enim Vlpianus vt dolus malus interueniat in hoc ipso, quod quis non sistit, vt probant quæ sequuntur. *Sed ipsius quidem dolus ei oberit.*

b *Cæterorum non oberit.* Ratio dubitandi. Habiturus est actionem pro sua indemnitate aduersus alios qui fecerunt, vt dolo malo retineretur. *l.1.§.si reus in fin. sup.tit prox.* Ergo perinde teneri debet stipulatori, cùm verùm sit non fuisse satisfactum promissioni. Nec enim quicquam ex ea causa videbitur abesse reo, cùm is, qui actionem habet ad rem consequendam, videatur rem ipsam habere. *l.is qui actionem.*15. *de reg iur.* Ratio decidendi. Nemo ideò vnquam obligatur, quia accepturus sit ab alio quod ipse præstiterit. *nemo ideo* 171.*eo.* Interest enim cuiuslibet non soluere potiùs, quàm solutum repetere. *l.3.de compens.l.si stipulatus.*15.*in pr.de fideiussor.*

c *Sed si priuatus.* Ratio dubitandi. Eadem ratio videtur esse succurrendi reo in hoc casu, quæ est in specie proximè tractata, id est, cùm priuati alicuius dolo malo factum est, vt is à magistratu retineretur. Nempe quod licèt habiturus sit actionem aduersus priuatum, qui eum detinuit, tamen ipsius interest, non soluere potiùs quàm solutum repetere. *d.l.3.de compens.d.l.stipulatus.*15.*de fideiuss.* nec videtur quicquã ei imputare posse. Ergo idem ius vtroque casu statuendum est. *l.illud quæsitum.*32.*ad leg. Aquil.* Ratio dubitandi. Multum interest an quis à priuato detineatur an à magistratu. Posteriore casu nihil potest imputari ei, qui parère habuit necesse. *l.non videntur.*167.*§.1. & l is damnum.*169.*de reg.iur.* Priore verò casu vel ei imputari, cur non aduersus priuati hominis violentiam implorauerit autoritatem magistratus, *l.vlt.quod met.caus.* vel si nihil possit ei imputari, æquum tamen non est iniuriam quæ fit ei à priuato, stipulatorem contingere. *l.exceptione.*67.*de fideiuss.* Nam nec si à magistratu facta esset, alij tamẽ nocere deberet, quàm cui nocere magistratus voluisset. *l.si per imprudentiam.*51.*de euict. l.argentarius.*10.*§.cùm autem de edend.* Itaque quod hic dicitur, dandam esse exceptionem reo, qui à magistratu retentus fuit, intellige si non per magistratus iniuriam retentus fit, quod tamen in dubio nunquam præsumitur. *l.nec magistratibus.*32. *& l.seq.de iniu.*

3. PAVLVS lib.69. ad Edictum.

SEd actio ei datur aduersus eum, qui detinuit, in id quod eius interest.

Ad l.Sed actio ei datur 3.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l.1.* *§.si reus.de eo per quem fact.erit.& ad §.vltim.in fin.l.proxim.præced.*

4. VLPIANVS lib.74. ad Edictum.

SEd & si quis rei capitalis antè condemnatus, iudici sistere se non potuit: meritò huic ignoscitur. ¶ Rei capitalis condemnatum accipere debemus, qui morte, exilióve [d] coercitus est. ¶ Dixerit aliquis, quo ergo hæc exceptio damnato: sed respondebitur, fideiussoribus eius [e] esse necessariam: aut si fortè in exilium, salua ciuitate [f], abiit: vbi defensori eius [g] exceptio ista proderit?

Ad l.Sed & si quis rei capitalis 4.

Ratio dubitandi. Hic causam præstitit ne in ius venire potuerit, quia deliquit. Ergo non est adiuuandus. *l.2.§.vlt.§.l.Papinianus.*20.*de minor.* Ratio decidendi. Nihil commune habet delictum, aut pœna delicti, cum promissione iudicio sisti, vt dictum est ad *d.§.vlt.* Et sufficit vt nihil possit imputari cur nõ steterit, licèt impedimentũ ex rei delicto proficiscatur.

d *Qui morte exilióve.* Sunt tamen etiam aliæ capitales pœnæ, de quib. *in l.capitalium.*28.*de pœn.*

e *Fideiussoribus.* Ratio dubitandi. Non potest fideiussor habere exceptionem ex persona rei, quæ ipsi reo non competat. *l.exceptiones.*7.*de except.* Atqui non potest reus capitalis criminis damnatus habere exceptionem, quia nec conueniri potest. *l.tutelas.*7.*§. vlt.de c.minut.l.vlt.in fi.quæ in j. aud.credit.* Eius enim est excipere, qui conuenitur. *l.2.de except.* Ratio decidendi. Vt exceptio fideiussori detur, non est necesse, vt ea res vtatur, sed sufficit quòd vti posset, si conueniretur. Nam etsi vti nollet, ea tamen res fideiussori non noceret. *l.vlt.de pact.* In proposito autem, esset reus habiturus exceptionem, si posset conueniri, & conueniretur. Dices, liberato per pœnam reo, fideiussores quoque liberatos intelligi debere, cùm obligatio ipsorum non sit nisi accessoria. Respondeo neminem ex pœna sua posse consequi liberationem, multominùs eam posse acquirere fideiussoribus suis, qui non aliam ob causam accipiuntur, quàm vt in hunc ipsum cuentum creditor sit securus. *§.vlt.Inst.de replicat.* Nam etsi reus sine hærede decederet, fideiussores tamen non eò minùs actione ex stipulatu saltem vtili tenerentur. *l.Stichum aut Pamphilum.*95.*§.1.in fi.de solut.*

f *In exilium salua ciuitate.* Hæc relegatio non deportatio est. *l.4.de pœn.* Quid si quis fuerit deportatus saluis bonis? Adhuc poterit conueniri, sed actione vtili, non directa, cùm ciuis esse desierit. *l.relegatus.* 14.*§.vlt.de interd.& releg.* Proderit ergo eo casu exceptio & reo, & fideiussoribus.

g *Defensori eius.* Ratio dubitandi. Defendere est eandem vicem,quam reus subire. *l.minor.31.§.1.de procur.*Ergo nemo potest in ciuitate defensor esse illius, qui ipse in ciuitate esse, & seipsum defendere non potest.

Ratio decidendi. Imò ob hanc ipsam causam maximè necessarius vsus est defensorum,vt ciues, qui seipsos defendere non possunt,saltem per alios defendantur: nam & procuratores constituere possunt. *l. Papinianus.20.de minor.*

1 ¶ Illud sciendum est:eum,qui idcirco non stetit,quia capitis reus factus est, in ea causa esse,vt exceptione vti non possit:damnato enim datur. ¶ Planè si vinculis vel custodia militari impeditus ideò non stetit:in ea erit causa,vt exceptione vtatur.

Ad §.1.Illud sciendum est.

Ratio dubitandi.Qui capitis reus factus est,excusandus est, si de alio iudicio non cogitat, quàm in quo videt agi de suo capite, quod iudicio fortunæ sit commissum vt loquitur. *l.seruus.13.de stat.hom.*

Ratio decidendi.Etiam reus capitis potest in alio iudicio se sistere : Ergo non est ei danda exceptio, quæ damnato datur,Damnatus enim iudicio adesse non potest,etiamsi maximè velit,ideóque meram impossibilitas illa est.Excipitur tamen reus capitis,qui ex ea causa vel in custodia militari, vel in vinculis detinetur.Hic enim non magis potest in iudicio sisti, quàm si esset damnatus. *l. 2.C.quib.ex caus.maior. dixi ad l.2.§.vltim.*

2 ¶ Præterea si funere quis domestico impeditus non venit,debet ei exceptio dari.

Ad §.2.Præterea si funere.

Ratio dubitandi. Nulla necessitas, nedum impossibilitas est, quæ prohibeat venire in ius eum,qui se domestico funere impeditum dicit : sibique debet imputare cur funus ducere maluerit, quia id maluisse videtur. arg. *l.si patre.22.de rit.nupt.*Ratio decidendi. Quod honestè facere non possumus,id nec facere posse credimur. *l.filius,qui fuit 15.de condic.insti.* Nemo autem potest honestè deserere ducendi funeris familiaris occasionem. Quid enim inhumanius,quàm si honor hic non habeatur sepulturæ,cui debetur in memoriam humanæ conditionis? *l. quidam in fuo.27.de condic.instit.*Ergo ex hac causa etiam exceptio danda est reo. Nam nec in ius vocari potest,qui funus familiare ducit,non magis, quàm qui iusta mortuo facit. *l.2.in fi.de in ius voc.*

3 ¶ Item si quis in seruitute hostium fuerit,ac per hoc in iudicium non stetit:debet exceptione adiuuari.

Ad §.3.Item si quis in seruitute.

Ratio dubitandi.Qui in seruitute apud hostes fuit, vel rediit ab hostibus, vel non rediit. si rediit, semper in ciuitate fuisse intelligitur,nunquam in seruitute propter postliminij fictionem. *l.pen.de suis & legit.* si verò apud hostes: vel decessit, vel adhuc est: cùm re vera sit seruus, conueniri non potest, nec proinde vlla indiget exceptione. Ratio decidendi. Hic locus intelligitur de eo, qui rediit ab hostibus, sed post elapsum tempus, intra quod sisti debuit ex promissione,quam fecerat ante captiuitatem. Huic enim necessaria est exceptio, cùm stipulatio commissa sit.Est autem danda,quia fictio postliminij,licèt deleat memoriam captiuitatis, quantum ad ea omnia, quæ sunt iuris, ad ea tamen non pertinet quæ sunt facti. *l.1.denique 19.ex quib.caus.maior.*in quo genere est,ad certam diem sisti,quem,vel non sisti. *l.quotiens quis.81.de verb.oblig.*

4 ¶ Quæsitum est, an possit conueniri: *ne vlla exceptio in promissione deserta iudicio sistendi causa facta obiiciatur:* & ait Atilicinus conuentionem istam non valere. sed & ego puto conuentionem ita valere,si specialiter causæ exceptionum [h] expressæ sint,quibus à promissore sponte renuntiatum est.

Ad §.4. Quæsitum est.

Ratio dubitandi. Pacta quæ non sunt contra leges, neque contra bonos mores seruanda sunt. *l.iurisgentium.7.§.ait prætor de pact.*Ratio decidendi.Cùm exceptiones omnes dentur ex æquitate non potest non iniquum esse pactum,per quod omnibus exceptionibus ex æquitate dandis via præcluditur. Placuit enim æquitatis maiorem quàm stricti iuris rationem in omnibus esse oportere. *l.placuit.8.Cod.de iudic.l.in omnibus.90.de reg.iur.* Maximè verò in prætoriis stipulationibus, quia recipiunt interpretationem ex mente prætoris,quæ semper illa est,ne quid contra æquitatem fiat. *l.in conuentionalibus.52.de verb. oblig.*

h *Si specialiter causæ exceptionũ.*Ratio dubitandi.Quod generaliter fieri non potest, multò minus fieri potest expressim,& specialiter.Dici enim solet expressa nocere non expressa non nocere. *l.nonnunquam. 52.de condit.& demonstr.l.expressa.195.de reg.iur.*

Ratio decidendi. Cùm expressæ sunt causæ exceptionum, quibus promissor sponte renunciat, non tam autoritas prætoris, aut fauor æquitatis, quàm ius promissoris diminuitur.Permissum enim est cuilibet sui iuris persecutionem, aut spem futuræ siue perceptionis, siue exceptionis deteriorem constituere. *l.pactum inter.46.de pact. l.pen.C.eo.*Sed omnium in genere exceptionum viam sibi per stipulationem præcludere non licet. *l.fluminum.24.§.Cassius de dam. infect.*

5 ¶ Item quæritur, si quis, cùm iudicio sistendi causa satisdare non deberet, satisdato promiserit,an fideiussoribus eius exceptio detur. Puto interesse, vtrùm per errorem satisdato

dato promissum est, an ex conuentione: si per errorem, dandam fidiussoribus exceptionem: si ex conuentione[i],minimè dandam. Nam & Iulianus scribit,si iudicio sistendi causa pluris,quàm statutum est[k], per ignorantiam promissum fuerit: exceptionem dari debere,si autem ex conuentione tantæ summæ promissio facta sit: exceptionem, pacti conuenti replicatione,infirmandam Iulianus ait.

Ad §.5.Item quæritur.

Ratio dubitandi. Prætor eos, quos satisdare non cogit,non tamen prohibet satisdare. Aliud enim est non posse quem aliquid facere. Aliud verò non cogi. *l. damni infecti 43. §.cùm parietem.de dam.infect.* Ergo fideiussores ab eo dati, qui satisdare non cogebatur,omnimodo conueniri possunt.Ratio decidendi. Quod per errorem factum est vel consensum nullum habet. *l.si per errorem 25. de iurisd. l.sed & hoc 20.de aqua pluu. arc.* vel saltem causam nullam. Vnde est quod ex hac causa solet competere condictio indebiti soluti, *tot.tit.de cond.indeb.* Multò igitur magis potest is error inducere exceptionem. Sed an error iuris,an facti? Vterque ni fallor proderit. Non enim hoc in casu error iuris tam prodest, quàm non nocet. *l. error facti 8. de iur. & fact.ignor.* Nec enim quicquam lucratur is,cuius fideiussores exceptionem habituri sunt,nisi quod fideiussoribus suis ex causa mandati non tenebitur.

i *Si ex conuentione.*Ratio dubitandi. Fideiussio non fit sine stipulatione. *l.stipulationum 5.§.satis acceptio.de verb.oblig.l.blanditus 12. Co. de fideiuss.* Ergo nunquam est sine conuentione. Ratio decidendi.Nulla conuentio esse intelligitur,vbi error est,quia error impedit consensum,ex quo omnis conuentio æstimatur. *l.quecunque 11.& l.in omnibus 57.de oblig.& act.*

k *Pluris quàm statutum est.* Ratio dubitandi. Tanti videntur litigatores rem æstimasse, quantùm in conuentionem deductum est,ne cogerentur disputare,quanti actoris interesset ex consilio. I.C. *in l.vlt. de præt.stipul.* Ergo condemnandus omnimodo est promissor ad taxatam quantitatem.Ratio decidendi. Nemo ex edicto cogitur satisdare supra veram quantitatem,id est,supra id quod re vera interest actoris. *l.2.§.vlt.*&.*qui satisd.cogant.* Et quamuis possit id,quod interest taxari à litigatoribus ad certam vsque quantitatem, quæ excedat id quod re vera interest, eáque conuentio seruanda sit,si consultò & citra errorem facta sit: si tamen error aliquis, vel ignorantia in eo interuenerit, æquum est succurri promissori, eiúsque fideiussoribus per exceptionem: quia vt dixi, neque error neque ignorantia consensum habet. *d.l.si per errorem 15. de iurisd.* Eadémque distinctio admitti debet in specie. *l.damni infecti 43.§.cùm parietem.de damn.infect.* In proposito tamen ponendum est non à litigatoribus,sed à prætore ipso ex consensu tamen litigatorum statutam fuisse certam quantitatem, ad quam vsque promittere reus deberet : cùm huiusmodi stipulatio interponatur ex autoritate prætoris. Ideóque si per errorem aliquid promissum sit , supra quantitatem à prætore statutam,danda est reo exceptio sine replicatione. Si verò id consultò factum sit,non eò minùs quidem danda est reo exceptio,ne prætoria stipulatio contra formam à prætore ipso statutam interposita defendatur. Sed tamen elidenda erit illa exceptio per replicationem iusti pacti conuenti, vt lex ait, quia iussum prætoris tacitam eam conditionem habere intelligitur, Nisi aliud inter litigatores conuenerit. *l.de die ponenda 8.in pr.sup.qui satisd.cog. l.1. §.inde quæritur.de oper.noui nunciat.l.damni infecti 43.§. cùm parietem de dam.infect.*

5. PAVLVS libro 69.ad Edictum.

SI duo rei stipulandi sunt,& vni debitor iudicio se sisti cum pœna promiserit,alter autem impedierit:ita demum exceptio aduersus alterum danda est,si socij sint:ne prosit ei dolus propter societatem.

Ad l.Si duo rei 5.

Ratio dubitandi. Suus cuique dolus nocere debet,non alteri. *l.is qui à debitore 9.quæ in frau. cred.l.electio 26.§.fin.de noxal.act.l.ita demum 31.de arbitr.* Ergo dolus vnius ex correis alteri nocere non debet. Ratio decidendi.Nec illud quoque æquum est,dolum correi prodesse correo propter societatem: cùm doli societas nulla sit. Prodesset autem in proposito si ex dolo vnius ex correis non daretur exceptio contra correum , qui dolo malo impediuisset promissorem,ne iudicio sisteret. Generaliter enim verum est etiam inter eos,qui non sunt correi , dolum vnius alteri prodesse non debere. *l. 2. sup. de eo per quem fact.erit.*

1 ¶ Item si duo rei promittendi sint, & vnus ad iudicium non venerit, contempta sua promissione iudicio sistendi causa facta,actor autem ab altero rem petat,ab altero pœnam desertionis:petendo pœnam exceptione summouebitur.

Ad §. 1.Item si duo rei.

Ratio dubitandi. Licèt plurium correorum debendi vna tantùm sit obligatio. *l. 2.3.& pass.de duob. reis.* nihilominùs in cuiusque persona propria singulorum obligatio consistit. *l.eandem rem 9.§.vlt.eod. tit.* Nec culpam vnius alter præstare debet,etiamsi sint socij,sed ita demum, si communis culpa fuit. *d. l.eandem rem 9.§.pen.in fin.*

Ratio decidendi. Ea est conditio obligationis correorum , vt singuli in solidum debeant, quod omnes debent ideóque vno soluente cæteri ipso iure liberentur. *d. l. 2.& 3.in princ.& §.1.de duob.reis.* Cùm igitur pœna, quæ ex hac causa debetur, non

sit nisi loco eius quod interest. *l. vlt. de præt. stipul.* consequens sit, vt exceptione repelli debeat is, qui vtrunque conse qui velit. *l. si quis dolo* 51. *§. 1. de re iudic.* Nec distinguimus hoc casu, vt in superiore, an correi socij sint. Tunc enim distinctio illa necessaria est, cùm extrinsecus aliquid accidit, non cùm obligatio correorum naturaliter, & legitimis modis dissoluitur.

2 ¶ Æquè si à patre facta fuerit promissio iudicio sistendi gratia ex filij contractu, deinde de re actor egerit cum filio: exceptione summouebitur, si cum patre ex eius promissione agat. Et contra idem erit, si filius promiserit, & actor egerit cum patre [l] de peculio.

Ad §. 2. Æquè si à patre.

Ratio dubitandi. Qui cum filiofamilias contrahit duos habet debitores, filiumfamilias in solidum, patrem verò de peculio. *l. si quis cum filiofamilias* 44. *de pecul.* ac proinde alia parris, alia filij obligatio est. Ergo non debet is, qui ex stipulatione sua conuenitur, ob id solùm liberari, quòd alius propria actione conueniatur. Ratio decidendi. Licèt alia sit actio, quæ contra patrem datur: alia, quæ contra filium, tamen vnum debitum est, cuius nomine si contra alterum actum sit, alter ipso iure liberatur. Non enim ideò duplex actio datur creditori, vt possit vtraque experiri, sed vt habeat eligendi facultatem, vtra experiri malit. vt in *l. cùm filius* 76. *§. variùs. de leg.* 2. Quod olim fere perpetuum fuit ante *l. vlt. C. de fideiuss.*

l *Egerit cum patre.* Ratio dubitandi. Pater non tenetur in solidum ex contractu filij, sed tantùm de peculio *tot. tit. de pecul.* Ergo, etiamsi cum patre actum sit, non ideò tamen liberari filius debet, nec eius fideiussores, nisi pro ea quantitate, quàm à filio actor sit consecuturus.

Ratio decidendi. Imputare sibi debet actor, cur cum patre maluerit agere, quàm cum filio, cùm posset eligere filium si voluisset.

6. GAIVS lib. 1. ad Legem 12. Tabularum.

SI is, qui fideiussorem dedit, ideò non steterit, quòd reipublicæ causa abfuit: iniquum est, fideiussorem ob alium necessitate sistendi obligatum esse, cùm ipsi liberum esset non sistere.

Ad l. Si is qui fideiussorem 6.

Ratio dubitandi. Exceptiones personæ coherentes ad fideiussores non transeunt. *l. exceptiones* 7. *de except.* Atqui exceptio, quæ danda est reo qui reipublicæ causa abfuit, personalis est, vt apparet, Ergo fideiussori prodesse non debet. Ratio decidendi. Apertè iniquum est fideiussorē obligatum esse necessitate sistendi ob alium, cui ipsi liberum fuit non sistere. Non enim tenetur, nisi ex non facto eius, qui iudicio sisti debuit: quod, si in persona ipsius qui ad factum obligatus fuit, impunitum est, multò magis impunitum esse debet in persona fideiussoris: ne alioquin ille contra iuris regulas in duriorem causam acceptus videatur. *l. græcè* 8. *§. illud. de fideiuss.* Iusta autem causa est non sistendi, si quis ablit reipub. causa. *l. proxè. infr.*

7. PAVLVS libro 69. ad Edictum.

SI quis seruum in iudicio sisti promiserit, vel alium, qui in aliena potestate est: iisdem exceptionibus vtitur, quibus, si pro libero, vel patrefamilias fideiussit: præterquam si reipublicæ causa abesse diceretur seruus. nam seruus reipublicæ causa abesse non potest. Præter hanc autem exceptionem, cęteræ, quia communes sunt, tam in libero homine, quàm in seruo, locum habent.

Ad l. Si quis seruum 7.

Ratio dubitandi. Seruus nullam exceptionem habere potest, quia nec cum eo vlla actio est. *l. cum seruo* 107. *de reg. iur.* Ergo neque is, qui seruum iudicio sisti promisit. Ratio decidendi. Eorum quæ facti sunt, etiam serui sunt capaces. *l. qui heredi* 44. *de condic. & dem.* Itaque perinde seruus atque liber homo impediri potest valetudine, aut in fluminis, vel tempestatis, aut dolo alterius, ne iudicio sistatur. Ex his igitur causis æquè fideiussori danda est exceptio, ac si liberum hominem sisti promisisset. Non tamen si reipub. causa seruus abesse dicatur, quia id fieri non potest. Ponendum autem est hunc fideiussorem non à seruo datum esse, sed à domino serui, siue de peculio, siue noxali actione, siue in solidum conuenti. *l. si seruus 9. l. quotiens* 13. *inf. hoc tit.*

8. GAIVS lib. 29. ad Edictum Prouinciale.

ET si post tres, aut quinque, plurésve dies, quàm iudicio sisti se, reus promisit, secum agēdi potestatem fecerit, nec actoris ius ex mora deterius factum sit: consequens est, dici, defendi eum debere per exceptionem.

Ad l. Et si post tres 8.

Ratio dubitandi. Quod intra certā diem fieri debuit, si factum non sit, certum est amplius fieri nunquam posse: quia tempus præteritum recurrere impossibile

possibile est. *l. Thais ancilla* 41. *§. intra. de fidei. libert.* Ergo semel commissa pœna postea resolui aut euanescere non potest, quia semper verum erit, intra tempus constitutum non fuisse factum, quod fieri debuit. *l. Celsus ait* 23. *de recept. qui arbitr.*

Ratio decidendi. In conuentionalibus quidem stipulationibus ita est, sed non in prætoriis, quæ interpretationem recipiunt ex mente prætoris. *l. in conuentionalibus* 52. *de verb. obligat.* cuiusmodi ista est. Prætor autem, cùm hanc stipulationem interponi iuber, non id agit, vt promissorem damno afficiat, sed vt stipulatorem indemnem seruet, damnum autem vel nullum, vel certè non magnum est in mora tam modici temporis. *l. si debitori meo* 21. *de iudic. iunct. l.* 4. *de rest. in integ.* Nam si actoris ius ex mora illa, vel vnius diei, factum esset deterius, purà completa vsucapione rei quæ perebatur, vt in *l. deperditum* 21. *de pet. hered. l. si post acceptum* 18. *de rei vind.* aliud sanè esset. Sed & interdum in conuentionalibus stipulationibus idem obtinet, vt paucorum dierum mora non noceat, cùm tempus in obligatione tantùm fuit, non etiam in conditione. *l. si ita quis* 135. *§. 1. de verb. oblig.* Nam mora quæ facta est in conditione aliqua implenda purgari nunquam potest, si stipulatio conuentionalis fuit. Ad hanc verò rem nil pertinet. *l. quod dicimus* 105. *de solut.*

9. VLPIANVS lib. 77. ad Edictum.

SI seruus iudicio se sisti promittat: non committitur stipulatio, neque in eum, neque in fideiussores eius.

Ad l. Si seruus 9.

Ratio dubitandi. Seruus & promittendo & aliis modis potest saltem naturaliter obligari. *l. nec seruus* 41. *de pecul.* Ergo & fideiussorem dare, cùm obligationi omni accedere possit fideiussor, etiam naturali. *l. 1. l. potest* 4. *l. fideiussor* 16. *§. fideiussor accip. de fideiuss.* Rat. dec. Seruus neque conueniri, neque conuenire potest: Ergo neque se obligare, vt iudicio sistat. *l. quoties* 13. *j.* Is enim demum obligatur ex hac stipulatione, qui ex ea conueniri potest apud prætorem. Eum verò, qui conueniri non ipse posset, nec fideiussorem ex hac causa dare prætor patitur: quia vbi principalis stipulatio inutilis est, nec fideiussoria, quæ accessoria est, potest subsistere. *l. nihil* 129. *§. 1. l. cùm principalis* 178. *de reg. iur.* Si quis tamen pro serui domino fideiusserit seruum iudicio sisti, rectè obligatur. *l. si quis seruum* 7. *sup. h. tit.* Quid si seruus iudicio alium sisti satis acceperit? Valet satis acceptio, quia licèt seruus ex ea stipulatione non possit agere, eius tamen dominus agere potest. *l.* 4. *de diuers. temp. præscript.*

1 ¶ Si plurium seruorum nomine, iudicio sistendi causa, vna stipulatione promittatur: pœnam quidem integram committi, licèt vnus status non sit [a], Labeo ait: quia verum sit, omnes statos non esse [b]: verùm, si pro rata vnius offeratur pœna, exceptione doli vsurum [c] eum, qui ex hac stipulatione conuenitur.

Ad §. 1. Si plurium seruorum.

Ratio dubitandi. Non potest dici in totum non satisfeciisse promissioni eum, qui ex pluribus seruis, quos iudicio sisti promiserat, aliquos stetit: Ergo pœna non potest integra committi.

Ratio decidendi. Committitur pœna integra, quia significatio huius promissionis ex vniuerso sumitur: in quo, si quid falsum est, falsam efficit totam orationem. Verum enim est non omnes statos esse, licèt quidam stati sint, acsi promissum esset, si aut Stichum, aut Damam, aut Herotem non steteris, decem dari. *l. si is qui ducenta* 13. *§. cùm ita. & §. vtrùm. de reb. dub.*

a *Licèt vnus status non sit.* Mallé legere detracta negatione: Ratio enim dubitandi, quæ his verbis exprimitur non illa erat, quòd vnus status non esset, sed quòd vnus status esset. Ratio autem decidendi è contrario, quòd vnus status non esset. Id enim est, quod facit, vt verum sit omnes statos non esse.

b *Omnes statos non esse.* Ratio dubitandi. Hæc stipulatio non committitur, nisi quatenus interest stipulatoris, si pœna nulla promissa sit. *l. 2. §. vltim. qui satisd. cog. l. qui autem nouo* 12. *§. 1. inf. hoc titul.* Atqui nihil interest stipulatoris, nisi quantùm ad seruum, qui status non fuit: Ergo quantum ad eum, qui status fuit non potest committi stipulatio. *l. si procurator.* 18. *rat. rem haber.* Ratio decidendi. Id verum esset, si pœna promissa non esset. vt in *d. l. si procurator.* 18. Tunc enim non nisi ad id quod interest agi potest: Nec proinde potest committi stipulatio suprà quàm interfit. At cùm pœna promissa est, non inspicimus an, aut quatenus interfit, sed tantùm quænam sit quantitas, & conditio stipulationis. *l. stipulatio ista* 38. *§. alteri. de verb. oblig.*

c *Exceptione doli vsurum.* Ratio dubitandi. Non facit dolo, qui iure suo vtitur. *l. nullus videtur* 55. *de reg. iur.* Hic autem stipulator vtitur iure suo, cùm pœnam integram petit, licèt non tanti eius interfit: quia cùm pœna adiecta est, non quæritur, an aut quatenus interfit, sed quænam sit quantitas, & conditio stipulationis, vt proximè dictum est.

Ratio decidendi. Dolo facit, & contra mentem prætoris ille, qui ex huiusmodi stipulatione vult consequi pœnam, pro rata eius hominis, qui status est, cùm nihil sua interfit, quod ad eum attinet. Prætoris verò & contrahentium ea mens fuerit, vt non nisi in vicem eius quod interforet, pœna deberetur. Denique improbus est, qui bis idem consequi velit. *l. si quis dolo* 51. *§. 1. de re iudic.* Scilicet vnum ex seruis statum esse, & nihilominus pro eo quoque pœnam deberi. Iunge quæ dixi ad *l. & si post tres* 8. *sup. eod.*

10. PAVLVS lib.1. ad Plautium.

SI eum iudicio sisti promisero, qui iam tempore liberatus esse dicebatur, quia iam actione fortè non tenetur: actio in me danda est, vt vel exhibeam eum, vel defendam, vt veritas inquiratur.

Ad l. Si eum iudicio 10.

Ratio dubitandi. Nihil omnino interest stipulatoris exhiberi & iudicio sisti ac defendi eum, qui iam tempore sit liberatus. Non enim hic titulus similis est ei, qui nihil habet, sed ei potius, qui satisfecit: cùm habeat, quod obiiciat petitori. *l. si pupillus* 45. *de admin. tut.* Atqui hæc stipulatio non datur ei, cuius nihil interest. *l. 2. §. vlt. qui satisd. cog.* Ratio decidendi. Si constaret reum tempore liberatum esse, vtique id verè diceretur. sed cùm ex vna parte affirmatur, ex altera negatur, veritas necessariò inquirenda est, quæ tamen inquiri non potest, quin reus vel defendatur, vel exhibeatur, vt se defendat. Ergo vel ob hoc ipsum actio danda est in promissorem, vt vel defendat ipse vel exhibeat. Sicuti dicimus, cùm quis ex aliena iurisdictione in ius vocatur, venire illum omnimodò debere, vel ob hoc ipsum, vt sciatur cuius sit iurisdictio. *l. 2. §. si quis in ius voc. non ier.*

§ 1 ¶ Homo sisti promissus ante diem dolo promissoris periit, certo iure vtimur, non ante pœnam peti posse, quàm dies venerit. tota enim stipulatio in diem collata videtur.

Ad §. 1. Homo sisti promissus.

Ratio dubitandi. Cùm homo sisti promissus, periit ante diem dolo promissoris, certum ex eo die esse incipit, ampliùs sisti eum nunquam posse, & nihilominùs durare obligationem, ac si viueret. Nemo enim dolo & facto suo tollere potest suam obligationem. *l. si seruum* 91. *§. nunc videamus. de verb. obl.* Ergo frustrà est expectari tempus, quod fuerat in stipulatione adiectum, & intra quod sisti homo debuerat, si vixisset. arg. *l. stipulationes* 72. *§. vlt. eod.*

Ratio decidendi. Tota stipulatio in diem collata videtur, id est, non minùs quod ad pœnam, quàm quod ad hominem iudicio sistendum: cùm prius sit, vt homo sisti debuerit, nec status sit, quàm vt eo nomine sue ad id, quod interest, sue ad pœnam agi possit. *l. quotiens quis* 81. *eod. titu.* Non est igitur promissor priuandus commodo medij temporis, nec vrgendus ante tempus intra quod noluit posse conueniri. *l. si ita stipulatus* 14. *eod.*

2 ¶ Qui iniuriarum acturus est, stipulatus erat ante litem contestatam, vt aduersarius suus iudicio sistat. commissa stipulatione mortuus est: non competere heredi eius ex stipulatu actionem placuit: quia tales stipulationes propter rem ipsam darentur: iniuriarum autem actio heredi non competit: quamuis enim hæc stipulatio iudicio sistendi causa facta ad heredem transeat, tamen in hac causa danda non est. nam & defunctus si vel omissa iniuriarum actione[a] ex stipulatu agere, non permitteretur ei. Idem dicendum esse, & si is, cum quo iniuriarum agere volebam, stipulatione tali commissa decesserit. nam non competit mihi aduersus heredem eius ex stipulatu actio. & hoc Iulianus scribit, secundùm quod & si fideiussores dati erant[b], minimè dabitur in eos actio mortuo reo. Idem Pomponius, si non post longum tempus decesserit[c], quia si ad iudicium veniisset, litem cum eo contestari actor potuisset.

Ad §. 2. Qui iniuriarum.

Ratio dubitandi. Actio ex stipulatu, sicut & alia quælibet veniens ex contractu, datur & heredi & in heredem: ideóque licèt delictum in ea re versetur. *l. ex contractibus* 49. *de obl. & act.* imò quod magis est, etiamsi conditionalis sit stipulatio, & stipulator ante conditionis euentum decesserit. *§. ex conditionali. Inst. de verb. oblig.* Atqui in casu proposito fuerat commissa stipulatio, quia homo sisti promissus ad diem status non fuerat.

Ratio decidendi. Hæc stipulatio propter rem ipsam interponitur, i. propter eam actionem, quæ ab actore instituta fuit, iniuriarum scilicet: quæ porrò actio iniuriarum heredi non competit, sicut nec in heredem. *l. iniuriarum* 13. *in pr. & l. item apud Labeonem* 15. *§ iniuriarum* 14. *de iniur.* Ergo neque ex huiusmodi stipulatione actio aliqua heredi danda est, tanquam quæ sit subrogata in locum actionis iniuriarum. Est enim hæc stipulatio ex iis prætoriis, quæ non tantùm iudiciales sunt, sed etiam cautionales: ob idque communes appellantur. *l. 1. §. communes. de præt. stipul.* Quatenus ergo cautionalis est, intercedit, vt sit noua actio, id est, vt fiat nouatio, & idcirco dicitur habere instar actionis, quam nouat, & perimit: quoniam eius vicem induit, & representat. *d. l. 1. §. cautionales.* Quod explicui latiùs *lib. 3. Coniect. cap. 1.* Cùm igitur hæc actio sic nouet actionem iniuriarum, vt tamen eius naturam imitetur, consequens est, vt non possit transmitti ad heredem: quia nec iniuriarum actio transmitteretur. Sic & in *l. 1. §. si quis sub conditione. vt legat. serv. caus. caueat.*

a *Omissa iniuriarum actione.* Legendum est *amissa.* Nec enim potest in proposito casu superesse actio iniuriarum, quæ vel exerceatur, vel omittatur: cùm sit nouata per stipulationem. Dices, Nec posse amitti eam actionem, quæ per nouationem iam peremta sit. Quod enim non est, non amittitur. *l. 1. §. 1. quib. mod. vsusfru. amit. l. si partem* 19. *in prin. quemad. seruit. amit.* Respondeo huius loci sensum hunc esse, vt non possit actor ex hac stipulatione agere eo casu, quo iniuriarum actionem, si qua superfuisset, amisisset: putà si annus præterierit, aut iniuriam expressè, vel quo alio modo tacitè remiserit. His enim omnibus casibus iniuriarum actio amittitur. *l. non solùm* 11. *§. de iniur.* Ergo & actio ex stipulatu. Amittitur autem actio iniuriarum ipso iure per pactum, quia legitimum est. *l. si tibi decem* 17. *§. 1. de pact.*

b *Si fideiussores dati erant.* Ratio dubitandi. Non est nouum dari actionem in fideiussorem mortuo reo, etiam qui sine herede decesserit. *l. Stichum* 95. *§. 1. in fin. de solut.* Ergo quamuis hæc actio ex stipulatu non possit dari in heredem, nihilominus in fideiussores dari poterit.

Ratio decidendi. Cùm natura actionis, quæ contra principalem instituitur, talis est, vt non possit transire ad heredem, non potest fieri, vt competat in fideiussores: Nec enim potest accessoria obligatio subsistere, vbi principalis non consistit. *l. nihil* 129. *§. 1. l. cum principalis* 178. *de reg. iur.*

b *Si non post longum tempus.* Vereor vt tota hæc adiectio sit Triboniani. Nam licèt reus, contra quem vt actio iniuriarum instituebatur, decesserit longo tempore post commissam stipulationem iudicio sistendi causa interpositam, non eò magis tamen fit, vt actio iniuriarum contra ipsius heredem transeat, quæ semper finitur morte, nisi per litis contestationem facta sit perpetua. Quare nec ad rem pertinet ratio, quæ hîc ponitur, quòd si reus ad iudicium veniisset, litem cum eo contestari actor potuisset. Non enim sufficit ad perpetuãdam actionem, quòd actor potuisset litem contestari, si non fuerit contestatus: cùm sola contestatio perpetuet, non ius, aut potestas contestandi. Imò quantò longius tempus est, quo vixit reus post commissam stipulationem, tantò magis potest imputari stipulatori, cur litem contestatus non fuerit ex stipulatione, vt actionem perpetuaret. Tantò minùs ergo danda est actio in heredem, aut in fideiussores rei. Et quamuis ponas nihil posse imputari stipulatori, non eò magis tamen fiet, vt actio non perierit morte: quia non ob id perit, quòd lis contestata non sit, sed quia reus mortuus est, quamuis si post contestationem mortuus fuisset, heres ipsius hodie conueniri posset. *l. constitutionibus.* 33. *l. sciendum.* 58. *de oblig. & act.* Itaque non est simile, quod scriptum est in *l. & si post tres.* 8. *sup.* moram paucorum dierum non nocere vt inferamus, longi ergo temporis moram nocere. Mora enim quantumuis longi temporis, nocere quidem reo debet, ne pœnam promissam euitare possit, sed non adeò, vt obligationem perpetuet, aut actionem, quæ morte finita sit, & quæ perpetuari non potuerit, nisi per litis contestationem: quia contestatio quidem pro mora plerunq. est, cùm vix sit vt citra moram ad iudicem veniatur. *l. 3. de vsur.* sed mora nunquam pro contestatione esse potest.

11. VLPIANVS lib. 47. ad Sabinum.

SI quis quendam in iudicio sisti promiserit, in eadem causa eum debet sistere. In eadem autem causa[d] sistere, hoc est, ita sistere, vt actori persecutio loco deteriori non sit: quamuis exactio rei possit esse difficilior[e]: licèt enim difficilior exactio sit, tamen dicendum est videri in eadem causa eum stetisse: nam & si nouum æs alienum contraxisset[f], vel pecuniam perdidisset, videtur tamen in eadem causa stetisse. ergo & qui alij iudicatus sistitur, in eadem causa stare videtur.

Ad l. Si quis quendam. 11.

Ratio dubitandi. Si stipulationes omnes æstimantur ex conceptione verborum, nec quicquam in stipulationem deductum intelligitur, nisi quod expressum est. *l. quicquid adstringendæ* 99. *de verb. obli.* Atqui is, qui promisit alium iudicio sisti non adiecit.

d *In eadem causa.* Ergo neque subintelligi hoc debet.

Ratio decidendi. Stipulatio hæc, vt & aliæ omnes prætoriæ, recipit interpretationem ex mente prætoris *l. conuentionalium* 52. *eod.* Prætor autem id agit vt in eadem causa sistat..., qui sisti debet, ne deteriori loco sit actori persecutio.

e *Quamuis ex actio rei posit esse difficilior.* Ratio dubitandi. Totus actionis effectus in exactione consistit, nec tam quid in actione sit, quàm quid in exactione esse possit, futurúmque sit inspiciendum. *l. nam is nullam* 6. *de dolo. l. nihil interest* 112. *de reg. iur.* Non ergo in eadem causa sisti quis videtur, cùm exactio actori est difficilior. Ratio decidendi. Actio in iure consistit, exactio in facto. Atqui in ius vocare nihil aliud est, quàm experiundi iuris causa vocare. *l. 1. §. de in ius voc.* Sufficere ergo prætori debet, vt ius illius, qui aduersarium in ius vocauit, non sit factum deterius. *l. etsi post tres* 8. *§. hoc tit.* id est ius actionis, licèt euentus exactionis, & executionis ob ea, quę medio tempore ex facto inciderunt, deteriore loco esse cœperit, vt in exemplis hîc positis. Iunge. *l. 1. §. si ex noxal. caus. agat.*

e *Si nouum æs alienum contraxisset.* Nihil enim commune habet emolumentum actionis, cum iure ipso actionis. *l. vlt. §. vlt. quæ in frau. cred. §. vlt. Inst. de replic. l. 1. & pass. C. qui bon. ceden. poss.*

12. PAVLVS lib. 11. ad Sabinum.

QVi autem nouo priuilegio vtitur, non videtur in eadem causa sisti.

Ad l. Qui autem nouo 12.

Ratio dubitandi. Nemo prohibendus est iure suo vti, cùm nihil dolo faciat qui iure suo vtitur. *l. Nullus videtur* 55. *de regul. iur.* sive ius illud commune sit, sive speciale, & priuilegiarium. *l. pen. C. de pact.* Nemo enim damnum facit, nisi qui id facit, quod facere ius non habet. *l. nemo damnum* 151. *de reg. iur.* Ergo nihil fit contra stipulationem, etiamsi is, qui sistitur, nouo priuilegio vtatur.

Ratio decidendi. Priuilegium sive fori, sive aliud

quodlibet, iuris est, non facti : cùm nihil aliud sit, quàm ius singulare, ac proinde afficit etiam actionem, quæ sui iuris est, & quam afficere non possunt ea, quæ sunt facti. In eadem ergo causa, id est, in eodem iure non sistitur, qui nouo priuilegio subnixus, sistitur. Aliud est, si priuilegium non sit nouum, Nemo enim ob id solùm, quod ab aduersario in ius vocatur, priuilegium sibi iam competens amittit, cùm possit illud allegare. *l. si quis ex alienæ. 5 de iud.*

1 ¶ Illud tenendum est, quòd æstimationem eius quod interfit agentis? ad illud tempus referendum est, quo sisti debuit, non ad id, quo agitur, quamuis defierit eius interesse.

Ad §. 1. Illud tenendum est.

Ratio dubitandi. Actiones non dantur, saltem cum effectu, nisi iis, quorum interest. *l 3. l. stipulatio ista. 38. §. alteri. de verb. oblig.* præsertim eæ, quę non nisi ad id quod interest dantur, cuiusmodi hæc est, *l. 2. §. vlt. qui satisd. cog.* Ergo etiamsi aliquando interfuerit, si tamen defierit interesse, dari hæc actio non debet hoc est, si non interfit eo tempore, quo agitur, id est, quo litis contestatio fit, quod tempus & alias spectari solet. *l. litis contestatæ. 37. de neg. gest. l. vinum. 22. de reb. cred. l. hominem. 37. mandat. l. vsque dum. 55. de pecul.* Adde *l. euicta re. 16. §. si seruus de euict.*

13. IVLIANVS libro 55. Digestorum.

QVotiens seruus iudicio sistendi causa, vt ipse litigaturus, vel ab alio stipulatur, vel ipse promittit: nec committitur stipulatio, nec fideiussores[a] tenentur, quia seruus conueniri, vel conuenire non potest.

Ad l. Quotiens seruus 13.

Ratio dubitandi. Seruus ex certis causis potest litigare, & consistere etiam aduersus dominum. *l. vix certis. 53. de iudic. l. mulier. 22. §. non est dubitatum ad SC. Trebell.* Ergo iis saltem casibus licebit seruo vel ab alio stipulari, vel promittere iudicio sisti. Ratio decidendi. Ne quidem his casibus potest vnquam hæc stipulatio interponi, quia cùm seruus in iure consistit aduersus dominum, non ideo tamen actionem aliquam vel exercet, vel suscipit, cuius nomine stipulatio hæc vel necessaria, vel vtilis videri possit, sed hoc tantùm significamus: his casibus seruum habere per se aditum ad prætorem. *d §.* non est dubitatum, non vt agat, sed vt audiatur.

a *Nec fideiussores.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. si seruus. 9. in princi. ff. eod.*

14. NERATIVS lib. 2. Membranarum.

SI procurator ista stipulatus est, vt sistat dumtaxat eum, quem stipularetur, non etiam pœnam, si status non esset, stipularetur: propemodum nullius momenti est ea stipulatio: quia procuratoris: quod ad ipsius vtilitatem pertinet, nihil interest sisti. Sed cùm alienum negotium in stipulando egerit: potest defendi non procuratoris, sed eius, cuius negotium gesserit, vtilitatem in ea re spectandam esse: vt quantum domini litis interfuit sisti, tantum ex ea stipulatione, non stato reo, procuratori debeatur. ¶ Eadem & fortius adhuc dici possunt, si procurator ita stipulatus esset, *quanti ea res erit*[b]: vt hanc conceptionem verborum, non ad ipsius, sed ad domini vtilitatem relatam interpretemur[c].

Ad l. Si procurator 14.

Ratio dubitandi. Quoties quis alium sisti promittit, nec adiicit pœnam, cõtinetur stipulatione quanti interest stipulatoris. *l. quotiens quis. 81. de ver. obl.* At qui procurator in proposito stipulator fuit, nõ is, qui dedit procuratorẽ: Ergo nõ domini vtilitas spectãda est, sed procuratoris, quæ cũ nulla sit, cõsequens est, vt nullius planè momenti sit stipulatio. Ratio decidendi. Cùm procurator iudicio sisti aliquem sine pœna stipulatus est, potest defendi non suam, sed eius, cuius negotium gessit, vtilitatem in ea re deduxisse. Idque fortiùs dicendum est si *quanti ea res sit* stipulatus proponatur. *d. l. quotiens quis. 81. §. 1.* Eadémque in omnibus stipulationibus prætor iis, quæ alieno nomine interponuntur, facienda interpretatio est. *l. qui bonæ fide. 13. §. sed si eius. l. damni. 18. §. vlt l. inter quos 139. §. alieno de dam. inf. l. in causa. 27. §. vlt. & l. seq. de procurat.* In conuentionalibus non item, quia alteri stipulari, nec procurator, nec alius quisquam potest, si non interfit stipulatoris. *l. stipulatio ista. 38. §. alteri. de verbor. obligat. l. 1. Cod. per quas pers. nob. acquir.*

b *Quanti ea res erit,* scilicet, quæ in iudicium deducitur: Ergo res domini, non procuratoris.

c *Interpretemur.* Ea namque interpretatio semper quantum fieri potest capienda est, quæ stipulationem non destruat. *l. quotres. 80. de verb. oblig. l. quoties. 12. de reb. dub.* Maligna est interpretatio, per quam stipulatio inutilis redditur. *l. si ita stipulatus. 126. §. Chrysogonus. de verb. obl.*

15. PAPINIANVS libro 2. Quæstionum.

SI tutor iudicio sisti promiserit, & stipulationi non obtemperauerit: & interea pupillus adoleuerit, aut mortem obierit, aut etiam abstentus sit hereditate: denegabitur ex stipulatu actio: nam & ipsius rei quæ petebatur, si tutor iudicatus fuerit; & eorum quid acciderit, non esse dandam in eum actionem iudicati, probatum est.

Ad l. Si tutor 15.

Ratio dubitandi. Verum est stipulationem semel commissam esse aduersus tutorem, qui neque edicto Prætoris, neque fuæ promissioni obtemperauit. Ergo, quamuis postea pupillus adoleuerit, aut mortem obierit, aut etiam hereditate abstentus sit, actio tamen ex stipulatu, quam stipulator semel habere cœpit, nec pubertate, nec morte, nec abstentione pupilli amitti potest *l. euictare 16. §. si seruus. de euictionibus.* Ratio decidendi. Re vera competit ex stipulatu actio, & quæ semel competiit semper durat ipso iure, quousque extincta sit aliquo modo, ex iis quibus actionem extingui placuit. Sed denegatur à Prætore, quia stipulatio illa, cùm sit prætoria, recipit interpretationem ex mente prætoris *l. conuentionalium 52. de verbor. obligat.* quæ mens non alia fuit, quàm vt possit tutor ex ea stipulatione conueniri illo demùm casu, quo pupillus ipse posset, ac quandiu tutor esset, non etiam finita tutela, aut pupillo liberato ab obligatione, & actione, cuius nomine interposita esset stipulatio. Aperte enim iniquum esset cogi tutorem, vt aliter obligaret se, vel maneret in obligatione. Nam & ipsius rei nomine, quæ petebatur si tutor iudicatus fuerit, & eorum quid acciderit, vt vel adoleuerit pupillus, vel mortem obierit, vel hereditate abstẽtus sit, placet non esse dandam iudicati actionem in tutorem *l. 2. circa princ. de admin. tutor.* Ne alio qui tutoris officium, quod & publicum, & necessarium est, sit ei damnosum *l. tutorem 22. de his quæ vt indign.* Etli enim pupillus soluendo est, tutoris tamen interest non soluere potius, quàm solutum repetere *l. 3. de compens. l. si stipulatus 15. de fideiuss. l. nemo ideò 171. de reg. iur.*

DE FERIIS, ET DILATIONIBVS, ET DIVERSIS TEMPORIBVS.

TITVLVS XII.

1. VLPIANVS lib. 4. de Omnibus Tribunal.

NE quis messium, vindemiarúmque tempore aduersarium cogat ad iudicium venire, oratione diui Marci exprimitur. quia occupati circa rem rusticam, in forum compellendi non sunt.

Ad Tit. 12. De fer. & dilat.

Ad l. 1.

Ratio dubitandi. Nemo prohibendus est vti iure publico, quod tamen fiet, si quis aduersarium suum in ius vocare prohibeatur: cũ actiones omnes sint iuris publici: adeoque contra eos tantùm, qui perfidi sunt comparatæ, vt scribit Theophilus initio titul. *de action.* Ideò sol emus dicere, esse in potestate actoris quando velit agere: ex eoque inferre ea quę sunt ad excipiendum perpetua, tamen esse temporalia ad agendum *l. 5. §. fin. de doli mali exception. l. vnic. C. vt nem. inuit. ager. cog.* Quinimò interest vtriusque litigatorum, etiam rei, vt quamprimùm lis expediatur, & terminetur *l. 1. C. de administr. tutor.* Ergo is, qui acturus est, prohiberi non debet, ne messium, vindemiarúmque tempore aduersarium cogat ad iudicium venire. Ratio decidendi. Eo tempore diligens quilibet paterfamilias occupatus est circa rem rusticam, quam non negligi publicè interest: cùm tamen actionis persecutio, non nisi priuatam agentis spectet vtilitatem. Ergo non est quisquam compellendus eo tempore in forum venire, vt publica vtilitas anteponatur priuatę, iuxta legem illam, omnium cæterarum, vt generalissimam, ita æquissimam: *Salus populi suprema lex esto.* Præsertim cùm actori tam modica dilatio nullum, aut non nisi per modicum damnum sit allatura *lege fidebitori 21. de iudiciis.* Nam si res moram non pateretur, aliud probandum esset, vt sequitur in hac lege. Fuit tamen in hanc rem necessaria Marci oratio.

1 ¶ Sed si prætor aut per ignorantiam, vel socordiam euocare eos perseuerauerit, híque sponte venerint: si quidem sententiam dixerit præsentibus illis: & sponte litigantibus sententia valebit, tam etsi non rectè fecerit, qui eos euocarit: sin verò, cùm abesse perseuerauerint, sententiam protulerit, etiam absentibus illis consequens erit dicere, sententiam nullius esse momenti. neque enim prætoris factum iuri derogare oportet. Et citra appellationem igitur[a] sententia infirmabitur.

Ad §. 1. Sed si Pretor.

Ratio dubitandi. Priuatorum consensus iuri publico derogare nõ potest *l. ius publicum 38. de pact. l. 1. §. si inter. de magistr. conuen.* nec facere quominùs leges locum habeant *l. nemo potest 55. de legat. 1. l. vlt. de suis & legit. l. pacta 6. C. de pact.* Ergo sententia lata cõtra orationẽ D. Marci, licèt ex voluntate partium, non valebit, adeò vt nec appellatio necessaria videatur *l. 1. §. item cùm contra. quæ sent. sine appel. rescind.*

Ratio decidendi. Oratio Marci non nisi fauore litigatorum principaliter introducta est, licèt per consequentias respexerit etiam ad fauorem publicum. Proinde si litigatores fauori suo, & priuilegio feriarum, propter messes, aut vindemias indictarũ, renuntiare velint non sunt prohibendi *l. pactum inter heredes 46. de pact. l. pen. C. eo.* Nam & oratio ipsa

nominatim hunc casum excepit *l.si feriatis 6.inf. hoc titulo*. Credibile enim est non aliter consensurum eum, qui in ius vocatur, quàm si putet nihil sua interesse, fortè quod alios habeat, per quos rem rusticam suè commodè curare possit. Quòd cùm euenit, nec resp. quicquam potest interesse.

2 *Et citra appellationem igitur.* Ratio dubitandi. Publicè interest valere omnia, quæ decreuit Prætor, etiamsi per sordes, aut per imperitiam, & errorem decreuerit: nimirum propter rerum iudicatarum autoritatem *l.seruo iussu 65.§.cùm Prætor.ad Senatusconsultum Trebellianum*, quia ius reddere dicitur tum quoque cùm iniquè decernit *l. penult. supr. de iustit. & iur.* Ergo saltem appellatio necessaria est, vt quod non rectè à Prætore factum est corrigatur.

Ratio decidendi. Quod à Prætore iniquè, id est, contra ius alterutrius litigatorum decernitur, omnimodo seruandum est, aut per appellationem rescindendum. At non similiter quod contra leges, aut senatusconsulta, aut Principum constitutiones *l.nec non & si quis 28.§.quoad eius.ex quibus caus.maior. l. cùm sponsus 12.§.si res talis.de public.in. l iurisgentium 7. §.ait Prætor. de pact.* Non enim potest rei iudicatæ vim habere, quod contra leges factum est, cùm à legibus ipsis res iudicata vires accipiat *d.l. 1.§. iuncta cùm contrà. quæ sent.sin. app. nesc.* Nam facti quidem quæstio in potestate iudicis antiudicantis est, at iuris autoritas non est *l ordine 15.ad munic.l.1.§.2. versic.quorum alterum.ad S.C.Turpill.l.4. C.quomod.& quand.iud.*

2 ¶ Sed excipiuntur certæ causæ, ex quibus cogi poterimus, & per id temporis, cùm messes, vindemiæque sunt, ad prætores venire: scilicet si res tempore peritura sit, hoc est, si dilatio actionem sit peremptura. ¶ Sanè quotiens res vrget, cogendi quidem sumus ad Prætorem venire: verùm ad hoc tantùm cogi æquum est, vt lis contestetur, & ita ipsis verbis orationis exprimitur denique alterutro recusante post litem contestatam litigare, dilationem oratio concessit.

Ad §.2. Sed excipiuntur.

Ratio dubitandi. His quoque certis & exceptis casibus locum habet generalis ratio, quæ causam dedit orationi Diui Marci, quod qui circa rem rusticam occupati sunt, in forum venire compellendi non sint. Ergo non debuerunt hi casus excipi *l. illud quæsitum 32.ad leg. in Aquiliam.*

Ratio decidendi. Ratio æquitatis generalis vincitur peræquitatem specialem, quæ in his casibus exceptis locum obtinet. Sunt namque fortiora, quæ sunt specialiora, & proximiora. Esset enim apertè iniquum dare dilationem reo quæ actionem esset peremptura: cùm beneficia, & priuilegia omnia eam conditionem habere debeant, ne cui sint captiosa aut iniuriosa *l.2.§.meritò. & §.si quis à Principe. ne quid in loc.public l. Paulus notat 8.de præt.stipul. l.4.C.de emancip liber. l ex facto 43. de vulg.& pupill.substit.* Quanquam poterat huic periculo aliud commodius, vt videtur, remedium afferri, si constitutum fuisset, vt hoc etiam casu non cogeretur quidem reus in ius venire, sed tamen totum illud tempus subduceretur, ne curreret actori. Sed placuit aliud temperamentum, vt cogeretur reus venire, hactenus tantùm, vt litem contestaretur: lite verò contestata, æquè ac in cæteris causis daretur petenti dilatio. Sufficit enim contestatio ad perpetuandam actionem *leg. aliam causam 29. in fin. de noxat.* Iunge *l.2. & 3. infr & l.16.Senatusconsulto. supr. de off. præsid.*

2. VLPIANVS libro 5. ad Edictum.

EAdem oratione Diuus Marcus in senatu recitata effecit, de aliis speciebus Prætorem adiri etiam diebus feriaticis: vtputa vt tutores, aut curatores dentur[a], vt officij admoneantur, cessantes[b] excusationes allegentur[c], alimenta constituantur[d], ætates probentur[e], ventris nomine[f] in possessionem mittatur, vel rei seruandæ causa[g] vel legatorum, fideiue commissorum[h], vel damni infecti[i]: item de testamentis exhibendis[k], vt curator detur[l] bonorum eius, Qui an heres exstaturus sit, incertum est[m]: aut de alendis liberis[n], parentibus, patronis: aut de adeunda suspecta hereditate[o]; aut vt aspectu atrox iniuria æstimetur[p]: vel fideicommissaria libertas præstanda[q].

Ad l. Eadem oratione 2.

Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *§.vltim. legis præcedentis.* Sunt enim excepti omnes casus in hac lege expressi, tanquam qui moram sine periculo pati non possunt.

a *Vt tutores, aut curatores dentur.* Reipublicæ namque interest, non manere pupillos sine tutoribus, aut adultos sine curatoribus, non tantùm vt defendantur: (cessaret enim hæc ratio cùm eo tempore conueniri non possint, neque quandiu tutorem, aut curatorem non habebunt *l.contra pupillum 54.de re iudic.*) sed vt res eorum administrentur, nec quicquam iis depereat. Pertinétque hæc res ad curam ius dicentis, non tantùm quatenus ius dicens est, sed etiam quatenus pater pupillorum esse creditur. Boni enim patris est tutores liberis impuberibus dare. Vnde est quod ait *l.unic. 6.§. tutoris. de tutel.* tutoris dationem, neque imperij esse, neque iurisdictionis. Iunge *l.3.§.pen. ill. tit.*

b *Vt officij admoneantur cessantes.* Sic legendum est virgula posita post *cessantes.*

Ratio dubitandi. Nihil interest pupillorum, etiamsi tutores dati cessent in officij sui administratione, cùm non eò minùs teneantur ex die officij suscepti *l.pro officio 20. C.de administrat. tutor. l.1. & 2.C.si tut.vel curat.non gesser.*

Ratio decidendi. imò interest eorum vt res bene geratur, tametsi pro consequenda indemnitate bonam & efficacem contra tutores, aut eorum fideiussores actionem habituri sint *l. suspectus 5. & l. seq.de suspect.tut.*

c *Excusa-*

c *Excusationes allegentur.* Ratio dubitandi. Excusationis allegatio nocet pupillo potiùs, quàm vt ei prosit. Ergo nullum fauorem meretur.

Ratio decid. Interest pupilli eum habere tutorē, qui omnimodo cogi possit ad tutelam gerendam, nec vllam habeat excusationem. Nec enim potest dici habere tutorem pupillus, qui eum habet, cuius excusatio aliqua possit admitti.

d *Alimenta constituantur.* Intellige siue pupillo alimenta constituenda sint, ex *l.1.in princ. vbi pupill. educ.deb.* siue alij cuilibet. Perpetuus enim est fauor alimentorum, vtpote sine quibus viuere nemo potest *l.cùm hi, quibus 8.inf.de transact. l.pecuniæ 8.de adim. legat.*

e *Ætates probentur.* Ratio dubitandi. Ætatis probatio plenissimam causę cognitionē requirit, quia ius facit etiam quod ad alias personas *l. de ætate eius 43.de minor.* Ergo in id tempus differenda est, quo in ius vocati quilibet possint cogi venire.

Ratio decidendi. Probatio hæc plerumque difficilis est *l.cùm de ætate 13.de probat.* & cùm maximè per testes fieri possit, & debeat, periculum maximum subest, ne testiū morte intercidat, si differatur post messe aut vindemias. Ergo differenda non est *l. in l. Aquilia 40.ad leg. Aquil.* Sunt enim probationes omnes fauorabiles, & conseruandæ quantum fieri potest, vtpote sine quibus veritas haberi non potest *l. Imperatores 29.de probat.*

f *Ventris nomine.* Est enim facilis & benignus Prætor in danda ventri bonorum possessione, quod æquius sit, vel frustrà nonnunquam impendia fieri quàm denegari aliquando alimenta ei, qui dominus aliquo casu bonorum futurus est *l.1.§. toties. de ventre in possessionem mittendo.* ne qui speratur ante vitam necetur *dict.l.1.§.sed & si quis.eadem lege.* Necare enim videtur, qui alimenta denegat *l. necare 4.de agnosc.lib.*

g *Rei seruandæ causa.* Ex edicto, Quibus ex causis in possessionem eatur. quo Prætor subuenit creditoribus suum persequentibus, aduersus debitorem latitantem, vel absentem, qui non defenditur. Quo casu, si non statim eis succurretur, periculum esset, ne creditorum ius fieret deterius, venditis fortasse postea, vel deperditis bonis debitoris, quæ ponendum est non fuisse obligata. Pertinet enim titulus ille ad chirographarios tantùm creditores, qui personalem tantùm actionem habent, vt alibi scripsimus.

h *Vel legatorum, fideive commissorum.* Horum enim fauor singularis est, propter voluntatem testatoris, cuius conseruandæ curam maximam, & perpetuam gerit Prætor *l.1. & tot.titul.vt leg.seu fideicommiss. seruand.causa caueat.*

Ratio dubitandi. Etiam non interposita huiusmodi stipulatione, legata nihilominùs & fideicommissa perinde ex testamento deberentur: nec plus iuris tribuit stipulatio, cùm easdem leges & conditiones recipiat, quas reciperet actio ex testamento *d.l.1.§.si quis sub conditione.ill.titul.* Imò nocet potiùs legatario, & fideicommissario, cùm perimat & nouet actionem ex testamento *leg.cùm filius 76.§.heres meus.de legat. 2.* Ergo non potest tantus esse fauor huius stipulationis, vt extra ordinem, & diebus feriaticis eo nomine adiri Prætor debeat.

Ratio decidendi. Vtilis est, & necessaria, vt sit cautum legatario, vel fideicommissario: quia exigit satisdationem, aut saltem pignorum obligationem, quorum neutrum habebat olim actio ex testamento *dict.l.1.l.filio 7.l.seq. & pass.vt legat. seru. caus. caueat.* Hodie verò etsi habeat tacitam hypothecam, non habent tamen fideiussores *l.1. C.communia de legat.* Et quamuis nouet actionem ex testamento, non eò minùs tamen prodest legatario, aut fideicommissario, cùm habeat pleniorem cautionem, licèt non pleniores præstationes. Quòd si heres nolit satisdare, vel non possit, tantò magis interest legatarij, vel fideicommissarij, vt possit quocunque loco & tempore adire prætorem, ad hoc, vt mittatur in possessionem rerum hereditariarum *l.si nullæ 10.l.sequ. & tot.tit.vt in possess.legat.* & pignus prætorium nanciscatur; quod non prius constituitur, quàm ventum sit in possessionem *l. non est mirum 26.§.1.de pign.act.*

i *Vel damni infecti.* Hæc enim causa celeritatem magnam desiderat *l.1. de damno infecto.* siue publicam vtilitatem consideres, ne vrbs ruinis deformetur *l.2.§. si quis nemine.* ne quid in loco publico, siue priuatam eius, cuius ædibus vicinę ruinam minantur: quia de damno dato, si cautio non præcessit, actio nulla est *l. euenit 6.de damn. infect.* Non tamen pertinet hæc causa ad *tit.quib.ex caus.in poss.eat. l.1.ill.tit.*

k *De testamentis exhibendis.* Ex titul. *Testament. quemadm.aperiant. & inspic. & describantur.* Nam ad conseruationem voluntatis defuncti, vel hoc maximè pertinet, vt testamentum exhibeatur, vt sciri possit, ad quem hereditas ex testamento pertineat, cùm per legem non deferatur ab intestato, quamdiu ex testamento deferri potest *l.quamdiu 39.de acquirenda hereditate.* Alius est tractatus interdicti, De tabulis exhibendis. Nullum enim præcipuum fauorem meretur, cùm eo demùm casu locum habeat, quo nulla sit controuersia de hereditate *l. vltim.ill.tit.*

l *Vt curator detur.* Ratio dubitandi. Quandiu aliquis heres esse potest, hereditas est. Atqui inauditum est vt hereditati iacenti curator detur. Frustrà ergo quæritur eo tempore de curatore bonis dando. Ratio decidendi, Non datur quidem curator hereditati iacenti, quæ scilicet personam defuncti ipsa repræsentat *l.illa institutio 33.§.vltim.de heredibus instit.* Sed dandus necessariò est curator bonis, vt interim, dum speratur heres, administrentur, & sit, qui actiones alioqui tempore perituras exerceat. Cùm enim hereditatis persona sit fictitia, non potest capax esse eorum quæ sunt facti *l.2. & passim de curatore bonis dando.* Hereditati tamen dari curatorem dixit Iustinianus in *lege vltim.§.1.in fin. Cod.de bon.quæ liber.* pro eo, quem dicere voluit, & debuit dari bonis: cùm loquatur eo loco de hereditate iam adita, quæ desierat esse hereditas, & facta fuerat patrimonium heredis *l.1. & toto titul. de separat.*

m *Incertum est.* Nam si certum esse inciperet nullum heredem, aut successorem futurum, desineret esse hereditas: cùm hereditas sit fictio iuris, introducta duntaxat ad faciendum heredem, fierentque bona vacantia, quæ ad fiscum deuoluerentur *l.1.de iur.fisc.* & consequenter curatoris datio euaneſceret, quia licèt bona non definant esse bona: definunt tamen esse hereditaria: curator verò datus iis fuerat, non tanquam bonis simpliciter, sed tanquam hereditariis, & quandiu manerent hereditaria.

n *De alendis liberis.* Poterant hi omnes casus comprehendi sub eo, quod antè dictum fuerat de alimentis constituendis, si præcedentia illa de alimentis aliis, quàm pupillaribus scripta essent. Sed hinc apparet de solis pupillaribus Vlpianum eo loco sensisse, omnium tamen eundem fauorem esse.

o *Aut de adeunda suspecta hereditate.* Ratio dubitandi. Nemo damnosam, adeoq; sibi ex quacunque causa suspectam hereditatem adire cogitur *l. nec emere* 16. C. *de iure delib. l. si in testamento* 21. *in fin. si quis omissa causa testam.* Ergo multò minùs in ius venire extraordinem, vt cogatur adire.

Ratio decidendi. Imò cogendus est quocunque tempore, vt veniat in ius & iubeatur adire periculo non suo, sed fideicommissarij vniuersalis, id postulantis *l. 4. C. ad SC. Trebell.* ne interea decedens heres fideicommissarium decipiat *l. ille à quo* 13. *§. quid ergo codicill.*

p *Vt aspectu atrox iniuria æstimetur.* Fit enim plerumque, vt quæ prima aspectu atrox apparuisse iniuria, postea multò minor appareat, curato vulnere, & obducta cicatrice: quorum omnium nihil est in instanti recentis iniuriæ, qualis illa, quam Deiphobo illatam fingit Virgilius, iis versibus:

Deiphobum vidi lacerum crudeliter ora,
Ora, manusq; ambas, populatag; tempora, raptis
Auribus, & truncas inhonesto vulnere nares.

q *Vel fideicommissaria libertas præstanda.* Ratio dubitandi. Non potest seruus litigare cum domino *l. lis nullæ* 4. *de iudiciis.* Ergo multo minus cogere dominum, vt feriaticis diebus in ius veniat.

Ratio decidendi. Licèt non possit esse lis inter dominum & seruum, seruus tamen, cui fideicommissaria libertas debetur, habet per se aditum ad prætorem *l. mulier quæ* 22. *§. non est dubitatum.* ad Trebellianum, non vt litiget cum domino, sed vt aduersus eum possit consistere *l. vix certis* 53. *de iudic.* conquerendo scilicet, non agendo, vt explicauimus ad *l. quoties* 13. *si quis cautionibus iud. fist.*

3. IDEM lib. 2. ad Edictum.

SOlet etiam messis, vindemiarúmque tempore ius dici[a] de rebus quæ tempore, vel morte perituræ sunt. morte, veluti furti, damni, iniuriæ, iniuriarum atrocium[b], qui de incendio, ruina, naufragio, rate, naue expugnata rapuisse dicuntur, & si quæ similes sunt. Item si res tempore perituræ sunt, aut actionis dies exiturus est.

1 ¶ Liberalia quæque iudicia omni tempore finiuntur[c].

2 ¶ Item in eum, qui quid nundinarum nomine aduersus communem vtilitatem[d] acceperit, omni tempore ius dicitur.

Ad l. Solet etiam messis 3.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quę ad §. vlt. l. 1. §. hoc tit.

a *Ius dici.* Intellige hactenus, vt litis contestatio fiat. Hoc enim sufficit ad perpetuandam actionem, siue morte, siue tempore peritura sit *d. l. 1. §. vlt. iunct. l. alia causa* 29. *de noxal.* Semper enim curare debet legislator, vt res de qua agitur sit in tuto *l. quoties* 12. *de reb. dub.* non festinatione sententiæ, sed præuenienti periculi causa, vt loquitur Vlpianus in *l. si quis filio* 6. *§. quid tamen de iniust. rupt.*

b *Iniuriarum atrocium.* Ratio dubitandi. Actio etiam leuiorum iniuriarum æquè finitur morte ac tempore, atque actio atrocium. Idem ergo priuilegium habere debet. Ratio decidendi. Iniuria leuis facilè contemnitur, nec valde curat prætor periculum, quod subest, ne actio illa morte, vel tempore pereat: quia de minimis non curat prætor *l. 4. de in integr. restit.* nec facilè patitur mutari quicquam ex solennibus *l. nisi nihil facilè* 183. *de reg. iur.*

c *Omni tempore finiuntur.* In quo singularis fauor est liberalium iudiciorum, id est, in quibus agitur de libertate vel ingenuitate. Cætera enim feriarum tempore nō tam finiuntur, quàm inchoantur: cùm non possit vrgeri reus, nisi hactenus vt litem contestetur *d. l. 1. §. vlt. §.*

d *Aduersus communem vtilitatem.* ad quam maximè pertinet, ne carior annona fiat *l. 2. ad leg. Iul. de annon.* Adeò vt ex hac causa, etiam inter dominum & seruum possit iudicium consistere *l. 1. eod.*

4. PAVLVS libro 1. ad Edictum.

PRæsides prouinciarum, ex consuetudine cuiusque loci, solent messis, vindemiarúmque causa tempus statuere.

Ad l. Præsides 4.

Ratio dubitandi. A nullo iudice præsumi debet, vt autoritate sua ferias aliquas condat *l. 4. C. de fer.*

Ratio decidendi. Non sua autoritate cōdit ferias, qui messis, vindemiarumq; causa eas indicit: quippe quas Marci oratio condidit, de qua in *l. 1. §.* Quāquam hæc lex non de messium aut vindemiarum feriis condendis, vel indicendis est, sed de cōstituēdo tempore, messis & vindemiarum causa: vt nimirum sciatur, quàm longum tempus feriarum futurum sit, quod ex cuiusque loci cōsuetudine statuēdum est *l. si in aliam* 7. *de offi. procōs.* Nam pro locorū, & temporum varietate, & maturius & breuius, aut tardius, aut longius tempus statui debet.

5. VLPIANVS libro 62. ad Edictum.

PRidie Kalendas Ianuarias magistratus neque ius dicere, sed nec sui potestatem facere consuerunt.

Ad l. Pridie Kalendas 5.

Ratio dubitandi. Obseruandum est cuilibet magistratui ius reddenti, vt sui copiam omnibus faciat: aditumque ad se facilem omnibus præbeat *l. obseruandum* 19. *de offi. præsid.*

Ratio decidendi. Non omni tamen die ius reddere debet, aut potest, etiamsi velit. Sunt enim dies quidam excepti, qui olim ob hanc causam nefasti dicebantur, quòd in iis ius dicere nefas esset, de quibus Ouidius in Fast.

Ille nefastus erit, per quem tria verba silentur:
Fastus erit, per quem iure licebit agi.

Sed cùm iis etiam diebus, quibus reddi ius non poterat, magistratibus tamen sui copiam in publico facere permitteretur, hic vnus dies erat Pridie Calend. Ianuar. quo nec sui potestatem facere magistratibus licebat: quòd sequenti die magistratum inituri maiore maiestate id facturi crederentur, si per diem vnum saltem domi se continuissent, nec aditum cuiquam ad se dedissent. Adeò verum & experientia compertum est, ex vlteriori familiaritate, & æquali conuersatione contemptionem dignitatis nasci *dict. l. obseruandum* 19. *de off. præsid.*

6. VLPIANVS libro 77. ad Edictum.

SI feriatis diebus fuerit iudicatum, lege cautum est, ne his diebus iudicium sit, nisi ex voluntate partium[a]: & quod aliter aduersus ea iudicatum erit, ne quis iudicatum facere, néve soluere debeat: néve quis, ad quem de ea re ius aditum erit, iudicatum facere cogat.

Ad l. Si feriatis 6.

Ratio dubitandi. Publicè interest res iudicatas exitum habere, propter earum authoritatem, tum quoque cùm per sordes, aut per gratiam, aut per errorem perperam iudicatum est *l. seruo inuito* 65. *§. cùm prætor. ad SC. Trebell. l. si fundus* 16. *§. si pluris. de pignor.* Odio scilicet litium, quę ciuilem concordiam minuunt, ex qua reipublicæ salus pendet: & quibus sola res iudicata finem imponit, nisi si quid aliud sit, quod parem vim habeat, cuiusmodi est transactio, & iusiurandum *l. 1. & 2. infr. de iureiur.* Indéque est, quod res iudicata pro veritate habetur, *l. ingenuus* 25. *de statu hom. l. res iudicatæ* 208. *de reg. iur.*

Ratio decidendi. Res iudicata nulla est, nisi quæ ritè ac secundùm leges, Principúmque constitutiones iudicata est: nec condemnatus quisquam intelligitur, nisi qui ritè condemnatus est *l. si se non obtulit* 4. *§. condemnatum. de re iud.* Dico *ritè*, non *rectè*. Aliud enim est *ritè*, aliud *rectè* quid fieri. Ritè cùm dicimus, ritum & sollennitatem iuris intelligimus. Cùm verò rectè dicimus, ad æquitatem & iustitiam rei magis, quàm ad sollennitatis formam respicimus *l. non putauit* 8. *§. non quæris. de contr. iud.*

a *Nisi ex voluntate partium.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. 1. §. 1. & 3. hoc tit.* Intellige tamen nisi dies feriati sint in honorem Dei *l. 2. l. omnes dies* 7. *& l. actus* 8. *& l. vlt. C. de feriis.*

7. VLPIANVS libro 1. de Officio Consulis.

ORatione quidem Diui Marci ampliùs, quàm semel[b] non esse dandam instrumentorum[a] dilationem, expressum est, sed vtilitatis[c] litigantium gratia, causa cognita, & iterum dilatio tam ex eadem, quàm ex alia prouincia: secundùm moderamen locorum impertiri solet: & maximè si aliquid inopinatum[d] emergat. Illud videndum, si defunctus acceperit aliquam dilationem propter instrumenta, an successori quoque eius dari debeat: an verò, quia iam data est, ampliùs dari non possit: & magis est, vt & hîc, causa cognita, dari debeat.

Ad l. Orationem 7.

a *Instrumentorum*, supple *exhibendorum nomine.* Omnis enim dilatio à iudice, vel instrumentorum, vel personarum gratia conceditur *l. 1. C. de dilat.*

b *Ampliùs, quàm semel.* Ratio dubitandi. Dilatio nunquam datur, nisi ex iusta causa, ne quidem semel *dict. l. 1. C. de dilat.* Atqui cum iusta causa est dilationis iterum concedendæ, non nisi iniustè potest fieri, vt denegetur. Quicquid enim iustè petitur, necesse est, vt iniustè denegetur. Ergo sæpius, ac sæpius concedenda est.

Ratio decidendi. Dilationes omnes tum quoque, cùm ex iusta causa conceduntur, sunt tamen odiosæ, hoc ipso, quòd liti moras adferunt, quàm citius expediri & reipublicæ interest, & vtriusque litigatorum *l. 1. C. de administr. tutor.* Proinde rectissimè constitutum est, vt ne quidem ex causa sæpius dilatio detur facilè, sed ita demùm, si iusta adeoque necessaria causa vrgeat, vt in exemplis, de quibus in *l. veluti si peregrè* 7. *infr. tit. prox. de edend.* Hoc enim temperamentum visum fuit addendum esse ad orationem Diui Marci, quę amplius quàm semel dilationem dandam non esse expresserat. Quò etiam pertinet, quod Paulus scribit in *l. vlt. h. tit.* & Impp. in *d. l. 1. in fin. C. eod.*

c *Sed vtilitatis.* Ab his verbis tota hæc lex videtur mihi esse Triboniani. Nam post Marci orationem, quæ expresserat, vt amplius quàm semel instrumentorum dilatio non daretur, non poterant prudentes, aut iudices dilationem dare, ne quidem ex causa, nisi ipsa rerum necessitate omnino cogerentur. Quam in rem fuit tandem lata constitutio Imperatorum Diocletiani & Maximiani in *dicta lege* 1. *Cod. de dilation.* ad quam proculdubio Tribonianus respicit, cùm scribit, *tam ex eadem, quàm ex alia prouincia, secundùm moderamen locorum.* Ea namque distinctio dilationum aliter, atque aliter pro locorum diuersitate concedendarum, inducta est per *dictam legem* 1. Et sanè non facilè meo iudicio quisquam crediderit Vlpiani esse phrasim illam, *secundùm moderamen locorum*, pro eo, quod scribi debuit, *secundùm moderationem pro locorum diuersitate adhibendam.* Deinde pugnat apertè, quod generaliter & indistinctè Paulus scribit in *dicta lege vltim. hoc titul.* in pecuniariis causis omnem dilationem singulis causis plus semel tribui non posse. Non enim prætermisisset exceptionem, quam Vlpianus non prætermisit, si esset illa Vlpiani, ac non potiùs Triboniani: qui eam semel adscripsisse contentus fuit. Eiusdem Tribon. est dictio *quidem* posita in *princip. l.* vt exceptioni locum aperiret.

d *Si aliquid inopinatum.* Nam quæ de nouo emergunt nouo indigent auxilio *l. de ætate* 11. *§. ex causa. de interrog. in iur. fac.*

8. PAVLVS libro 13. ad Sabinum.

MOre Romano dies à media nocte incipit,& sequentis noctis media parte finitur. itaque quidquid in his viginti quatuor horis(id est,duabus dimidiatis noctibus, & luce media)actum est,perinde est,quasi quauis hora lucis[a] actum esset.

Ad l. More Romano 8.

Ratio dubitandi. Maior pars diei dicitur esse sex horarum primarum non supremarum. Sic enim legendum est in *leg.2. §.1.de verborum signific.* Ergo neque viginti & quatuor horis dies conflat,neque incipit à media nocte. Ratio decidendi. Loquitur hæc lex de die ciuili Romanorum , vt ostendunt prima illa verba legis,*More Romano:* illa verò de die naturali,qui in duodecim tantùm horas distribuitur,vt ad eum locum dicemus.

a *Quasi quauis hora lucis.* Ratio dubitandi. Multa sunt in iure ciuili,in quibus placet computari tempora de momento in momentum : vt cùm tractatur de in integrum restitutione minoris *l. 3. §. minorem de minoribus*,aut de tutore propter ætatem excusando *l.qui filium 74. §. vltim. ad Senatusconsultum Trebellianum*:& vt dicam generalius, quoties agitur de ætate *l.à qua ætate 5. qui testam. facer. poss.* nisi cùm verba legis aliud suadent,vt in *l.1.de manum.*

Ratio decid. Intelligendus est hic locus de iis, quæ certò fieri debent,vt nihil referat qua hora factum sit,dummodò intra 24. horas istas factum sit. Nec pertinet ad eos casus, in quibus tempora de momento in momentum computanda sunt.

9. VLPIANVS libro 7. de Officio Proconsulis.

DIuus Traianus Minicio Natali rescripsit, ferias à forensibus tantùm negotiis dare vacationem:ea autem,quæ ad disciplinam militarem pertinent, etiam feriatis diebus peragenda:inter quæ custodiarum quoque cognitionem esse.

Ad l.Diuus Traianus 9.

Ratio dubitandi. Oratio D.Marci generaliter, & indistinctè loquitur : Ergo generaliter & indistinctè est intelligenda *l. de precio 8. de public. in rem act. l.in fraudem 15.§.vlt de testamentar. milit.*

Ratio decidendi. Multi casus sunt, quos oratio excepit,ij omnes scil.in quibus mora & dilatio periculum aliquod afferre potest. Huius verò generis sunt illa etiam,quæ pertinent ad disciplinam militarem,quam quotidie labantem, si non assiduis exemplis retineatur,in singula momenta singulásq; occasiones conseruari,augerique publicè interest: qua nec antiquius quicquam Romanis fuit *l. postliminium 19.§.filius quoque.de captiu. & postlim.*

a *Custodiarum quoque cognitionem*, id est, de iis, qui in custodia milites habuerunt:& eos effugere passi sunt:item de iis, qui sub custodia constituti discesserunt:quamuis non militiæ desertores, sed custodiæ tantùm refugæ sint *l milites 13. §.eius fugam. de re militari.* Adde & cognitionem de criminibus quibuscunque. Nullum enim tempus ab huiusmodi cognitione immune esse debet, ne differatur sceleratorum proditio.& punitio consiliorum *l.prouinciarum 10.C.h.tit.de fer.* Excepto tempore quadragesimali ex *l.quadraginta 6. eodem.* etsi exceptionem hanc usus noster non admittit.

10. PAVLVS libro 5. Sententiarum.

IN pecuniariis causis omnis dilatio singulis causis plus semel tribui non potest. In capitalibus autem reo tres dilationes [a], accusatori duæ[b] dari possunt,sed vtrumque causa cognita.

Ad l.In pecuniariis 10.

Ratio dubitandi. Vtilitatis litigantium gratia sæpius dilatio concedi solet etiam in causis pecuniariis *l.oratione 7.supr.* Ergo potest.

Ratio decidendi. Non potest olim concedi,prohibente id oratione Diui Marci, de qua in *d. l. oratione 7.* Sed hodie potest ex Diocletiani & Maximiani constitutione in *l.1.C.de dilat.* vbi dicitur,ipsa rerum necessitate hoc ius euictum fuisse. Solet enim necessitas facere licitum, quod alioqui esset illicitum. Cæterùm ex hac lege apparet corruptum fuisse à Triboniano Vlpianum in *d.l. oratione 7.* vt ibi dixi.

a *Reo tres dilationes.* Ratio dubitandi. Criminales quæstiones non minùs quàm ciuiles citò terminari publicè interest *l.vlt. & tot.tit. Cod. vt intra certum temp.crim.quæst.termin.* Atqui per dilationes lis protrahitur. Ergo non plures in criminalibus causis, quàm in ciuilibus dilationes dantur.

Ratio decidendi. Causæ criminales sunt grauioris momenti,vtpote in quibus,vt plurimum,vel de capite agitur,vel de fama & existimatione *l capitalium 28.de pœnis l.penultim.de var. & extraordin. cognit.* Maior ergo in iis ratio est dandæ dilationis. Nec ilioqui, ob non datam dilationem possit reus conqueri,læsam esse suam innocentiam, vel actor deficere in probatione criminis:quod tamen probari probatúmque puniri maximè interest reipubl. *l.ita vulneratus 51.§.vltim.ad leg. Aquil.l.per omnes 6.C.de defens.ciuit.*

b *Accusatori duæ.* Ratio dubitandi. Nihil tã æquum est,quàm vt in iudiciis seruetur æqualitas. Ergo nó plures reo,quàm accusatori dilationes dari debet.

Ratio decid. Non debet quidem licere actori, quod reo non permittitur. Sed non valet argumentum è conuerso : quia fauorabiliores sunt rei, quã actores *l.non debet 41.l. fauorabiliores 125.de reg. iur.* latiúsque est nocentem absolui, quàm innocentem damnari *l.absentem 5.de pœn.*

DE EDEN.

DE EDENDO.

TITVLVS XIII.

1. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

QVA quisque actione agere volet, eam edere debet. nam æquissimum videtur eum, qui acturus est, edere actionem, vt proinde sciat reus, vtrùm cedere[a], an contendere vltra debeat:& si contendendum putat, veniat instructus ad agendum,cognita actione,qua conueniatur.

Ad Tit.13.De edendo.

Ad l.Qua 1.

Ratio dubitandi. Omnium actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur quæ est de in ius vocando *§.omnium.Inst.de pœn.temer. litig.* Ergo vocatio in ius præcedit editionẽ, nec ab editione incipitur,sed à vocatione. Vnde est quod ex *tit.de in ius voc.* hanc præcedit.

Ratio decidendi. Imò editio actionis præcedit vocationem,quia cùm vocatio in ius haberet vim & impressionem,si non sponte actorem sequi reus vellet,inciuile fuisset & alienũ à publica honestate rapi quem in ius,obtorto collo,cui non priùs edita fuisset actio instituẽda,vt sciret ille an cõtendere deberet,an cedere. Itaq; qui in ius vocat, incipit actionem instituere, i. agere. Is verò qui actionem edit,nõdum agit,sed acturus est. Atqui prius est, vt quis sit acturus,quàm vt agere incipiat. Nec multũ differebat editio ista,actionis impetrandæ ab iis denuntiationibus, quas moris erat interponi ab eo, qui personali actione acturus esset. Vnde & actiones personales condictiones dictas esse scribit Iustin.in *§.appellamus inst.de act.* Quas tamen denuntiationes vocationi in ius priores fuisse, nemo negauerit. Loquor autẽ de editione actionis impetrãdæ, quoniã alia erat editio actionis iam impetratæ,quã fieri necesse erat apud iudicẽ datum,ac proinde nõ tantùm post vocationem, sed etiã post litem cõtestatam. De qua editione nõ loquitur hic tit. sed de ea,quæ faciẽda est apud prætorẽ *§.edenda hac l.* Quod autem hic tit.sequitur tit.de in ius vocãdo,nos mouere non debet,cùm in C. præcedat. Sequitur autẽ in Pãdectis per occasionẽ titulorum præcedentiũ, vt alibi à nobis fusiùs tractatum est. Alia etiam est editio,de qua in *hoc tit.* agitur,sc.instrumentorum, quibus apud iudicem quis vsurus est. Itẽ editio rationum ab argentariæ mensæ exercitoribus faciẽdæ de vtraq; tractatur diuersis locis,de actionis verò impetrãd. editione hoc vno loco,& in *l.3.C.eo.*

a *Cedere.* rectè, non vt quidam volunt *decidere*,pro transigere. Nam cùm debitori meo volo edere actionem, si is fateatur se edere, dicatq; se paratum soluere audiẽdus est *l.si debitori 21.de iudic.* nec proinde compellendus venire in ius,& iudicium suscipere. Id enim iniquum esset *l.si reus 73.de procur.* Nam si non quælibet iniuria est duci in ius eum , qui satis idoneum fideiussorem offert *l.5. §.1. qui satisd.cog.* quanto maior iniuria est duci eum, qui fateatur se debere,paratusque sit soluere?

1 ¶ Edere est[b] etiam, copiam describendi facere,vel in libello complecti,& dare,vel dictare,eum quoque edere Labeo ait, qui producat aduersarium suum ad album, & demonstret,quod dictaturus est,vel id dicendo,quo vti velit.

Ad §.1.Edere.

b *Edere est.* Definitio ista pertinet ad editionem quamlibet siue actionis, siue instrumentorum *l. si quis 6.§.edi.l.argentarius 10. §.edi.ĵ.h.t.* siue rationum *l.boues 89.§.vlt.de verb.sig.* Sed quod sequitur *vel in libello complecti,& dare,vel dictare*,ad editionem duntaxat actionis spectat,sicut & quod sequitur:Eũ quoque edere, qui producat aduersarium suum ad album prætoris. In quo nimirum proscriptũ erat,& pro rostris , de qua re ius eo anno prætor dicturus esset. Id enim est quod sequitur,*& demonstret, quod dictaturus est,vel id dicendo,quo vti velit.* Facere verò,ne dicam ridiculè, Alciat.*lib.2.disp.c.vlt.& lib.8.parerg.c.* 7. hunc locum emendat,legiq́ue *aduersaria sua*,pro eo quod scriptum est,*aduersarium suum* hoc sensu,vt edere dicatur ille,qui tabulas rationum tumultuariè confectas,extendit in rationum libris. Nã imò verò loquitur Vlp. de albo prætoris,de quo & in *l. si quis id 7.& l.si familia 9.§.de iurisd.* & de actore, qui producit aduersarium suum ad album illud prætoris,vt ei demõstret,ex quo edicti capite sit acturus, vt meliùs interpretati sunt Duar. *lib.1. disp.cap.13.* & Cuiac.*lib.8.obs.cap.15.*

2 ¶ Editiones sine die & consule fieri debent: ne quid excogitetur è die, & consule, & prælato die fiat. Diem autem & consulem excepit prætor,quo instrumentum conscriptum est,non in quem solutio concepta est. nam dies solutionis, sicuti summa, pars est stipulationis. Rationes tamen cum die,& consule edi debent,quoniam accepta,& data,non aliàs possunt apparere,nisi dies,& consul fuerit editus.

Ad §.2. Editiones.

Ratio dubitandi. Non facilè potest sciri quodnam instrumentum illud sit, quod editur nisi dies & Consul fuerit editus,quomodo de rationibus edendis scriptũ est in hoc §. Ratio decidẽdi. Veretur prætor, ne quid excogitetur propter diem & Consulem, i. ne quid prælato die fiat,quod pragmatici nostri dicunt *par antidatte.* Nec sanè potest esse necessaria editio diẽi & Consulis, cùm valeat instrumentum etiam sine die & Consule *l. cùm tabernam 34.§.1.depign.* Rationum edendarum alia ratio est, quoniam accepta & data non aliàs possunt apparere,quàm si dies & Consul fuerit editus : nimirum vt explorari possit,imputationes probè an improbè referantur,accepta rectè relata sint,an non rectè *l.cùm seruus 82.de cond.& demonst.*

c *Nam dies solutionis.* Ratio dubitandi. Quod debetur in diem certam, omnimodò debetur, etiamsi dies nondum venerit, adeò vt ante diem solutū nō possit repeti *l. in diem* 10. *de cond. indebit. l. stipulatio ista* 38. *§. inter. de verbor. oblig. l. cedere diem* 213. *de verb. signif.* Nihil ergo refert an dies in quem collata stipulatio est expressus & editus sit, an non.

Ratio decidendi. Dies solutionis non minus quàm summa ipsa pars est stipulationis, quia quod in diem debetur, licèt debeatur, tamen peti nondū potest *d. l. cedere diem* 213. adeoq; nec compensari *l. quod in diem* 7. *de compensat.* Ergo dies hic edendus est, quia edere non videtur, qui stipulationem totam non edit *§. pen. hac l.*

3 ¶ Edenda[d] sunt omnia, quæ quis apud iudicem editurus est: non tamen vt & instrumenta[e], quibus quis vsurus non est, compellatur edere.

Ad §. 3. Edenda.

d *Edenda.* Hic §. est de editione instrumentorum facienda in iure apud prætorem, tunc cùm litis cōtestatio fit, & iudicium accipitur. Ratio dubitandi. Prætor nō cognoscit de facto, sed dat iudicem, qui cognoscat inspecto nimirum toto Pandectarum iure, quod obtinuit antè *l. 2. Cod. depedaneis iudicibus.* Frustra ergo fit editio instrumentorum apud prætorem, cùm ea editio non nisi ad quæstionem facti pertinere possit, facilq; sit, vt fiat apud iudicem.

Ratio decidendi. Facienda est apud prætorem, non vt cognoscat ille de facto, sed vt sciat sub qua verborum conceptione formulam dictare debeat. Cùm alioqui futurum sit, vt iudex adstrictus formulæ non possit admittere exceptiones, quas prætor in formula non adiecerit, nisi formula clausulam illam habeat generalem, *ex fide bona*: quæ bonæ fidei iudicium faciebat.

e *Non tamen vt & instrumenta.* Ratio dubitandi. Instrumentorum nomine ea omnia significantur, quibus causa instrui potest *l. 1. de fide instrumentorum.* Ergo instrumenta omnia edi debent.

Ratio decidendi. Instrumenta non aliter possunt esse instrumenta, id est, prodesse ad instruendam causam, quàm si iis vtatur, qui habet. Ergo quibus vsurus quis non est, ea vt edat non est arctandus. Ne alioqui cogatur quis contra seipsum arma parare: quod sanè nimis graue est *l. nimis graue* 7. *Cod. de testibus.* Nam vbi semel editum, & productum est instrumentum aliquod, cœpit fieri cōmune, quod antea proprium erat producentis: adeò vt eius exhibitio quandocunque petenti aduersario denegari non possit. Vnde est quod pragmatici nostri editionem hanc instrumentorum vulgò *communicationem* vocant, quod instrumenta edita faciat communia.

4 ¶ Edere non videtur, qui stipulationem totam non edit.

Ad §. 4. Edere non videtur.

Ratio dubitandi. Tot sunt stipulationes, quot sunt res *l: scire debemus* 29. *de verbor. oblig. l. quia dicitur* 32. *de euictionibus.* Si ergo de vna re agatur, nihil attinet totam stipulationem edere, id est etiam quantūm ad alias res in eadem stipulatione comprehensas. Ratio decidendi. Edendum est id omne, quod facere potest ad plenam stipulationis sententiam assequendam, & ad intelligendum id quod actum est inter contrahentes. Qua de causa etiam ea, quæ præfationibus conuenisse comperiuntur, edenda sunt: quoniam in stipulationibus repetita plerumque creduntur *l. Titia quæ ex alia* 134. *§. 1. de verb. oblig.* Sic dicimus, inciuile esse nisi tota lege perspecta, de legis sententia iudicare *l. inciuile* 24. *de legib.* Nam & quid aliud est stipulatio, quàm lex à contrahentibus dicta verbis solennibus?

5 ¶ Eis qui ob ætatem, vel rusticitatem, vel ob sexum lapsi non ediderunt, vel ex alia iusta causa, subuenietur.

Ad §. 5. Eis qui ob ætatem.

Ratio dubitandi. Ius omne & ciuile & prætorii omnibus scriptum est, & generaliter non in has vel in illas personas *l. iura* 8. *de legib.* Ergo neque ætas, neque rusticitas, neque sexus aliquis exceptus dici potest à verbis generalibus edicti, arg. *l. in fraudem* 15. *in fi. de test. milit.*

Ratio decidendi. Edictum quidem generale est, pertinens ad omnes personas cuiuscunque ætatis, sexus, & conditionis, & ideò in edictum incidit, quisquis non edidit, cùm edere deberet. Sed exæquitate subuenitur iis, qui lapsi sunt ob ætatem, vel rusticitatem, vel ob sexum: quia & minoribus, & rusticis & fœminis ius ignorare impunè permittitur *l. regulâ* 9. *de iur. & fact. ignor.*

2. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

SI legatum petatur, non iubet prætor verba testamenti edere: ideò fortasse, quia heredes solent habere exemplum testamenti.

Ad l. Si legatum petatur 2.

Ratio dubitandi. Quisquis legatum aut fideicōmissum petit, contēdens relictum sibi fuisse in testamento, nō aliter audiendus est, quàm si scripturam, qua relictum adfirmat, exhibuerit *l. postquam* 5. *§. si dies. vt legat. nom. cau.* Ergo etiā heredi legatarius edere debet. Ratio decidendi. Duplex editio est, vna, quæ fit ex hoc edicto, vt sciat reus an contendere velit, an cedere *l. 1. in pr. ff.* & hanc non potest heres à legatario petere: quia solent heredes habere exemplum testamenti. Absurdum autem est instrumenti editionem peti ab eo, qui iam illud habeat *l. si quis ex argentariis* 6. *§. pen. ff. eod.* Altera quæ fit ad probationem intentionis coram iudice dato, qui de facto cognoscit; & hanc fieri necesse est, quia nunquam reus cōdemnari potest actori, nisi suam intentionem implenti *l. 4. C. hoc tit. l. vltim. C. de rei vind. l. actor* 23. *& pass. C. de probat.*

3. MAVRI-

3. MAVRICIANVS libro 2. de Pœnis.

SEnatus censuit, ne quisquam eorum, à quibus quid fisco petetur, alia instrumenta delatori cogatur edere, quàm quæ ad eam causam pertinerent, ex qua se deferre professus esset.

Ad l. Senatus censuit 3.

Ratio dubitandi. Delator actor est, aut saltem actoris vice fungitur *l. 2. §. senatus & seq. de iur. fis.* Atqui nunquam cogitur reus edere actori, ad fundāmentum intentionem, cùm actore non probante reus obtinere debeat, etiamsi nihil præstet *l. 4. C. hoc tit.* ne origo petitionis fundetur ex instrumentis eius, qui conuenitur *l. vlt. eod.* Ergo non debet reus cogi vt edat delatori, ne quidem instrumenta ad eam causam pertinentia, ex qua delator se deferre professus esset.

Ratio decidendi. Fauor fisci hoc ius euicit, vt & fisco, & delatori propter fiscum edi oporteat omnia pertinentia ad eam causam, ex qua delatio fit. Habet enim fiscus hoc priuilegium, vt & alia permulta. In ciuilibus tamen causis duntaxat non etiam in criminalibus *d. l. 2. §. item §. item Diui fratres de iure fisci.* Etsi negat Clarus *lib. 5. sententiarum §. vlt. quæst.* 27. fisco edendum esse, cùm ipse actor est, de quo alibi dicemus. Illud planè constat, non alia instrumenta edi oportere, siue fisco, siue delatori, quàm quæ ad eam causam pertinent, ex qua delatio facta est, vt hæc lex ait.

4. VLPIANVS lib. 4. ad Edictum.

PRætor ait: *argentarias mensæ exercitores rationem*[a], *quæ ad se pertinet, edant adiecto die, & consule.* 1 ¶ Huius edicti[b] ratio æquissima est. nam cùm singulorum rationes argentarij conficiant: æquum fuit, id quod mei causa confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edi.

Ad l. Prætor. 4. in prin. & ad §. 1. Huius edicti.

a *Rationem.* Quid sit *ratio*, explicat idem Vlp. in *l. si quis ex argentariis* 6. *§. rationem infrà.* Est autem hæc alia pars huius edicti, De edendo, scilicet de rationibus edendis per exercitores mensæ argentariæ. Addit *quæ ad se pertinet.* Ratio dubitandi. Omnibus postulantibus, & iurantibus se non calumniæ causa editionem petere, editio rationum faciendæ est *l. quædam sunt* 9. *§ pen. inf.* Ratio decidendi. Si modò rationes pertineant ad petentem: (nam & id additur in illo loco) & ad eum à quo petitur editio, vt habent verba edicti. Quod autem hîc additur, *adiecto die & Consule* explicauimus ad *§. 2. l. 1. §.*

b *Huius edicti.* Ratio dubitandi. Rationes eorum sunt, à quibus conficiuntur, siue materiam spectes, id est, chartam, in qua cōscribuntur, siue industriā, quæ in iis componēdis necessaria est. Atqui nemo inuitus rem suam edere & exhibere cogendus est, sed eam tantùm, quę sit vel omnino aliena, vel saltē communis *l. procurator* 7. *C. h. t.* Ratio decidendi. Id quod mei causa confecit argentarius, meum quodammodo videtur, cùm in id comparatus sit vsus argentariorum, vt singulorum rationes conficiant. Ideoq; officium & ministerium ipsorum publicā causam habere dicitur in *l. argentarius* 10. *§. 1. ff. eodem.* Æquum igitur est cogi eos ad editionem rationum, quas confecerunt, perinde ac instrumentorum alienarum. Dices nudam rationem nō facere aliquem debitorem *l. nuda ratio* 26. *de donationib.* Ad quid ergo prodest editio rationum? Resp. Prodest eo casu, quo ratio non sit nuda: sed causam aliquam habeat, vt habere solet, licèt ea causa non probetur aliunde.

2 ¶ Sed & filiusfamilias continetur his verbis, vt vel ipse[c] cogatur edere. an & pater? quæritur[d]. Labeo scribit patrem non cogendum, nisi sciente eo[e] argentaria exercetur: sed rectè Sabinus respondit, tunc id admittendum[f], cùm patri quæstum refert[g].

Ad §. 2. Sed & filiusfamilias.

Ratio dubitandi. Si prætor sensisset de filiofamilias, aliquid adiecisset etiam de patre, quod tamen factum non est.

Ratio decidendi. Filiusfamilias ex omnibus causis perinde ac paterfamilias obligatur *l. tam ex contractib.* 57. *de iudic. l. filiusfamilias* 39. *de oblig. & act.*

c *Vel vt ipse.* malo legere, *vt vel ipse*, id est, vt saltem ipse cogatur edere: & ideò bene sequitur, *an & pater.*

d *Quæritur.* Ratio dubitandi. Ex contractibus omnibus filiifamilias tenetur etiam pater saltem ad finem peculij *l. si quis cum filiofam.* 44. *de pecul.*

Ratio decidendi. Aliud est quærere, an pater teneatur de peculio, an verò teneatur ad id omne, ad quod filius ipse tenetur, puta ad rationum editionem. Tenetur de peculio, si filius sit certæ summæ debitor, & peculiarem faciat argentariam, vt de ea scriptum est in *§. seq.* Sed non tenetur edere, quod filius ipse edere deberet. Edictum enim prætoris est tantùm contra exercitores mensæ argentariæ. Filius autem exercitor fuit, non pater.

e *Nisi sciente eo.* Hanc exceptionem addebat Labeo, quia putabat videri patrem ipsum exercere argentariam, quam à filio suo exerceri sciat, & patiatur. In quo tamen bene reprehensus est à Sabino.

f *Tunc id admittendum.* Non quod priùs Labeo dixerat, non esse cogendum patrem, vt edat rationes à filio cōfectas, sed exceptionem illam, quam subiecerat, *nisi sciente eo argentaria exercetur.* Sensus est ex opinione Sabini, non esse admittendam Labeonis exceptionem, nisi etiam illud concurrat, vt filiusfamilias patri quæstum referat. Hoc enim demum casu verum est, videri patrem exercere argentariam, quam filius exercet.

g *Cùm patri quæstum refert.* Ratio dubitandi. Non potest filiusfamilias non referre quæstum patri, quandoquidem ipse est incapax acquisitionis, sicut & seruus: cùm acquirat omnia patri, in cuius

est potestate *l.placet 79.de acquirenda hereditate.tot.tit. Instit.per quas personas cuique acquir.*

Ratio decidendi. Imò verò filiusfamilias capax est acquisitionis,scilicet,quoties pater aut nō vult, aut non potest sibi per filium acquirere, vt constat ex *l.is qui heres 13.§.fin. l.cùm heres 52. de adquir. hered. l. cogi poterit 56.§.si pater l.Imperator 50.ad S.C.Trebell.l.1. C.qui admitt.l.in suis 11.de lib.& posthum.* Habet enim personam integram , quia ciuis Romanus est, in eóque differt à seruo , per quem ob hanc causam acquiritur domino non solum ignoranti, sed etiã inuito *l.etiam inuitu 32.de acq.rer do.l.seruus vetante 62. de verbor.oblig.* Itaque in *d.l.placet 79.* bene scriptum est,*quoties acquiratur*, vt intelligamus non semper acquiri. Alioqui esset ridicula hæc Sabini ad Labeonem annotatio.

3 ¶ Sed si seruus argentariam faciat : (potest enim[a]) si quidem voluntate domini fecerit,compellendum dominum edere,ac perinde in eum dandum est iudicium , ac si ipse fecisset[b]:sed si inscio domino fecit,satis esse dominum iurare[c],eas se rationes non habere. Si seruus peculiarem faciat argentariam:dominus de peculio,vel de in rem verso tenetur,sed si dominus habet rationes,nec edit, in solidum[d] tenetur.

Ad §.3.Sed si seruus.

Ratio dubitandi.Seruus & filiusfamilias eodem iure censeri solent, cùm ambo sint in aliena potestate,eíque acquirant, in cuius sunt potestate *l.1.si quis à parent.manumiss.*Ergo non alia distinctio adhibenda est in seruo , quàm quæ proximè adhibita fuit in filiofamilias.

Ratio decidendi. Imò dispar est ratio filiifamilias, & serui : quia non potest in seruo adhiberi ea distinctio , An referat quæstum domino , necne: cùm nullo penitus casu possit ille sibi acquirere, nec si dominus velit.

a *Potest enim.*Ratio dubitandi.Argentariam exercere,officium publicum est *l.argentarius 10.§.1. infr. hoc tit.* Atqui serui ab omnibus publicis officiis arcentur.

Ratio decidendi. Arcentur quidem ab omnibus muneribus publicis,sed hoc non tam munus, quàm ministerium est *d.l. argentarius 10.§.1.* Nec prohibetur seruus interuenire in omnibus, sed in his tantùm officiis, quæ per liberas personas fieri leges desiderant *l.in his, quæ officium 175. de regul. iur.* in quorum numero hoc non est. Dices, cum seruo nullam posse actionem esse *l.cum seruo 107.eod.* quia nec in personam seruilem potest cadere vlla ciuilis obligatio *l.in personam 22. eod.* Atqui prætor ex hoc edicto proposuit actionem in argentariæ mẽsæ exercitores.Ergo non cogitauit de seruo. Resp. Aliud esse quærere , an seruus possit argentariam exercere, an verò possit teneri,& conueniri ex hoc edicto. Non potest ipse aut teneri , aut conueniri vllo casu : sed potest tamen argentariam exercere, & ex ea causa dominum obligare , non solùm de peculio , vel de in rem verso, si argentariam peculiarem habuit, hoc est ex peculij pecunia exercuit, sed etiam in solidum, siue sciente domino argentariam non peculiarem exercuerit, siue inscio quidem domino,sed qui tamen habeat penes se rationes,nec eas velit edere. Denique vno tantùm casu dominus nullomodo tenetur, nimirum si neque sciuerit argentariam à seruo exerceri,quam inscio eo seruus exercuit extra causam peculij,neque dubitet iurare,eas se rationes non habere.

b *Ac si ipse fecisset.* Ratio dubitandi. Verba edicti non dant actionem,nisi aduersus exercitorem mẽsæ argentariæ. Atqui exercitor non fuit dominus, sed seruus.Ergo dominus non potest teneri ex hoc edicto.

Ratio decidendi. Videtur dominus exercuisse argentariam , quam eo sciente seruus exercuit , nec verba edicti distinguunt , an per se , an per alium quis exercuerit.

c *Dominum iurare.* Ratio dubitandi. Qui iurat fit iudex in propria causa *l.1.quarum rerum actio non detur.* quod prohibitum est *tit. C.ne quis in sua causa iudic.vel ius dic.*Ergo non est permittendum cuiquam, vt iuret nisi aduersario deferente *l.3. in princip.de iureiur.*

Ratio decidendi. Aliud est iusiurandum, quod interponitur ad probationem,de quo in *dict.l.1.* Aliud verò,quod ad purgationem duntaxat doli mali,hoc est,vt appareat id quod negatur, non negari dolo malo. Cur non enim sufficiat iusiurandum hoc,quod *purgationis* appellatur,cùm nullæ sunt in contrarium probationes?

d *In solidum tenetur.* Non ex persona serui,nec rursus quasi argentariam ipse exercuerit , sed ex proprio facto,id est,quia in culpa est,adeóque in dolo, qui rationes,quas penes se habet,ac edere posset,si vellet , non vult edere , licèt non ab ipso , sed ab ipsius seruo confectæ proponantur.

4 ¶ Etiam is qui desiit argentariam facere,ad editionem compellitur.

Ad §.4.Etiam is qui desiit.

Ratio dubitandi. Prætor iubet argentariæ mensæ exercitores edere , Ergo eos demum, qui sunt exercitores eo tempore,quo editio postulatur. Id enim est,quod nostri solent dicere , Qualitatem iunctam verbo,intelligendam esse secundùm tempus verbi *l.4.§.si extraneus de noxal.action.*

Ratio decidendi. Actio quæ datur ex hoc edicto dicitur esse in factum *l.quædam 9.in principio.infra hoc titulo.* quia scilicet nascitur ex facto , id est, ex eo , quòd quis argentariam exercuit. Ad hoc ergo vt actio nascatur , sufficit quod argentariam exercuerit. Nec proinde liberare eum potest, quòd eam exercere posteà desierit, quia semel nata actio non nisi certis & legitimis modis tolli potest *l. euicta re 16.§.si seruus l.habere licere 57. in fin. de euictionibus l. ait prætor 3. de iureiurand. l. si seruum 91.§. nunc videamus. de verborum obligat.*

5 ¶ Sed

5 ¶ Sed ibi quis compellitur edere , vbi argentariam exercuit : & hoc est constitutum: quòd si instrumentum argentariæ in alia prouincia habeat[a],in alia administrauerit : ibi puto cogendum edere , vbi argentariam exercuit. hoc enim primùm deliquit , quod aliò instrumentum transtulit.quòd si in alio loco[b]argentariam exerceat,alibi autem ad editionem compelletur:minimè hoc facere cogitur,nisi descriptum velis,vbi de ea re agitur, eum tibi dare, tuis videlicet sumptibus.

Ad §.5.Sed ibi quis compellitur.

Ratio dubitandi. Qui argentariam exercuit,nullum certum locum dixit , in quo se obligauerit ad faciendam editionem. Ergo ad editionem vbique locorum vrgeri potest *l. continuus 137.§. cùm ita. de verbor.oblig.*iunct.*l.penult.à contr.sens.de eo quod.cert.loc.*

Ratio decidendi.Non alia ratione tenetur,quàm quia argentariã exercuit,Ergo nec alio loco,quàm in quo exercuit. Ibi enim & contraxisse intelligitur,& se,vt ederet,obligasse *l.1.& 2.C.vbi de ratiocin. tam public. quàm priu.agi oport.l.heres absens 19.§.1.& 2. de iud.*

a *In alia prouincia habeat.* Ratio dubitandi. Editio ibi facienda est,vbi commodius fieri potest: Atqui potest commodius fieri in eo loco, in quo sunt instrumenta, quàm in quo reus argẽtariam exercuit. Ergo ibi facienda editio est.

Ratio decidendi.Non debuit reus transferre instrumenta argẽtariæ in alium locum , quàm in quo argentariam exercuit , & in eo primùm peccauit, quod transtulit. Debet ergo sibi imputare,ac suis sumptibus instrumenta reportare in eum locum, vnde exportare non debuerat. Non solùm si dolo malo id fecerit, ne videlicet sua ei calliditas prosit *l.sed etsi hereditas 11.§.1.versic.interdum infr.ad exhib.*sed etiamsi sine dolo , quia semper verum est , id eum fecisse quod facere non debuit,neque ex eius facto incommodiorem actori exhibitionem fieri debuisse. Planè si vrgeatur ad editionem in eo loco, in quo sunt instrumenta, non potest recusare eo prætextu,quòd alibi argentariam exercuerit. Quæ enim ratio prodesset actori, nõ potest ipsi reo prodesse,cui proprium factum nocere debet.

b *Quòd si alio loco.* Tota hæc additio vsque ad finem legis videtur mihi esse Triboniani.Nam quod scriptum est,*alibi autem ad editionem compelletur*, præsupponit posse argentarium compelli ad editionẽ faciendam alio loco , quàm in quo argentariam exercet : quod pugnat non modò cum ratione iuris,sed cum eo etiam,quod statim sequitur,*minimè cogitur hoc facere.*Deinde quis hanc locutionem probet,pro eo,quod voluit Vlpianus dicere,Si argentarius vrgeatur ad editionem alibi,quàm vbi exercet argentariam, non esse illum edere cogendum? Sed & quod sequitur per speciem exceptionis , *nisi de scriptum velis,vbi de ea re agitur , eum tibi dare.* Sanè destruit præcedentem sententiam. An non enim hoc ipsum *edere* est,describtũ dare: Imò plus quàm edere est,quia vt editio fiat sufficit fieri copiam describendi *l.1.§.1.supr.*Plus autem est describtum dare,quàm describendi copiam facere. Nec iniquitatem tollit, quod temperamenti loco subiicitur, *tuis videlicet sumptibus.* Non enim solis sumptibus id fieri potest , sed periculum quoque in eo versatur magnum,ne rationes dum per longum fortassis,& suspectum iter afferuntur, intercidant *d.l.sed etsi hereditas 11.§.1.versic.interdum ad exhibendum.* aut ipsius argentarij , vel alterius, qui ipsius nomine eas perferat salus periclitetur *l. inter causas 26.§. non omnia mandat.l.penult.in fin.de donationibus.*quorum omnium nihil verendum est, si non vrgeatur ille alio loco edere, quàm in quo & rationes sunt,& argẽtariam exercet *l.si seruus 61.§.quod verò ad mandati. de furt.*Denique nunquam vrgeri quis debet , vt faciat id, ad quod non tenetur , hoc solo prætextu , quòd alieno sumptu adeóque periculo id facturus sit. *l.nemo ideò 171.de regul.iur.l.testamento 17.§.1. de testam. tut.*

5. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

SPatiúmque ad perferendas eas tribuendum est.

Ad l.Spatiúmque 5.

Huius legis coniunctio cum præcedente,ostendit verissimum esse , quod proximè adnotauimus vltimũ versic.*§.fin.* esse Triboniani, non Vlpiani. Quænam enim esset dubitandi ratio , cur spatium ad perferendas rationes non videretur dandum ei, qui ad ipsarum editionum alibi vrgeretur,quàm vbi deberet, id est, quàm vbi argentariam exercuisset ? At erit perelegans & Pauli sententia,& ratio dubitandi, si hæc lex referatur ad verba illa Vlpiani,*hoc enim primùm deliquit,quod aliò instrumenta transtulit.* Videbatur enim hunc argentarium, qui rationes aliò transtulerat statim debere condemnari ad id,quòd actoris interesset,ob non editas in prõptu rationes:cùm ipsius facto contigerit,ne possit eas statim edere,nec nisi per eum factum sit , quominùs possit. Sed ratio decidendi est, quòd ipsius siue dolus,siue culpa satis in eo punitur , quòd & suis sumptibus,& suo periculo cogitur rationes eò referre,vnde malè abstulerat:nec vsque adeò inhumaniter cum eo agendum est,vt per impossibilitatem præcludatur ei via faciendi id, ad quod faciendum vrgeatur.

6. VLPIANVS lib.4.ad Edictum.

SI quis ex argentariis (vt plerique eorum) in villa habeat instrumentum , vel in horreo: aut ad locum te perducet,aut descriptas rationes dabit.

Ad l.Si quis ex argentariis.

R.dub.Argentarius ibi tenetur edere,vbi argentariam exercuit *l.4.§.vlt.*S.Atqui eam neq; in villa, neque in horreo exercuit,sed in vrbe : Ergo neque

ibi potest edere. Ratio decidendi. Non cogitur is, qui editionem petit, ire ad villam, aut ad horreum: sed si nolit ire, cogitur argentarius descriptas rationes dare, quod plus quàm edere est. Edit enim & qui copiam describendi facit, licèt non ipse describat *l.1.§.1.supr.*

1 ¶ Cogentur & successores argentarij edere rationes. Quod si plures sunt heredes, & vnus habeat[a], solus ad editionem compelletur: sed si omnes habeant[b], & vnus ediderit, omnes ad editionem compellendi sunt. Quid enim, si humilis & deploratus vnus edidit, vt dubitare quis meritò de fide editionis possit? vt igitur comparari rationes possint, etiam cæteri edere debent, aut certè vnius editioni subscribere. ¶ Hoc idem erit. & si plures fuerint argentarij, à quibus editio desideratur. Nam & si plures tutores tutelam administrauerunt simul, aut omnes edere debent, aut vnius editioni subscribere.

Ad §.1. Cogentur & successores.

Ratio dubitandi. Edictum non pollicetur actionem, nisi in argentariæ mensæ exercitores *l.4.in pr. supr.* Ergo in eorum heredes dari non debet, saltem eo casu, quo non sint illi eiusdem professionis.

Ratio decidendi. Heres succedit in locum, & ius defuncti, & ideò eius partibus fungi debet, factúq; ipsius præstare: licèt non sit eiusdem professionis *l. quædam 9.§.nihil interest inf. eod.*

a *Et vnus habeat.* Ratio dubitandi. Heres argentarij non tenetur edere ex hoc edicto, nisi quia heres est *d.l.quædam 9.§.nihil interest* ¶ *eod.* Ergo nec nisi quatenus heres est, & consequenter pro parte tantùm hereditaria *l.sine à certis 17. de duobus reis.* Omnia enim onera hereditaria diuiduntur ipso iure per leg. 12. tabul. inter coheredes pro hereditariis portionibus *l.1.C.si cert.petat.l.heredes eius 25.§.an ea stipulatio. famil.erciscund.l.1.& 2. C.si vnus ex pluribus hered.credit. vel debit.*

Ratio decidendi. Heres, licèt non possit teneri ipso iure, tanquam heres, nisi pro portione hereditaria: si tamen solus habeat facultatem præstandæ eius rei, quæ petitur, solus quoque tenetur: quasi hoc boni cuiuslibet iudicis, multoque magis boni prætoris arbitrio conueniat *l.3.§.heres eius infr. commod.l.actione distrahitur 65.§.antepenul.pro socio.* Eiusmodi verò est editio rationum. Nec enim alius eas potest edere, quàm qui habet, arg. *l.officium autem 9. de rei vind.*

b *Sed si omnes habeant.* puta nondum diuisa inter eos hereditate. Ratio dubitandi. Factum editionis indiuiduum est, cùm is dicatur dolo malo non edere, non solùm qui malitiosè edidit, sed & qui in totum non edidit *l.vbi exigitur 8.vers. dolo malo. infra.* Ergo editio ab vno ex heredibus facta, ab omnibus facta esse intelligitur *l.2.§.penult.& vlt. de verb. oblig.*

Ratio decidendi. Editio rationum fit ad habendam probationem. Potest autem fieri, vt vnus ille ex heredibus, qui edidit adeò humilis sit, & deploratus, vt dubitare quis meritò de fide editionis possit. Vt igitur comparari inuicem rationes possint, omnes debent edere, aut certè, quod facilius futurum est, vnius editioni subscribere. Cur non enim cæteros coheredes hoc saltem præstare cogamus, quod sine ipsorum dispendio & incommodo futurum est *l.in creditore 38.in fin. de euictionibus.* Idē iuris est, si vel plures argentarij sint, vel plures tutores eius pupilli, qui argētario successerit. Eademq; in omnibus his casibus dubitandi & decidēdi ratio est.

2 ¶ Exigitur autem ab aduersario argentarij iusiurandum, *non calumniæ causa postulare edi sibi*: ne forte vel superuacuas rationes, vel quas habet, edi sibi postulet vexandi argentarij causa.

Ad §.2. Exigitur autem ab aduersario.

Ratio dubitandi. Nemo nisi ex necessitate cogendus est iurare, metu scilicet & periculo periurij *l.quæ sub condicione 8.de cond.instit.l. non dubitamus 20. de cond.& demonst.* Atqui nulla hîc necessitas est iurandi, cùm nemo præsumatur calumniator *l.1. §. penult.l.penult.de calumniatoribus.l.ob hæc verba 20.de his qui not.infam.*

Ratio decidendi. Est hoc iusiurandum purgationis duntaxat, non probationis: nec metus, aut periculum vllum periurij subest, cùm quis iurare cogitur de eo, quod in mente sua gerit. Quis enim potest hæsitare, an calumniator sit necne? Ideò autem æquum est interponi hoc iusiurandum, quia editionis faciendæ necessitas habet plerumque vexationem, nec desunt qui vexandi tantùm aduersarij gratia petant sibi edi rationes, vel quas iam habent, vel quibus non indigēt. Iunge quæ scripsi ad *§.3.l.4.ff.& l.quædam sunt 9.§.pen.ff.eod.*

3 ¶ Rationem autem esse Labeo ait, vltro citro dandi, accipiendi, credendi, obligandi, soluendi sui causa negotiationem, nec vllam rationem nuda duntaxat solutione debiti incipere, nec si pignus acceperit, aut mandatum, compellendum edere. hoc enim extra rationem esse. Sed & quod soluti constituit, argentarius cedere debet: nam & hoc ex argentaria venit.

Ad §.3. Rationem autem.

Ratio dubitandi. Creditorum appellatione continentur ij omnes, quibus ex quacunque causa debetur *l.creditores 10.cum duabus sequentibus.de verborum significatione.* Ergo etiam is, qui pignus accepit, aut mandatum edere compellendus est tanquam suo creditori: cùm ratio nihil aliud sit, quàm credendi, obligandi, aut soluendi sui causa facta negotiatio. Ratio decidendi. Aliud est debitum, aliud ratio. Nulla ratio est sine debito, at debitum potest esse sine ratione. Prætor autem non iubet edi ex quacunque causa creditori: sed iubet tantùm edi rationem. Ratio autem nulla potest incipere à nuda solutione debiti, hoc est, ab ea solutione, cui non

cui non dicatur causam dedisse debitum præcedēs, in eandem rationem collatum. Est enim ratio debiti & crediti facta inuicem comparatio. *l. emptor prædij.47.in fin.infr. tit. prox.* Ex hoc autem apparet editionis necessitatem non posse induci ex eo solo, quòd aliqua ex causa interfit agentis, sed eo solo casu, quo de rationum editione agatur, quia hæc pars edicti de solis rationibus edendis locuta est, licèt detur actio ad id quod interfuit agentis. *§. sequent.*

c *Quod solui constituit argentarius.* Ratio dubitandi. Non potest ratio incipere à nuda debiti solutione, vt proximè dictum est. Ergo neque à constituto soluendi. Ratio decidendi. Hoc euenit ex argentaria, vt argentarius constituat se soluturum. Nec incipit hoc casu ratio à solutione, sed ab obligatione, non solùm quòd per constitutum contrahatur obligatio prætoria. *§. de constituta. Institut. de action.* sed etiam quia constitutum valere non potest, quin id, quod solui constitutum fuit, iam antè deberetur. *l.1.§.debitum. de constitutæ pecuniæ.* Non est ergo extra rationem argentariæ, vt quis constituat se soluturum, & à tali constituto incipiat.

4 ¶ Ex hoc edicto in id, quod interfuit[d], actio competit.

Ad §.4. Ex edicto.

Ratio dubitandi. Verbis edicti, quæ Vlpianus retulit in *l.4.in prin.h.tit.* nihil expressum est de danda actione in id, quod interfuit, vel interfuerit agentis, sed tantùm iubentur mensæ argentariæ exercitores rationem edere, adiecto die, & Consule. Ratio decidendi. Credibile est iis verbis relatam fuisse priorē tantùm, non etiam posteriorem partem edicti. De rationibus edendis. Et tamen etiamsi non alia verba edicti fuissent, potuissent tamen ea ipsa sufficere ad dandam actionem in id quod interfuisset, aduersus non edentem, cùm edere sit facti: in iis autem quæ sunt facti succedat sola iuris potestate præstatio eius quod interest. *l.siquis ab alio.13.§. vlt. de reiudic. l.stipulationes. 71. l.quoties quis alium.81. de verborum obligat.*

d *Quod interfuit.* Rectè, non vt aliàs solet, *quod interest*, propter rationem positam in *l.vbi exigitur.8.§.1. eodem.*

5 ¶ Vnde apparet, ita demum tenere hoc edictum, si ad eum pertineat. ¶ *Pertinere* autem videtur ad me ratio, si modò eam tractauerit, me mandante[a], sed si procurator meus[b] absente me mandauerit, an mihi edenda sit, quasi ad me pertineat? & magis est, vt edatur. ¶ Procuratori quoque meo:[c] edendam rationem, quam mecum habet, non dubito, quasi ad eum pertineat: & cauturum de rato[d], si mandatum ei non sit[e].

Ad §.5. Vnde apparet.

Ratio dubitandi. Argentarius non alia ratione iubetur edere, quàm quia officium & ministerium publicum gerit quod publicam habet causam. *l.argentarius.10.§.1.infra eod.* Ergo non est distinguendum ad quem pertineat ratio, cuius editio postulatur. Quomodo nec in popularib. actionib. aut publicis iudiciis distinguimus quis agat, sed omnes admittūtur. *l.1.l.posthumus.6.§.si quis de inoffic.test.* licèt is cuius interest præferatur. *l.3.§.1.& l.seq. de popul.actio.* Ratio decidendi. Non interest reipublicæ, sed agētis tantùm, vt edilio rationum fiat. Contrà verò interest & argentarij, & reipublicæ, vt non malè quisquam vexetur ob superuacuam aut indebitam editionem, ne huius incommodi metu tardiores fiant negotiatores ad argentariam exercendam. Aliis ergo permittendum non fuit editionem petere, quàm quorum eo tempore interest, ac proindè, ad quos ratio pertineret. Popularium & publicarum actionum alia ratio est, quia competunt ad publicum iuuandum, quo respectu nemo est in populo cuius non interfit. *l.1.de pop. act.*

a *Me mandante.* Ratio dubitandi. Mandatum plerumque contrahitur aliena gratia. *l.2.§.aliena. infra mandat.* Ergo non est bona consecutio, vt ad me ratio pertineat, ob id solùm quòd confecta sit me mandante. Ratio decidendi. Eius, qui mandauit licèt aliena gratia, interest etiam proprio nomine, cùm futurum sit, vt ei cuius negotia inutiliter gesserit, teneatur vel actione mandati. si ex suscepto mādato eamrem alij rursum mandauerit, vel saltem negotiorum gestorum, si mandatum nullum interceſſit. *lex mandato.20.§.1.& pas. mandat.* Ergo ei quoque edendum est, tanquam ad quem pertineat ratio, quam fieri mandauit.

b *Si procurator meus.* Ratio dubitandi. Negotium à procuratore meo, tanquam procuratore gestum, non ad procuratorem meum, sed ad me pertinet: ad eò vt etiamsi stipulatus ipse sit, *quanti ea res erit*, non suam tamen, sed domini vtilitatem in stipulatum deduxisse videatur. *l. penultima. in fi. ff. si quis cautionibus. l. quoties quis alium. 81. §. 1. de verb. oblig.* Ratio decidendi, Etiam ad procuratorem intelligitur pertinere negotium, cuius rationem debet ille domino reddere, iudicio mandati.

c *Procuratori quoque meo.* Ratio dubitandi. Ratio, quam mecum habet procurator meus etiam ad me pertinet. Ergo non est edenda procuratori meo, tāquam quæ sit aliena *l. littus est. 96. §. 1. de verb. signif.* Ratio decidendi. Ad vtrumque nostrum pertinet, quia nihil vetat, quod ad me pertinet ad alium quoque pertinere, putà si sit commune. *l. illud dubitationis. 46. de rit. nup. l. rectè dicimus. 139. §. vlt. de ver. sig.* Prætor autem, vt cogat argentarium edere, hoc tantùm acquirit, vt res pertineat ad actorem, non etiam, vt ad alium non pertineat.

d *Et cauturum de rato.* Ratio dubitandi. Nunquam cauet de rato is, qui proprium negotium gerit, id est, ad quem negotiū, prio nomine pertinet, sed is tantùm qui alieno agit nomine, sine mandato, aut cum eo mandato, de cuius vel fide, vel potestate dubitetur. *lege 1. 3. lege exigendi. 12. & pass. Cod. de procur. lege non solùm autem 39. §. 1. infr. eodem ill. titu.* Respondeo hac nimirum ratione cogi me, vt putem locum esse corruptum, ac pro & legendum esse *nec.* Nam præcedentia ostendunt edendum esse hoc casu procuratori, non tanquam procuratori,

sed proprio nomine,& *quasi ad eum res pertineat*: quo certè non nisi per iniuriam cautio ratihabitionis ab eo exigi potest. Neque pugnat quod scriptum est in *d.l.non solùm autem.39.§.j.* cautionem istam à procuratore interdum exigendam, tum quoque cùm agit proprio nomine. Id enim tunc obtinet, cùm actioni proprio nomine competenti, causam dedit alia actio priùs instituta procuratorio nomine, vt in casibus ibi allatis: quod in specie nostra dici non potest.

e *Si mandatum ei non sit.* An quia magis de rato cauere debeat, si sit ei mandatum? Imò multò minùs cauere debet, qui mandatum habet, dummodo clarum & indubitatum sit. *d.l.1.C.deprocur.* sed quia ille potissimum casus est, quo solet tractari de cautione rati. sensus ergo talis est, acsi scriptum esset, *etsi mandatum ei non sit*, aut ita potius, *nec si mandatum ei non sit*, cauturũ tamen de rato quod non intelligens imperitus interpres, mutauit in prioribus *nec* in ℭ propterea, quod quoties nullum mandatum profertur, soleat esse cautio illa necessaria. Sed debuerat animaduertere, id tunc verè dici, cùm is qui mandatum nullum profert, agit alieno nomine, non etiam si agat suo.

6 ¶ Si initium tabularum habet diem, in quibus Titii ratio scripta est, postmodum mea sine die, & consule: etiam mihi edendus est dies, & consul, communis enim omnis rationis est præpositio diei, & consulis.

Ad §. Si initium tabularum.

Ratio dubitandi. Non est mihi edendum id, quod ad me non pertinet. *§. prox. ẽ. l. quædam sunt.* 9. *§. vlt* j. Atqui initium tabularum, in quibus ratio Titii scripta est, cum die & consule non ad me, sed ad Titium pertinet: quia Titij ratio est, non mea. Ratio decidendi. Mea etiam est prepositio diei & consulis, quia communis est rationibus omnibus postea scriptis, quæ diem & consulem non habent. Ergo mihi edi debet. Communem verò esse ex eo apparet, quòd rationum pars aliqua semper est dies & consul, cùm accepta & data non aliter possint apparere, & inuicem conferri, quàm si dies & consul fuerit editus. *l. 1. §. editiones vers. rationes ẽ. eo.*

7 ¶ Edi autem est [f], vel dictare, vel tradere libellum, vel codicem proferre.

Ad §. 7. Edi autem.

f *Edi autem est.* Definitio hæc editionis generalis est, pertinétque ad editionem quamlibet, siue actionis, siue rationum, siue instrumentorum, vt & illa de qua in *l.1. §.1. ẽ. eo.* vbi dixi.

8 ¶ Prætor ait: *argentario, sine, qui iterum edi postulabit, causa cognita edi iubebo.*

9 ¶ Prohibet argentario edi illa ratione, quòd etiam ipse instructus esse potest instrumento suæ professionis: & absurdum est, cùm ipse in ea sit causa, vt edere debeat, ipsum petere, vt edatur ei. ¶ An nec heredi [g] argentarii edi ratio debeat, videndum, & si quidem instrumentum argentariæ ad eum peruenit, non debet ei edi: si minùs, edenda est ex causa. nam & ipsi argentario ex causa ratio edenda est: si naufragio, vel ruina, vel incendio, vel alio simili casu rationes perdidisse probet aut in longinquo habere, veluti trans mare.

Ad §.8 Prætor ait. & §.9 Prohibet argentario.

Ratio dubitandi. Edictum hoc iubet edi argentario ex causa: Ergo non est prohibitorium. Ratio decidendi. Hoc ipso, quod prætor iubet edi argentario ex causa, prohibet satis ne possit ille petere editionem, nisi ex magna causa, id est, vt sequentia explicant, si naufragio, vel ruina, vel incendio, vel alio simili casu, rationes perdidisse probetur: aut in longinquo eas habere, veluti trans mare. Alioqui absurdum est, cùm ipse in ea causa sit, vt edere debeat, ipsum petere, vt edatur ei. Potest enim ipse & debet instructus esse instrumento suæ professionis.

g *An nec heredi.* Ratio dubitandi. Heres argentarij non semper argentarius est, eiusdémque cum defuncto professione. *l. quædam sunt. 9. §. 1. j. eo.* Ergo non eadem ratio, quæ nocet argentario, ne possit editionem petere, nocet etiam ipsius heredi. Ratio decidendi. Eadem ratio est heredis, quæ defuncti: etiam si heres argentarius non sit, quoties instrumentum argentariæ ad heredem peruenit. Cùm hoc casu æquè sit instructus, acsi esset argentarius, adeóque idem illud instrumentum edere sit compellendus. Cur ergo ei permittatur petere editionem? Nisi ex causa. Nam si ipsi quoque argentario interdum edi oportet ex causa, quanto iustius eius heredi qui argentarius non est?

10 ¶ Nec iterum postulanti edi prætor iubet, nisi ex causa.

7. PAVLVS lib. 3. ad Edictum.

VEluti peregrè habere, quod primùm editum est, doceat: vel minùs plenè editum: vel eas rationes, quas casu maiore, non verò negligentia, perdiderit. nam si eo casu amisit, cui ignosci debeat, ex integro edi iubebit.

Ad §.10. Nec iterum. & Ad l. Veluti si peregrè 7.

Ratio dubitandi. Editio iam semel facta, si iterum petatur, ideo denegatur, quia præsumitur peti per calumniam. Atqui ea præsumptio tollitur per iusiurandum de calumnia, quod semper, & ante omnia necesse est præstari ab eo, qui petit editionem. Ergo permitti & iuberi indistinctè debuit editio iterata, dum is, qui petit iuret de calumnia. Ratio decidendi. Non sufficit hoc casu iusiuran-

dum de calumnia, ad exonerandum eum, cui iam semel editio facta est, vt non dolo malo eandem editionem iterum petere videatur: cùm per primam editionem potuerit esse instructus. Itaque noua causa iterandæ editionis alleganda, & probanda est, veluti si doceat se peregri habere, quod primum editum est, vel minùs plenè fuisse editum, vel eas rationes casu maiore, non verò negligentia, perditas fuisse. His enim omnibus casibus est sanè quod ignoscatur ei, cui nihil imputari potest, vt ex integro fiat editio: cùm ea quæ de nouo emergunt nouo indigeant auxilio. *l. veluti si peregre. 7. §. sit. l. de statu. 11. §. ex causa de interreg. in iur. fac.* Maximè cùm possit ea iterata editio fieri sine magno dispendio, & incommodo eius, contra quem editio postulatur. arg. *l. in creditore. 38. in fi. de ædil.*

1 ¶ Hæc vox *iterum* duas res significat: alteram, qua demonstraretur tempus secundum, quod Græci δεύτερον dicunt: alteram, quæ ad insequentia quoque tempora pertinet, quæ Græcè dicitur πάλιν, quod ita accipitur, quotiens opus erit: nam potest fieri, vt bis editam sibi rationem quis perdiderit, vt verbum *iterum* pro *sæpius* accipiatur.

Ad l. 7. Ad §. 1. Hæc vox iterum.

Ratio dubitandi. Pluralis locutio duorum numero contenta est. *l. vbi numerus. 12. de testib.* Ergo quod prætor edixit, vt ex causa iterum fieri editio debeat, sic accipiendum est, vt tamen non amplius, quàm bis fiat: vt de instrumentorum recognitione, & dispunctione sæpius concedenda scriptum est in *l. cùm plures. 15. §. vlt. de reb. autor. iudic. possid.* Ratio decidendi. Non debet editio fieri amplius, quàm bis, nisi allegetur noua causa, quæ superuenerit post secundam editionem: Tunc enim non minor ratio est iubendæ tertiæ editionis, quàm fuerit iubendæ secundæ, eadem æquitate id suadente, & fauore probationis, quæ ad veritatem habendam necessaria est. Et ita intelligi debet, quod scribit Vlp. in *d. l. cùm plures. 15. §. vlt.* Etsi non loquitur eo loco, de cautione rationum faciendæ ex hoc edicto, sed de recognitione, & dispunctione, quam prætor fauorabiliter creditoribus fieri permittit, & quæ tamen, etiamsi non permitteretur, non eo magis damnum sensuri essent creditores. Quod diuersum est in rationum editione: Non solùm quia fit ad probandum id, quod aliter fortasse probari non posset: verùm etiam, quia edicto ipso prætoris iubetur editio, ex causa *iterum* fieri, id est, sæpius, & quoties opus erit, cùm possit fieri, vt bis editam sibi rationem quis sine culpa sua perdiderit, vt hîc Paulus ait.

8. VLPIANVS lib. 4. ad Edictum.

VBi exigitur argentarius rationes edere, tunc punitur [a], cùm de dolo malo non exhibet, sed culpam non præstabit, nisi dolo proximam. Dolo malo autem non edit, & qui malitiosè edidit, & qui in totum non edit.

Ad l. Vbi exigitur 8.

Ratio dubitandi. Argentarius cogitur edere ex officio suæ professionis. *l. seq. §. 1. l. argentarius. 10. §. 1. j.* Ergo etiam culpam præstare debet, cùm ei, cui culpa aliqua imputari potest in re ad suam professionẽ spectante, non sit ignoscendum. Nam quælibet negligentia in officio, culpa est. Præsertim, cùm prætor indistinctè iubeat argentarium edere: Perinde autem verum sit non edere illum, qui est in culpa, licèt non dolo proxima, atque illum, qui est in dolo. Cur non ergo condemnandus est in id omne quod interest actoris: quandoquidem edicto prætoris nõ satisfecit? Ratio decidendi. Edictum hoc, qua parte coercet eum, qui iussus edere, noluit parere prætoris pœnale est: licèt ex parte agentis rei potius persecutorium sit, cùm non detur ei, nisi eius interfit, & quatenus interfit. Nulla siquidem alia ratio est condemnandi argentarij in id quod interest actoris, nisi, quod non satisfecerit edicto. Quænam enim alia, vel promissio, vel obligatio subest, aut edendi, aut præstandi id quod interesset: Atqui non visum est prætori æquum puniri quempiam hoc nomine, ob solam culpam, nisi quę dolo proxima esset. Nam nec ferè alia culpa esse potest in non faciendo eo, cuius faciendi obligatio nulla præcesserit.

a *Tunc punitur.* Vt appareat edictum hoc esse pœnale, ex parte illius, qui conuenitur.

1 ¶ Is autem, qui in hoc edictum incidit, id præstat, quod interfuit mea, rationes edi, cùm decerneretur à prætore, non quod hodie interest: & ideo licèt interesse desiit [b], vel minoris, vel pluris interesse cœpit locum actio non habebit [c]: neque augmentum, neque minutionem.

Ad §.1. Is autem qui in hoc edictum

Ratio dubitandi. Edictum hoc est pœnale, vt proximè dictum est: Ergo non est curandum an interfit, aut aliquando interfuerit agentis, necne. *l.1. §. vltim. si quis ius dicent. non obtemp. l. si per alium. 5. §.1. ne quis eum, qui in ius vocab. vi exim.* Ratio decidendi. Pœnale quidem est ex parte illius, qui conuenitur: cuius scil. condemnandi, aut ad editionem, aut ad præstationem eius quod interest nulla subesset ratio, si edictum prætoris nullum esset. At ex parte actoris continet rei persecutionem, quia nõ alij editionem fieri prætor iussit, quàm cuius interesset. Alia ratio est edictorum, quę sunt pœnalia ex vtraque parte.

b *Licèt interesse desiit.* Ratio dubitandi. Non videtur vnquam interfuisse, cùm desiit interesse, sicut nec dicitur versum, quod non durat versum. *l. si pro parte. 10. §. versum. de in rem vers.*

Ratio decidendi. Vbi semel cœpit interesse nata exinde est actio ex hoc edicto, quę semel nata

non potest intercidere ob id solùm, quod desierit interesse. Actiones enim semel competentes non extinguntur nisi certis modis, inter quos hic non est. *d.l.cuitare. 16.§.si seruus.l.habere licere.57.de euict.l. verbis legati. 3.ad l falcid.*

c *Locum actio non habebit.* Tollenda est hæc dictio, locum, & ea sublata legendum vno contextu *actio non habebit neque augmentum neque diminutionem.* Fuit enim addita ab imperito interprete, existimante aliquid deesse ad perfectum sensum eorum verborum. *actio non habebit*, & in eo verbo *habebit* quiescendum, quasi duplex illa negatiua sequens non posset iungi præcedenti negationi quin faceret sententiam affirmatiuam. Ex eo quod dici solet apud Latinos: duas negationes æquipollere affirmatiuæ. sed debuerat animaduertere non habere id locum, quando post negationem simplicem sequitur negatiua coniunctio, *neque*, vt si quis dicat, *non accepi tuas literas, neque primas, neque secundas.* Eiusque rei exempla innumera passim occurrunt apud Ciceronem, & bonos latinitatis autores. Iunge quæ dixi ad *l.si quis ex argenta.6.§.4.ff.eod.* & quę dicam ad *l.argentarius.10.§.cùm autem* ſ.

9. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

QVædam sunt personæ, quas rationes nobis edere oportet: nec tamen à prætore per hoc edictum compelluntur: veluti cùm procurator res, rationesve nostras administrauit, non cogitur à prætore per metum in factum actionis rationes edere: scilicet quia id consequi possumus per mandati actionem. Et cùm dolo malo socius negotia gessit, prætor per hanc clausulam non interuenit: est enim pro socio actio. Sed nec tutorem cogit prætor pupillo edere rationes, sed iudicio tutelæ solet cogi edere [d].

Ad l. Quædam sunt 9.

Ratio dubitandi. Nihil interest eorum omnium, qui aliqua actione cogi possunt ad editionem, an cogantur ex hoc edicto per metum actionis in factum, quam in eos si non edant daturus est prætor: an verò per aliam actionem. Imò esset iis vtilius, vt ex hoc edicto tenerentur, quàm actione mandati, vel societatis, vel tutelæ. Siquidem actiones non omnes, quoties sententia sequitur, infamant. *l.1.de his qui not.infam.* actio autem ex hoc edicto non infamat. Porro non solet prætor famosam actionem concedere, quoties alia competit, quæ non sit famosa. *l.1. §.ait prætor de dolo.* Ratio decidendi. Edictum hoc specialiter conceptum est in argentarios, contra quos nulla iure ciuili actio erat prodita, nec fuit inducendum contra eos, qui metu alterius actionis durioris iam comparatæ in eo essent, vt non possent recusare, vel differre editionem. Neque est quod ideo de prætore conquerantur, cùm sit in ipsorum potestate facere, ne famosa actione condemnetur, scilicet si metu infamiæ ab initio edant ex bona fide, neque expectent condemnationem. arg. *l.item si cum exceptiore. 14.§. in hac actione. in fin.* ſ. *quod met. cauſ.*

d *Solet cogi edere.* Ratio est, quia omnia hæc iudicia mandati, societatis, tutelæ & similia sunt bonæ fidei, in quibus proinde veniunt omnia, quæ sunt ex bona fide: in hoc autem numero necessitas est faciendæ editionis instrumentorum omnium, quæ ad eius actionis causam pertinent. *l.si procuratorem. in prin. mandati.*

1 ¶ Nihil interest, si successores, aut pater aut dominus argentarii, eiusdem fuerunt professionis: quia cùm in locum, & in ius succedant argentarii, partibus eius fungi debent. ¶ Is autem, cui argentarius rationes suas legauit [e], non videbitur contineri (quia iuris successor [f] his verbis significatur) non magis, quàm si ei viuus eas donasset [g]. Sed nec heres tenebitur [h], cùm nec possideat, nec dolo malo fecerit. Sed si ei, antequam eas legatario traderet renunciatum fuerit, ne antè eas tradat, tenebitur, quasi dolo fecerit [i]. Item ante quàm eas tradat, tenebitur. quòd si nihil dolo fecerit [k]: causa cognita, legatarius cogendus est edere.

Ad §.1. Nihil interest.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. si quis ex argentariis. 6.§.1.ſ. eo.*

e *Cui argentarius rationes suas legauit.* Ratio dubitandi. Legatarius hic rationum argentarij, licèt non sit iuris successor, tamen habet earum edendarum, & exhibendarum facultatem. Ergo non minus cogi debet eas edere, quàm si esset iuris successor. sicuti dicimus, heredem ex parte, quamuis non nisi pro ea parte iuris successor sit, si tamen rationes solus habeat, in solidum vt edat conueniri posse. *d.l.ex argentariis. 6.§.1.ſ.* Item eum quoque, qui verè nō possident, si tamen restituendæ rei habeat facultatem, posse per vindicationem conueniri. *l.officium autem. 9.de rei vindic.* Ratio decidendi. Actio hęc non competit, nisi ex hoc edicto cuius tamen verba non loquuntur, nisi de argentariæ mensæ exercitoribus: Quo nomine heredes quoque comprehendi quidem possunt, tanquam iuris successores, etiamsi non sint argentarij, sed legatarius non potest, quamuis rationes habeat. Nec enim actio hæc datur in rem, hoc est, ad vindicandam chartam, in qua rationes descriptæ sunt, nec in rei possessorem: sed est merè personalis in argentarium ipsum, aut eos, qui in ius, & locum ipsius successerunt. Itaque tametsi argentarius, aut eius heres neget se habere rationes, non eo minùs iubetur edere: licèt non sit puniendus actione in factum, si nihil fecerit dolo malo, aut culpa dolo proxima vt hîc, *& l.prox.* ſ. Econtrario, etiamsi rationes aliquis extraneus habeat, siue quòd eas ex casu fortuito, siue ex iusta causa nactus sit, non potest vrgeri ad editionem.

f *Quia*

f *Quia iuris successor.* Ratio dubitandi. In re legata legatarius quodammodo quasi heres est. *l.id tempus. 14. §.1.de vſucapio.* Ergo perinde ac heres cogi debet ad editionem.

Ratio decidendi. In accessione temporis, quo testator possedit, verum illud est, vt ea lex ait, sed in cæteris non item: præsertim quod ad suscipiendas personales actiones passiuas: quæ cùm non fuerint in bonis defuncti, neque legari potuerunt, neque cum re legata in legatarium transire, sed ex lege duodecim tabularum necessariò sequuntur heredem. *l.1.C.si certum petatur. lege prima. & tot.tit.C.de inoffic. act. l.1 & 2.Cod.si vnus ex plurib.hered.deb.l.cogi potuerit. 16.§. inde quæritur. lege non est cogendus. 53. ad SC. Trebell.*

g *Si viuus eas donasset.* Donatarius enim, etiam vniuersorum bonorum, non est successor iuris: quia titulus donationis est modus acquirendi singularis, non per vniuersitatem. *titu. de donationib. in princip. iunct.§.vltim.instit. per quas person. cuique acquir.* & ideo æris alieni onus non sequitur donatarium. *l. æris alieni. 15.C.de donationib.* Quod autem lex ait *viuus*, intellige *inter viuos.* Nam & qui legat, & qui mortis causa donat, viuus donat. sed non inter viuos, at potius in vltima voluntate *l.legatum. 37. de legat. 2 l illud generaliter. 37.de mort. cauſ. donationib. in princ. l.vltim. C.eod.*

h *Sed nec heres tenebitur.* Intellige, vt non tenearur pœna huius edicti, id est, actione in factum in omne id, quod interfuit agentis: ob rationem, quæ hîc sequitur iunct. *lege prox. in princip. supra.* Si tamen ex edicto conueniatur, vt ait, non male hoc nomine in ius ad prætorem vocabitur, cùm sit iuris successor: sed sine effectu erit vocatio, quia neminem cogit prætor ad editionem rationum præcisè, nec si eas habeat, at tantùm per metum actionis in factum, vt ait *hæc lex in princip.* cui porrò actioni, cùm requirat dolum, aut culpam dolo proximam, nullus hîc locus esse potest, cùm nec eas possideat heres, nec dolo malo quicquam fecerit.

i *Quaſi dolo fecerit.* Ratio dubitandi. Non facit dolo heres, qui præstat legatum, etiam post factam ei denunciationem, cùm ita satisfaciat voluntati testatoris, cui neque non parêre, neque moram facere debuit. *lege vltima. Cod. de fideicommiſſ. lege ancillam. 15. ad finem. C. de fideicommiſſ. libert.* Nam cùm potuerit cogi à prætore, vt legatum præstaret, absurdum & iniquum est, non potuisse illum vltrò, & impunè facere, quod vt faceret cogi potuit. *lege quod autem. 5.§. apud Labeonem. quæ in fraudem creditorum.* Ratio decidendi. Nulla in eo fit iniuria legatario, si per aliquot dies differatur præstatio legati, quousque sint editæ rationes, & eo nomine satisfactum imperio prætoris, cui non parêre non tantùm culpa, sed etiam dolus est. *l non videntur. 167.§.1. l.is damnum. 169.l.qui non facit. 121. de regulis iuris.*

k *Quòd si nihil dolo fecerit.* Tota hæc additio videtur mihi esse Triboniani. Pugnat enim cum eo, quod proximè dixit Paulus, non cogi legatarium edere, quamuis habeat rationes. Item cum ratione iuris. Quid enim refert ad legatarium editioni obligandum, an heres aliquid dolo malo fecerit, necne? Imò quantò minus dolo malo fecit heres in tradendis legatario rationibus, tantò minùs legatarium teneri æquum est. Quid enim potest ille hoc casu fecisse dolo malo? At cùm heres aliquid dolo malo fecit, facilè fieri potest, vt legatarius dolum participauerit, adeóque difficile est, vt non participauerit. Quis ergo sensus aut effectus esse potest eorum verborum, *causa cognita*? Aut quænam causa legatarij obligandi inde est, quod heres ipse ad editionem vrgeri non possit? Nisi malis totam istam causæ cognitionem ad eum casum restringere, quo nihil penitus interit legatarij editionem ab eo fieri rationum. Quod enim mihi prodest & tibi non nouet facile concedi solere. *l.in credire. 38.in fin. de euictio.* Coniecturam nostram iuuat, quod ante verba supradicta scripta est, *item antequam eas tradat tenebitur.* quæ clausula & mutilis est, & ob eā causam non malè lineis interclusa reperitur. Quis enim dubitet heredem, qui iuris successor est, teneri ad editionem rationum quæ legata sunt, antè scilicet quàm eas tradiderit? Nisi quis dubitandi ratione ex eo velit sumere, quod legatum transit recta via à testatore in legatarium, quasi nunquam factum heredis. *lege legatum. 80.de legat. 2. lege à Titio. 64. de furtis.* Sed editio nihil commune habet cum dominio rationum? Nec enim editio petitur ab herede, quasi domino chartæ, in qua scriptæ sunt rationes, sed tanquam à successore illius, qui ex officio suo edere debuit, & tanquam ab eo, qui rationum possessor eas possit edere, non minùs quàm si legatæ non essent, salua tamen manente causa legatario cui nullum fit ex editione præiudicium.

2 ¶ Nummularios [a] quoque non esse iniquum cogi rationes edere [b], Pomponius scribit. quia & hi nummulari, sicut argentarij, rationes conficiunt, quia & accipiunt pecuniam, & erogant per partes quarum probatio scriptura codicibúsque eorum maximè continetur: & frequentissimè ad fidem eorum decurritur.

Ad §.2. Nummularios.

a *Nummularios.* Sunt ij, qui & accipiunt pecuniam, & erogant per partes, vt hic Paulus scribit: In eóque differunt ab argentariis, qui & eam pecuniam erogant, aut erogari iubent, quam non acceperunt, sed pro accepta habent: aut si quam acceperunt, eam simul & semel erogant, non per partes. Argentariis respondent illi hodie, quos *banquiers* appellamus. Nummulariis verò ij propiùs accedunt, qui *cambiatores* barbarè, lingua Gallica *changeurs* dicuntur. Vtrisque commune illud est, quòd rationes conficiunt actus sui, & officium publicum gerunt, de iis larè benéque Cuiacius ad *leg.si vnus. 27. infr. de pact.*

b *Cogi rationes edere.* Ratio dubitandi. Editio ista non potest fieri, aut iuberi, nisi ex hoc edicto: Edictum autem non loquitur de nummulariis, sed tantùm de argentariis. *l.4.in prin.ff.eo.* Cùmque sit pœnale. *l.vbi exigitur.8.in princ.ff.* non facilè debet extendi: quia pœnaria omnia sunt restringenda potiùs, quàm amplianda. Ratio decidendi. Extensio hæc fit ex identitate, vt loquuntur, rationis, & equitatis: quoniam non potest reddi ratio diuersitatis inter argentarios & nummularios, cur illi potius, quàm hi edere cogendi sint. Probatio enim rerum, quæ per eos geruntur, scriptura, codicibusque eorum maximè continetur, & frequentissimè ad fidem eorum decurritur, vt hîc Paulus ait. Quo exemplo illud etiam à nostris inductum est, vt ad editionem ex hoc edicto faciendam, cogendi sint mercatores, quòd ipsi quoque rationes conficiant, ad quarum fidem sæpe decurrendum est. Quorum enim eadem est ratio eorum ius idem esse solet. *l. illud quæsitum. 32. ad leg. Aquil. l.3.§. vnde etiam. de iniust. rupt.* sed vereor, ne non sit satis bona comparatio: cùm mercatores non aliis, sed sibi tantùm rationes conficiant, nec eorum officium & ministerium publicam habeat causam, vt argentariorum, & numulariorum, sed priuatam. *l. argentarius 10. §.1.ff. vbi dicam.*

3 ¶ Ceterùm omnibus postulantibus, & iurantibus non calumniæ causa petere, rationes, quæ ad se pertineant [c], edi iubet.

Ad §.3. Ceterùm omnibus.

Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *§.2. l.6.ff.*

c *Quæ ad se pertineant.* Duo igitur probanda sunt ab eo, qui petit editionem. Primùm illud se non calumniæ causa petere, alterum, eas rationes ad se pertinere. Prius probatur per iusiurandum, quod idcirco *calumniæ* appellatur: Posterius verò aliter quàm per iusiurandum probari debet.

4 ¶ Ad nos enim [d] pertinet, non tantùm cùm ipsi contraximus, vel successimus ei, qui contraxit: sed etiam si is, qui in nostra potestate est, contraxit.

Ad §.4. Ad nos enim.

Ratio decidendi. Ad aliquem pertinere dicitur, quic quid ad ipsius commodum, & vtilitatem pertinet, nec tam factum, quàm vtilitas personæ his verbis demonstratur. Atqui par eos, quos in potestate habemus, siue filiisfamilias sint, siue serui, perinde ac per nosmetipsos nobis acquiritur, *tot. tit. per quas person. cuique acquir.* ita vt ne quidem momento temporis acquisitio in persona filiifamilias, vel serui consistat. *l placet. 79. de acq. hered. l.j. si à parent. quis manumiss. fuer.*

d *Ad nos enim.* mallem legere, *autem*, quàm *enim*, Ratio dubitandi. Pronomẽ illud, *se*, personam ipsam actoris significat. Nemo autem dixerit eandem re vera esse personam patris, aut domini, & eorum, quos ipse habeat in potestate. Præsertim cùm filiusfamilias ipse ex omnibus causis & obliget & obligetur tanquam paterfamilias quilibet. *l. tam ex contractibus. 57. de iudic. l. filiusfamilias. 39. de oblig. & action.*

10. GAIVS lib. 4. ad Edictum prouinciale.

ARgentarius rationes edere iubetur, nec interest, cum ipso [e] argentario controuersia sit, an cum alio.

Ad l. Argentarius 10.

e *Nec interest, an cum ipso.* Ratio dubitandi. Nimis graue est vrgeri quem ad exhibitionem, & editionem eorum instrumentorum, per quæ sibi negotiũ fiat. *l. nimis graue. 7. C. de testib.* & originem petitionis actoris fundari ex instrumentis eius, qui conuenitur. *l. vlt. in fin. C. hoc tit.* Ratio decidendi. Officium & ministerium argentarij non priuatam, sed publicam causam habet, vt sequitur in hac lege, nec tam sua, quàm aliorum causa conficere rationes intelligitur: Et ideo, quod mei causa confecit instrumentum, mihi ab ipso edi oportet, tanquam quod sit quodammodo meum. *l.4.§.1.ff. eod.*

1 ¶ Ideo autem argentarios tantùm, neque alios vllos abfimiles eis [f] edere rationes cogit, quia officium eorum, atque ministerium publicam habeat causam: & hæc principalis eorum opera est, vt actus sui rationes diligenter conficiant.

Ad §.1. Ideo.

Ratio dubitãdi. Argentarij proprio lucro & commodo studeant, sicut & alij quilibet: cúmque vt plurimum sint homines liberi & ingenui. *d.l.4.§.2. & 3.* ff. nemini operas suas debent, nec pro seruis publicis habendi sunt, de quibus in *l.2. rem pupill. salu. for. l.1.§. exigere de magistr. conuen. l. non aliter.* 18. ff. *de adopt. l.4. C. de arbitr.* Ratio decidendi. Sunt quidem liberi & ingenui, non serui publici: sed non eo minùs officium, & ministerium eorum publicam causam habet: cùm eam viuendi rationem eligerint, cuius principalis opera esset, vt actus sui rationes diligenter conficerent, in aliorum potius, quàm in suam vtilitatem, nisi quod ex ea quoque opera lucrum sibi, nec paruum captarent. Ob idque nimirum necessariò fuit danda in eos hæc actio cùm mandati dari non posset quia mandatum gratuitum & liberum esse debet. *§. vlt. de mand.* argentarij autem operam præstabant, & necessariam, & mercenariam, non quasi mercede conducti. (alioqui potuissent ex locato ad editionem vrgeri. arg. *l.8. in pr. mandati. & d. §. vlt. Inst. eo.*) sed, lucri gratia, quod ex eius officij administratione sentiebant.

f *Neque alios vllos abfimiles eis.* Interpretis sunt ni fallor postrema hæc verba *abfimiles eis.* verum enim est edicto prætoris solos argentariæ mensæ exercitores cogi ad editionem. *l.4. in princip.ff.* Et quamuis nummularios quoque ad editionem cogendo esse scripserit Pomponius, in *l. prox. §. nummularios ff.* non tamen ita scripsit, quasi de iis quoq. cogendis prætor senserit, de quo agitur in hoc loco, sed quod videatur edictum posse hanc, non tam interpretationem quàm extensionem recipere, ex identitate, vt ibi dixi rationis, & æquitatis. Sed voluit interpres noster, non tantùm nummularios edicto includere, sed etiam mercatores, quorum tamen non solùm aliud planè diuersum officium, sed etiam diuersa penitus ratio est. Neque enim aut officium, aut ministerium vllum exercent, sed priuatam negotiationem: tantùm abest, vt ea negotiatio

publicam causam habere dici possit. Et fanè non deerant mercatores Romæ eo tempore, quo erant etiam argentarij, Quidni ergo de iis quoq; ad editionem cogendis aliquid prudẽtes dixissent, etiamsi nihil prætor edixisset? Arqui, inquies, Nec illud quoque scriptum est, non esse mercatores ad editionem compellendos. Imò (inquã) hoc ipsum apertissimè scriptum est à Caio in hoc loco, iis verbis *neque alios vllos*, etiamsi retineas sequentia, quæ nos tollimus *absimiles eis* at multò apertiùs, si nobiscum ea tollas.

2 ¶ Edi autem ratio ita intelligitur, si à capite edatur: (nam rationi inspiciatur, intelligi non potest) vt non totum cuique codicem rationum, totásque membranas inspiciendi describendique potestas fiat: sed vt ea sola pars rationum, quæ ad instruendum aliquem pertineat, inspiciatur & describatur.

Ad §.2. Edi autem.

Ratio dubitandi. Non debet peti, aut fieri editio superuacuarum rationum, & quæ ad petentem non pertineant. *l. si quis ex argentariis 6. §. exigitur supr. eod.* Atqui quoties ratio à capite editur, necesse est totum codicem rationum edi, atque ita multas rationes superuacuas, ad alium, quàm ad actorem pertinentes.

Ratio dec. Ratio, ni tota inspiciatur, intelligi non potest: Ergo à capite edenda est: Non tamen hoc sensu vt totum codicem rationum, totásque membranas inspiciendi, describendique potestas cuique fiat, sed vt ea sola pars rationum, quæ ad instruendum actorem pertineat, inspiciatur, & describatur. Quæ tamen pars, non nisi toto libro & codice rationum edito, sciri potest. *l. Lucius Titius 46. §. tutela. de admin. tutor.* Vel ob id maximè, quòd propositio diei & consulis, quæ necessariò edenda est, plerisq; rationibus communis esse solet. *l.1.§ editiones iunct. l. si quis ex argentariis 6.§. si initium. ff. hoc tit.*

3 ¶ Cùm autem in id actio competit, quanti agentis interfuit [g], editas sibi rationes esse: eueniet, vt siue quis condemnatus sit, siue quod petierit, non obtinuerit, eò quòd non habuerit rationes, ex quibus causam suam tueri possit: id ipsum, quod ita perdiderit, hac actione consequatur [h]. Sed an hoc procedat, videamus. nam si apud hunc iudicem, qui inter eum, & argentarium iudicat, potest probare, se illo iudicio, quo victus est, vincere potuisse: poterit & tunc probare [i]: & si non probabit, aut probantem iudex non curabit, de se ipso, aut de iudice queri debet [k]. sed non ita est. fieri enim potest, vt nunc rationes, vel ipso edente, vel alio modo nactus, aut aliis instrumentis, vel testibus, quibus illo tempore aliqua ex causa vti non potuit, possit probare, potuisse se vincere. sic enim & de cautione subrepta aut corrupta competit condictio, & damni iniuriæ actio: quia quod antè non potuimus, intercepta cautione, probare, ob id amisimus. hoc nunc aliis instrumentis, aut testibus, & quibus tum vti non potuimus, probare possumus.

Ad §.3. Cùm autem in id.

g *Quanti agentis interfuit.* Ratio dubitandi. Nemo cogitur inuitus aliud pro alio accipere. *l.2.§.1. de reb. credi.* Ergo actor cui debetur editio ex edicto prætoris non est cogendus vt pro editione accipiat quanti sua interest, Quid enim si ob non factam sibi editionem condemnatus sit aduersario suo, atque ita soluerit? An non ipsius interesset non soluere potiùs, quàm solutum repetere? *l.3. de compensat. l. si stipulatus 15. de fideiuss.*

Ratio decidendi. Non potest prætor, neque vllo cogere quem præcisè ad editionem: quia edere est facti, nemo autem præcisè vnquam cogitur ad factum; sed in locum facti succedit præstatio eius quod interest. *l. si quis ab alio. §. fin. de re iud. l. stipulationes non diuiduntur 72. l. quotiens quis 81. de verb. oblig.*

h *Hac actione consequatur.* Ratio dubitandi. Hoc interesse videtur esse extra rem, id est, non circa ipsam rem, de qua agitur, consistere. Proinde nullam eius rationem habendam esse, Non magis, quàm si quis frumentum emisset, & eo id quod non esset traditum familia eius fame periisset. Nec enim seruorum fame necatorum pretium ideò consequeretur. *l. si sterilis. 21. §. cùm per venditorem. de act. empt.* Ratio decidendi. Quod ob non editas rationes damnum immediatè actor passus est, intrinsecum interesse est: non extrinsecum: & ideo venit in hanc actionem: quia factum, id est, quod fieri debuit, si factum non sit, non aliter, quàm ex eo, quod ob non factũ secutum fuit, æstimari potest: quod in certa re æstimanda diuersum est, vt in *d.§.* cùm per venditorẽ. Quicquid enim extra rem illam est, intrinsecum est.

i *Poterit & tunc probare.* id est, in illo iudicio, in quo tamen poninus eum defectu probationis, quam per editionem facere potuit, victum fuisse.

k *De seipso, aut de iudice queri debet.* Quæ res non potest ei aduersus alium actionem dare, quia iniuria vni facta non debet alium contingere. *l. si per imprudentiam. 51. de euict. l. exceptione. 67. de fideiuss.* Cætera quæ in hoc §. sequuntur sunt aperta, & ad factum magis, quàm ad ius pertinent, vt omnia quæ tractantur de probationibus. Iunge. *l. si quis testamentum. 42. in pr. vers. ibidem. ad l. Aquiliam. & l. qui tabulas. 27. de furt.*

II. MODESTINVS lib. 3. Regularum.

EXempla instrumentorum etiam sine subscriptione edentis edi posse receptum est.

Ad l. Exempla 11.

Ratio dubitandi. Editio instrumentorum non fit, nisi ad probationem. Atqui exempla non probant, nisi cum authentica & originali scriptura conferantur. *cap. 1. extr. de fid. instrum.* Ergo non possunt edi saltem sine subscriptione. Subscriptio enim præcipuè illa est, quæ instrumento vim, & robur tribuit. *l. 1. §. sed etsi serui. quod iussu. l. fideiussor. 26. §. 1. de pig. l. sicut re. 8. non videtur. quib. mod. pig. solu. 3. §. item subscribere. l. si cui crimen. 7. de accusat. l. si non subscripsisti. 15. C. de adm. tutor.*

Ratio decidendi. Edere est etiam descriptum dare. *l. 4. §. vlt.* S. id est, exemplum, sed collatum cum originali scriptura, si de eius fide dubitetur, aut scriptum manu edentis. Hoc enim sufficit, vt non possit videri necessaria subscriptio, cuius nec alia vis esse potest, quàm vt omnia quæ continentur in subscripta charta, hoc ipso perinde habeantur, acsi ab eo qui subscripsit scripta essent. Quanquam ne id quidem perpetuum est. *l. Gaius Seius. 39. de pign. act.* cùm facilius sit vt quis subscribat per errorem, quàm vt totum instrumentum scribat. *l. Titius. 8. de rescind. vendit.* Et sanè fuit olim magna probatio, quæ de argentarij mensa proferebatur. *l. qui tabul. 27. §. 1. de furt.* poterátque sufficere ad exonerandum argentarium, quòd exemplum rationum edidisset, cùm hoc ipso se iàto magis obstrinxisset ad αὐθέντικον edendum, si quando opus esset. Sic hodie instrumentorum à notariis receptorum exempla fidem faciunt, siue ab iisdem notariis descripta sint, siue subscriptione, siue ab iis subscripta tantùm, etiam parte non vocata, quia non potest dubitari de fide scripturæ ab eo factæ vel approbatæ, cuius fides electa fuit à contrahentibus.

12. CALLISTRATVS lib. 1. Edicti Monitorij.

FOEminæ remotæ videntur ab officio argentarij, cùm ea opera virilis sit.

Ad l. Fœminæ 12.

Ratio dubitandi. Etiam seruus argentariam exercere potest. Quidni ergo etiam fœmina. *l. 4. §. sed si seruus* S. *hoc tit.* Nec enim serui magis, quàm fœminæ admitti possunt ad officia publica. *l. 2. l. quod attinet. 32. de regul. iur.* Ratio decidendi. Officium argentarij non quidem est officium publicum, quamuis publicam habeat causam, alioqui seruus admitti non posset. sed est officium, quod vtilem operam requirit, cùm argentarios necesse sit habere mensam in foro positam, vbi stare, ac negotiari publicè mulierem in ciuile esset, & à sexus verecundia non minus alienum, quàm si officium illud publicum esset. *l. 1. §. sexum de postul.* Fœminæ autem in eo deterioris conditionis sunt, quàm serui, quod non tantùm à ciuilibus publicisque officiis arcentur, vt serui: sed etiam à non publicis si sint virilia, à quibus tamen serui non arcentur.

13. VLPIANVS lib. 4. ad Edictum.

HÆc actio neque post annum, neque in hæredem nisi ex suo facto [a], dabitur: heredi autem dabitur.

Ad l. Hæc actio 13.

Ratio dubitandi. Hæc actio est rei persecutoria, cùm detur ad id quod interest agentis. *l. vbi exigitur. 8. §. 1. l. argentarius. §. cùm autem* S. *h. tit.* Ergo & perpetua est, & in heredem datur. *l. in honorariis. 35. de obligat. & action.* Ratio decidendi. Est quidem rei persecutoria ex parte agentis, & ideo etiam ipsius heredi datur, cui tamen pœnalis actio dari non solet. *d. l. in honorariis. 35.* Sed est pœnalis ex parte eius qui conuenitur, quoniam si non edat, punitur hactenus, vt cogatur præstare quanti interest agentis. *d. l. vbi exigitur. 8. in princ.* Alia ratio est earum, quæ ex vtraque parte sunt persecutoriæ rei, vel pœnales.

a *Nisi ex suo facto.* Ratio dubitandi. Etiam heredes & successores argentarij coguntur edere, licèt non sint eiusdem professionis. *l. si quis ex argentariis. 6. §. 1. l. sunt quædam. 9. §. nihil interest.* S. *eod.* Non ergo quæri oportet, an hæredis factum aliquod in eo interuenerit, necne. Ratio decidendi. Alia quæstio est de actione, quæ competit aduersus heredem proprio nomine, alia verò actione nata contra defunctum, & aduersus heredem exercenda iure hereditario: Sicut & aliud est quærere de editione faciẽda, aliud verò de actione danda, ob non factam editionem. Heres iubetur & cogitur edere, etiamsi nunquam actum sit eo nomine aduersus defunctum: sed ita demũ, si rationes penes se habeat, aut dolo malo eas desierit habere. Nõ etiam, si eas nec habeat, nec vnquam habuerit, aut si habuerit quidem, sed legatario eas tradiderit. *d. l. sunt quædam. 9. §. nihil interest.* Quo tamen casu, si cum defuncto actum fuisset, & non facta per eum editione actio in factum iam contra eum competere cœpisset, dubitari posset, an ea actio contra heredem exerceri posset. Placet autem non posse, quia vt diximus, pœnalis est ex parte illius, qui conuenitur. Nisi factum ipsius aliquod interuenerit, viuo scilicet argentario, putà si cum eo colludens argentarius rationes ei tradiderit, & ante condemnationem decesserit, eo ipso herede relicto. Nam si post mortem argentarij heres aliquid fecerit, propter quod æquum sit teneri eum ad aditionem, tenebitur nomine proprio, non hereditario, nec transmissionis iure. Denique cùm heres ex propria persona conuenitur, licèt tanquam heres argentarij, non aliter potest teneri actione ista in factum ad id quod interest agentis, quàm si non edat, liberúmque ei est editionem faciendo pœnam euitare. At eo casu, quo conuenitur heres ex ea in factum actione, quæ contra defunctum competit, nihil ei prodesset, etiamsi vellet edere, quoniam actio semel nata non posset tolli actori, Quippe quàm alius color non posset tollere, quàm quod desineret interesse actoris, cui editio offerretur. Atqui actio illa non intercidit, licèt desierit interesse: quia refertur ad id tempus, quo decretum est à prætore, vt editio fieret, & ad id quod eo tempore interfuit. *l. vbi exigitur 8. §. 1. S. eod.* Multum ergo interest an noua, an hereditaria sit actio, quæ contra heredem instituitur, & an editio nunc primùm contra ipsum petatur, an verò iam petita fuerit contra defunctum.

DE PACTIS.

TITVL. XIIII.

PAVLVS libro 4. ad Edictum.

VIVS edicti æquitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanæ, quàm ea quæ inter eos placuerunt fieri.

Ad Tit. XIIII. De pactis.

Ad l. Huius edicti 1.

Ratio dubitandi. Ex pacto nudo non datur actio, neque ciuili iure neque prætorio. *l. iurisgentium 7. §. sed cùm nulla hoc vir l. permissisti mihi 15. de præscript. verb. l. vlt. C. de rer. permut.* Ergo pacta etiam iure prætorio non sunt seruanda: quia si seruanda essent, actio ex iis daretur, cùm actiones non sint comparatæ nisi aduersus perfidos homines, qui violant ius gentium & naturale, vt scribit Theoph. *initio tit. de action. iunct. l. cùm ampliùs 184. §. is natura debet. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Nihil tam congruum est fidei humanæ, quàm ea, quæ inter homines placuerunt seruari. *l.* 1. *de constit. pecun.* sed data duntaxat exceptione conseruat ea prætor, non etiam data actione, si sint pacta nuda: non quòd æquè non sit perfidus, & violator iuris gentium is, qui non præstat quod nudo pacto promisit, sed quia replerentur omnia litibus, si prætor ex quolibet pacto nudo actionem daret: quæ res publicæ vtilitati maximè aduersaretur, cuius nihil tam interest, quàm ne Respublica litibus vexetur, eóque modo ciuilis concordia, quâ totius Reipublicæ salus continetur, priuatorum discordiis lædatur. Pugnat itaque hoc casu æquitas naturalis, quæ nihil nisi naturalem rationem intuetur, cum æquitate ciuili, quę omnia refert ad populi salutem, & vtilitatem. In hoc autem vtriusque æquitatis conflictu, prætor sequitur id temperamentum, vt ex pactis non nudis det actionem, sicut ex contractibus: Ex pactis verò nudis exceptionem duntaxat, non actionem. Excepto pacto de constituta pecunia, & de hypotheca: ex quibus dat etiam actionem. *l. 1. de const. pecun. §. item Seruiana Inst. de action.* quia cùm hæc pacta sint accessoria ad procedentem aliam obligationem, sunt fauorabiliora cæteris, nec nouæ litis materiam per se præbere possunt.

1 ¶ Pactum autem à pactione dicitur, inde etiam pacis nomen [a] appellatum est.

Ad §. 1. Pactum.

Ratio dubitandi. Pactum & pactio idem quid esse videntur, passimque videas pacta & pactiones promiscuè dici: ita vt potiùs dici debeant synonyma, quàm alterum ab altero deriuatum.

Ratio decidendi. Pac[illegible]m nomen concretum est, pactio verò abstractum: concreta verò ab abstractis deriuationem & denominationem accipere solent. Sic ius à iustitia appellatum esse scribit Vlpian. in *l. 1. vbi dixi de iustit. & iur. non iustitiam à iure.* Sunt tamen qui dictum velint pactum à pacione, aliâ pago, alij à paco verbis antiquis, & obsoletis.

a *Inde etiam pacis nomen.* Nam & nomen hoc concretum est deriuatum licèt sit monosyllabum,

2 ¶ Et est pactio duorum pluriúmve [b] in idem placitum consensus [c].

Ad §. 2. Et est pactio.

Ratio dubitandi. Hæc definitio conuenit pacto: Ergo non pactioni, cùm proximè dictum sit pactionem & pactum differre, tanquam abstractum & concretum: Non possit autem eadem esse definitio rerum separatarum.

Ratio decidendi. Se habent *pactio* & *pactum* tanquam genus, & species retinens nomen, & naturam sui generis. Pactio genus est, nihilque aliud significat, quàm conuentionem, vt ostendunt ea, quæ sequuntur. Sed quia conuẽtionum pleræque in aliud nomen transeunt, vt subiicit Vlpianus, cæteras quæ non transeunt appellamus nomine generis, *conuentiones*, *pactiones*, & paulò specialiùs *pacta*. Non enim contractum vllum benè ac propriè quis pactum esse dixerit, licèt verè ac propriè contractus omnes sint conuentiones, & pactiones. Denique pactum

est conuentio, seu pactio, nullum nisi generis sui nomen habens, sed concretum, vt species à genere distinguatur.

b *Duorum pluriumve.* In quo differt à pollicitatione, quæ nihil nisi solius offerentis promissio est. *l.3. de polliciț.*

c *Consensus.* Quia si vnus ex contrahentibus, vel paciscentibus dissentiat expressim, aut de vna re sentiat, alius verò de alia nihil agitur. *l.in omnibus. 55.& l.in omnibus. 57.de oblig. & act.* Idémque est si alteruter errauerit, quia error consensum excludit. *l. si per errorem. 15. de iurisdict. l. sed hoc ita. 20. de aqua pluu.arc.*

3 ¶ Conuentionis verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotij contrahendi, transigendique [d] causa consentiunt, qui inter se agunt. nam sicuti conuenire dicuntur, qui ex diuersis locis in vnum locum colliguntur, & veniunt: ita & qui ex diuersis animi motibus [e] in vnum consentiunt, id est, in vnam sententiam decurrunt. ¶ Adeo autem conuentionis nomen generale est, vt eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum [f], nullam obligationem, quæ non habeat in se conuentionem: siue re [g], siue verbis fiat [h]. nam & stipulatio, quæ verbis fit, nisi habeat consensum nulla est.

Ad §.3. Conuentionis verbum.

Transit Vlpianus à definitione *pactionis*, ad explicandum nomen *conuentionis*: vt doceat se conuentionis & pactionis nomina, quamuis verborum sono diuersa, in eodem tamen significato vsurpare.

d *Transigendique.* id est, finiendi, & decidendi. Transigere enim negotium Latinis nihil aliud est, quàm finire rem, & decidere. Hinc apparet transactionem pactum quidem esse, sed contractum non esse, cùm ista Vlpianus separet iis verbis, *contrahendi transigendique.* Dicam ad *tit. de transact.*

e *Ex diuersis animi motibus.* Textus in hanc rem elegans est de venditione in *l. si voluntate tua. 8. C. de rescind. vendit.*

f *Nullum esse contractum.* Ratio dubitandi. Aliud est dicere *conuentionem*, aliud verò dicere *contractum*, vel *obligationem.* Ergo ad vnius positionem non ponitur alterum, quia ex diuersis non infertur. vulg. *l. Papinianus. 20. de minor.* Ratio decidendi. Conuentio & contractus se habent, vt genus & species. Conuentio genus est, Contractus verò species. In quo rerum genere valet argumentum à specie ad genus, non è conuerso: quia genus inest speciei, non species generi. At conuentio & obligatio se habent inuicem tanquam causa, & effectus. Conuentio causa est, obligatio verò effectus. Posita causa non statim ponitur effectus, sed posito effectu statim ponitur causa, sine qua effectus esse non potest. Conuentio parit obligationem, obligatio actionem, si modò sit obligatio ciuilis. *l. licèt in popularibus. 42. §. ea obligatio. de procur.* Actio verò exactionem.

g *Siue re.* Ratio dubitandi. Cùm ex re actio venit, etiam furiosus & pupillus obligantur, adeóque ciuiliter: ita vt conueniri possint. *l. furiosus. 46. de oblig. & act.* Sicut & sibi alium obligant, & acquirunt actionem, cùm pecuniam mutuam dederunt, si ea in rem accipientis versa fit. *l. si à furioso. 24. eod. l. si à furioso. 12. de reb. cred.* Atqui neque pupillus, neque furiosus possunt consentirè, quandoquidem nec sentire videntur. *l. si tibi electio. 8. §. vnius. de option. legat. l. 1. C. de fals. monet.*

Ratio decidendi. Aliud est contractum re perfici, aut quod idem est, obligationem re contrahi: Aliud verò actionem ex re proficisci. Contractus qui re perficitur nunquam potest iniri sine consensu, & prius in eo interuenire oportet consensum, quàm rem ipsam. At cùm actio ex re proficiscitur nullo consensu est opus: quia neque tractatus, neque contractus in eo vllus interuenit, sed acquiritur actio ignoranti, & consequenter etiam furioso, vt in exemplis. *d. l. si à furioso. 24. & l furiosus. 45. de obligat.* Nam si furiosus mutuam pecuniam mihi dederit, non contrahit mutuum, licèt contrahatur re, & res interueniat. Nèpe quia deficit cõsensus, neque tum adhuc actio ex re venit, quia pecunia mihi tradita remanet furiosi, nec fit credita. Sed si postea eam pecuniam consumpsero, incipio teneri cõdictione: Non quasi per consumptionem pecunia facta sit mea, [nec enim consumptio modus est acquirendi dominij, sed potiùs amittendi.] at quia per consumptionem à me factam amisit furiosus dominium rei suæ, cùm non possit quis dominus esse rei amplius non existentis, In cuius dominij locum substitui condictionem æquum est: quia non amisisset furiosus dominium suæ pecuniæ à me consumptæ, si non eam mihi numerasset. Non igitur numeratio, quæ consensum requireret, acquirit ei actionem: sed consumptio, quæ à me facta est, fieríque potuit ipso etiam ignorante.

h *Siue verbis fiat.* Ratio dubitandi. Si nullus est contractus sine consensu: Ergo contractus omnes consensu perfici dicentur, quod tamen falsum est: cùm alij perficiantur consensu, alij re, alij verbis, alij literis. Ratio decidendi. Aliud est dicere, Nullum posse contractum esse sine consensu, quod verum est: Contractum quemlibet perfici consensu, quod falsum est. Cõsensu enim perficiũtur ij soli, qui vt perficiantur nihil nisi consensum requirunt, vt venditio, locatio, societas, mandatum: Re autem vel verbis ij, qui consensum quidem exigunt, sed ita tamẽ, vt præterea interuentum rei, vel verba requirant. Rei interuentum, vt mutuum, depositum, cõmodatum, pignus, dos, & si qui alij sunt similes. Verba verò, vt stipulatio, quæ idcirco verborum obligatio appellatur. *l.1. & tot. tit. de verb. obligat.*

4 ¶ Sed conuentionum pleræque [i] in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem.

Ad §.4. Sed

Ad §.4. Sed conuentionum.

i *Conuentionum pleræque.* Scilicet eæ quæ pariunt actiones *l. iurisgentium 7. §.1. hoc tit.* Nam quæ non pariunt actionem remanent in nomine generis, & *conuentiones*, vel *pactiones*, vel quasi vno nomine *pacta conuenta*, appellantur. *l. pacta conuenta 72. de contr. empt.* Excipiendi sunt contractus innominati, qui neque transeunt in speciale aliquod nomen, neque tamen remanent in nomine generis, quia pariunt actionem, vt dicam ad *d. l. iurisgentium 7. §.1. j.*

2. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

LAbeo ait, conuenire posse, vel re [k], vel per epistolam, vel per nuntium, inter absentes quoque [l] posse, sed etiam tacitè consensu [m] conuenire intelligitur.

Ad l. Labeo ait 2.

k *Vel re.* Id est, ab iis qui re ipsa conuenerint in vnum eundémque locum: Quandoquidem & qui tractatu habito præsentes paciscuntur, metaphoricè dicuntur conuenire, sumpta metaphora ab iis, qui ex diuersis locis in vnum colliguntur, & veniunt vt scriptum est in *l. præced. §. pen.* Conueniunt itaque & re ipsa, id est, naturaliter, cùm ex diuersis locis in vnum coeunt, & metaphoricè, cùm ex diuersis animi motibus in vnum consentiunt. Cæteri, qui absentes paciscuntur per epistolam, aut per nuntium, non re ipsa & naturaliter conueniunt, sed metaphoricè tantũ: quia venerunt tandem in vnam eandémque sententiam, licèt nõ in vnum eundémq; locum.

l *Inter absentes quoque.* Legenda sunt ista vnico contextu cum præcedentibus. Non enim fit pactum inter absentes. nisi per epistolam, vel per nuntium.

Ratio dubitandi. Inter paciscentes & contrahentes quoslibet consensum interuenire oportet eodem tempore. Consentire enim, cùm sit præsentis temporis, non significat, idem aliquando voluisse, sed idem nunc velle. Potest autem fieri, vt qui heri voluit cùm ad te scripsit, hodie nolit, cùm tu epistolam eius accipis & consentis.

Ratio decidendi. Etiam inter absentes voluntas & consensus præsens esse potest, quoniam qui semel voluit, & voluntatem suam vel per epistolam, vel per nuncium declarauit idem semper velle intelligitur, nisi reuocet voluntatem, & reuocationem insinuauerit ei, ad quem vel literas, vel nuncium misit, antequàm ille voluntatem suam declarauerit. Alioqui sera & inutilis est mutatio voluntatis. *l. si mandassem 15. mandat. l. si cum Cornelius 82. de solut. l. eum qui voluntatem 22. de probat.*

m *Tacitè consensu.* Mallem legere *tacito.* Ratio dubitandi. Propositum in mente retentum nihil operatur. *l. si maiores 25. C. de transact. l. si repetendi. 7. C. de condict. ob caus. dat.* Nec voluntas cuiusquam sciri potest, nisi quæ ab eo fuerit declarata. *l. non omnes 5. §. à barbaris de re milit.* Ergo tacito consensu fieri conuentio nulla potest.

Ratio decidendi. Voluntas non tantùm verbis, sed etiam factis declarari potest. *l. non tantùm 5. j. rat. rem haber.* Nihil ergo refert an expressim verbis, an tacitè actu aliquo declaretur. Sicut nec refert quibus verbis. *l. qui autem constituit. 14. §. vlt. de const. pecun.* Verborum enim solemnitatem nullam agnoscit ius gentium, ex quo tamen sunt huiusmodi conuentiones omnes, quæ possunt fieri inter absentes, per nuncium, aut per epistolam. Ex eo namque vel maximè dignoscitur esse quem contractum, aut conuentionem iuris gentium, quòd consensu fiat non verbis. *l. 1. locat.* nec inter præsentes tantùm, sed etiam inter absentes. *l. 1. §. vlt. de contr. empt.*

1 ¶ Et ideo, si debitori meo reddiderim [n] cautionem, videtur inter nos conuenisse, ne peterem: profuturámque ei conuentionis exceptionem placuit.

Ad §.1. Et ideo.

Ratio dubitandi. Substantia debiti non pendet ex scriptura, & instrumento cautionis. Nec enim fiunt scripturæ, nisi ad rei gestæ probationem. *l. 4. de pignor. l. 4. de fid. instrum.* Ergo ex redditione cautionis, & chirographi etiam ab ipso creditore facta, debiti remissio tacita induci non potest, cùm per testes, & aliter quàm per instrumentum possit debitum probari. *l. qui tabulas 27. §.1. de furt. l. argentarius 10. §. fin. de edendo.*

Ratio decidendi. Qui chirographum reddit non tantùm de tabulis cogitat, sed etiam de iure debiti, cuius probatio tabulis continetur, vt de illo, qui chirographum legat, scriptum est in *l. qui chirographum 59. de leg. 1. de leg. 3.* ideóque & debiti ius illud, & pignoris, si quod fuit remittere intelligitur, nec solùm si ille ipse chirographum reddiderit, sed etsi per alium reddi iusserit. *l. creditricem 7. Co. de remiss. pignor l. 3. §.1. de liber. legat.* Nam cùm non cogatur creditor cautionem & chirographum reddere, nisi soluto sibi debito. *l. qui tabulas 27. de furt. l. vlt. Co. ad exhib. videtur.* habere debitum pro soluto, cùm chirographum reddit, aut saltem promittere se non petiturum: cùm petendi viam sibi præcludit, reddens instrumentum, ex quo fundari posset petio.

n *Reddiderim.* Idem est si ab alio reddi iusserim. *d. l. creditricem 7. C. de remiss. pignor.* Facto igitur meo aliquo est opus. Nec sufficit, vt chirographum repetiatur penes debitorem, nisi probet sibi fuisse redditum à creditore, aut iussu creditoris. Nec si reperiatur cancellatum, quia cancellatio inducit quidem præsumptionem solutionis, sed non inducit pactum de non petendo, neque probationem solutionis, si creditor manifestis probationibus sibi adhuc aliquid deberi probet. *l. si chirographum 24. de probat.* Nisi probaretur à creditore ipso cancellatum, quo casu cancellatio pro redditione est & pro plus quàm redditione. Est igitur hoc exemplum primum, & elegans pacti taciti.

3. MODESTINVS lib. 3. Regularum.

POstquam pignus vero debitori reddatur, si pecunia soluta non fuerit, debitum peti posse dubium non est: nisi specialiter contrarium actum esse probetur [o].

Ad l. Postquam pignus 3.

Ratio dubitandi. Redditione cautionis à creditore ipso, aut ipsi [p] iussu facta, pactũ tacitũ interuenisse creditur de debito nõ petendo. *§.1. l. prox. §.* Atqui

pignus etiam cautio est, cùm ideo detur vt cautum sit creditori. *l.si mandatu.59.§.vlt.mandat. l.4.§.addici.de fidei.libere.* Ergo etiam ex pignoris redditione tacitum pactum de non petendo inducetur. Nam nec solet pignus reddi, nisi soluto demum debito, aut cùm alia ratione satisfactum est creditori. *l. si rem alien.9.§.omnis de pign.act.* Ratio deciden. Non sicut cautionis & chirographi appellatione ius ipsum debiti significatur. *l.qui chirographum.59.de leg.3. ita & appellatione pignoris.* Pignus enim accessorium quiddam est, pendens ab obligatione principali nõ ex quo possit è contrario pendêre obligatio principalis, siue quod ad substantiam, siue quod ad probationem. Potest siquidem esse obligatio principalis sine pignore, at non etiam pignus sine obligatione principali, nisi in casibus nonnullis de quibus in *l.2.C.de luit.pignor.l.debitor.59.ad Treb.pen.§.1.de except. rei iud.* Itaque redditio pignoris, si ab ipso creditore, aut ipsius iussu ab alio facta sit, inducit quidem pactum tacitum de non petendo pignore, sed non similiter de non petendo debito. Aliud verò est lui pignus, Aliud verò debiti liberationem induci. *l.1.in fin. de lib.leg.* Ad hunc autem locum nil pertinet, quod de pignore dando precario per creditorem debitori scribit Vlp.in *l.6.§.vlt.de preca.* Aliud enim est pignus reddere debitori: Aliud verò pignus ei precario concedere: quia pignus quod precario cõceditur, tantò magis remanet pignoris iure obligatum. Cùm verò redditur, vinculum dissoluitur, quod nuda voluntate dissolui posse constat. *l.5. & pass.quib.mod pig.vel hypot.solvit.*

o *Nisi specialiter contrarium actum esse probetur.* Intellige etiam si dictum non sit: Nam si expressim dictum esset, pactum dici tacitum non posset. In omnibus autem conuentionibus non tam quid dictum, quàm quid actum sit inspici debet. *L.semper in stipulationibus.34.de reg.iur.* Videtur tamen mihi exceptio ista sapere Tribonianum, cui familiarissimum est requirere speciales istas expressiones, tum quoque, cùm non sunt necessariæ: vt alibi sæpius monuimus & ante nos Iacob. Cuiacius. Neque dubito, quin si exceptionem hanc addere Paulus voluisset, contentus fuisset ita scribere, *Nisi contrarium actum esse probetur.* Nam aliquid specialiter agi, quid aliud est quàm expressim dici? Atqui tractat Paulus de pacto tacito: Non ergo ad Pauli propositum accommodata exceptio est, nisi saltem dictio illa *specialiter* tollatur.

4 PAVLVS libro 3. ad Edictum.

ITem quia conuentiones etiam tacitè valent, placet in vrbanis habitationibus locandis inuecta illata pignori esse locatori, etiam si nihil nominatim conuenerit[p].

Ad l.Item quia.4.

Ratio dubitandi. Neque pignus, neque hypotheca contrahi potest sine conuentione, nec ob id solùm quòd debitor quis sit, bona etiam illius obligantur, si non conueniat de pignore. *l.Aristo.3.ff.quæ res pign.& Nouel.136.de argent.contract.§.insuper.* Ergo bona mobilia in prædium vrbanum illata non possunt dici hoc ipso tacitè obligata, præsertim cùm alio animo inferri potuerint, & ex alia causa magis necessaria: scilicet ad proprios vsus. Quomodo enim posset quis in aliena domo nullis mobilibus instructa commodè habitare? Sed & imputare sibi locator debet, cur non expressim conuenerit de pignore, sicut & solemus ei imputare, cur nõ apertiùs legem dixerit ex reg. *l. veteribus.ff. h. tit.l. Labeo.21. de contr.empt.* Ratio decidendi. Licèt pignoris vel hypothecæ obligatio conuentionem expressam regulariter exigat, in quibusdam tamen casibus id non procedit, in quibus placuit pignus vel hypothecam tacitè contrahi. *l.1. & tot. tit. In quib.caus. pign.vel hypot.tacit.contr.* Inter cæteros verò casus hic vnus est, si quæ mobilia in prædium vrbanum ab inquilino inferantur. *l.4. ill.tit.* Aliud est de illatis in prædium rusticum, vt *eadem lex ait.* Rationem attuli in Error. 1. *Decad. 1.de errorib. pragma.* & dicam ad eum locum.

p *Etiamsi nihil nominatim conuenerit.* Adde etiam si locatore ignorante mobilia fuerint illata in prædium vrbanum. Ratio dubitandi. Absentis & ignorantis consensus nullus esse potest, ne quidem tacitus. Ergo non potest tacita pignoris obligatio constitui in rebus illatis in prædium vrbanum, ignorante locatore. Ratio decidendi. Consensus tam locatoris quàm conductoris intelligitur addesse, & interuenire eo tempore, quo fit conuentio, non quo fit illatio: quia id sanè agi inter vtrumque creditur, vt si quid vnquam in prædium vrbanum inferatur, id obligatum sit pro pensione: sicut & locato prædio rustico fructus, qui ex eo prædio percipientur, vt scilicet cautum sit locatori.

1 ¶ Secundùm hæc & mutus[q] paciſci potest.

Ad §.1. Secundùm hæc.

q *Et mutus.* Ratio dubitandi. Mutus voluntatem suam declarare & exprimere non potest, cùm in eam rem verborum vsus necessariò fuerit comparandus. Et si enim prior & potentior est quàm vox mens dicentis: tamen nemo sine voce dixisse existimatur. *l.Labeo ait.7.in fin.de suppell. legat.* Ergo nec paciſci potest. Ratio decidendi. Declarari voluntas & consensus potest, non tãtùm verbis, sed etiam factis, vt ã dixi ad *l.2.ex l.non tantum.5.rat.rem haber.* Idem iuris est in surdo. *l.in quibuscũque.48.de oblig. & act.* Nam inter surdum & mutum ea tantùm differentia hac parte est, quòd mutus voluntatem alterius audire perinde ac alius quilibet potest, suam verò non nisi literis, aut signis, aut factis declarare: Surdus verò suam quidem exprimere loquendo, vt alius quilibet commodè potest, alienam verò non audire, sed tantum literis, aut signis, aut factis percipere potest. *l.vbi non voce.124.de regul.iur.*

2 ¶ Huius rei argumentum etiam stipulatio dotis causa facta est. nam ante nuptias malè petitur, quasi si hoc expressum fuisset: & nuptiis non secutis, ipso iure euanescit stipulatio[r], idem Iuliano placet.

Ad §.2. Huius rei.

Ratio dubitandi. Stipulatione nihil contineri intelligitur, nisi quod in ea expressum est. *l.quidquid. 99.de ver.obligat.* Atqui in huiusmodi stipulatione non est expressum, vt ante nuptias dos non petatur: ergo neque id tacitè conuentum videri debet. Ratio decidendi. Id tacitè conuentum intelligitur, & omnis stipulatio, quæ propter causam dotis fiat, habet in se conditionem hanc tacitam si nuptiæ fuerint secutæ, vt non priùs agi ex ea possit, quamuis non sit expressa conditio, si nuptiæ. *l. stipulationem. 21.de iur.dot.* Ita scilicet ferente nomine, & causa dotis: quia dos non potest esse sine nuptiis, tametsi nuptiæ possint esse sine dote. *l.3.ill.tit.* In omnibus enim contractibus quantumlibet stricti iuris sint, id sequendum semper est quod actum fuit. *l.in stipulationibus 34. de reg.iur.* & illud ipsum pro cauto habendum. *l.3.de reb.credit.*

r *Ipso iure euanescit stipulatio.* propter defectam conditionem. Tanta vis est conditionis etiam tacitæ, siue sit conditio formalis, siue conditio vt vocant sine qua non.

3 ¶ Ex facto etiam consultus, cùm conuenisset[s], *vt donec*[t] *vsuræ soluerentur, sors non peteretur*: & stipulatio purè concepta fuisset: conditionem[u] inesse stipulationi, atque si hoc expressum fuisset.

Ad §.3. Ex facto etiam consultus.

s *Cùm conuenisset.* Intellige, incontinenti, post interpositam purè stipulationem: quia ea demum pacta stipulationi creduntur inesse, quæ incontinenti fiunt. *l.lecta est.40.de reb.cred.* Alioqui stipulatio sanè pura esset, & ex ea confestim agi posset: nec nisi pacti exceptione submoueri stipulator posset, quod non perinde est cùm stipulatio conditionem aliquam habet, siue expressam, siue tacitam. Tunc enim actio ab initio impeditur. *l.cedere diem.213.de ver. signific.*

t *Donec.* Dictio hæc non tantùm tempus includit, sed etiam conditionem, *si vsuræ soluentur.* & hoc est quod facit stipulationem conditionalem, quia cùm à dispositione præcedenti receditur sub aliqua conditione, dispositio illa præcedens quæ pura fuerat, sub contraria conditione facta esse intelligitur. *l.aliquando.107.de cond.& demonst. l.quod purè. 6.quand.dies leg.ced. l.quod si alij.7. l.si legatum.10.de adim.legat.*

u *Conditionem.* Contrariam conditioni pacti. Illam scilicet, *si vsuræ non soluentur.* Ratio dubitandi. Conditiones odiosæ sunt, quia suspendunt actum & dispositionem, quæ alioqui pura esset. *l.si ita stipulatus. 126.§.Chrysogonus.in fi.de ver.obl.* vbi ob hanc causam dicitur esse rarò supplendas. Ratio decidendi. Rarò quidem supplendæ sunt, sed tamen aliquando ex eo quod apparet actum esse, id est, ex qualitate negotij, quod agitur supplendæ sunt. vt ea lex agit. In proposito tamen non suppletur conditio, sed ex pacto incontinenti post stipulationem adiecto inducitur: Non quasi conditione pacti tacitè repetita in stipulatione, quam scilicet ponimus præcessisse, sed quasi stipulatione ipsa per posterius pactum in continenti appositum reformata. vt in *d.l.est 40.de reb. cred.*

5. VLPIANVS lib. 4. ad Edictum.

COnuentionum autem tres sunt species[x], aut enim ex publica causa fiunt, aut ex priuata. priuata aut legitima, aut iuris gentium.

Ad l.Conuentionum autem 5.

x *Tres sunt species.* Debuerat potiùs duas species dicere. Omnium enim conuentionum summa diuisio illa est, vt vel ex publica causa fiant, vel ex priuata. Quæ autem ex priuata causa fiunt, subdiuiduntur. Nam omnis conuentio priuata, aut legitima est, aut iuris gentium. Ratio dubitandi. Sunt quædam conuentiones quæ & legitimæ sunt, & simul iuris gentium. Omnes ea scilicet quas & ius gentium induxit, & ius ciuile confirmauit, ita vt ex iis dederit actionem. Cuiusmodi sunt emptio venditio, locatio, depositum, & aliæ ferè omnes, de quibus in *l.ex hoc iure.5.de iustit.& iur.* Ergo non est bona hæc diuisio quæ omnes conuentionum species non comprehendit. Ratio decidendi. Conuentiones inductæ ex iure gentium, licèt à iure ciuili admissæ sint, ita vt ex iis actio detur, non tamen legitimæ dici possunt: quia non tam confirmantur, quàm adprobantur, aut potiùs non improbantur à iure ciuili. Legitima siquidem conuentio illa est, quæ lege aliqua, vel senatusconsulto adiuuatur, vt scriptum est in *l.seq.* Quo tamen nomine Vlpianus hic sola pacta significat, quæ si à lege aliqua non adiuuarentur, essent nuda, quia ex omnibus iis conuentionibus: quas ius gentium induxit, eas solas non agnoscit ius ciuile, quę nomen sui generis retinent: & sunt nudę conuentiones, quæ nec transeunt in aliud nomẽ, nec vllum συνάλλαγμα in se habent. Si quas ergo agnoscit, eas magis speciali nomine legitimas appellamus, quia solæ sunt quas in eo genere lex adiuuat.

1 Publica conuentio est, quæ fit per pacem, quotiens inter se duces belli quædam paciſcuntur[y],

Ad §.Publica conuentio 1.

y *Quædam paciscantur.* Ratio dubit. Pactum vnius alteri vel prodesse vel nocere non debet. *l.si vnus.27.§.*

pacta infr. eod. Ergo multo minùs pactum inter duces belli initum in pace constituenda, rempublicam afficere potest. Ratio decidendi Sicut bellum dat leges paci, [nec enim fit illa vnquam sine certis pactis & legibus.] ita & belli duces dant legem bello, & consequenter paci: Tanquam à republica ipsa, quæ belli duces eos constituit mandatum in hanc rem habentes. Ideoque ex eiusmodi conuentionibus tanquam publicis, & à populo ipso factis, ciues omnes obligari necesse est, ac si lege lata & rogata constituræ essent. Nam nec nisi populi nomine & constituuntur & iurantur. *l. in bello.* 12. *l. si captiuus.* 20. *l. si quid bello.* 28. *de captiu. & postliminij.*

6. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

LEgitima conuentio est, quæ lege aliqua confirmatur [z], & ideo interdum ex pacto [a] actio nascitur [b], vel tollitur [c], quoties lege, vel senatusconsulto [d] adiuuatur.

Ad l. Legitima conuentio 6.

z *Confirmatur.* Intellige specialiter, vt conuentiones omnes iuris gentium ab hoc diuisionis membro excludamus, quæ aut proprium nomen, aut συνάλλαγμα in se habent. Omnes enim illæ etsi à iure ciuili adiuuantur, vt pariant actionem, quæ est iuris ciuilis. *l. 2. §. deinde supr. de orig. iur.* tamen non legitimæ, sed iuris gentium appellantur: Hic verò legitimæ conuentionis nomine sola pacta nuda significantur, id est, quæ nuda essent, nisi speciali, & singulari beneficio alicuius legis, vel senatusconsulti confirmarentur. Idque est quod statim sequitur *& ideo interdum ex pacto actio nascitur, vel tollitur.* Ratio dubitandi. In actionibus versatur ius, in pactis verò non nisi factum. *l. si vnus.* 27. *§. pactus. hoc tit.* Ergo ex pacto actio neque nasci, neque tolli potest.

Ratio decidendi. In pactis legitimis non modò factum, sed etiam ius versatur. Idcirco enim legitima appellantur, quia potestatem suam à lege sumunt, cuius est actionem & inducere, & extinguere.

a *Ex pacto.* Ergo non omne pactum est nudum. Nam ex pacto nudo nunquam actio dari potest, vt dixi ad *l. 1. §.* Nec proinde verum est quod vult Iacob. Cuiac. pacta omnia esse nuda: & perpetuum illud esse pacti δόγμα vt sit nudum. Fateor nullum esse, quod elegan. er possis cum interpretibus dicere vestitum: quia nunquam hoc nomine prudentes vsi sunt. Sed dico multa pacta esse non nuda, i. quæ licèt contractus non sint neque nominati, neque innominati actionem nihilominus pariunt. Cuiusmodi sunt legitima, de quibus in hac lege. Item ea quæ fiunt incontinenti post aliquem contractum, de quibus dicemus ad *l. seq. §. quinimò.* Cùm enim nuda dicantur quia destituuntur vi & efficacia ad agendum, consequens est vt ea ex quibus agi potest non sint nuda. *C. h. tit. l. legem.* 10.

b *Actio nascitur.* Difficile est exemplum aliquod afferre huiusmodi pacti legitimi, ex quo temporibus Pauli actio nasceretur. Nam quod nonnulli aiunt de pacto hypothecæ, aut constitutæ pecuniæ, ridiculum est: cùm pacta ista sint ex iurisdictione prætoris. *l. 1. de const. pec. §. item seruiana. & §. de constitut. Inst. de action. qui tamen facere legem non potuit. §. quos autem. Inst. de bonor. poss.* Ergo non sunt legitima quamuis nec sint nuda, quia pariunt actionem. Quid ergo? sunt prætoria, sicut & actio quam pariunt, prætoria est, non legitima aut ciuilis. Nam quemadmodum ex ius pactis quæ sunt iuris gentium quædam à iure ciuili adiuuantur, & fiunt legitima, sic & quædam à prætore & sunt prætoria. Rursum pacta furti & iniuriarum, licet sint legitima, id est, *l. 12. tab. confirmata*, nullam tamen pariunt actionem, sed tollunt actionem furti & iniuriarum ipso iure. Fiunt enim hæc pacta, Ne furti, ne iniuriarum agatur. *l. si tibi decem.* 17. *§. 1. j. hoc tit.* Hodiè sanè non desunt exempla pacti legitimi actionem producentis. Nam si dos per pactum promissa sit, peti potest ex pacto, adeoque ex pollicitatione sola. *l. ad exactionem. 6. C. de dot. promiss.* vbi extat in hanc rem Theodosij constitutio. Item si solo pacto facta donatio sit. Nam & valet hodie perinde atque valebat olim, cùm interposita erat stipulario. Idque ex Iustiniani constitutione in *l. si quis argentum.* 35. *§ pen. C. de donat.* Quamquam enim non aliqua lege confirmantur hæc pacta, sed Principum constitutionibus, non eo minùs tamen legitima dici possunt, cùm eæ constitutiones legum vim habeant, & parem legibus autoritatem. *d. §. quos autem de bonor. possis.* Quomodo hîc Paulus scribit pactum legitimum dici posse, etiam quod SC. adiuuatur.

c *Vel tollitur.* Exemplum est in pacto furti, Item in pacto iniuriarum. *l. si tibi decem.* 17. *§. 1. j. hoc tit.*

d *Vel senatusconsulto.* Ratio dubitandi. Senatusconsultum non est lex, cùm aliud nomen habeat. *§. lex est. & §. senatusconsultum. Inst. de iur. natur. gent. & ciuili iunct. l. si idem codicilli.* 7. *C. de codicill.* Ergo pactum quod senatusconsulto aliquo adiuuatur, non ideo potest dici legitimum. Ratio decidendi. Senatus quidem facere legem non potuit, sed legi similem constitutionem facere potuit. *dict. §. quos autem. de bonor. poss. l. non ambigitur 9. l. ergo omne. 9. de legib.* Huiusmodi tamen pactorum senatusconsulto aliquo confirmatorum exemplum nullum extat in libris nostris.

7. VLPIANVS lib. 4. ad Edictum.

IVris gentium conuentiones quædam actiones pariunt, quædam exceptiones.

Ad l. Iuris gentium. in pr. 7.

Ratio dubitandi. Neque actiones, neque exceptiones sunt ex iure gentium, sed actiones quidem omnes partim ex iure ciuili, partim ex iure prætorio: Exceptiones verò omnes ex iure prætorio. *l. 2. §. deinde. de orig. iur. l. 2. & tot. tit. de except.* Ergo conuentiones, quæ sunt iuris gentium neque actionem parere possunt, neque exceptionem. Ratio decidendi. Non pariunt actionem aut exceptionem iure gentium, nec quatenus sunt iuris gentium, sed quatenus à iure vel ciuili, vel prætorio adiuuantur: nec ideo tamen legitimæ dicuntur, quia legitimarum conuentionum nomen ad pacta tantùm refertur, quæ iuris gentium similiter sunt, quàtum ad originem, sed quæ sunt ex eo genere conuentionum, quod ius ciuile non solet regulariter adprobare, vt dixi ad *l. conuentionum. 5. & l. seq. h. tit.*

1 ¶ Quæ pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: vt emptio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum, & cæteri similes contractus [a].

Ad §. 1. Quæ pariunt actiones.

Ratio dubitandi. Multæ sunt conuentiones iuris gentium, quæ actiones pariunt, nec tamen in proprium contractus nomen transeunt, cuiusmodi sunt omnes illæ, ex quibus descendunt contractus innominati, de quibus in §. *seq.* Ratio decidendi. Omnes conuentiones iuris gentium, quæ transeunt in proprium nomen contractus, pariunt actionem, sed non è contrario omnes, quæ pariunt actionem transeunt in proprium nomen contractus.

a *Et cæteri similes contractus.* scilicet nominati. Sed cur contractus isti nominati sunt, alij verò innominati? An quia, vt vulgò creditur, propter sui frequentiam inter homines speciale nomen reperere-runt? At quid frequentius est, quàm vt dem tibi vt des, vel dem vt facias, vel faciam vt des, vel faciam vt facias? Dicendum igitur est nomen certum habuisse omnes contractus, qui certam sui naturæ formam & legem habent, quæ vno nomine possit exprimi. Quod nominatis omnibus contractibus cõuenire certum est, non etiam innominatis.

2 ¶ Sed & si in alium contractum [b] res non transeat subsit tamen causa [c]: eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem: [d] vt putà, dedi tibi rem [e], *vt mihi aliam dares*: dedi, *vt aliquid facias*, hoc συνάλλαγμα, id est, *contractum* [f] esse, & hinc nasci ciuilem obligationem. Et ideo puto, rectè Iulianum à Mauriciano reprehensum in hoc: Dedi tibi Stichum, *vt Pamphilum manumittas*. manumisisti. euictus est Stichus. Iulianus scribit g, in factum actionem à prætore dandam ille ait ciuilem incerti actionem, id est, præscriptis verbis, sufficere: esse enim contractum [h], quod Aristo συνάλλαγμα dicit, vnde hæc nascitur actio.

Ad §. 2. Sed & si in alium.

b *In alium contractum.* id est, in aliud nomen contractus. Nam nec in contractibus nominatis fit transitus ab vno contractu in alium, sed transit res à generali nomine conuentionis in speciale nomen contractus.

c *Subsit tamen causa.* Noli intelligere de causa, quæ solet non solùm contractibus, sed etiam pactis nudis interponendis occasionem, aut necessitatem dare (nam neque pactum nudum sine tali causa vllum esse potest, saltem efficax, vel ad merendam à prætore exceptionem, quia prætor abhorret conuentiones omnes sine causa factas. *l. secunda. §. circa. de dol mali exceptione. iunct. leg. 4. de rebus creditis.*) sed de negotio, quod subest in ipsa conuentione, eique non tam occasione n, quàm materiam præstat. Ideóque sic loquitur Vlpianus.

d *Subsit tamen causa.* Nam id quod dat causam contractui præcedit non subest. In eóque errant, qui definiunt pactum nudu a conuentionem, quæ nullam habeat causam, vt dicemus ad §. 4. j.

e *Esse obligationem.* intellige, *ciuilem*, vt sequitur paulo post. Nam alioqui ex conuentione etiam nuda, & cui nulla subest causa, id est, quæ nullum negotium continet, obligationem naturalem oriri certum est. *lege Stichum.* 95. *§. naturalis. de solutionibus.* quippe quæ ex solo facto æstimatur. *lege nec seruus quidquam.* 41. *de pecul.* Aut obligationem dixit Vlpianus pro contractu, vt in *leg. omnem.* 20. *de iudiciis.*

f *Vt putà dedi tibi rem.* Exemplum est contractus innominati, siue dem vt des, siue vt facias. *l. naturalis. 5. §. 1. & sequentibus. de præscriptis verb.*

Ratio dubitandi. Singulis rebus singula data sunt nomina, vt rerum omnium proprietas & significatio distinctè intelligatur, *l. 4. de legat. 1. l. Labeo ait.* 7. *§. 1. de suppellectil. legat.* ne alioqui & nominum & rerum fœdam confusionem fieri necesse esset. *leg. si idem.* 7. *Cod. de codicillis. lege vltim. Cod. de legitim. tutel. lege quar. Codice de feriis.* Ergo si contractus isti sunt proprium, quoque nomen habere, quo à cæteris distinguantur.

Ratio decidendi. Plura sunt negotia quàm vocabula. *l. 1. 2. 3. & 4. de præscriptis verbis.* & ideo mirum non est, singulis contractibus & negotiis nomina propria aptari non potuisse. Omnes tamen contractus innominati ad quadruplicem differentiam rediguntur. Aut enim do vt des, aut do vt facias, aut facio vt des, aut facio vt facias. *dict. l. naturalis. 5. §. 1. & seqq. eo vbi dicam.*

g Συνάλλαγμα, *id est, contractum.* Vtrumque nomen & Græcum & Latinum ostendit, tum dici contractum innominatum, & amitti nomen pacti nudi, cùm ex vtraque parte negotium aliquod interuenit, non vt mutua nascatur obligatio, sed vt ei qui primus ex sua parte sine vlla præcedente obligatione aliquid dat vel facit, alius obligetur.

h *Iulianus scribit.* Imò scripsit Iulianus ex hoc contractu nasci actionem in factum ciuilem, vt Paulus refert in *dict. l. naturalis. 5. §. 2. in fin. de præscrip. verb.* Ergo non actionem in factum prætoriam

vt hîc Vlp.air. Nec enim actio in factum prætoria, quæ non est nisi subsidiaria etiam actionis de dolo: vt ex eo ipso Pauli loco apparet, dari potest, cùm competit ciuilis. Respondeo locum illum esse corruptum, & abundare dictionem *ciuilem*, additam scilicet ab interprete, sententiam Iuliani ad rationem iuris contra ipsius Iuliani mentem accommodante: nec animaduertente in eum, qui etiam dolo intercueniente, non alia actione quàm de dolo teneri potest, non posse competere ciuilem in factum actionem eo casu, quo ignorauerit, sed eam solùm quæ subsidiaria sit actionis de dolo: qualis est in factum prætoria. *l. non debet. 11. in fin. de dolo.* Idque est, quod hîc dicitur, eiusdem incerti actionem, id est, præscriptis verbis sufficere.

i *Esse enim contractum.* Hinc apparet nunquam ex contractu nasci actionem in factum prætorium, sicut nec actionem, de dolo: sed tunc demum vtramque actionem, siue de dolo, siue in factum à prætore dandam esse, cùm contractus nullus est, ex quo ciuilis actio nasci possit. Vtraque enim non nisi subsidiaria est, quam semper ordinaria excludit.

3 ¶ Si ob maleficium, *ne fiat*, promissum sit [i]: nulla est obligatio ex hac conuentione [k].

Ad §. 3. Si ob maleficium.

Ratio dubitandi. Causa videtur honesta, & secundùm leges ac bonos mores, cùm quid promittitur ob hoc ne maleficium fiat. Illa enim turpis esset, si quid promitteretur vt meleficium fieret: *l. veluti. 27. cum l. proced. de verb. oblig.* Ergo quæ in contrarium fit est honesta. Sicut & si conueniat inter nos, ne seruum meum furem facias. *l. non impossibile. 50. §. hoc tit.* Ratio decidendi. Non est turpis pactio, si conueniat ne maleficium fiat. Vt nec illa, si conueniat, ne seruum meum furem facias, sed turpis fit si ob hoc aliquid promittatur: Quia non pactionibus priuatis, sed publica legum autoritate, & vel amore virtutis, vel saltem metu pœnarum ciues, ne delinquant, contineri & coerceri, voluit legislator. Qui enim pecuniam accipit ne faciat maleficium, an non apertè præ se fert maleficiendi voluntatem, quam nummis æstimet?

k *Promissum sit.* siue per stipulationem, siue nulla stipulatione intercueniente. Tractat enim hîc Vlpianus de eo casu, quo citra stipulationem contractus fiat ob negotium, quod subest. Nam de promissione nuda hoc verbum intelligi non potest, cùm incipiat dicere de pactis nudis in *§. seq.*

l *Ex hac conuentione.* Tanquam quæ sit nuda, & cui non tam turpis, quàm nulla subest causa, nullum negotium, quod obligationem ciuilem inducere possit. sic & in *l. vlt. de condict. sin caus.*

4 ¶ Sed cùm nulla subest causa [m] propter conuentionem, hîc constat non posse constitui obligationem [n].
¶ igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem [o].

Ad §. 4. Sed cum nulla.

m *Sed cùm nulla subest causa.* id est, cùm nullum subest negotium, quod geratur in ipsa conuentione, nec quicquam in conuentione est præter conuentionem. (legendum enim esse *præter*, non vt vulgò *propter* omnes consentiunt.) Nam si intelligeres, quomodo quidam intelligunt, pactum nudum esse, quoties conuentio aliqua sit sine causa, faceres omnia pacta nuda inutilia etiam ad producendam exceptionem. Quomodo enim, aut qua æquitate daret prætor exceptionem ex pacto nudo, sine causa interposito, qui dat exceptionem doli contra stipulationem interpositam sine causa. *l. 2. §. circa de doli mali. except. l. si quis cùm aliter. 36. de verb. oblig.* Atqui ex pacto nudo prætor dat exceptionem, vt sequitur in hoc §. Pactum igitur nudum, si modò sit ex iis, quæ prætor edicto pollicetur se seruaturum, non illud est, quod vt sine causa, sed quod nullum in se continet mutuum negotium, & stat in puris finibus conuentionis. Exempli gratia, si cùm deberes mihi centum ex mutuo, pactus sim de non petendo. pactum nudum est, quod actionem neque mihi tollere, neque tibi dare potest, sed parere tantùm exceptionem. Et tamen non est sine causa. Ideo enim à me factum est, quia volui erga te liberalitatẽ exercere, aut quia pro eo aliquid à te accepi, in quo nõ minus, vel etiam quid amplius esset, *l. si conuenerit. 56. & l. contra iuris. 28. §. fin. infr. hoc tit.* Sed non ideirco possis dicere negotium aliquod hic subesse præter conuentionem quia nullum negotium mutuum inter nos geritur, cùm paciscor me nihil vnquam à te petiturum. Idem est si pactum sit inter nos initum hoc modo, *Dabo tibi Stichum, tu mihi Pamphilum.* Hic enim nullum adhuc negotium inter nos geritur, sed tunc geretur, cùm ego dabo tibi Stichum, vt vicissim accipiam Pamphilum. Ideo putant quidam pacta in eo differre à contractibus, quod contractus omnes habent negotium præsens, pacta verò futurum. Quæ traditio in iis quidem cõtractibus, qui sunt iuris gentium vera est, quia non vendit, nec locat, qui dicit *vendam tibi*, vel *locabo*: sed qui dicit *vendo.* vel *loco.* Sed apertè falsa est in stipulationibus, quæ & contractus verè sunt, & semper in futurum tempus conferuntur.

n *Constitui obligationem.* ciuilem, quæ & contractus nomen mereatur, & actionem possit producere. Quo etiam sensu accipiendum est, quod statim sequitur, *obligationem non parit.* Alioqui certum est ex pacto nudo nasci obligationem aliquam, scilicet naturalem. Ille enim est, quæ parit exceptionem, compensationem, deductionem, recentionem, & impedit condictionem. *l. naturales. 10. de oblig. & act. l. Stichum. 95. §. naturalis. de solut. l. frater à fratre. 38. & tot. tit. de cond. indeb.*

o *Sed parit exceptionem.* Generalis ergo conclusio est, Ex pacto nudo actione nunquam nasci, sed tantum exceptionem. Et nuda pacta dici non tam ob id, quòd nullam pariant actionem, quàm quòd nulla in iis subsit causa, id est, vt explicauimus, nullum negotium, quod geratur præter conuentionem.

5 ¶ Quinimò interdum format ipsam actionem [a], vt in bonæ fidei iudiciis [b], solemus enim dicere, *pacta conuenta inesse bonæ fidei iudiciis* [c]. Sed hoc sic accipiendum est: vt si quidem ex continenti [d] pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: ex interuallo non inerunt, nec valebunt, si agat [e], ne ex pacto actio nascatur.

¶ Vtputà, post diuortium conuenit, *ne tempore statuto dilationis dos reddatur. sed statim.* hoc non valebit [f], ne ex pacto actio nascatur [g].

¶ Idem Marcellus scribit, & si in tutelæ actione conuenit, *vt maiores, quàm statutæ sunt viræ præstentur*: locum non habebit, ne ex pacto nascatur actio. ea enim pacta insunt, quæ legem contractui dant [h], id est, quæ in ingressu contractus facta sunt.

¶ Idem responsum scio à Papiniano. & si post emptionem ex interuallo aliquid extra naturam [k] contractus conueniat: ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. quod & in omnibus bonæ fidei iudiciis [l] erit dicendum.

¶ Sed ex parte rei locum habebit pactum [m], quia solent & ea pacta, quæ postea imponuntur, parere exceptiones.

Ad §. 5. Quinimo interdum format.

a *Format ipsam actionem.* Formari actionem per pactum nihil aliud est, quàm actionem ex contractu competentem protrahi, & produci ad id, quoque, quod pacto nudo comprehensum est. Solent enim actiones omnes formam suam accipere, ab obligationibus: obligationes autem omnes à contractibus: Contractus autem ipsi etiam à pactis, post contractum & consequenter extra contractum initis, dummodo facta sint incontinenti post contractum: aut contra in exordio, & primordio contractus: quia quæ sic fiunt, videntur inesse ipsi contractui, quòd verisimile sit contrahentes de eo quoque contrahendo cogitasse, nec aliter contracturos fuisse. Vt proinde non possit hoc casu pactum dici nudum, in quo scilicet subest illud ipsum negotium, circa quod versatur contractus. Itaque format, reformat, interdum etiam transformat contractum.

b *Vt in bonæ fidei iudiciis.* Ad differentiam scilicet aliorum iudiciorum, quæ sunt stricti iuris, in quibus perpetuum est, vt nunquam actio formetur per pactum, quantumuis incontinenti appositum, & licèt tale pactum insit contractui. Exemplum esto, si crediderim tibi centum, & mox in continenti conuenerit, vt tu pro me Romam eas: Certum est pactum hoc inesse contractui, ex eóque dandam mihi actionem, contra te, .. pro me Romam ire nolis: quia non aliter fueram contracturus, nec tibi pecuniam crediturus. Alioqui deciperer, quod nunquam ferendum est. *lege vltim. Cod. de pact. int. empt. & vend. lege Titius Sempronio. 24. & pass. de præscript. verbor. lege vltim. Cod. de rer. permut.* Sed an ideo pactum hoc formabit actionem, ex mutuo competentem, id est certi condictionem? id est, An certi condictione agendum mihi erit contra te, vt Romam eas, perinde atque agendum esset, vt mihi pecuniam redderes? Minimè, quia eius actionis natura, quæ stricta est nequit porrigi & extendi ad id, quod pacto comprehensum est. Opus igitur est non alio contractu, sed alia actione, vt quod pacto promissum fuit, fiat. Idémque tractari potest in contractibus aliis nominatis, qui stricti iuris sunt, putà in donatione: si tamen donatio contractus est, *d. l. vlt. Cod. de rer. permut. l. cùm res. 22. Cod. de donation.* Non enim vlla actio ex donatione nascitur, quæ competat donatori siue per traditionem siue per stipulationem facta donatio sit, & tamen non eo minùs æquum est actionem aliquam dari donatori, vt quod ei rem suam tradenti promissum fuit, feruetur. *l. in traditionibus. 48. infr. hoc titul. l. 1. & tot. titul. Cod. de donat. quæ sub mod. lege cùm res. 22. Codice de donat.* Incertam nimirum, aut incerti actionem ciuilem præscriptis verbis. *dict. l. cùm res 22. l. legem. 9. C. de donat. l. hereditatem. 28. de donat. l. 1. Codic. de pact. eo nu. tam sup. don.* Pactum ergo in donatione appositum inest donationi, alioqui neque causam vllam haberet, neque proinde actionem vllam parere posset. Et tamen non format actionem, quia nec actio vlla est, quæ formari possit, nec si qua esset: formari tamen per pactum posset, siquidem stricta esset: cùm in bonæ fidei contractibus donationis species non deputetur. *l eum. 22. infr. eodem de donat.* Aliud igitur est Pactum inesse contractui: Aliud verò pacto formari actionem. Pacta incontinenti facta semper insunt contractui, siue bonæ fidei contractus sit, siue stricti iuris: vt possit dari actio ad id, quod pacto comprehensum est, sed non semper formant actionem, at in bonæ fidei dumtaxat iudiciis. Excipienda stipulatio est, quæ licèt sit contractus stricti iuris, quia tamen verbis contrahitur, sicut & pactum, nec nisi stipulandi & paciscendi animo pacta plerumque à stipulationibus discernuntur. *§. quod ferè hac leg. & lege 1. §. eum qui. de constit. pecun.* facilè potest admittere, vt pactum incontinenti post stipulationem adiectum non modò insit stipulationi, sed etiam actionem ex stipulatu formet: vt in *dict. lege lecta. 40. de reb. cred.* [quamuis C. dicat non inesse ibi pactum, nisi ex

parte rei, quod sanè falsum est: alioqui non prodesset nisi ad exceptionem, vt illi putabant, cōtra quos Paulus disputat, nec hoc prætermisisset Paulus, quod Vlp. non prætermisit hoc loco, nec Papin. in *l. pacta conuenta. 72. de contr. emp.* vbi pacta quædam dicunt inesse ex parte rei tantum, cùm talia sunt quę non possunt inesse ex parte actoris.] Est enim stricta quidem actio ex stipulatu, vt ad aliud non competat, quàm quod verbis expressum fuit. *l. quidquid. 99. de verb. oblig.* sed non vsque adeo, vt quod pacto incontinenti adiecto expressum fuit, non videatur etiam stipulatione comprehensum, cùm actio ex stipulatu nascatur ex verbis, quæ nec pactu desunt. Idque probatur eleganter etiam ex *l. 1. §. si quis simpliciter vers. cùm adiicit. de verb. oblig.* vbi dicitur si diuersitas responsionis illico placuerit stipulatori, quod nihil aliud est quàm pactum incontinenti appositum esse aliam stipulationem contractam videri. Non alia vtique ratione, quàm quia hoc pactum inest stipulationi etiam ex parte stipulatoris, & consequenter etiam ad agendum. Proinde hæc, quæ in cæteris contractibus nominatis diximus esse diuersa, inesse pactum contractui, & pacto formari actionem eadem planè sunt, eiusdémque effectus in stipulatione. Nec tantùm in stipulatione, sed etiam in contractibus omnibus innominatis: qui licèt sint stricti iuris eius tamen naturę sunt, vt pacta post contractum innominatum incontinenti apposita, non modò iis insint, ne maneant nuda, nullámque causam habentia, sed etiam actionem ex contractu ipso competentem forment, vt eadem illa actio, quæ ex contractu datur, etiam detur ad omne id quod pacto continetur. Nimirum, quia neque alia ex istis contractibus dari potest actio, quàm præscriptis verbis in factum ciuilis. *l. 1. de præscr. verb.* quæ eadem actio sola est, quam dare possis ex quolibet pacto incontinenti post contractum stricti iuris apposito. *l. Titius Sempronio. 24. & pass. e. tit. scripsit aliquid err. 2. dec.*

c *Pacta conuenta inesse bonæ fidei iudiciis.* Non dixit *bonæ fidei contractibus.* vt in *l. in bonæ 13. Cod. hoc titul.* Nam & stricti iuris contractibus insunt pacta incontinenti apposita, vt dixi, sed non insunt iudiciis strictis: quia non formant regulariter actionem strictam, & vt dicam apertiùs, quamuis insint contractui, vt possint actionem producere, non insunt tamen actioni ipsi ex contractu stricto, & nominato competenti. Actio autem sola est, quæ iudicium constituit. Itaque pactum aliquod inesse iudicio, & formare actionem idem est. Quamuis pactum inesse contractui, & pacto actionem ex contractu formari, sint diuersa. Debet autem hoc posteriore sensu intelligi quod scriptum est in *dict. lege in bona.* In bonæ fidei contractibus ita demum actionem ex pacto competere, scilicet, eam ipsam quæ ex contractu competit, si incontinenti fiat, ad differentiam nimirum contractuum stricti iuris, quibus si incontinenti adiiciantur pacta, pariunt quidem actionem: quia æquè insunt etiam ex parte actoris, at non actionem ex ipso contractu, sed aliam, vt dixi.

d *Si quidem ex continenti.* Nam quod ex continenti post aliquem actum fit, in ipso actu fieri videtur.

Ratio dubitandi. Vbi contractus aliquis siue bonę fidei, siue stricti iuris semel perfectus est, suámque formam integram habuit, quicquid postea accedit, licèt ex partium conuentione, id necesse est vt fiat extra contractum: potiúsque noui contractus iure censeri debeat, quàm noua pars contractus iam ex omnibus suis partibus constantis. *l. ab emptione infr. eod. l. pacta conuenta. 72. vers. fic. Paulus notat. de contr. empt.* Ergo etiamsi pactum incontinenti appositum sit, non potest tamen formare contractum iam perfectum.

Ratio decidend'. Quilibet contractus duplicem formam habere potest, vnam substantialem, sine qua esse non potest: Alteram accidentalem, quę potest adesse & abesse, sine contractus peremptione aut mutatione, id est, quæ accedit ei ex pacto aliquo facto super naturalibus, aut accidentalibus: contractus. Prioris generis forma, eùm substantiā contractus constituat, non potest pacto immutari, quia contractus vel in totum destruatur, vel transeat in alium contractum: alium, inquam, aut numero, vt putà si post perfectam venditionem rebus adhuc omnibus integris aliquid precio addatur, vel detrahatur. *d. l. pacta conuenta. 72. §. Paulus notat de contr. empt.* aut specie: vtputà si post depositam pecuniam conuenat, vt depositarius ea vti possit, & tantumdem reddat. Tunc enim ex depósito sit mutuum. *l. Lucius Titius. 24 infr. depos. vt ex dote emptio in l. cum dotem. 10. C. de iur. dot.* Quòd si talis conuentio sit, vt ea salua neque possit contractus subsistere, neque in alium contractum transire, necesse est pactionem nullius esse momenti. Vt si in mutuo conuenerit creditis tibi decem, vt vndecim debeas. *l. rogasti me. 11. §. si tibi. de reb. cred. aut in precario,* vt in Calendas vsque Iulias precario rem meam possideas. *l. cùm precario. 12. deprecar.* Implicat enim contradictionem, vt rem meam inuito me retinens, & tamen habeas eam precario: id est quādiu voluerim. Quod si ea dictio, *precario* in pactione adiecta non esset, valeret vtique pactio, & ex precario faceret commodatum. Sed posterior species formæ, quæ accidentalis est immutari pro arbitrio contrahentium potest, quia nihil vetat contractus substantiam manere, & tamen plus minúsve ex pacto præstari, quàm ex natura contractus præstari oporteret, si pactum nullum esset: Eiusmodi est in venditione pactum, vt venditor de euictione non teneatur ad id quod interest, sed tantùm ad precij restiturionem. *l. ex empto. 11. §. vltim de act. empt.* Aut ne cautio duplæ præstetur, quæ assiduè præstari soler. *d. l. pacta conuenta. 72. de contr. empt iunct. l. quod si nolit. 31. §. quia assidua. de ædilit. edict.* aut vt è contrario ea cautio cum fideiussore præstetur. *dict. l. pacta conuenta. 72.* vbi vocantur ista adminicula emptionis: quorum ea conditio est, vt quæ de iis pacta fiunt, aliquando adiiciant emptioni, aliquando detrahant, quod quomodo accipiendum sit dicemus ad eum locum. Iunge. *legem Labeo scribit eodem de contr. empt. lege si conuenit. 6. de rescind. vend. lege 4. de leg. commiss. lege 2. & 3. Cod. de pact. int. empt. & vend.*

e *Si agat.* Ratio statim sequitur. *ne ex pacto agatur:* quia cùm pactum appositum est ex interuallo, non potest dici pars contractus, nec proinde posset dici agere ex contractu is, qui ageret ex pacto. Consequenter ageret ex pacto nudo contra regulam iuris. At cùm pactum inest ex parte actoris, quia incontinenti appositum sit, non agitur ex pacto, sed ex contractu ad id quod pacto comprehensum est, adeóque

adeóque actione ipsa ex contractu, si actio bonæ fidei sit, vt supra explicauimus. Aliud est si quis conueniatur, & velit se iuuare pacto appósito ex interuallo. Potest enim hoc facere, quia sufficit, vt habeat exceptionem ad se tuendum, quæ exceptio semper competit ex pacto quantumlibet appósito ex interuallo, si quidem pacta omnia, dummodo non sint contra leges, neque contra bonos mores, neque contra bonam fidem prosunt semper ad excipiendum. *§. prox. supr.* Cùmque dici soleat, exceptiones omnes siue pacti, siue doli, siue alias quascunque, ipso iure inesse bonæ fidei iudiciis. *l sed si ideo 21. solut. mat. l. huiusmodi. 84. §. qui seruum. de leg. 1. l. 3. de rescind. vendit.* propter formulam illam, *ex bona fide*, qua in bonæ fidei iudiciis nunquam pretermittebatur. (æquum enim est & nemini prodesse dolum suum, & pacta seruari. *l. 1. §. l. 1. de doli except.*) consequens sit, vt etiam pacta non incontinenti, sed ex interuallo appósita inesse contractui intelligantur: cumque forment, non ex parte actoris, sed ex parte rei, vt scriptum est in *d. l. pacta conuenta 72. de contr. empt.* Idque significat hoc loco Vlp. his verbis, *si agat*, vt apparet ex fine huius §.

f *Hoc non valebit.* Quia pactum hoc prodesse non potest, nisi ad agendum, cùm appositum sit in fauorem mulieris acturæ de dote. Ad agendum autem prodesse non potest, quin permittamus agi ex pacto nudo, quod nunquam permittendum est. Ideóque statim sequitur.

g *Ne ex pacto actio nascatur.* Idémque iuris est in alio exemplo, quod subiicitur, si in tutelæ actione conuenerit ex postfacto, vt maiores quàm statutæ sunt vsuræ præstentur. Vbi intellige quod ait Vlp. *in tutelæ actione*, id est, circa tutelæ actionem, sed eo tempore quo iam nata sit actio, finita nimirum tutelæ.

h *Quę legem contractui dant.* Id enim est quod dici solet, contractus omnes & actiones ipsas, accipere legem, & formam ex conuentione. *l. 1. §. si conuenit 6. §. depos. l. in conuentionalibus 51. de verb. oblig. l. legem 10. C. h tit. l. legem quidem 16. Cod. de locat. l. 1. C. de pact. conuent. l. nec ex prætorio 27. de reg. iur.*

i *Quæ in ingressu contractus fiunt.* Adde *vel in ipso egressu*, aut potius antequàm contrahentes, egressi sint à negotio, & ad alia negotia diuerterint. Nam pactum quod fit incontinenti post contractum, non potest dici factum in ingressu contractus, sed potiùs in egressu, & tamen æquè dat formam & legem contractui, cui scilicet in est etiam ex parte actoris, & ad formandam actionem. *l. cùm dotem te. 10. C. de iur. dot. l. in bonæ 13. l. petens. 27. C. hoc tit. l. 5. & l. pen. C. de pact. int. empt. & vendit.*

k *Extra naturam.* Intellige, *extra substantiam.* Nam Papiniani sententia hîc relata quæ extat in *l. pacta conuenta. 72. de contr. empt.* non pertinet ad alia pacta, quàm quæ facta sint circa adminicula emptionis. Cúmque interpretes nostri soleant distinguere substantiam, naturam, & accidentia contractus, videtur Papinianus substantiam & naturam pro eodem vsurpasse: omnia verò, quę extra contractus substantiam sunt, adminiculorum nomine comprehendisse, quod sanè rectius est.

l *Quòd & in omnibus bonæ fidei iudiciis.* Multò igitur magis in strictis, quibus scilicet pacta incontinenti quoque appósita nunquam insunt, ita vt forment actionem, & ex parte actoris, quomodo supra explicauimus.

m *Sed ex parte rei locum habebit pactum.* Etiam adhibitum ex interuallo, quia nimirum vt habeat locum, plerúmque effectum ex parte rei, sufficit vt pariat exceptionem, quam certè semper parit.

6 ¶ Adeo autem bonæ fidei iudiciis exceptiones[n] postea factæ, quæ ex eodem sunt contractu[o], insunt: vt constet, in emptione, cæterísque bonæ fidei iudiciis[p], re nondum secuta, posse abiri ab emptione[q]. Si igitur in totum potest, cur non & pars eius & pactione mutari potest[r]? Et hæc ita Pomponius libro sexto ad edictum scribit. ¶ Quod cùm est etiam ex parte agentis pactio locum habet, vt & ad actionem proficiat, nondum re secuta, eadem ratione: nam si potest tota res tolli, cur non & reformari? vt quodammodo quasi renouatus contractus videatur, quod non subtiliter dici potest. ¶ Vnde illud æquè non reprobo[s], quod Pomponius libris lectionum probat: posse in parte recedi pacto ab emptione, quasi repetita partis emptione? ¶ Sed cùm duo heredes emptori extiterunt: venditor cum altero pactus est, vt ab emptione recederetur: ait Iulianus valere pactionem, & dissolui pro parte emptionem: quoniam & ex alio contractu paciscendo alter ex heredibus adquirere sibi potuit exceptionem. Vtrumque itaque rectè placet, & quod Iulianus, & quod Pomponius[t].

Ad §. 6 Sed hoc autem.

n *Exceptiones*, malo legere, *& pactiones.* Etsi enim verum quoque est exceptiones bonæ fidei iudiciis inesse, id tamen non conuenit præcedentibus, in quibus agitur de pactionibus, non de exceptionibus. Nec rursum ei, quod sequitur *postea factæ.* Siquidem exceptiones non fiunt, sed dantur à prætore. Pactiones autem fiunt vel incontinenti, vel postea, id est ex interuallo, de quibus proximè locutus fuerat Vlpianus. Quod autem Cuiac. legit *depectiones*, minùs probo.

o *Quæ ex eodem sunt contracta.* Id est, quæ ad eiusdem contractus naturam & substantiam pertinent. Sumpsit enim Vlpianus occasionem subiungendi huius *§. ex eo quod in §. præced.* scripserat ex Papiniano, si post emptionem aliquid ex interuallo conueniat extra naturam contractus, non posse ob hanc causam agi ex empto. Opponit enim pactionem factam de eo, quod sit extra naturam contractus, pactioni factæ de eo, quod sit ex eodem cōtractu: & ex Papiniani propositione negatiuè concepta infert, à contrario sensu, propositionem contrariam affirmatiuam, si quid circa naturam & substantiam contractus quamuis ex interuallo conue-

niat, ex empto agi eo nomine posse, putà si conuenerit de augendo, vel minuendo precio rebus omnibus adhuc integris. Habet itaque Vlpianus eam Papiniani sententiam, & propositionem affirmatiuam pro expedita, de qua tamen videtur Pap. dubitasse in *l. pacta conuenta 72. de contr. empt.* vnde & Paulus eo loco captauit occasionem notandi ad Papinianum more suo, quasi crederet, vt solet ille quantum potest Papinianum malo animo insectari, in contrariam potiùs sententiam eum declinasse.

p *Cæterisque bonæ fidei iudiciis.* Verba sunt imperiti interpretis, abutentis eo quod scriptum est in §. præcedente, idem iuris esse in cæteris bonæ fidei iudiciis, quod in emptione: Nec animaduertentis hoc loco tractari de sola emptione, vt ostendunt sequentia illa.

q *Posse abiri ab emptione.* Nec eandem posse hac parte rationem esse cæterorum iudiciorum bonæ fidei, quoties contractus re perficitur, vt in depósito, commodato, pignore & similibus. Nam nec in emptione aliter hoc obtineat, quam si omnia sint integra: Tunc autem integra esse censetur, cùm res stetit in puris finibus emptionis, nec traditio vlla secuta est, vel rei venditæ ex parte venditoris, vel precij ex parte emptoris. *d. l. pacta conuenta. 72. de contr. empt. & l. ab emptione. 58. §. hoc tit. iunct. l. 1. C. quand. lic. ab empt. disced. & l. 2. §. de rescin. vendit.*

r *Cur non & pars eius pactione mutari possit?* Bona est consecutio, si in totum abiri ab emptione potest: cur non est pars eius pactione mutari potest? Nam cùm licet quod plus est, vtique licet etiam quod est minus. *l. non debet. 21. de reg. iur.* Plus autem est abiri posse à toto contractu, quam mutari partem contractus: Sed, an perinde bona erit consecutio, si quis dicat, In totum abiri ab emptione potest: ergo & pro parte, quia plus est abiri in totum, quàm pro parte. Minimè. Nec enim contractus emptionis, aut alius quilibet potest diuidi vt pro parte tantum retineatur, & ab eodem pro alia parte discedatur, quia indiuiduus est. *l. fundus ille. 64. de contr. empt.* Idque est, quod subiungit Vlpianus, si talis pactio fiat, vt mutetur pars emptionis, aucto scilicet rebus omnibus integris, vel diminuto precio, valere quidem pactionem, licèt factam ex interuallo, adeóque proficere ad actionem nondum re secuta, sed non quasi reformato contractu emptionis pro parte, at potiùs quasi renouato contractu, id est, quasi noua emptione facta, vt loquitur Paulus in *d. l. pacta conuenta 72. de contr. empt.* In quo valde errant, qui putant hanc Vlpiani sententiam differre ab illa Pauli, quasi velit Paulus ibi nouum contractum fieri, Vlpianus verò hîc priorem manere, sed immutatum & reformatum. Quid enim obsecro interest, an dicas cum Paulo nouam emptionem intercessisse videri, an cum Vlpiano *quodammodo quasi renouatum contractum videri.* An non hæc prorsus eadem sunt, & sensu & verbis? Fefellit istos, quod putant non posse nouam fieri emptionem, quin tota res tollatur, & ab emptione in totum abeatur: cùm tamen Vlpianus eum casum tractet, quo reformetur tantùm contractus prior, nec in totum tollatur, aut ab emptione abeatur. Nec obseruant, Aliud esse *totam rem tolli*, aliud verò *totam priorem emptionem tolli.* Et rursus aliud esse, *in totum abiri ab emptione*, aliud verò *in totum abiri à priore emptione.* Nam cùm renouatur per pactum contractus, nouáque emptio fit, non disceditur in totum ab emptione, sed tantùm à priore emptione: vt noua fiat, nec tota res tollitur, id est, non negotium ipsum emptionis tollitur, cùm & vendendi emendíque propositum retineatur noua emptione facta, sed prior tantùm venditio tollitur, vt noua constituatur. Itaque tota prior emptio tollitur, sed non tota res. Nec ab emptione simpliciter disceditur, sed à priore, talíque emptione. Tunc verò res tota tollitur, & ab emptione in totum disceditur, cùm rebus omnibus adhuc integris conuenit, vt quod emptum fuerat, fit inemptum, nec noua vlla venditio fit. Si verò noua emptio fiat, res reformatur & renouatur, non tollitur. Reformatur autem & renouatur tota, non pro parte, licèt pars tantum precij muretur, quia substantia emptionis consistit ex precio: substantia verò cuiusque rei indiuidua est. *d. l. pacta. 72. iunct. l. 64. eod.* Alio sensu Paulus in *l. 27. §. pactus. §. hoc tit.* loquitur de contractu renouato. Ibi enim renouatum intelligit, non qui fit factus nouus, sed qui veteri suæ formæ fuerit redditus, quæ per prius pactum fuerat immutata, vt ibi explicabimus.

f *Vnde illud æquè non reprobo.* Legendum est *probo.* Noua enim hæc Pomponij sententia est, & planè diuersa ab ea, quæ in præcedentibus relata, ac probata fuit, sicut & alio loco scripta. Prior fuit à Pomponio scripta libro sexto ad edictum, Posterior autem in libris lectionum. Prior habet, Posse per pactum, etiam ex interuallo appositum, mutari partem emptionis, re nondum secuta, quia & in totum abiri ab emptione posset: vt nimirum hoc casu prior emptio reformata, id est, noua facta, nec pro parte, sed in totum esse videatur. Posterior verò habet, Posse in parte recedi per pactum ab emptione, quasi hoc ipso, quod à priore emptione receditur pro parte, alterius partis emptio tacitè repetita intelligatur. Priorem Pomponij sententiam probauit Vlpianus, & meritò. Posteriorem verò monet se non æquè probare, quàm nec quisquam alius probare iussit. Ratione illa quam attuli, quod emptionis substantia indiuidua est, quæ in precio consistit. *d. l. pacta conuenta. 72. & l. fundi partem. 79. de contrah. empt. l. tutor. 47. §. 1. de minor. l. quod si 13. in princ. & §. 1. de in diem addict.* Et sanè vulgata lectio si retineatur, licèt duplicem sensum habeat, primo tamen intuitu eam significationem præ se fert, quasi Vlpianus in præcedenti specie Pomponij sententiam reprobauerit, quam tamen è contrario probauit. Atque ita non modò Vlpianum, sed etiam Iulianum sensisse apparet manifestè ex eo, quod subiungit Vlpian. ex Iuliano, *Sed cùm duo heredes emptori extiterunt, si venditor cum altero pactus est, vt ab emptione recederetur, valere pactionem, & dissolui pro parte emptionem.* Nam cùm hæc clausula ponatur aduersatiue præcedenti, & in ea concludatur pro parte emptionem dissolui, & valere pactionem: consequens fit, vt in præcedente specie contrà Vlpianus senserit, nec valere pactum, per quod id agitur, vt emptio pro parte resoluatur, nec resolui eam pro parte. Alio qui si in ipsius quoque emptoris persona non posset valere pactum, per quod emptio pro parte resoluitur, quænam obsecro dubitandi ratio esse poterat in casu Iuliani? Id est, vt pluribus ab emptore heredibus relictis, posset per pactum cum vno ex iis

ex iis initum, dissolui emptio pro parte? Habet enim hic casus multo minorem difficultatem. Nam nec in casu Iuliani alia dubitationis causa probabilior afferri poterat, quàm ex eo, quod proximè dixerat Vlp. improbans posteriorem Pomponij sententiam, pro parte resolui emptionem non posse ab ipso emptore: Cùm ex persona heredum non debeat immutari conditio obligationis. *l. 2. §. ex his de verb. oblig.* At ratio decidendi est, quia emptore cum pluribus heredibus decedente, tot fiunt emptiones potestate legis, quot personæ sunt heredum. Nec proinde mirum est resolui emptionem pro parte vnius ex heredibus, quia tunc in totum non pro parte resolui videtur. Exemplo eius, quod dicimus legatum quidem pro parte agnosci, & pro parte repudiari non posse: Sed si legatarius duobus heredibus relictis decesserit, posse quemque eorum partem suam vel agnoscere coherede suam repudiante, vel repudiare coherede suam agnoscente. *l. legatarius 38. de leg. 1.* Cæterum, quemadmodum nec vnus ex heredibus legatarij posset partem suam pro parte agnoscere, & pro parte repudiare: quia iam diuisio illa fieret ab homine, non à lege: Ita nec vni ex heredibus emptoris magis, quàm emptori ipsi permittendum est, vt per pactum resoluere emptionem pro parte possit, & inducere diuisionem voluntatis in eo actu, qui sui natura indiuiduus sit contra *l. eum, qui 18. in fi. de his quæ vt indig. l. cùm quæritur 16. de admi. tuto. l. si ita stipulat. 39. §. 1. de op. liber l. 7. de bon. libert.* Neque verò ipse etiam Pompon. negare potuit, quod nos volumus, emptionem pro parte resolui non posse: sed mira subtilitate tentauit alterius partis emptionem intelligi tacitè repetitam, quasi quæ non tam ex priore consensu defendenda sit, quàm ex posteriore. Quod tamen sanè improbabile est. Pactum enim quod interponitur, vt prior emptio pro parte resoluatur, quæ non nisi in totum resolui potest, quomodo potest eam vim habere, vt aliam prioris partem repetat, & veluti nouæ conuentionis iure stabiliat? arg. *l. 14. de adim. leg. l. 3. §. si emancipatus de cont. tab. l. 59. §. vlt. de manum. testam.* Itaque pars illa emptionis neque repetita dici potest, vt vult Pomponius, neque renouata vt in priore specie: quia non id egerunt pacisentes, vt renouarent contractum, sed vt ab emptione pro parte prorsus recederent. Elegans autem illa quoque ratio est, quam ex Iuliano adiicit Vlpianus, quoniam, inquit, & ex alio contractu pacisendo alter ex heredibus potuit sibi acquirere exceptionem, quæ non esset coheredi profutura. Quidni ergo poterit etiam pacisendo circa eundem contractum discedere in totum ab emptione, id est pro hereditaria sua portione?

Ratio dubitandi. Obligatio, & actio ex ea descendens, causam habuit à defuncto, & ab eo transiit in omnes heredes: Ergo & exceptio contra eam actionem competens, communis esse debet omnibus heredibus.

Ratio decidendi. Tunc exceptio communis est heredibus, cùm nascitur ex facto defuncti: At non etiam si nascatur ex facto vnius ex heredibus, quia coheres non magis coheredi, quàm alij vlli pacisendo exceptionem acquirere potest. *l. si vnus ex argentariis 27. §. pacta. infr. h. tit.*

t *Vtrumque ita rectè placet, & quod Iulianus, & quod Pomponius.* Tota hæc illatio imperiti illius interpretis est, qui totum hunc. §. malè accipiens legit in præcedentibus *reprobo*, vbi nos contendimus reponendum esse *probo.* Nam proculdubio posteriorem Pomponij sententiam Vlpianus reprobat, vt à nobis latè explicatum est. Similes pleræque illationes sunt in libris nostris ab imperitis interpretibus additæ, quæ iuris locos alioqui faciles, inexplicabiles reddiderunt, quorum nonnulli iam à nobis obseruati sunt, inter quos *l. si pignore 22. §. si prædo. versic. proderit igitur infr. de pigno. act. l. debitor sub pignore 59. versicul. remanet ergo infr. ad SC. Trebell.* In summa, & ratio & sententia Iuliani pugnat apertè cum posteriore sententia Pomponij: Non potest igitur vtraque vera esse, adeóque nec posterior illa Pomponij sententia, quin prior falsa sit, quam tamen Vlp. nec immeritò vocat: non insubtilem.

7 ¶ Ait prætor: *Pacta conuenta*[u], *quæ neque dolo malo*[x], *neque aduersus leges, plebiscita, Senatusconsulta*[y], *edicta principum: neque quo fraus cui eorum fiat*[z], *facta erunt seruabo.*[a]

Ad §. 7. Ait Prætor.

Ratio dubitandi, & decidendi, eadem quæ ad *l. 1. in princip. §. hoc tit.* Iunge. *l. pacta 6. C. eod.*

u *Pacta conuenta.* Est hoc epithetum pacti perpetuum, vt sit conuentum, siue sit nudum, siue non nudum. *l. 1. §. conuentionis §. & hac leg. §. sed cùm nulla. l. pacta conuenta 72. de contr. empt.* at non similiter fit nudum, quicquid dixerit Iacob. Cuiacius. Et verò pertinet hoc edictum ad pacta omnia conuenta, & nuda, & non nuda: quoniam omnia seruat & tuetur prætor, aliquando data exceptione, aliquando data etiam actione. *l. inter coheredes 44. §. 1. famil. ercisc.* secundum ea quæ de pactis incontinenti, vel ex interuallo appositis scripsimus in præcedentibus.

x *Neque dolo malo.* Ratio dubitandi. Etiam dolo malo inita stipulatio valet, paritque actionem licèt repellatur exceptione doli mali. *l. 2. §. circa. & tot. tit. de doli mal. except. l. si quis cùm aliter 36. de verb. oblig. l. 5. C. de inut. stipul.* Ergo nec pacto nocere debet, quod initum sit dolo malo.

Ratio decidendi. Stipulatio habet iuris vinculum, quo promissor omnimodo adstringitur, etiamsi dolus malus interuenerit stipulatoris. At in pactis non ius vllum versatur, sed factum dumtaxat. *l. si vnus 27. §. pactus infr. hoc tit.* Ideóque non defenduntur pacta, nisi æquitate prætoria, quæ porrò æquitas nunquam fauere potest ei, cuius aliquis dolus malus probatur. *l. pen. in fin. ad Trebell. l. 1. de doli mal. except. l. Stichum 95. §. naturalis. de solut.* Dolus enim toto iure nostro, sed præsertim à prætore, qui custos est æquitatis, & omnibus edicti partibus vindicatur.

y *Neque aduersus leges, plebiscita, Senatusconsulta.* Ratio dubitandi. Prætor potest corrigere, & emendare pro arbitrio ius ciuile, *l. ius autem ciuile 7. §. 1. de iustit. & iur.* Ergo non eo minùs pacta seruare debet,

quòd inita sint contra leges, aut plebescita, aut S.C. aut Principum edicta, Præsertim cùm edicti æquitas sit generalis: quia nihil tam congruum est fidei humanæ, quæ, quàm pacta seruari. *l.1.§.hoc tit.*

Ratio decidendi. Potuit prætor corrigere ius ciuile, non faciendo contra leges, sed faciendo præter leges, vt nos explicauimus ad illum locum ex *l.nec non & si quis* 28. *§. quod eius. ex quib. cauſ.maior. l. cùm ſponſus* 12. *§. ſi res. inſr. de public. in rem act.* Nec sanè æquum est seruari pacta, quæ sunt legibus, aut plebiscitis, aut senatusconsultis, aut constitutionibus Principum improbata: Ne priuatorum pactionibus iuri publico derogetur. *l.ius publicum* 38. *ff. hoc tit.* & priuatorum cautiones legum autoritate censeantur. *l.vlt. de ſuis & leg.* Legum enim est legibus imperare.

z *Neque quò fraus cui eorum fiat.* Quod enim fit in fraudem legum grauius & odiosius est, quàm quod apertè fit contra leges. *l. contra legem* 29. *& ſeq. de legib. l.vlt. in fin. de rit. nupt.*

a *Seruabo.* Data scilicet exceptione: Sed tamen etiam interdum data actione, vt in pactis incontinenti post contractum appositis. Item in pacto de constituta pecunia, & de hypotheca. Ex his enim omnibus datur actio. Sic adiudicationes, quæ fiunt in iudiciis mixtis, tuetur prætor, aut actionem dando, aut exceptionem. *d. l. inter coheredes* 44. *§. 1. famil. erciſc.* Sed ex pacto nudo, quod non expressè, ac specialiter confirmatum sit iurisdictione prætoria, nunquam prætor dat actionem: metu scilicet multiplicandarum litium, quas execratur. Replerentur enim omnia litibus, si ius ita esset, vt ex quolibet pacto nudo agi posset. Ex quo apparet, non posse verum esse, quod vulgò iactitant. Hodie pacta nuda iure canonico parere actionem ex *cap. 1. extr. hoc tit.* Nec enim legislator pontificius minùs quàm ciuilis id agit, quantum potest, vt litium materiam diminuat: quæ sicuti non data ex pactis actione minuitur, ita data ex iisdem exceptione non augetur: cùm litem faciat actio, non exceptio: quæ actionem præsupponit. Et verò quid aliud potuit legislator pontificius constituere fauorabilius, quàm vt pacta sint seruanda? Atqui hoc ipsum prætor iam constituerat, nec tamen ex pacto dederat actionem: ergo neque iure pontificio ex pacto nudo agi hodie posse credendum est.

8 ¶ Pactorum quædam in rem sunt, quædam in personam. ¶ In rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam in personam, quotiens, ne à persona petam: id est, *ne à Lucio Titio petam.* ¶ Vtrùm autem in rem, an in personam pactum factum est, non minùs ex verbis[b], quàm ex mente conuenientium æstimandum est: plerunque enim[c] (vt & Pedius ait) persona pacto inseritur, non vt personale pactum fiat, sed vt demonstretur[d], cum quo pactum factum est.

Ad §.8. Pactorum.

Ratio dubitandi. Non potest fieri pactum, quin ad personas paciscentium referatur: quia inter alios inita pacta, aliis non præiudicant, neque prosunt. *l. ſi vnus* 27. *§. pacta. in fin. hoc tit.* Ergo pacta omnia sunt in personam.

Ratio decidendi. Alio sensu dicimus pactum aliquod esse in rem, aut in personam. In rem enim pactum appellamus, quoties paciscor generaliter, ne petam: non demonstrata persona, à qua non petam. In personam verò quoties paciscor ne à certa persona petam, vt puta à Lucio Titio.

b *Non minùs ex verbis*, mallem legere *non magis.* Nam vt sequentia explicant, fieri facilè potest, vt persona aliqua pacti verbis inseratur, nec tamen paciscentium mens illa sit, vt pactum fiat personale, sed illa potiùs vt demonstretur persona, cum qua pactum intercesserit. Exemplum est in *l. tale pactum* 40. *hoc tit.* Si pactum ita conceptum sit, *Profiteor te non teneri.* Nam ad heredes quoque pertinet, ad quos tamen non pertineret, si esset personale. Sic & in *l. hoc genus legati* 106. *de cond. & dem.* scriptum est *nihilominùs* pro eo quod legendum est *nihilomagis.* vt ibi dicam.

c *Plerumque enim.* Hoc verbo significatur regulam esse in contrarium, id est pactum, quo persona etiam vnius ex paciscentibus demonstrata sit, in dubio esse in personam non in rem. *l. qui in futurum* 56. *§.1. infr. eod. quamuis Bart.* & alij vulgò contra sentiant.

d *Sed vt demonstretur.* Ex hoc apparet multùm interesse an dictio aliqua proferatur demonstratiuè, an verò restrictiuè ac limitatiuè. Et placet interpretibus nostris magis esse in dubio, vt demonstratiuè quid dictum videatur, quàm restrictiuè. Sed vix est vt hac de re aliquid generale constitui possit. Nam pro personarum, & rerum, de quibus agitur, varietate aliter atque aliter statuendum est.

9 ¶ *Dolo malo* ait prætor pactum se non seruaturum. Dolus malus sit calliditate & fallacia, &, vt ait Pedius, dolo malo pactum sit, quotiens circumscribendi alterius causa, aliud agitur, & aliud agi simulatur.

Ad §.9. Dolo malo.

Ratio dubitandi. Plerique contractus sunt, in quibus licet contrahentibus naturaliter se decipere, & circumscribere: vt in emptione, venditione, locatione, conductione. *l. in cauſa* 16. *§. idem Pomponius. de minor. l. item ſi pretio* 22. *§. vlt. & l. ſeq. locat.* Non ergo quicquid fit circumscribendi alterius causa, dolo malo adscribi debet, sed potiùs dolo bono, qui contrahentibus permissus est. *l.1. §. dolum ff. de dolo.*

Ratio decidendi. Permittitur quidem ementibus & vendentibus se in pretio circumscribere, secundùm naturam contractus. *l. ſi voluntate* 8. *C. de reſcind. vend.* itémque locatori & conductori in constituenda mercedis quantitate: sed nunquam machinatio & fallacia

& fallacia licita est. *d. l. & ideò* 23. *loca.* quia bonam fidem in omnibus contractibus, & conuentionibus præstari æquum est. *l.4. C. de oblig. & action.*

e *Aliud agi ſimulatur.* Plus autem semper valet, quod agitur, quàm quod simulatè concipitur. *l.1. & tot. tit. C. plus valer. quod agit. l. ſemper. de reg. iur.* Simulata verò habentur pro infectis. *l. ſi ex pretio* 6. *C. ſi cert. pet.* quia consensu & voluntate destituuntur.

Ratio dubitandi. Non entium & non apparentium idem est iudicium. *l. duo ſunt Titij* 39. *de teſtam. tutel. §. ſi aduerſus Inſt. de nupt.* Atqui non potest dolus probari, cùm in animo & secreto voluntatis consistat: Et tamen probari semper debet, cùm nunquam præsumatur. *l. quotiens oper.* 18. *§. qui dolo. l. ſeq. §. 1. de probat.* Ergo nihil prodest dicere pactum aliquod dolo malo initum esse.

Ratio decidendi. Probari dolus potest ex manifestis iudiciis. *l. dolum* 6. *C. de dolo.* vt & cætera omnia, quæ in animo consistunt. *l.5. §. 2. barbaris. de re milit.*

10 ¶ Sed si fraudandi causa pactum factum dicatur: nihil prætor adiicit, sed eleganter Labeo ait, hoc aut iniquum esse, aut superuacuum: iniquum, si quod semel remisit creditor debitori suo bona fide, iterum hoc conetur destruere: superuacuum, si deceptus hoc fecerit: inest enim dolo & fraus.

Ad §.10. Sed ſi fraudandi.

Ratio dubitandi. Non magis fraudem, quàm dolum permittere prætor debet. Quamuis enim fraus sine pœna esse possit, nunquam tamen sine pœna esse deberet, sicut nec pœna sine fraude esse potest: cùm nec aliud fraus ipsa sit, quàm pœnæ quædam præparatio. *l. aliud fraus* 131. *de verb. ſignif.* Ergo debuit prætor ea quoque pacta improbare, quæ fraudandi causa interposita dicerentur & probarentur.

Ratio decidendi. Non potuit prætor de eo quicquam edicere, nisi vel iniquè, vel superuacuè. Nam vel ponendum est re vera deceptum esse eum, qui dicit pactum fraudandi casu interpositum fuisse: vel deceptum non esse. Si deceptus fuit, atque ita dolus interuenit, frustrà prætor quicquam edixisset de fraude: quoniam dolo & fraus inest: de dolo autem edictum est, Pacta dolo inita non esse seruanda. Si verò deceptus non fuit, ergo bona fide negotium gestum est, quo admisso audiri non debet creditor, qui quod semel debitori suo remisit bona fide, conatur iterum destruere. Ex quo Labeonis & Vlpiani dilemmate apparet, non aliam fraudem in pactis coerceri, quàm quæ dolum malum adnexum habeat: quoniam quæ non habet, dolus bonus & sollertia potiùs, quàm fraus dici debet. *d. l.1. §. dolum malum. de dol. mal.*

11 ¶ Siue autem ab initio dolo malo pactum factum est, siue post pactum dolo malo aliquid factum est, nocebit exceptio propter hæc verba edicti, *neque fiat.*

Ad §.11. Siue autem.

Ratio dubitandi. Ea demum pacta prætor non seruaturum se profitetur, quæ dolo malo inita sunt. *§. ait prætor 8. ead. leg.* Ergo probandum est interuenisse dolum eo ipso tempore, quo pactum fiebat, vt qualitas iuncta verb. intelligatur secundum tempus verbi. *l.4. §. ſi extraneus. de nox. act.*

Ratio decidendi. Nihil interest quod ad effectum, & æquitatem rei attinet, an dolus interueniat ab initio, an ex postfacto: sed illud potissimum inspici debet, An eo tempore, quo de pacto disputatur. An exceptionem parere debeat, dolus aliquis malus probetur: sicut & cùm agitur de doli exceptione aduersus stipulatorem obiicienda. *l. 2. §. circa de dolo mal. except. l. ſi quis cùm aliter* 36. *de verb. oblig.* Neque repugnant verba edicti. Sic enim habent, *Neque quò fraus cui eorum fiat.* Fieret enim fraus edicto prætoris, qua parte edicit se pacta dolo inita non seruaturum, si sufficeret dolum ab initio nullum admissum esse, impunitus verò esset is, qui ex post facto superueniret. Sic & in *l. ſumma cum ratione* 21. *§. pen. de pecul.*

12 ¶ Quòd fere nouissima parte pactorum ita solet inseri, *rogauit Titius, spopondit Mæuius*: hæc verba non tantùm pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis. Ideòque ex stipulatu nascitur actio: nisi contrarium specialiter adprobetur: quòd non animo stipulantium hoc factum est: sed tantùm paciscentium.

Ad §.12. Quod ferè.

Ratio dubitandi. Non quicunque dicit *spondeo*, obligatur ex sponso, sed is demum, qui animo stipulandi spopondit, inquit Varro *lib. 5. de ling. lat.* Nec enim stipulatio fit sine animo stipulandi. Ergo verba illa *rogauit Titius, spopondit Mæuius*, in dubio accipienda sunt pro pacto potiùs, quàm pro stipulatione: idque fauore promissoris, vt minùs obligetur. *l. Arrianus ait* 47. *de oblig. & act. l. inter pares* 38. *de re iudic. l. fauorabiliores* 125. *de reg iur.* præsertim cùm possit imputari stipulatori, cur non aperiùs expresserit animum stipulandi. arg. *l. veteribus* 39. *hoc tit.*

Ratio decidendi. Pactum differt à stipulatione, nõ tantùm animo paciscendi, aut stipulandi: sed etiam formula, & solemnitate verborum: quia pacti verba non sunt sollemnia: quomodo sunt stipulationis. Hinc fit vt cùm ea verba vsurpata sunt, quæ stipulationis sollemnitati conuenire possint, cogitatio videatur de stipulatione potiùs, quàm de pacto nudo ineundo. Qua enim ratione commodiùs assequi possimus, quid contrahentes voluerint, quàm ex verborum, quibus vsi sunt, proprietate. *l. Labeo ait* 7. *§. 1. de ſupell. leg. l. ille autt ille* 25. *§. 1. & l. non aliter* 69. *de leg. 3.* Nam & moris olim fuit singulis ferè negotiis adhibere stipulationes, idq; nouissima parte pactorum. *l. Titia, quæ ex alio* 134. *§. 1. de verb. obl.* vt obligatio-

nis vinculum tanto ſtrictius contraheretur. *l.ſi ita 6. de nouat.* Sunt enim ſtipulationes inductę ad firmanda pacta vt ſcribit Paulus *lib.5.ſent.tit.7. & lib.2.tit. 22.§.vlt.* Vt proinde nihil ſit neceſſe, quod hic Vlp. ait *pactorum*, interpretari cum Cuiacio *inſtrumentorum*. Nec enim pacti nomine inſtrumentum vnquã ſignificatur, vt nec in *l.pacto conuento* 15.ĩ. *tit.prox.* Vnde dicimus ſtipulationes conuentionales pendere ex negotio contracto. *l.5.verſi. conuentionales de verb.oblig.* Adeo vt ſi ſimpliciter ſcriptum ſit aliquem promiſiſſe, dummodo inter præſentes negotium geſtum ſit, & inter eos, qui ſtipulationem contrahere potuerunt, ſtipulatio contracta eſſe intelligatur, *l.1.C.de contr.& committ.ſtipul.* quemadmodum & ſi ſcriptum ſit aliquem fideiuſſiſſe, quia nemo poteſt obligari ex fideiuſſione, niſi per ſtipulationem. *d.l.ſtipulationum 5.§.ſatis acceptio. l ſciendum eſt 30.de verb.oblig. l.blanditus.12.C.de fideiuſſ.* Quid ergo ſi aliquid ſit quod impediat ſtipulationem? Non ideo dependitur conuentio iure pacti, quia paciſcendi animus non fuit, ſed ſtipulandi. *l. ſi cum quis. de conſt.pecun.l.8. in princip.de acceptil.* Sicut enim ſtipulatio non fit ſine animo ſtipulandi, ita nec pactum ſine animo paciſcendi. Illud vnum igitur ſemper inſpiciendum eſt, quid actum ſit. *l. in ſtipulationibus 34.de reg.iu.*

13 ¶ Si paciſcar, *ne pro iudicati, vel inſenſarum ædium*[g] *agatur*, hoc pactum valet.

Ad §.13. Si paciſcar, ne iudicati.

f *Ne iudicati.*) Ratio dubitandi. Publicè interest rem iudicatam mandari executioni. *l. à diuo Pio. 15. de re iudi.* propter rerum iudicatarum autoritatem. *l.ſi fundus. 16. §. ſi pluris. de pign. l. ſeruo inuito. 65. §. cùm prætor. ad SC. Trebell.* Ergo non valet pactum ne iudicati agatur, tanquam quod ſit contrarium publicæ vtilitati & rerum iudicatarum autoritati. Ratio decidendi. Permiſſum eſt cuilibet iuri ſuo præſertim iam quæſito renunciare. *l.pactum inter heredem. 46.ĩ. hoc tit.l.pen. C.eod.* nec rei iudicatæ autoritas in eo verſatur, vt omnimodo mandetur executioni, id eſt, etiamſi victor nolit, ſed vt mandari poſſit ſi victor velit, etiamſi is qui condemnatus eſt reluctetur. *l.ſi iudex. 41.ĩ. de minor.* Euidenter enim iniquum eſſet, rem iudicatam eum afficere, pro quo iudicatum eſſet. *l.euidenter. 16. de except.rei iudic.* Nec verendum eſt, ne priuatorum conuentio iuſſui prætoris, aut ſententiæ iudicis antepoſita videatur. Quid enim aliud agebat prætor, aut iudex, quàm vt controuerſias eorum dirimeret? *l. 1.§. inde quæritur. de oper. noui nunciat.* Nam & cùm inter litigatores conuenit, quid pronunciari debeat, idipſum à iudice pronunciandum eſt. *l.ſi conuenerit 26. de re iudic.* Dices, Poſt rem iudicatam, ſi neque appellatum ſit, neque appellari amplius poſsit, neque tranſigi poſſe, ſi modò conſtet iudicatum eſſe. *l. & poſt rem. 7. in prin. & l poſt rem. 11.ĩ. tit.prox.* Ergo neque paciſci, cùm tranſactio nihil ſit niſi pactum, vt dicemus ad tit. ſeq. Reſpondeo tranſactionem omnem eſſe pactum, ſed non omne pactum eſſe tranſactionem. Tranſactio pactum eſt, quod non ſit niſi de re dubia. *l.1.ill.tit.* Res autem non poteſt eſſe dubia poſt ſententiam, quæ tranſiit in rem iudicatam, cùm res iudicata pro veritate habeatur. *l.ingenuum. 25.de ſtat. hom.l.res iudicata. 207.de reg.iur.* At pactum, *ne iudicati agatur*, præſupponit è contrario rem dubiam non eſſe, ſed iudicatam, ſibique imputare debet is, pro quo fuerat iudicatum, ſi partam ſibi ex cauſa iudicati perſecutionem, vel rei iudicatæ exceptionem ſibi voluit adimere. *d.l.ſi iudex 41.l.minor annis 40.in princ.de minor.* Non enim eo minùs ſatisfactum eſt publicæ vtilitati, quæ nihil hac parte niſi litium finiendarum fauorem intuetur, cùm æquè ſit & maneat lis finita, nocituráque ſit exceptio rei iudicatæ illi, qui pactus eſt ne iudicati agat, ſi ex eadem cauſa iterum agere volet. Aliud enim eſt paciſci ne iudicati agatur, Aliud verò partam ex cauſa iudicati perſecutionem ad initium alterius petitionis redigere vt in *d.l.minor annis. 40. de minor.*

g *Vel incenſarum ædium.* Ratio dubitandi. Publicè interest incendiarios morte puniri, adeóque igni necari *l.qui ædes 9.de incen.ruin.naufrag. Paul.lib.5.ſent. tit.3. §.vlt.* Ergo pactum ne incenſarum ædium nomine agatur ad publicam læſionem pertinet, & conſequenter non valet. *§.prox.ĩ.* Ratio decidendi. Pactum quidem non valet quantum ad læſionem vindictæ publicæ, ſed valet inter priuatos ad remittendam actionem ei competentem, cuius ædes incenſæ fuerunt. Nec tantùm ſi per culpam dumtaxat incenſæ ſunt, ſed etiamſi dolo malo: quia dolum malum iam præteritum remitti, déque eo paciſci nihil prohibet, vt ſi conueniat ne furti agatur, quemadmodum ſcriptum eſt in *§.ſeq.iunct.l.ſi vnus.27.§. pacta. l. inter debitorem. 42. l. epiſtola. 52.§.penultim. hoc tit.2.*

14 ¶ Si paciſcar, *ne operis noui nuntiationem exſequar*: quidam putant non valere pactionem, quaſi in ea re prætoris imperium verſetur: Labeo autem diſtinguit: vt, ſi ex re familiari operis noui nuntiatio ſit facta, liceat paciſci: ſi de republica, non liceat, quæ diſtinctio vera eſt. ¶ Et in cæteris igitur omnibus ad edictum prætoris pertinentibus, quæ non ad publicam læſionem, ſed ad rem familiarem reſpiciunt, paciſci licet. ¶ Nam & *de furto* paciſci lex permittit.

Ad §.14. Si paciſcar ne operis.

Ra.dub. In operis noui nunciatione verſatur imperium prætoris: ergo pactum ne operis noui nunciationem exequar, nõ poteſt valere, quaſi quod ſit contra autoritatem prætoris. R. dec. Prætor non ſe interponit in operis noui nũciatione, niſi vt priuatorum

torum controuerſias dirimat. Si ergo ab iis controuerſiis litigatores ſponte recedant per pactum, ratum id habere prætor debet. *l.1.§. inde quæritur. de operis noui nunciat.* Cùm tamen operis noui nunciatio duplicem cauſam habere poſſit, priuatam vnam, & hanc vel naturalem, vel imp ſitiam: publicam alteram. *l.de pupillo.5.§.& belle. Sextus. eod.titul.* diſtinguendum eſt cum Labeone, an de re familiari, & priuata noui operis nunciatio facta ſit, an de republica: vt priore caſu valeat pactum, tanquam quod ad rem familiarem non ad publicam læſionem pertineat: poſteriore verò non valeat, ne pacto priuatorum reſpublica lædatur, quoties legum, vel ſenatuſconſultorum, vel conſtitutionum principalium tuendarum gratia nuntiationem fieri contingit. *d.§. & bellè.* Eadémque diſtinctio in cæteris quoque cauſis omnibus, ad prætoris edictum pertinentibus locum habet. Nam & de furto, inquit Vlpia, paciſci lex permittit, ſc. de priuata iniuria per furtum irrogata, non de publica vindicta quæ furto debetur, ſi forte hodie de furto criminaliter agatur, inſtante procuratore principis, eodémque publico accuſatore, quod olim non erat, quia furtum priuatum crimen eſt non publicum. *l.vltim. de furt.* Intellige autem de furto iam facto, non de futuro, vt dicemus ad *l.ſi tibi decem. 17.§.1. & l ſi vnus. 27.§. pacta.* ĩ *h.tit.*

15 ¶ Sed & ſi quis paciſcatur, *ne depoſiti agat*: ſecundùm Pomponium valet pactum.
¶ Item ſi quis pactus ſit, *vt ex cauſa depoſiti omne periculum præſtet*[g]. Pomponius ait, pactionem valere: nec, quaſi contra iuris formam, non eſſe ſeruandam.

Ad §.15. Sed eiſi quis.

Ratio dubitandi. Illud nulla pactione fieri poteſt, ne dolus præſtetur: quia is cui futurus dolus remitteretur, ad delinquendum inuitaretur. *l.ſi vnus. 27.§. illud nulla. infra eodem.* Atqui paria ſunt conuenire, ne ne dolo futuro agatur, & ne agatur depoſiti, quia depoſitarius ex natura contractus non tenetur niſi de dolo, cùm depoſitum in gratiam ſolius depoſitarij fiat. *l.1.§. in conducto. l. quod Neruа. 32. depoſ. l. contractus. 23. de regul.iuris.* Ergo non poteſt valere pactum, ne depoſiti agatur, tanquam quod ſit contra bonos mores, ac ſi conuenisſet, ne de dolo ageretur. *d.l.1.§. illud non probabis. depoſ.* Nihil enim refert quid ex æquipollentibus fiat. *l. certum eſt. 6. de reb. cred. l.vl.§.1. mandat. l. fideicommiſſa. 11.§. ſi cui ita. de legat.3.* ne alioqui leges verbis magis, quàm rebus impoſitæ videantur. *l.2. in fin. C.com. de leg l.vt nullo modo. 28. C. de reg.iur.* Ratio decidendi. Expreſſa nocent, non expreſſa non nocent *l.nonnunquam. 52. de cond. & demon. l.expreſſa nocent. 195. de reg. iur.* Expreſſa mentio doli facit pactum inutile, quod alioqui valeret.

g *Vt ex cauſa depoſiti omne periculum præſtet.* Ratio dubitandi. Pactum hoc contra iuris formam eſt, quia ex forma iuris depoſitarius non tenetur præſtare caſum fortuitum, quem nec alius quiſquam præſtat. *l.quæ fortuitis. 6. Codic de pignorat. action. l.contractus. 23. in fin. de regulis iuris.* Adeóque nec tenetur de culpa, ſed tantùm de dolo. *dict. leg. contractus. 23. d.l.1. §. in conducto. & dict. lege quod Neruа. 32. depoſit.* Ergo ſeruandum non eſt, quia poteſtas & autoritas iuris in contrahentium arbitrio non eſt, quæ nec in arbitrio eſt iudicantis. *lege ordine decurionum. 15. ad municip. lege vlt. de ſuis & legit.* Ratio decidendi. Contractus formam & legem accipiunt ex conuentione. *l.1.§. ſi conuenit. depoſi.* Multùmque intereſt, an pactum ſit contra formam iuris, an præter formam iuris. Priore caſu non valeret, vt dixi ad *§. ait prætor. hac lege.* Poſteriore valet. In propoſito autem, pactum, hoc, vt depoſitarius omnem caſum & omne periculum præſtet, præter ius tantùm eſt, non contra ius. Iuris enim ratio facit duntaxat vt depoſitarius de caſu fortuito non teneatur, at neque de culpa, niſi lata. At non vt de caſu fortuito teneri non poſſit, ſi ita conuenerit. *d.l.1.§. ſi conuenit. de poſ.*

16 ¶ Et generaliter quoties pactum à iure communi remotum eſt, ſeruari hoc non oportet: nec legari: nec iuſiurandum de hoc adactum, ne quis agat[h], ſeruandum. Marcellus libo ſecundo Digeſtorum ſcribit, & ſi ſtipulatio ſit interpoſita de his, pro quibus paciſci non licet[i]: ſeruanda non eſt, ſed omnimodo reſcindenda.

Ad §.16. Et generaliter.

Totus hic §. niſi fallor, Triboniani eſt. Adeò diſconuenit & præcedentibus, & ſequentibus; in quibus omnibus agitur ne pactis vtilibus, & validis, cui conſequens erat, vt ſubiecta generalis ſententia eſſet affirmatiua, non negatiua. Sed neque verum eſt, quod hic dicitur, quoties pactum à iure communi remotum eſt, id non valere. Remota enim ſunt à iure communi illa omnia, de quibus proximè diximus, Ne depoſiti agatur, Vt depoſitarius omne periculum præſtet, nec eo minùs tamen valent, quia ſunt præter ius, non contra ius, vt explicauimus. Pacta porrò quæ præter ius ſunt, non poteſt fieri, vt non ſint remota à iure communi. Dixit tamen Tribonianus *remota*, pro eo quod voluit, & debuit dicere, *improbata*. Et hoc ſenſu verum ſanè eſt, pactum, quod à iure communi improbatum ſit, putà, ne de futuro dolo agatur, vſque adèò ſeruandum non eſſe, nec *ligare*: (Sic enim lego, non vt vulgò inuerſis literis *legari*, aut *ligat*, vt Cuiacius.) vt nec iuſiurandum de hoc adactum, id eſt, ad quod præſtandum quis adactus ſit, niſi malis legere *exactum*, ſeruandum ſit. Generale enim eſt iure ciuili, vt contra leges vel iuris autoritatem præſtitum iuſiurandum nullius ſit momenti. *lege ſi quis inquilinos. 112.§. penult. & vltim. de legat.1.l.non dubium. 5. in fin. Cod. de legib.* Quod tamen iure pontificio diuerſum eſt. Omne enim iuſiurandum obligatorium eſt, quod non repugnat bonis moribus, quódque ſeruari poteſt citra diſpendium ſalutis æternæ. *c.cùm contingat. extr. de iureiur. c. non eſt obligatorium. de reg.iu. in 6.* Exempla ſunt in *c.2. de pact. in 6. & in c. debitores. de iureiur.* Nempe quia iuſiurandum, quod poteſt ſeruari citra diſpendium ſalutis æternæ, non poteſt ſine periurio, & ſalutis æternæ diſpendio violari.

h *Ne quis agat.* Hæc verba vel superflua sunt, vel manca Ponit enim Tribonianus adactum aut exactum esse iusiurãdum de hoc, id est, de pacto, quod proximè dixerat remotum à iure communi : non autem, *de hoc. ne quis agat.* Ergo vel nullius sensus hęc adiectio est, vel manca, & ita supplenda, vt legamus, *vt ne quis de dolo agat* : vt sit hoc exemplum pacti à iure improbati.

i *De his, pro quibus paciſci non licet.* Hæc quoque locutio Triboniani, manum prodit. Scribendum enim erat *de quibus*, non *pro quibus*. Idem quod sequitur, *fernanda non est.* Iam enim tam sæpè in præcedentibus dictum erat, *ſeruandam, seruari, seruandum*, vt debuerit hoc verbum hîc saltem immutari, non toties, ac tam insulsè repeti. At quod sequitur, *sed omnimodo rescindenda*, Tribonianum prodit apertiùs, cui & dictio illa *omnimodo* familiarissima est, & loquendi formula tam impropria, vt rescindendam dixerit stipulationem, quę ipso iure non tenet. Quomodo enim potest tenere stipulatio interposita contra leges, & de his de quibus paciſci non licet? putà, quæ aliquid habeant turpe, aut si non bonis moribus, saltem legibus prohibitum. *l. generaliter. 26. l. veluti. 27. l. si ſtipulor. 35. in prin. & §. 1. l. ſtipulatio hoc modo. 61. l. inter ſtipulantem. 83. §. ſacram. de verbor. oblig.* Quę verò ipso iure non tenet stipulatio, quomodo rescindenda est, aut rescindi potest? Scio non esse nouum, vt stipulatio teneat, & tamen submoueri stipulator possit per doli exceptionem, vt si dolo malo, vel per vim adhibita fit. *l. dolo vel metu. 5. C. de inut. ſtipul.* Sed vt ipso iure non teneat, & tamen omni modo rescindenda fit, fieri nullo modo nullóque casu potest: quia omnis rescissio in necessarium antecedens presupponit tenere actum, qui rescinditur. *l. præſes prouincię. 12. & l. ſeq. l. ſub prætextu. 19. l. ſanam mente. 27. l. quamuis cum. 29. C. de tranſac. l. ad reſcindendam. 4. cum duab. ſeqq. C. de reſcind. vend.*

17 ¶ Si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus, *vt minus soluatur*: pactum valiturum est.

Ad §. 17. Si ante aditam.

Ratio dubitandi. Ante aditam hereditatem nullum est ius heredis, nec vllam habet legitimam personam contrahendi cum creditoribus & legatariis: siquidem tum demum quasi contrahere intelligitur, cùm adit hereditatem. *l. 3. §. vlt. quibus ex cauſſis in poſſeſſ. l. ſi quis abſentis. 5. §. heres quoque. de obligation. & action.* Ergo non valet pactum, tanquam quod sit prępostерum. Prius enim, vt quis heres sit, quàm vt quasi heres possit paciscí cum creditoribus, aut legatariis. Ratio decidendi. Pactum huiusmodi iustum est, & iustã causam habet, vt ea ratione exonerata partim hereditas faciliùs inueniat heredem: cùm fieri possit, vt heres minùs soluturus propter pactum facilior sit adhereditatem adeundam, quam alioqui tanquam oneribus imparem, aut suspectam repudiaret. *l. 4. ad S. C. Treb.* Sicut & plerumque adit heres mandatu creditorum, eosque habet mãdati actione obligatos, vt in *l. ſi hereditatem 32. mandat. & §. prox. ſeq. verſ. idem & id extraneo.*

18 ¶ Sed si seruus sit, qui paciscitur, priusquàm libertatem, & hereditatem adipiscatur, quia sub conditione heres scriptus fuerat: non profuturum pactum, Vindius scribit. Marcellus autem in libro decimooctauo Digestorum.

ET suum heredem, & seruum necessarium purè scriptos, paciscentes, priusquàm se immisceant [k], putat rectè paciscí, quod verum est. ¶ Idem & in extraneo [l] herede, qui si mandatu creditorum adierit, etiam mandati putat eum habere actionem. ¶ Sed si quis, vt suprà retulimus, in seruitute pactus est, negat Marcellus, quoniam non solet ei proficere, si quid in seruitute egit, post libertatem: quod in pacti exceptione admittendum est. ¶ Sed an vel doli ei profit exceptio [m], quæritur. Marcellus in similibus speciebus, licèt antea dubitauit, tamen admisit. vt putà filiusfamilias heres institutus, pactus est cum creditoribus. & emancipatus adiit hereditatem, & dicit doli eum posse vti exceptione. ¶ Idem probat, & si filius viuo patre, cum creditoribus paternis pactus sit: nam & hîc doli exceptionem profuturam [n]. ¶ Imò & in seruo doli exceptio non est respuenda.

Ad §. 18. Sed si seruus.

Ratio dubitandi. Valet pactum inter heredem & creditores, aut legatarios, vt minùs soluatur, etiamsi interpositum sit ante aditam hæreditatem. *§. prox. præced.* Quid enim potest facere, quòd heres institutus sit sub conditione, an purè: cùm non magis heres sit heres purè institutus, quàm qui sub conditione, quandiu hereditas] non est adita. *l. pretia rerum. 63. ad legem Falcidiam.* Ergo valet etiam tale pactum initum à seruo instituto sub conditione, priusquàm libertatem & hereditatem adipiscatur.

Ratio decidendi. In herede voluntario nihil interest sanè an institutus sit purè, an sub conditione: quia neutro casu heres est ante aditam hereditatem. Sed in seruo herede necessariò instituto ea distinctio omnino necessaria est, quia si purè institutus esset ipso iure liber & heres inueniretur, & ideò non posset dubitari quin pactum valeret, tanquam quod factum esset post acquisitam hereditatem: etiã si seruus nondum se immiscuisset, vt sequitur in *hac l.* vbi additur idem esse in suo, quod in necessario herede. Vtrique enim commune illud est vt heres sit ipso iure, statim, & citra additionem. *leg. neceſſariis. 57. de acquirenda hereditate. leg. in ſuis heredibus. 14. de ſuis & legitimis.* At cùm vel suus, vel necessarius heres institutus fuit sub conditione, suus quidem primi gradus sub potestatiua *l. 4. de hered. inſtit.* necessarius verò sub qualibet, non potest vlli eorum acquiri hereditas, nisi impleta demum conditione. Porrò cùm impleta conditio est, seruus liber factus non potest inuari eo pacto, quod init in seruitute, sicut neque ex eo quod in seruitute gessit, potest conuenirí post libertatem. *tot. titul. C. an ſeruus ex ſuo fac poſſ. manum. ren.* quia nomus homopotest manumissionem esse videtur. *l. ſeruus legatus. 27. in ſi. de adim. leg. l. ſi Pamphelo ſerno. 10. de opt. legat.* Non potest igitur exceptio pacti ei prodesse, cùm in pactis factum versetur. *l. ſi ſeruus. 27. §. pactus. §. h. tit.*

k *Priusquàm se immisceant.* Ratio dubitandi. Sicut heres extraneus adeundo hereditatem intelligitur quasi contrahere cum creditoribus & legatariis. *l. 3. §. vlt. quib. ex cauſſ. in poſſ. eat.* ita & suus aut necessarius heres immiscendo. *l. 4. eo iunct. l. cum bonis. 87. de acq. hered.* Ergo non melior condtio esse debet necessarij heredis, qui se nondum immiscuit, quàm eius qui sub conditione heres scriptus, nec si velit se immiscere potest ante impletam conditionem.

Ratio decidendi. Immixtio quidem facit in suo vel necessario herede, vt cum creditoribus & legatariis quasi contrahere videatur: sed non ideo tamẽ necessaria est, vt obligentur. Nullo enim ad hoc opus est contractu: quandoquidem ipso iure statim sunt heredes, si modo purè sint instituti. Nec quod se possint abstinere quicquam facit. *leg. 1. §. qui ſunt in poteſtate ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Cùm enim sit sine herede, qui suum heredem habeat tam se abstinentem. *lege cùm, quaſi abſente. 30. §. ſed ex ſuis. de judic. libe.* Multò minùs hic qui habet necessarium heredem, quamuis bona non attingentẽ. Beneficium enim separationis, quod necessarius heres habet à prętore, non facit quominùs habeatur ille heres etiam à prętore. *l. 1. §. vlt. de ſeparat. & l. neceſſarius. 57. in fin. de acquir. hered.* quod in beneficio abstentionis in persona sui heredis non idem est. *l. ſi filius. 12. de interrog. in iure fac.*

l *Idem & in extraneo.* Dixi ad *§. prox. præced.*

m *Sed an vel doli ei profit exceptio.* quæ nimirum solet esse subsidiaria exceptionis pacti. *l. reſcriptum. 10. §. vlt. infr. hoc tit.*

Ratio dubitandi. Doli exceptio solet obiici, quoties alioquin euenieret vt alicui dolus suus per occasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem prodesset. *leg. 1. de doli except.* Atqui, in proposito is, qui cum seruo in seruitute constituto pactus est, si neget sibi debere pactum nocere; captat occasionem iuris ciuilis contra naturalem equitatem: ex eo nempe quòd seruus post adeptam libertatem alius homo esse videatur. *d. l. ſeruus legatus. 27. in ſi. de adim. legat.* cùm tamen re vera idem homo sit, qui pactus fuit. Ergo etiamsi pacti exceptio locum habere non posset, doli tamen dari deberet.

Ratio decidendi. Doli exceptio non aliunde hîc nasci potest, quàm vnde nascitur exceptio pacti, id est, ex facto quod interceſſit, cùm inita conuentio fuit tempore seruitutis. Atqui ex eo facto seruus post libertatem neque teneri, neque iuuari potest, quia ex ante gesto neque lucrum, neque damnum ei irrogandum est, vt diximus ad *princip. huius §.* Ergo non magis doli, quàm pacti exceptionem habere potest. Idque ita esse apparet etiam ex eo quod Marcellus in simili quæstione proposita de filiofamilias antea dubitauerit, & tandem vix hoc admiserit, vt danda ei esset exceptio doli, si fortè filiusfamilias heres institutus pactus sit cum creditoribus hereditariis, & emancipatus adierit hereditatem. Et tamen nemo dixerit eandem iuris rationem locum habere in filiofamilias, quæ locum habet in seruo. Etsi enim filiusfamilias cùm emancipatur in imaginariam seruilem conditionem deducitur, vt proinde seruo non malè comparari videatur. *lege tertia. §. vltim. de capit. minut.* non potest tamen dici feciſſe pactum in seruitute. Fecit enim in libertate, ac priusquàm in seruitutem imaginariam deduceretur. Non tam igitur mirum est dari exceptionem doli, quàm illud potius, Cur non possit ei dari exceptio pacti, & quasi ea deficiente recurrendum sit ad exceptionem doli? Sed respondendum est, Pacti exceptionem non posse accommodari post emancipationem, non quasi alius homo sit, cùm etiam pacti tempore liber fuerit, vt vnus est, sed quia paciscendo eo tempore quo erat in patris potestate id egisse videtur, vt patri suo, non vt sibi commodum & vtilitatem pacti acquireret. Nam & si filiusfamilias sub conditione stipulatus postea emancipatus fuerit, deinde extiterit conditio, patri actio competit, quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus. *leg. ſi filiusfamilias. 78. de verborum obligat.* Quidni ergo & in pactis idem erit, præsertim purè interpositis? Ideóque benè Marcellus casum illum, quo filiusfamilias heres institutus pactus esset cum creditoribus, & emancipatus adiisset hereditatem, comparabat cum eo casu, quo filius viuo adhuc patre cum creditoribus paternis paciscetur: Nemo enim possit dubitare, quin filiusfamilias viuo patre paciscendo cum creditoribus paternis, patri suo non sibi acquirat exceptionem. *lege ſi tibi decem. 17. §. vlt. cum legibus ſequentibus. infr. hoc titul.* Ergo & filiusfamilias heres institutus, si pacisca tur cum hereditariis creditoribus, patri tamen non sibi pactus creditur: quia & creditores illi paterni fore sperabantur, tametsi contigerit adiri hereditatem post emancipationem, & ita filio ipsi acquiri. Proinde pacti exceptionem habere non potest: sed doli tamen habet, quia dolo facit creditor, qui cum eodem homine re vera pactus, nunc venire vult aduersus propriam conuentionem. Nam & commodum pacti ex hereditaria causa interpositi nomine hereditatem ipsam sequi debet? Aut quo iure remaneat penes patrem, qui nihil vnquam debuit, nec debiturus est? Hæc cùm ita sint, quod sequitur apud Vlpianum, *Immo & in ſeruo doli exceptio non eſt reſpuenda*, non potest esse Vlpiani, aut Marcelli, sed necessariò vel imperito interpreti, vel Triboniano adscribendum est. Nam si vix potuit adduci Marcellus, vt crederet doli exceptionem dandam filio emancipato ex pactione interposita, dum esset in patris sui potestate, quanto minus crediderit eam exceptionem seruo manumisso dandam esse, ex pacto interposito in seruitute? Et sanè ratio illa Marcelli generalis est, *quoniam non ſolet ei proficere, ſi quid in ſeruitute egit, poſt libertatem*: nec minùs concludit circa doli, quàm circa pacti exceptionem, neutram seruo manumisso dandam esse. Et quamuis statim sequatur, *quod in pacti exceptione admittendum eſt*: attamen non dubito quin ab iis verbis incipiat glos. Triboniani, vt locũ aperiret quæstioni quam subnectit, De doli exceptione: quasi nihil de eo Marcellus scripsisset,

Nam & moris est Triboniano, vt quod in aliqua specie quantumuis dissimili à prudentibus responsum, vel ab Imperatore aliquo rescriptum est, trahat audacter ad alias species, quasi similes, vt ab eo factum obseruauimus in *leg. Pannonius* 86. *de acquirē. hereditate l. Pamphilo* 39. *de lega.* 3 *l. apud Iulianum* 11 *. §. verum l. g cogi potest* 16. *§ penultimo & vltim. l. mulier quæ duobus in princip. ad Senatusconsultum Trebellianum. & alibi quàm sæpe.* Idem verò hic illi contigit Quod enim Marcellus in duobus casibus responderat de pacto inito per filiumfamilias, dum esset in potestate, putat ille similiter esse quæstioni propositæ, de pacto inito per seruum in seruitute, quod significat verba illa, *Marcellus in similibus speciebus*, cùm tamen omnia sint dissimilia, vt ostendimus. Pactum enim cum seruo factum, videtur factum cum nullo, quia seruus pro nullo habetur etiam iure prætorio. *lege 7. de fals.* quod de filiofamilias non similiter dici potest.

n *Nam & hic doli exceptionem profuturam.* Sed cur non pacti? Cùm ponendum sit filium hunc, qui viuo patre pactus fuerat cum paternis creditoribus, patri postea heredem extitisse? Cur enim aut quomodo posset filius habere exceptionem doli, si non conueniretur? Aut quo iure posset conueniri à creditoribus paternis si non esset ipse heres patris? Cùm verò patris heres est, quidni habere debeat pacti exceptionem quam alius quilibet patris heres haberet? *l. 21. infr. hoc titulo.* Respondeo debere hunc locum intelligi de pacto filiifamilias, quod sic collatum fuerit in personam patris, vt in eius personas fuerit personale, cuiusmodi pacta quæ sunt, ea certum est ad heredem non transire. *l. idem in duobus.* 25. *§. 1. infra.* Ergo nec ad filium tanquam heredem patris. Sed tamen non eo minùs doli exceptionem subsidiariam filio accommodari æquum est, quæ alij cuilibet heredi non accommodaretur, cùm ille ipse sit, qui pactus fuit, & in cuius persona vtrumque concurrit, vt sit & pacisens, & heres illius, cui commodum pacti fuerat quæsitum. arg. *d. l. idem in duobus.* 25. *in fin. l. rescriptum.* 10. *§. vlt. & d l. & heredi.* 22. *in pr. & §. 1. eod.* nisi malis Marcellum intelligere de pacto inito cum creditore de non petendo ab ipso filio, post mortem patris: quo casu nemo dixerit pacti exceptionem posse acquiri patri, aut heredi patris. At ne quidem filio, cùm quod filius pacisci tur perinde habeatur ac si pater ipse pactus esset *l. 45. in pr. & §. si quis ita. de ver. oblig.* quasi vox filij sit vox patris. *§. si quis alij. in fi. de inutil. stip.* Sola igitur doli exceptio potest filio quamuis heredi patris superesse. Et hanc interpretationem longè probabiliorem arbitror.

19 ¶ Hodie [o] tamen ita demum pactio huiusmodi creditoribus obest, si conuenerint in vnum [p], & communi consensu declarauerint, quota parte debiti contenti sint: si verò dissentiant, tunc prætoris partes necessariæ sunt [q], qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem [r].

Ad §. 19. Hodie tamen.

o *Hodie.* i. post rescriptum D. Marci, quod sic loquitur, quasi omnes creditores debeant & in vnum locum, & in vnam sententiam conuenire. *l. rescriptum.* 10. *inf eo.*

p *Si conuenerint in vnum.* Ratio dubitandi. Cuilibet creditori licitum est de iure suo pacisci, ita vt sibi soli non etiam cæteris creditoribus vel prosit vel noceat. *l. pactum inter* 46. *j. b. t. l. pe. C. eo.* Quid enim attinet aliorum consensum expectare, quibus neque prodesse alterius pactum debeat, neque nocere? *l. si vnus.* 27. *§. pacta. in fi. j. eo.* Ratio decidendi. Id quidem olim obtinebat: sed postea visum fuit D. Marco melius fore, si prouideretur, vt communi creditorum omnium consensu res ageretur: ne tam facilè aut heres, aut aliquis ex creditoribus decipiatur in quæstione illa facti: Quid & quantum sit in hereditate. Vnita enim creditorum omnium diligētia certiùs explorari possunt vires hereditatis, vt è contrario credendum est diligentiorem fore heredem in sibi cauendo, & prospiciendo, cùm videbit sibi rem esse cum creditoribus omnibus, eandémq. quod ad omnes pacisci rationem seruandam esse. Plerumque autē necessarium est creditoribus & legatariis ita pacisci cū herede, vt is aliquo præmio inuitetur ad adeundam hereditatem. Missio namq. in possessionem, & venditio bonorū, cuius remedio alioqui succurrendum esset creditoribus, ex edicto. De *reb. aut. iudi. poss. velvenun.* lōgas moras, magnósque circuitus habere solet: ita vt creditores sibi vtilius esse putent deferre conditionem heredi, vt in *l. cum hereditate.* 55. *de acq. her.* adeóq. interdū ei mandare, vt ipsorum periculo adeat. *§. prox. præced. vers idem & in extraneo. l. si hereditatem.* 32. *j. mand.* Legatariis autem hoc magis necessarium olim erat, itémq. fideicommissariis, qui omniū sibi relictorum iacturā facturi erant, si hereditas non adiretur. *§. quantitas. in fi Inst. de l. Fal.* Hodie non est necessarium, cum ex *Nou. Iust. Constit. 1. de hered. & Falcid.* permissum sit etiam legatarus hereditatem adire, herede recusante.

q *Prætoris partes necessariæ erunt.* ne alioqui creditores inter se dissentientes se inuicem impediant. Difficile enim est, vt cogi possint ad consentiendum, qui vltro dissentire nolunt. *l. huiusmodi.* 84. *§. fi. de leg. 1. l. quotiens duob.* 34. *de vsufr. l. interest enim.* 5. *de liber. caus.*

r *Sequetur maioris partis voluntatem.* Ratio dubitandi. Quod ad omnes pertinet, vt singulos ab omnib. & singulis approbari debet. *l. vlt. C. de ant præst. l. in concedendo.* 8. *& l. si autem plures.* 10. *de aq. plu. arc.* Ergo cùm per huiusmodi pactum agatur de minuendo iure creditorum omnium, voluntas singulorum exquirenda, & quod ad singulos sequenda est. Ratio decidendi. Omnium quidem, & singulorum voluntatem exquirere prætor debet, eorum s. quorum exquiri potest, i. qui sunt presentes, & quorū præsentia possit alios habere in ipsorum sententiam *l. item si vnus.* 17. *§. vlti. de recep. qui arbit. l. vlt. §. vbi autem. vers. nisi adhuc. C. de bon. quæ libe.* Sed non omnium voluntatem sequi prætor potest, cum inter se dissentiunt: ne alioqui impediant prætorem, sicut mutuò se impediunt. Itaque cogit nos rei necessitas hoc casu, vt quod à maiori parte factum est, ab omnib. factum videatur, vt & in *l. 3. & 4. quod cuiusq. vniu. nom.* Sic & in edicto De *reb. aut. iud. poss.* cùm vnus ex creditoribus mittitur in poss. bonorum debitoris, omnium creditorum etiam absentium nomine missus intelligitur, vt non tam personæ solius petentis, quā creditoribus omnibus, & in rem permissum videatur bona debitoris possidere *l. c ū vnus ex creditoribus. in fi. de reb. aut. iud. possid.* Adeò id agit prætor, vt creditoribus omnibus ex æquo consulatur.

8. PAPI-

8. Papinianvs lib. 10. Responsorum.

MAiorem esse partem, pro modo debiti, non pro numero personarum [a] placuit, quòd sit: æquales sint in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorū [b] præferdus est: in numero autem pari creditoruin, auctoritatē eius sequetur prætor, qui dignitate inter eos præcellit [c]. sin autem omnia vndique in vnam æqualitatem cōcurrant, humanior sententia [d] à prætore eligenda est: hoc enim ex Diui Marci rescripto colligi potest.

Ad l. Maiorem 8.

a *Non pro numero personarum.* Ratio dubitandi. Prætor cogitur sequi maioris partis voluntatem. *§. vltim. & l prox.* Atqui voluntas non est crediti, sed personarum creditorum. Maior ergo pars æstimanda est pro numero personarum, non pro debiti quantitate. Ratio decidendi. Iniquum esset voluntatem vnius ex modica fortè portiuncula creditoris præiudicium facere cæteris creditoribus. *l. si autem plures.* 10. *de aqua pluuia arcend.* Ergo inter creditores æquum est illum præferri, qui maioris pecuniæ sit creditor, vt & in *l. cùm bona veneunt.* 16. *de rebus autorit. iudic possid. ali. l* 1. *de pruil. credit. l. si plures heredes.* 14. *depositi.* Quid ergo si vnus tantæ pecuniæ sit creditor, quanta cæteris omnibus creditoribus simul iunctis non debeatur? An faciet ille solus maiorem partem creditorum? Est quidem hoc duriusculum, quod ad sonum verborum: sed tamen faciet, quia facit maiorem partem crediti.

b *Plurium numerus creditorum.* Nam vbi cætera sunt paria, nihil est quod melius dicere possimus, quàm præualere numerum creditorum. Cùm enim plus suo quisque iudicio tribuat, quàm alieno, tandem eò decurrere cogimur, vt quoties de re aliqua plures sententiam dicere necesse est, numerandæ sint sententiæ, non ponderandæ. Quod iam olim Plinio durum quidem, sed tamen necessario tolerandum videbatur.

c *Qui dignitate inter eos præcellet.* Cæteris enim paribus plus auctoritatis habere debet, qui plus habet dignitatis. vnde solent ista coniungi, vt in *l. 3. §. eiusdem vers. alias dignitas, & autoritas. iunct. l. ob carmen famosum.* 21. *§. vlt. j. de testib.*

d *Humanior sententia.* Ea est res quæ meliorem conditionem defert heredi, vt quanto minus creditoribus soluturus est, tanto facilius inuitetur ad hereditatis aditionem. Generaliter enim humanior & benignior interpretatio in dubio capienda est. *l ea, quæ in partes.* 192. *§. 1. de regulis iuris.* Alio sensu dicitur sententia humanior, quæ fauet testamento, vt in *l. si pars iudicantium.* 10. *de inoffic. testam. aut quæ libertati. l. lege Iunia.* 24. *de manumit. lege inter pares.* 38. *de re iudic.*

9. Pavlvs libro 62. ad Edictum.

SI plures sint, qui eandem actionem habent, vnius loco habentur. ¶ Vt putà plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarij, quorum nomina simul facta sunt: vnius loco numerabuntur, quia vnum debitum est. ¶ Et cùm tutores [a] pupilli creditoris plures conuenissent vnius loco numerantur: quia vnius pupilli nomine conuenerant. ¶ Necnon & vnus tutor plurium pupillorum nomine vnum debitum prætendentium [b], si conuenerit, placuit vnius loco esse: nam *difficile est, vt vnus homo duorum vicem sustineat.* nam nec is, qui plures actiones habet aduersus eum, qui vnam actionem habet, plurium personarum loco accipitur.

Ad l. Si plures 9.

Ratio dubitandi. Cùm plures sint rei debendi, licèt vnum duntaxat sit debitum, & vna obligatio. *l. 3. §. 1. de duobus reis.* nihilominus in cuiusque persona propria singulorum consistit obligatio. *l. eandem rem. 9. §. 1. eodem titulo.* Ergo singulorum personæ sunt numerandæ, non omnes pro vno habendi. Ratio decidendi. Plurium correorum stipulandi vnicum debitum est, & vnica obligatio, quæ tollitur vnica solutione. *dicta l. & tertia. §. primo. & passim illo titulo.* Non ergo quot personæ sint creditorum sed quot debita sint inspiciendum est. Idem iuris est in pluribus argentariis, quorum nomina simul facta sunt. Omnes enim vnius loco numerabuntur, quia similiter vnum debitum est: Eáque nominum obligatio dicebatur, cùm ex mensæ scriptura pecunia numerabatur.

a *Et cùm tutores.* Ratio dubitandi. Plures tutores vnius pupilli, eiusdémque creditoris, licèt vnam eandémque personam repræsentent, re vera tamen plures sunt, & omnes utelam gerere coguntur, ne qui non gesserunt, ex facto aliorum qui gesserunt conueniantur. *lege 1. & 2. Codice si tutor vel curator non gesser. leg. vltim. Cod. de autorit. præst.* Ergo non vnius, sed plurium loco haberi debent.

Ratio decidendi. Vnius loco numerantur, quia vnius pupilli nomine conuenerunt: nec nisi vnum creditum, & vnus creditor est. Nam si plures quoque creditores vnius loco sunt, cùm vnum creditum est vt in correis credendi, & pluribus argentariis diximus, quanto magis idem dicendum est, cùm neque plura sunt credita, neque plures creditores vt in tutoribus?

b *Plurium pupillorum nomine vnum debitum prætendentium.* Credo locum esse corruptum, & pro *nomine*, legendum esse *non*, hoc modo, & sensu, vt vnus tutor plurium pupillorum, quamuis non vnum debitum, sed multiplex & ex alia atque alia causa prætendentium, si conuenerit cum cæteris creditoribus ad pacisendum cum herede, vnius loco sit. Nam si poneres plures illos pupillos non nisi vnum idémque debitum prætendere, putà quod essent ipsi correi credendi, vel heredes correorum credendi, poterat sufficere ratio, quam Paulus in pluribus correis credendi;

& argentariis expresserat: quòd vnum sit debitum, & vna obligatio. Essétque casus multo minùs dubitabilis in tutore, cuius persona re vera vnica est, quàm in correis credendi, qui re vera plures sunt: nec proinde esset bona ratio, quam Paulus adfert, quòd difficile sit vt vnus homo duorum vicem sustineat. Nam & in ipsis pupillis, qui re vera plures sunt, ipsa personarum diuersitas non faceret, quin vnius personæ loco haberentur, si vnicum debitum esset. Cur non ergo liceat tutori sustinere personas plurium, qui ipsi plures vnius loco habeantur? Aut cur non ipse quoque hoc casu multo magis vnius loco habeatur? Idque & Cuiacius fatetur, qui rationem hanc Pauli remotiorem & truncatam esse scribit. At cùm ponimus plura esse debita, quæ plurium pupillorum nomine prætendantur ab vno eodémque tutore, non alia ratio facere potest, vt vnus ille tutor vnius loco sit, quàm quia difficile est vt vnus homo plurium vicem sustineat. Ratio dubitandi. Imò fit plerumque vt vnus & idem homo plurium personas planè distinctas gerat. *l. si pater familias. 15. §. 1. versic. facit enim hoc quasi quilibet, non quasi auus. supra de adoptionibus. l. idem. 6. in princ. quod cuiusque vniuersitatis nom. l. debitor. 59. §. vlt. ibi non quasi heres, sed q uasi mater. ad Senatusconsultum Trebellianum. l. si reus. 13. de duobus reis. l. si duo. 93. ante fin. de solut.* Et hoc ipsum euenire necesse est, quoties vnus & idem tutor plures diuersásque plurium pupillorum tutelas gerit. *§. item tria. Inst. de excus. tutor. l. accipientis. 15. de autor. tutor.* Ratio decidendi. In his quæ vel ex personis pupillorum, vel ex causa patrimonij æstimanda sunt, plurium sanè personas sustinet, qui plurium pupillorum tutor est: aut qui alia de causa duplex ius habet. Sed in his quæ ab ipsa tutoris persona dependent, non potest fieri, vt cùm vna tantùm persona sit, plurium vicem sustineat. Eiusmodi verò est id de quo tractamus: quia pertinet ad exquirendam sequendámque voluntatem tutoris, quasi creditoris: porro vna tantùm non multiplex tutoris huius voluntas esse potest: neque verò probè possit aliter, quod ad vnum ex pupillis, aliter quod alium sentire, cùm & in seipso teneatur seruare pactum, quod ipse cum aliis fecerit, si fortè idem ille sit etiam proprio nomine creditor. *leg cùm in eo esset. 44. infra hoc titu. l. cùm hereditas. 59. de administrat. tutor.* Pro vno igitur haberi debet, non pro pluribus, non solùm si plures tutelas gerat, sed etsi proprio nomine creditor proponatur. Adeò difficile est, vt vnus homo duorum vicem sustineat. Idque confirmat Paulus eleganti ratione *Nam nec is*, inquit, *qui plures actiones habet, pluriumpersonarum loco accipitur aduersus eum*, id est, in comparationem eius, *qui vnam tantùm actionem habet.* Sic enim locus hic construendus & explicandus est. argum. *l cùm bona. 16. de rebus autoritate iudic. possidendis. aliàs l. 1. de priuileg. credit.* Cur verò plurium personarum loco non habetur is, cui plures competunt actiones ex variis causis proficiscentes? Non alia vtique ratione, quàm quia plurium vicem sustinere non potest. *l. pupillus. §. pupillus. de autorit. tut. l. nemo. 14. §. 1. C. de adsess. l. constitutio. 27. C. de procurat.* Idem ergo est etiamsi non tantùm plurium pupillorum, sed etiam plures tutelas quis gerat. Progreditur Paulus à minùs difficilibus ad difficiliora, id est, ab eo casu, quo sit vnum debitum, ad eum casum, quo sint plura debita. Errori verò, quem emendamus causam dare illud potuit, quod veteres exscriptores scribebant *nomine* his quatuor literis *noie*, quę non multum distant à tribus illis, quibus exprimitur dictio *non*. Putauit autem librarius defuturũ aliquid præcedentibus verbis *plurium pupillorum*, nisi adderetur *nomine*, nec animaduertit referri ea verba ad præcedentem dictionem *tutor*, & ab ea recipere constructionem.

1 ¶ Cumulum debiti & ad plures summas referemus, si vni fortè minutæ summæ centum aureorum debeantur: alii verò vna summa aureorum quinquaginta. nam in hunc casum spectabimus summas plures: quia illæ excedunt in vnam summam coadunatæ.

Ad §. 1. Cumulum.

Ratio dubitandi. Non fit coacernatio summarum quoties disputatur de modo iurisdictionis. *l. si idem cum eodem. 11. §. de iurisd.* Ergo neque in hoc casu fieri debet, cum quæritur, cui ex creditoribus maior pecuniæ quantitas debeatur. Ratio decidendi. Sunt isti casus valdè differentes. Nam in *d. l. si idem 11.* non fit coacernatio summarum, ne fiat incompetens iurisdictio, quæ alioquin esset competens, & quam publicè interest manere competentem potius, quã fieri incompetentem. Hîc verò fit coacernatio, quia tractatur de iure creditorum minuendo in vniuersum, id est, quantum ad ea omnia, quæ singulis creditoribus debentur. Maiorem ergo rationem haberi conuenit illius, cui maior pecuniæ quantitas debetur, quia magis eiusdem interest. Porrò plus debetur ei quoque, cui plures summę debentur, & maiorem ille iacturam ex summarum omnium deminutione sensurus est, tantam scilicet, quantam sentiret si vnica debiti summa esset. Omnes igitur summas coacernari æquum est, vt eius cui plus debetur, præcipua ratio habeatur.

2 ¶ Summæ autem applicare debemus etiam vsuras.

Ad §. 2. Summæ autem.

Ratio dubitandi. Vsuræ vt plurimum non tam obligationis iure debentur, aut ab obligatione proficiscuntur, quam officio iudicis applicantur. *l. quæro 54. in pr. ff. locat.* Vnde fit vt sublata obligatione & sorte principali, ipsæ quoque deberi, aut potius peti posse desinant: quia officio iudicis nullus potest locus superesse, si nulla superstet actio circa quam exerceatur. *l. qui per collusionem 49. §. 1. de act. emp. l. centum Capuæ 8. de eo quod cert. loc. l. 4. C. depos. l. vlt. in fi. pr. C. de vsu rei iud.* Ratio decidendi. Vsuræ tum quoque cùm officio iudicis præstantur, debentur quam accessiones sortis, & summæ principalis: adeò vt pignus pro sorte ipsa obligatum, etiam pro vsuris obligatum intelligatur. *l. Lucius Titius. 18. qui pot. in pig. hab.* Vsurarũ ergo rationem haberi quoque oportet, earúmque coacernationẽ fieri, cũ quæritur quantũ debeatur: & quis ex creditoribus maioris quantitatis sit creditor. Nam & cùm solutio fit si conueniat vt ea in sortem & in vsuras cedat, priùs tamen in vsuras cedit, quàm in sortem. *l. in his verò 5. §. & l. seq. de solut.* quamuis dici soleat vsuras non tam propter lucrum perentium, quàm propter moram non soluentium infligendas esse. *l. cum quidam 17. §. si pupillo. de vsur.*

IO. VLPIANVS

10. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

Rescriptum autem Diui Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant conuenire. Quid ergo si quidam absentes sint[a]? num exemplum præsentium absentes sequi debeant? Sed an & priuilegiariis absentibus[b] hæc pactio noceat, eleganter tractatur, si modò valet pactio contra absentes. Et repeto, an formam à Diuo Marco datam Diuum Pium rescripsisse, fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet[c], & cæteros priuilegiarios exemplum creditorum sequi[d] oportere. Hæc enim omnia[e] in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conseruanda sunt.

Ad l. Rescriptum. 10.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ *ad §. vlt. l. iurisgentium. 7. §. eo. vbi dixi.*

a *Quid ergo si quidem absentes sint.* Ratio dubitandi. Res inter alios acta aliis nocere nec potest, nec debet. *l. 1. & tot. tit. C. res inter alios act. aliis non nocer.* nisi saltem fuerint euocati, qui absentes erant, & noluerint venire: ita vt eorum contumaciam pro præsentia haberi oporteat. *l. etiamsi patre. 29. §. vlt. de minor. Auth. quia in prouincia. verf. sed si nec ipse. C. vbi de crim. agi oport.* Ergo nihil iis absentibus & inauditis fieri debet, vt quod omnes tangit, ab omnibus adprobetur. *l. vl. C. de autor. præst.* præsertim cùm eorum præsentia potuerit alios in aliam trahere sententiam. *l. item si vnus. 17. §. vlt. de recep. qui arbit. recep.* Ratio decidendi. Non debet quorundam absentia nocere præsentibus, & id agentibus quantum possunt, vt sibi consulant, nec sibi tantùm sed creditoribus quo que omnibus, etiam absentibus: vt vel nullam, vel quoad fieri poterit minimam debiti iacturam patiantur. Quis enim credat præsentes sibi nocere voluisse, vt absentibus quoque nocerent? Cùm id agi D. Marcus voluerit, vt creditorum omnium eadem conditio constitueretur. Imputare ergo sibi debent, qui absentes fuerunt, cur non diligentiores fuerint, & vigilantiores. Iura siquidem scripta sunt vigilantibus *l. quod autem. 6. §. sciendum. & l. pupillus 24. in fi. qua in fraud. credi. l. non enim 16. ex qui. caus. maior. l. summa. 21. de pecul.* vt sit aliqua inter desides, & vigilantes differentia. *l. 2. C. de annal. excep.* Sanè non dubito quin absentes & euocandi sint, & per aliquod tempus expectandi, si periculum non sit in mora, & constet eos non tam propria negligentia, quàm rerum suarum necessitate, iustáve ignorantia impediri, ne adsint. Quo facto si absentes esse perseuerent, exemplum præsentium sequi coguntur, nec vlla fit iis iniuria, sed fauor potius, cùm eis indulgetur, vt à præsentibus facta conuentio ipsis quoque prosit, & ex pacto alieno res ipsorum in tuto collocetur: quod ex iuris ratione esse non deberet. *l. si vnus. 27. §. pacta in fin. ff. eod.* Denique in rem non in personam pacisci intelliguntur ij, qui cùm præsentes sint, vt & cùm vnus ex creditoribus mittitur in possessionem bonorum debitoris. *l. cùm vnus. 12. de re. d. autor. iud. possid.*

b *Sed an & priuilegiariis absentibus.* Priuilegiarij sunt, quibus debetur ex causa tam fauorabili, vt cæteris creditoribus chirographariis, & personalem tantùm actionem habentibus sint præferendi: putà ex causa dotis, depositi funerarię, & aliis, de quibus *in posteriore parte titu. De reb. autor. iudic. possid.* vnde sumptus & effictus est in *vulg. editione titul. De priuil. leg. credit.* Ratio dubitandi. Priuilegiarij creditores cæteris fauorabiliores sunt, ideóque nimirum priuilegiarij appellantur: Ergo non est cæteris creditoribus quantumuis præsentibus permittendum, vt priuilegiariis noceant, siue in totum, siue in aliquam vel minimam debiti partem, ne alteri per alterum iniqua conditio inferatur. *l. non debet. 74. de reg. iur.* Ratio decidendi. Pactum creditorum præsentium nõ minuit aut tollit priuilegiũ absentium. *l. 58. §. 1. mandat.* sed minuit dũtaxat quantitatem iis debitam, ad eũ modũ, quo & eam quæ præsentibus debetur. Cæterum vsque ad conuenientem quantitatem priuilegiariis prius satisfiet, post eos cæteris. Nihil ergo causæ est cur non priuilegiarij quoque cæterorum exemplum sequi debeant: nimirum si non malint contenti esse suo priuilegio. *d. l. 58. §. 1.* Alioqui non est permittendum, vt inuitis iis auferatur vlla ex parte priuilegium, quod habent: cùm dici possit, quanto posterior quis est in ordine debiti portione: quasi putet parum aut nihil sua interesse, vt maiore ex parte remittat debitum, cuius nullam speret consequi posse portionẽ ob priuilegiarios creditores à quibus anteuertatur. Contrà verò interesse priuilegiariorum, vt vel nulla, vel minima debiti portio remittatur: cùm propter priuilegium, quod habent, parum absit, vt non æquè sint securi, ac si haberent hypothecam. Et ob has nimirum rationes fatendum est cum Vlpiano maiorem fuisse dubitandi causam in priuilegiariis creditoribus, quàm in cæteris. Sed non idcirco aliud ius in iis cõstituendum fuit eo casu quo malint prætoris decretum desiderare, quàm priuilegio suo esse contenti. *d. l. si præcedente mandato. 58. §. 1.* quia tanto digniores sunt cæteri non priuilegiarij, quibus succurratur, i. quibus permittatur sibi consulere, & pacisci priuilegiariis quoque absentibus, dum ne quid dolo malo fiat. Nam etsi priuilegiarij adessent, ac prætoris decretum cum cæteris desiderarent: non tamen maior eorum autoritas esse deberet, quàm aliorum quibus maior quantitas licèt posterioribus in ordine deberetur. Imò tanto minor, quanto minùs ipsorum, quàm cæterorum interesse videretur. Sed tamen locus hic totus à Triboniano corruptus est, vt postea dicemus.

c *In his casibus, in quibus hypothecas non habet.* Ratio dubitandi. Fiscus semper habet ius tacitũ pignoris. *l. aufertur ei. 46. §. fiscus. de iure fisci. legẽ 2. Cod. in quibus causis pign. tacit. contra. l. vltim. C. de priuilegio fisci.* Ergo nullus casus est in quo non habeat hypothecam, saltem tacitam. Ratio decidendi. Fiscus in omnibus suis contractibus habet ius tacitæ hypothecæ, sed non quoties in alicuius priuati ius succedit, licèt ex quo tempore successit, incipiat suum habere priuilegium quod ad cæteros creditores postea superuenientes. *l. fiscus cùm in priuati. 6. de iure fisci. iunct. l. in facto. 60. §. 1. de cond. & demonstr.*

d *Exemplum creditorum sequi.* Eleganter Vlpianus ita loquitur, vt intelligamus non tam pactum, quàm exemplum creditorum præsentium absentibus nocere. Itaque si absentes, qui postea superuenient, solidum petant, non possunt repelli exceptione pacti cum præsentibus interpositi, quomodo repellerentur si ipsi pacti essent: scilicet violetur iuris & ciuilis & prætori regula, quæ non patitur, vt conuentio cum alio inita, alij noceat vel prosit. *l. si vnus. 27. §. pacta. versante omnia. j. eod.*

e *Hæc enim omnia.* Totus hic versiculus mihi suspectus est, sicut & quod paulo ante scriptum est, *in his casibus, in quibus hypothecas non habet*: mihique videtur sapere Tribonianum. Primum quia raro iureconsulti nostri de hypotheca loquuntur, cùm possint vti nomine pignoris, etiamsi de pignore tacito sentiant, præsertim cùm de fisco loquuntur, vt *in dicta leg. aufertur ei. 46. §. fiscus de iure fisci. d. l. vlt. C. de priuil. fisc.* At de hypothecis in plurali nunquam, maxime verò, si de vno creditore tractent. Deinde quod hic dicitur, *conseruanda sunt*, pro *seruanda* vel *obseruanda*, mihi certe nouum & inauditum est. Præterea, quia incipit Tribonianus à quæstione, vt solet, nec certi quicquam audet respondere, quasi non modò dubius, sed etiam mentienti similis, aut mox mentituro. Postremò, quia falsum est rescriptum Diui Marci ad creditores hypothecarios non pertinere. Quidni enim fieri posset, vt ij quoque desiderent decretum prætoris, si forte putent sua interesse, vt adeatur hereditas, & habeant quem pro parte debiti actione personali conueniri possint potius, quàm vt quasi Seruiana experiantur contra pignorum possessores. Præsertim hodie, postquam nouo Iustiani iure inductum est, vt tertius pignorum possessor habeat exceptionem ordinis, & non factæ excussionis. *Authen. hoc si debitor. C. de pign.* Idque fieri: quotidie videmus, cùm argentarius aliquis foro cedit, vt etiam ij de portione debiti remittenda pacisci cogantur, qui habent obligata pignori omnia debitoris bona. Exemplum est in *d. l. si præcedente. 58. §. 1. j. mandat.* vbi non dubitatur quin creditor, qui pignus acceperat, si adfuisset cū cæteris qui decretū prætoris desiderauerant, & portionē debiti tulerant, potuisset repelli exceptione pacti, si totum petere postea vellet. Illud sanè verum est, quod ibidem scribitur, potuisse illum si adfuisset non desiderare decretum prætoris: nempe si pignore suo contentus esse maluisset. Et hoc sensu defendi potest formam à Diuo Marco præscriptam ad creditores pignoratitios non pertinere. Sed eodem modo dicendum erit nec ad priuilegiarios pertinere, quia non magis permittendum est creditoribus præsentibus, vt absentium priuilegia tollant, vel minuant, quàm vt pignoris ius, si quod habent iis auferant. *d. l. si præcedente. 58. §. 1.* vbi ob hanc causam Paulus eandem pignoris & priuilegij rationem hac parte constituit. Ergo falsum est quòd hîc scribitur ante formam à Diuo Marco præscriptam, Diuum Pium rescripsisse, fiscum quoque in iis casibus in quibus hypothecas non habet, & cæteros priuilegiarios exemplum creditorum sequi oportere: nisi fortè cum Iac. Cuiac. dicere volumus, Paulum cuius ea lex est ignorasse rescriptum Diui Pij ab Vlpiano hîc relatum. Quod tamen prorsus improbabile est: sicut & quod idem vir doctissimus separat rationē iuris à rescripto Imperatoris. Etsi enim non semper Imperatorum rescripta cum ratione iuris consentiunt, tamen postquam aliquid Imperatoris rescripto constitutum est, cùm rescripta faciant partem iuris, non est dubitandum responderi contra rationem iuris, quicquid aduersus rescripta Imperatorum respondetur, nec magis hoc quàm illud prudentibus vnquam licuisse: imò multo minùs, quia de iuris ratione dubitari interdum potest, at de veritate rescripti, quod omnibus notum sit probabiliter dubitare non potest is qui se Iurisconsultum audeat dicere. An ergo dicemus rescriptum illud Diui Pij, cuius hîc meminit Vlpianus, planè commentitium esse, & Triboniani ingenio excogitatum? Non quidem ausim tam iniquus esse in Tribonianum, sed hoc tamen possum verè dicere, corruptum ab eo fuisse rescriptum Imperatoris, vt & alia tam multa, & ad alios casus de quibus Imperator nunquam cogitauerat, protractum. Nam cùm Diuus Pius hoc tantum rescripsisset, fiscum quoque in his casibus in quibus hypothecam aut potius pignus nō habet exemplum creditorum sequi oportere, addidit ille de suo vt solet, *& cæteros priuilegiarios.* Motus, vt credibile est, ex eo quod Paulus in sententiis scribit, Priuilegium fisci præcipuum esse, vt cæteris creditoribus omnibus præferatur, quibus etiam respublica creditrix præferretur. *l. pe. §. 1. de reb. autorit. iud. possid.* quæ tamen nunquam fisco præfertur. nisi eo casu quo etiam priuati præferrentur *l. si pignus. 8. qui pot. in pign. hab.* Inde namque factum est, vt non dubitauerit Tribonianus, quod Diuus Pius contra fiscum rescripserat, producere ad cæteros priuilegiarios creditores: nec animaduertit rescriptum D. Pij ad eum casum restringi debere, quo fiscus priuilegium nullum habeat, id est, quo sit ille creditor non iure fisci, sed iure priuati creditoris chirographarij, in cuius locum successerit. Alioqui non posset fiscus taciti pignoris ius non habere. *dict. l. aufertur ei 46. §. fiscus. de iure fisci.* Porrò cùm fiscus in ius tantùm priuati & chirographarij, nec priuilegiarij creditoris locum succedat, non est ipse priuilegiarius, nisi quantum ad posteriores creditores, id est, qui postea superuenerunt. *d. l. fiscus. 6. eo. tit.* quorum quippe respectu licèt reperiatur prior tempore, non ideo tamen semper potior esse iure, si priuilegium non haberet, quia creditorum personalium priuilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa. *l. priuilegia. 32. de reb. aut. iud. possid.* Ergo non fuerunt hac parte creditores priuilegiarij comparandi fisco priuilegium nullum habenti. Et verò nihil in rescripto dictum fuisse de creditoribus priuilegiariis ex eo apparet, quod subiicitur, *exemplum creditorum sequi oportere.* Nam si de creditoribus priuilegiariis aliquid rescriptum fuisset, subiiciendum erat *exemplum cæterorum*, aut *exemplum præsentium* non vt scriptum est, *exemplum creditorum.* Quasi verò & cæteri priuilegiarij non sint creditores. Atqui, inquies, etiam fiscus est creditor, cùm successit locum creditoris. Fateor, sed cùm habeat magis proprium & speciale nomen *fisci*, nihil absurdi est, si quis rescripti verbi vsus dicat, *fiscum exemplum creditorum sequi oportere*: cùm tamen absurdum fuerit dicere, *alios creditores priuilegiarios, qui absentes fuerunt, exemplum creditorum sequi oportere.*

1 ¶ Si

1 ¶ Si pacto subiecta sit pœna stipulatio quæritur, vtrùm pacti exceptio locum habeat, an ex stipulatu actio. Labinus putat, quod est verius vtraque via vti posse, prout elegerit qui stipulatus est. Si tamen ex causa pacti exceptione vtatur, æquum erit, accepto eum stipulationem ferre[a].

Ad §. 2. Si pacto.

Ratio dubitandi. Qui idem pacti rupit, non solùm exceptione pacti summouetur, sed & pœnam quam si contra placitum fecerit stipulanti rectè promisit, præstare cogendus est *l pen. j. de transact.* Alioqui stipulatio pœnalis vel inutiliter adiecta videbitur, cū circa eam æquè futurum erat, vt pacti exceptionem stipulator habiturus esset: aut quod absurdius erit, in damnum ipsius stipulatoris si admitti exceptionem pacti eo casu, quo velit ille pœnam persequi ex stipulatione. Stipulatio enim pœnalis interponitur, quo magis, non quo minùs pactum teneat. *l. si pacto. 14. C. h. tit. iunct. l. 3. §. si emancipatus. de bon. possess. cont. tabu. l. legata inutiliter. 14. de adim. legat.* Vnde etiam est quod dici solet stipulatione pœnali nō nouari præcedentem obligationem. *d. l. si pacto. 14. C. h. t. l. prædia. 28. de act. emp. l. si quis à socio 41. l. duo societatē 71. pro socio l. qui Romæ. 122. §. vlanius de verb. obl.* ne stipulatio fauore solius stipulatoris interposita in ipsius odiū retorqueatur contra. *l. nulla. 25. §. de legib. l. 6. C. eod.*

Ratio decidendi. Multum interest an stipulatio pœnalis pacto subiecta sit, cum illa clausula, *rato manente pacto*, an verò simpliciter, & nulla retinendi pacti facta mentione. Priore casu locum habet, quod diximus ex *d. l. pen. de transact. l. ita stipulatus sum. 115. §. vlt. vers. quod sine dubio. de verb. obli. l. cùm proponas. 17. C. de transact.* Posteriore verò non item, quia non solet stipulatio pœnalis subiungi pacto vt stipulator & commodum pacti per exceptionem & pœnam in stipulationem deductam per actionem consequatur, sed vt alterutrum conueniat. *l. 12. §. si mulier. de pac. dot.* id est, vel vt metu pœnæ fiat quod pacto cōprehensum est, vel vt si non fiat præstetur pœna. *d. l. si pacto. 14. C. h. tit. l. vt responsum. 15. l. vbi pactū. 40. C. de transac.* Ita fit vt neque pœnalis stipulatio frustrà interposita dici possit, neque ad nouandum pactum. Tantum abest, vt nouare posset stipulationē, si qua præcessisset. Vtique enim facilior esset pacti, quàm stipulationis nouatio. Aliud est, si stipulatio non sit pœnalis, sed tamen comprehēdat certam summam pro taxatione eius quod interest, ne stipulator probandum habeat quanti sua interfuit ex consilio I. C. *in l. vlt. de præt. stip.* præcedente scilicet stipulatione, quę factum contineat, & ex qua præstandum sit id quod interest. Tunc enim fit quasi nouatio prioris obligationis, posteriore eam in se trāsferente. *l. obligationes. 44. §. vl. de oblig. & act.* Quo loco abutuntur nimis euidēter, qui ex eo inferūt, pœnali stipulatione noua fieri præcedentem obligationem: nec illi minùs, qui laborant, vt ad locum illum quasi pro ea sententia valde pugnantem respondeant, cùm ibi nulla prorsus fiat mentio pœnę, cuius tamen adiectio sola facit vt possit debeátque stipulatio dici pœnalis, & cō sequenter vt impediatur, siue nouatio, siue quasi nouatio. Pœna enim esset, damnúmque stipulatoris, non promissoris, si per pœnalem stipulationem obligatio præcedens nouaretur. Et quisquis dicit nouari, is aut quid pœnæ, aut quid nouatio sit, aut neutrum potius intelligit. Est etiam tertius casus, in quo neque pœnalis stipulatio vlla est, neque tamen nouatio fit, licèt certa quantitas in stipulationem deducatur: nempe si nulla præcedat obligatio, sed stipulatio incipiat à conditione hoc modo, *si Pamphilum non dederis, centum mihi dare spondes.* Hoc enim casu Pamphilus non in obligatione, sed tantùm in præstatione est: homine verò non soluto, pecunia tantùm debetur, quoniam voluntas contrahentium illa fuit, vt vel homo solueretur, vel pecunia peteretur. *l. si ita stipulatus sum. 115. §. fin. de verb. oblig.*

a *Æquum erit accepto eum stipulationem ferre.* Opposita nimirum contra stipulatorem doli exceptione; aut in factum, si vtrumque petat, nec alterutro contentus esse velit. *l. 4. §. Labeo ait. 7. de doli except. iunct. d. l. si pater. 12. §. si mulier. de pact. dotal.* Ergo cùm sit necessaria exceptio doli, non negat Vlpianus, imò præsupponit ipso iure commissam esse stipulationem pœnalem, atque ita non pugnat cum Scæuola in *l. qui Romæ. 122. §. vltim. de verborum obligat.* vbi ait non eo minùs committi stipulationem pœnalem ipso iure, quod commodum stipulator senserit pacti, cui subiecta fuerat stipulatio. Nec mirandum est Scæuolam nihil addere de summouendo per doli exceptionem stipulatore, quia nec de eo fuerat interrogatus. Rursum ex eo quod dicimus, Eum, qui pœnam ex stipulatione consecutus est, summouendum esse exceptione doli, si ex pristina obligatione, tanquam quæ nouata non fuerit agere velit: intelligimus, si bonæ fidei contractus fuit in quo pœnalis stipulatio interuenerit, ipso iure tutum esse eum, qui pœnam præstiterit, vt nec vlla egeat doli exceptione, non magis quàm si nouatio prioris obligationis per stipulationem pœnalem facta esset. Nempe si tantum sit in pœna, quāti eius interfuit: *l. si quis à socio. 41. pro socio. l. prædia. 28. de act. empt.* quia bonę fidei iudiciis exceptiones doli cæteræque omnes insunt. *l. 3. de rescindenda venditione. l. sed & si ideo. 21. solut. matrim. l. huiusmodi. 84. §. qui seruum. de legat. 1.* Dices, Quid ergo interest an nouatio facta sit, necne, si propter stipulationem pœnalem prior obligatio bonæ fidei tollitur ipso iure? Respondeo non tolli per stipulationem pœnalem, sed per electionem & consecutionem pœnæ: at nec tum quidem tolli absolutè, sed ita demum si tantùm sit in pœna, quanti interfuit actoris. Alioqui superest actio pristina, ad id quod plus interest actoris: *dict. leg. prædia. 28.* quæ tamen nulla superesset, si nouatio facta esset. Ex quo etiam apparet falsam esse opinionem Zasij *resp. 4.* distinguentis, An obligationi faciendi subiecta sit stipulatio pœnalis, an obligationi dandi, vt priore casu nouatio fiat, non etiam posteriore. Nam in specie *dict. leg. prædia. 28.* cōuenerat in venditione prædiorum, vt emptor aliquid faceret, ac ni faceret pœnam ab eo stipulatus venditor fuerat: nec eo magis tamen nouatio vlla facta esse intelligitur. Nec illa rursus distinctio placet, quàm hîc ponit Cuiacius: an pactum cui subi-

iecta est pœnalis stipulatio factum fuerit de pecunia non petenda, an de re aliqua præstãda. Vt si fuerit de re præstanda, & ei subdatur stipulatio pœnæ; vel etiam, ius quod interest, aut pati debeat promissor secum agi ex pacto nudo, aut inuitus teneatur ex stipulatu. Quam ait ille sententiam esse. *l. nuda.* 5. *C. de contr. & commit. stipul.* Nam subiice pacto nudo stipulationem quantum voles, nunquam tamen assequêris, vt ex pacto nudo agi possit, nec si promissor consentiat, sed ex stipulatione agendum necessariò est. *d. l. si pacto.* 14. *& l petens.* 27. *C. h. t.* & quidem non ad id quod pacto comprehẽsum est, vt fiat: sed ad id quod in stipulationem deductum est. Quid enim aliud est quod ex stipulatione peti possit? Neq; tamen statim consequens est, vt actor præcisè & omninò consequatur quantitatem in stipulatum deductã. Remanet. n. promissori libera facultas præstãdi quod promisit, & euitãdi pœnã vsque ad litem cõtestatam. *l. si insulam* 84. *de ver. obl.* Et ita verù est quod ait *d. l. si pacto.* 4. *C. h. t.* stipulatorem agentem ex stipulatione alterutrum cõsecuturum, vel vt fiat quod nudo pacto conuenit, vel vt pœna præstetur, nõ quasi vtrumque alternatiuè sit eq̃rè in obligatione, & in petitione: (sola námque pœna in ciuili obligatione, & in petitione est.) sed quia non potest præcisè pœna peti, vt nec præcisè in stipulationem deducta fuit, sed sub illa conditione, Si placitis non stetur. Quę conditio licèt existere videatur, & re vera existat statim atque petitum etiam extra ius fuit id quod deductum erat in pactum, nec reus pacto satisfecit, ita vt ex eo die incipiat posse agi ex stipulatu: quandiu tamen lis non est, id est, quandiu secuta non fuit litis contestatio, (nam sine contestatione lis non est, controuersia tantùm est. *l. sed etsi lege.* 25. *§. si ante. infr. de petit. hered.*) potest promissor moram purgare, quod facere nõ potest post litem motam & contestatam. Itaque non nisi post moram & contestatam litem verum est absolutè conditionem stipulationis extitisse, quantum scilicet ad effectum exigendæ omnimodò quantitatis in stipulatum deductæ. An ergo contestatio poterit fieri ex stipulatione nondum commissa? An potius stipulatio scipsam committet: vt alij volunt. Minimè. Prius enim est vt commissa sit stipulatio, quàm vt agi ex ea litisque contestatio sequi possit. Dicendum igitur est in specie *d. l.* nuda, moueri litem non ex stipulatione, sed ex ipso pacto nudo, quippe quod licèt non sit efficax ad agendum neque ad actionem à prætore impetrandam, satis tamen efficax est ad mouendam & contestandam litem apud prætorem: quia licèt nemo possit agere sine actione. *l. 6. §. vlt. de neg. gest.* tamen & petere & litem mouere, & contestari potest etiam sine actione. Si quidem nec actio datur à prætore, nisi post contestationem. Et hoc vnum est in quo decipiuntur omnes nostri interpretes, confundentes, hæc duo *petere* & *agere*, quasi non magis possit quis peti mouendo & contestando litem, quàm agi sine actione. Imò verò petere potest etiam is qui nullum ius, nullam actionem habet: Petere, inquam, de facto, quod sufficit ad implendam conditionem pœnalis stipulationis, quæ conditio sicuti facti est, ita de facto intelligi debet, non de iure, vt dicam ad *l. pen. inf. tit.* Et verò cùm actio non detur, nisi post litem contestatam, frustrà est quærere, an actio aliena cõpetat tempore contestationis, quam vtique non est necesse competere, vt promissor in ius vocari possit, aut litem contestari, cùm is qui aduersarium in ius vocat, aut contestatur, non cùm agat adhuc quàm actionem instituere & petere incipiat, quod meri facti est. *§. omnium. Inst. de pœn. temer. litig. l. amplius.* 15. *rem rat. hab.*

2 ¶ Plerumque solemus dicere, doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis, quosdam denique, qui exceptione pacti vti non possunt, doli exceptione vsuros, & Iulianus scribit, & alij plerique consentiunt: vt putà si procurator meus paciscatur [a], exceptio doli mihi proderit, vt Trebatio videtur: quia putat, sicuti pactum procuratoris [b] mihi nocet, ita & prodesse.

Ad §. 2. Plerumque.

Ratio dubitandi. Quoties pactum interponitur, necesse est vt vel valeat, vel non valeat. Si valet exceptio pacti danda est. *l. iurisgentium* 7. *§. sed cùm nulla. ff. eo.* Si non valet neque doli exceptio danda est: quia non facit dolo, qui non vult seruare pactũ inutile. *l. 1. §. cum qui. de const. pecun.* Ergo nullo casu exceptio doli potest esse subsidiaria exceptionis pacti. Ratio dec. Latiùs patet doli exceptio, quàm pacti: quia ius pactorũ certis regulis cõtinetur, inter quas illa vna est, vt pactum vnius alteri neque prodesse possit, neque nocere. *l. si vnus.* 27. *§. pacta. vers. ante omnia. ff. h. tit.* At exceptio doli nullis nisi æquitatis naturalis finibus coercetur, habéque locum quoties per occasionem iuris ciuilis, aut prætorij, venit quis contra naturalem æquitatem: putà contra factum suum. *l. 1. de doli excep.* Non est igitur nouum vt pacti exceptio locum habere non possit, licèt pactum valeat, & tamen locus esse debeat exceptioni doli. Exempla peti possunt ex *d. l. iurisgentium.* 7. *§. pen. ff. eo.* Addit hîc aliud exemplum Vlpia. Si procurator meus paciscatur tecum ne petas. Nam ex hoc pacto non potest quidem exceptio pacti mihi acquiri, sed acquiretur exceptio doli: hactenúsq. mihi proderit pactum procuratoris mei, quia non minùs dolo facis, cùm venis aduersus pactum à meo procuratore initum, quàm si mecum pactus esses: licèt verum etiam sit pactum cum alio, quàm cum me initum esse, ideòque pacti exceptionem mihi dandam non esse. Alia exempla duo sunt in *l. si cum emptore.*

a *Si procurator meus paciscatur.* Ratio dubitandi. Ex procuratoris mei stipulatione acquiritur mihi interdum actio, saltem vtilis, etiam circa cessionem. *leg. in causa* 27. *in fin. de procurat.* Ergo multò magis ex pacto procuratoris mei acquiretur mihi exceptio pacti, saltem vtilis, quia facilius est vt exceptio, quàm vt actio acquiratur. *l. pacta conuenta.* 72. *de contr. empt. l. 1. in princ. de pign.* Ratio decidendi. Per procuratoris personam, cùm sit libera, nihil omnino acquiri nobis potest, excepta causa possessionis, in qua hoc speciali iure vtilitatis causa receptũ est. *l. 1. & 2. C. per quas pers. nobis acquir. l. per procuratorem.* 8. *C. de acq. pos.* Ergo neq; actio, neq; exceptio. Præterquàm cùm tractatur de stipulatione prætoria, quæ cùm per

cùm per procuratorem meũ interponi possit, mihi quoque vtilem actionẽ potest acquirere. *d. l. in causa* 27. *in fin. & l. seq. de procu.* Alioqui cessione opus est, in eámque rem mandati actione. *l. possessio.* 49. *§. vlt. de acq. poss.* At pactum prætorium nullum est, saltem eo sensu, quo prætorias stipulationes appellamus, nullàque pacti exceptio vtilis. Nam cũ vtilis dicatur actio, quæ datur ex æquitate, pacti autem exceptio, vt & alia quælibet non nisi ex æquitate dari possit, non potest ea distinctio directæ & vtilis exceptionis induci, sed quę ad agendum dicitur vtilis actio ex stipulatu, ea ad excipiendum dicitur exceptio doli, vel in factum, quæ subsidiaria est non tantùm exceptionis pacti, sed etiam aliarum omnium exceptionum.

b *Pactu procuratoris.* Ratio dubitandi. Si procuratoris mei pactum mihi prodesset: Ergo ex pacto mei procuratoris danda mihi esset pacti exceptio, quod tamen proximè negauimus. Et rursum si mihi non prodest, tanquam inter alios initũ. Ergo non est mihi ex eo danda doli exceptio, quod tamẽ hîc Vlp. affirmar. Ratio decidendi. Prodest mihi pactũ procuratoris mei, sed hactenus tantùm, vt pariat & acquirat mihi exceptionẽ doli: quia facit dolo malo, qui venit aduersus propriã conuentionem. At non etiã, vt acquirat mihi exceptionem pacti: quia verũ est pactum inter alios initum esse. Sic & illud intelligendum est, quod hîc dicitur procuratoris mei pactum mihi nocere. Hactenus sc. vt ob id pactum repelli debeam exceptione non pacti, sed doli. Nempe si procurator meus fuit ad negotia, siue ei mandaui specialiter vt pacisceretur, siue rerum mearum omnium procurator fuit, non etiam si ad actionem, id est, ad lites tantùm, vt sequitur in *l. nam & nocere.* 12. *& l. seq. ff. eo.* Aliud esset si pactum initum esset cum seruo meo, *l. si consensit.* 7. *§. sed si. quib. mod. pig. vel hyp. sol.*

II. PAVLVS lib. 3. ad Edictum.

QVia & solui ei potest.

Ad l. Quia & solui. II.

Ratio dubitandi. Adiecto solutionis causa rectè soluitur, etiam inuito stipulatore, quia certam conditionẽ ab initio habuit stipulatio, quam postea immutare stipulator non potuit. *l. vero procuratori.* 12. *§.* alia causa est. *l. aliud est.* 106. *de sol.* Idem est si post stipulationem mãdauerim debitori meo, vt tibi solueret, nisi quod hoc casu possum re integra reuocare mandatum. *dict. l. aliud est* 106. sed & ei qui in mea potestate est solui potest, quod mihi debetur, si non tam obligationis, quàm solutionis gratia pater filij personam in stipulatione comprehendisse videatur, vt in *l. eum, qui ita* 56. *§. qui sibi. de ver. oblig.* aut si pecunia ab eo credita sit. *l. non ideo.* 25. *de nouat.* Et tamen nemini istorum licet paciscendo conditionem meam facere deteriorem, sicuti nec nouando. *l. cui reste* 10. *l. non ideo.* 25. *l. si is cui decem.* 26. *de nouat.* Ergo non est bona ratio, qua hîc Paulus vtitur, vt pactum procuratoris mei nocere mihi debeat, quia & ei solui potest. Ratio decidendi. Ratio & consecutio non semper nec generaliter vera est affirmatiuè, sed negatiuè id est, non vt paciscí possit quilibet, cui solui potest, sed vt non possit paciscí is, cui nec solui potest. At in procuratore bonorum vniuersorum, de quo hîc agitur, bona ratio est semper & affirmatiuè & negatiuè: quia eiusdem potestatis & autoritatis est paciscí, & accipere solutionem, cùm proficiscatur vtrumque ex voluntate illius qui procuratorem dedit. Nam qui omnibus suis negotiis aliquem præponit, intelligitur etiam debitoribus suis mandare, vt procuratori soluant. *l. qui hominem.* 34. *§. si Titium. de solut.* aut cum eo paciscantur: dũ ne quid dolo malo, & diminuendi patrimonij gratia fiat. *l. contra.* 28. *§. si filius. ff. h. t. l.* 17. *§. vlt. de iureiur.* sicut & vt ipse creditoribus soluat. *l. quodlibet.* 87. *de sol. dicam ad l. mandata.* 60. *de procu.*

12. VLPIANVS lib. 4. ad Edictum.

NAm & nocere constat: siue ei mandaui, vt paciscereturª, siue omnium rerum mearũ procurator [b] fuit: vt & Puteolanus libro primo adsessoriorum scribit: cùm placuit: eum etiam rem in iudicium deducere.

Ad l. Nam & nocere. 12.

a *Siue ei mandaui vt pacisceretur.* Ratio dubitandi. Quod fit mandato meo, præsertim speciali, perinde habendum est ac si à meipso factum esset: quia nihil interest an per me quid faciam, an per alium. *l. 5. §. quod si quis de admin. tut. l. si quis id.* 7. *§. vlt. ff. de iurisd. l. 1. §. 1. de eo per quem fac. erit.* Ergo hoc casu danda mihi est ex pacto procuratoris mei exceptio, non tãtùm doli, sed etiã pacti. Ratio decidendi. Quod quis facit tanquam procurator eum obligat illi cuius procurator est, putà vt actionem vel exceptionem quam eo facto suo acquisiit præstare domino teneatur. *leg. possessio quoque* 49. *§. vlt. de acq. poss.* sed non facere potest. vt quod à procuratore gestum est, à mandante re vera gestum dici possit. Alioqui dicendum esset ex procuratoris mei stipulatione, cui specialiter mandassem, vt meo nomine stipularetur directam actionem sine cessione mihi acquisitum iri, quod tamen nemo vnquam dixit, ne Tribonianus quidem. Cùm igitur pacti exceptio possit acquiri meo procuratori, non est quod mihi acquiratur, licèt mãdauerim ei specialiter vt paciscatur. Sed est mihi necessaria exceptio doli, vt dictum est in *§. vlt. l. rescriptum* 10. *ff.* Ea verò mihi acquiritur non per procuratorem, cui sufficit exceptio pacti, sed ex dolo aduersarij mei, qui contra propriam cõuentionem cum procuratore meo initã vult venire. Nam & inde est quod doli exceptio latiùs patet quàm pacti, quia hæc non nisi ex pacto nostro, illa verò ex aduersarij dolo nascitur.

b *Siue omnium rerum mearum procurator.* Ratio dubitandi. Procurator omnium bonorum non potest transigere decidendi causa, nisi specialiter id ei mandatum sit. *l. mandato.* 60. *ff. de procur.* Ergo neque paciscí cùm transactio nihil sit nisi pactum. *l. 1. & pass. ff. tit. prox.* Ratio decidẽdi. Imò potest transigere, cùm possit etiam iusiurandum deferre. *d. l. iusiurandum.* 17. *§. vlt. de iureiur.* Nam & iusiurandum ex delatione præstitum, vim transactionis obtinet. *l. 2. eo. tit.* nisi transactio fiat dolo malo & deminuẽdi causa, vt scriptum est in *l. Lucius Titius.* 46. *§. vlt. de admin. tut. l.* 7. *§. 1. qui. mo. pig. vel hyp. soluit.* Nec pugnat *d. l. mandato* 60. vbi ob hanc causam pro *decidendi*, legendum esse *deminuendi* adfirmauit Cuiacius ad *§. si cui libera. Instit. de rer. diuis.* De quo dicam latiùs ad *d. l. mandato.* 60. *de procu.*

c *Eum etiam rem in iudicium deducere.* Ratio dubitandi. Rem in iudicium deducere solus dominus potest, ne alioqui nullius momenti sit res iudicata, tanquam inter alios iudicata. Vnde est quod vt iudicium ratum fiat solent interponi cautiones de rato, *lege prima, Codice de procuratoribus.* Atqui procurator etiam negotiorum omnium non est dominus, cùm ne quidem litis dominus fiat, nisi per contestationem. *l. procuratoribus* 22. *l. nulla.* 23. *C. eod. tit. de procurat.* Ergo rem in iudicium deducere non potest. Ratio decidendi. Non potest eam in iudicium deducere suo nomine, quia dominus rei non est, sed eius nomine cuius procurator est, potest, adeò vt nec cogatur cauere de rato, cùm proferat mandatum, si modò neque de veritate, neque de validitate mandati dubitetur. *dict. l. 1. C. de procur.* Nam & in eam maximè rem inductus est vsus procuratorum, vt per eos non tantum res nostras defendere, sed etiam actiones exercere possemus. *l. 1. §. eo. all. tit.*

13. PAVLVS lib. 3. ad Edictum.

Sed si tantùm ad actionem procurator factus sit, conuentio facta domino non nocet: quia nec solui potest[a].

Ad l. sed si tantùm 13.

Ratio dubitandi. Is qui in ius vocatur permittendum est, vt dum in ius venitur, possit transigere: ne inuitus iudicium suscipere cogatur. *l. neque impuberes.* 22. *de in ius vocand. l. si rem.* 73. *infra de procurat. l. si debitori meo.* 21. *de iudic.* iunct. *l.* 1. *§.* 1. *inde quæritur. de operis noui nuntiat.* Ergo cui permittitur aduersarium in ius vocare, multo magis permittitur pacisci, & transigere de lite. Quomodo dicimus de iudice, Eum qui condemnandi ius habet, multo magis absoluendi ius habere. *l* 5. *de re iudic. l. nemo qui.* 37. *de regulis iuris. l. cùm fideicommiss. sum.* 7. *de confess.* Ratio decidendi. Potest quidem is qui in ius vocatus est pacisci, vel transigere de lite, si velit, sed cum eo, qui rei & negotij dominus est, non cum procuratore ad litem duntaxat dato. Nec si factus ille sit dominus litis per contestationem, quia aliud est dominum esse litis, aliud verò dominum esse negotij. Indèque est, quod nec solutionem accipere potest: quia nec iudicati actionem habet. *leg. hoc iure.* 86. *de solut.* Egreditur enim ea res mandati terminos, qui diligenter sunt custodiendi. *l. diligenter igitur.* 5 *mand.*

a *Quia nec solui possit.* Ratio dubitandi. Fit dominus litis per contestationem. *l. procuratoribus.* 22. *& l. nulla* 23. *C. de procur.* Ergo & solutionem accipere tanquam dominus potest: præsertim cùm exactio nihil aliud sit, quàm effectus actionis & emolumentum. *l. nam is nullam* 6. *de dolo. l. vltim. §. vlt. quæ in fraudem credit.* vt proinde frustra videatur aliquis mandari actionis si eius exactio mandetur. Ratio decidendi Procurator datus ad agendum sit quidem dominus litis per contestationem, sed non dominus rei & causæ, & negotij. Ergo solutionem accipere non potest, vt nec habere iudicati actionem. *dict. l. hoc iure.* 86. *de solut.* quia cùm per rem iudicatam lis finiatur, si neque appellatio intercesserit, neque appellari amplius possit. *l. & post rem.* 7. *infr. tit. l. 1. eleganter.* 23. iunct. *leg. in summa.* 65. *§. 1. de condict. indebit.* consequens est vt mandatum quoque finiatur, quod ad litem fuerat coarctatum: ac proinde vt si eo tempore procurator solutionem accipiat, verum sit accipere sine mandato. Sed & si durante lite accipiat, idem erit, sed alia ratione: id est, non quia finitum sit mandatum, & quoniam fines mandati hoc excedit. *dict. l. diligenter.* 5. *mandat.* Nec quod in exactione consistat emolumentum actionis ad rem faciat. Alia enim causa est actionis, alia exactionis: nec quemadmodum is qui dat mandatum ad aliquid consequens, censetur mandare illa etiam omnia quæ sunt antecedentia: ita possis è contrario dicere, mandato antecedenti videri mandata etiam consequentia omnia, quoniam vt dicunt logici, posito antecedenti non statim ponitur consequens, quomodo è conuerso posito consequenti ponitur necessarium antecedens. *l. ad rem mobilem.* 56. *l. ad legatum.* 62. *de procur. l. 2. de iurisd.*

1 ¶ Sed si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur. & ideo seruandum erit pactum conuentum[b].

Ad §. 1. Sed si in rem suam.

Ratio dubitandi. Etiam procurator in rem suam verè procurator est, & alieno nomine agit quod agit. *l. qui stipendia. 9. Cod. de procuratoribus.* ideóque nec impedire potest, quominùs is qui directas actiones mandauit, ipse quoque re integra eas exercere possit. *l. 3. Codice de nouat.* & eum cuius procurator est, cogitur inuicem defendere, nisi fortè ex necessitate fuerit factus. *l. si quis.* 31. *§. fin. infra de procuratoribus.* Ergo eadem istius, quę aliorum procuratorum ad lites ratio esse debet, vt pacisci non possit. Ratio decidendi. Quamuis hic quoque procurator sit, hoc tamen amplius iuris habet, quàm cæteri procuratores: quod non alieno negotio fungi intelligitur, sed suo proprio. *dict. l qui stipendia. 9. C. de procurat.* quia tamet si agat alieno nomine, agit tamen ad propriam suã vtilitatem, & propriam litem agitat. *lege* 25. *infra eodem. ill. titul.* ideóque non solùm pacisci, sed etiam iusiurandum deferre potest. *dict. l. iusiurandum.* 17. *§. vlt. de iureiuran.* procuratorem alium facere etiã ante litem contestatam, quod alij procuratores non possunt. *l. nulla* 23. *C. de procurat.* item accipere solutionem, & agere iudicati, sicut & conueniri. *l. 4. in fin. princ. de re iudic.* quod etiam in cæteris procuratoribus diuersum est. *l. si procurator.* 28. *de procur.* Denique procurator in rem suam factus reuocari non potest, nec eius morte finitur mandatum, quia non debet carere propria lite. *d. l. qua omnia.* 25. *eo.* Idque est quod hîc Paulus ait, domini loco eum haberi.

b *Seruandum erit pactum conuentũ.* vt scilicet noceat & procuratori ipsi per exceptionem pacti, & ei qui procuratorem constituit, per exceptionem doli. Sic enim hoc accipiendum est.

14. VLPIA-

14. VLPIANVS lib. 4. ad Edictum.

Item magistri societatum[a] pactum & prodesse, & obesse constat.

Ad legem Item magistri 14.

a *Magistri societatum.* mallem legere *societatis.* Magister societatis ille est, cui præcipua cura incũbit eorum, quæ ad societatem pertinent. Vnde & *magistratus* dicti sunt, quasi magistri reipublicæ, cuius nimirum præcipua cura iis incumbit. *l. cui præcipua* 57. *de verb. signif.* Ratio dubitandi. In re cõmuni nihil potest facere socius ignorante socio, vel inuito: imò etsi dissentiant, potior est causa prohibentis. *l. Sabinus* 28. *comm. diuid. l. in re communi* 26. *verb. prædi.* Inuitus autem intelligitur etiam qui non contradicit, si modò nõ consentiat. *l. 5. eod. tit. l. filiusfamilias* 8. *§. inuitus. ff. de procur. l. in eo sure* 45. *§. deinde. de rit. nupt.* Ergo neque magister societatis pacisci potest ignorantibus sociis, cùm & ipse socius sit, nec habeat dominium in rebus communibus, nisi pro sua parte. Ratio decidendi. Magister societatis non tantùm socius est, sed plus quàm socius, quia sociorum omnium procurator esse intelligitur, & mandatum ab iis habere, vt gerat omnia quæ pertinent ad societatem, cui ab ipsis præpositus fuit. Ergo proderit sociis pactum, non ad exceptionem pacti, sed ad exceptionem doli, eodémque modo ijs oberit. *l. nam & nocere* 12. *§. eo.* Scilicet si pactum sit de re ad societatem pertinente. Nam extra hanc causam magister societatis neq; socius, neque sociorũ procurator videri potest: quanquam nec socium esse sufficeret, vt vnius pactum alteri noceret. *l. si vnus* 27. *in pr. ff.*

15. PAVLVS lib. 3. ad Edictum.

Tutoris quoque (vt scribit Iulianus) pactum pupillo prodest.

Ad l. Tutoris 15.

Ratio dubitandi. Tutoris pactum pupillo nocere non potest: quia tutoribus cõcessum est tantùm exigere pecuniam à debitoribus pupilli, vt ipso iure liberentur, non etiam donare, aut deminuendi causa eum iis transigere. *l. Lucius Titius* 46. *§. vlt. de administr. tut.* Ergo neq; prodesse potest. Quorum enim pacta nobis prodesse solent, eorum solent & nocere: vt proximè dictum est de pacto inito per procuratorem generalem, vel per magistrum societatis. *l. rescriptum* 10. *§. vlt. & seq.* 8. *eod.* Ratio decidendi. Tutores pupillis dantur, vt eis prosint, non vt noceant, & dominorum loco habentur cùm benè administrant, & ex pupilli vtilitate, non etiam si rem pupillarem dilapident. *leg.* 4. *§. illa etiam. quæstio. de dolo except. leg. qui fundum.* 7. *§. si tutor. pro empt. leg. interdum* 56. *§. qui tutelam. de furt. leg. tutor* 8. *de bon. poss.* Facilius ergo & æquius est, vt pactum tutoris prosit pupillo, quàm vt ei noceat. *l. contra iuris* 28. *§.* 1. vbi de curatore furiosi, aut prodigi hoc ipsum scriptum est. infra eodem. Proinde verum non est, quod scribit Cuiacius ad *leg. item* 4. *supr.* eandem rationem esse tutorum & curatorum, quæ est procuratorum ad negotia, & magistrorum societatum. Horum enim pacta tam nocent quàm prosunt per doli exceptionem, vt diximus. Illorum non item: quia licèt tutores sint plus quàm procuratores, cùm etiam dominorum loco habeantur: non tamen à pupillo ipso mandatum habere intelliguntur, vt neque curatores à minore, vel à prodigo, vel à furioso, sed à lege. Lex autem dat iis gerendi facultatem vt bene gerant, non vt patrimonium fidei suæ commissum diminuant. *dict. leg. Lucius Titius* 46. *§. vlt. de administ. tut.* Atqui, inquies, etiam tutoris dolus nocet pupillo, adeóque siue pupillo cautum sit, siue non: & siue tutor soluendo sit, siue non sit. Vnde enim diuinat is, qui cum tutore contrahit? inquit Vlpianus in *dict. §. illa etiam. quæstio.* Sed de eo dicam ad illum locum & ad *leg.* 15. *inf. de dolo.*

16. VLPIANVS lib. 4. ad Edictum.

Si cum emptore hereditatis pactum sit factum, & venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet. nam ex quo rescriptum est à Diuo Pio, vtiles actiones[a] emptori hereditatis dandas, meritò aduersus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius vti potest.

Ad l. Si cum emptore 16.

Ratio dubitandi. Venditor hereditatis, sicut non potest vẽdere hereditatem, quin iam antea factus sit heres, ita & post vẽditionem heres remanet: adeò vt & cõuenire possit debitores hereditarios, & à creditoribus hereditariis vicissim solus conueniri. *l. 2. C. de her. vel act. vend.* Qui enim semel hęres fuit semper heres manet. *leg. cui prator* 7. *§. sed quod Papinianus de minor. l. ei qui soluendo* 88. *de hered. instit.* Ergo pactum cum emptore hereditatis factum non debet nocere venditori agenti ex propria persona, tanquam inter alios factũ. *l. si vnus* 27. *§. pacta. in fi. h. t.* Facilius enim esset vt pactum initum cum venditore, noceret emptori, quàm è contrario: quia emptor ius habet à vẽditore, non venditor ab emptore. *l. sæpè constitutum.* 63. *de re iud. l. si à te* 9. *§. vlt. de except. rei iud.*

Ratio decidendi. Vel ponimus directas actiones emptori à venditore mandatas fuisse, vel non fuisse. Si mandatæ fuerunt, hoc ipso intelligitur emptor constitutus procurator in rem suam: ideóque pactũ cum eo initum nocere debet ei, qui mandauit, saltem per exceptionem doli. *l. sed si tantùm* 13. *§. 1. sup.* Si mandatæ non fuerunt directæ, adhuc verum est emptorem habere vtiles ex propria persona post rescriptum D. Pij: quarum potestate potuit, etiam inuito venditore, agere contra debitores hereditarios. Cur non ergo potuerunt debitores hereditarij cum eo pacisci, cui vt etiã soluerẽt cogi à prætore potuerunt? argum. *l. quod autem* 6. *§. apud Labeonem. quæ in fraud. credit.* Proinde danda iis erit exceptio doli aduersus venditorem, si agat contra formam pacti: quia facto suo dedit causam necessitati pactionis cum emptore ineundæ, quam alioqui debitores hereditarij non cum alio, quã cum venditore ipso, eodémq; herede inire aut noluissent, aut potuissent. *l. si qui* 8. *§. si procurator* 2. *quib. mod. pig. vel hypoth. sol.*

Nec proinde tē facit quod venditor heres maneat, directā que actiones retineat. Nam etsi in iis exercendis vellet concurrere cum emptore, habente vtiles tantùm ex propria persona, post rescriptum D.Pij, emptor ei præferretur. *leg. procuratore 55. de procur.* Ergo & potentius esse debet pactum initum cum emptore, quàm si initum esset cum venditore. vtiles enim actiones semper potentiores sunt directis. siquidem directæ sunt plerunque sine re, vtiles verò numquam sunt sine re: ideóque vtiles appellantur, tanquam quæ totā rei vtilitatem habeant. Aliud igitur erit si heres nō hereditatem, sed rem aliquam hereditariam vendiderit. *d.l. si ā te hereditatem 9. §. vlt. de except. rei iudic.* quia rescriptum D. Pij non dedit vtiles actiones emptori alicuius rei hereditariæ, sed emptori hereditatis, qui licèt sit successor singularis, tamen emptor vniuersitatis est: intelligitur, in qua vniuersitate actiones esse possunt, non etiam in re aliqua singulari, nisi ponas venditū fuisse nomē aliquod hereditarium, quia cùm ipsum in actione consistat, dubium non est quin ex venditione nominis competat etiam vtilis actio emptori, protracto scilicet ad hunc etiam casum rescripto dim Pij, quod nō fuerat locutum, nisi de emptore hereditatis, *leg. emptor 5. l. postquam 7. leg. ex nomine 8. C. de hered. vel act. vend.* sicut & protractum est ad legatarium nominis. *leg. ex legato 18. C. de legat.* & ad maritum, qui nomen aliquod in dotem acceperit. *l. 2. C. de oblig. & action.* & ad eum cui nomen datum est in solutum. *l. vlt. C. quand. fisc. vel priuat.* Idem nominatim constitutum est in cōtutoribus, quorum vnus solidum soluerit pupillo, nec ab eo tamen mandatas aduersus contutorem acceperit actiones. *l. j. §. nunc tractemus. de tutel. & rat. distr.* Sed ad illum casum non potest hæc lex pertinere: quia pupillus, cui ab alio ex tutoribus satisfactum est in solidum, nihil iuris habet nullámque actionem directam, quam possit ne quidem summo iure exercere, contra alium tutorem qui nihil soluit cum solutione totius debiti ab vno ex tutoribus facta, omnes ipso iure liberati sint à pupillo. Proinde non potest dari casus, in quo possit ex pacto inito cum tutore, qui vtilem actionem habuit dari exceptio doli aduersus pupillum, quando quidem ea exceptio præsupponit, vt & cæteræ omnes, actionem aliquam: quæ hîc nulla est. At in cæteris omnibus casibus hæc lex locum habebit, quia siue nomen aliquod vēditum sit, siue donatum, siue legatum, siue in solutum, aut in dotem datum, supersunt actiones directæ, quæ si exerceantur, quomodo possunt exerceri ipso iure, inducunt necessitatē opponendæ exceptionis doli, propter pactum initum cum eo, qui ex propria persona habuit vtiles. An verò similiter dicemus, Ex pacto inito cum venditore aut alio, qui directas habuit repellendum exceptione doli eum, qui habet vtiles? Alia quæstio est, de qua dicemus ad *l. vlt. §. ult. prox.*

a *Vtiles actiones.* Intellige actiuas, non passiuas: ad differentiam fideicommissarij vniuersalis in quem ex senatusconsulto Trebelliano transeūt actiones omnes quæ & heredi & in heredem competebant: id est tam passiuæ quàm actiuæ. *l. 1. l. sin tamen 27. §. qui ex Trebelliano ff. ad SC. Treb.* Ratio dubitandi. Quēadmodū fideicommissarius loco heredis est *l. 2. eod. tit.* ita & emptor hereditatis. *l. 2. §. cumquis de hered. vel act. vend. l. si es 9. commun. præd.* Ergo quemadmodum fideicommissarius potest vtilibus actionibus conueniri à creditoribus hereditariis, ita & emptor hereditatis. Ratio decidendi. In fideicōmissario illud obtinet ex auctoritate senatusconsulti Trebelliani, quo id ipsum nominatim ita cōstitutū est, non vi & potestate restitutionis: quia & restitutio hereditatis non posset transferre in fideicommissarium, nisi quod fuisset in bonis defuncti, in quo numero non sunt actiones passiuæ, quas ideò aris alieni appellatione solemus significare. *l. cedere diem 213. §. æs alienum de verb. signific.* At in emptore hereditatis nihil tale à D.Pio, aut ab alio nunquam constitutum est. Sola autem venditio hereditatis non potest eam vim habere, quia licèt hereditas sit nomen iuris, & vniuersitatis, titulus tamen emptionis est singularis, Actiones autem siue actiuę, siue passiuę nunquam sequuntur singularem successionem. *l. vlt. §. j. de contr. empt. l. j. §. si heres. ad Trebell.* Passiuæ autem multò minus, quia non fuerunt, vt dixi, in bonis defuncti, nec transeunt in heredem, nisi ex potestate legis 12. tab. quæ tamen de solo herede locuta est, non etiam de emptore hereditatis. Heres igitur solus remanet obligatus oneribus hereditariis, licèt emptor, quem ipse in locum suum substituit teneatur actione ex vendito indemnitatem ei præstare. *d. §. cùm quis & d. l. 2. C. de hered. vel act. vend.*

1 ¶ Sed & si inter dominum rei venditæ, & emptorem conuenisset, *vt homo, qui emptus erat, redderetur ei, qui pro domino rem vendidit*: petenti ei pretium, doli exceptio nocebit[a].

Ad §. 1. Sed etsi.

Ratio dubitandi. Venditio quæ fuit impleta ex parte venditoris secuta traditione, non potest resolui nuda voluntate, ne quidem eorum ipsorum qui cōtraxerunt, sed retrotraditione opus est, vt ab emptione discedatur. *l. ab emptione 58. ff. hoc tit.* At qui nulla hîc facta fuerat retrotraditio, sed adhibita duntaxat conuentio, vt homo qui à procuratore venditus erat, procuratori redderetur; eáque conuentio non à procuratore ipso, qui vendiderat, sed à domino, qui non vendiderat, facta proponebatur. Ergo emptio subsistebat, consequenter pretiū per procuratorem peti poterat actione ex vendito. *l. ex empto 11. de act. empt.* nec dolo facere videri debet, qui iure suo vtitur. *l. si duorum 52. eod. l. nullus videtur 55. l. factum cuique 155. §. 1. de reg. iur.* Ratio decidendi. Negotium huius venditionis, licèt à procuratore gestum sit, tamen non ad procuratorem pertinet, sed ad dominū pro quo ille vendidit. Domini ergo voluntas exquirēda est magis, quàm procuratoris. Atqui dominus voluit, & pactus est cum emptore, vt homo venditus redderetur. Ergo dolo facit procurator, si preciū venditionis pergat petere contra voluntatem illius, cuius procurator est. Aperte enim sensit dominus, vt precium peti non posset, licèt nihil de precio dixerit: quia bona fides non patitur, vt venditor & rem & precium habeat, adeò vt neque per conuentionem id fieri possit. *dict. leg. exempto 11. §. vlt. & l. bona fides 50. de act. empt.* Nihilque interest, quod ad exceptionem doli attinet, an venditio ipso iure resoluta sit, an re soluenda. Interest sanè, quantum ad hoc, vt sciatur, an venditi actio ipso iure competat, & salua sit procuratori an non.

a *Doli exceptio nocebit.* Sed cur non pacti? An quia pactum hoc cum alio factum sit, vt putat Cuiacius. Est quidem vera hæc ratio, quoniam alia est persona domini, alia procuratoris. Sed non est germana. Dicendum igitur est, quia nec si dominus ipse, qui pactus est, peteret precium: repelli tamen posset exceptione pacti: cùm in pacto nihil dictum sit de precio, sed tantùm de homine reddendo. Esset itaque doli exceptio necessaria contra dominum, quasi dolo malo facientem in eo, quod & rē, & pretium habere vellet. Multò magis necessaria est contra procuratorem, qui ipse pactus non fuit. At non erit necessaria in emptorem replicatio venditori, vt homo reddatur: quia nec aliter doli exceptionem habere potest emptor, quàm si re ipsa hominem reddat. cùm alioqui ex pacto de homine reddendo nō posset dari actio, vt redderetur. Quod non satis bene videtur obseruatum à Cuiacio. Illud melius quod ait in hac lege duo proponi exempla, in quibus exceptio doli subsidiaria sit exceptioni pacti: quod & nos iam adnotauimus ad *leg. rescriptum 10.*

17. PAVLVS lib. 3. ad Edictum.

SI tibi decem dem: & paciscar, *vt viginti mihi debeantur*: non nascitur obligatio vltra decem. re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.

Ad l. Si decem 17.

Rat. dub. Nihil tam fidei humanæ congruum est, quàm pacta seruari, *l. 1. l. iurisgentium 7. §. ait prator. ff. eod.* Ergo hoc etiam pactum seruandum est, cùm neque sit contra leges, neque contra leges, neque contra bonos mores: debeátque sibi imputare is, qui ita pactus fuit. Nec enim vlla fit volenti iniuria, *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arc.* Ratio decidendi. Pactum hoc, licèt non sit contra leges, neq; contra bonos mores, tamen est contra naturam & substantiam contractus mutui, qui cùm re perficitur, non potest parere obligationem, nisi quatenus re vera datum & numeratum est. *l. rogasti 11. §. pen. de reb. credit. l. cùm vltra 9. C. de non numer. pecun.* Atqui non fuerunt hîc numerata nisi decem: ergo nec per pactum fieri potest, vt viginti debeantur. Quare neque ad rem pertinebit, si quis dicat pacta incontinenti facta, etiam post contractum stricti iuris inesse contractui, vt pariant actionem. *leg. lecta 40. de reb. cred. l. Titius 34. de præsc. verb.* Id enim non pertinet ad pacta, quæ fiunt contra naturam & substantiam contractus: & tamen de eare, quæ non possit facere vt negotium in alium contractum degeneret. Talia enim pacta, quæ cōtractum nec formare, nec infirmare, nec transformare possunt, necesse est penitus infirmari: vt dixi ad *l. iurisgentium 7. §. quinimò ff. ex l. cùm precariò 12. ff. de precar.* Atqui nullus contractus est, quo possit induci, vt decem duntaxat numeratis viginti debeantur. Nisi ponas stipulationem interuenisse: quo casu erit quidem vtilis stipulatio, vt ipso iure viginti possint peti: sed vsque ad decem duntaxat causam aliquam habere intelligetur. *leg. in diem 5. & leg. seq. de nouat.* supra eam quantitatem videbitur facta sine causa: quæ res dabit promissori exceptionem doli contra stipulatorem. *leg. 2. §. circa. de doli except.* Nam quod putat Cuiacius, quicquid excedit numeratam quātitatem, iure donationis peti posse postquam placuit Iustiniano in *leg. si quis argentum 35. §. pen. C. de donat.* donationem perfici nudo consensu, non puto probabile, si non aliunde animus donandi probetur. Nec enim solet quisquam accipere mutuam pecuniam, nisi qua indigeat. Nemo autem in necessitate & indigentia liberalis est. *leg. rem legatam 18. de adim. legat.* Non idem est, si is, cui decem duntaxat debebantur, pactus sit ne viginti petas. Vtile enim erit pactum in decem: sicut & ii, cùm viginti deberentur pactus sit ne decem petat. *l. si vnus 27. §. si cùm decem* vbi dicam ff. *eod.* Nam etsi mutuæ tibi dem viginti, & paciscar, vt non debeas nisi decem: ipso iure amplius quàm decem non debebis. *d. l. rogasti 11. §. si tibi de reb. cred.* Vt enim quis alteri obligetur, non sufficit id fieri, ex quo possit nasci obligatio, sed præterea necesse est vtraq; ex parte interuenire voluntatem contrahendæ obligationis cùm actus non operentur vltra intentionem agentium vulg. *l. non omnis 19. eod.* & contrario non sufficit adesse vtrinque voluntatem contrahendæ obligationis, nisi etiam id interueniat, ex quo possit nasci obligatio: quia obligationes iustæ & ciuiles non nisi certis, & legitimis modis contrahuntur, inter quos non est nuda voluntas earum contra hendarum. Ergo effectus isti, quamuis non modò diuersi, sed etiam contrarij ex eodem iuris fonte, & principio proficiscuntur.

1 ¶ Quædam actiones per pactum ipso iure tolluntur, vt iniuriarum, item furti.

Ad §. 1. Quædam actiones.

Ratio dubitandi. Actiones omnes sunt iuris cùm actio definiatur ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur. *l. nihil aliud 51. de oblig. & act. l. 2. §. dein de ex his legibus. ff. de orig. iur.* At in pactis non ius, sed factum versatur. *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret. ff. eod.* Ergo fieri non potest, vt per pactum actio aliqua ipso iure tollatur. Ratio decidendi. In pactis nudis factum non ius versatur: sed aliud est in legitimis, id est, lege aliqua comprobatis. In iis enim etiam legis potestas, & autoritas versatur: vt dixi ad *l. 6. §. eod.* Eiusmodi sunt pacta furti, & iniuriarum, id est, ne de furto iam facto, aut ne de iniuria iam illata agatur: quia lex 12. tabular. expressim ea confirmauit.

Non quod hæc quoque delicta, vt & cætera omnia, impunita non remanere non interſit reipublicæ, *leg. ità vulneratus* 51. *ad leg. Aquil. leg. Stichum* 95. *§.1. de ſolut. leg. ſi à reo* 70. *§. vlt. de fideiuſſ. leg. per omnes 6.C. de defenſ. ciuit.* ſed quia cùm ſint frequentiſſima inter ciues, pertinet etiam ad reipublicæ vtilitatem, vt ciuilis concordiæ retinendæ gratia, poſſint inter eos remitti per pactum. Hominem enim beneficio affici intereſt hominis, pœnæ autem non irrogatæ indignatio ſolam duritiam continet, neque conuenit bono viro credere, quidquam intereſſe illius qui pactus eſt, de non agendo ſiue furti, ſiue iniuriæ nomine quòd animo ſæuientis ſatisfactum non fuit. *l. ſi venditor 6. §. 1. l. ſeruus 7. de ſeru. exportand.*

2 ¶ De pignore iure honorario naſcitur pacto actio: tollitur autem per exceptionem[a], quotiens paciſcor ne petam.

Ad §. 2. De pignore.

Ratio dubitandi. Ex pacto niſi quod legitimum ſit actio naſci non poteſt. *l. iuriſgentium* 7. *§. ſed cùm nulla. & §. quinimò* ẽ. *h. ti.* Atqui pactum de pignore non eſt legitimum, cùm nulla lege adiuuetur: ſed tantùm à prætore, qui vtique non potuit facere legem. *§. quos autem Inſt. de bon. poſſeſſ.* Ergo ex pacto pignoris, quam nos hypothecam vocamus, naſci actio non poteſt. Ratio decidendi. Ex pacto pignoris nulla poteſt naſci actio ciuilis, quia pactum nudum eſt: naſcitur tamen prætoria, & iure honorario, quia pactũ hoc in eam rem fuit à prætore confirmatum, vtilitatis cauſa cùm non facilè fieri ſemper poſſet, vt rei, de qua obligãda tractatur poſſeſſio ſit præſens ad hoc, vt tranſferri queat in creditorem, quæ natura veri pignoris eſt. *l. cùm & ſortis* 35. *§. j. de pignor. act.* Nec enim verendum fuit, ne replerentur omnia litibus, ſi prætor ex huiuſmodi pacto actionem daret; cùm non poſſit contrahi vinculum pignoris, niſi præcedente alia principali obligatione. Quæ ratio etiam fecit, vt ex pacto conſtitutæ pecuniæ prætor det actionem. *l. j. de conſt. pecun.* vt dixi ad *d. l. legitima.* Iunge *l. j. de pign. act.*

a *Tollitur autem per exceptionem.* Ratio dubitandi. Obligationes, quæ ſolo conſenſu contrahuntur contrario conſenſu, ipſo etiam iure diſſoluuntur. *l. prout.* 80. *de ſolut. l. nihil tam naturale* 35. *de regul. iur. l. ab emptione* 58. *j. h. tit. l. pacta conuenta* 72. *de contr. empt.* atqui contrahitur hypotheca ſolo conſenſu, adeóque nudo pacto, vt proximè dictum eſt. Ergo & contrario conſenſu, nudóque pacto diſſoluitur. *l. 2. C. de remiſſ. pignor.* Non eſt igitur neceſſaria exceptio ad tollendum pignoris vinculum, ſi creditor paciſcatur, ne res ſit obligata. Et hoc eſſe videtur, quod ait *l. maior* 23. *C. de pignor.* maiorem annis viginti quinque pignoris cõuentionem remiſſam perſequi non poſſe. Ratio decidendi. Ex pacto pignoris non tantùm obligatio naſcitur, ſed etiam actio, quia pactum habet vinculum iuris prætorij, cùm ſit à prætore approbatum ad producendam actionem prætoriam. Ergo non poteſt tolli per pactum ſimplex de non petendo, in quo pacti genere non ius, ſed factum verſatur. *l. ſi vnus* 27. *§. pactus ne peteret.* j. *hoc tit.* Nam ſi pactum quod non parit niſi exceptionem, non poteſt tolli ipſo iure per pactum contrarium: quia in pactis non ius vt in ſtipulationibus, ſed factum verſatur, quanto minùs poterit tolli pactum ſpecialiter à prætore adprobatum, & quod parit actionem? Proprium ſiquidem eſt pactorum legitimorum, vt poſſint ipſo iure tollere actionem ciuilem: quia ſunt ſpecialiter confirmata per illam ipſam legem, à qua proficiſcitur actio. Eodem igitur modo pactum de hypotheca diſſoluenda ſpecialiter à prætore confirmatum eſſe oporteret, vt actionem prætoriam ex pacto pignoris compotentem tollere poſſet ipſo iure prætorio. Tollitur ergo duntaxat per exceptionem, & ita bene Cuiacius intelligit. *dict. leg. maior* 23. *C. de pignor.* ac melius quàm Accurſius, qui diſtinguit exceptionem iuris ab exceptione facti in *d. l. 2. C. de remiſſ. pignor.* Exceptionem facti appellans eam quæ de facto opponitur, quamuis non competat iure: iuris verò ex diuerſo illam, quæ iure competit. Nam imò verò neceſſaria eſt exceptio pacti, vt hypothecaria ſummoueatur: tum quoque cùm rei obligatæ alienatio facta eſt, conſentiente creditore: *l. ſicut* 8. *§. ſi procurator in fin. §. ſed ſi permiſerit, & §. ſi debitor quib. mod. pign. vel hypot. ſoluit.* vnde eſt, quòd tota illa lege, & paſſim tot. tit. ſic loquuntur iureconſulti, vt dicant repellendum eſſe creditorem, qui pignoris alienationi conſenſit: vt ſignificent nihilominus ei competere ipſo iure actionẽ, ſed quęper exceptionem elidatur, & elidenda neceſſariò ſit. Idque apertiùs oſtendit quod ait Marcianus in *d. l. ſicut. § ſi voluntate.* Si voluntate creditoris fundus alienatus eſt, inuerecundè illum deſiderare, vt ſibi fundus applicetur. Iure ergo poteſt id deſiderare, ſed tamen cùm deſiderat: facit nimis inuerecundè & impudenter, cùm aduerſus proprium factum veniat. Repellendus igitur eſt per doli exceptionem. Nec pugnat quod ſcriptum eſt in *d. l. 2. C. de remiſſ. pignor.* & alibi ſæpe, obligationem pignoris contrario conſenſu diſſolui. Sic enim accipi debet, vt diſſoluatur non ipſo iure, ſed per exceptionem ob rationes ſupradictas. Dices nondum eſſe ſatisfactum obiectioni. Nam cùm venditio nudo conſenſu perfecta eſt, parit actionem, & tamen contrario nudo conſenſu tollitur ipſo iure, & contractus venditionis, & ex eo nata actio. Cur non ergo idem in hypotheca quoque admittimus? An quod ſeparanda ſit hypotheca à cæteris obligationibus, quæ conſenſu contrahuntur? Ita vult Cuiacius & verè. Sed nos quærimus non tam diuerſitatem, quàm rationem diuerſitatis: quam ille nullam adfert. Nam quod ait hypothecam eſſe pactum pignoris, illas verò eſſe contractus, auget potiùs, quàm minuit difficultatem: cùm ſit facilius tolli pactum, quàm contractum per pactum. Reſpondendum eſt, quod iam dixi, Imò verò nunquam poſſe tolli ipſo iure pactum per pactum, multò minùs verò pactum legitimum, aut prætorium: i. ſiue à lege, ſiue à prætore adprobatum per ſubſequens pactum nudum: cùm difficilius ſit, vt pactum nudum tollat actionem, quæ ex pacto vel legitimo vel prætorio naſcitur, quàm vt aliquam actionem ex ſe producat. Atqui ex pacto nudo nulla naſci poteſt actio. Ergo neque alia tolli. In obligationibus autem, quæ nudo conſenſu contrahuntur, nihil ſimile eſt, quia licèt nullo conſenſu contrario diſſoluantur, tamen nudus ille conſenſus non nudum pactum eſt. (nec enim confertur in futurum, vt pacta.) ſed diſtractus perfectus nudo conſenſu, ſicut & contractus, & habens idem iuris auxilium ad obligationem diſſoluendam, quod habebat contractus ad obligationem inducendam. Mirum ergo non eſt actionem natam ex contractu perfecto, per ſolum conſenſum ipſo iure extingui, contrario conſenſu.

3 ¶ Si quis paciſcatur, *ne à ſe petatur*, ſed *vt ab herede petatur*: heredi exceptio non proderit.

Ad §. 3. ſi quis.

Ratio dubitandi. Pacti exceptio ſolet tranſire in heredem, quia non minùs heredibus noſtris, quàm nobis ipſis paciſci ſolemus. *l. ſi pactum* 9. *de probat.* Ergo quãuis non poſſit heredi prodeſſe pactũ ex verbis pacti, quibus ſi nulla prorſus heredis mentio facta eſt, debet tamen prodeſſe tanquam heredi paciſcentis: præſertim cùm nec alia heredis, quàm defuncti perſona eſſe intelligatur. *l. cùm heres* 11. *de diuer. temp. præſcri.* Ratio decidendi. Pactum defuncti quoties perſonale eſt non tranſit in heredem. *l. idem* 25. *§. 1. h. tit.* quia id actum inter paciſcentes intelligitur. Semper autem in pactis, non minùs quàm in ſtipulationibus cæteriſque contractibus inſpiciendum quid actum ſit. *l. niſi hoc actum* 22. *infra eodem. iunct. l.* 34. *de regulis iur.* Pactum autem hoc perſonale eſt, quia non fuit pactus defunctus in rem, ne peteretur, ſed in perſonam, ne à ſe peteretur. Eſt enim pronomen illud demonſtratiuum perſonæ paciſcentis. Heredi ergo non poteſt pacti exceptio prodeſſe, quæ profuit defuncto. Ex quo apparet verba illa: *ſed vt ab herede petatur*, quæ in Pand. Flor. ſunt incluſa lineis tanquam ſuſpecta, omnino delenda eſſe. Ridicula enim eſſet dubitatio, an heredi prodeſſe deberet pactum, quo nominatim conuenitſſet vt ab herede peteretur.

4 ¶ Si pactus ſim, *ne à me, néve à Titio petatur*: non proderit Titio, etiam ſi heres extiterit: quia ex pòſt facto id confirmari non poteſt. Hoc Iulianus ſcribit in patre, qui pactus erat[b], *ne à ſe, néve à filia peteretur*[a]: cùm filia patri heres extitiſſet.

Ad §. 4. Si pactus ſim.

Ratio dubitandi. Cùm pactus ſum, ne à me, néve à Titio petatur, non poteſt dici pactum perſonale, & ad perſonam meam coanguſtatum. Titij enim perſona expreſſim quoque adiecta eſt: Ergo quamuis Titio, tanquam Titio pacti exceptio per me acquiri non potuerit, quia extranea perſona fuit, ſi tamen poſtea heres meus fiat, debet ei prodeſſe, tanquam meo heredi: vt ei profit quod in eius perſona vtrumque concurrit, quod & in pacto nominatus, & poſtmodum heres factus fuit. Quod ſi pacti exceptio ei prodeſſe non poſſet, ſaltem doli prodeſſe deberet, quaſi iam ipſo pacti tempore videar in Titium ſupremum iudicium contuliſſe, vt in *l. tale pactum* 40. *§. vlt. j. eod.* Ratio decidendi. Titij perſona in hoc pacto adiecta fuit, non tanquam heredis futuri, ſed tanquam extranei: (nam nec heredi futuro nominatim paciſci aut ſtipulari quis poteſt, non magis quàm ſeruus hereditarius *l. ſi vnus* 27. *§. vlt. j. eod. l. ſeruus* 16. *l. ſi ſeruus* 18. *§. ſeruus de ſtip. ſer.*) ac proinde inutiliter: Ergo quamuis poſtea heres fiat, non poteſt conualeſcere pactum, quod ab initio non valuit, nec magis ad pacti quàm ad doli exceptionem inducendã. Generaliter n. Paulus ſcribit, *non proderit Titio.* Sublata nãq; Titij perſona relinquitur perſonale ex iis verb. *ne à me petatur*, vt dictũ eſt *§. præc.* z *In patre, qui pactus erat.* Ratio dubitandi. Si quando pater ſtipuletur filiæ, poſt mortem ſuam, acquirit ei vtilem actionem ex ſtipulatione, licèt filia nõ exiſtat heres patri. *l. quodcumque* 45. *§. ſi quis ita de ver. oblig. l. pater* 7, *C. de pact. conuen. tam ſup. dot.* Hoc enim adfectioni perſonarum indulgetur. *l. Caius* 45. *in fi. ſol. matr.* Ergo eadem ratione ſi pater paciſcatur filiæ, i. ne à filia petatur, proderit pactum filiæ, vt habeat exceptionem pacti: tanto magis, quod facilius eſt acquirere ſibi aut alteri exceptionem, quàm actionem. *l. 1. in pr. de pig. l. 1. §. is autem de ſuperfic.* Ratio decidendi. Per filiam acquiri poteſt patri, ſed non ſimiliter filiæ per patrem. *l. cùm dos* 7. *§. ſi verò de pac. dot.* quia filiam pater habet in poteſtate, non patrem filia. *l. 4. C. de pact. conuent.* nec ſanè ratio iuris patitur, vt ex patris ſtipulatione vtilis actio magis, quam directa filiæ acquiratur. Et quod in contrarium videtur ſcriptum: in *d. §. ſi ita quis. & d. l. pater. & d. l. Catus Triboniano*, haud dubiè adſcribi debet, vt à nobis alibi probatum fuit. Illa fortior dubitandi ratio eſt, quæ ſumi poteſt ex Africano in *d. l. pater* 27. *de pac. dot.* Ita concepta ſtipulatione, *mihi, aut poſt mortem meam filiis meis dari*, licèt filiis nullã actionem quærere pater potuerit, poſſe tamen eos agere ex ſtipulatione, tanquam heredes patris, ſi ei ſint heredes: idque ex iis verbis, *mihi dari*: quoniam qui ſibi dari ſtipulatur, heredibus quoque ſuis ſtipulari intelligitur. Quidni ergo eadem ratione proderit filiæ, eidémque heredi pactum patris, nõ ex qua parte pactus eſt filiæ, ſed quatenus ſibi ipſi pactus fuit, i. ne à ſe peteretur. Reſpondeo eleganter differre hac in re pactum à ſtipulatione. Pactum, inquam, de non petendo, à ſtipulatione dandi. Nam cùm in ſtipulationibus ius verſetur, in pactis verò factum. *l. ſi vnus* 27. *§. pactus. j. h. tit.* heredes autem ſint iurium omniũ ſucceſſores, facilius eſt vt ſtipulationes, quàm vt pacta tranſeant in heredes: & contrà difficilius eſt, vt ſtipulationes ſint perſonales, quàm vt pacta: quia quod defuncto dari debuit, ſi datum non ſit heredi eius debetur, in quem tranſeunt omnes actiones. At quod pactus ſum ne à te petam, non ſimiliter poſſum videri pactus ne petam à tuo herede: ſi quidem cum in pactis factum duntaxat verſetur, illud vnum inſpiciendum eſt quid actum & factum ſit. Aliud porrò nihil actum aut factum eſt, quàm quod conuenit, ne à te peteretur. Non autem peto à te, cùm peto ab herede tuo. Cùm enim pactũ de non petendo præſupponat actionem ad petendum, quam nec ipſo iure tollit, difficile eſt credere id actum fuiſſe, vt actio illa in perpetuum inutilis remaneret, ſi non expreſſim conuenerit de non petendo ab herede. Exemplo eius quod dicimus, Vſumfructum ciuitati aut reipublicæ relictum finiri anno centeſimo: ne alioqui maneat in perpetuum inutilis proprietas, ſemper abſcedente vſufructu. *l. an vſusfructus* 56. *de vſufructu. leg. ſi vſusfructus* 8. *de vſufruc. legat.* Cui etiam ſimile illud eſt, quod Iuſtinianus conſtituit in *l. antiquitas* 14. *Cod. de vſufructu.* vt ſi cui fuerit legatus fundus, ita vt eius vſusfructus remaneat penes heredem, morte tamen primi heredis finiatur vſusfructus, nec ad heredis heredem tranſeat.

Et sanè, cùm paciscor ne à te petam, nihil tamen eo nomine tibi debetur, id est, ne quidem liberatio, vt proinde nihil habeas, quod ad heredem tuum possis transmittere, sed habes tantùm exceptionem pacti, si petam contra pactum. Eam verò exceptionem heres tuus habere non potest, quia nihil à me fit contra pactum, si ab eo petam quomodo fieret si à te peterem: quia conuenit expressim ne à te petam, non item vt non petam ab herede tuo. Ergo etiamsi pater pactus sit, ne à se, néve à filia sua petatur: & postea filiam heredem reliquerit, non potest pactum prodesse filiæ, neque tanquam filiæ in pacto nominatæ, qua inutilis fuit ea adiectio: neque tanquam heredi, quia sublata filiæ mentione pactum reperitur merè personale, quod ad heredem non transit. Et quamuis admitteremus, quod supra negauimus, ex stipulatione patris posse vtilem actionem filiæ acquiri, non ideo tamen dicendum esset ex huiusmodi pacto de non petendo acquiri vtilem exceptionem pacti, quia pacti exceptio vtilis nulla est, vt dixi ad *l. rescriptum.* 10. *§. vlt. ff. eod.* At est tamen aliqua exceptio doli subsidiaria exceptionis pacti, quæ inducitur ex æquitate ad summouendum actorem, quemadmodum datur stipulatori actio vtilis ex æquitate, ad agendum vt ibidem scripsi. An ergo in proposito casu dabimus filiæ exceptionem doli, ex pacto patris? Ita putat Cuiacius ex *l. & heredi* 21. *§. nos autem versic. Iulianus. ff. eod.* constituens differentiam inter eum casum, quo quis pactus sit ne à se, néve à Titio petatur: & illum, quo quis pactus sit ne à se néve à filio suo petatur. Nam cùm quis pactus est ne à se néve à Titio petatur, certum est Titio non prodesse pactum, ne quidem ad doli exceptionem: vt suprà explicauimus ex illis verbis huius *§. non proderit Titio.* Quanquam idem Cuiacius tentat dici posse, etiam Titio heredi postea facto doli exceptionem dandam esse quod probare non possum. Prodesset enim Titio pactum quod ei acquireret exceptionem doli non minùs, quàm si acquireret exceptionem pacti: cùm vtriusque exceptionis eadem vtilitas sit, idem effectus. Atqui prodesse negat Paulus, & istos casus æquiparat. Ergo nec si pater pactus sit ne à se, néve à filia sua petatur, doli tamen exceptio filiæ dari poterit. Quid igitur respondebimus ad *d. vers. Iulianus. l. & heredi.* 21. *ff. eod.* dicam ibi.

a *Ne à se néve à filia peteretur.* Atqui si pater iurauerit filium dare non oportere, filio acquiritur omnimodo exceptio iurisiurandi ex iureiurando patris. *l. qui iurasse* 26. *§. si pater. de inreiur.* Ergo & pacti exceptio acquiretur filio, ex pacto patris. Eadem enim soleratio esse pacti & iurisiurandi. Respondet Cuiacius maiorem vim esse iurisiurandi, quàm pacti. Quod sanè ad rem nostram non pertinet, cùm tam ex pacto, quàm ex iureiurando nascatur exceptio: nec magis iusiurandum, quàm pactum vnius alteri prodesse possit aut nocere. *l.* 3. *§. penult. l. quia non deberet* 10. *eod. ill. tit. iunct. l. si vnus.* 27. *§. pacta in fin. hoc tit.* dicendum igitur est aliam hac parte rationem esse iurisiurandi, aliam pacti: quia nunquam iurat pater filium suum dare non oportere, nisi cùm ex filij contractu conuenitur actione de peculio. Vt enim nihil pater debeat actione de peculio, necesse est, vt iuret filium nihil debere. Ac proinde ad hoc vt patri proprium hoc iusiurandum prosit, necesse est vt etiam prosit filio, quoniam fieri nequit, vt filium dare oporteat, quin pater saltem de peculio teneatur, cùm vtraque obligatio ex vno eodémque filiifamilias contractu proficiscatur. *l. si quis.* 44. *de pecul.* At nihil prohibet pactum patris de non petendo à patre prodesse patri, nec prodesse filio, neque viuo neque mortuo patre, etiam cuius heres filius fuerit: cùm fiat ob debitum, quod incepit à patre, licèt transiturum sit in filium, tanquam heredem. Sed etsi ponas patrem conuentum actione de peculio pacisci, ne à se, néve à filio petatur, non ideo tamen debebit pactum prodesse filio: quia præsupponit debitum tàm in filij quàm in patris persona, quo præsupposito, nihil est absurdi, quod à patre non petatur, à filio peti. At iusiurandum à patre præstitum, quòd filius nihil dare debeat, præsupponit, probátque simul nihil filium debere, nec alia de causa eiusmodi iusiurandum patri prodest, quàm quòd pro veritate habeatur quod iuratum est nihil filium dare oportere perinde acsi filius iurasset. Quid enim aliud iurare ipse potuisset? Necesse igitur est, vt hoc iusiurandum relatum ad personam, & ad debitum solius filij, filio quoque prosit, quemadmodum si à filio iuratum esset, idem iusiurandum patri quoque prodesset. Alioqui absurdum illud sequetur, vt pro vero habeatur Filiumfamilias eandem pecuniam & debere, & non debere. Quæ duo tamen cùm sint contradictoria, simul vera esse non possunt. Magis simile est, quod si filius obligatus ex proprio contractu paciscatur ne à se petatur, pactum hoc etiam patri prodest: adeóque heredi patris viuo filio si pater eiúsve heres de peculio vel de in rem verso conueniatur. *l. adquirens* 19. *§.* 1. *ff.* Est enim hoc casu non mala iurisiurandi & pacti dummodo à filio non à patre interpositi comparatio. Adde quæ dicam ad *l.* 23. *ff.*

5 ¶ Pactum conuentum cum venditore factum, si in rem constituatur[a], secundùm plurium sententiam & emptori prodest, & hoc iure nos vti Pomponius scribit: secundùm Sabini autem sententiam, etiam si in personam[b] conceptum est, & in emptorem valet. Qui hoc esse existimat, si per donationem[c] successio facta sit.

Ad §. 5. Pactum conuentum.

Ratio dubitandi. Pactum inter alios factum aliis neque prodesse potest, neque nocere: saltem ad producendam exceptionem pacti. *l. si vnus.* 27. *§. pacta in fin. hoc titul.* Atqui alia est persona venditoris, alia emptoris, cùm non possit idem esse emptor & venditor. *l.* 1. *de rer. permut. l. pupillus* 5. *§. item ipse tutor de autor. & conf. tutor.* Ergo pactum de non petendo initum à venditore, licèt in rem conceptum sit, non potest emptori prodesse. Ratio decidendi. Interest venditoris, vt pactum ab eo initum prosit etiam emptori: qui tanto maiore pretio empturus est hereditatem, tanquam hoc ipso locupletiorem: Sic dicimus pactum debitoris prodesse fideiussori, quia interest debitoris non contra. *l. & heredi* 21. *§. vlt. & l. fideiussoris* 23. *ff. eod.*

a *Si in rem*

a *Si in rem constituatur.* Sensus est negatiuus, acsi scriptum esset, *non aliter, quàm si in rem constituatur*: ad differentiam pacti à venditore concepti in personam suam, vt quadret quod statim sequitur, *secundùm plurium sententiam.* Non enim quisquam ex prudentibus fuit, qui contrà putauerit pactum à venditore conceptum in rem prodesse emptori non debere, sed è contrario putauit Sabinus, prodesse emptori debere etiam quod in personam venditoris conceptum fuisset.

b *Etiamsi in personam.* Ratio dubitandi. Pactū personale ad alium non pertinet, ne quidem ad heredem: qui tamen in vniuersum defuncti ius succedit. *l. idem* 25. *§.* 1. *ff. eod.* Ergo multò minùs poterit transire ad emptorem, qui non nisi singularis successor est. Quod enim non est transmissibile ad heredem, multo minùs est cessibile aut cedibile, vt loquuntur. *l. ex pluribus.* 42. *de admin. tutor.* Ratio decidendi. Potest pactum personale etiam alij prodesse, si modo interfit pacisentis, sed viuo eo cuius persona sola pacto comprehensa fuit: vt in *l. & heredi* 21. *ff. h. tit.* Et ita bene Cuiacius hanc Sabini sententiam intelligit, vt non tantùm emptori, sed etiam heredi emptoris prosit hoc pactum viuo tantùm venditore. Sicuti dicimus, inquit, cùm fructuarius vendidit vsumfructum. *l. necessario.* 8. *§. vlt. de peric. & cõmod. res ven.* Facilius ergo est, vt pactū hoc cedatur, quàm vt transmittatur à pacisente in heredem suum, quia viuus nemo habet heredem. *l.* 1. *de hered. vend. l.* 1. *pro herede.* Sed tamen obseruandum est hanc Sabini sententiam à Paulo referri tantùm, non etiam probari. Contraria enim sententia non modò plurium fuit, sed etiam obtinuit, eóque iure vtimur: vt ex Pomponio idem Paulus proximè scribit.

c *Etsi per donationem.* Ratio dubitandi. Nihil videtur interesse donatoris, vt habeat donatoris exceptionem pacti: cùm non eo magis habiturus sit donatarius regressum aduersus donatorem. *l.* 5. *vers. quid tamen de liber. legat.* Ergo non eadem debet ratio constitui donatarij, & emptoris, vt nec in specie. *l. quod si donauero.* 40. *iunct. l. præced. de vsuf.* Semper enim melior conditio esse solet eius, qui causam habet onerosam, quàm eius qui lucratiuam. *l.* 4. *§. si cùm legitima* 28. *& §. seq. de doli mal. except. l. super longi.* 11. *C. de præsc. long. temp.* Ratio decidendi. Interest donatoris, vt eius liberalitas effectum habeat, quantum habere potest cùm donatarius ad ἀντίστοιχα obligetur. *l. sed etsi* 25. *§. consuluit. de peti. hered.* Ergo saltem viuo donatore pactum, quod fuit conceptum in personam donatoris, debet prodesse donatario. Nec in eo vlla fit iniuria ei, qui pactus est cum donatore: cùm æquè fuisset ille submouendus per exceptionem si donatio facta non esset.

6 ¶ Cùm possessor alienæ hæreditatis pactus est heredi, si euicerit, neque nocere, neque prodesse, plerique putant.

Ad §. 6. Cùm possessor.

Ratio dubitandi. Pactum interpositum à possessore hereditatis, non aliam causam habet, quàm hereditatem. Ergo hereditatem sequi debet: Ne alioqui minùs iuris habeat verus heres, quàm iniustus hereditatis possessor, quod esset absurdum. Idque ita scriptum videtur in *l. si post.* 22. *de const. pecun.* Ratio decidendi. Pactum inter alios factum aliis nec prodesse potest, nec nocere. *l. si vnus* 27. *§. pacta. in fi. hoc tit.* Ergo pactum possessoris non potest vero heredi prodesse, aut obesse. Nec differentia potest admitti quàm statuit Cuiacius inter pactum, & constitutum, vt constitutum, quia est accessio principalis obligationis, sequatur verum heredem, penes quem est sortis obligatio: Non etiam pactum, quod accessio dici nullo modo potest. Nam etsi non omne pactum constitutum est, tamen omne constitutum est pactum, & se habet constitutum ad pactum, tanquã species ad genus. Ergo quicquid dicitur de pacto tanquam de genere, dici debet etiam de constituto, tanquam de specie: ac proinde vt ex constituto vni facto alius agere non possit. *l.* 5. *§. item si mihi. & §. seq. de const. pecun.* Et quod adfert Cuiacius constitutum esse accessionem principalis obligationis, verum quidem est, & concludit optimè quod ille vult, & ego admitto, constitutum sequi sortis obligationem hactenus, vt sine ea esse non possit, & consequenter vt heredi rogato de restituenda hereditate, aut possessori hereditatis constituta pecunia, ei amplius non debeatur, postquàm hereditas fideicommissario restituta, vel vero heredi adiudicata est: at non etiam vt ex eo pacto possit fideicommissarius, vel verus heres victor agere. Itaque quod contrà scriptum est in *d. l. si post in fin.* non dubito quin à Triboniano additum sit aduersus Pauli sententiam, iurisque rationem, de quo alibi pluribus scripsi.

7 ¶ Filius, seruúsve, si paciscantur, *ne à patre, dominóve petatur.*

18. GAIVS lib. 1. ad Edictum prouinciale.

(Siue de eo paciscantur, quod cum ipsis: siue de eo, quod cum patre dominóve contractum est.)

19. PAVLVS lib. 3. ad Edictum.

ADquirens exceptionem[d]. Idem est & in his, qui bona fide seruiunt.

*Ad §.vlt.Filius. & Ad l.in princip.*18.*&*19.

Ratio dubitandi.Quemadmodum ea,quæ sunt iuris,acquiruntur statim & ipso iure patri per filiumfamilias,& domino per seruum, ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona filiifamilias aut serui consistat.*l.placet*79.*de acquir.here.l.*1.*ſi quis à parent.manum.*Ita & quæ sunt facti,possunt in persona non solùm filiifamilias, sed etiam serui consistere.*l.nec seruus* 41.*de pecul.* ideóque nec solent ista transire ad patrem,aut ad dominum.*l.qui heredi*44. *de cond.& demonstr.* Atqui in pactis non ius, vt in stipulationibus, sed factum versatur. *l.ſi vnus* 27.*§. pactus ne peteret.*j.*hoc tit.*Ergo per pactum filiifamilias aut serui nihil patri vel domino acquiri potest. Ratio decidendi.In pacto quidem nihil nisi factum versatur,sed tamen exceptio quæ ex pacto nascitur, iuris prætorij est: cuius non magis capaces sunt serui,quàm iuris ciuilis. *l. nullomodo.* 7.j.*ad leg.Cornel. de falſ.* Eam igitur per seruum domino acquiri necesse est,adeóque inuito vt cætera quæ dominis per seruos acquiruntur. *l. etiam* 32. *de acquir. rerum domin.l. ſeruus vetante* 62.*de verbor.obl.* Filius autem familias etsi melioris conditionis est, quàm seruus, in eo quod & iuri tam ciuili,quàm prætorio cognitus est,& acquisitionis capax nolente parre sibi per filium acquiri: perinde tamen acquirit patri, dum ne inuito, atque seruus domino, non minùs,quàm si nec ipse capax esset,iure scilicet patriæ potestatis. Quidni ergo acquiret etiam exceptionem pacti? Nec est quod quis dicat, pactum inter alios initum aliis non prodesse.*l.ſi vnus l.*27.*§.pacta in fin.hoc tit.* Nam & patris & filij vna eadémque persona esse intelligitur.*l.in ſuis* 11.*de liber. & poſthu. l. vlt.C.de impub.& aliis ſubſt.* Serui verò persona cùm neque ciuili,neque prætorio iure, neque extra ordinem vlla sit.*d.l.nullomodo* 7.*de falſ.* non potest dici à persona domini separata,non magis quàm eadem. Tunc enim duæ personæ esse incipiunt cùm seruus fuit manumissus.*l.ſi Pamphilo* 10.*de opt.legat.* Neque tamen similiter posis dicere.Pactum ergo filiifamilias vel serui nocere patri debere,& domino. Nam per eos quos in potestate nostra habemus,melior conditio nostra fieri potest,deterior potest.*l.melior* 133.*de regul.iur.l.in persona* 30.j.*hoc tit.l.filius* 23.*C.eodem.* Nihil autem interest an filius, seruúsve paciscantur de eo,quod cum ipsis,an de eo quod cum patre dominóve contractum est nisi quod primo casu filiofamilias pacisc ente acquiritur duplex exceptio pacti, vna filio ex propria persona, altera patri immediatè quidem, & in atomo,sed per filium: sicut & ex contractu filiifamil.duplex actio nascitur,vna in solidum contra filium, altera de peculio contra patrem, cuius actionis de peculio species quædam est etiam actio,de in rem verso. Posteriore verò casu nulla filio quæritur,exceptio,sed patri tantùm:quia neque vlla actio competit in filium ex cõtractu patris, nisi eo demum casu & tempore, quo filius heres patris reperiatur : quo casu sufficit ei exceptio pacti quæ competit patri. At seruo paciscente nulla vnquam ei quæritur exceptio,quia nec conueniri vnquam potest,sed omni casu per eum exceptio acquiritur domino. Hæc autem omnia obtinent cùm filius familias aut seruus pactus est,ne à patre dominóve petatur.Nam si paciscantur ne à se petatur,alia species erit de qua mox dicemus.

d *Idem est & in his qui bona fide seruiunt.* Ratio dubitandi. Qui bona fide nobis seruit, cùm sit aut liber,aut seruus,si sit liber potest sibi ipsi acquirere,si verò seruus suo domino: nec nobis acquirit, nisi cùm ex re nostra aut ex operis suis acquirit. *l. qui bona fide* 23.*de acquir.rer.dom.* Ergo sibi, non nobis acquirit exceptionem pacti.Ratio decidendi. Cùm is,qui bona fide mihi seruit,stipulatur,aut paciscitur aliquid in meam vtilitatem: acquirit mihi tanquam ex re mea.*l.aditio* 45.*§.vlt.de acq.hered.*Id enim facit quasi seruus meus sit.Sed & alia ratione mihi acquirit,scilicet,tanquam ex opera sua.Nec enim dubitãdum est,quin & stipulatio,& pactum quatenus facti ministerium requirit, sit in opera seruili, quamuis hereditatis aditio non sit.*d.l.aditio.* Cæterùm quod hic dicitur de eo, qui bona fide nobis seruit, sicuti procedit siue is liber,siue alienus seruus sit: ita & ad seruos fructuarios & vsuarios pertinet, id est, in quibus vel vsumfructum vel nudum vsum habemus. Vt scilicet si paciscantur ne à nobis petatur, acquirant nobis exceptionem: quia licèt alium habeant dominium,cui possunt acquirere, fructuario tamen vel vsuario acquirunt siue ex operis suis, siue ex re fructuarij vel vsuarij acquirant. *leg. ſi ſeruus* 21. *& ſequent.de vſufruct. l. per ſeruum* 14. *de vſu & habit. l. adquiruntur* 10. *§. de his autem de adquir. rer. domin.* Alterutro autem istorum & stipulationes,& pacta omnia continentur.*dict. lege* 45. *de acquir.hered.*

1 ¶ Item si filiusfamilias pactus fuerit,*ne à ſe petatur* e: proderit ei:& patri quoque,si de peculio conueniatur.

*Ad §.1.& Ad l.Adquirunt.*19.

e *Ne à ſe petatur.*Ratio dubitandi.Pactum hoc quo filiusfamilias cõuenit ne à se petatur, personale est, quod nec posset transire ad heredem. *l.* 17. *§.ſi quis paciſcatur,& ſeq.*ẽ.*eod.l.idem.*25.§.1.j.*eo.* Ergo nec patri prodesse potest. Præsertim cùm possit habere suum effectum in persona filij, qui scilicet cum ipse ex suis contractibus possit in solidum conueniri, vtiliter paciscitur ne à se petatur. Ratio decidẽdi.Interest filij ne pater de peculio vel in rem verso cõueniatur,quia peculium licèt magis patris sit, quàm filij tamen etiam filij est *l.*3.*§.ſed vtrum verſ.nec mouemur.*j.*de mino.* Ergo saltem viuo filio debet pactum hoc prodesse patri. Sed etsi nihil planè interesset filij,adhuc tamen dicendum esset pactũ hoc prodesse patri debere qui scilicet cùm actione de peculio conuenitur,non nisi ex contractu & ex persona filij cõuenitur. Quidni ergo proderit ei pactũ filij cuius cõtractus etiam nocet? Quanquam enim alia actio est quæ contra filium alia quæ contra patrem competit. idem tamen contractus est ex quo vtraque actio nascitur, eadémque filij persona cuius factum vtrique actioni causam præbet.Absurdũ igitur non esset dari exceptionem patri conuento ex contractu filij,qui ipse si conueniretur habiturus esset exceptionem. Cuius enim factũ nobis nocet ad hoc vt contra nos agi possit, eiusdé pactum nobis prodesse æquum est si ex eius facto conueniamur, arg. *l.filie* 88.*de ſolut.* Indeq; etiam est quod quamuis vnius iusiurandum alteri prodesse nequeat sicut nec pactum, si tamen iusiurandum siue à patre siue à filiofamilias præstitum sit, nihil filium debere vtrique iusiurandum prodest, quia quod filius non debet fieri non potest vt propter filium debeat pater, vt scripsi ad *fin. §.* 3. *l.*17.ẽ. *ex l.qui iurasſe* 26.*§.ſi pater de iureiur.* Si tamen poneres expressim actum fuisse ne pactum cum filiofamilias initum patrẽ prodesset,non esset dubitandum quin prodesse nõ deberet,arg.*l.niſi hoc actum* 22.j.*eod.*Non enim tanta potest esse vis pacti de non petendo, quanta iurisiurandi sic interpositi. Nihil filium debere,iusiurandum enim quod pro veritate habetur facit vt perinde sit acti nihil filius deberet, quo casu nec pater quicquam debere posset ex filij contractu.At pactum de non petendo præsupponit filium debere, ergo & patrem peculio tenus, quem proinde nihil vetat posse cum effectu conueniri nec habere pacti exceptionem quam filius ipse habeat.

20.GAIVS libro 1.ad Edictum Prouinciale.

VEl de in rem verso: vel is quasi defensor filij[a],si hoc maluerit,conueniatur.

Ad l.Vel de in rem verso 20.

Ratio dubitandi. Æquum est patrem teneri de in rem verso ne alioqui ex aliena iactura locupletetur *l.nam hoc natura* 14.*de condict.indeb.* Ergo pactũ de non petendo initum cum filio non potest prodesse patri si de in rem verso conueniatur: cùm æquitas quæ pacti exceptionem inducit contrariæ æquitatis vinculo dissoluatur, vt in *l.Stichum* 95.*§. naturalis de ſolut.*

Ratio decidendi. Æquitas pacti de non petendo vincit æquitatem actionis de in rem verso,quia nascitur ex facto creditoris cui licuit actionis suę causam quantumlibet æquam deteriorem constituere *l.pactum* 46.j.*hoc tit.* Etsi enim non nisi personale pactum fecit cum filio non etiam cum patre, sciuit tamen aut scire debuit fore vt pactũ cum filio initum qui principaliter obligatus erat, profuturum esset patri quotiescunque ex contractu eiusdé filij conueniretur si non,expressim contrarium actum fuisset,vt dixi ad leg.præced.

a *Quaſi defenſor filij.* Ratio dubitandi. Pater cùm interuenit quasi defensor filij interuenit tanquam extraneus & quasi alius quilibet non quasi pater,vt in *l. ſi paterfamiliàs* 15. *de adopt.* ergo non debet filij pactum ei prodesse quod nec alij cuilibet extraneo prodesset.

Ratio decidẽdi. Defendere nihil aliud est quàm eandem vicem quam reus subire *l. minor* 51.*§.* 1. *de procurat.*Ergo defensori eædem omnes omnino exceptiones competunt quantumuis personales quę competerent ei ipsi qui defenditur *d.§.*1. vt in nullo durior ipsius condicio fiat nisi in eo quòd satisdare compellitur *l.ſed & hæ* 35.*§.defendere eod.* Maior ergo ratio est vt exceptio pacti de nõ petendo initi cum filio prosit patri tanquam defensori filij quàm vt ei prosit tanquam patri.

21. PAVLVS lib.3.ad Edictum.

ET heredi patris viuo filio:post mortem verò filij nec patri[b] nec heredi eius:quia personale pactum est.

Ad l.Et heredi 21.

Ratio dubitandi. Pactum hoc cùm sit personale non transit ad heredem filij cuius morte finitur,vt hîc scriptum est,& in *l.*17. *§.ſi quis paciſcatur & ſeq.*ẽ. *l.idem* 25.*§.*1.*eod.* Ergo multò minus transire potest ad heredem patris qui nullo modo pactus fuit.

Ratio decidendi. Plus iuris habet heres patris viuo filio,quàm heres filij,quia cùm pactum sit personale habito respectu ad personam filij durat pactum pactiq; exceptio quandiu filius viuit, nec interest quicquam creditoris an pater viuat an patris heres,dum ne vltra filij mortem vis pacti protendatur. Nam quemadmodum actio competens cõtra patrem illa ipsa est quæ datur in heredem,ita & pacti exceptio quam pater viuo filio habere potuit, eius quoque heredi eodem filio viuo accommodanda est,tãquam sic affecta actione, nec nisi cum suis viciis & exceptionibus aduersus heredem patris transeunte. Simile est quod quamuis vsusfructus cum persona extinguatur. Si tamẽ fructuarius eum vendiderit non extinguatur morte emptoris, sed transeat in ipsius heredem quandiu fructuarius viuit *l.necessariò* ẽ. *§. vlt. de peric. & commod.rei vendit.* Vide quæ scripsi ad *§.pactum l.*17.ẽ.*eod.*

b *Poſt mortem verò filij nec patri.*Ratio dubitandi.Exceptio pacti semel alicui quæsita etiam ex alterius pacto non potest ei adimi & extorqueri ne quidẽ per illum ipsum cuius facto acquisita fuerat *l.vlt.*j. *hoc tit.* Atqui ex pacto filij quantumlibet personali nascitur pacti exceptio in fauorẽ patris, siue actione de peculio,siue de in rem verso conueniatur,adeò vt transeat in heredem quoque patris vt proximè dictum est. Ergo nõ est aufferenda patri adeóque nec ipsius heredi siue viuo siue mortuo filio.

Ratio decidendi.Pacti exceptio per filium quæsita patri non potest, ei adimi facto filij,sed ipsius fato potest quando pactum fuit personale,& ad filij vitam relatum. Absurdum enim esset pactũ quod ipsius filij paciscentis morte finiatur in persona patris esse perpetuum,id est post filij quoque obitum durare,ne per alium plus iuris quis habeat quàm alius ille fuit habiturus *l.*2. *l.facta* 63.*§.ſi ſub condicione ad SC. Trebell.§.nos autem* j.*hac leg.*

1 ¶ Quod si seruus, *ne à ſe peteretur,* pactus fuerit : nihil valebit pactum. de doli ex-

ceptione videamus[c]. Et si in rem paciscatur, proderit domino, & heredi eius pacti conuenti exceptio. quòd si in personam pactum conceptum est, tunc domino doli supereſt exceptio.

Ad §.1. Quòd si seruus.

Ratio dubitandi. Cùm seruus sibi dari stipulatur valet stipulatio, ex eáque acquiritur actio domino perinde acsi ipse sibi dari stipulatus esset *l.1. & tot. tit. de stipul. seruor.* Ergo & valere debet pactum serui quoties paciscitur ne à se petatur, ex eoq; acquiri exceptio pacti domino, acsi dominus ipse pactus esset, cùm non magis exceptionis capax sit seruus quàm actionis, siquidem exceptio eius est qui conuenitur *l.1.2. & pass. de except.* cum seruo autem nulla actio esse potest *l. cum seruo 107. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Multum refert an seruus stipuletur sibi dari an verò paciscatur à se non peti. Nõ ob id solùm quod in stipulationibus ius in pactis factum versatur *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret, inf.* Sed etiam quia stipulatio dandi in serui persona imple ri potest, at pactum de nõ petendo non potest, nẽpe quoniam promissorem dare seruo nihil prohibet, id est, ita seruo tradere vt dominium transferatur non quidẽ in seruum ipsum qui acquisitionis est incapax, sed in dominum ex cuius persona permissum est seruo vt siue sibi, siue domino suo dari stipuletur. At peti à seruo impossibile est, cùm petere is demum & propriè dicatur qui iudicio, id est per iudicem petit *l. amplius 15. §. rat. rem haber.* à seruo autem vt diximus, per iudicem peti nihil vnquam potest *d. l. cum seruo.* Nulla ergo potest esse vtilitas pacti cùm seruus pactus est ne à se petatur, quia tũ demum potest pactum parere exceptionem cùm actio exercetur contra formam pacti. Proinde vbi nihil contra pactionem fieri potest, nec pactũ quoque prodest. Nec est quod quis dicat, posse fieri cõtra pactum si creditor à domino petat. Nam cùm in stipulationibus factum non ius versetur, pacti verba naturaliter & prout sonant accipienda sunt, & consequenter de non petendo à seruo, non etiã de non petẽdo à domino. Nemo enim dixerit personam domini pro persona serui habendam esse, cùm iure naturali alia sit persona domini alia serui. Iure verò ciuili seruus neque personam neque caput habere intelligatur *l. quod attinet 32. de reg. iur. l. 5. §. vlt. de capit. minut.*

c *De doli exceptione videamus.* Displicet mihi tota hęc adiectio, videturq; Triboniano dignior quàm Paulo. Nam si verum est vt est, quod proximè Paulus respondit pactum nihil valere, quis potest locus supereſse quæstioni de doli mali exceptione? Quis enim vnquam dixit ex pacto quod nihil valeat, id est quod nullius omnino momenti sit dari posse doli exceptionem? Scio fieri plerumque vt cui non potest exceptio competere ex pacto alterius competat nihilominùs exceptio doli, nempe quoties æquitas id suadet, actore aduersus propriam conuẽtionem veniente vt in speciebus, de quibus in *l. 7. §. pen. l. 10. §. vlt. l. 16. §. eod.* Sed vt ex pacto prorsus inutili & quod nullum casum vtilem habeat quomodo loquitur *l. Stichus 39. de manum. test.* detur exceptio doli prorsus inauditum est. Nec enim posset dici nullum & inane pactum quod effectum & emolumentum haberet non tantùm aliquo casu, quod sufficeret *l. heres 21. §. pen. de fideiuss.* sed etiam omnibus casibus quibus pactum si valeret locum habere posset, quamuis per exceptionem doli non pacti. Quid enim refert domini quam exceptionem ex pacto habeat, an pacti doli dummodo eam habeat quæ perinde vtilis & efficax futura sit ad actorem submouendum? An non esset hoc legem verbis non rebus imponere contra *l. 28. C. de vsur. l. 2. in fin. Cod. commun. de legat.* Sed & quæ sequitur ad propositam quæstionem responsio prorsus est inepta. Sic enim habet, *Et si in rẽ paciscatur proderit domino & heredi eius pacti conuenti exceptio.* Quæstio erat de pacto merè personali, & omnino inutili. Responsio autem est de pacto & vtili & in rem concepto, de quo nec dubitari poterat quin valeret ex iis quæ dicta fuerant in *dict. l. 17. §. pactum conuentum & §. vltim. supr. eod.* Sequens autem distinctionis membrum æquè ridiculum est. *Quod si in personam*, inquit, *pactum conceptum est.* Quis verò non videt conceptum fuisse in personam pactum de quo tractabatur, ex primis illis verbis *§. si seruus ne à se petatur pactus fuerit.* Sufficiebat ergo sine distinctione respondere quod sequitur *tunc domino doli supereſt exceptio*, quod ipsum tamen falsum est vt iam ostendimus & ineptum (significat enim hæc locutio aliam exceptionem aliquando competiisse, quæ desierit competere, quod tamen dici non potest) eiq; contrarium quod Paulus proximè respondit pactum hoc nihil valere. Quid enim videri potest dolo malo facere is qui agit contra pactum nullum & inutile? Dices, eum qui cum seruo paciscitur de non petendo à persona serui id sentire videri vt non petat à domino, cùm certum sit nihil posse vnquam peti à seruo. Respondeo hanc interpretationem fieri non posse in pacto, quo expressim & personalissimè demonstrata sit persona serui. Verba enim pacti semper inspicienda sunt, quoties dubitatur an quis veniat contra pactum. Nec aliud esset in stipulatione si poneres seruum stipulatum fuisse ne à se peteretur. Neque enim ea res faceret ne posset pecunia peti à domino, quia licèt in stipulationibus ius non factum versetur, verba tamen stipulationis sicut & pacti naturaliter ac verè sunt accipienda quoties quæritur an contra stipulationem aliquid fiat, nec facilè fit transitus à persona in personam *l. 4. §. Cato l. qui Romæ 122. Agerius de verb. oblig.* nec vnquam persona suppleatur *l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus in fin. eod.* Esset igitur ea stipulatio inutilis tanquam quæ committi nunquam posset. An verò daremus domino serui exceptionem doli si conueniretur, quasi veniente creditore aduersus propriam conuentionem? Minimè. Nam stipulatio inutilis quæ actionem nullo casu parere potest, multò minùs potest parere exceptionem, quia nec valet in vim pacti, cùm stipulantium animus fuerit vt stipularentur non vt paciscerentur, *l. an inutilis 8. de acceptilat. leg. 1. §. eum qui de constit. pecuniar.* Quod ergo inutilis stipulatio facere non potest, vt stipulator acquirat sibi exceptionem doli, quomodo fieri per pactum poterit? In eoque miror cæcutiisse Cuiacium, qui licèt

licèt concludat pactum quod in personam serui fruſtra confertur, domino prodesse non posse, statim tamen subiicit. *Cæterùm viuo seruo domino dabitur exceptio doli.* Quasi verò nullum sit nec quicquam domino prosit pactum quod ei exceptionem doli acquirit. Rursum quod addit *Mortuo seruo credo exceptionem doli non dari*: verum quidem est, at non ratione illa quam subiungit *quia personale pactum est.* Sed illa quam Paulus exprimit, *quia pactum nullum & inutile est.* Quid enim refert an tale pactum quod nullius momenti est in rẽ sit an in persona? Aut quis dubitare possit an mortuo seruo dominus habere debeat doli exceptionem, quam nec habere potest viuo seruo? Nimirum ex pacto quod nihil valet, vt loquitur Paulus.

2 ¶ Nos autem his, qui in nostra potestate sunt, paciscendo prodesse non possumus[d]: sed nobis id profuturum, si nomine eorum conueniamur[f], Proculus ait. quod ita rectè dicitur[e], si in paciscendo id actum sit. cæterùm si paciscar, *ne à Titio petas*[g], deinde actionem aduersus me nomine eius instituas[h]: non est danda pacti conuenti exceptio[i]. nam quod ipsi inutile est, nec defensori competit. Iulianus quoque scribit[k]. Si pater pactus sit, *ne à se, néve à filio petatur*: magis est, vt pacti exceptio filiofamilias danda non sit, sed doli prosit[l].

Ad §.2. Nos autem.

Ratio dubitandi & decidendi eadẽ quæ ad *l. si decem 17. §. si pactum sim. 8. hoc tit.*

d *Paciscendo prodesse non possumus.* Ergo nec iis acquirere exceptionẽ doli non magis quàm pacti. Ipso enim effectu tantum prodest doli exceptio quantum pacti *l. 10. §. vlt. §. l. tale pactum 40. §. vlt. infr. eod.*

e *Quod ita rectè dicitur.* Vt scilicet nobis prosit pactum si quando iis quos in potestate habemus paciscamur, si in paciscendo id actum sit. Alioqui si paciscar ne à filio tãtum petas, id est, si pactum personale sit in personam solius filij collatum, deinde actionem aduersus me nomine eius instituas. (potest enim pater nomine filij conueniri, cùm non possit filius familias in iudicio stare sine voluntate patris, qui filium idcirco solet defendere, non quidem tanquam necessarius defensor, sed tanquam voluntarius, vt scriptum est in *l. prox. præced.* iunct. *l. filius familias 39. de obligg. & act. l. vlt. ad fin. princip. vers. necessitate C. de bon. quæ liber.*) nõ est danda mihi exceptio pacti conuenti, at neque doli, quia, vt Paulus subiicit, quod ipsi filio inutile pactum est, nec defensori eius competit. Quæ ratio non minùs ad doli quàm ad pacti exceptionem mihi denegandam pertinet. Nam si pactum inutile est nullam penitus exceptionem parere potest. Longeque differentia sunt ista, Pacti exceptionem inutilem esse, & Pactum ipsum esse inutile. Qui dicit pacti exceptionem inutilem esse non excludit exceptionem doli, si modò pactum vtile fuit. Sed qui dicit Pactum ipsum esse inutile nullum penitus locum relinquit vlli exceptioni siue pacti siue doli ob pactum inducendæ. Atqui Paulus ait disertè pactum hoc esse inutile. Apertè ergo sentit nullam ex eo exceptionem siue mihi siue filio meo dari posse. Nec replicari potest, non simpliciter Paulum scribere Pactum hoc esse inutile. sed esse inutile filio. Quasi non debeat inutile esse patri. Nam imò verò sic argumentatur vt dicat Pactum quod ipsi filio inutile est, nec defensori eius competere, id est patri; si nomine filij conueniatur. Ideò autem dixit inutile esse filio, quia soli filio pater pactus fuisse proponebatur, & in filij personam pactum concepisse non in rem, quo casu non poterat videri hoc actum, vt patri prodesset pactum etiamsi nomine filij conueniretur. Tunc enim prosunt nobis huiusmodi pacta licèt nõ prosint iis quos in potestate habemus, cùm in rem pacti sumus, hoc modo, *Ne quod filius meus debet petatur.* non etiam cùm adiicitur *ne à filio petatur.* Itaque principium §. non ita construendũ est acsi scriptum esset, *nos autem paciscendo his qui in nostra potestate sunt, iis prodesse non possumus* (falsum enim esset quod sequitur, *sed nobis id profuturum si nomine eorum conueniamur*, cùm vt statim sequitur non possit patri prodesse pactum quod in filij personam nominatim collatum fuit inutiliter,) sed ita construi debet quasi scriptum sit. *Nos autem paciscendo non possumus prodesse his qui in nostra potestate sunt. Paciscendo*, in quam, *etiam in rem non in filij personam.* Siue enim in rem siue in filij personam pactum concipiamus, illud vtrique pacto commune est quod nulla exceptio neque pacti neque doli filio per patrem acquiri potest, quia vtroque casu pactum filio inutile est, sed differentia in eo est, quòd si pactum in rem conceptum sit, pacti exceptio quæ non potest acquiri filio acquiritur patri, quia pater eo casu illam sibi acquirere & voluit & potuit, si verò in personam filij nec filio nec sibi quicquam acquirit, non filio quia non potuit etiamsi voluerit, non sibi quia non voluit etiamsi potuerit, vt in *l. quoties 9. de hered. instit. l. multum 6. ad fin. C. si quis alter. vel sibi l. siue emancipatis 17. C. de donat.* Et ita intelligendum esse priorem sententiam huius §. id est, de pacto in rem concepto, apparet ex eo quod alioqui pugnaret cum posteriore quæ est de pacto concepto in personam. Et verò quoties quis simpliciter pactus dicitur, non in personam, sed in rem pactus videri debet.

f *Si nomine eorum conueniamur*, id est, ob eorum debitum & ex ipsorum contractu, siue actione de peculio, siue de in rem verso, siue quasi eorum defensores *l. 19. §. 1. & l. 20. §. eod.*

g *Ne à Titio petæ.* Eleganter Cuiacius monuit legendũ esse *ne à filio* nato errore ex literarum vtriusque dictionis adfinitate. Nisi dicas fuisse hoc nomen filij mei cui paciscebar, & quod exprimere voluerim vt tantò magis appareret pactum in personam filij nominatim collatum fuisse, & consequenter tantò inutiliùs, quia patris quidem & filij persona ex fictione iuris eadem videri potest in iis scilicet quæ sunt iuris, & in quibus ius non factum versatur, vt in stipulationibus *leg. quodcunque 45. in princ. l. eum qui 56. §. qui filio. de verbor. oblig. §. si quis alij. in fin. Instit. de inutil. stipulat.* Sed Titij (quod sit nomen filij,) & Mæuij (quod sit nomen patris) ea-

dem persona intelligi nunquam potest, quia maior & certior personarum distinctio est, quæ fit per nomina propria quàm quæ per appellativa. Ratio dubitandi. Persona filij habetur pro persona patris in stipulationibus, siue pater sibi & filio, siue filio soli, siue filius sibi aut patri soli stipuletur *d.l.45. & d.l.56.§.qui filio de verb.oblig.* Ergo & in pactis.

Ratio decidendi. Alia ratio est pacti, alia stipulationis, quoniam in stipulationibus ius versatur, in pactis factum *l.si vnus 27.§.pactus j.eod.* Stipulationes continent iuris vinculum, Pacta non nisi voluntatis vt distinguitur in *l.si pater 12.§.1.de pact.dotal.* Non potest igitur in pactis fieri, quod fit in stipulationibus vt persona filij habeatur pro persona patris, quoniam nó potest id fieri, nisi per iuris fictionem, quæ in eo quod facti est locum habere nequit *l.denique 19.ex quib.caus.maior.l.in bello 12. §.factæ de capt.& postlim.l.quod dicitur 130 de verb.oblig.* vbi est textus elegans. Adde quæ scripsi ad *§. præced. in princip.*

h *Nomine eius instituas.* Ergo non loquitur hîc Paulus de actione de peculio vel de in rem verso contra patrem instituta, sed de illa ipsa actione quæ contra filium in solidum competebat mota aduersus patrem nomine filij & tanquam filij sui defensorem, vt probant verba illa quæ sequuntur, *Nec defensori competit.* & quod in *l.prox.præced. vel is quasi defensor filij si hoc maluerit.* Nam quæ de peculio vel de in rem verso actio contra patrem instituitur, ex filij quidem contracta instituitur, sed non filij nomine, at ipsius patris nomine proprio, vnde est quod propria & separata actione conuenitur, & longè aliter quàm filius. Hic enim omnimodo conuenitur & condemnatur in solidum, Pater verò non nisi quatenus vel in peculio vel in rem patris versum est, quod secus est si defendere filium malit. Tunc enim cogitur filium defendere in solidum quemadmodum & filius ipse in solidum conueniri posset tanquam alius paterfamilias quilibet *l. filius familias 39.de oblig.& action.*

i *Pacti conuenti exceptio.* An verò doli dabitur? Minimè dabitur nec patri nec filio, quia pactum inutile est vt statim sequitur, nec prodesse filio potest aut patri cùm in personam filij conceptum fuit. Cùm verò in rem, non prodest quidem filio cui nihil vnquam potest acquiri per patrem, sed tamen prodest patri vt habeat ille exceptionem pacti. Non ergo doli quæ non nisi subdiaria est exceptionis pacti *l.10.§.vlt.ff.eod.* Proinde siue patris pactum vtile sit quia conceptum in rem, siue inutile quia conceptum in filij personam, nunquam potest prodesse ad exceptionem doli siue patri siue filio acquirendam.

k *Iulianus quoque scribit.* Hæc Iuliani sententia ea ipsa est quam idem Paulus noster retulit in *l.17.§. si pactus sim.ff.eo.* vnde petendæ sunt rationes dubit. & decid. ad hunc locum.

l *Sed doli prosit.* Putauit ergo Iulianus ex pacto illo patris *Ne à se néve à filio petatur* exceptionem quidem pacti filiofamilias dandam non esse, sed tamè doli mali dandam esse. Atqui idem Paulus noster in *l.17.§.si pactus sim.supr.eod.* quæ lex sumpta est ex eodem ex quo etiam hæc libro, refert Iulianum putasse huiusmodi pactum filio prodesse non debere etiamsi heres extiterit patri, quia non valuerit ab initio, neque ex postfacto confirmari possit ex regul. *l. quod ab initio 29.de regul. iur.* Non ergo credidit Iulianus posse ex hoc pacto dari filio exceptionem doli. Nam vt supra iam argumentati sumus an non ita fieret vt hoc pactum filio prodesset? Deinde quid facit dolo is qui venit contra pactum inutile? Etsi enim non in totum inutile hoc pactum est, nimirum ex qua parte pactus est pater ne à se petatur, tamen quod ad filij personam perinde inutile est acsi non filius esset, sed omnino extraneus. Illos enim duos casus & Iulianus & Paulus aquiparant, si quis pactus sit ne à se néve à Titio extraneo petatur, &, si pater conuenerit ne à se néve à filio suo aut à filia sua petatur. Quis autem dixerit ex pacto extranei posse acquiri extraneo exceptionem doli? Quasi verò ad parandam exceptionem doli sufficiat non posse competere pacti exceptionem, quod vtique ridiculum est putare. Est enim doli exceptio subsidiaria quidem exceptionis pacti, sed hoc sensu vt quoties pacti exceptio locum habere non potest, doli exceptioni locus esse debeat. Alioqui ex quolibet pacto quantumlibet inutili & inter quoslibet inito inducenda erit inditinctè exceptio doli, quod nemo vnquam dixit.

Ergo quod hîc additur, *sed doli prosit*, vel ita emendandum est vt legamus sed soli Prosit pro eo quod pluribus literis scribi potuit *sed soli patri prosit* (notus enim est mos veterum librariorum vt & notis scriberent vnde & notarij dicebantur, & si quando eadem literas repetendas haberent, semel tantùm sed maiusculo charactere eas exprimerent, vt repetendas significarent) vel potius delendum quasi à Triboniano adscriptum, quem superiore §. ostendimus in eo fuisse errore vt quibus casibus vidit exceptionem pacti locum habere non posse, iisdem ferè omnibus putauerit exceptioni doli subsidiariæ locum esse: quod constat etiam ex iis quæ diximus ad *l.7. §.penultim.supr. eod.* Quanquam vt in hac specie ex pacto patris doli exceptionem filio dandam Tribonianus crediderit, moueri potuit alia etiam ratione, quia putauit ille ex patris, adeóque aui siue paterni siue materni stipulatione collata post mortem stipulatoris dandam filiis tam emancipatis aut nepotibus vtilem actionem contra manifestam rationem iuris, vt constat ex iis locis quos hanc ob causam corrupit in *l.quodcunque 45. §.si quis ita de verbor.obligat.l. Caius 45. solut. matrimon. l. pater 7. Codic. de pact. conuent.* de quo videnda sunt quæ scripsi pluribus *libro 1. Conectur. capit.4. & lib.19.cap.* Nam actioni vtili ex stipulatu in persona actoris, videtur respondere exceptio doli in persona eius qui contra formam pacti de non petendo conuenitur, vt dixi ad *§. plerumque l.10. supr.eod.* Fateamur ergo quod res est quemadmodum à iuris ciuilis ratione abhorret, vt ex patris aut aui stipulatione collata in eas personas, quæ non sunt in potestate, aut in id tempus, quo non erunt in potestate, vtilis actio iis acquiratur ob solam adfectionem personarum *l. 4. Codice de pact. conuent. l. cùm dos 7. §. si verò l.*

rò *l.si ita 9.l.pater 23.de pact.dotal.* Ita & abhorrere à ratione iuris prætorij vt ex pacto patris acquiratur vlla exceptio filio, siue pacti, siue doli, quoniam generalis propositio vtriusque iuris est per liberos posse acquiri parentibus, at per parentes liberis acquiri nihil posse *dict.§.si verò*, vbi obseruandum est non de acquisitione exceptionis pacti, sed de acquisitione in genere loqui Pomponium, cuius lex est, & sanè quamuis parentes ex voto omnia liberis parent *l.pen.§.sed nunquid de bon.libert.l.7.§. vltim. vnd.liber.l.vlt.de bon.damnat.l.13.§.cùm enim.C.de legis. hered.* præposterum tamen est vt per parentes liberis acquiratur quicquam quod libetorum sit viuis parentibus. Generalis enim iuris propositio est, nihil omnino excepta sola possessione acquiri nobis posse per liberam personam quæ non sit in nostra potestate *l.1. C.per quas pers. nob. acquir.* Ergo neque pacti, neque doli exceptionem.

3 ¶ Filiafamiliàs pacisci potest, ne de dote agat, cùm sui iuris esse cœperit[m].

Ad §.3. Filiafamilias.

Ratio dubitandi. Dotis actio communis est patris & filiæ familias *l.2.3.& pass. solut. matrimon.* ideóque non potest alter alterius conditionem facere deteriorem *dict.l.3.* nec paciscendo, nec alia qualibet ratione nisi pater adiuncta persona filiæ quæ pacta fuit, experiatur *l.cùm dos 7. de pact.dotal.* Ergo non potest filia pacisci sine patre ne de dote agat. Ne quidem cum adiectione illa *cùm sui iuris esse cœperit*, quoniam huiusmodi facto fit mulier indotata, quam tamen siue filiafamilias, siue sui iuris sit dotatam manere interest reipublicæ *l. quæsitum 17. §.vltim. & l.sequent. de rebus author. iudic. possid.* Item quia in pactionibus, vt & in stipulationibus omnibus inspicitur tempus conuentionis *leg.si filiusfamilias 78.de verborum obligat.*

Ratio decidendi. Pactum filiæ familias collatum in id tempus quo sui iuris esse cœperit perinde habetur acsi ab ea factum esset eo tempore quo iam esset illa sui iuris, quia dispositio quælibet intelligitur facta eo tempore in quo confertur *l. Stichus 39.de manum.test. l.si ego 9.§.si res. de iur. dot. l. quod in diem 4. C.de donat. ante nuptias.* Ergo non eò minùs valere debet pactum quod factum sit eo tempore quo filia paciscens erat in patris potestate: præsertim cùm eius pacti effectus non ille sit vt noceat patri, sed vt noceat ipsi filiæ paciscenti. Patri enim non nocere certum est. Dices, at vt noceat filiæ quid necesse est conferri pactum in id tempus quo filia erit sui iuris? Cùm nihil vetet etiam filiamfamilias purè pacisci hactenus vt sibi noceat non etiam patri, de ea re scilicet, cuius nomine habet ipsa actionem *l.in persona 30.infr.eod.* quomodo habet de dote. Respondeo dotis actionem ita esse communem patris & filiæ, vt si filiafamilias pacta sit sine patre non magis possit pactum nocere filiæ, quàm patri in cuius est potestate, alioqui & patri noceret si adiuncta filiæ persona experiretur, quod tamen non ita est *l.2.§.1.in fin.solut.matrimon.* Sed si sui iuris facta fuerit filia, nocebit ei pactum sicut & stipulatio noceret quam ab alio interponi passa esset *dict.§.1.in fin.* Eadem ergo nocebit ei pactum quod fuerit collatum in id tempus, quo erit illa sui iuris, sed ita demum si factum sit non ante nuptias, nec constante matrimonio, sed post diuortium: vt hîc notat Cuiacius, quoniam alioqui pactum esset contra ius quod non patitur vt dotis reddendæ conditio per pactum deterior fiat *l.5.l.si pater 12.§.1.l.de die 14.l.16.& 17.& passim de pact. dotal.* At post diuortium & eo tempore quo iam satisfactum est iuri in eo quod paratam habet mulier dotis repetendæ actionem si velit illa per pactum deteriorem conditionem suam facere potest *l.pactum 46.infr.hoc titul.l.penultim.C.eodem*, quia hoc casu non tam dotis quàm suam conditionem deteriorem facit: sicut & heres cùm post mortem testatoris paciscitur de non deducenda falcidia bene paciscitur *l.quod bonis 25.§.1.ad legem falcid.* aut filius cum herede patris iam defuncti de non petenda legitima *l.si quando 35.§.illud. C.de inoffic.testament.* Cùm tamen eiusmodi pacta viuo testatore facta non valerent, vt ibidem scriptum est, & in *leg.si patronus 20.de donat.l.vltim.C. de suis & legitim.l.3. C. de collat.*

m *Cùm sui iuris esse cœperit.* Ergo siue per mortem patris siue per emancipationem, quia his omnibus casibus & aliis nonnullis æquè filia exit de patris potestate *l.mulier 22.ad S.C.Trebell.*

Ratio dubitandi. Cùm filiafamilias fit sui iuris per emancipationem patitur minimam capitis diminutionem, adeoque deducitur in imaginariam seruilem conditionem *l.3.§.vltim.de capit.minut.* Ergo non potest ex antecedentibus obligationibus teneri. Ideoque necessarium fuit edictum illud prætoris vt obligationes & actiones omnes quæ per capitis diminutionem intercideranr restituerentur. Pactum ergo initum per filiam eo tempore quo erat in patris potestate non potest ei nocere postquàm facta est sui iuris.

Ratio decidendi. Minima capitis deminutio non tollit ea quæ in facto magis quàm in iure consistunt *l.legatum 10. eod.tit.* vt nec ea quę habent naturalem æquitatem & præstationem, quia ciuilis ratio iura naturalia corrumpere nunquam potest *l.eas 8.eod.* Eiusmodi verò est pactum, quia & facti est non iuris *l.si vnus 27.§.pactus hoc tit.* & quæ ex eo nascitur obligatio naturalis est, habétque naturalem æquitatem *l.1.supr.eod. l.Stichum 95.§. naturalis.de solut.* Sed & ipsa dotis actio quæ iuris est, vt & cæteræ omnes actiones, non perit tamen per capitis deminutionem *d.l.eas. & sequ.* quia vt lex ait naturalem habet præstationem. Quidni ergo & filiæ post emancipationem agenti nocebit exceptio pacti ante emancipationem interpositi?

4 ¶ Item filiusfamiliàs de eo, quod sub conditione legatum est, rectè paciscitur[n].

Ad §.4. Item filiusfamilias.

n *Rectè paciscitur.* Etiá purè, id est, sine illa adiectione *Cùm sui iuris erit.* quæ adiectio nõ fuerat omissa,

in ſpecie proximè præcedente. Ponendum tamen eſt ex facto euenire, vt hic filiusfamilias reperiatur ſui iuris eo tempore quo legati condicio exiſtit. Alioqui ſi adhuc filiusfamilias eſſet fruſtra quæreretur an ei noceret pactum cùm nihil iuris eſſet ipſe habiturus in legato quod per eum acquireretur ipſo iure patri, nec rurſus an pactum noceret patri qui ipſe pactus non fuiſſet. At cùm filiusfamilias pactus fuit purè de legato quod ei ſub condicione relictum fuerat ſi reperiatur ſui iuris exiſtente legati conditione dubitari eleganter poteſt an pactum ipſi nocere debeat.

Ratio dubitandi. Quia in pactis vt & in ſtipulationibus, & in omnibus contractibus inſpiciendum eſt tempus quo paciſcimur & quo contrahimus, non tempus exiſtentis condicionis *l. ſi filiusfamilias 78. de verborum obligat.* Atqui tempore pacti erat filius in patris ſui poteſtate, nec potuit ius illud diminuere quod pater in eo legato habebat, vel quàdoque habere ſperabatur: quia filius paciſcendo deteriorem facere patris condicionem nunquam poteſt *l. filius 23. C. hoc tit.* Ergo pactum hoc initio inſpecto valere non poteſt.

Ratio decidendi. Differentia eſt hac parte inter ſtipulationes & legata, quia in legatis conditionalibus filiofamilias relictis ſi diſputetur cui acquirantur an patri an filio, qui exiſtentis condicionis tempore ſit ſui iuris, placet inſpici tempus conditionis euenientis *l. quæ legata 18. de regul. iuris.* Idque ob eam rationis diuerſitatem, quam adferemus ad *dict. leg. ſi filiusfamilias*, & iam attulimus *libr. 15. Coniectur. capit. 7.* Ergo & in hoc pacto quod de legato conditionali interponitur, tempus condicionis inſpiciendum eſt. Etſi enim de pacto non de legato tractamus, hoc tamen proprium habent non ſolùm pacta, ſed etiam ſtipulationes quæ legatorum & fideicommiſſorum nomine interponuntur, vt eaſdem leges & condiciones recipiant, quas haberet actio ipſa ex teſtamẽto, tùm quoque cùm actio illa per ſtipulationem nouata eſt *l. 1. §. ſi quis ſub condicione. infr. vt legat. ſeu fideicom. ſeru. caueat. l. cùm filius 76. §. heres meus. de leg. 1.* Quantò magis ſi pactum nudum interuenerit quod actionem nouare nunquam poteſt? Aliud ergo eſſet ſi de ſtipulatione condicionali filiusfamilias paciſceretur etiam quam ipſe interpoſuiſſet, quia eius emolumentum omnimodo patri quæritur, etiamſi filius eueniente condicione ſit ſui iuris *d. l. 78. de verbor. oblig.*

a *De eo quod ſub condicione legatum eſt.* Ratio dubitandi. Quod ſub condicione legatum eſt repudiari non poteſt *l. ſi ita ſcriptum 45. §. ſi ſub condicione. de legat. 1.* quia nec delatum intelligitur quandiu pendet condicio *l. cedere diem 213. de verborum ſignif.* quod autem nondum delatum eſt cùm nondum competat repudiari non poteſt *leg. 1. §. decretal. lis. de ſucceſſ. edict.* Atqui pactum de legato non petendo quid aliud quàm pacti repudiatio eſt? Ergo tale pactum pendente condicione valere non poteſt.

Ratio decidendi. Aliud eſt repudiare legatum condicionale, aliud verò de eo paciſci. Repudiantur delata. Paciſcimur etiam de non delatis, inquit bene Cuiacius ex *l. pactum 46. infr. & l. 1. C. eod.* Repudiatio fit in iure *l. 4. C. de repud. vel abſtin. hered.* Pactũ autem quoquomodo. Adde quæ dicam ad *l. ſi vnus 27. §. ſed ſi generaliter. 3. hoc tit.* An verò filiusfamilias paciſcendo patri nocere aliquo caſu & quando poſſit alia quæſtio eſt, de qua dicemus ad *leg. contra 28. §. ſi filius. & l. ſeq. 3. eod.*

5 ¶ In his, qui eiuſdem pecuniæ exactionem habent inſolidum, vel qui eiuſdem pecuniæ debitores ſunt: quatenus alij quoque proſit, vel noceat pacti exceptio, quæritur: Et in rem pacta omnibus proſunt, quorum obligationem diſſolutam eſſe eius, qui paciſcebatur interfuit. itaque debitoris conuentio fideiuſſoribus proficiet.

Ad §. 5. In his.

Ratio dubitandi. Pactum ab alio factum etiamſi in rem conceptum ſit alij neque prodeſſe debet neque nocere *l. ſi vnus 27. §. pacta in fin. infr. eod.* quia per liberam perſonam quæ non ſit in noſtra poteſtate non magis acquiri nobis poteſt exceptio pacti vel doli, quàm aliud quidpiam excepta ſola poſſeſſione *l. 1. Cod. per quas perſon. nob. acquir.* Ergo in pluribus etiam qui eiuſdem pecuniæ exactionem habent in ſolidum vel qui eiuſdem pecuniæ debitores ſunt pactum vnius alteri numquam prodeſſe debet vel nocere, tametſi conceptum ſit in rem.

Ratio decidendi. Pactum vnius non poteſt quidem alteri prodeſſe principaliter, ſed per conſequentias poteſt, quoties nimirum euenit, vt nec ipſi qui pactus fuiſſet prodeſſet ſi non ad alium quoque eius commodum tranſiret. Vt euenit in pacto de non petendo inito per debitorem qui dederat fideiuſſorem. Etſi enim alia eſt perſona debitoris, alia fideiuſſoris adeoque alia obligatio debitoris, alia fideiuſſoris, cùm illa principalis hæc acceſſoria ſit, pactum tamen debitoris prodeſt fideiuſſori ſi pactus ſit debitor, non in perſonam ſuam, ſed in rem, id eſt, ne debitum petatur, quoniam alioqui parum aut nihil prodeſſet ipſi debitori, contra quem fideiuſſor eſſet habiturus regreſſum actione mandati, vel negotiorum geſtorum *l. ex mandato 20. §. 1. infr. mandat.* ſi pecuniam quam creditor petere à debitore non poteſt ipſe, creditori ſoluere cogeretur *l. cùm lex 46. de fideiuſſ.* Et ita intereſt debitoris fideiuſſoriam quoque obligationem elidi per exceptionem. Ad hoc autem comparatæ ſunt actiones & exceptiones omnes vt vnuſquiſque ſibi acquirat quod ſua intereſt *l. 38. §. alteri, de verbor. obligation.* Aliud igitur erit ſi fideiuſſor vel donandi animo vel in rem ſuam fideiuſſerit, vel pro furioſo, vel pupillo, vel prodigo, ſiue tutoris vel curatoris autoritate, vel pro inuito & vetante *l. quod dictum 32. infr.* quoniam his mandati actio non competit *l. Marcellus 25. eod. l. 5. de liber. leg. l. vltim. C. de neg. geſt. l. ſed ſi 24. infr. hoc titul.* iunge *l. 25. eod.*

22. VLPIA-

22. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

NIſi hoc actum eſt, *vt duntaxat à reo non petatur*[a], *à fideiuſſore petatur*[b]: tunc enim fideiuſſor exceptione non vtetur.

Ad l. Niſi hoc actum 22.

Ratio dubitandi. Etiamſi hoc actum ſit vt à reo duntaxat non petatur, intereſt tamen debitoris non peti à fideiuſſore, cùm alioqui futurum ſit vt per fideiuſſorem qui conuenietur, regreſſumque aduerſus reum, ſiue mandati, ſiue negotiorum geſtorum actione habiturus eſt ſecundùm ea quæ proximè diximus, ipſe quoque reus conueniri videatur *dict. l. 5. de liberat. legat. l. cùm lex 46. de fideiuſſoribus.* Itaque perinde fit contra pactum de non petendo à reo cùm petitur ab eius fideiuſſore, atque ſi à reo ipſo peteretur. Adde quod inter cæteras exceptiones quæ fideiuſſori aduerſus creditorem competunt, vna illa eſt, ſi noſtris credimus, cedendarum actionum, id eſt, qua repellit creditorem, ſi non paratus ille ſit cedere & præſtare actiones ſuas fideiuſſori contra debitorem: quas porrò certum eſt debere vtiles & efficaces eſſe non inanes, cùm nihil intereſt an ipſo iure quis actionem non habeat, an talem quæ per exceptionem infirmetur *l. nihil intereſt 112. de regulis iuris. l. nam is 6. de dolo.* Atqui non poteſt eſſe efficax actio creditoris contra debitorem qui tutus eſt exceptione pacti de non petendo. Comparatur enim hic non tam ei qui nihil habet, quàm ei qui iam ſatisfecit, cùm habeat quod obiiciat petitori *l. ſi pupillus 45. in fin. de adminiſtr. tutor.* Ergo non eſt permittendum creditori vt agat contra fideiuſſorem cui nullam efficacem actionem præſtare poteſt aduerſus debitorem propter pactum de non petendo factum cum debitore: atque ita fit vt pactum initum cum debitore quantumuis perſonale ſit, prodeſſe neceſſariò debeat fideiuſſori, ſaltem per conſequentias, quomodo de mandatore ſcriptum eſt in *l. Stichum 95. §. penultim. de ſolution.*

Ratio decidendi. In pactis ſicut in ſtipulationibus cæteriſque contractibus ſemper ſequimur id quod actum eſt *l. ſemper 34. de regulis iuris.* Nec enim vnquam actus operantur vltra intentionem agentium *l. non omnis 19. de rebus creditis.* Non igitur fieri poteſt vt pactum de non petendo conceptum in perſonam debitoris ob eam maximè cauſam ne fideiuſſori prodeſſet, ei prodeſſe debeat, quamuis futurum ſit poſteà conuento fideiuſſore vt reus quoque conueniri videatur, quia credibile eſt, neque cum debitore pactum fuiſſe initurum creditorem de non petendo ab eo, ſi fideiuſſorem obligatum non habuiſſet, nec ideò tamen fit vt nulla debitori ſuperſit vtilitas pacti, cùm poſſit eius intereſſe, vt non niſi per mediam fideiuſſoris perſonam potiùs quàm vt recta conueniatur, ſiue quòd eo modo futurum ſit vt vrgeatur tardius, ſiue quòd fortaſſe bona ſua omnia obligauerit creditori, nec ea tamen fideiuſſor habeat obligata, ſiue denique quòd fideiuſſoris regreſſum aduerſus ſe minùs veretur, aut tanquam amici hominis, mitiúſque ſecum acturi, aut tanquam eius qui viciſſim ei aliquid debeat, & cui poſſit obiicere compenſationem aut aliam quamlibet exceptionem. Quorum omnium ſi nihil nec ſimile quicquam interueniat, imputare ſibi debitorem oportet cur in perſonam ſuam conceperit pactum, ac non potiùs in rem vt fideiuſſori quoque prodeſſe poſſet. Eſt enim longè tolerabilius vt nullius vtilitatis pactum ſit debitori, quàm vt contra id quod inter contrahentes actum eſt proſit fideiuſſori. Nec poteſt defendi profuturum ei per exceptionem cedẽdarum actionum. Nullo enim iuris loco, quod & Cuiac. benè obſeruauit, ſcriptum reperias eam exceptionem fideiuſſori accommodandam eſſe, quia nimirum nec neceſſe eſt, cùm proprio iure habeat pro ſua indemnitate actionem mandati, vel negotiorum geſtorum *l. ex mandato 20. §. 1. mandat.* Poteſt quidem creditor eam ceſſionem facere ſi velit; nec tantùm aduerſus debitorem, ſed etiam aduerſus confideiuſſorem *l. vt fideiuſſor 39. de fideiuſſ. l. Modeſtinus 76 de ſolut.* Nec ſolùm poteſt, ſed etiam cogitur, ſi ſine vllo ſuo incommodo id facere poſſit. Cui enim non æquum id videatur? *l. in creditore 38. l. rem hereditariam 65. de euict.* Sed ſi nullam actionem efficacem habeat, neque perſonalem, neque hypothecariam in perſonam & bona debitoris, non eò magis repellendus eſt, ſi agat contra fideiuſſorem, tametſi vitio & facto ſuo eas actiones quas aliquãdo habuit, amiſerit: cùm non ideò futurum ſit vt fideiuſſor in damno moretur, quamuis ea ceſſio poſſit illi prodeſſe & propter hypothecam ſi creditum fuit hypothecarium, & propter priuilegium temporis ſi creditor ille fuit anterior vel tempore in hypotheca, vel cauſa in priuilegio, de quo ſcripſi *lib. 11. Coniect. c. 15.* At mandatoris alia ratio eſt. Nullam enim ille propriam actionem habet contra eum pro quo mandauit, ob idque ne in damno moretur, æquum eſt non aliter audiri creditorem aduerſus eum agentem, quàm ſi actionem aliquam efficacem habeat contra debitorem quam mandator præſtare & poſſit & velit *dict. l. 95. §. pen. de ſolut.*

a *Vt duntaxat à reo non petatur.* Valebat, erátque frequens hoc pactum iure vetere, quo electionem habebat reus, an cum reo primùm agere vellet, an cũ fideiuſſore *l. 3. l. iure noſtro 5. l. liberum 16. C. de fideiuſſ.* Sed iure nouo valere non poteſt, quin proſit etiam fideiuſſori, poſtquàm placuit Iuſtinian. *Nouell. 4. de fideiuſſ.* vnde ſumpta eſt *Authent. præſente. C. eodem.* vt fideiuſſor habeat exceptionem ordinis, id eſt, vt non niſi priùs conuento reo principali, eiúſque facultatibus excuſſis ad fideiuſſorem veniri poſſit. Nam ſi pactum hoc valeret ita vt non poſſet fideiuſſori prodeſſe, euenirет vt beneficium exceptionis quam fideiuſſor non à debitore, ſed à Iuſtiniani lege habet, ſolo debitoris facto ei eriperetur, quod abſurdum eſſet. argum. *l. ſi adrogator 22. de adoptionibus.* Cùm neque exceptionem pacti quam facto pactóque ſuo debitor fideiuſſoribus ſuis adquiſiit contrario pacto eis aufferre poſſit *l. vlt. infr. hoc titul.* An ergo inutiliter pactus erit debitor ne à ſe petatur? Minimè. Sibi enim debet creditor imputare cur eum eo ita pactus ſit. Sed nocebit pactum creditori non tantùm quod ad debitorem, ſed etiam quod ad fideiuſſorem, atque ita proderit fideiuſſori etiam inuitis paciſcentibus. At

per consequentias non principaliter & occasione magis quàm iure, vt ait *l.2. de viuis.* Coniuncta nimirum potestate constitutionis Iustinianeæ cum effectu pacti, Quia cùm non possit creditor fideiussorem conuenire nisi conuento prius debitore propter legem Iustiniani. debitor autem conueniri saltem efficaciter non possit propter pactum de non petendo, necessariò consequens est vt nec possit conueniri fideiussor à creditore, non magis quàm si creditori debitor soluisset. Planè, si quod hodie fieri adsolet, fideiussor cùm acceptus fuit beneficio nouæ constitutionis renunciauerit, cui renunciari posse etiam Iustin. voluit, dubitandũ non est quin sicuti per eam renunciationem reditur ad ius vetus, ita & valiturum sit pactum de non petendo à debitore duntaxat, nec profuturum fideiussori quominùs possit ille prior conueniri. Quasi fideiussorem eligat creditor hoc ipso quod pacisci-tur ne petat à debitore.

b *A fideiussore petatur.* Rectè hæc verba lineis intercluſa sunt tanquam suspecta: sunt enim delenda, sicut & illa quæ nos sustulimus in *l. si decem* 17. *§. si quis paciscatur. supr. eod. sed vt ab herede petatur* tanquam quę ex eiusdem interpretis insciti-a & glossemate in textum irrepserunt. Nam vt pactum de non petendo cum debitore factum non prosit fideiussori sufficit actum fuisse vt esset personale quale proculdubio est, cùm conuenit vt à reo duntaxat non petatur licèt non sit additum vt à fideiussore petatur. Tunc enim duntaxat potest videri pactum in rem conceptum, cùm persona nulla à qua petendum non sit pacto comprehensa est.

23. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

Fideiussoris autem conuentio nihil proderit reo: quia nihil eius interest, à debitore pecuniam non peti. immò nec confideiussoribus proderit c. neque enim, quoquomodo cuiusque interest d, cum alio conuentio facta prodest: sed tunc demùm, cùm per eum, cui exceptio datur, principaliter ei, qui pactus est, proficiat: sicut in reo promittendi, & his, qui pro eo obligati sunt.

Ad l. Fideiussoris 23.

Ratio dubitandi. Fideiussor qui tutus est exceptione pacti de non petendo videtur habẽdus pro eo, qui tametsi non soluerit, tamen satisfecit cùm habeat quod obiiciat petitori *leg. si pupillus* 45. *de admin. tutor.* Atqui solutio vel satisfactio per fideiussorem facta prodest debitori, quia satisfactio pro solutione est *l. satisfactio* 52. *de solut.* solutio autẽ pro debitore facta liberat debitorem non solùm si à fideiussore facta sit, sed etiam si ab alio quocunque *l. soluere* 53. *& seq. eod.* Ergo & pactum de non petendo initum cum fideiussore debet prodesse debitori, sicut & iusiurandum prodest *l. in duobus* 28. *§. 1. de iureiur.* Quamuis iusiurandum non liberet ipso iure eum qui iurauit, sed tantùm ope exceptionis sicut & pactum *l. sed si possessori* 11. *& pas. eod.*

Ratio decidendi. Alia ratio est iurisiurandi, alia verò pacti de non petendo etiam in rem concepti: Iusiurandum enim etiam loco solutionis cedit *l. iusiurandum* 27. *eod.* scilicet si de ipso contractu & de re non de persona interponatur *dict. l.* 28. *§.* 1. id est, si fideiussor iurauerit, non se nihil debere, sed imperſonaliter nihil deberi. vnde est quod posteaquàm iuratum fuit, dummodò constet rectè ritéque iuratum esse, non tantùm datur exceptio reo aut fideiussori qui iurauit, sed etiam denegatur actio actori *l. nam posteaquàm* 9. *in princ. eod.* quia & si actor esset is qui iurauit, actionem ex iureiurando haberet aduersus deferentem eiúsque successores *dict. l. nam posteaquàm. §. vltim. & dict. l. sed si possessori. in princip. & §.* 1. *eod.* Actio, inquam, in factum ad similitudinem iudicati *l. actori* 8. *C. de rebus cred. & iureiur.* Nam & iusiurandum eandem vim habet quam res iudicata, adeoque maiorem *l.2. infr. eodem.* & consequenter pro veritate habetur *l. ingenuum* 25. *de stat. homin. l. res iudicata* 208. *de reg. iur.* Itaque cùm fideiussor iurauit nihil deberi tam verum est reum, quàm fideiussorem nihil debere, Cùm nec alia ratione contendat fideiussor se nihil debere quàm quòd nihil à reo ipso debeatur. At pactum de non petendo, quamuis in rem conceptum numquam afficit substantiam obligationis, sed tantùm exercitium aut potiùs efficaciam actionis, cuius tamen integrum ius relinquit. Ideoque nec potest dici cedere loco solutionis aut satisfactionis, cùm non liberet pacisc entem *leg. solutionis* 54. *de solution.* neque facere quominùs creditori etiam contra eum ipsum qui pactus fuit actio detur. Quid ergo? Prodest tantùm ad hoc vt actio illa per exceptionem elidatur, quia nimirum ita fieri interest pacisc entis qui nec aliam ob causam pactus fuit, quàm vt eam exceptionem acquirendo sibi consuleret *leg.* 27. *§.* 1. *infr.* Atqui nihil interest fideiussionis liberari debitorem, quia etiamsi debitor condemnetur, & ab eo pecunia exigatur, non ideò tamen pauperior erit fideiussor, contra quem scilicet non perinde regressum habiturus est debitor, atque haberet fideiussor contra debitorem extra casum *l. proxim. sequent.* Ergo pactum fideiussoris etiam in rem conceptum non potest debitori prodesse. Et hæc Germana differentiæ ratio est inter pactum & iusiurandum, non quam adfert Cuiacius quòd maior sit vis religionis quàm fidei datæ, etsi hæc quoque vera est magis quàm ad rem accommodata, vt ex iis etiam constat quæ scripsi ad *legem* 17. *§. si pactus sim. in fin. supr. eod.*

c *Immò nec confideiussoribus proderit.* Ratio dubitandi. Interest fideiussoris, vt confideiussores eius liberentur, quia licèt fideiussori qui totum soluit danda actio non sit vt agat contra suum confideiussorem si non ei cessæ sint actiones *l. vt fideiussor* 39. *de fideiuss.* cùm tamen non possit recusare creditor quominùs vni ex aliis confideiussoribus solidum soluenti in solidum quoque actiones præstet, fiet eo modo vt fideiussor qui pactus erat de non petendo cum creditore conueniatur à cæteris confideiussoribus cum quibus pactus non fuit.

Ratio decidendi. Non potest creditor alij confideiussoribus solidum soluentibus actiones præstare etiamsi maximè velit, nisi quas & quales habet. Porrò nullas habet efficaces contra eũ cum quo pactus est de non petendo. Non magis ergo fieri potest, vt hic fideiussor qui pactus est conueniri possit à suis cõfideiussoribus, quàm vt ab ipso creditore. Nihil proinde interest fideiussoris qui pactus fuit, an pactum confideiussoribus eius profuturum sit, nécne. Neque tamen idcò cæteri confideiussores onerantur, cùm perinde habituri sint beneficium di-isionis, vt non conueniantur pro parte fideiussoris, qui pactus fuit si modò sit ille soluendo tempore litis contestatæ, ne alio qui beneficium quod habent non à creditore aut à confideiussore, sed ab epistola diui Hadriani, facto con fideiussoris eis adimatur. contra *l. vlt. ff. hoc tit l. si arrogator* 22. *de adopt.* Interesset sanè confideiussorum, vt prodesset iis pactum confideiussoris. Sed non sufficit quoquomodo interesse cuiuslibet ad hoc vt ei prosit cum alio facta conuentio, sed illud omnino requiritur, vt pacti exceptio quam habere vult is qui pactus non est, per ipsius personam prosit principaliter ei qui pactus fuit. Hoc enim cùm euenit, interest principaliter eius qui pactus fuit vt pactum etiam alij prosit, ideoque & prodest. Vt euenit in reo promittendi, & his qui pro eo obligati sunt. Cùm enim pactus fuit debitor ne debitam petatur, id est, neque ab eo, neque ab eius fideiussoribus, & ex eo pacto datur exceptio fideiussoribus, prodest quidem iis pactum, sed accessoriè, ipsi verò debitori principaliter non minùs quàm si ipse conueniretur. Item in duobus reis promittendi, & in duobus argentariis socius *l. idem* 5. *infr.* vbi dicam.

d *Neque enim quoquomodo cuiusque interest.* Malè Cuiacius hoc sic explicat quasi Paulus velit, vt pactum quod ego feci aliis prosit, necesse esse vt mea interfit non quoquomodo, sed principaliter & pecuniariter. Non enim Paulus ista duo *quoquomodo & principaliter*, opponit inuicem in vna eadémque persona paciscentis, sed in diuersis personis, & hoc sibi vult, vt iam explicauimus, non sufficere vt interfit quoquomodo illius qui ex alieno pacto vult excipere, sed requiri vt principaliter interfit eius qui pactus fuit. Cæterùm si eius qui pactus fuit interesset quoquomodo, id est, etiam per consequentias non principaliter dummodò pecuniariter (vt excludamus obligationem ad ἀντίδωρα, quæ per beneficij cuiuslibet dationem acquiritur *l. sed etsi* 25. *§. consuluit. de petit. hered.*) hoc sufficeret vt vnius pactum etiam alteri prodesset. Ideoque bene Paulus rationem illam proximè attulit cur fideiussoris conuentio nihil prosit reo, *quia*, inquit, *nihil eius interest pecuniam à debitore non peti.* hoc est, nullomodo ipsius interest, vt intelligamus aliud respondendum esse, si quoquomodo ipsius interfit, ex qua etiam ratione apparet, neque ad doli exceptionem posse pactum rei prodesse fideiussori, vt dicam ad *leg. 23. §. vltim. & l. 26. infr. eod.*

24. PAVLVS lib. 3. ad Plautium.

Sed si fideiussor in rem suam spopondit: hoc casu fideiussor pro reo accipiendus est: & pactum cum eo factum, cum reo factum esse videtur.

Ad l. Sed si fideiussor 24.

Hæc lex continet exceptionem ad id quod dictum est in *princip. l. præced.* Pactum fideiussoris reo non prodesse. Nam si fideiussor in rem suam spoponderit, & pactus sit ne debitum petatur, concepto in rem pacto, proderit exceptio pacti etiam debitori. Ratio dubitandi. Ex supradicta generali regula, quæ habet fideiussoris, conuentionem nihil prodesse reo, quia nihil interfit fideiussoris à debitore pecuniam non peti *d. l. prox. in princ. supr.*

Ratio decidendi. Fideiussor hoc casu pro reo accipiendus est, cùm in rem suam ac proinde, pro se magis quàm pro alio spoponderit, & consequenter is qui se reum & principalem debitorem dixit, pro fideiussore magis quàm pro reo. Is enim fideiussor est qui pro alio non qui pro se interuenit *l. græcè* 8. *§. illud & pass. de fideiuss.* Itaque pactum cum huiusmodi fideiussore factum, videtur factum cum reo, ideoque & reo prodest non tanquam reo, sed tanquam fideiussori. Interest enim fideiussoris, cùm aduersus eum habiturus sit regressum reus si soluere cogatur, quia non tam pro se quàm pro fideiussore suo soluisse videbitur. Sed è contrario si reus ille pactus sit quantumlibet in rem de non petendo, non proderit pactum fideiussori, quia non tam rei quàm fideiussoris pactum fuisse intelligitur, quod reo prodesse nunquam debet. Proinde si benè inspicias, non vitiantur hoc casu duę illę iuris regulæ, quarum vna vult, Pactum rei prodesse fideiussori quoties in rem conceptum est. Altera negat pactum fideiussoris, etiamsi in rem conceptum sit prodesse reo, sed iisdem regulis retentis vitiatur tantùm & immutatur propria significatio nominum *rei & fideiussoris* cùm eum qui se reum dixit habemus pro fideiussore, pro reo autem illum qui se nominauit fideiussorem, attento scilicèt magis eo quod re vera actum quàm quod simulatè dictum est *tot. titul. Cod. plus valer. quod agit. quàm quòd simul. concip.* Exemplum autem fideiussoris in rem suam spondentis, adferre nostri solent de vxore quæ fideiussit pro marito à quo fundus dotalis petebatur ex *l. de die* 8. *§.* 1. *supr. qui satisdar. cogant.* Sed vereor ne non sit satis accommodatum exemplum. Etsi enim verum est vxorem fideiubere in rem suam, quoties fideiubet pro marito à quo actor fundum dotalem vindicat, negari tamen non potest quin fideiubeat etiam in rem viri, siquidem dos quamuis sit mulieris, est tamen in bonis mariti *l. quamuis* 75. *de iure dotium.* Fideiubet ergo potiùs in rem communem, argument. *l. sciendum* 15. *§. si fundus. qui satisdar. cogant.* & consequenter pactum alterutrius alteri proderit, siue maritus solus, siue vxor sola, dummodò in rem, pactum fecisse proponatur, quia paciscentis, quisquis ille sit, interest principaliter, vt alteri quoque pactum prosit.

25. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

IDem[a] in duobus reis promittendi[b], & duobus argentariis sociis.

Ad l. Idem in duobus 25.

a *Idem*, supple quod dictum est non in *leg. prox. præced. sed in l. fideiussoris. 23. in fin.* quæ non tantùm eiusdem Pauli, sed ex eodem etiam libro tertio scilicet ad edictum in quo potissimum tractauit ille de pactis, vt constat ex legibus Pauli eam sequentibus, quàm præcedentibus, quæ sunt in hoc tit. In eóque puto viciosam huius legis inscriptionem, quæ ostendit sumptam legem ex *libro 8. Pauli ad edictum pro eo quod scribi debuit libro 3.* Adfinitas notarum vtriusque numeri facilè peperit mendum. Non debuit ergo inter hanc *l. & d. l.* 23. interiici lex 24. quæ vnam eandémque Pauli sententiam interpellat. Idáque & Cuiacius ante nos bene docuit, monens *dictam leg.* 24. debuisse poni ante *versimmo nec confideiussoribus.*

b *In duobus reis promittendi.* Pactum ergo vnius ex reis promittendi, quos vulgò correos appellamus alteri proderit si socij sint, si socij non sint nõ proderit. Nam dictio *sociis* quæ additur post verba illa sequentia, *& duobus argentariis*, non tantùm ad argentarios referenda est, sed etiam ad correos promittendi, in quibus illa vtique distinctio necessaria est. An sint socij nécne *leg. 3. §. nunc de effectu. de liber. leg. l. in lege* 62. *ad leg. falcid. l. 9. §. penult. & l. 10. de duob. reis.* Scripsi *libr. 11. Coniect. cap. 16.*

Ratio dubitandi. Correorum debendi non tantùm vnicum debitum est, sed etiam vnica obligatio *l. 3. §. 1. & pass. de duob. reis.* in quo alia ratio est correi alia fideiussoris. Nam cùm debitor aliquis fideiussorem dedit vnum quidem debitum est, quod ideò vnica solutione tollitur, sed duæ sunt obligationes, vna principalis, alia fideiussoria & accessoria. Ergo non idem ius constitui debet in correis debendi, quod constituitur in reo & in fideiussore. Sed potiùs dicendum est Pactum vnius ex correis alteri omnimodo prodesse etiamsi non sint socij, quamuis pactum fideiussoris non prosit reo.

Ratio decidendi. Etsi plurium correorum debendi vna tantùm obligatio est, non ideò tamen fit vt vnius pactum de non petendo alteri prosit, quia scilicet pactum de non petendo non afficit substantiam obligationis, & neque ius aut exercitium actionis, sed tantùm efficaciam actionis faciendo vt actio quæ salua & integra superest ipso iure etiam contra pacisscentem elidatur per exceptionem. Neque rursus interest quicquam correi qui pactus fuit pecuniam à correo non peti, cùm regressum nullum habiturus sit correus qui totum soluet aduersus correum, qui nihil, vt pluribus à nobis probatum est *libr. 11. Coniectur. capit. 6. & seqq.* Nil obstante eo, quod in contrarium scriptum videtur in *l. 2. C. de duobus reis.* vt ibidem ostendimus *cap. 17.* Et sanè vel hic locus maximè probat, Correo solidum soluenti nullam dari regressum aduersus correum. Alioqui non posset negari quin correi pactum correo prodesse deberet etiamsi socij non essent, quandoquidem pacisscentis proculdubio interest, quod tamen hæc lex negat. Idémque in pluribus argentariis iuris est vt vnius pactum alteri prosit si socij sint, non prosit si socij nõ sint. Dices Correos debendi videri vice mutua fideiubere ex *l. vir vxori 17. §. mulier & Titius ad S.C. Velleian.* sed id quoque falsum est etiamsi correi debendi socij proponantur vt nos eodem Coniecturarum libro probauimus. Quid ergo facit societas propter quod vnius ex correis debendi aut argentariis pactum debeat correo, aut alij argentario prodesse? Nimirum quia interest eo casu pacisscentis non peti ab alio qui socius sit, quandoquidem reputaturus ille est societatis iudicio quod soluere cogetur. Quæ etiam ratio est *l. eandem 9. §. penultim. in fin. de duobus reis.* Nam si in ea specie correorum culpa communis non fuisset, vtique quod nunc ex iis ob culpam proprium præstituisset socio reputare iudicio societatis non posset: quia culpæ societas nulla est *l. si communis 9. l. si ex duobus 17. de noxal. action.*

1 ¶ Personale pactum ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad heredem[c] Labeo ait.

Ad §. 1. Personale.

Ratio dubitandi. Interest plerumque pacisscentis vt pactum etiamsi sit personale alij tamen prosit vt in illis ipsis exemplis in quibus suprà diximus pactum vnius in rem conceptum alteri prodesse. Ergo quod pactum personale sit facere non debet ne prosit alteri si modò tale sit quod in rem conceptum prodesse posset, cùm illud tantùm inspici debeat, an interfit pacisscentis *l. 2. §. vlt. supr.*

Ratio decidendi. Consecutio negatiuè bona est vt pactum vnius numquam prosit alteri in cuius potestate non sit is qui pactus fuit, quoties nihil interest pacisscentis etiamsi pactum in rem sit. Sed non similiter è contrario bona est affirmatiuè si quis dicat, Interest pacisscentis pactum eius prodesse alteri. Ergo prodest. Id enim tunc tantùm verè dicitur, cùm pactum in rem conceptum fuit. At non item si in personam, ne actus vltra intentionem agentium operetur *l. non omnis 19. de reb. credit.* Cur enim pactum concepissent in personam, nisi voluntatem illam habuissent vt persona non egrederetur. Ideò namque personale quid dicimus, quòd personam non egrediatur *l. quia tale 14. solut. matr. l. 1. §. planè de constit. Princip.*

c *Nec ad heredem.* Ratio dubitandi. Heredis persona eadem censetur cum persona defuncti *l. cùm heres 11. De diuers. temp. præscript. l. nihil est aliud 24. de verb. signif.* Et qui pacisscitur non minùs de herede suo quàm de se cogitat *l. si pactum 9. de probat.* Ergo pactum omne quantumuis personale sit transit ad heredem.

Ratio decidendi. Persona defuncti non est reuera eadem cum persona heredis, sed tantùm eadem esse intelligitur fictione iuris, quę fictio neque tam facilè potest habere locum in pactis, in quibus non ius, sed factum versatur *l. si vnus 27. §. pactus. inst. hoc titul.* neque accommodari potest ad illa etiam quæ sunt iuris si sint personalia, quia quæ personalia sunt, id est, quæ cohærẽt personę non transeunt ad heredem *l. vsus aquæ 21. de vsu & habitat. dict. l. quia tale 14. solut. matrimon. l. non solùm 8. §. tale legatum de liber.*

de liber. legat. l. 23. & 4. l. si habitatio 9. quand. dies leg. ced. Bene autem argumentatur Paulus vt pactum personale non transeat ad alium, quia nec transit ad heredem. Quod enim transmissibile non est ad heredem, multò minùs est cedibile *l. ex pluribus 42. de admin. tutor.*

2 ¶ Sed quamuis fideiussoris pactum reo non prosit: plerumque tamen doli exceptionem reo profuturam Iulianus scribit.

26. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

VIdelicet si hoc actum sit, ne à reo quoque petatur[d]. ¶ Idem & in confideiussoribus est.

Ad §. 2. Sed quamuis. & l. Videlicet. 26.

Mihi semper suspecta fuit sententia huius *§. & l. prox. seq.* Nec enim possum mihi persuadere pactum fideiussoris qui re vera nec tantùm nomine fideiussor sit (vt excludam casum *l. 24. §. eod.*) posse reo prodesse ad parandam ei doli exceptionem, etiamsi ponas non modò in rem conceptum fuisse pactum sed etiam id actum, adeóque si voles, quod magis est expressim dictum, vt nec à reo petatur. Non tam enim voluntatis quàm potestatis defectus ille est qui inducit ne pactum fideiussoris prosit reo, quia per liberam personam quæ in potestate nostra non sit, nec actio nec exceptio acquiri nobis potest, quantumlibet nostra maximè interfit, nisi interfit principaliter ejus per quem acquirere volumus *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig. & l. fideiussoris 23. supr. hoc tit.* vbi cùm ob hanc causam scriptum sit generaliter fideiussoris conuentione reo nihil prodesse, intelligimus ne quidem ad doli exceptionem prodesse. Alioqui prodesset sanè aliquid, imò tantundem quantum si pareret exceptionem pacti. Cùm in effectu nihil interfit qua exceptione summoueatur actor, dummodò summoueatur, nisi quòd doli exceptio odiosior est tanquã quæ actoris existimationem onerat apud viros bonos & graues *l. licèt 7. §. nec exceptiones de obseq. parent. præst. l. 4. §. aduersus 16. de dol. except.* Illa item ratio Pauli generalis est, *quia nihil eius interest à debitore pecuniam non peti.* Quis enim credat per liberam personam, cuius nihil interfit facilius acquiri nobis exceptionem doli quàm pacti? Non nego doli exceptionem posse locum habere plerisque casibus quibus pacti exceptio locum habere non possit, vt in *l. rescriptum 10. §. vlt. & l. si cum emptore 16. sup. eodem* Idáque vnum est quod Tribonianum nostrum fefellit. Sed dico id euenire quoties pacisscentis persona talis est, vt ab eo vtilitas pacti transire debeat ad alium, ad quem tamen non possit transire vtilitas exceptionis pacti. Vt cùm procurator meus pactus est, vel is qui mihi hereditatem vendidit, vel magister societatis, quia istorum omnium interest acquiri mihi ex pacto exceptionem aliquam, quæ quoniam pacti esse non potest, necesse est vt sit doli. At cùm pacisscentis persona penitus extranea est nihilque interest ipsius, absurdum est credere doli facilius quàm pacti exceptionem acquiri nobis per alium posse. Nisi fortè quis putet dandam esse exceptionem doli cuilibet cui alter pactus sit, quod tamen nec Cuiacius ipse negat absurdum esse, quamuis hoc Triboniani facinus non obseruauerit, deceptus ex eo quod vicinitas obligationum vtipse loquitur facilius inducat vt ex fideiussoris dolo exceptio danda sit aut debitori, aut cõfideiussori. Quasi verò fideiussoris persona eo minùs extranea dici debeat quod sim ego debitor aut confideiussor. Imò personam extraneam intelligimus, quæcunque nec in potestate nostra est nec mandatum à nobis aut expressum aut tacitum vllum habere intelligitur, aut à qua nullum ius habemus. Mouet me illud quoque quod aliis multis casibus de quibus suprà diximus induxit Tribonianus exceptionem doli contra manifestam iuris rationem, vt in *l. 7. §. penultim. l. 21. §. 1. & 2. supr. eod.* Denique mouent me verba ipsa huius §. Nam Tribonianus non sic loquitur vt dicat ex pacto fideiussoris exceptionem pacti reo dandam non esse (quæ locutio non excluderet exceptionem doli) sed admittit quod nos volumus & quod Paulus in *d. l. 23.* fideiussoris pactum reo non prodesse, id est, nunquam & nullomodo prodesse, deinde subiungit plerunque tamen doli exceptionem reo profuturam. Quasi simul hæc stare possint, vt pactum non prosit fideiussori, & vt acquirat ei exceptionem doli. Vnde enim exceptio ista acquireretur, nisi ex pacto? Quomodo autem ex pacto quod fideiussori prodesse nullomodo possit? Sed & quod in *l. sequ.* subiicitur ex Vlpiano. *Videlicet si hoc actum sit ne à reo quoque petatur*, inconcinnum est. Habet enim hunc sensum quasi pacto cõuenerit vt à fideiussore quidem petatur, sed à reo quoque non petatur, id est, in summa vt à solo fideiussore petatur. Cùm tamen voluerit contrà dicere Tribonianus, pactum fuisse vt non tantùm à fideiussore non peteretur, sed neq; à reo: quod sanè vel eo quo diximus modo exprimere debuerat, vel reponere dictionem *quoque* post pronomen *hoc* vel post verbum *actum*, in hunc modum *videlicet si hoc quoque actum sit ne à reo petatur.* Sed hoc familiare Triboniano est vt neque veras sententias adstruat, neque quas adstruere vult aptè exprimat, quod vtrumque prudentibus nostris omnibus contrà vsuenit. Cumque lex 26. sumpta sit ex eodem Vlpiani libro nempe 4. ad edictum ex quo & *l. 22. supr. eod.* facile est coniicere, Exceptionem quam Vlpianus subiecerat ad id quod dici solet pactum debitoris prodesse fideiussori. Vt nimirum hoc procedat, nisi actum sit vt dumtaxat à reo non petatur, detortam fuisse à Triboniano, & in contrario sensu applicatam contrariæ iuris regulæ quæ habet, Pactum fideiussoris debitori non prodesse. Quasi vtriusque propositionis & adhibendæ ad propositionem exceptionis eadem esset ratio, quæ planè est diuersa. Nam vt pactum debitoris in rem conceptũ prosit fideiussori,

ex eo fit quod concurrit in hanc rem & voluntas pacisc entium & potestas quam necesse est vtramque concurrere in qualibet vtili conuentione *l. in omnibus rebus 55. de oblig. & action.* Alterutra igitur deficiente propositionem necessariò vitiari oportet, deficit autem voluntas cùm hoc actum est vt dumtaxat à reo non petatur. At vt pactum fideiussoris etiam in rem conceptum non prosit reo, fit ex defectu non voluntatis sed potestatis, quia fideiussor paciscireo etiamsi maximè velit non potest, cùm nihil eius interfit. Ergo etiamsi ponas millies actum fuisse vt pactum fideiussoris reo prodesset, nihil tamen ages, quia ad voluntatem ea exceptio pertinet, non ad potestatem quæ vbi deficit nulla penitus ratio habenda est voluntatis *l. quot res 9. de hered. instit. l. multum 6. C. si quis alter. vel sib.* Consequēter vt aliquo casu vitiaretur ea iuris propositio quę pactum fideiussoris reo prodesse non patitur, formanda esset exceptio in hunc modum, *Nisi talis casus sit in quo posit fideiussor pacisci reo*, quę casus hic in toto iure nostro quæratur extra enim qui proponitur in *l. 24. nusquam reperietur.* Non certè ob id tolùm quod expressim actum sit à fideiussore vt pactum ipsius prosit reo. Hoc enim velle est non posse prodesse. Quæ timus autem casum, quo fideiussor possit paciscendo prodesse reo, non quo velit. Adde pro eorum, quæ dixi confirmatione quod scribam ad *l. prox. §. si ego.*

27. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

SI vnus ex argentariis sociis [a] cum debitore pactus sit: an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere. tantum enim constitutum, vt solidum alter petere possit. Idem Labeo: nam nec nouare alium posse [b]: quamuis ei rectè soluatur.

¶ Sic enim & his, qui in nostra potestate sunt, rectè solui, quod crediderint, licet nouare non possint. quod est verum.

¶ Idémque in duobus reis stipulandi dicendum est [c].

Ad l. Si vnus 27.

a *Sociis.* Dictionem hanc irreptitiam esse docui *lib. 11. Coniect. cap. 18. ad fin.* Falsum enim est quòd alioqui Paulus in hac lege scriberet pactum vnius ex argentariis sociis socio non nocere, itemq; pactum vnius ex correis stipulandi, quod vtrumque probatur in *l. si duo 34. de recept. qui arbitr. l. si duo 5. sup. si quis caution.* Et verò cùm vnius ex argentariis aut ex correis promittendi sociis pactum prosit alteri, vt dictum est in *l. idem 25. §. hoc rit.* cur non & pactum vnius ex correis stipulandi sociis correo non nocebit? Adde quod & paullò post subiiciens Paulus idem iuris esse in duobus reis stipulandi quod esse dixerat in duobus argentariis non repetit dictionem illam *sociis* quam nos tollimus, & quæ tamen non erat prætermittenda si in priore specie non fuisset prætermissa. At cùm argentarij aut correi stipulandi non sunt socij verissimum illud est pactum vnius alteri nec prodesse nec nocere, licèt in rem conceptum sit. Ratio dubitandi & decidendi eadem est quam in duobus argentariis debitoribus & in duobus correis promittendi non sociis attulimus ad *d. l. 25. §. eod.* Sed illa etiam adferri potest, quam hîc Paulus exprimit, quod vnus ex argentariis aut correis stipulandi etiam non sociis ius habeat solidum debitum exigendi, & ita solutionem accipiendo deteriorem alterius argentarij aut correi condicionem faciendi. Quidni ergo etiam paciscendo? Nam quemadmodum plus est liberari quem ipso iure, quàm ope tantùm exceptionis. Ita videtur absurdum, vt cui licèt debitorem ipso iure liberare inuito correo stipulandi aut alio argentario, non liceat cum eo pacisci de non petendo. Cui enim licet quod plus est vtique licet etiam quod est minus *l. non debet cui 21. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Ita constitutum est in duobus correis stipulandi aut argentariis quorum nomina simul eunt, quomodo loquitur *d. l. 34. de recept. qui arbitr.* vt alter ex iis solidum petere solidique solutionem accipere possit. At non illud etiam vt vnus paciscendo ne debitum petatur, alteri nocere possit. An quia pactum vicem solutionis non habeat, nec sit modus legitimus tollendæ obligationis, vt vult Cuiacius? Atqui nec nouare vnus ex argentariis aut correis stipulandi potest, vt statim Paulus subiicit. Cùm tamen nouatio sit legitimus modus tollendæ obligationis & vicem solutionis obtineat *l. 1. de nouat. l. pen. de solu.* Alia igitur ratio adferri non potest, quàm quia ex eo quod constitutum est vt vnus ex argentariis aut correis stipulandi solidum petere possit, & consequenter solidi solutionem accipere non debeat sumi argumentum, & trahi ad cætera quæ dissimilia sunt, quantumuis effectu similia videantur. Sic enim necessariò fert natura obligationis correorum stipulandi, vt cùm vna sit obligatio, & vnus solidum petere, & vni solidum solui possit *l. 3. §. 1. de duob. reis.* Nec alioqui posset dici quis effectus esset obligationis correorum stipulandi, si nō nisi pro parte sua posset quisque agere vel exigere solutionem. Nam & idem euenire t pluribus stipulantibus etiam non tanquam correis *l. reos 11. §. cùm tabulis eod. tit.* At nulla necessitas facit vt ad constituendam aut retinendam conditionem correorum debeat licere correo nouationem facere non magis quàm vt paciscī, inuito aut ignorante correo. Potest enim obligatio effectum suum & exitum habere per veram & naturalem solutionem, aut etiam per ciuilem & imaginariam qualis est acceptilatio *l. 13. §. vltim. de acceptil.* aut iusiurandum *l. 27. de iureiur.* quæ solutionis vicem habent. At non similiter per nouationem factam citra acceptilationem. Illa enim in eo differt à solutione, quod solutio sicut naturalis modus est tollendæ obligationis, ita & necessarius (quomodo enim posset tolli obligatio quæ non posset tolli solutione?) ideoq; nec per acceptilationem aut iusiurandum tolli posset obligatio si non essent imaginariæ solutiones *§. 1. Inst. quib. mod. toll. oblig.* nouatio verò semper est volūtaria, nisi quæ fit per cōtestationem:

stationem *leg. aliam 29. de nouat.* nec tam perimit: quàm transfundit precedentem obligationem insequentem *l. 1. de nouat.* ob idq; nec solutionis loco esse potest, nisi quantum ad delegantem cùm fit per delegationem *l. quamuis 8. §. interdum ad Velleian.* quamuis delegatio non tollat debitum qdàm mutet creditorem, aut debitorem. Nulla igitur ratio fuit constituendi vt vni ex argentariis vel correis stipulandi liceret paciscendo aut nouando deterio rem facere alterius condicionem & correo adimere suam actionem, arg. *l. grauius 71. §. penultim. de fideiuss.*

b *Nam nec nouare alium posse.* Quemlibet, intelligit Cuiacius, alium quàm argentarium. Non dubitans quin vnus ex argentariis nouare possit, itémque vnus ex correis stipulandi etiamsi socius non sit. Atque ita eludit ἀντινομίαν perdifficilem quam cæteri omnes adferunt ex *l. si rem 31. §. si duo de nouat.* vbi Venuleius concludit posse vnum ex correis stipulandi nouare, quia & solutionem accipere & totam rem in iudicium deducere possit, adeóque per acceptilationem perimere vtriusque obligationem, quod & scriptum est in *l. & per iusiurandum 13. §. vlt. de acceptil.* quomodo & iusiurandum deferre potest, & sine stipulandi sine promittendi correus sit, correo nocere *l. in duobus 28. in princ. & §. ex duobus infr. de iureiur.* Non alia vtique ratione, quàm quod & acceptilatio & iusiurandum solutionis vicem obtineant *dict. l. penultim. de solut. l. iusiurandum 27. de iureiur.* Mihi tamen durior videtur hæc Cuiacij interpretatio, quàm vt admitti possit. De quo enim alio quàm de argentario Paulus sentire potuit cùm *alium* dixit, ti quidem nec de alio quàm de argentario tractabat? Aut quis probet ea verba *Nam nec nouare alium posse quamuis ei rectè soluatur*, pro eo esse accipienda quasi scriptum sit quomodo Cuiacius interpretatur, *nam nec nouum esse vt nouare quis non posit eam obligationem ex qua tamen posit accipere solutionem.* Quod enim mox sequitur, *sic enim & his qui in nostra potestate sunt, rectè solui quod crediderint, licèt nouare non possint.* non est exemplum superioris sententiæ, sed simile quiddam quod afferendum fuit ne quis miraretur, quod dictum erat, vnum ex argentariis non posse nouare quamuis possit accipere solutionem. Ita namque fit vt diluatur potissima ratio qua mouetur Venuleius in *dict. §. si duo*, vt probet permittendam vni ex correis correo ignorante totius debiti nouationem. Probat enim ex eo solo quod vnus ex correis solidum debitum & petere, & consequi possit. Quæ probatio non est bona. Perinde namque probares & eum qui in mea potestate sit, & adiectum solutionis causa, & eum cui debitorem meum soluere iusserim posse nouare, quia solutionem accipere possint. Quod tamen nemo vnquam dixit *l cui rectè 10. l. non ideò 25. de nouat.* Sed & cùm post nouandi facultatem denegatam his qui in nostra potestate sunt, etiam ratione pecuniæ quam ipsi crediderunt, subiiciat Paulus *idémque in duobus reis stipulandi dicendum est.* quis non videt idem iuris eum admittere in duobus reis stipulandi quod esse dixerat, non tantùm in duobus argentariis, sed etiam in iis personis quas potestati nostræ subiectas habemus si obligationem pecuniæ à se creditæ nouare velint. Ergo non admittit vt vnus ex correis possit nouare, contra Venuleium in *dict. §. si duo*, vbi non de duobus argentariis, sed de duobus correis tractat. Aliæ aliorum interpretum vel emendationes vel conciliationes multò improbabiliores sunt vt ostendimus *lib. 11. Coniect. cap. 18.* vbi defendimus quod & nunc adfirmamus dissentisse in hac quæstione Iureconsultos. Verius enim visum est Paulo & iis omnibus, quorum sententiam hîc refert probátque non esse permittendum, aut vni ex argentariis, aut vni ex correis vt nouet, quamuis cætera omnia possit facere quæ supra diximus. Ratione illa diuersitatis quam attulimus, quòd nouatio non solùm voluntarius actus est, quem necessitas nulla inducit, sed etiam talis actus, quem non possis dicere solutionem esse, aut solutionis loco quia nec vera & naturalis nec imaginaria & ciuilis solutio est *dict. l. penultim. de solut.* Est quidem similis solutioni vt ait Venuleius, quia non minùs quàm solutio tollit precedentem obligationem, sed tamen cùm sic eam tollat vt nulla inde liberatio absolutè nascatur, sed fiat transfusio prioris obligationis in sequentem *l. 1. de nouat.* Inde est quod neque solutio dici potest neque solutionis vim habere, vt malè Cuiacius putat. In eoque differt ab acceptilatione & à iureiūrando. Nam cui permittitur accipere solutionem quomodo fieri potest vt non etiam liceat eam acceptam facere? Siue quòd videatur dedisse & soluisse verè is cui acceptolatum est, siue quasi saltem per eum stet cui acceptolatum fuit, ne amplius ei solui possit *l. Iulianus 45. de condic. & demonstr.* Non enim potest solui quod amplius non debetur. Acceptilatio autem afficit & perimit substantiam obligationis. Quomodo etiam iusiurandum. Nam cùm vnus ex correis stipulandi iusiurandum defert communi debitori, & debitor iurat nihil se debere, non potest fieri vt amplius deberi aliquid intelligatur, quod ad alium correum, qui iusiurandum non detulit, cùm non nisi vnicum sit debitum, quod ab eadem persona deberi & non deberi impossibile est, vt diximus ad *l. 23. supr. eod.* Nec rursus ratio vlla est prohibendi ne vnus ex correis iusiurandum deferat, & quidem in solidum cùm ipse solidi creditor sit proprio nomine, & ad causam petitionis quæ ipsi permissa est illud maximè pertineat vt ex aduersarij quoque iureiurando probare possit debitum esse, quod fortasse aliis omnibus probationibus deficientibus aliter probare non possit vt in *l. tutor 35. eod.* Aut si aduersarius iuret nihil se debere, fieri nequit vt iusiurandum illud vim solutionis non habeat, cùm efficiat vt postmodum actio eius debiti nomine denegetur, *l. nam posteaquam 9. in princip. eod.* quia pro re iudicata, & pro veritate habetur, vt dixi ad *l. 23. sup. hoc tit.* Quorum omnium nihil est quod de nouatione dici possit, quia nulla potest subesse necessitas quæ cogat fieri nouationē, vixq; potest fieri siue dolo malo vt quis per nouationē velit suum facere ac proprium debitorem qui antea fuerat communis. Nō enim ob id fiunt plures correi credendi vt vnius facto forma obligationis immutetur, nec vt vni per alterum actio adimatur, nisi quę in totum tollatur. arg. *l. 71. §. pen. de fideiuss.* sed vt singuli commodum obligationis in solidum sperare & cōsequi possint prout quis prior occupauerit. De pacto autem de non petendo multò minùs idem dici potest quia non afficit substātiam obligationis, neq; ius actio-

nis sed ipsius efficaciam dum taxat, vt dixi ad *d.l.23.*

c *Idemq; in duobus reis stipulandi dicendum est.* Vt scilicet alius alij nocere non possit, neque paciscendo, neque stipulando nouandi animo, sed tantùm petendo solidum & solidi solutionem accipiendo. Sed hoc semper intellige nisi correi isti stipulandi, itemq; argentarij quorum nomina simul eunt, socij esse proponantur. Aliàs nec à te peritur, id est, nec tu petis quod ego peto, nec meo nomine petitur, licèt tu petas nisi cùm socij sumus *d.l. si duo 34. de recept. qui arbitr.* cùm pactum de non petendo non afficiat ius & substantiam obligationis aut actionis, sed tantùm personam agentis & efficaciam actionis per eum institutæ, vt dixi proximè. Nec video qua ratione Cuiacius scribat non vti nos hac distinctione. An correi socij sint, necne nisi cùm agitur de compromisso aut de dolo ex *dict. l.34.& l.5.si quis caution.* Nam imò adhibetur semper ea distinctio quoties quæritur, an factum vnius ex correis alteri prodesse aut nocere debeat, vel in vtrius bonis sit id quod eis debetur, vt in *l. in lege 62. ad leg. falcid.* Quod pluribus à nobis explicatum est *lib 11. Coniect. cap.16.* Neque sanè alia ratio est cur adhibeatur hæc distinctio in compromisso quàm quia compromissum pactum est firmatum stipulatione. Ergo eadem distinctio in omnibus cæteris siue pactis siue stipulationibus vnius ex correis adhibenda est. Neque rursum cur adhibeatur in specie *d.l.5.8.si quis cautionibus*, nisi quod factum vnius ex correis siue probum siue improbum nó debeat alteri prodesse nisi socij sint, aut etiã nocere. Proderit igitur aut nocebit vnius ex correis pactum quodlibet alteri si socij sint, & in rem conceptum proponatur, at nec proderit nec nocebit si socij non sint.

1 ¶ Si cum reo ad certum tempus pactio facta sit: vltrà neque reo, neque fideiussori[d] prodest. Quòd si sine persona sua [e] reus pepigerit, *ne à fideiussore petatur*: nihil id prodesse fideiussori quidam putant, quanquam id rei interesit: quia ea demum competere ei debeat exceptio, quę & reo. Ego didici prodesse fideiussori exceptionem. non sic enim illi per liberam personam adquiri, quàm ipsi, qui pactus sit, consuli videmur[f]. quo iure vtimur.

Ad §.1. Si cum reo.

Ratio dubitandi. Tempus non est modus tollendæ obligationis vt neque inducendæ *l. obligationum ferè 44. §. placet de oblig. & action.* Ergo nec obligatio naturalis quæ per pactum inducitur tempore finiri potest, vt & de obligatione heredis legatorum nomine scriptum est in *l. nemo potest 55. de leg.1.*

Ratio decidendi. Cùm obligatio ciuilis & legitima contracta est, non potest illa finiri aut tolli ipso iure nisi contrariis, hoc est, legitimis & ciuilibus modis inter quos tempus non est. At non facit ea res quominùs ex eiusmodi conuentione danda sit exceptio pacti contra actorem si velit agere post tempus, quod præstitutum fuit ad finiendam obligationem *dict. §. placet.* Ergo si nulla ciuilis & legitima obligatio præcedebat, sed naturalis tantùm qualis illa est quæ ex nudo pacto inducitur, fatendum est finiri eam tempore quo fuit ab initio coarctata. In hoc enim obligationum genere nullum aliud vinculum est quàm æquitatis *l. Stichum 95. §. naturalis de solut.* Eadem porrò æquitas quæ obligationem hanc inducit, non patitur eam produci vltra tempus in conuentionem deductum ne quid aduersus fidem conuentionis fiat. Nam & eadem æquitas induceret exceptionem pacti aduersus ciuilem quoque obligationem & actionem *dict. §. placet.* Quantò magis sibi ipsi legem dabit, ne quod vsque ad certum tempus conuentum fuit, vltra tempus illud protrahi patiatur? Generaliter enim id obtinet vt quod ad tempus permissum aut promissum fuit, post tempus illud denegatum intelligatur *l. Imperator 8. de postul. l. Celsus 23. de recept. qui arbitr. l. Thais. 41. §. intra certa tempora de fideic. libert.*

d *Neque fideiussori.* Ratio dubitandi. Potest quidem debitor paciscendo in rem ne debitum petatur facere meliorem fideiussoris condicionem, sed vbi semel fecit, eandem postea facere deteriorem non potest *l. vlt. inf. hoc tit.* puta addendo tempus quo illa obligatio naturalis finiatur quæ ex pacto de non petendo inducitur.

Ratio decidendi. Non potest facere deteriorem paciscendo ex interuallo postquàm semel fecit meliorem, sed eo ipso pacto quo facit meliorem, potest etiam aliquid addere per quod deterior pacti condicio fiat nolente aliter paciscì creditore, puta *ne intra certum tempus petatur*, quo casu cùm tempus ab initio insit pacto de non petendo, non potest fideiussor diuidere conuentionem & eam partim probare, partim improbare, arg. *l.2. de reb. eor. l. nam absurdum 7. de bon. libert. l. si ita 59. in fin. de oper. libert.*

e *Quòd si sine persona sua* Ratio dubitandi & decidendi ponitur in textu. Illa est, quia ea demum exceptio competere debet fideiussori ex persona rei quæ & reo *l. exceptiones 7. de except.* Absurdum enim est exceptionem quæ non competat paciscenti ipsi competere eius fideiussori *l. & heredi 21. §. nos autem supr. hoc tit.* Quid enim hoc aliud esset quàm extraneo acquiri per liberam personam. contra *l. 1. Cod. per quas pers. nob. acquir.* Atqui nulla potest competere paciscenti exceptio ex pacto, in quo nihil ille pepigit de sua persona, quia ex pacto non potest dari exceptio, nisi quatenus & cui pactum fuit. Ergo neque fideiussori.

Ratio decidendi. Acquiritur exceptio fideiussori ex pacto debitoris etiam qui nihil de sua persona pepigerit. Non tam vt fideiussori per liberam personam acquiratur, quàm vt ipsi paciscenti consulatur, cuius interest competere exceptionem fideiussori etiam quæ non competat paciscenti. Cæterùm vel ex hoc maximè loco apparet quàm verum sit quod contra Tribonianum disputauimus ad *§. vlt. l. 25. §. ex pacto fideiussoris*, licèt in rem concepto non esse dandam doli exceptionem debitori, nec si specialiter actum sit vt pactum prosit debitori. Nam si putarunt quidam ex prudentibus neque ex pacto

ex pacto debitoris dandam exceptionem fideiussori, si debitor nihil de sua persona pepigerit, quanto magis iidem negassent dandam esse debitori exceptionem doli ex pacto fideiussoris? Siquidem pactum debitoris prodesse fideiussori semper interest debitoris. At pactum fideiussoris debitori prodesse numquam fideiussoris interest.

f *Consuli videmur.* Bene Cuiacius notat legendum esse *videtur.*

2 ¶ Pactus, *ne peteret*, postea conuenit, *vt peteret*, prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure g, sicut tollitur stipulatio per stipulationem [h], si hoc actum est [i], quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur: & ideo replicatione exceptio elideretur.

¶ Eadem ratione contingit, ne fideiussoribus prius pactum prosit[k].

¶ Sed si pactum conuentum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, veluti iniuriarum[l]: non poterit postea paciscendo, vt agere possit, agere[m]. quia & prima actio sublata est, & posterius pactum ad actionem parandam inefficax est. non enim ex pacto iniuriarum actio nascitur[n]: sed ex contumelia.

¶ Idem dicemus & in bonæ fidei contractibus, si pactum conuentum totam obligationem sustulerit[o], veluti empti. non enim ex nouo pacto prior obligatio resuscitatur[p], sed proficiet pactum ad nouum contractum[q].

¶ Quod si non vt totum contractum tolleret, pactum conuentum interceſſit. sed vt imminueret[r]: posterius pactum potest renouare primum contractum.

¶ Quod & in specie dotis actionis procedere potest, pura pactam mulierem, vt præsenti die dos redderetur[s]: deinde paciscì, vt tempore ei legibus dato dos redderetur[t]: incipiet dos redire ad ius suum[u], nec dicendum est deteriorem conditionem dotis fieri per pactum: quotiens enim ad ius quod lex naturæ eius tribuit, de dote actio redit: non fit causa dotis deterior, sed formæ suæ redditur. hæc & Scæuolæ nostro placuerunt.

Ad §.2. Pactus ne peteret.

g *Non quidem ipso iure.* Ratio dubitandi. Naturalis obligatio sicuti pecuniæ numeratione ita iusto pacto vel iureirando ipso iure tollitur, id est, non quomodo Cuiacius interpretatur sine vlla exceptione (quomodo enim posset exceptioni locus esse si nulla ex priore pacto nascitur actio?) sed sola æquitatis potestate, quia vinculum æquitatis quo solo sustinebatur contrariæ æquitatis vinculo dissoluitur. Inquit Papin. in *l. Stichum 95. §. naturalis de solut.* Ergo prius pactum tollitur ipso iure per posterius, nec ad elidendum illud replicatione vlla opus est.

Ratio decidendi. Cùm præcedit tantum naturalis obligatio potest ea tolli per pactum, & quidem ipso iure, quoniam alio qui nulla tollendæ eius ratio superesset nisi per solutionem vel veram & naturalem vel fictam & imaginariam, quod tamen absurdum esset, quia sicuti nunquam debet admitti obligatio quæ postea dissolui nullo modo possit, ita nec debet tanta vis esse naturalis obligationis quanta ciuilis est vt non possit dissolui nudo pacto, si paciscentes consentiant. Finge nudo pacto te mihi promisisse centum, postea inter nos conuenisse nudo etiam pacto ne vnquam peterem. Eris ipso iure & sine vlla exceptione liberatus, quia nec vllus exceptioni locus esse potest cùm ea præsupponat actionem, quæ ex pacto nudo nulla vtique nasci potuit. Sed si res inceperit à iure ciuili obligatione ex qua peti aliquid potuerit, quomodo incepisse neeesse est, quoties prius pactum fuit de non petendo, posterius autem de petendo, vt in hoc §. quemadmodum non potest pactum de non petendo tollere ciuilem obligationem & actionem ipso iure, sed tantùm per exceptionem, ita neque posterius pactum de petendo potest tollere exceptionem ipso iure & sine replicatione: difficilius enim est, vt per pactum posterius tollatur exceptio pacti competens ex priore pacto, quàm vt tollatur pactum ipsum quod nullam aut actionem producat aut exceptionem. Non potest tolli exceptio ipso iure non magis quàm actio per pactum, quia in pactis non ius, vt in stipulationibus, sed factum versatur: eiusdémque potestatis est exceptionem tollere, cuius & actionem cùm exceptiones iuris quoque sint, licèt prætorij non ciuilis, quomodo & prætoriæ actiones pleræque sunt. Neutrum igitur fieri potest ipso iure per pactum, in quo nullum ius versatur. At pactum quod neque actionem neque exceptionem vllam producit, nihil continet nisi vinculum æquitatis quod contrario æquitatis vinculo, vt Pap. ait, facilè dissoluitur.

h *Sicut tollitur stipulatio per stipulationem.* Ratio dubitandi. In stipulationibus quoque factum versatur non minùs quàm in pactis. Stipulari enim facti est, sicut vendere, locare, permutare, vt & quolibet alio modo contrahere *l. consilio 7. §. vlt. de curat. furios.* ergo non magis potest stipulatio tolli per stipulationem ipso iure quamuis id actum sit, quàm prius pactum per posterius.

Ratio decidendi. In stipulationibus factum quidem versatur sicut & in pactis, sed versatur etiam ius quod in pactis nullum versatur. Dices in pactis versari quoque naturalem æquitatem *d. l. Stichum 95. §. naturalis de solut. l. 1. §. hoc tit.* Ergo & ius naturale & gẽtium *l. cùm amplius 84. §. is natura debet de reg. iur.* Respondeo non omnem æquitatem naturalẽ sufficientem esse ad constituendum ius naturale aut gentium. Nec quemadmodum ius naturale aut gentium nullum est sine naturali æquitate, ita ẽ

contrario possis dicere, nullam esse naturalem æquitatem, quæ non constituat ius naturale vel gentium, vt alibi dicam. Sed etsi æquitas illa naturalis, quæ obligationem naturalem ex pacto inducit, sufficiens esset ad constituendum ius aliquod naturale, aut gentium, non ideò tamen posset sufficere ad faciendum, vt exceptio prioris pacti per pactum posterius ipso iure tolleretur, quia cùm exceptiones omnes, vt dixi sint iuris prætorij, ius quoque quod in pacto versari necesse esset ad elidendam, aut potiùs tollendam ipso iure prioris pacti exceptionem non modò prætorium, sed etiam plus quam prætorium, i. ciuile esse oporteret. At ciuile ius in pactis nullum versatur, adeoq; nec prætorium quantum ad hoc vt ipso iure prætorio per pactum quid fiat, quoniam licèt prætor pacta seruaturum se polliceatur, non seruat tamen quasi iuris prætorij vinculum aliquod habeant. (exceptis iis, quæ specialiter adprobat, & ex quibus dat actionem, qualia sunt pacta hypothecæ, & constitutæ pecuniæ) sed hactenus vt ex iis det exceptiones aut replicationes, quod ipsum exceptionem aut replicationem dare facti quoque est, non iuris. Nec enim prætor ita ius cõstituit vt dicat pacta seruanda esse, sed ait se pacta seruaturum *l.7.§.ait prætor* 8. quæ verba non tam ius prætorium quàm factum prætoris præ se ferunt. Seruat enim prætor dando ex iis exceptionem aut replicationem. Denique stipulationes non egent auxilio prætoris vt pariant actionem, vt nec cæteri contractus. At licèt prætor ipse sit qui dat actionem. At pacta egẽt auxilio & facto prætoris vt pariant exceptionem, Prætoris, inquam, non mortui, id est edicti, sed viui. Vim ergo suam totam & semper ex facto accipiunt. Mirum igitur non est pactum non tolli per pactum ipso iure, quamuis stipulatio tollatur per stipulationem ipso iure. Ius tollit, factum elidit, vt aptè Cuiacius.

i *Si hoc actum est.* Vt tollatur prior stipulatio per posteriorem quod vtiq; agi intelligitur, quoties id agitur, vt fiat nouatio. Nam neq; nouatio aliter fit quàm si id agatur *l.1.de nouat.* neq; vnquam fit quin prior obligatio perimatur *l.1.eod.* Bene autem Cuiacius monet his Pauli verbis neque stipulationem Aquilianam significari, quia non stipulationem nouat illa, sed omnes alias obligationes quæ vel consensu, vel re, vel literis contrahuntur: neque acceptilationem, quia licèt acceptilatio non fiat nisi per stipulationem, tamen stipulatio non est. Stipulatio enim verborum obligatio est, acceptilatio autem nihil nisi plenissima absolutio & liberatio. An ergo loquitur hic Paulus de stipulatione posteriore interposita nouandi animo quam idem Cuiacius vocat *ex stipulationem*? Ita putat Cuiacius, ita cæteri: ego non puto. Nam vt si bona comparatio duplicis stipulationis cũ duplici pacto, quorum prius sit de non petendo, posterius de petendo, nõ potest poni vtramq; stipulationem fuisse interpositam ab eodem, sed ponẽdum necessario est debitorem stipulatum esse à creditore ne peteret quod sibi debebatur. Deinde creditorem à debitore stipulatum solutionem. Quod cùm sit tollitur quidé prior stipulatio per posteriorem si modo id agatur vt posterior fiat de eadem summa, sed non ideo fit nouatio, quia obligatio quæ fuerat contracta per priorẽ stipulationem de non petendo sic tollitur vt non transfundatur in aliam sequentẽ, quod tamen fieri necesse esset vt nouatio facta diceretur *d. l.1. de noua.* Quotiescunq; fit nouatio tollitur prior obligatio, sed nõ è conuerso, quoties prior obligatio tollitur, nouatio fit quod nõ obseruãt qui hũc locũ de nouatione intelligunt. Obseruandũ etiam est stipulationẽ de non petẽdo si nõ sit ei subiecta pœna non posse vllam actionem petere (ad quid enim pareret?) sed tãtùm exceptionẽ quam & pactum parere posset. Ob idque putarem nõ valere, quia stipulationes ad hoc vt comparatæ sunt vt pariãt actiones non vt exceptiones. Itaque stipulatio quæ non parit actionẽ nullius plane momenti est.

k *Ne fideiussoribus prius pactum prosit.* Ratio dubitandi. Exceptio pacti quæ semel acquisita est fideiussori ex priore pacto debitoris, ei inuito posset extorqueri non potest, ne quidem facto pactóque ipsius debitoris *l.vlt.inf.hoc tit.*

Ratio decidendi. Non potest per debitorem vlla acquiri exceptio fideiussori, nisi ex persona debitoris, & quatenus interest ipsius *§.prox.supr.* Ergo nec quæ fuit acquisita semel potest conseruari si desinat interesse debitoris, nec ipsi debitori ea exceptio salua sit: quia peruenit hoc casu res ad eum casum à quo incipere non potuit. Quid verò interest debitoris non peti à fideiussore pecuniam quæ ab ipso debitore peti possit? Hæc cùm ita sit facilè mihi persuadeo quod semper credidi Paulum hoc loco dissentire à Furio Anthiano *in d.l. vlt.* & dissensionis causam ex eo profectam quod inter veteres Iurecõsultos maximè controuersia fuit illa regula iuris quæ habeat non valere ea quæ peruenissent ad eum casum à quo incipere non potuissent, quamuis ab initio cõstitissent. Erant enim qui eam perpetuò veram esse crederent aut saltem non nisi perpaucis casibus vitiari, inter quos Marcianus in *l.quia.16.ad leg.Aquil.* & Paulus noster in *l.in ambigua 85.§.1.de reg.iur.& in l.debitor 82.de leg.2.* vbi ob hanc causam in quæstione illius legis, dissentit à Papiniano in *l. verbis 5.ad leg falcid.* vt testatur Iustin. in *§.ex contrario Instit.de legat.* iun. &t. *l.penultim.§.vltim.de verb.oblig.* quæ est eiusdem Pauli. Alij contra putarunt regulam illam tam sæpe falsam esse vt nomen regulæ non mereatur, inter quos Papin. in *d.l.verbis*, Marcellus in *l.existimo 98.de verb.oblig.* Furius Anthianus in *dict.l.vltim. hoc tit.* Nam quod putat Cuiacius debere Paulum nostrum intelligi de fideiussoribus qui ipsi pactum duplex fecerint, prius de non petendo, posterius de petendo prorsus improbabile est, nec conuenit verbis Pauli, qui hoc expressim vult, illud ipsum pactum debitoris posterius quod elidit prius per replicationem, facere vt nec ipsius fideiussoribus pactum prius prodesse possit ad retinendam exceptionem quam initio pepererat. Probabilius esset, quod alij volunt, intelligendum esse Paulum de pacto quod initum quidem sit per debitorem, sed sciente & consentiente fideiussore. Verùm neque hoc probabile est, sed planè commentitium. Nihil enim est apud Paulum de scientia fideiussoris. Et quod ait *eadem ratione*: non alium sensum habet, quàm hunc vt qua ratione pactum posterius elidit, prius per replicationem, eâdem faciat ne possint fideiussores, prioris pacti exceptione se adiuuare.

l *Velut iniuriarum.* Est enim pactum hoc iniuriarum legitimum sicut & furti, quia lege 12.tab. cõfirmatum est. de vtroque dixi ad *l. 6. & l. 17. §. 1. supr. hoc tit.*

m *Non*

m *Non poterit posteà paciscendo vt agere possit, agere.* Et ita erit mutile pactum, on quod actionem non pariat, (nec enim validitas pacti ex eo æstimanda est) sed quia neque exceptionem parere potest, cùm nulla supersit actio quæ possit elidi per exceptionem: & pactum hoc quo conuenit vt possit agi, non fit ad producendam exceptionem, eludendámque actionem, sed è contrario ad inducendam: ad quod tamen quodlibet pactum nudum ex se inefficax est. Tunc ergo prodest pactum posterius ad elidendum prius, cùm replicatione tantùm opus est, non etiam actione, quod contingit quoties prius pactum de non petendo seu de non agendo, non sustulit ipso iure actionem quam porrò tollit nunquam nisi cùm est legitimum.

n *Non enim ex pacto iniuriarum nascitur actio.* Ratio dubitandi. Volenti & consentienti non fit iniuria. *l.in diem 8.§.1.de aqu.& pluuia aquæ arcendæ.* Ergo qui pactus est vt possit iniuriarum actione conueniri, potest ex eo pacto citra iniuriam conueniri.

Ratio decidendi. Actiones siue ciuili siue prætorio iure nascantur, non nisi certis modis nascuntur, id est, vel ex contractu vel quasi, vel ex delicto, vel ex variis causarum figuris. *l.1.de oblig.& actio.* Inter eos modos neque pactum nudum est, neque voluntas eius qui conuenitur, maximè in actione iniuriarum quæ nascitur vtique ex delicto, vt hìc Paulus ait, hoc est, ex sola contumelia.

o *Totam obligationem tollere vt.* putà si conuenerit vt ab emptione in totum discedatur. Nam rebus omnibus integris abiri ab emptione nudo pacto & solo consensu potest. *l.ab emptione 58.§. hoc titul.* vbi vide rationem dubitandi & decidendi.

p *Resuscitatur.* Est enim iuris regula, Actionem quæ semel extincta fuit nunquam resuscitari. *l.qui res 98.§.aream.de solutio.l.si pro patre 10.§.idem quærit. de in rem ver.*

Ratio dubitandi. Non minoris virtutis & potestatis est creare quàm resuscitare. Atqui pactum hoc creare nouam actionem potest vt lex ait. Ergo & extinctam resuscitare.

Ratio decidendi. Difficilius est resuscitare quam creare, quia quod de nouo creatur, fit idem specie duntaxat cum eo quod fuit. Quod verò resuscitatur fit idem numero, quod sanè difficilius est.

q *Sed proficiet pactum ad nouum contractum.* Ratio dubitandi. Etiam in contractibus qui nudo consensu perficiuntur, differt pactum à consensu. Nec quisquam bene dixerit, eos contractus fieri nudo pacto, qui tamen fiunt nudo consensu. Pacto igitur constitui emptio, aut alius similis contractus nunquam potest.

Ratio decidendi. Multùm interest quomodo pactum sit conceptum. Nam si habeat consensum præsentem, putà si conuenerit inter nos vt fundus meus sit tibi venditus precio centum aureorum, pactum hoc nihil nisi venditio est, potéstque dici verè pactum venditionis, quod à venditione ipsa nihil distat. Sed si paciscar de fundo vendendo, licèt additum sit, *eo precio centum aureorum*, verbis pacti in futurum collatis, pactum erit de venditione facienda, sed non erit venditio, neque ex eiusmodi pacto dabitur actio, nisi adhibitum sit in ingressu vel egressu alterius contractus, cuius partem constituat. Ex hoc igitur loco apparet falsam esse differentiam quam vulgò interpretes tradunt inter pactum & contractum qui consensu perficiatur. Quòd pacta, inquiunt, conferantur in futurum, cõtractus verò in tempus præsens. Nam si pactum nudum non posset fieri quin conferretur in tempus futurum, nunquã posset eam vim habere vt contractum emptionis aut alium similem constitueret: quod tamen hìc Paulus negat. Denique contractus omnes qui solo consensu perficiuntur, pacta sunt, sed non nuda, cùm habeãt vinculum non solùm iuris gentium, sed etiam iuris ciuilis transeántque in nomen contractus. Sed non similiter pacta omnia quæ fiunt de his contractibus sunt contractus.

r *Sed vt imminueret.* Malè quidam ponunt exemplum in pacto quo conuentum emptionis precium minuatur. Nam cùm substantia emptionis consistat ex precio, noua emptio est, non vetus imminuta, quoties rebus omnibus integris aliquid de precio minuitur, vt dixi ad *l.7.§.adeò. sup.eod.ex l.pacta conuenta 72.§. Paulus notat. de contrahenda emptione.* Ponendum igitur est exemplum in pacto per quod imminuatur aliquid ex iis quæ vocantur adminicula contractus, putà si conuenerit ne cautio duplæ præstetur, aut ne de euictione agatur ad id quod interest, sed tantùm ad pretij restitutionem. *dict.leg. 72.& leg.ex empto.11.§.vlt.de actionibus empti.* Hoc enim casu non tollitur contractus venditionis, sed minuitur, quia minuuntur eius præstationes. Finge itaque pactum tale interuenisse etiam ex interuallo. Imminutus sanè erit contractus, quia huiusmodi pacta, quamuis ex interuallo adiecta, insunt ex parte rei, vt empteri pariant exceptionem agente venditore, vel venditori agente emptore. Ac quoniam exceptiones omnes ipso iure insunt bonæ fidei iudiciis. *leg.3.* de rescindenda venditione, prodest tale pactum ad reformandam emptionem ipsam, id est, ad faciendum, vt aliam formam habeat quàm quæ fuerat ei ab initio innata, ita vt perinde deneganda sit emptori actio ad interponendam duplæ cautionem, aut venditori ad id quod interest ob euictionem, atque si ab initio ea lege fuisset venditio contracta. Sed si posteriore pacto conuenerit in contrarium vt possit venditor agere de euictione, aut vt de dupla caueat, videbitur renouatus primus contractus venditionis qui nunquam sublatus fuit. Renouatus, inquam, id est, veteri suæ formæ reddirus, quia sicut exceptiones, ita & replicationes insunt ipso iure bonæ fidei iudiciis, de quibus solis hoc loco agitur. Proinde quod pactum posset parere replicationem ad elidendam exceptionem prioris pacti, si contractus stricti iuris proponeretur, idem prodest ad renouandum contractum, si bonæ fidei contractus fuit. Sed hactenus tantùm vt veteri suæ formæ reddatur, id est, vt non imminutus videatur, at non etiam vt augeatur. Nam si poneres conueniisse vt venditor satisdare cogeretur, non ideo dabimus actionem emptori ad extorquendam à venditore satisdationem, quia nec si aliud pactum nullum præcessisset, posset tamen agi ex pacto adhibito ex interuallo, sed prodesset pactum emptori eo tantùm casu, quo ipse à venditore conueniretur. Cùm verò per pactum id agitur vt præstationes ex contractu venientes, neque augeantur, neque miniantur, nulla necessitas est agendi ex pacto, sufficiente actione ex ipso contractu. Alio sensu dixit Vlpianus in *lege 7.§.adeò.supra.eod.renouari contractum*, vt ibi explicauimus.

x

s *Vt præsenti die dos redderetur.* Valet enim pactum per quod melior fit conditio dotis.

Ratio dubitandi. Ex legibus debet dos reddi annua, bima trima die. *l.1.§.cùm rerum est de dot.releg.l.vnic.§.cùm autem.C.de rei vxor.act.* Ergo contra leges est pactum quo conuenit vt præsenti die dos reddatur, & consequenter non seruandum. *leg.7.§.ait prætor.5.eod.*

Ratio decidendi. Quod legibus antiquis cautum erat, vt annua, bima trima die dos redderetur, factũ est fauore dotis, ne tardius redderetur, non autem vt non sit in potestate pacisscentium facere ne citius reddatur. Deterior enim dotis conditio fieri pacto non potest, melior potest. *l.de die 14.cum tribus sequentibus de pact.dotal.* Ne quod fauore dotium constitutum est, in eorum odium retorqueatur. *l.quod fauore.6.C.de legib l nulla 25.eo.*

t *Deinde pacisci vt tempore ei legibus dato dos reddatur.* Ratio dubitandi. Deterior conditio dotis fieri pacto non potest. *d.l.de die.& sequentib.* Ergo postquàm conuenit vt præsenti die dos reddatur, non potest fieri per pactum vt reddatur annua, bima, trima die, cùm ea ratione fiat deterior conditio dotis. Siquidem plus & minus soluitur etiam tempore. *§.si quis agens.vers.tempore.Instit.de action.* & dies solutionis sicuti summa pars est stipulationis. *l.1.§.editiones supra de edend.*

Ratio decidendi. Quoties de dote actio redit ad ius quod lex naturæ eius tribuit, non fit causa dotis deterior, sed formæ suæ redditur, aut, vt dicam breuius, non tam fit deterior, quàm non melior. Eius námque conditio æstimanda ex legibus, non ex forma quam pacisscentium conuentiones ei dederunt. Quod enim pacto addi potest, vt melior dotis conditio fiat, cur nõ poterit etiam contrario pacto detrahi hactenus vti ne possit dici facta melior, non etiam vt fiat deterior. Et hinc nimirum solent nostri probare, nec malè, Vnamquamque rem facilè redire ad suam naturam. Ex hoc autem exemplo apparet quod proximè dictum est de pacto posteriore adhibito ex interuallo in emptione ad eam renouandam & reformandam, non posse intelligi de pacto quo pretium emptionis fuerit auctum vel imminutum, (illud enim ad substantiam emptionis pertineret, rebúsque omnibus integris nouam faceret emptionem. *l.pacta conuenta.72.de contr.empt.*) sed intelligendum esse de pacto inito circa adminicula contractus, vt à nobis explicatum fuit, quoniã & pacta illa, Vt præsenti die, vel, vt sua die dos reddatur, non ad substantiam dotis, sed ad contractus adminicula pertinet, vt videre est.

u *Incipiet dos redire ad ius suum.* id est, poterit dos peti sua tantum die, cùm si posterius pactum non interuenisset, peti statim dos potuisset vi & potestate prioris pacti. Proinde ponendum est prius pactum interuenisse, non post solutum matrimonium, vt malè ponit Cuiacius, sed statim & ipso tempore dandæ dotis aut incontinenti post datam dotem. Alioqui ex nudo pacto quod ex interuallo adhibitum esset ad aliquid adiiciendum actioni de dote, cuiusmodi pacta certum est non inesse, ne quidem in bonæ fidei iudiciis, secundùm Papiniani distinctionem in *d.l.pacta conuenta*, quia si inessent, oporteret ex parte actoris ea inesse, & ex iis formari actionem, quod non magis fieri potest, quàm vt ex pacto nudo actio detur: quandoquidem non alia pacta possunt informare contractum & actionem bonæ fidei, quàm quæ si essent adhibita post contractum stricti iuris, possent parere actionem præscriptis verbis, & in factum ciuilem. Atqui non alia pacta post contractum stricti iuris adhibita possunt parere actionem, quàm quæ incontinenti adhibita sunt. *l.rebus.6.& l.vl. C.de rer.permut. l.Titius 34.de præscript. verbor. l. legem 9. l.cùm res 22.Cod.de donationibus.* Omnibus enim pactis incontinenti adhibitis commune illud est, vt insint contractui, eique dent legem, sine qua non erat contracturus is qui pactus fuit. At non etiam vt insint iudicio & actioni, quia non nisi bonæ fidei iudiciis & actionibus insunt, non autem strictis, cùm actionem bonæ fidei formare possint, strictam non possint, vt dixi ad *d.l.7.§. quinimò.supra eod.* Ergo pactum de dote statim reddendæ, si ex interuallo appositum sit, non potest ad agendum prodesse. *l.1.Cod. de pact.conuent. tam supra dot.* nec proinde potest mulier ex eo pacto agere actione de dote, vt statim dos reddatur: quo admisso illud quoque sequitur, vt maritus vel mariti heres non egeat posteriori pacti potestate, siue ad excipiendum, siue ad replicandum, siue ad negandum actionem vllam præsentem mulieri competere, cùm etiam nullo tali pacto interueniente nulla ratio sit mulieri præsens actio detur, siue natura contractus dotis inspiciatur, siue ad prioris pacti potestatem respiciatur. Quare & superuacua illa quæstio est, An eiusmodi posterius pactum insit actioni de dote, adeóque nec verè dici potest inesse, ne quidem ex parte rei, quia non potest inesse ex parte rei non solùm ipso iure, sed neque per exceptionem, quin prius insit etiam ex parte actoris, quod tamen râquam ex interuallo adhibitũ ad adiiciendum, ostendimus non inesse. At si ponas fuisse adhibitum ex continenti, & tempore ipso datæ dotis, tum verò inerit ex parte mulieris etiam ad agendum, formabítque actionem de dote, si aliud pactum contrarium nullum sequatur. Subsecutoautem alio pacto de dote suis legibus soluenda, siue statim, siue ex interuallo subsecutum proponatur, ea vis ipsius erit, vt actionem de dote reddat suæ formæ, id est, vt impediat ne præsenti die dos peti possit, quasi priore pacto per posterius sublato. Impediat, inquam, non per exceptionem, sed ipso iure, non quasi prius pactum ipso iure sustulerit, (nunquam enim prius pactum tolli potest per posterius ipso iure) sed quia exceptio illa quæ omnimodò ex posteriore pacto competit, inest ipso iure actioni de dote, eámque omnimodò format, quia nec opus est vt insit, nisi ex parte rei. *dicta lege pactu. lege 3. de rescindenda venditione.* Et hic loci huius sensus est, à paucis meo iudicio perceptus.

3 ¶ Illud nulla pactione effici potest, ne dolus præstetur, quamuis si quis paciscatur, ne depositi agat[x], vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat, quod pactum proderit.

Ad §.3.Illud nulla.

Ratio dubitandi. Nihil tam congruum esse fidei humanæ quàm pacta seruari. *lege 1.supra hoc titul.* Ergo & pactum illud valere debet, Ne de dolo agatur, cùm volenti non fiat iniuria. *lege in diem.9.§.1. de aqua*

& aquæ pluuiæ arcend. sibique debeat imputare, qui ita pactus fuit. Ratio decidendi. Non valent pacta quæ inuitant ad delinquendum. *lege 5.§.1.de pactis dotalibus.* tanquam quæ sint contra bonos mores. *l.quæ sub condicione 8.in princip.& §.sed si sub iurisiurandi.de condic.instit iunct.l.non dubitamus 20.de conditionibus & demonstrationibus. l.7.§.ait prætor.supr.hoc titul.* Atqui pactum quo dolus futurus remittitur tale est. Improbi námque homines quos metus diuini numinis à scelere deterrere non potest, quid non dolo malo facturi sint, si eum videant fore impunitum? Alia ratio est doli præteriti. Is enim pacto remitti potest, quia in eo cessat ratio quæ impedit pactum de dolo futuro, vt dicitur in *§.prox.seq.*

x *Ne depositi agat.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *legem 7.§.sed & si quis 15.supr. eodem.* nec differentia est admittenda, quam inducit Accursius inter contractus & vltimas voluntates; quasi in vltimis voluntatibus, putà remisso per legatum debito, dolus tamen non ideo remissus intelligatur. *ex leg. si quis rationes 9. & leg. Aurelio 20. in fin. de liberatione legata.* Nam, vt rectè Cuiacius monet, aliud est remitti rationum redditionem, aliud verò remitti actionem in quam dolus siue solus, siue etiam cum culpa veniat. Priore casu dolus remissus esse non creditur, quamuis præteritus, qui vtrique remitti poterat, si testator voluisset: nempe quia credendus est potius testator existimasse ex bona fide gesta esse omnia quæ geri ex bona fide debuerunt. argum. *lege creditor 70. §. vltim. mandat. lege Titius 54. ad Senatusconsultum Trebellianum.* At posteriore casu non est quod quæramus, an dolum remittere testator voluerit, quia etiamsi de dolo remittendo non cogitasset, actione tamen remissa, per quam dolus vindicandus erat, nullum remedium supereſt quò vindicetur. Idque probatur optimè ex *dicta leg. si quis rationes*, in vltimis illis verbis, *vel actionem ei remittere.* Ostendunt enim sufficere quòd actio remissa sit in quam dolus veniebat ad hoc ne quicquam possit peti eius doli nomine, præteriti scilicet: nam de præterito tantùm potest esse illa species, non de futuro.

4 ¶ Pacta, quæ turpem causam continent, non sunt obseruanda: veluti si paciscar, *ne furti agam.vel iniuriarum*[y], *si feceris*: excedit enim timere furti, vel iniuriarum pœnam. Sed post admissa hæc pacisci possumus. ¶ Item *ne experiar interdicto vnde vi*,[z] quatenus publicam causam contingit, pacisci non possumus. & in summa si pactum conuentum à re priuata remotum sit, non est seruandum. ¶ Ante omnia enim animaduertendum est, ne conuentio in alia re facta [b], aut cum alia persona in alia re, aliáve persona noceat.

Ad §.4.Pacta quæ turpem.

y *Ne furti agam, vel iniuriarum.* Ratio dubitandi. Ex lege duodecim tabularum expressim confirmata sunt hæc pacta, Ne furti agatur, vel iniuriarum, vndè & legitima appellantur. *lege 6.lege 7.§.si paciscar ne operis. in fin. leg. 17. §. 1. & hac ipsa lege.§. prox. præced.* Ergo dubitari non potest quin valeant.

Ratio decidendi. Permittit lex pacisci de furto iam facto, & de iniuria iam admissa, sed non de furto futuro, nec de admittenda iniuria: ne huiusmodi pactis inuitentur improbi ad delinquendum, vt dixi ad *§.præced.ex l.5.§.1.de pact.dotal.* Publicè námque expedit improbos & facinorosos homines, qui amore virtutis non possunt à malè faciendi proposito reuocari, timere saltem pœnam furti vel iniuriarum, & eo metu deterreri ne furtum vel iniuriam faciant. Itaque quod hîc additur *si fecero*, sic accipe, *si facies*, furtum scilicet aut iniuriam.

z *Ne experiar interdicto vnde vi.* Ratio dubitandi. Vbi vis iam admissa est, minùs interest reipublicæ vt agatur interdicto Vnde vi; quàm interest vt agatur furti post furtum admissum; quia interdicta nulla sunt famosa *l.neque 13.infr.vnde vi.vt neque condictiones l.cessat 36.de obligationibus & actionibus.* Atqui valet pactum ne furti iam admissi vel iniuriarum nomine agatur. *dict.leg.7.§.sed & si quis.l.17.§.1.sup.eodem.* vt proximè dictũ est. Ergo & multo magis valebit pactum, Ne experiar interdicto, Vnde vi. Tractamus enim de illo casu quo pactum fiat de vi iam admissa. Alioqui conuentionem impediet eadem ratio quæ facit ne pacisci liceat de dolo futuro. Siquidem vis non potest esse sine dolo. *lege 2.§.doli.inf.vi bonorum raptorum.nisi in casu l.3.§.vltim.* ne quis eum qui in ius vocatus est.

Ratio decidendi. Valet quidem huiusmodi pactũ, si fiat & de vi iam admissa, & de re ad priuatam pacisscentis vtilitatem pertinente: at non etiam si publicam causam contingat, quia priuatis permittendum non est vt de iis quæ ad reipublicæ causam pertinent paciscantur, quoniam eiusmodi pacta ad publicam læsionem referrentur, vt scriptum est in *dicta l.7.§.si paciscar ne operis.sup.eod.* Sicut enim duplex vis est, vna priuata, alia publica, vt constat ex *l.Iulia De vi priuat.& De vi public.* Ita & vtriusque nomine interdictum competere certum est. *l.prima. §.sic quid autem.vndè vi.§.recuperandæ.Institut.de interdict.* Pasci ergo licet ne agatur interdicto, Vnde vi, si vis fuit priuata. Non licet si fuit publica. Dicam tamẽ quod sentio. Mihi verſiculus hic suspectissimus est, vt & cætera omnia quæ in hoc §. sequuntur. Primùm quia nullam cum præcedentibus habet connexitatem. Erat enim iis consequens, vt Paulus scriberet valere pactum de interdicto, Vnde vi, quàm vt scriberet non valere. Proxima námque propositio, cuius qualitas videtur repetita per dictionem *item*, erat adfirmatiua. *Sed post admissa hæc pacisci possumus.* Principium autem §. erat de pactis turpem causam continentibus, quibus nihil simile aut commune habet pactum de interdicto, Vnde vi, ne quidem quatenus publicam causam contingit. Quod rursum sequitur, *& in summa si pactum conuentum à re priuata remotum sit*, prorsus simile est ei quod scriptum legimus in *lege 7.§. & generaliter supra hoc titul.*

& generaliter quoties pactum à iure communi remotum est, quem locum Vlpiani non esse, sed totum Triboniani nos ibi ostendimus. Et quemadmodum dixit Tribonianus eo loco, *pactum à iure communi remotum*, pro eo quod voluit dicere, *pactum quod sit contra ius commune*, ita & hîc, *pactum à re priuata remotum*, non aliter interpretari possumus, quàm de pacto quod sit contra vtilitatem rei priuatæ: quæ tamen bona ratio non est infirmandi pacti, sed illa tantùm si sit contra vtilitatem rei publicæ. Itaque hoc sensu legendum potius esset, *à republica*, quomodo nonnulli legunt, quàm vt vulgò, *à re priuata*. Sed neque ratio quæ ponitur in *vers. ante omnia enim* potest aptari superioribus. Nam quod Cuiacius ait sic aptandum esse, vt & si quis pactus sit de re publica, alij de populo nihilominus admittantur eius rei exequendæ causa, quam ille pacto remiserit, prorsus alienum est. Aliud enim est dicere: Pactum de re publica factum non esse seruandum, quod proximè dictum fuerat: aliud verò non nocere neque in alia re, neque in alia persona. Nam præter id quod alia res non est, quæ semper est publica, illud etiam apertum est, nec pacisci nocere pactum, quod non valet. Quid ergo fuit opus monere quod aliis non noceret? Sed me omnium maximè illud mouet, quod falsissimum est interdictum Vnde vi, publicam causam vllomodo vllóque casu contingere, id est, ne tum quoque cùm vis publica fuit. Nam cùm interdictorum alia sint quæ ad ius diuinum pertinent, alia quæ ad ius humanum quidem, sed publicum, alia denique quæ ad ius priuatum, & ad rem familiarem. *lege 1. de interdic.* certum est interdictum Vnde vi ad postremam interdictorum speciem pertinere. *lege 2. §. 1.* in postremis illis verbis, *reli qua interdicta rei familiaris causa dantur*. Vnde est quod actio ex eo competens dicitur rei persecutionem continere, ideóque perpetua esse. *l. 3. §. hoc actio. infra vnde vi & de vi armat.* quod nemo dixerit de actione publica & populari, quam scilicet qui habet non idcirco intelligitur esse locupletior. *lege penultim. in fin. & leg. vltim. de populari actione.* Omnimodò igitur dicendum est valere pactum, Ne experiar interdicto Vnde vi, etiamsi vis publica fuerit, dummodo pactum interpositum sit post vim factam. Non solùm quia nunquam coating vim publicam, vt Tribonianus loquitur, sed etiam quia de vi quoque publica, vt & de cæteris omnibus publicis & capitalibus excepto adulterio transigere vel pacisci prohibitum non est. *lege transigere 18. Cod. de transactionibus.* Quare etiamsi cætera huius loci quæ Triboniano adscribimus commodè explicari & defendi possent, tamen non dubitarem quin saltem illa adiectio *Vnde vi* adscribenda esset alicui imperito interpreti. Qua sublata relinqueretur hoc vnum, quod esset verissimum, Non valere pactum Ne experiar interdicto, quatenus publicam causam contingit, & si tale pactum fecerim, seruandum id non esse, ne quidem in mea persona, quia pertinet ad publicam læsionem iuxta Labeonis distinctionem positam in *dict. l. 7. §. si pacisc. ne operis*, vbi quod additur *& in cæteris igitur ad edictum prætoris pertinentibus*, illud ipsum est quod hîc scribitur generaliter de interdictis, quæ omnia sunt ex edicto prætoris.

b *Ne conuentio in alia re facta.* Ratio dubitandi. Pacta in rem concepta etiam aliis quam pacisc entibus prosunt *l. & heredi 21. §. vlt. sup. hoc tit.* Ergo non est perpetua hæc regula, vt pactum vnius alteri neque prodesse debeat, neque nocere.

Ratio decidendi. Prosunt iis tantùm, quibus vt prosint interest pacisc entis. *d. §. vltim.* quod cùm sit, prosunt pacisc enti principaliter, aliis verò non nisi per consequentias *leg fideiussoris 23. & §. si cum reo. in fin. hac eadem lege.* Et sanè cùm pactorum seruandorum ratio tota pendeat ex æquitate fidei seruandæ, quæ data fuit, nulla ratio est, cur valere debeat pactum, quod ad eum cui nulla fides data fuit *lege prima. hoc titulo.* Ac rursum cùm in pactis nihil nisi factum versetur, inspiciendum in pactis semper est, quid & à quo factum sit, ne ad alias res aut personas trahatur. Nam & in stipulationibus idem seruatur generali ratione, quia per liberam personam nihil acquiri nobis potest, id est, neque actio, neque exceptio. *l. stipulatio ista 38. §. alteri. de verborum obligat.* nec verborum obligatio cõtrahi nisi quatenus verbis expressum est. *l. quicquid 99. cod.* Noli tamen dicere cum vulgo interpretum, Pacta sicut & stipulationes esse stricti iuris. Nam quæ iuris nullomodo sunt, quomodo stricti iuris esse possunt?

5 ¶ Si cùm decem mihi deberes, pepigero, *ne à te viginti petam*: in decem prodesse tibi pacti conuenti vel doli exceptionem placet. ¶ Item si cùm viginti deberes [c], pepigerim, *ne decem petam*: efficeretur per exceptionem mihi opponendam, vt tantùm reliqua decem exigere debeam.

Ad §. 5. Si cùm decem.

Ratio dubitandi. Non consentit pactum cum obligatione, cùm in obligatione sint decem tantùm, in pacto autem viginti. Ergo nullomodo valet pactum, id est, ne quidem in decem, vt de acceptilatione scriptum est in *leg. nisi 14. §. de acceptilation iunct. §. præterea. Inst. de inutil. stipula.* Ratio decidendi. Consentit pactum cum obligatione, quia & viginti decem insunt. *leg. 1. §. si stipulanti. de verborum obligat.* idcóque & acceptilatio in viginti facta ei qui non nisi in decem debebat, valere deberet, si non esset actus legitimus ac sollemnis. *l. actus legitimi 77. de regulis iuris.* & consequenter indiuiduus, qui non potest pro parte valere, & pro parte non valere. At in pactis nullum ius versatur, nulla sollemnitas, sed vinculum duntaxat æquitatis & voluntatis. Non potest autem negari quin is qui voluit pacisci de non petendis viginti, multò magis voluerit pacisci de non petendis decem. Proinde etiamsi summo iure ageremus, & pactum quoque valere negaremus, tanquam non consentiens obligationi, ita vt pacti exceptio dari non posset, doli tamen exceptio non esset deneganda quæ est subsidiaria exceptionis pacti. *l. rescriptum 10. §. vlt. ff. eo.* An non enim dolo facit, qui pactus de non petendis viginti, petit decem?

Cùm

Cùm verò ea doli exceptio sit ex æquitate, dubitandum non est quin competere debeat illo etiam casu quo inutilis acceptilatio facta est. Neque hoc negat Paulus in *dict. leg. nisi.* sed ait duntaxat imperfectam esse liberationem. Imperfecta autem est quoties reus non liberatur ipso iure, sed indiget doli exceptione. Alia & difficilior quæstio est, Si decem stipulanti promisero viginti, an valeat stipulatio in decem. Ibi enim consensus formalis & præcisus nullus est. *d. §. præterea.* nisi diuersitas responsionis ilico placuerit, quomodo accipi debet. *d. §. si stipulanti.* At in specie huius §. consenserunt pacisc entes in viginti, nec sensit alius de decem, alius de viginti, sed ambo de viginti. Ergo & in decem. Itaque facilius est vt ex hoc pacto detur exceptio pacti vel doli, quàm vt actio ex stipulatu contra eum qui interrogatus de decem respondit de viginti.

c *Item si cùm viginti deberes.* Ratio dubitandi. Quod debetur non potest solui pro parte, quia solutio per partes plerumque magna habet incommoda. *leg. 3. infra similia ercisc. fundæ.* Ergo neque de parte debiti pacisci licet, cum id pactum non maiorem vim habere possit, quàm solutio.

Ratio decidendi. Non potest quidem solui pars debiti inuito creditori, si summo iure agatur, sed si creditor solutionem partis accipiat, & debitum sit pecuniarium, quod commodam diuisionẽ recipit, dubitandum non est, quin pro ea parte liberatio contingat. *leg stipulatus sum. 9. §. primo. de solut.* Quinimò placuit Triboniano humanius facturum prætorem, si inuitum quoque creditorem cogat partis solutionem accipere. *leg. quidam. 2. de rebus creditis.* Nec enim dubito quin temperamentum in ea lege positum sit Triboniani, non solùm quia pugnat cum ratione iuris, sed etiam quia ratio mala est, quod ad prætoris officium pertineat lites minuere. Cùm si is cui debebantur viginti, noluerit oblata decem accipere, perinde lis maneat pro decem atque erat antea pro viginti, nec plures sint lites pro viginti quàm pro decem, sed vna tantùm, quæ tanto importunior & odiosior est, quanto minor res est de qua litigatur, vt dicam ad eum locum. Cæterùm in specie huius §. nullus huic dubitationi locus est, quia pactum non fit nisi inter volentes & consentientes. Volenti autem partem solui posse, vt diximus, certum est, ita vt pro ea parte liberatio contingat ipso iure.

6 ¶ Sed si stipulatus *decem aut Stichum*, de decem pactus sim, & petam Stichum aut decem: exceptionem pacti conuenti in totum obstaturam. nam vt solutione, & petitione & acceptilatione [b] vnius rei tota obligatio solueretur: ita pacto quoque conuento de vna re non petenda interposito totam obligationem summoueri. Sed si id actum inter nos sit, *ne decem mihi, sed Stichus præstetur* [c]: possum efficaciter de Sticho agere, nulla exceptione opponenda. ¶ Idem est & si *de Sticho non petendo* conuenerit.

Ad §. 6. Sed si stipulatus.

Ratio dubitandi. Pactum de vna re factum non debet in alia nocere. *§. pacta. verficul. ante omnia supra hac eadem lege.* Atqui in pacto de quo agitur nihil fuit conuentum, nisi de decem, nihil autem penitus de Sticho. Ergo petenti Stichum non potest obiici exceptio huius pacti.

Ratio decidendi. Obligatio quæ præcessit pactum fuit alternata, vel, vt vulgò loquuntur, alternatiua de præstandis decem aut Sticho. In obligationibus autem alternatiuis, licèt vtrumque in obligatione sit. *l. si duo 128. in fin. de verborum obligat.* alterutrum tamẽ præstari sufficit, & vtriuslibet præstandi electionem habet debitor. *l. plerumque 10. §. vlt. de iure dotium. l. 2. §. Scæuolæ. de eo quod cert. loc. l. si in emptione 34. §. si emptione.* nisi creditor eam sibi stipulatus sit, *vt in leg.* Stichum aut Pamphilum *95. in princip. de solut.* Potuit ergo promissor soluendo decem ipso iure liberare se à præstando Sticho, sicut & petitione & acceptilatione pecuniæ, tota obligatio, id est, etiam quod ad Stichum extincta fuisset. Ergo similiter pacto conuento de vna re non petenda interposito, totam obligationem, id est, quod ad vtramque rem exceptione pacti summoueri oportet, vt eadem sit vis pacti iure exceptionis, quæ esset solutionis & acceptilationis ad tollendam ipso iure actionem. Sicut enim per solutionem & acceptilationem id agitur, vt obligatio tollatur ipso iure, ita & per pactum de non petendo vt tollatur ope exceptionis, quod in effectu tantundem est. *lege nihil interest 112. de regulis iuris.* Alioqui pactum hoc de non petendo quod palàm est, pro debitore interpositum fuisse, eidem noceret, si adhuc Stichus præcisè peti posset. Adimeret enim illi electionem quam habuerat ante pactum. Grauius autem est debere aliquid purè ac præcisè, quàm debere duas res alternatiuè. §. si quis agens. *vers. fic. huic autem. Institut. de actionibus.* Nec proinde dici potest eum qui Stichum aut decem debeat, si pacisc atur de non petenda pecunia, facere conditionem suam meliorem hactenus vt vna tantùm res in obligatione supersit. Cùm sit melior, vt dixi, conditio eius qui duas res alternatiuè debet, quàm eius qui vnam tantùm, nisi quod duabus rebus alternatiuè debitis, si vna pereat aut desinat posse præstari, supereat obligatio pro alia quæ nulla supereresset, si ea tantùm res quæ perempta est in obligatione fuisset. *leg. Græcè 8. §. si quis Stichum. de fideiussorib.* Sed exceptio illa ad rem nostram non pertinet, quia cùm ex duabus rebus alternatiuè debitis pactum fuit de alterutra non petenda, debet illa haberi pro soluta, potiùs quàm pro perempta. Neque verendum est ne tollamus actori actionem, dum volumus reo reseruare optionem, vt in *dicto §. Scæuola. in fine.* Sibi enim ille ipse eam ademit, cùm pactus est de non petendis decem, quorum solutionem alioqui eligere debitor potuisset. Et ita locum hunc explicandum arbitror, non quomodo Cuiacius, qui pro ratione adfert, Fruſtrà fore hoc pactũ, nisi id agatur, ne quid omnino vllo modo petatur.

Nam & detracto, inquit, tali pacto vna res non iure petitur. Posset enim responderi, Imò non frustrà fore hoc pactum, si adimatur, vt adimat debitori electionem, potiùs quàm creditori actionem, nisi replices ex ratione illa quam nos attulimus, absurdam fore eiusmodi interpretationem per quam fiat vt debitori noceat pactum de non petendo, quod tamen non nisi pro ipso interponi & potuit & debuit, quominùs scilicet non quo magis teneretur. argum. *l. legata 14. de adim. legat. l. 3. §. si emancipatus de bonorum poss. ff. contra tabulas. leg. in ratione 30. §. itaque ad legem Falcid.* Nam & poterat creditor, si ea mente erat vt debitori noceret, sic pacisci, *Ne decem sibi, sed Stichus præstaretur*, vt statim Paulus subiungit. Generalis autem regula est, Pactorum interpretationē semper fieri debere contra eum qui potuit legem apertiùs conscribere. *l. veteribus. 39. ff. hoc titul.* In proposito autem conscripta lex fuit à creditore, non à debitore.

b *Acceptilatione.* Obiici solet *l. & per iusiurandum. 13. §. si Stichum. de acceptil. sed malè.* Ibi enim facta fuit acceptilatio Stichi pendente conditione stipulationis quo tempore Stichus nondum debebatur, quod & Accursius bene vidit.

c *Ne decem mihi, sed Stichus præstetur.* Ratio dubitandi, eadem quæ fuit decidendi ad superiorem speciem. quod si dicamus solum Stichum præcisè præstandum esse, & vt pactum hoc de non petendis decem noceat debitori, pro quo tamen fuit interpositum, cùm auferat ei electionem quam alioquin habiturus erat nullo pacto intercedente. Ratio decidendi. Pactum ita conceptum, ne decem stipulatori, sed Stichus præstetur non tam debitoris fauore interpositum videri debere ad actionem creditori adimendam, quàm fauore creditoris ad electionem debitori auferendam. Etsi potest ex euentu fieri vt commodo debitoris pactum cedat, si fortè postea Stichus qui solus in obligatione remanet, decesserit citra culpam & moram heredis. Ita enim fit vt in totum liberetur debitor, qui non liberaretur, si adhuc Stichum aut decem deberet. *dict. leg. Græcè. 8. §. si quis Stichum de fideiussoribus.* Non idem esset, si è contrario conuenisset, vt non Stichus, sed pecunia præstetur. Eo namque casu fieri nequit, vt non cedat pactum incommodo debitoris, quia pecunia quæ sola superest in obligatione, Perire nunquam potest. *l. incendium. 11. C. si certum petatur.* Et tamen *idem est*, inquit Paulus, *si de Sticho non petendo conuenerit*, id est, poterit creditor efficaciter agere de pecunia, neque summouebitur exceptione, quia non potest dici hoc actum vt nihil peteretur, cùm expressim conuenit vt Stichus aut vt pecunia præstetur. Simile in *l. 4. de rescind. vendi.* Quid si creditoris fuisset electio, & de non petendo Sticho pactus esset? Posset adhuc decem petere, quia pacisceudo videretur electionem tantùm, non etiam actionem sibi ademisse.

7 ¶ Sed si generaliter mihi hominem debeas, & paciscar, *ne Stichum petam*: Stichum quidem petendo, pacti exceptio mihi opponetur [d]: alium autem hominem si petam, rectè agam [e].

Ad §. 7. Sed si generaliter.

Ratio dubitandi. Qui generaliter hominem debet, si Stichum soluat, liberatur ab omni obligatione, vt alius homo nullus peti ab eo possit, non magis quàm si Stichum promisisset, quia hominis & stipulatio & legatum orationis compendio singulos homines continet. *l. Mœuius. 66. §. duorum. de legat. 2.* Ergo & si paciscatur de non petendo Sticho, dicendum est totam obligationem exceptione summoueri. Quemadmodum & proximè diximus euenire, cùm is qui Stichum aut decem debet, pactus est de Sticho nòn petedo, Eadem namque ratio est obligationis generalis & alternatiuæ. *leg. cùm is 32. §. vltim. de conditione indebiti.* cùm in vtroque electio sit debitoris, dum ne pessimum det *leg. si heres 10. iunct. leg. legato generaliter 37. de legat. 1.*

Ratio decidendi. Is cui generaliter homo debetur, si paciscatur de non petendo Sticho, non ideò sibi nocet quominus alium quemlibet hominem in genere possit petere, quia non magis Stichus quàm alius homo quilibet in obligatione continetur, nec valet argumentum à specie ad genus negatiuè, licèt valeat à genere ad speciem: hoc volo, bonam esse consecutionem, si quis dicat, homine non legato ne quidem Stichum deberi: & cōtrà, homine legato Stichum quoque & deberi & solui posse, sed non è conuerso bonam fore, si quis dicat, Stichus non debet præstari propter pactum de non petendo, aut Stichus non debetur, quia omnium vel optimus vel pessimus est. Ergo alius homo nullus debetur. Quid enim vetat Stichum aut peti aut præstari non posse, & alium tamen hominem deberi qui & peti & solui possit? Quanquam nec hoc sufficeret, nisi post pactum conuentum de Sticho non petendo, supereesset adhuc electio sua debitori. Nam & cùm quis promisit Stichum aut Pamphilum, si pactum sit de non petendo Sticho, Pamphilus quidem perinde præstari potest, & tamen recessum videtur à tota obligatione, vt proximè diximus: nempe quia si qua supereesset obligatio, ea non posset alia esse, quàm præstādi præcisè Pamphili, atque ita debitori electio adempta esset per pactum quod ipsius fauore interpositum fuisset. At cùm promissus est homo in genere licèt subducatur Stichus per pactum de non petendo, supereest tamē debitori electio, vt ex aliis omnibus hominibus præstare possit quemlibet, dum ne sit ille omnium pessimus. Itaque extra personam Stichi remanet in suo statu obligatio: ita vt nec debitori electio, nec creditori actio adimatur. Et hæc differentia euidens est inter obligationem præstandi hominis in genere, de qua in hoc §. & illam de qua dictum est *§. precedenti. præstandi Stichi aut Pamphili.* Erit tamen bona comparatio si ponas promissum fuisse Stichū aut Pamphilum aut Erotem. Tunc enim quamuis subducta sit persona Stichi per pactum de non petendo, perinde tamen supereest debitori electio præstandi vel Pamphili vel Erotis, ac si hominem in genere deberet. Dixi *per pactum de non petendo*, quia si per acceptilationem id factum esset aliud probari oporteret. *l. & per iusiurandum. 13. §. si is qui hominem. de acceptilat.* cùm acceptilatio imaginariæ solutionis vim

nis vim habeat. *l. pen. de solut. §. 1. Instit. quib. mod. tollit. oblig.* non etiam pactum de non petendo. Quod enim tam alienum à solutione quàm pacisci ne petatur id ipsum quod solui debeat? Hæc verò Cuiac. non intellexit existimans post Irnerium non posse hunc §. intelligi, nisi de illo casu quo electio sit creditoris. Præcedentem verò §. de illo casu quo electio sit debitoris. Quod si ita esset, non debuerat Paulus distinguere, quomodo distinxit, an in obligatione fuerit Stichus aut Pamphilus, vterque alternatiuè, an homo in genere. Sed an electio fuerit debitoris, an creditoris, de quo tamen ne verbum quidem. Fefellerunt Cuiacium, quod nec potest dissimulare verba illa huius *§. ne Stichum petam*, rursum illa, *Stichum quidem petendo*, & postremo illa, *alium autem hominem si petam*: quia, inquit, etiam nullo pacto intercedente, nec Stichum, nec alium hominem vllum petere potest creditor qui non habet electionē. Hoc ipso enim plus causa peteret quod faam debitori electionem auferret. *§. si quis agens. vers. huic similis. Instit. de action.* Ego verò admitto quidem id verum fore, si Stichus præcisè peteretur, item si alius homo quilibet. Sed nego hunc esse sensum Pauli. Ponendum enim est creditorem qui non habuit electionem, & pactus fuit de Sticho non petendo, cùm ei homo in genere deberetur, petere Stichum non præcisè, sed cum ea disiunctione, & alternatione, *aut alium hominem quemlibet*: idemque esse alium hominem nominatim petat, puta Pamphilum. Hoc enim facere potest, cum hominis stipulatio orationis compendio singulos homines contineat, vt suprà dictum est ex *l. Mœuius, 66. §. duorum. de lega. 2.* dummodò addat, *vel alium quemlibet*, ne debitori electionē adimere videatur. Vtrique autem casui commune illud est, quod siue Stichus petatur, de quo non petendo conuenit, siue Pamphilus, de quo nihil pactum fuit, non tamen plus causa petitur, quia debitori sua electio per supradictam adiectionem conseruatur. Sed differentia inter hos casus illa est, quod creditor hominis in genere pactus de Sticho non petēdo, si Stichum nominatim petat, etiamsi cum illa adiectione. *aut alium hominem quemlibet*, summouendus est exceptione pacti, quoniam petendo nominatim Stichum, & deducendo eum in actionem, facit locum exceptioni eo nomine competenti. Qui verò alium quemlibet quàm Stichum petit, relicta semper, vt diximus, debitori electione quem velit hominem præstandi, rectè agit, neque vlla pacti exceptione summoueri potest, quia pactum de solo Sticho locutum ad alios homines porrigi non debet, Adeóque quod magis est, etiam Stichum præstare promissor potetit, quandoquidem qui pactus est, ne Stichus peteretur, non statim pactus est, ne præstaretur, id est, ne promissor eum præstare, si vellet, posset, at tantummodò ne præstare illum cogeretur.

d *Pacti exceptio mihi opponetur.* Ratio dubitandi. Homine generaliter legato, nihil agitur repudiato Pāphilo aut Sticho, adeò vt ille ipse qui repudiatus est eligi adhuc possit. *l. homine. 18. de optione. legata.* Ergo & similiter homine generaliter debito, si pactum fiat de non petendo Sticho, nihil agi dicendum est, eúmque ipsum Stichum peti adhuc posse.

Ratio decidendi. Nihil agitur repudiato Pamphilo, quia prius est vt quod repudiatur debeatur, quàm vt repudiari possit. *l. si ita scriptum. 45. §. si sub conditione. de le. 2. l. 1. §. decretalis. de succes. ed.* Atqui homine legato generaliter siue heredis siue legatarij electionem testator esse voluerit, non debetur Pamphilus priusquàm electus sit. Nemo autem dixerit legatarium (cuius sanè electionem fuisse ponendum est in specie *dicta leg.* homine, vt fuit olim semper in legatis per vindicationem, sicut è contrario fuit heredis in legatis per damnationem) eligere Pamphilum videri, cùm eum repudiat. Quid enim tam contrarium electioni, quàm repudiatio? Ergo non potest repudiatio, quæ inutilis est, facere quominùs eligi adhuc possit idem Pamphilus, qui malè repudiatus fuerit. At pacti de nō petendo alia ratio est. Nam si legatarius hominis in genere, etiam qui habuit electionem pacisca tur de non petendo, aut quod effectu idem est de non eligendo Pamphilo, bene pacisci tur, viâmque sibi præcludit eligendi Pamphili, quia etiam de legato conditionali, & quod nondum debetur pacisci licet. *l. 1. C. hoc titu.* Quod si electio heredis fuit. tantò magis summouendus erit legatarius exceptione pacti, si Pamphilum petat, non etiam tamen si alium quemlibet petat, dummodò relicta heredi electione. Nec enim potest id actum videri ne quid omnino petatur, quandiu electio salua esse potest, etiam post subductam Pamphili personam. Quomodo dicimus legato generaliter homine, si postea Stichus adimatur, nod tam ademptum videri legatum, quàm extenuatum. *l. qui hominem. 11. de adim. legat.* In eóque rursum Cuiacius errauit, hoc tantummodò obseruandum existimans tam in stipulationibus quàm in legatis, an electio sit debitoris, an creditoris, de quo nihil penitus apud Paulum. Itaque nec distinctio hæc admittenda est, nec rursus stipulationes à legatis hac parte secernēdæ sunt, quod fit à plerisque, sed pactum de non petendo à repudiatione distinguendum.

e *Alium autem hominem si petam, rectè agam.* Ratio dubitandi. Si is cui homo in genere debebatur, Stichum accepto tulerit, tollitur in totum obligatio, nec alium vllum hominem petere potest, *l. & per iusiurandum. 13. §. si is qui hominem. de acceptilation.* Ergo idem erit, si pactus sit de non petendo Sticho. Quid enim tam simile acceptilationi, quàm pactum de non petendo? Nisi quod per acceptilationem obligatio tollitur ipso iure, per pactum verò de non petendo, non nisi ope exceptionis. Adeò vt acceptilatio etiam inutilis includat in se tacitum pactum vtile de non petendo, vt dicemus ad *§. si acceptilatio, infra.*

Ratio decidendi. Larga differentia est inter acceptilationem & pactum de non petendo, quoniam acceptilatio solutionis vim habet. *§. 1. Instit. quibus modis tollitur obligatio. l. penult. de solut.* Quod ergo inuito stipulatori promissor soluere potest, cur non & accepto latum pariet liberationem? vt ibi Vlpianus argumentatur. At pactum de non petendo solutionis vim habere non potest, cùm præsupponat superstitem non modò obligationem, sed etiam actionem, vt suprà dixi. Et in hoc quoque Cuiacium errasse miror, qui vult tantundem fieri posse pacto per exceptionem, quantum iusta & legitima acceptilatione.

8 ¶ Item si pactus, *ne hereditatem peterem*: singulas res, vt heres, petam [f]: ex eo, quod pactum erit pacti conuenti exceptio aptanda erit. quemadmodum si conuenerit, *ne funcum peterem*: & vsumfructum petam [g] aut *ne nauem* [h] *ædificiumve peterem*: &, dissolutis his singulas res petam: nisi specialiter aliud dictum est [i].

Ad §. 8. Item si pactus.

Ratio dubitandi. Pactum in vna re factum, in alia nocere non debet. *§. pacta. supra.* At qui pactum proponitur factum de non petenda hereditate, non autem de non petendis rebus singulis. Aliud autem est hereditas, aliud verò res singulæ hereditariæ. *l. in fideicommissaria 18. ad Senatusconsl. Trebellian.* Hereditas enim consistit in iure, non in corpore. *l. hereditas 50. de hered. petit. l. quamuis 14. si quis omiss. caus. testa.* Ergo pactum de non petenda hereditate non debet nocere petenti res singulas.

Ratio decidendi. Hereditas quidem differt formaliter à rebus hereditariis, sed tamen fatendum est cum qui pacisci tur de non petenda hereditate, vt ipsa sentire de rebus hereditariis, vt in iis consistat totum emolumentum pacti, in quibus tota vtilitas hereditatis consistit.

f *Vt heres petam.* Ergo si ex alia causa dominium nactus petam res hereditarias, non nocebit exceptio pacti, quia sicut de hereditate nemo pacisci potest, nisi tanquam heres, ita neque de singulis rebus hereditariis, nisi tanquam heres pactus intelligitur.

g *Ne fundum peterem, & vsumfructum petam.* Ratio dubitandi. Vsusfructus neque fundus totus est, neque pars fundi, quia in iure & seruitute, non in parte consistit. *l. Mœuius. 66. §. fundo. de legat. 2. l. si áreo. 70. §. de fideiuss. l. rectè. 25. de verb. signific. l. & per iusiurandum. 13. §. illud de acceptilat.* Pactum ergo factum de non petendo fundo non debet nocere petenti vsumfructum.

Ratio decidendi. Vsusfructus licèt in iure non parte consistat, emolumentum tamen rei continet. *d. §. fundo. ideóque portionis instar obtinere dicitur. l. cum filius. 76. §. dominus. eo. tit. l. 4. §. de vsufr. l. qui vsumfructum 58. de verb. oblig.*

h *Aut ne nauem.* Ratio dubitandi. Cæmenta, tigna, lapides, calx, columnæ, trabes, lateres, fenestrę, parietes non sunt partes ædificij. *d. l. & per iusiurandum. 13. §. illud. de acceptilatio.* sicut nec tabulæ partem nauis constituunt. *l. naue. 36. de euiction.* Ideóque is qui insulam petiit, si postmodum cæmenta petat, vel tigna, vel quid aliud quod suum sit, non repellitur exceptione rei iudicatæ. *l. si quis cum. 7. §. sed in cæmentis. de exceptione rei iudicatæ.* Ergo & qui pactus est ne nauem, vel ædificium peteret, si dissolutis his singulas res petat, exceptione pacti summouendus non est.

Ratio decidendi. Non sunt quidem ista pars ædificij aut nauis, sed tamen pertinent ad voluntatem pacti de naue vel ædificio interpositi: quia nemo dixerit eum qui pacisci tur de naue non petenda, vel de ædificio non petendo, cogitare tamen de petendis iis, ex quibus nauis vel ædificium constat, cùm neque nauis aut ædificij dissolutio probabiliter speretur. Pactum autem ex eo potissimum quod actum est, & ex sola pacisci entium voluntate æstimatur. Nec sanè ratio vlla est, cur velit aliquando posse ista petere is qui domum ipsam aut nauim petere cùm possit, nolit. Siquidem pactum de non petendo præsupponit ius esse petendi: indéque nimirum petenda est ratio differentiæ inter exceptionem pacti, & exceptionem rei iudicatæ: Nam cùm pronuntiatur domum uel nauim meam non esse, hoc ipso apparet ac pronuntiatur me non habuisse ius vindicãdi, ex quo si quis inferat, Dissoluta igitur domo vel naui repellendum esse me exceptione rei iudicatæ petentem res singulas, ex quibus domus vel nauis constat, is procul dubio errauerit. Nihil enim vetat dissoluta domo vel naui, hæc mea esse, quamuis domus vel nauis ipsa mea non fuerit: cùm non vtique sint cæmenta eius, cuius & insula est, vt ratiocinatur Vlpianus in *d. §. sed cæmentis.* Quod ait Cuiacius omnem causam in pacto deduci, non etiam in re iudicata, præterquàm quod subobscurum est, ad rem istam non pertinet. Ponimus enim ex eadem causa peti cæmenta domus, ex qua & domus ipsa petita fuit; id est, iure dominij: Eum autem qui non fuerit dominus ædificij extantis, dominum esse cæmentorum ædificio dissoluto. Itaque non nocet ei exceptio rei iudicatæ, non quia ex alia causa petat, sed quoniam aliud petit, vt lex ait. At is qui pactus de non petenda domo post eã dissolutam petit cæmenta, id ipsum petit, quod petere poterat etiam stante ædificio. Cùm ponendum sit habuisse illum ius domum petendi, de qua non petenda alioquin frustrà pactus fuisset. Ergo quæ exceptio pacti ei obstaret, si domum adhuc stantem peteret, obstabit etiam petenti cæmenta post ædificij dissolutionem. Nam qui petit domum, vi ipsa petit etiam cæmenta, si non minus iuris habiturus esset in ipsis cæmentis soluto ædificio, quàm in ædificio stante. Ergo & qui pacisci tur de non petenda domo, pactus quoque intelligitur de cæmentis non petendis: quorum scilicet petendorum ius eum habere necesse est, vt vel ipsi quęstioni locus fieri possit, an eorum nomine pacti exceptione repelli debeat.

i *Nisi specialiter aliud dictum est.* Additio, ni fallor, Tribonianea, certè Triboniano familiarissima, requirenti specialem voluntatem, vbi vel superuacua illa futura sit vel inepta, vt plerisque locis & exemplis à nobis comprobatum est.

9 ¶ Si acceptilatio inutilis fuit: tacita pactione id actum videtur, ne peteretur.

Ad §. 9. si acceptilatio.

Ratio dubitandi. Acceptilatio non fit nisi per stipulationem, id est, per mutuam interrogationem & responsionem. *leg. 1. & tot. titu. de acceptilat.* Atqui stipulatio inutilis non valet in vim taciti pacti. *lege prima. §. si quis ita. de verbor. obligat.* sicut & quæ facta est ab eo qui non sibi constitui, sed stipulari voluit, non habet vim taciti constituti, quia non animo constituentis, sed promittentis id factum sit. *lege 1. §. eum qui. de const. pecun.* Ergo nec acceptilatio inutilis pactum vile in se habere potest.

Ratio decidendi. In acceptilatione duo sunt: voluntas & sollemnitas, cùm sit actus legitimus, qui semper vtroque constat & voluntate & sollemnitate. *l. actu. legitimi. 77. de regulis iuris.* Si sollemnitas sola deficiat, acceptilatio non est. Voluntas tamen quę fuberit liberandi debitoris sufficiens est ad pactum inducendum, quippe quod sola voluntate, contentum est. Nam & quid aliud est pactum de non petendo, quàm consentiens vtriusque pacisci entium voluntas de liberando debitore? Hac vna differentia quod per acceptilationem liberatio fit ipso iure, per pactum verò non nisi exceptionis ope. Inter quæ si consideres modum tollendæ obligationis differẽtias, sanè larga est, & quæ vt bene ait Cuiacius, non potest negligi, quin iudiciorum omnium totiusque iurisprudentiæ perturbatio inducatur. Sed si effectum rei inspicias, nulla planè est. *l. nihil interest 112. de regulis iuris.* Porro qui pacisci untur de effectu tantum rei cogitant, non de arte ac subtilitate iuris, cui pacta ipso incognita sunt. Non potest igitur negari, quin ex voluntate pacisci entium inutilis acceptilatio vim habeat pacti taciti de non petendo. *l. an inutilis 8. in princip. l. si accept. latum 19. de acceptilation. leg. cùm emptor 5. de rescindenda venditione.* Stipulationis alia ratio est, quia ei pactum non inest, cùm stipulatio & pactum differant animo, &, vt Cuiacius loquitur, conclusione. *l. 7. §. quinimò supra eodem.* Multò minùs inest ei constitutum. Inest tamen consensus, & quidem quanto opus est ad pactum ineundum, sed ad pactum liberatorium, non ad obligatorium, quia proniores sumus ad liberationem quàm ad obligationem etiam quæ naturalis tantùm sit, inducendam. *l. Arrianus 47. de obligation. & action.* Quæ cùm ita sint, minor Haloandrum emendasse Vlpianum in *dicta lege an inutilis*, & pro illis verbis, *cõtra sensũ*, legisse, *cõsensũ*, vt induceret euidẽtè *ἀντιφρασιαν*: quę si Florẽtinã vulgatámque electionem retineas, nulla prorsus erit, vt ad eum locũ dicemus.

10 ¶ Seruus heredi post adituro nominatim pacisci non potest, quia nondum is dominus sit. sed si in rem pactum conuentum factum sit [k], heredi adquiri potest,

Ad §. Seruus heredi.

Ratio dubitandi. Heres quandocunque adeundo hereditatem, iam inde ex die mortis eam adiisse retrofingitur. *l. heres quandocunque 54. de acquirenda hereditate l. omnis hereditas 138. l. omnia ferè 195. de regulis iuris.* Ergo seruus hereditarius pacisci endo nominatim heredi postea adituro, videtur pactus domino suo. Et consequenter acquirit ei exceptionem pacti, sicut & acquireret ei actionem ex stipulatu, si ei stipulatus esset. *l. si ex re 28. §. vlt. de stipulat. seruor.*

Ratio decidendi. Qui heredem dicit, dominum dicit. *§. vlt. Instit. de hered. qualit. ate & differentia. leg. de hereditate 19. §. pater. de castrensi peculio. l. 3. §. idem Pomponius. de minoribus.* Proinde heres institutus non potest videri dominus priusquàm sit heres, nec heres esse priusquàm adeat. *l. precia 63. ad legem Falcid.* Interim ergo extraneus est, quæ res facit, vt in eius personam collata pactio aut stipulatio nominatim, nullius sit momenti. *leg. seruus hereditarius. 16.* de stipulatione seruorum: perinde ac si à seruo alieno facta esset. *l. seruus alienus 30. eodem.* Etsi enim ad hoc vt inutilis pactio & stipulatio sit, sufficit collatam fuisse nominatim in personam eius qui non sit dominus. *dict. leg. 16.* potest tamen defendi seruum hereditarium esse alienum, quia est hereditatis, hereditas autem non heredis, sed defuncti personam repræsentat. *l. non minùs 31. §. 3. de heredibus. instituendis. l. in eo. 33. §. vlt. cum lege seque. de acquirendo rerum dominio.* Et quamuis verum sit heredem & hereditatem, tametsi duas appellationes recipiant, vnius personæ vice fungi. *l. heres 22. de vsucap.* id tamen tunc obtinet, cùm adita hereditas est. Atqui in pactis & stipulationibus, cùm quæritur cui actio vel exceptio acquiratur conuentionis tempus præcisè spectandum est, tum quoque cùm conuentio fit sub conditione. *l. si filiusfamilias 76. de verb. obligat.* Ergo cùm is cui cominatim pactus fuit seruus hereditarius non fuerit dominus tempore pactionis, nihil ei per seruum hereditarium acquiri potuit, id est, neque pacti exceptio, neque doli.

k *Sed si in rem pactum conuentum factum sit.* Ratio dubitandi. Etsi pactum serui hereditarij in rem conceptum sit, perinde tamen verum est, eum qui futurus est heres nõ esse, dominum tempore interpositi pacti: Ergo non magis valere debet pactum, sicut nec valeret si seruus hereditarius ei nominatim stipulatus esset secundùm ea quæ proximè diximus.

Ratio decidendi. Cùm pactum in rem conceptum est, acquiritur exceptio hereditati tanquam dominæ, per hereditatem verò heredi futuro tanquam in consequentiam, quia hereditas transfundit in heredem quidquid est hereditatis. *l. 1. §. Scæuola. si quis testamen. lib. esse iuss.* in quo numero continetur quicquid seruus hereditarius stipulatus est vel per traditionem accepit. *d. l. in eo. 33. §. vlt. de acquirend. rerum domin.* Nec aliud est etiamsi seruus heredi tarius non simpliciter in rem pactus sit, sed ipsi heredi futuro, dum ne nominatim, sed tantùm sub heredis nomine appellatiuo. Hic enim casus est, quem Caius tractat *in dicta lege, si ex re 28. §. vl. de stipulation. seruorum.* vbi refert contrarias Proculi & Caij in quæstione ista opiniones. Ratio eadem est quam proximè attulimus, quòd cùm seruus hereditarius pacisci tur futuro heredi, non tanquam Titio, sed tanquam heredi futuro, quod nostri dicunt sub nomine appellatiuo heredis, acquiritur rectà hereditati, quæ sola eo tempore domina reperitur, mox per hereditatem heredi quandocunque adeunti, quia hereditas illa est, quæ facit heredem. Quod nõ similiter dici potest, cùm ipsi heredi pactum fuit nominatim. Tunc enim deque ipsi heredi rectà potest acquiri, quippe qui nondum sit eo tempore dominus, neque hereditati, quia seruus alienus alij nominatim stipulando non acquirit domino, quia nõ voluit. *dict. leg. seruus alienus 30. eodem.* sicut nec acquirit ei cui stipulatus fuit, quia non potuit.

28. GAIVS lib.1. ad Edictum Prouinciale.

CONtra iuris ciuilis regulas pacta conuenta rata non habentur [a]. Veluti si pupillus sine tutoris auctoritate pactus sit [b], *ne à debitore suo peteret*, aut *ne intra certum tempus* [c], veluti quinquennium, *peteret*. nam nec solui [d] ei sine tutoris autoritate potest.

¶ Ex diuerso autem si pupillus paciscatur, *ne quod debeat, à se peteretur*: ratum habetur pactum conuentum [e]. quia meliorem conditionem suam facere ei etiam sine tutoris autoritate concessum est.

Ad l. Contra iuris 28.

a *Rata non habentur.* Ratio dubitandi. Pacta sunt incognita iuri ciuili, nec defenduntur, nisi tuitione prætoria data ex iis per prætorē exceptione regulariter, interdū etiā actione, vt dixi ad *l. 7. §. sed cùm nulla. & ad §. ait prætor supr. eod.* Ergo non sunt æstimanda ex regulis iuris ciuilis, sed potiùs ex iure prætorio, cuius est ius ciuile non tantùm interpretari, sed etiam corrigere & emendare. *l. ius autem 7. §. 1. & leg. sequent. de iust. & iur.* Ratio decid. Tuetur quidem pacta, sed nō ea quæ cōtra leges proponūtur. *d. l. 7. §. ait prætor. l. pacta quæ cōtra 6. Cod. eo.* Prætor enim etsi inuita facere potuit fecitque præter leges, nihil tamen contra leges. *l. nec non 28. §. quo ad eius ex quibus caus. maior. l. cùm sponsus. §. si res. de public. in rem actio. vt scripsi ad d. l. 7. §. 1. de iust. & iur.* Fit autē contra leges quicquid fit vetantibus regulis iuris. *l. qui vetante. 102. de regul. iur.* Paciſci tamen contra edictum Ædilium licet. *l. pacisci 31. infr. hoc titul. vbi dicam.*

b *Si pupillus sine tutoris autoritate pactus sit.* Ratio dubitandi. Pupillus promittendo etiam sine tutoris autoritate, adeóque per stipulationem, quæ ipsa iuris ciuilis est, obligatur naturaliter. *l. 1. in fin. de nouat.* etiamsi nō sit factus locupletior *l. cùm illud 25. §. heres meus quando dies legat. ced. l. Stichum 95. §. aditio. de solutionibus.* nam si locupletior factus esset, etiam ciuiliter obligaretur ex rescripto Diui Pij. *l. 3. §. pupillus. l. 6. l. Nesennius 34. vers. in qua specie de negot. gest. l. 2. Cod. eodem.* (Obligatio enim naturalis æstimatur ex facto. *l. nec seruus 41. de peculio.* Verum autem est pupillum promisisse de facto sine paciscenti, sine stipulanti promiserit. Nam quod re vera factum est nulla iuris prohibitione infectum fieri potest. *leg. denique 19. ex quibus causis maior. l. in bello 12. §. facti de de capt. & postlim.* Ergo si pupillus paciscatur ne petat, naturaliter obligatur, & consequenter fatendum est, pactum valere in necessarium antecedens, quia si non valeret, ne quidem naturaliter pupillus obligaretur. *l. 1. §. si quis ita. l. is cui bonis 6. de verbor. obligat.*

Ratio decidendi. Pupillus obligatur quidem naturaliter ex pacto aut ex stipulatione interposita sine tutoris autoritate. Sed eius obligationis naturalis nullus est effectus, neque ad impediendam conditionem soluti, neque ad submouendam actionem exceptione pacti, neque ad inducendam compensationem) qui sunt tres effectus naturalis obligationis. *l. naturales 10. de obligat. & action. l. etiam 6. de compensat. d. l. Stichum 95. §. naturales. de solut.* quia cùm pactum ex quo naturalis ista obligatio nascitur, improbatum sit à iure ciuili, ac proinde etiam à prætore, effectus autem illi naturalis obligationis, de quibus diximus, sint ex iure prætorio fieri non potest vt prætor eos effectus tribuat obligationi naturali, quin à seipso dissentiat. Nullus enim ex his effectibus potest induci contra pupillum, quin euenat vt pupillus facto suo sine tutoris autoritate conditionem suam fecerit deteriorem, quod iuris ciuilis regula non admittit. Regula enim est, Posse pupillum sine tutore conditionem suam meliorem facere, deteriorem non posse. Vnde fit vt si quando pupillus promittendo conditionem suam meliorem faciat, quod vix alio vllo casu potest euenire, quàm eo de quo in *dict. l. 1. de nouationibus.* cùm pupillus promittit stipulanti animo nouandi valeat stipulatio ad inducendam obligationem, non quidem ciuilem, sed naturalem, & quæ effectum habeat prioris obligationis ciuilis permendæ, quia vtilius est pupillo vt sit obligatus naturaliter tantùm quàm vt ciuiliter, sicut & is cui bonis interdum est, nouare potest, si modò nouando faciat conditionem suam meliorem. *l. 3. eodem.* Quid ergo si pupillus quod sine tutoris autoritate stipulanti promiserat, soluerit tutore autore? Nam si soluat sine tutoris autoritate etiam id quod non modò naturaliter, sed etiam ciuiliter debuit, constat posse illum repetere, non quasi soluerit indebitum, sed quia persona locum facit repetitioni, *l. interdum 29. de condict. indeb.* Ponamus ergo solutū fuisse ex tutoris autoritate, quod à pupillo promissū fuerat sine tutore. Nihilominùs repetet, quia nec natura debet. *leg. quod pupillus 41. eod. id est, nec naturali iure, nec gentium. l. quod amplius 84. §. is natura debet de regul. iur.* Non dicit, quia non debet naturaliter, sed quia non debet iure naturali, quod diuersum est. Plus enim est deberi naturali iure, quàm deberi naturaliter. Pactum quodlibet pupilli sufficiens est ad faciendum vt pupillus obligetur naturaliter, etiamsi tutoris autoritas non interuenerit, quia æquitas generalis quæ tuetur pacta, quod æquum sit fidem datam seruari, etiam pupillum obligat. *d. l. 95. §. naturales de solut.* Vnde est quod pupillus qui sine tutore pactus fuit, fideiussorem dare potest, vt ibi Papianus ait, quod falsum esset, si ne quidem naturaliter esset obligatus, *d. l. 1. §. si quis ita. & d. l. 6. de verbor. obligat.* Sed æquitas illa naturalis non est sufficiens ad constituendum ius naturale, quia maiore & contraria æquitate perinde naturali labefactatur, quod natura ipsa ferre non debeat, vt qui naturæ vitio sibi prospicere non potest, nocere sibi possit. Nullum est ius naturale sine naturali æquitate: sed non omnis naturalis æquitas sufficiens est ad ius naturale constituendum, vt aliis exemplis alibi demonstrauimus. Inde etiam est quod pupillus mutuam pecuniam sine tutoris autoritate accipiēdo, ne quidem iure naturali obligatur. *l. pupillus 59. de obligat. & action.* quē tamen negare nō possumus obligari naturaliter. *l. naturaliter 13.*

ter 13. §. vlt. de condic. indebit. d. l. cùm illud. 25. §. 1. quand. dies legat. ced. d. l. Stichum. §. aditio. quibus locis probatur, quod magis est, huius obligationis naturalis effectum aliquem esse, si solutio secuta, aut aliquid quod cedat loco solutionis. Cur verò hæc tam varie, vt obligatio naturalis quàm pupillus promittendo contrahit, nullum effectum habeat, nec si tutore autore solutio secuta sit. *dict. l. quod pupillus.* Habeat autem illa quàm contrahit pupillus mutuam pecuniam accipiendo, cùm tamen vtrique commune illud sit, quod neutra iuris naturalis vinculum habet? Respondeo diuersitatis rationem ex eo petendam esse, quod obligatio naturalis, quæ contrahitur per pactum pupilli sine tutoris autoritate interpositum à iure ciuili improbata est, non etiam illa quam pupillus contraxerit mutuam pecuniam accipiendo. Iuris enim regula prohibet ne pupillus sine tutore quicquam promittat siue paciscenti siue stipulanti, quia certum est, Omnem qui promittit hoc ipso quod obligatur fieri pauperiorem extra casum. *dict. l. 1. de nouationibus.* At nulla iuris regula prohibet ne pupillus sine tutore mutuam pecuniam accipiat, quia licèt accipiendo se obliget, item naturaliter, non tamen omnimodo fit pauperior quisquis mutuam pecuniam accipit, sed plerumque locupletior, si eam, quod facilè sequi potest, in necessarios aut vtiles vsus impendat. Imo hoc ipso quod mutuam accepit, nisi probetur aut præsumatur perdidisse. Quò videtur pertinere quod de pupillo locupletiore facto scriptum est in *dicta leg. naturaliter. §. vltim. de condic. indebit.* Proinde non potuit sine periculo damnóque pupillorum ita ius constitui, vt mutuam pecuniam sine tutore accipere prohiberētur. Cùm ergo nihil faciat contra iuris regulas is, qui mutuam pecuniam dat pupillo sine tutoris autoritate, licet euentu contingat pupillum non fieri locupletiorem, sed eam pecuniam perdere, nihil tamen causæ est, cur naturalis obligatio per mutui dationem contracta non debeat eos habere omnes effectus quos habent cæteræ omnes obligationes, à iure ciuili non dicam approbatæ (essent enim dicendæ ciuiles, si approbatæ essent) sed non improbatæ. Atque ita totam hanc sanè perdifficilem, De pupilli obligatione quæstionem explicandam arbitror.

c *Ne intra certum tempus.* Ratio dubitandi. Pactum de non petendo intra certum tempus. non nocet post illud tempus, nec si à maiore factum proponatur. *lege proxima. §. primo, supra eodem.* quia non tollit obligationem aut actionem, sed tantùm exactionem impedit ad tempus, quod tempus vt plurimùm breue est. Dici autem solet non esse magnum damnum in mora modici temporis. *l. si debitori 21. de iudicis. l. etsi post tres 8. supr. si quis. cautionibus.* Ergo saltem pactum de non petendo intra certum & breue tempus à pupillo conuentum, quamuis sine tutoris autoritate seruandum est.

Ratio decidendi. Etiam tempore minùs solnitur. *§. si quis agens. vers. tempore. Instit. de action.* quia dies solutionis, non minùs quàm summa pars est obligationis. *leg. 1. §. editiones. supr. de edend.* Ergo facit conditionem suam deteriorem pupillus qui paciscitur de non petendo intra certum quantumuis breue tempus, & fit pauperior, si non in toto, vt aiunt, saltem in tanto. Æquè igitur pactum hoc est contra regulas iuris ciuilis, ac si paciscetur pupillus de nunquam petendo. Quia regula iuris est, Non posse pupillum sine tutoris autoritate conditionem suam facere deteriorem.

d *Nam nec solui.* Ratio dubitandi. Non videtur bona consecutio ista: Pupillo solui non potest sine tutoris autoritate. Ergo nec potest pupillus paciſci de non petendo. Nam inter has species differentia illa est, quòd pupillus qui accipit solutionem, alienat, cùm amittat debitorem. Indéque nimirum fit vt solutionem sine tutoris autoritate nō possit, quoniam nec alienare quicquam potest. *§. nunc admonendi. Instit. quibus alienare licet. leg. pupillo 15. de solutionibus.* At is qui paciscitur de non petendo è contrario nihil alienat, quia non amittit debitorem. Siquidem pactum de non petendo neque obligationem neque actionem tollit.

Ratio decidendi. Imò bona consecutio est, quia tametsi pactum de non petendo non tollat ipso iure actionem, quam tollit solutio, tollit tamen ope exceptionis, quod cùm in effectu tale sit, ac si ipso iure tolleret. *l. nihil interest 112. de regulis iur.* consequens est vt etiam in effectu alienet qui paciscitur de non petendo. Sed & fauorabilior est liberatio quæ contingit ipso iure per solutionem, quàm quæ ope exceptionis inducitur per pactum de non petendo, quia solutus est modus legitimus tollendæ obligationis, nec quicquam est aut æquius, aut rationi iuris conuenientius, quàm vt verus debitor soluens quod debet vero creditori iure ipso liberetur, ne non possit impunè soluere qui potest etiam inuitus cogi ad solutionem. *l. quod autem. 6. §. apud Labeonem. quæ in fraudem creditorum. l. ait prætor. 7. §. sed etsi. de minoribus.* Qui autem paciscitur ne à se petatur, nec soluit, nec aliud quicquam facit quod sit loco & vice solutionis. Ergo bona consecutio est, vt qui non potest ipso iure liberari soluendo pupillo, multo minùs liberetur ope exceptionis, si paciscatur cum eo pupillus de non petendo. Idque apparet ex eo quod tutor solutionem accipere potest paciſci de petendo non potest. *l. pactum 22. C. h. t.*

e *Ratum habetur pactum conuentum.* Ratio dubitandi. Pupillus neque consilij capax est, neque in ea ætate decernere quicquam potest, non magis quàm furiosus. *l. more 8. §. 1. cum l. seq. de acqu. hereditate.* Nec enim ætas illa intelligit etiam illa quæ videt. *l. 1. C. de falsi moner.* Ideóque comparatur furioso pupillus in omnibus: nisi in eo quod furiosus nihil facere potest, ne quidem curatore autore, pupillus verò omnia cum tutoris autoritate. *l. in negotiis 5. de reg. iur.* Atqui pactum non est sine consensu. *l. 1. §. hoc tit.* nec consensus sine animo & iudicio se obligandi. *l. 7. §. qui ĵ. eod.* Ergo non potest valere pactū initum à pupillo sine tutoris autoritate, quamuis in ipsius pupilli vtilitatem.

Ratio decidendi. Permissum est pupillo meliorem suam facere conditionem, non etiam facere deteriorem: ne alioqui quod regula iuris in fauorem pupillorum constituit in eorum odiū retorqueatur contra *l. nulla. 25. §. de legib. l. quod fauore 6. C. eod.* Nec credendum est consilium aut iudicium, aut animū paciscēdi defuisse pupillo qui sibi bene prospexerit, cùm præsertim ea ætas interdum etiā doli capax sit: *l. heredibus 13. §. de dolo. l. 4. §. de dolo 26. de doli excep.* Sic dicimus, Per eos qui in nostra potestate sunt nie-

liorem noſtram conditionem fieri poſſe, deterioré non poſſe. *l. melior 133. de reg. iur. l. filius 23. C. h. ti.* Sed & quod magis mirum eſt in vno eodémq; contractu qui ſit viro citróq; obligatorius, ſi quis cũ pupillo cõtrahat ſine tutoris autoritate, cõtractus claudicat, nec obligatur pupillus, licèt aliũ ſibi obliget. *l. Iulianus 13. §. ſi quis à pupillo. de action. empti.* Imputare enim ſibi debet qui cũ pupillo ſine tutore cõtrahit. Cùm enim ſciat aut ſcire debeat iuris regulã ea lege & cõditione cõtrahere videtur. argu. *l. ſi duo 38. de acq. her.*

1 ¶ Si curator furioſi, aut prodigi pactus ſit, *ne à furioſo, aut prodigo peteretur*: longè vtile eſt curatoris recipi pactiones, ſed contrà [a].

Ad §. 1. Si curator.

Ratio dubitandi. Pactum vnius alteri neque prodeſſe debet neque nocere. *l. prox. §. pacta quæ turpem. in fi. ff. eo.* Atqui alia perſona eſt furioſi aut prodigi, alia curatoris. Ergo pactum curatoris non debet prodeſſe furioſo vel prodigo.

Ratio decidendi. Curator datus furioſo vel prodigo non tantùm bonis, ſed etiam perſonæ datus intelligitur. *l. & tot. titu. de curat. fur.* in quo ſimilis eſt tutori. *l. 1. quia perſonæ 14. de teſt. tut.* diſsimilis autẽ ei qui datur cúrator minori. *l. cum in vna 17. §. 1. de appell.* Ergo quemadmodum tutoris pactum prodeſt pupillo. *l. tutoris 15. ff. eod.* ita & quod furioſi vel prodigi curator pactus fuit, furioſo vel prodigo prodeſſe oportet, ne alioqui nulla ratio ſit perſonis iſtis proſpiciendi, cùm furioſus & prodigus non habeãt rerum ſuarum adminiſtrationem, ne quidem autore curatore. *l. 5. de regulis iuris.* Etſi differentiã illa eſt inter furioſum & prodigum, quod furioſus nihil omnino facere poteſt ſine curatore, id eſt, ne quidem ſibi acquirere, ſine ſtipuletur, ſiue accipiat per traditionem. Prodigus autem acquirere ſibi poteſt. *d. l. 5. item l. is cui bonis 6. de verb. obligat.* quia nimirum prodigo deeſt ſola poteſtas, non voluntas ad contrahendum. At furioſo & voluntas & poteſtas deeſt. Pactum ſanè curatoris qui fuerit datus minori nihil minori proderit, quia poteſt minor ſibi ipſi conſulere ſiue ſolus, ſiue cum curatore, cui nulla in minoris perſonam poteſtas eſt. Nec vlla vtilitas vel æquitas exigit vt à iuris regula diſcedatur fauore minoris, quomodo exigit ſanè fauore prodigi vel furioſi. Idque eſt quod ſignificant verba illa, *longè vtile eſt curatoris recipi pactiones*, vt intelligamus ex æquitate & vtilitate receptum hoc eſſe contra meram iuris rationem.

a *Sed non contrà.* Ratio dubitandi. Curatores iſti qui dantur furioſo vel prodigo, cùm dentur perſonæ ſicut tutores, liberámque habeant bonorum adminiſtrationem, h. bendi ſunt pro dominis & vice dominorum ſunt. *l. qui fundum 7. §. ſi tutor. pro empt. l. interdum 56. §. qui tutelam. de furt. l. ad ea 157. de regulis iuris.* Ergo pactum ab iſtis curatoribus interpoſitum furioſo & prodigo nocere debet.

Ratio decidendi. Dominorum loco ſunt quoties bene & ex pupilli, vel furioſi, vel prodigi vtilitatem adminiſtrant, non cùm eos ſpoliat. *d. §. ſi tutor.* Ideóque debitum exigere iis permiſſum eſt, non etiam remittere. *l. pactum curatoris 22. C. h. ti. l. Lucius 46. §. vlt. de admin. tut. l. pignus 11. & l. ſeq. de curat. fur.* Atqui non benè adminiſtrat, ſed ſpoliat qui de non petendo pacíſcitur. Huiuſmodi enim pacti vulgo non aliam habent cauſam, quàm liberalitatis, cùm fiant donandi animo, donare autem ſit perdere. *l. pluſquam familias. 7. de donat.*

2 ¶ Si filius, aut ſeruus pactus ſit, *ne ipſe peteret*: inutile eſt pactum.

¶ Si verò in rem pacti ſunt, id eſt, *ne ea pecunia peteretur*: ita pactio eorum rata habenda erit aduerſus patrem, dominúmve [b]: ſi liberam peculij adminiſtrationem habeant: & ea res, de qua pacti ſint, peculiaris ſit. Quod & ipſum non eſt expeditum: nam cùm verum eſt, quod Iuliano placet, etiam ſi maximè quis adminiſtrationem peculij habeat conceſſam, donandi ius eum non habere [c]: ſequitur, vt, ſi donandi cauſa de non petenda pecunia pactus ſit, non debeat ratum haberi pactum conuentum. Quòd ſi pro eo, vt ita paciſceretur [d], aliquid, in quo non minus, vel etiam amplius eſſet, conſecutus fuerit: rata habenda eſt pactio.

Ad §. 2. Si filius.

Ratio dubitandi. In pactis non ius, ſed factum verſatur. *l. 27. §. pactus. ſup. eod.* Eorum autem quæ facti ſunt capaces ſunt non tantùm filiifamilias, ſed etiam ſerui. *l. nec ſeruus 41. de pecul.* nec ſolent iſta tranſire ad patrem aut ad dominum. *l. qui heredi. 44. de conditionibus & demonſtrationibus.* Cúmque nec filius, nec ſeruus qui pactus eſt ne ipſe peteret, quicquam petere poſſit iure, quia neque filiusfamilias proprio nomine, neque ſeruus vllo modo actionem inſtituere poteſt. *l. filiusfamilias 9. de obligat. & action. l. quoties 13. ſup. ſi quis cautionib.* debet huiuſmodi pactum ad factum potius quàm ad ius referri, vt ſit in iis conditionibus & obligationibus quæ iuris effectum habere nullum poſſunt. *d. l. qui heredi. l. Mætius 55. eod. ill. titu. l. heredibus 77. §. vlt. ad Senatuſconſultum Trebell. l. nec ſeruus 41. de pecul.* Finge enim vt huius pacti effectus aliquis eſſe poſſit, promiſſam eſſe à filiofamilias vel à ſeruo pœnam, ſi contra pactum faceret, id eſt, ſi peteret. Nam & moris erat tales ſtipulationes pœnales poſt pactum interponi. *leg. ſi pacto 14. C. hoc titu. l. penult. infr. de tranſaction.* Quidni dicamus filio vel ſeruo petente de facto commiſſam eſſe ſtipulationem, vt ex ea parte aut dominus ſaltem de peculio obligetur?

Ratio decidendi. Hęc pactio non de alia petitione intelligi poteſt, quàm quæ in iudicio fiat, & per litis conteſtationem, non ſolùm quia in id vſque tempus qui interpellat, & extra iudicium petit, adeóque controuerſiam mouet, non tam petit quàm petere vult. *l. amplius 15. infr. rat. rem hab.* Sed etiam quia cùm alius pacti huius effectus eſſe non poſſit, quàm vt pariat exceptionem. *l. 7. §. ſed cùm nulla §. hoc titu. excep-*

exceptióni autem locus eſſe nequeat, niſi præſuppoſita, & propoſita actione, apparet petitionem iudicialem eſſe oportere, vt pacto locus eſſe poſſit, adeóque proprio petentis nomine inſtituendam, vt non alij quàm ipſi paciſcẽti pactum noceat. Atque filiusfamilias vel ſeruus nihil poſſunt in iudicio petere, multò minùs proprio nomine, exceptis actionibus illis perpaucis, quas placuit à filiofamilias proprio ipſius nomine exerceri poſſe, de quibus in dicta lege filiusfamilias, & in *l. 30. infr. hoc tit.* Sicut nec ſeruus poteſt quicquam promittere per ſtipulationem extra cauſam peculij. *dict. l. 30. §. 1.* licet poſſit ſtipulari ex perſona domini. *tot. tit. de ſtipulat. ſeruorum.* Conſequens igitur eſt vt tale pactum non valeat, Ne filiusfamilias aut ſeruus petat, quia in ipſius filiifamilias aut ſerui perſonam collatum ſit. Nam ſi in rem conceptum ſit, adhibenda diſtinctio eſt quæ ſequitur in textu.

b *Aduerſus patrem, dominúmve.* Ratio dubitandi. Pactum vnius alteri nec prodeſſe debet, nec nocere, vt ſæpiùs diximus ex *l. 27. §. pacta quæ turpem. in fin. ſupra hoc titu.* Atqui alia eſt perſona patris, alia filij: alia domini, alia ſerui. Pactum ergo filiifamilias, nec ſerui quamuis in rem conceptum ſit patri, dominóve nocere non poteſt. Per eos enim quos in poteſtate habemus, melior quidem conditio noſtra fieri poteſt, ſed deterior non poteſt. *l. melior 133. de regulis iuris. l. filius 23. Codic. hoc titulo.* Ratio decidendi. Cùm pater vel dominus filiofamilias vel ſeruo liberam peculij adminiſtrationem conceſſit, intelligitur ei mandaſſe omnia quæcunque poſtea filius vel ſeruus facit circa res peculiares. Id. n. demum eſt liberam peculij adminiſtrationem concedere. *leg. ſi conuenerit 18. §. vltim. de pignoratitia actione. l. ſi liberam. 10. Codic. quod cum eo qui in alien. poteſt.* Ergo pactum filiifamilias vel ſerui nocet hoc caſu patri vel domino, non tam propter ipſius filij aut ſerui, quàm propter patris aut domini voluntatem *l. in ædibus 9. §. pen. de donat.*

c *Donandi ius eum non habere.* Ratio dubitandi. Peculium, ſiue filiifamilias ſiue ſerui proprium quodammodo ipſius patrimonium eſt. *l. 5. §. peculium. leg. hinc quæritur. 19. §. primo. verſicul. eum enim. l. peculium. 39. infra de peculio.* Vnde & peculiaris pecunia opponitur dominicæ, quaſi non ſit illa domini. *lege proxim. infra. l. ſeruus. inſcio 19. de fideiuſſoribus.* Atqui de patrimonio ſuo poteſt quilibet pro ſuo arbitrio diſponere. *leg. quarationem. 9. §. hæ quoque res. de acquirendo rerum domin. leg. in re mandata. 21. Cod. mandat.* & in filiisfamilias potiſſimùm perſona indignum eſt libero & ingenuo homine non eſſe liberam rerum ſuarum alienationem. *leg. 2. infr. ſi à parente quis manum.* Ergo donandi quoque ius habebit filiusfamilias aut ſeruus, dum ne donet niſi ex peculio. Tanto magis quod ponimus habere illum etiam à patre aut domino liberam peculij adminiſtrationem. Sibi enim debet pater aut dominus imputare cur adeò libéram conceſſerit, ac non potius limitatam. Ratio decidendi. Non ad hoc conceditur filiofamilias aut ſeruo libera peculij adminiſtratio, vt perdat, ſed vt peculium ex bona fide adminiſtret. *leg. filiusfamilias. 7. de donationibus.* Nam vt maximè liberæ illius adminiſtrationis conceſſionem pro mandato accípias: certum eſt mandato quantumlibet generali ineſſe clauſulam *ex bona fide. l. creditor. 60. §. vltim. infra mandat.* Non eſt autem ex bona fide vt quid perdatur. Atqui donare eſt perdere *dict. leg. filiusfamilias.* Donat autem qui paciſcitur de non petendo, ſi nullam cauſam habeat ita paciſcendi aliam quàm liberalitatem, quia donari dicitur, quod nullo iure cogente conceditur. *l. donari 29. de donationibus. l. donari. 82. de regul. iuris.* Non ergo videtur filiofamilias aut ſeruo permiſſum, quantumcumque liberam habeant peculij adminiſtrationem, vt de re peculiari non petenda paciſcantur. Niſi ponas expreſsè permiſſum fuiſſe donandi poteſtatem, vt in *dict. leg. filiusfamilias. verſic. item videamus.* Peculium enim licèt ſit quodammodo patrimonium filiifamilias vel ſerui, re vera tamẽn magis eſt patris aut domini. *l. 3. §. ſed vtrum. l. patri 27. in princ. de minorib. d. l. ſi liberam 10. C. quod cum eo.*

d *Quod ſi pro eo vt ita paciſceretur.* Ratio dubitandi. Qui paciſcitur de non petendo, licèt non amittat nec extinguat actionem ipſo iure, eam tamen remittit & inefficacem reddit. *leg. pactum curatoris. 22. Codic. hoc titulo.* atque ita nocet ei cui actio competit. Atque deterior fieri non poteſt conditio noſtra per eos quos in poteſtate habemus. *l. melior 133. de regulis iuris. l. filius 23. Cod. hoc titulo.* Ergo nec ſi filius aut ſeruus ita paciſcatur de non petendo. vt pro hoc ipſo quod paciſcitur aliquid viciſſim accipiat, valere pactum poteſt. Ratio decidendi. Qui ſic paciſcitur de non petendo, vt aliquid conſequatur in quo vel ampliùs vel ſaltem non minus ſit quàm quanti illud eſt quod remittit, non tam donare dici poteſt, quàm permutare. Donatio enim non eſt, quæ aliam cauſam habet quàm liberalitatem. *l. hoc iure 19. §. 1. & penultim. & vltim. & lege penultim. §. 1. de donationib. l. ſed etſi lege 25. §. conſuluit. infr. de petitione hereditatis.* Ceſſat igitur hoc caſu ratio quæ in ſuperiore ſpecie impediebat ne pactum de non petendo valere poſſet, quod filiusfamilias aut ſeruus feciſſet, etiam cui libera peculij adminiſtratio data eſſet. Hoc enim ſemper retinendum eſt, & liberam peculij adminiſtrationem conceſſam fuiſſe, & rem peculiarem eſſe de qua conuentum fuit ad hoc vt pactum valeat. Alioqui ſanè non valeret, etiamſi ob rem aliquam magis quàm gratuito & donandi animo factum proponeretur.

29. VLPIANVS lib. 4. ad Edictum.

SIn autem dominicam pecuniam crediderit: quod credendi tempore pactus eſt, valere Celſus ait.

Ad l. Sin autem 29.

Rat. dub. Seruus tũ quoq; cũ dominicã pecuniam credit, nõ põt paciſcendo facere deteriorẽ domini ſui conditionem, ſed tantùm [illegible]eliorẽ. *d. l. melior 133. de regul. iur.* Ergo nec ſi eo tempore pactus ſit in necem domini, nocere id domino debet. Ratio decid. Tractamus de ſeruo qui & liberam peculij adminiſtrationem habuerit, & pecuniã dominicam, i. nõ

peculiarem crediderit: (opponitur enim pecunia dominica peculiari, *leg. seruus* 19. *de fideiuſſ.*) denique qui pactus ſit animo non perdendæ, ſed adminiſtrandæ pecuniæ, & in ipſo tempore crediti. Quo caſu perinde pactum illud dat legem & formam contractui, atque ſi ab ipſo domino interpoſitum eſſet, quia non poteſt dominus eundem cõtractum ſerui pro parte probare, & pro parte improbare cùm ab initio pactum illud contractui adhæſerit arg. *l.* 2. *de reb. eor. qui ſub tutel. leg. cùm quæritur* 16. *de admin. tuor. leg* 7. *de bon. libert. leg. ſi ita ſtipulatio* 39 §. 1. *de oper. libert.* Ex cuius enim facto actionem habemus, eius quoque factum in eodem ipſo negotio præſtare debemus. *l. ex qua perſona* 149. *de regul. iur. l. filiæ* 88. *l. filius* 90. *de ſolut.* At in totum ſi velit, poterit improbare cùm nunquam probauerit, quia nec dedit huic liberam eius pecuniæ adminiſtrationem. *dict. leg. ſi liberam* 10. *C. quod cum eo.* Finge itaque ſeruum credidiſſe pecuniam dominicam hoc pacto addito, vt ne ante biennium petatur, valebit pactum, nec poterit dominus petere ante biennium, ſi modò nihil in ea re dolo malo & perfidia ſerui factum ſit. Semper enim exceptio hæc ſubicienda eſt. Et tamen ſi pecunia purè credita eſſet, tum ſeruus ex interuallo paciſceretur, ne ante biennium peteretur, non valeret pactum, nec domino noceret, nec ſi pecunia credita peculiaris fuiſſet. tametſi liberam peculij adminiſtrationem ſeruus hic habuiſſet quoniam actio quę ſemel ex contractu ſerui quæſita domino fuiſſet ex pacto ſerui eidem adimi poſteà vel deterior fieri non potuiſſet: Præſertim quia nec in peculio ſerui eſſet: cùm non poſſit ſeruus habere in peculio actionem, cuius ſcilicet adminiſtrandæ alia ratio non eſt, quàm vt exerceatur: Eam porrò exercere ſeruus non poteſt. *d. l. quoties* 13. *ſi quis caution.*

30. GAIVS libro primo ad Edictum prouinciale.

IN perſona tamen filiifamiliàs videndum eſt, ne aliquando, & ſi pactus ſit, *ve ageret*: valeat pactio: quia aliquando, filiusfamiliàs habet actionem, veluti iniuriarum. Sed cùm propter iniuriam filio factam habeat & pater actionem: quin pactio filij nocitura non ſit patri agere volenti, dubitari non oportet.

Ad l. In perſona 30.

Ratio dubitandi. Actio quâ filiusfamilias proprio nomine exercere poteſt ipſius propria eſt, ciuſmodi ſunt actiones depoſiti, commodati, iniuriarum, & quod vi aut clam. *leg. filiusfamilias* 9. *de oblig. & action.* Ergo in ipſius filijfamilias arbitrio & poteſtate eſt vt eiuſmodi actiones remittat, & de iis tanquam de re ſua diſponat. Eſſet enim abſurdum cui agere ſuo nomine permittitur ei liberum non eſſe ne agat, aut ne paciſcatur de non petendo: cùm liceat cuilibet iuris ſui perſecutionem deteriorem conſtituere, *leg. pactum* 46. *hoc tit. leg. quæritur* 14. §. *ſi venditor de ædilit. edict.* Ergo nihil cauſæ eſt cur non valere debeat pactum ſi filiusfamilias pactus ſit ne agat de ea re de qua ſuo nomine actionem habet. Ratio decidendi. Pactum quidem valet hactenus vt noceat filio paciſcenti, ſed non etiam vt noceat patri ſuo nomine ex hac quoque cauſa agere volenti. Nam quibus caſibus habet filiusfamilias actionem ſuo nomine, habet enim pater æquè ſuo nomine vt dicam ad *dict. leg. filius familias.* Maximè verò quod pertinet ad actionem iniuriarum. Cùm iniuria facta filio patrem quoque contingat adeò vt poſſit ille duobus iudiciis & ſuam & filij iniuriam perſequi. *l. pater* 41. *de iniur.* Quamuis ergo actionem illam habeat pater propter filium, cum tamen eam habeat proprio nomine, & ex ſua non ex filij perſona, ratio iuris aut æquitatis non patitur, vt ea patri per filium adimatur. Sanè quod ad illam actionem pertinet quam habet pater ex perſona filij, & nomine filij, dubitandum non eſt quin pactum filij noceat patri. Semper enim ſpectandum eſt non tam cui actio competat, quàm cuius nomine. *leg. Papinianus* 8. *in fine principij de inoff. teſtam. leg.* 3. §. *Pomponius de minor. l. tutorem* 22. *de his quæ vt indign.*

1 ¶ **Qui pecuniam à ſeruo ſtipulatus eſt, quam ſibi Titius debebat: ſi à Titio petat, an exceptione pacti conuenti ſummoueri & poſſit & debeat: quia pactus videatur, ne à Titio petat: quæſitum eſt? Iulianus ita ſummouendum putat, ſi ſtipulatori in dominum iſtius ſerui de peculio actio danda eſt: id eſt, ſi iuſtam cauſam intercedendi ſeruus habuit: quia fortè tantandem pecuniam Titio debuit. Quòd ſi quaſi fideiuſſor interuenit, ex qua cauſa in peculium actio non daretur: non eſſe inhibendum creditorem, quo minus à Titio petat.** ¶ **Æquè nullo modo prohiberi eum debere, ſi eum ſeruum liberum eſſe credidiſſet.**

Ad §. 1. Qui pecuniam.

Ratio dubitandi. Is qui Titio debitore ſuo delegante ſtipulatus eſt à ſeruo Męuij eandem ipſam pecuniam quam ſibi Titius debebat, hoc ipſo videtur pactus cum Titio ne pecuniam ab eo petat. Immò & ipſo iure liberatus videtur tanquam facta nouatione per delegationem, cùm delegare nihil aliud ſit quàm vice ſua reum alium dare creditori. *leg. delegare* 11. *de nouat.* Nam & olim nouatio fieri intelligebatur quoties aliqua noua vel cauſa vel perſona interueniebat. *leg. vl. C. eo.* maximè verò accedente delegatione cũ delegatio ſolutionis vim obtineat. *l. quamuis* 8. §. *interdum ad SC. Vellei.* Nec eſt quod reſpondeas cũ Cuiacio ſerui perſonã nullã eſſe. Etſi. n. nulla eſt qua poſſit obligari iure ciuili quod ſeruos non agnoſcit, eſt tamẽ aliqua quæ poſſit obligari non ſolùm naturaliter, ſed etiam iure naturali. *leg. quod attinet* 32. *de reg. iur. l. ſerui* 14. *de oblig. & actio.* Sufficit autem poſteriorem obligationem vel naturaliter tenere ad hoc vt poſſit iure fieri nouatio quæ priorem tollat. *l.* 1. *de nouat.* Nam & bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum qualiſqualis ille ſit. *l. inter cauſas.* 26. §. *abeſſe. mandat. l. qui debitorem* 18. *de fideiuſſ.* debẽtque ſibi imputare, qui pro libero homine ſeruum elegit, & non idoneum pro idoneo debitore. *l.* 1. §. *illud ſciendum, & ſeq. de ſeparat.* Ergo multo magis in propoſito caſu danda erit Titio exceptio pacti. Nam qui ipſo iure liberatus eſt, pacti exceptionem longè facilius habere poteſt. Quod ſi ponas neque nouandi animum adfuiſſe, neq; delegationem vllam factam eſſe aut ſaltem expromiſſionem, de qua ſola Cuiacius hũc locum intelligit, & quæ nihil niſi nouatio eſt facta interuentu nouæ perſonæ citra delegationem, dicẽdum erit ſeruum quaſi fideiuſſorem interceſſiſſe: in qua tamẽ ſpecie nõ video quo colore poſſit dici eum qui acceperit, ſiue ſeruũ, ſiue liberũ hominẽ in fideiuſſorem, hoc ipſo videri pactũ de non petendo à principali debitore. Qua ratione motus Cuiacius cogitur dicere *fideiuſſorem* hîc ſcripſiſſe Caium pro expromiſſore, quod tamen adeo nouum eſt vt nec diſſimulet alibi nuſquã hoc eſſe. Habent enim fideiuſſor & expromiſſor cõmune hoc tantùm quòd ſunt interceſſores, & pro alio ſe obligant. Sed in eo differunt q; fideiuſſor & pro alio & cum alio ſe obligat, expromiſſor verò pro alio quidem ſed ſolus. Denique, vt dicam breuiùs, vel ſeruus hic ſtipulãti promiſit animo nouandi, vel non animo nouandi. Si animo nouandi, nihil impedit, quominùs facta ſit nouatio etiamſi neq; ſeruus obligetur ciuiliter, ſed naturaliter tantùm, neque dominus de peculio. *dict. l.* 1. *de nouat.* Si non animo nouandi nihil cauſæ eſt cur is qui ſtipulatus eſt à ſeruo videatur pactus de non petendo à Titio, præſertim ſi Titius ſtipulationis tempore abſens fuit, ſed potiùs dicendum eſt vtrumque teneri, ita tamen vt altero ſoluente alter liberetur. *l. ſi Stichum* 8. §. *vltim. de nouat.* Cùm enim non fit nouatio adiicitur noua obligatio potiùs quàm vt vetus aut ipſo iure aut exceptionis ope tollatur. *l. ſeruus* 16. *eodem.* Alio qui euenire vt prodeſſet ei pactum initum ab eo quem ipſe non haberet in poteſtate contra iuris regulam. Ita fit vt nullo caſu poſſit verum eſſe quod notat Cuiacius, inutilem nouationem hoc caſu proficere ad pactum. Nam vel non eſt inutilis vel ne quidem proficit ad pactum. Eſt enim hac parte longè diſſimilis ratio acceptilationis & eius nouationis quę fit per mutationem debitoris citra delegationem. Acceptilatio enim etiam inutilis haber vim taciti pacti de non petendo, vt dixi ad *leg.* 27. §. *pen. ſup. eod.* quia & acceptilationi & pacto de non petendo commune illud eſt quod vtrumque fit ad liberandum, & cum eo ipſo qui liberandus eſt hac ſola differentia quod acceptilatio fit ad liberandum ipſo iure, pactum autem de non petendo ad liberandum ope exceptionis. Porrò non poteſt animus liberandi ope exceptionis non eſſe in eo qui animum habet debitorem ſuum liberandi ipſo iure. At is qui accipit expromiſſorem, licèt ea

voluntate ſit vt ſolùm expromiſſorem habeat obligatum, ita tamen id velle intelligitur, ſi expromiſſor vtiliter & efficaciter obligetur, argum. *leg. voluntate* 10. *quib. mod. pign. vel hypoth. ſolui.* Nec enim id agit principaliter vt debitorem ſuum liberet, ſed vt alium ſibi obliget. Quod verò debitor liberatur fit per conſequentias. Ergo huic ſtipulationi quæ non cum Titio ipſo priore debitore, ſed cum ſeruo interponitur, non poteſt ineſſe pactum tacitum de non petendo à Titio: & quamuis ineſſet, valere tamen non poſſet, tanquam inter alios factum. R. dec. Eſt omnino hic locus intelligẽdus de creditore qui quod ſibi Titius debebat ſtipulatus ſit à ſeruo Mæuij animo nouandi & interpoſita delegatione, aut ſaltem per ſtipulationem facta Titio ſciente & cõſentiente. Nam ſi poneres hanc nouationem factam eſſe non ſolùm citra delegationem, ſed etiam ignorante Titio quo etiam inuito fieri poſſet. *d. l. ſi Stichum* 8. *in fin.* nemo vtique diceret aut ſuſpicaretur videri pactum creditorẽ de non petendo à Titio cum quo nihil egiſſet. At cũ adfuit animus nouãdi ſiue per delegationẽ, ſiue per nudam ſtipulationem, non poteſt negari quin id actum ſit inter ſtipulatorẽ & promiſſorem ne quid à Titio peteretur. Quæ res facit locũ quæſtioni, an huic ſtipulationi inſit tacitũ pactũ de non petendo. At difficultas tota in eo eſt cur non ipſo iure liberatus ſit Titius per nouationem, aut ſi reſpondeam quomodo reſpondendũ eſt, quia nouatio nulla ſit, cur nõ valeat nouatio, cùm ſufficiat, vt diximus poſteriorem obligationem quæ priorem tollat eſſe naturalem. *d. l.* 1. *de nouat.* certum autem ſit ſeruum poſſe ex contractu obligari naturaliter. *dict. le. ſerui* 14. *de oblig. & act. l. heres à debitore* 21. §. *ſeruo tuo de fideiuſſ.* Sed dicendum eſt, quod neſcio an adhuc quiſquam dixerit ſeruum obligari naturaliter ex iis tantùm contractibus qui ſint iuris gentium, cuiuſmodi ſunt mutuum, emptio & alij ſimiles, quia & iuri gentium ſerui cogniti ſunt, vnàm q; hominum ſpeciem conſtituunt. *l.* 4. *& 5. de iuſtit. & iur.* At non etiam ex ſtipulatione quæ tota iuris ciuilis eſt, non quia lex reſiſtat huic obligationi, vt volunt, ſed quia lex ſeruos non agnoſcit, quibus proinde non eſt quod debeat, aut poſſit reſiſtere. Ideóque dicimus inutilem eſſe ſtipulationem quoties ſeruus ſtipulanti promittit, non minùs ſi extraneo, quàm ſi domino ſuo promittat. §. *autem mutilis. Inſt. de inut. ſtipula.* adeò vt nec actione de peculio dominus ex ea ſtipulatione obligetur. *l.* 3. §. *ſi ſeruus de pecul.* in quo ſeruꝰ à filiofamilias diſtat. §. *ſed ſi filius ibi.* iunct. *l. non diſtinguemus* 32. §. *ſi ſeruus* 8. *de recep. qui arbitr.* Quinimò quod magis eſt ſi dominus ſoluat, quod ſeruus per ſtipulationem promiſit poteſt repetere. *l. ſed ſi ſerui* 20. *de fideiuſſ.* quod vtiq; falſum eſſet ſi ex ea ſtipulatione naturalis obligatio contracta eſſet. Ille. n. vnus & præcipuus effectus eſt obligationis naturalis vt impediat ſoluti repetitionem. *leg. naturales* 10. *de oblig. & act.* Cùm ergo ex ſtipulatione interpoſita cũ ſeruo & ex ſerui promiſſione nulla ne quidẽ naturalis obligatio naſcatur, cõſequens eſt non poſſe per eiuſmodi ſtipulationẽ fieri nouationẽ. Nec. n. nouatio eſt tãtùm perẽptio prioris obligationis, ſed etiam tranſfuſio eius in ſequentem obligationẽ. Sequens autẽ nulla eſſe poteſt, niſi quę teneat aut ciuiliter aut ſaltẽ naturaliter

d.l.1.de nouat. Neque aliud erit etiamsi ponas delegationis interponendæ animum adfuisse. Nam cùm delegare sit alium vice sua rcum & debitorem dare. *d.l. delegare 11. de nouat.* non potest videri facta delegatio, si is de quo per nouationem obligando agitur, nullomodo possit obligari. Dixi *nullo modo*, quia si aliquomodo possit obligari & obligatus sit, licèt naturaliter tantùm, aut licèt aliquam habeat exceptionem quæ actionem creditoris inefficacem reddat, non eo minus delegatio ritè facta videbitur, & effectum suum obtinebit vt vim habeat solutionis, quemadmodum si per solam debitoris delegati inopiam actio per delegationem quæsita inanis redderetur, *leg. nam is 6. de dolo.* Aut quemadmodum si quis non debitorem tanquam debitorem delegasset, *lege si non debitorem 13. de nouat.* Ac proinde non supereresset eo casu locus quæstioni de tacito pacto inducendo in fauorem Titij qui esset ipso iure liberatus: quandoquidem pacti exceptio vt & alia quælibet præsupponit superstitem & obligationem & actionem. Atque hæc quidem propositæ quæstionis sententia eiúsque proponendæ ratio vera est. Sed quod ad hanc quæstionem ex Iuliano respondetur, hoc verò est quod ego non possum intelligere. Respondetur enim his verbis, *Iulianus ita summouendum putat si stipulatori in dominum istius serui de peculio actio danda est.* Quasi verò probari possit vllo iuris loco dandam esse actionem de peculio in dominum ex promissione serui, contra quàm scriptum sit in *d. l. 3. §. si seruus de pec.* & *d.l. 32. §. seruus. de recept.* vbi negatur actionem de peculio dandam in dominum ex compromisso serui, non alia vtique ratione, quàm quia compromissum sit per stipulationem, ex stipulatione autem sicut seruus non obligatur, ne quidem naturaliter, ita nec dominus de peculio. Idque siue ex causa peculiari stipulatio interposita sit, siue ex causa non peculiari: Nec enim distinctio hæc iis locis adhibetur, vt nec alio vllo in quo agatur de seruo qui aliquid promiserit per stipulationem. Quod autem explicationis gratia sequitur, *id est, si iustam causam intercedendi seruus habuit, quia fortè tantandem pecuniam Tutio debuit*, minùs habet rationis. Nam quod seruus ex causa peculiari debuit Titio, potuit quidem dare & dedit Titio actionem de peculio aduersus dominum serui, sed non etiam Titij creditori cui seruus per stipulationem promiserit. Et ratio diuersitatis euidens est, quia seruus hic debebat Titio ex eo nimirum contractu ex quo potest seruus obligari naturaliter puta ex mutuo, at nihil debet creditori Titij, quia neque mutuam pecuniam ab eo accepit, neque aliter cum ipso contraxit nisi per stipulationem, quo contractus genere nullomodò potuit obligari. Mirum igitur non est actionem de peculio quæ competebat Titio aduersus Mæuium serui dominum non competere creditori Titij qui à seruo Mæuij stipulatus fuit, quia inauditum est vt actio de peculio contra dominum competat ex eo serui contractu ex quo seruus ne quidem naturaliter obligetur. Proinde illud saltem requirendum esset, vt Titius, quam aduersus dominum serui habebat de peculio actionem, eam præstaret stipulatori, tanquam quæ non sit perempta per inualidam nonationem: vt si stipulator hic idémque creditor agens contra Titium priorem suum debitorem exceptione tacitipacti de non petendo aliquo casu repellendus sit eo ipso casu saltem in solarium elisæ per exceptionem actionis, alienam actionem ex cessione consequatur, quam alioqui non haberet. Quæres faceret vt Titius opponens pacti taciti exceptionem non aliter audiendus esset quàm si actione sua cedere paratus esset, ac ni id faceret exceptionem pacti replicatione doli, aut vt vocant cedendarum actionum elidi oporteret. Nec obstat sententiæ nostræ quod Iulianus scribit in *leg. seruus inscio 19. de fideiuss.* Cùm seruus insscio domino pro quodam fideiussisset, ac eo nomine pecuniam deinde soluisset, & quæreretur an dominus posset repetere ab eo cui soluta esset. Interesse quo nomine fideiusserit. Nam si ex causa, inquit, peculiari fideiusserit, tunc id quod ex peculio soluerit repetere dominus non poterit: quibus verbis videtur Iulianus duo sentire quæ nos negamus. Vnum est in seruo fideiubente ac proinde per stipulationem promittente distinctionem illam adhibendam esse, Vtrum ex causa peculiari, an ex alia promiserit. Alterum est, Seruum ex ea promissione obligari naturaliter, cùm alioqui posset repetere quod soluisset tanquam prorsus indebitum, *dict. leg. naturales 10. de obtig. & action.* Nos verò vtrique obiectioni sic satisfacimus, Distinctionem istam in hoc casu locum habere fuerintne nummi promissi ex causa peculiari necne? Non propter stipulationem id est, vt sciatur, an stipulatio & promissio serui præsertim quæ insscio domino facta sit, valeat an non quam certum est non valere, sed propter solutionem quæ fuerat secuta. Et similiter impediri condictionem soluti, non propter naturalem obligationem quam seruus promittendo contraxerit, quæ sanè nulla fuit, sed obsecutam solutionem: quia cùm solutum sit & quidem ab ipso seruo ex ea causa quæ fuit peculiaris, licèt stipulatio quæ interuenit nullius omnino sit momenti, nec obligationem naturalem vllam peperierit, sublata tamen potestate stipulationis, supereſt causa peculiaris negotij, quæ perinde soluti repetitionem impediret, etiamsi stipulatio nulla interuenisset: arg. *l. cùm is 32. §. mulier. de condict. indebit.* Magis illud obstat quod Vlpianus scribit in *dict. l. 3. §. si filiusfamiliæ. de pecul.* si filiusfamilias vel seruus pro aliquo fideiusserint, vel aliàs interuenerint, vel mandauerint tractatum esse, An sit de peculio actio, Et esse verius in seruo causam fideiubēdi vel mādandi spectādam vt si quasi intercessor seruus interuenerit non agens rem peculiarem non obligetur dominus de peculio, si verò fideiusserit in rem peculiarem obligetur. Non ergo indistinctè verum est ex fideiussione & promissione serui dominum de peculio non teneri, sed eo demum casu quo seruus fideiusserit extra rē peculiarē. Respōdeo, in seruo fideiussori adhiberi hanc distinctionem ex qua causa fideiusserit, & teneri dominū de peculio quoties seruus fideiussit in rem peculiarē, non quasi hoc casu dominus ex stipulatione serui possit cōueniri de peculio, sed

sed quasi ex negotio gesto, vt eleganter loquitur idem Vlpianus in *dict. l. 3. §. si seruus*, id est, quia negotium gestum tale fuerit, vt ex eo potuerit nasci actio de peculio etiam citra vllam stipulationem. Finge seruum hunc, cùm mutuam pecuniam pro negotio peculiari acceperus esset à Titio qui nolebat ei credere, adhibuisse personam Sempronij, qui se constituerit debitorem, & pro eo fideiussisse, atque ita mutuam pecuniam habuisse, ac peculiare illud negotium explicasse. Quis non videt seruum hoc casu in rem suam fideiussisse, hoc est, in rem peculiarem? Quidni ergo dominus de peculio tenebitur? Nam & teneretur etiam nulla stipulatione interueniente, si modò probari posset interpositam fuisse Sempronij personam, sed re vera pecuniam in causam peculij & acceptam & versam esse. Denique nunquam dominus tenetur de peculio ex stipulatione & promissione serui, quomodo tenetur semper & omnimodo pater ex stipulatione & promissione filij, teste eodem Vlpiano in *dicta lege 3. sed si filius, & sequenti.* vbi hanc nominatim differentiam constituit inter filiumfamilias & seruum, sed tantùm ex negotio gesto, vt in supradicto exemplo, in quo seruus qui in rem suam, id est, peculiarem interuenit non tam pro fideiussore, quàm pro debitore principali habendus est, cùm peculiare negotium non modò re ipsa, quod sufficeret, sed etiam valiter gesserit, *leg. sed si fideiussor 24. supra hoc titulo.* In proposito autem casu, cùm Sempronius stipulatus sit à Sticho seruo Mæuij pecuniam, quam sibi Titius debebat, licèt ponas iustam causam intercedendi Stichum habuisse, quia fortè tantandem pecuniam Titio debuerat ex causa peculiari, nullum tamen aliud negotium sit, ex quo possit nasci actio de peculio præter stipulationem. Quid enim facit in rem & vtilitatem peculij Stichus, cùm se obligat Sempronio? Nihil penitus, quia non ideò se liberat à Titio, cui remanet semper obligatus, etiamsi animus nouandi adfuerit, cùm nec valeat nouatio. Si ob eam promissionem acciperet ille aliquid in augmentum peculij, putà pecuniam à Sempronio, vel liberationem à Titio, quod contingeret, si fingeres Titium accepto eituliſſe pecuniam quæ sibi ex causa peculiari debebatur, fatendum sanè esset gestum fuisse aliquod negotium ex quo actionem de peculio non ex ipsa stipulatione aduersus Stichi dominum Mæuium competere æquum esset. At cùm nihil aliud sit, nisi quod Stichus Sempronio promittit per stipulationem eam ipsam pecuniam quam Titius ex peculiari causa debebat, & cuius nomine post interpositam quoque hanc stipulationem perinde obstrictus manet, ac si nihil Sempronio promisisset, quódnam obscuro negotium gestum videri pot.t, propter quod debeat Sempronius habere actionem de peculio co.tra Mæuium semota stipulatione? Dices fortasse, Imò negotium aliquod gestum esse in eo quod ex eiusmodi stipulatione nactus sit Titius exceptionem pacti taciti de non petendo contra Sempronium creditorem suum, ob idq; debeat & ipse repelli simili exceptione, si pergat petere à Mæuio per actionem de peculio quod sibi ille debebat. arg. *l. si pecunia 77. de legat. 1.* Verùm cùm textus noster dicat, ita demum dandam esse Titio pacti exceptionem aduersus Sempronium, si Sempronius possit habere actionem de peculio aduersus Mæuium, intelligimus prius probandum esse quod ea actio de peculio danda sit Sempronio contra Mæuium, quàm vt ex præsuppositione illa, quòd dari possit, inferamus Titio dandam esse exceptionem pacti contra Sempronium. Ergo si gestionem negotij peculiaris in hac serui promissione non aliunde colligimus quàm ex eo quod Titius contra Sempronium exceptionem habere possit, quasi ea res acquirere similiter debeat exceptionem Mæuio contra Titium, fateamur necesse est, prius esse vt probemus dandam esse Titio exceptionem cōtra Sempronium, quàm vt possimus adfirmare negotium aliquod peculiare in ea promissione per Stichum Sempronio facta gestum esse: atque ita de primo ad vltimum, vt loquuntur, cùm probari nō possit dandam esse Titio pacti exceptionem cōtra Sempronium, quia nec probari potest dandam esse Sempronio actionem de peculio aduersus dominum Stichi Mæuium, bene se habet, per eam Stichi promissionem negotium nullum gestum esse, ex quo possit contrà dominum nasci actio de peculio: Et viciſſim nullam posse dari Sempronio actionem de peculio contra Mæuium, quia negotium nullum peculiare gestum sit. Sub ata enim ratione illa gesti negotij, sola superest stipulatio serui, ex qua certum est dominum de peculio conueniri nunquam posse, quòd ex ea nec seruus ipse obligetur, ne quidem naturaliter. Nam absurdum & iniquum est dari actionem de peculio contra dominum ex promissione serui, qui ipse nullomodo, id est, ne quidem naturaliter teneatur. Actio namque de peculio semper aliam obligationem præsupponit, aut naturalem in persona serui, aut ciuilem in persona filij *l. nec seruus 41. l. si quis cum 44. & ibi Bart. de pecul.* Idque est quod sequitur in textu nostro, Si Stichus hic seruus Mæuij promiserit Sempronio stipulanti quasi fideiussor, non esse inhibendum Sempronium creditorem, quominùs à Titio petat. Nempe quoniam ex hac causa in peculium actio non datur, id est, ex serui fideiussione, quoties interuenit ille quasi fideiussor. Sic enim accipio verba illa, *ex quæ causa in peculium actio non daretur*, non quasi distinctionem nouam contineant. Vtrū fideiussor interuenerit ex causa peculiari, an ex alia. Sed vt constituant secundum membrum simplex totius distinctionis. Illa enim vnica distinctio est, an seruus promiserit & interuenerit in rem peculiarem, an quasi fideiussor, id est, non agens rem peculiarem, vt explicat Vlp. *d.l. 3. §. si filiusfamilias de pecul.* sed quasi intercessor & intercessoris officio fuctus, vt ille ibid. addit, & in *§. seq.* Nempe quia priore casu, licèt seruus dicat se fideiubere, tamen re vera nō tam fideiussor est quàm debitor principalis, cùm fideiubeat in rem suam & peculiarem *d.l. sed etsi 24. supr. hoc tit.* Itaque sunt ista è diametro opposita, seruum fideiubere in rem peculiarem, & fideiubere quasi fideiussorem & intercessorem. (Fideiussorem enim proculdubio dicit hic textus pro intercessore quolibet, non pro expromissore, vt malè putat Cuiacius) Cùm fideiubet in rem peculiarem gerit, negotium peculiare ex quo nasci commodè potest & debet actio de peculio in eius dominum. Sed cùm fideiubet quasi fideiussor, id est, in rem alienam nullum negotium peculiare gerit propter quod æquum sit dominum teneri de peculio.

Hæc cùm ità sint cogor dicere, totum hunc locũ corruptum esse à Triboniano abutente, vt solet, Iuliani sententia & distinctione, quam non percepit. quod enim ex Iuliano hic refertur illud ipsum est quod Vlpianus refert in *d. l. 3. §. Iulianus de pecul.* Iulianum lib. 12. Digestorum scribere, si seruus mãdauerit vt creditori solueretur interesse quam causam mandandi habuerit si pro creditore suo solui mandauit esse dominum obligatum de peculio. Secus autem si functus sit officio intercessoris. Ex quo apparet non fuisse locutum Iulianum de seruo qui aliquid promiserit per stipulationem, sed de eo qui mandauerit solui suo creditori. Quod genus cõtractus multùm differt à stipulatione quia stipulatio iuris ciuilis est, mandatum verò iuris gẽtium. Rursus in illa Iuliani specie seruus mandãdo solui suo creditori gessit negotium peculiare, quia ponendum est solutam fuisse pecuniam debitam creditori huius peculiari, atque ita rem peculiarem gestam esse adeoq; vtiliter. At in casu nostro nullum negotium peculiare gestũ est vt probauimus, quia quamuis promissa sit ea ipsa pecunia quæ Titio ex causa peculij debebatur, non ideò tamen liberatum à Titio fuit peculium, nec pecunia vlla rationibus peculij accessit. Quòd si replices Iulianum non tantùm in seruo mãdatore, sed etiam in seruo fideiussore idem sensisse eandemque distinctionem adhibuisse, vt constat ex *d. l. seruus insi o* 19. *de fideiuss.* nec aliam Vlpiani & Celsi sententiam fuisse, vt apparet ex *d. l. 3. §. si filiusfamilias de pecul.* Dicam, nos quoque tandem distinctionem admittere, vt ex promissione serui fideiubentis possit dominus teneri de peculio, si ille in causam peculiarem fideiusserit & quasi debitor non etiam si quasi fideiussor, sed negare nos, quod Iulianus numquam dixit, in causam peculiarem videri interuenisse seruum qui promisit Sempronio stipulanti eam ipsam pecuniam quam Titio iam debebat, quamuis & nouandi animo promiserit & eam pecuniam ex peculiari causa debuerit, quia non ideò fit vt negotium illum peculiare gerere videatur, neque vtiliter, neque alio vllo modo cùm semper æquè maneat obligatus ipso iure, nec vllam pacti exceptionem acquirat domino contra Titium pristina actione experientem vtpote quæ per nouationem inutilem nec sublata sit nec elisa. Negamus item, quod Iulianus nusquam scripsit. Tum quoq; cùm seruus in rem peculiarem fideiussit, posse dominum cõueniri de peculio ex ea stipulatione. Dicimus enim posse quidem eum cõueniri, sed quasi ex negotio gesto, non quasi ex stipulatione. Et cõsequenter si nullum negotium gestum sit, nullam domini de peculio conueniendi rationẽ superesse. Concludo itaque falsissimum esse quod in hoc §. sub Caij nomine Tribonianus ex Iuliano concludit, Eum qui pecuniam à seruo stipulatus est quam sibi Titius debebat, summouendum esse exceptione taciti pacti de non petendo. Falsum item quod ait stipulatori in dominum istius serui actionem de peculio dandam esse. Falsum denique quod pro ratione adfert iustam causam intercedẽdi seruum hunc habuisse si fortè tantundem pecuniam Titio debuit. Quænam enim iusta esse potuit causa illa promittendi cùm promittendo neque pecuniam neque liberationem siue ipso iure siue per exceptionem peculio acquisierit? Esset planè bona ratio si seruus huic propter factam sibi à Titio acceptilationem Sempronio promisisset, quia tunc iusta causa fuisset promittendi & intercedendi erga Sempronium pro Titio qui Mæuium dominũ Stichi per acceptilationem Sticho factam liberasset, neque posset negari quin eo casu peculiare negotium à Sticho gestum fuisset, ex quo actio de peculio contra Mæuium induceretur. At non ponit Tribonianus acceptilationem vllam interuenisse, quæ si interuenisset, idem tamen quæstioni locus relinqueretur, An inducendum esset tacitum pactum de non petendo in fauorem Titij pro quo Stichus nouandi animo tantundem Sempronio promisisset. Cùm enim æquè futurum esset vt non valeret nouatio non possit dici Titius ipso iure liberatus per nouationem, non magis quàm si acceptilatio nulla præcessisset, quoniam acceptilatio à Titio facta Sticho, liberat quidem Stichum ciúsque dominum à Titio, sed non eo magis vtilem facit nouationem, nec proinde liberat Titium à Sempronio, verùm hoc tantùm facit vt Stichus negotium peculiare gessisse dici possit, atque ita vt ex eo negotio danda sit de peculio actio Sempronio contra Mæuium. Quæ res per consequentiam inducit vt si Sempronius Titium conueniat pristina actione summouendus ille sit exceptione taciti pacti de non petendo, non quasi nouatio inutilis valeat hoc casu in vim pacti, vt vult Cuiacius, sed quia Sempronius ex eo negotio quod cum Sticho gessit adquisiuit sibi actionem de peculio contra Mæuũ, ideoque nullam iniuriam patitur tametsi summoueatur exceptione pacti perinde atque non fieret ei iniuria si actionem suam ipso iure amisisse diceretur subsistente & præsuppolita vtili nouatione, quia sicut illo casu habiturus erat actionem ex stipulatu contra nouum suum debitorem, ita & hoc casu habet contra Mæuium actionem de peculio per quam tantundem consequi possit quantũ per illam consequeretur. Ponimus enim tantum esse in peculio, quantum fuit in promissione Stichi nõ minus. Quid autem interest, qua actione consequatur suum Sempronius dum ne remaneat in dãno? Quin etsi minùs esset in peculio, quidni tamen idem iuris seruaretur? Quid enim aliud quàm peculium serui intuitus videri potest is qui cũ seruo sciens contraxit? Cùm igitur Sempronius per stipulationem illam nouandi animo interpositam nihil nisi actionem de peculio sibi acquirere & voluerit & potuerit, eandem verò actionem habeat siue stipulatio illa valeat siue non valeat, dummodo negotium aliquod gestum sit ex quo citra stipulationem actio de peculio nasci possit, quid refert quod ad rei effectum & contrahendi propositum attinet, an actio illa nascatur ex stipulatione, an ex negotio gesto? Itaq; non tam falsa est ea sententia quæ Iuliano adscribitur, & quæ habet, ita summouendum stipulatorem si stipulatori in dominum serui actio de peculio dari possit, quàm ad propositum casum malè accommodata. Debuerat enim Tribonianus animaduertere in casu nostro non posse dari Sempronio contra Mæuium actionem de peculio neque ex stipulatione, quia nullomodo valuit neque ex negotio gesto, quia negotium gestum nullum fuit, nec potest videri seruus inter-

cessisse in rem peculiarem, ob id solùm quod promiserit Sempronio pecuniam quam Titio debebat ex causa peculiari, cùm non ideò aut liberationem aut aliud quicquam peculio acquisierit. Sanè quod sequitur nullam dubitationem habet. Æquè nullomodo prohiberi Sempronium debere quominùs à Titio pecuniam petat si Stichum à quo stipulatus erat liberũ esse credidisset. An quia non etiam hoc casu habiturus sit Sempronius actionem de peculio contra Mæuium dominum Stichi, si in effectu appareat gestum ab eo fuisse negotium peculiare? Imò habiturus est. Nec enim actionem de peculio inducit opinio eius qui contrahit cum seruo alieno, sed rei veritas, siue seruum sciat, siue liberum esse putet. Sed quia cum ab eo stipulatus est quem liberum esse putabat, id egit vt sibi acquireret actionem nõ de peculio, sed in solidum, quam tamen non potuit sibi acquirere contrahendo cum seruo. Et idcirco quamuis tacitè pactus fuerit de non petendo à Titio, quia tamen nõ nisi certa lege & conditione id facere voluit, id est, ita demum si eum ipsum à quo stipulabatur obligatum haberet in solidum, fieri non potest vt in eo deceptus debeat summoueri exceptione pacti si prístinam actionem, quæ nec sublata fuit exercere velit. Atque hæc sunt quæ de huius loci sanè quàm obscurissimi sententia videntur nobis dici posse, quibus iungenda sunt quæ dicemus ad §. seq.

2 ¶ Si sub conditione stipulatus fuerim à te, quod Titius mihi purè deberet: an deficiente conditione, si à Titio petam, exceptione pacti conuenti & possim & debeam summoueri? & magis est exceptionem non esse opponendam.

Ad §. 2. Si sub condicione.

Ratio dubitandi. Cùm stipulor à te quamuis sub conditione quod Titius debet mihi purè, & quidem animo nouandi, id sanè inter nos agitur, vt prior obligatio Titij perimatur & in te transferatur, per delegationem, quæ cùm non fiat nisi præsente ac mandante Titio, consequens planè est vt videar omnimodo cum Titio pacisci ne ab eo petam. Siquidem delegato vicem solutionis obtinet *l. quamuis* 8. §. *interdum ad SC. Velleian. l. qui debitorem* 18. *de fideiuss.* Et quamuis aliquid sit, quod impediat ne delegatio valeat, videtur tamen non eò minùs valere pactum, sicut dicimus ex acceptilatione quantumlibet inutili vtile pactum tacitum induci *l. si vnus* 27. §. *penult. supr. eod.* Illud enim tam delegationi quàm acceptilationi commune est vt sit loco solutionis, & is qui vel acceptum fert vel delegationem admittit liberari velit suum veterem debitorem adeoque ipso iure.

Ratio decidendi. Differentia magna est hac parte inter delegationem & acceptilationem, non in eo solùm quod delegatio potest fieri sub cõdicione *l. nouatio* 24. *de nouat. acceptilatio non item. l.* 4. *de acceptilat.* Sed in eo etiam, quod acceptilatio longè maiorem adfinitatem habet cum pacto de non petendo, quàm delegatio. Fit enim ad eum expressim finem vt debitor cui fit liberetur, sicut & pactum de non petendo hac sola differentia quod in acceptilatione id agitur vt liberatio cõtingat ipso iure, in pacto autem vt ope exceptionis. At per delegationem id agitur principaliter vt nouus debitor acquiratur, per consequentias autem vt delegans liberetur, nec stipulatio interponitur inter delegantem & creditorem cui fit delegatio, sed inter eum cui delegatio fit & nouum debitorem delegatum. Facilius ergo est vt acceptilatio, quàm vt delegatio inutilis includat tacitum pactum de non petendo. Verùm, est etiam in casu nostro aliquid vnde specialior ratio sumi possit. Nimirum quod multum interfit an delegatio vel acceptatio fit nulla ob rationẽ aliquam iuris, an verò ob rationẽ volũtatis. Exẽplũ esto delegationis quæ sit inutilis ex ratione iuris, si quis fortè delegauerit seruũ extra causam peculiarem, nec enim valet serui promissio *l. sed si serui* 20. *de fidei. §.* nec proinde delegatio cùm delegare sit alium vice sua reum & debitorem dare *l. delegare* 11. *de nouat.* Exemplum verò acceptilationis inutilis ex ratione iuris si fortè acceptilatio facta sit in diem vel sub condicione. Fit enim hoc modo inutiliter, nec conualescit, quamuis dies venerit, vel condicio extiterit *l.* 4. *& 5. de acceptil.* At exemplum erit vtriusque inutilis ob rationem voluntatis, si aut delegatio aut acceptilatio facta sit sub condicione quæ defecerit: Hæc enim non tam de iure inutilis est quàm nulla, vt loquuntur, de facto, quia omnibus actibus condicionalibus commune illud est vt si condicio deficiat, pro non interpositis habeantur. Itaque nemo dixerit in acceptilatione, quæ hoc modo inutilis sit, contineri tacitum pactum de non petendo: nam quemadmodum is qui acceptum tulit sub hac cõdicione quæ defecit non ea fuit voluntate vt debitorem liberaret nisi cõdicio existeret, quamuis valeret acceptilatio, ita nec intelligẽdus est tacitè pactus fuisse de non petendo, nisi sub eadem condicione sub qua acceptum tulisse diceretur si valuisset acceptilatio. Prius enim est vt acceptilatio aliqua facta sit quá vt possit includere pactum de non petendo. Atqui verum est nullam interuenisse acceptilationem ne quidem de facto, cùm acceptilatio facta est sub condicione quæ defecit, ergo neque pactum de non petendo. Idque est quod euenit in casu nostro facta quidem delegatione, sed sub condicione quæ defecit. Proinde quamuis alio iuris loco scriptum esset delegationem inutilem habere vim pacti, non posset tamen id dici in specie proposita, in qua non tam inutilis est delegatio quàm prorsus nulla propter defectum cõdicionis, nõ minùs enim pacti illius taciti quàm delegationis condicio defeciisset. Quod nec Cuiacius noster ad hunc locum bene vidit, errans in eo quòd aliam constituit rationem delegationis inutilis, aliam inutilis acceptilationis, neque tamen dissimilitudinis istius quam cõmiscitur rationem vllam reddit. Debuit distinguere inutilem delegationem à nulla, & nullam dicere eam cuius cõdicio defecit, etsi enim delegatio sub cõdicione fieri potest, non prius tamen effectum habet quàm condicio extitit, & deficiente condicione euanescit *leg. si Stichum* 8. §. 1. *leg. quoties* 14. *l. nouatio* 24. *de nouat. & delegat.*

31. VLPIANVS libro ad Edictum ædilium curulium.

PAcisci contra edictum ædilium omnimodo licet siue in ipso negotio venditionis gerendo conuenisset, siue postea.

Ad l. Pacisci 31.

Ratio dubitandi. Pacta quæ contra ius ciuile facta sunt non valent *l.7. §. ait Prætor. l. contra 28. supr. hoc titul.* Atqui iuris ciuilis pars est ius honorarium, iuris autem honorarij portio ius ædilitium *l. 6. §. 1. & l. 7. de institit. & iur. §. prætorum. de iur. natur. gent. & ciuil.* ergo nec pacta valere possunt quæ contra edictum ædilitium facta præponuntur.

Ratio decidendi. Ædilitium edictum, de quo in *tit. de ædilit. edict.* ita conceptum est vt non tam ius publicum respiciat quàm priuatam contrahentium vtilitatem, quibus vtique permissum est iuri pro se priuatim introducto renunciare *leg. pactum 46. infr. hoc tit. l. penult. C. eodem.* Quanquam defendi meo iudicio potest non aliam esse rationem iuris ædilitij, quàm cæterarum partium iuris ciuilis, nec minorem autoritatem. Non enim hîc Vlpianus absolutè scribit contra edictum Ædilium omnimodo pacisci licere, id est, ne redhibitoria agatur, quomodo videtur intellexisse Cuiacius, sed addit *siue in ipso negotio venditionis gerendo conuenisset, siue postea*, vt intelligamus. Non igitur valiturum pactum, si ante negotium gerendum interponeretur, quia tunc pugnaret cùm autoritate Ædilium, & edicti quod partem saltem iuris ciuilis constituit hoc ipso quod facit partem iuris honorarij. At cùm interponitur in negotio ipso gerendo aut postea, non tam conuellitur autoritas edicti quàm beneficium ipsius repudiatur, quomodo etiam potest heres repudiare beneficium legis falcidiæ, si velit pacisci de legatis integris soluendis, dummodò post mortem testatoris non etiam viuo testatore. *l. quod bonis 25. §. 1. ad leg. falcid.* Aut filius pacisci cum herede patris de legitima non petenda, quod pactum cum patre ipso factum non valeret. *l. si quando 35. §. illud. & seq. C. de inoff. testam.* Similiter dicerem non valiturum pactum si inter priuatos conuenisset, ne in futuris eorum contractibus ædilitio locus esset, neque magis hoc fieri posse, quàm ne in priuatorum contractibus locus sit legibus, quod vtique constat fieri non posse. *l. ius publicum 38. §. hoc tit.* Tunc ergo tantùm valet cùm iam cœpit ædilitio edicto locus esse, id est, cùm cœpit contrahi venditio aut postea. Iam enim satisfactum est Ædilibus statim atque petuit emptor edicti beneficium implorare, nec id agunt etiam aut curant Ædiles, vt eo beneficio vtatur emptor si nolit. Remittentibus enim actiones suas non est dandus regressus. *l. quæritur 14. §. si venditor de ædilit. edict.* vbi tamen additur quod summopere notandum est, si venditor sciens morbum aliquem consuluit cum reticuerit, & conuenerit ne teneatur redhibitoria, non tamen omnino standum esse ei quod conuenit, sed dandam esse emptori aduersus exceptionem pacti replicationem de dolo malo, ne alioqui eueniat, vt contra bonos mores dolo faueatur. Aliud erit si morbum aliquem nominatim exceperit, vt ibidem dicitur. Nec enim deceptus est qui sciens morbosum emit.

32. PAVLVS libro 3. ad Plautium.

QVod dictum est, si cum reo pactum sit, vt non petatur, fideiussori quoque competere exceptionem: propter rei personam placuit, ne mandati iudicio conueniatur. Igitur si mandati actio nulla sit, fortè si donandi animo[a] fideiusserit: dicendum est, non prodesse exceptionem fideiussori.

Ad l. Quod dictum 32.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. & heredi 21. §. vlt. & l. seq. sup. eod.*

a *Fortè si donandi animo.* Ratio dubitandi. Non debet esse durior condicio fideiussoris ob id quod donandi animo intercesserit cùm tanto fauorabilior esse debeat, is qui animum donandi habuit, ne ex liberalitate sua inops fieri periclitetur. *arg. l. ne liberalitate 50. de re iudic.* Nam & in aliis plerisque iuris partibus succurritur donatori puta ne teneatur supra quàm facere possit, nec si dotem promiserit. *l. si extraneus 23. & l. penult. de iur. dot. l. inter eos 19. §. is quoque de re iudic.* Item vt non teneatur de euictione nisi expressim promiserit vel fuerit in dolo. *l. 7. C. de iur. do.* Ratio decidendi. Pactum de non petendo factum à debitore, & in rem conceptum prodest fideiussori non propter fideiussorem cui certum est nullam posse acquiri exceptionem per debitoris personam quæ & libera est & non in potestate fideiussoris, sed propter debitorem ipsum, cuius principaliter interest ne fideiussor inquietetur, qui scilicet habiturus esset regressum actione mandati contra debitorem. *d. l. 21. §. vlt. & l. seq. sup. eod.* Atqui nullam actionem nullúmque regressum potest habere is qui fideiussit animo donandi. Id enim est fideiubere animo donandi, nullum regressum habere velle, ergo non potest pactum debitoris prodesse huic fideiussori qui donandi animum habuit. *l. 5. de liber. legat.* quia nihil interest debitoris, licet quàm maximè interfit fideiussoris.

33. CELSVS libro 1. Digestorum.

AVus neptis nomine, quam ex filio habebat, dotem promisit: & pactus est, *ne à se, néve à filio suo dos peteretur*. si à coherede filij dos petatur[b]: ipse quidem exceptione cõuentionis

tionis tuendus non erit: filius verò exceptione conuentionis rectè vtetur[c]. quippe heredi consuli concessum est: nec quicquam obstat, vni tantùm ex heredibus prouidere[d], si heres factus sit: ceteris autem non consuli.

Ad l. Auus 33.

b *Si à coh. rede filij dos petatur.* Ratio dubitãdi. Pater cùm pactus est ne à se néve à filio suo dos peteretur, intelligitur pactus filio vt heredi *l. auus 10. de pact. dotal.* alioqui nec ipsi filio pactum prodesset saltem vt ei exceptio pacti dari deberet, *l. & heredi 21. §. nos autem in fin. supr. hoc tit.* Atqui non fuit solus filius heres. Ergo alius quoque coheredibus pactũ debebit prodesse saltem ad doli exceptionem, arg. *l. tale pactum 40. §. vlt. j. eod. d. l. si pactum 9. de probat.* Intelligitur autem pater filio suo pacisci tanquam heredi, nõ quoties suam quoque personam comprehendit pacisccndo ne à se néve à filio suo dos petatur, vt constat ex *dict. §. si pactus sim & d. §. nos autem.* Sed cùm pacisci tur de eo quod secum contractum est, vt bene docet Cuiacius, quia pactum de non petendo præsupponit obligationem & actionem, quæ porrò ex contractu patrno nulla potest competere in filium, nisi sit heres patris *tot. tit. C. ne filius pro patre.*

d *Nec quicquam obstat vni ex heredibus prouidere.* Ratio dubitandi. Obligationes omnes tam actiuæ quàm passiuæ transeunt ex lege duodecim tabularum in omnes heredes pro hereditariis portionibus etiã inuito eo à cuius persona cœperunt originem *l. 1. C. si cert. petat. l. 2. & tot. tit. C. de hered. act. l. 11. & 2. C. si vnus ex pluribus hered. deb. vel credit.* Et ideò nimirum si stipulet *te & Titium heredem tuum decem daturum spondes.* dicimus Titij personam superuacuò comprehensam esse, siue enim solus heres extiterit in solidum tenebitur, etiamsi nihil de eo dictum esset in stipulatione, siue pro parte eodem modo quo cæteri coheredes eius, obligabitur *l. eum qui ita 56. §. 1. de verb. oblig.* vbi additur, quamuis conueniſſe videatur ne ab alio herede quàm à Titio peteretur, tamen inutile pactum conuentum coheredibus eius fore. Ergo nec in casu nostro valere potest pactum, ne ab vno ex heredibus petatur.

Ratio decidendi. Non potest fieri per pactum vt obligationes omnes defuncti transeant in vnum ex heredibus solum, nec vt non transeant in omnes pro hereditariis portionibus: quia tale pactum esset contra legem 12. tab. cuius solius potestate inducta est ea transmissio actionum, quæ proinde à voluntate hominis pendére non potest, sicut nec posset quisquam habere heredem iuriúmque omnium successorem nisi ob eam causam lex induceret fictionem & nomen hereditatis quæ defuncti personam in omnibus repræsentaret *l. in eo 37. §. vlt. cum l. seqq. de acquir. rer. dom.* vt per hereditatem posset deinde ad heredem peruenire quicquid fuisset hereditatis *l. 1. §. Scæuola si quis testam. lib. esse iuss.* Sed potest facilè fieri per pactum vt vni ex heredibus consulatur acquisita ei per pactum de non petendo exceptione aliqua quæ cæteris non acquiratur. Nihil enim fit in hoc contra legem, cùm pactum de non petendo præsupponat actionem, legi autem satisfactum sit, statim atque actio contra omnes heredes cœpit competere pro hereditariis portionibus, licèt futurum sit vt in alicuius ex iis persona inefficax sit, & elidenda per exceptionem, vt & in *l. 1. C. de except.* Dices, cur ergo in specie *d. §. 1. l. 56. de verb. oblig.* non datur exceptio pacti cæteris coheredibus, de quibus tacitè videtur conuenisse ne ab iis petatur? Respondeo non dari, non quia iis pacisci defunctus non potuerit, sed quia non ea fuit mens contrahentium, vt cæteri heredes non vrgerentur, nisi Titius coheres solidum præstaret, cùm solidum habere omnimodo voluerit stipulator, siue à promissore, siue à Titio vno ex ipsius heredibus. Atqui non potuit per stipulationem fieri vt Titius eo casu quo non nisi pro parte heres esset in solidum tamen teneretur. Ergo quemadmodum stipulatio non valet ad Titium solum ipso iure obligandum in solidum, ita neque pactum ad liberandos ope exceptionis cæteros coheredes, sed diuersa ratione. Impeditur enim stipulatio ratione iuris non voluntatis, Pactum verò ratione voluntatis non iuris, quasi factum sub condicione illa quæ deficit, si Titius totum debebit. Pactum enim tacitum non magis potest valere deficiente condicione quæ ei tacitè insit, quàm pactum expressum deficiente condicione si quæ in eo fuerit expressa, vt dixi ad *l. in persona 30. §. vlt. supr. eod.* Atque ita modum hunc dissoluendum arbitramur, paullo apertiùs quàm Cuiacius, etsi verum sanè illud est quod ait Pacta facti esse non iuris *l. si vnus 27. §. pactus supr. hoc tit.* Quæ autem facti sunt vni ex heredibus acquiri posse. Quæ verò iuris non item ex *l. continuus 137. §. vltim. de verbor. obligat.* qui tamen locus non de pacto loquitur, sed de stipulatione in quam factum sit deductum, vt & *l. quod dicitur 130. eod. titul.* Ex quo appareat non tam esse hac parte distinguenda pacta à stipulationibus, quomodo videtur Cuiacius distinguere, (de quo enim pacisci non possumus, nec stipulari possumus *l. 7. §. & ge-*

neraliter supr. hoc tit.) quàm res ipſas quæ in ſtipulationem deducuntur, id eſt, ſtipulationes dandi à ſtipulationibus faciendi. Ius enim vni ex heredibus ſtipulari non poſſumus, factum poſſumus dummodo nobis primùm ſtipulemur, aut heredi noſtro tanquam heredi quod addo ne quis obiiciat *dict. l. quod dicitur*, vbi pater filio tanquam filio non tanquam heredi factum ſtipulatus proponebatur. Quę tamen diſtinctio in pacta non cadit, quia ſemper ſunt facti, nunquam iuris. In pacto autem de non petendo hoc amplius eſt, quod non tantùm facti eſt, ſed etiam de re quæ in facto conſiſtit. Nam actionem quidem habere iuris eſt, at petere vel non petere meri facti.

e *Cæteris autem non conſuli.* Ratio dubitandi. Si cæteris coheredibus non conſulatur, fiet ergo vt totũ debitum præſtare cogantur, quod & Accurſius hîc ſenſit. At qui iniquum eſt eos qui non ſint heredes niſi pro partibus ſubire onera hereditaria in totũ, ſiquidem hereditas ſola illa eſt quæ eos obligat, ergo non niſi quatenus ſunt heredes *l. ſiue à certis* 17. *de duob. reis.*

Ratio decidendi. Senſus loci huius eſt, exceptionem pacti de non petendo quæ prodeſt filio eidémque coheredi ſi pro ſua parte hereditaria conueniatur, non prodeſſe cæteris coheredibus in pacto non comprehenſis, ſcilicet ſi pro portionibus hereditariis propriis conueniantur. At non etiam vt pro filij quoque portione cõueniri poſſint. Nec enim vlla indigent exceptione vt ſe tueantur, pro parte coheredis, pro qua nec ipſo iure tenentur. Prius enim probandum eſſet eos teneri ſupra portiones hereditarias & pro parte coheredis, quàm tractandum de danda iis, vel deneganda exceptione pro ea parte. neque igitur neceſſe fuit vt ipſis pro ea parte conſuleretur à teſtatore vel à prætore, quibus ſcilicet iam ſatis ſuperq; conſultum ſit per legem 12. tabul. quæ actionem iſtam hæreditariam inter coheredes omnes pro hereditariis portionibus ipſo iure diuiſit. Nec ſimile eſt quod Accurſius obiicit ex *l. ab omnibus* 104. *de leg.* 1. Non quia loquatur de legatis quæ incipiunt ab herede, nos autem de debito hereditario quod à defuncto inceperit: (nam ſi aliud nihil eſſet, dicerem hereditariarum quoque actionum loco haberi legata quãuis ab herede cœperint *l. hereditariarum* 40. *d. obligg. & action.* ob idque ipſo iure diuidi eorum præſtandorum obligationem inter omnes coheredes.) Sed quia legata pendent à voluntate teſtatoris, nec ab eo poſſunt vllomodo deberi quem teſtator nominatim exceperit, multò minùs diuidi per legem inter eos quos teſtator onerare noluit, quia in iis omnibus quæ pendent ab vltima voluntate lex ſubſequitur voluntatem teſtatoris, *l. verbis legis* 120. *de verb. ſignific.* Itaque maiorem vim habet diſpoſitio illa teſtatoris, *Ne vnus ex heredibus legat. præſtet* quàm pactum, *Ne ab vno ex heredibus petatur.* Illa enim facit, ne obligatio vlla ſit præſtandorum legatorum in perſona eius quem teſtator nominatim excepit, ac proinde vt quod ad eum pertinet nihil ſit quod lex 12. tab. diuidere queat: Nec tam obligationem præſtandorum legatorum extinguit in huius heredis perſona teſtator qui ſic diſponit, quàm impedit ne vlla naſcatur, ſed totam eam abymitio conſtituit in perſona coheredum, præſertim cùm legatum ſuit pecuniarium, quia tota pecunia ex vnius portione conſici poteſt, non etiam corpus aliquod totum præſtari *l. cùm pater* 77. *in princ. de leg.* 2. *l. deducta* 58. *§. acceptis ad Treb.* iunct. *l. ſi fundum ſub condicione* 81. *§. ſi libertus de leg.* 2. At pactum *Ne ab vno ex heredibus petatur*, neque impedit natiuitatem obligationis & actionis quæ iam ipſo iure competit, neque illam extinguit quam è contrario præſupponit, ſed parit duntaxat exceptionem vtilem ei de quo pactum fuit. Nec igitur impedit quominus inter coheredes omnes actio per legem 12. tabul. & ipſo iure diuidatur, & conſequenter facere non poteſt vt obligatio eorum, de quibus nihil in pacto dictum fuit augeatur ſupra hereditarias ipſorum portiones.

f *Vt quis dicat nolle ſuum eſſe.* Intellige de ſuo herede, quamuis Cuiacius malit ſic intelligere, vt non poſſit quis pacto facere ne habeat in dominio rem quæ ſua eſt. Etſi enim verum eſt nuda voluntate dominia amitti non poſſe *l. ſi quis vi* 17. *§. 1. de acquir. poſſ.* non magis quàm in alium transferri *l. traditionibus* 20. *C. hoc titul.* Attamen neque ſententia neque verba huius legis conueniunt huic interpretationi. Debuerat enim Modeſtinus, ſi ita ſentiebat, ſcribere in hunc modum *Nolle quid ſuum eſſe.* Deinde quid commune habet ius dominij cum iure agnationis? At viciniſſimum eſt ius ſuitatis iuri agnationis, quia & quiſquis ſuus heres eſt agnatus proximus eſt *l. filius* 12. *de ſuis & legit. l.* 4. *§.* 1. *quis ordo in bon. poſſ. ſeruet. l. iuriſconſultus* 10. *§. proximiores* 3. *de gradib. & adfin.* Non tamen è contrario, agnatus quilibet proximus ſuus heres eſt. Nec enim quiſquam ſuus eſt, niſi qui & in poteſtate eſt, & primum gradum in familia obtinet quantum ad cauſam ſuccedendi *l. ſcripto* 7. *vnde libe. l. ſi filius familias* 33. *de teſtam. milli l. ſi quis filio* 6. *de iniuſt. rupt.* Et ideò non fuit inconueniens poſt priorem illam ſententiam quæ habet ius agnationis pacto repudiari nõ poſſe hanc quoque adiicere, *Non magis quàm vt quis dicat nolle ſuum heredem eſſe*, quia facilius quis admiſurus ſit, ius ſuitatis, vt vocant, pacto repudiari non poſſe, quàm ius agnationis propriè & ſtrictè ſumptum, quatenus ſcilicet neque ſuitatem neque cognationem naturalem complectitur. Quo enim ſtrictius eſt vinculum ſuitatis quàm agnationis, eo difficilius eſt vt vel ſola voluntate vel pacto nudo diſſoluatur. Atqui tam ſtrictum eſt vt ex duabus perſonis patris & filij vnam quodammodo conſtituat *l. in ſuis* 11. *de liber. & poſt. l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſt.* Ergo fatendum eſt ius ſuitatis pacto repudiari non poſſe. Quo admiſſo illud etiam ſtatim ſequitur, nec agnationis ſtrictim ſumptæ ius pacto repudiari poſſe. Eadem enim circa vtrumque ius dubitandi & decidendi ratio eſt. Neutrum naturale eſt, vtrumque ciuile. Niſi quod ius ſui heredis, vt dixi, multo ſtrictius eſt, adeò vt etiamſi pater & filius conſentiant non tamen fieri poſſit vt filius exeat de poteſtate aut filia aut nepos niſi certis & ſollennibus modis, ac deducto priùs in imaginariam ſeruilem condicionem ſuo herede *l. 3. §. vlt. de capit. minut. l. verum* 8. *§.* 1. *de iniuſt. rupt.* vt ſuus heres pro mortuo, aut etiam pro nullo priuſquàm pro non filio habeatur. Eſt enim ius ſui heredis inæſtimabile ex parte filij, ſicut & ius patriæ poteſtatis, ex parte patris *l. filius familias* 114. *§. ſed ſi libero de leg.* 1.

35. IDEM lib. 2. Reſponſorum.

TRes fratres, Titius & Mæuius, & Seia communem hereditatem inter ſe diuiſerunt[g], inſtrumentis interpoſitis, quibus *diuiſiſſe maternam hereditatem dixerunt: nihilque ſibi commune remanſiſſe cauerunt.* ſed poſtea duo de fratribus, id eſt, Mæuius, & Seia, qui abſentes erant tempore mortis matris ſuæ, cognouerunt pecuniam auream à fratre ſuo eſſe ſubtractam. cuius nulla mentio inſtrumento diuiſionis contineb atur. quæro, an, poſt pactum diuiſionis, de ſubrepta pecunia fratribus aduerſus fratrem competit actio? Modeſtinus reſpondit, ſi agentibus ob portionem eius, quod ſubreptum à Titio dicitur, generalis pacti conuenti exceptio his[h], qui fraudem à Titio commiſſam ignorantes tranſegerunt, obiiciatur: de dolo vtiliter replicari poſſe[i].

IVs adgnationis, non poſſe pacto repudiari, non magis, quàm vt quis dicat, nolle ſuum eſſe[f]: Iuliani ſententia eſt.

Ad l. Ius agnationis 34.

Ratio dubitandi. Iura quidem ſanguinis nullo pacto dirimi poſſunt ne quidem iuris ciuilis poteſtate *l. iura ſanguinis* 8. *de reg. iur.* quia ſunt naturalia. At ea quæ non ſunt naturalia, ſed ciuilia facilè admitti poſſunt *§. vlt. Inſt. de legit. agnat. tutel. l. eas* 8. *de capit. minut.* Atqui agnationis ius non naturale eſt ſed ciuile *l. tutelas* 7. *eod. l. qui in adoptione* 23. *de adopt.* Ergo ius agnationis pacto quoque amitti & repudiari nihil probet, cùm liceat cuilibet ius ſuum repudiare *l. pactum* 46. *ſ. l. pen. C. eod.*

Ratio decidendi. Ius agnationis quia ciuile eſt amitti quidem poteſt, ſed per ea quæ ſint iuris ciuilis, puta per emancipationem, deportationem, & alia huiuſmodi, At non ſimiliter pacto repudiari poteſt, quia cùm ſit ex legibus, non poteſt in poteſtate cuiuſquam eſſe ne agnatus ſit iis omnibus quibus agnatum eum lex conſtituit, alioqui etiam tutelarum & hereditatum iura ex arbitrio priuatorum penderent, cùm & hereditates & tutelæ iure ciuili agnatis tantùm deferantur *d. l. tutelas* 7. *de capminut. & dict. tit. de legit. agnat. tutel. l.* 2. *& paſſ. de ſuis & legit.* Ita fieret vt priuatorum cautiones legum autoritate cenſerentur quod eſſe non debet *l. vlt. eod. tit.* Quæ enim habemus à lege cùm ſint iuris publici non magis adimere nobis poſſumus, quàm facere ne leges in nobis & in nos locum habeant *l. nemo poteſt* 55. *de leg.* 1. iunct. *l.* 38. *inf. hoc tit.* Amittere tamen poſſumus, ſed legitimis tantùm modis, id eſt, quibus lex ipſa vult amitti poſſe, quamuis modi illi poſſint eſſe & ſint vt plurimùm in noſtra poteſtate. Sed inter eos modos pactum non eſt, quippe quod legibus ipſis incognitum ſit. At neque erit ſtipulatio, quamuis cognita & inducta legibus, quia ſicut ignorans & inuitus quis agnatus conſtituitur per legem, ita & in agnationis iure ſemel quæſito inuitus retinetur.

Ad l. Tres fratres 35.

Ratio dubitandi. Diuiſio non tantùm emptionis vicem obtinet ſed etiam tranſactionis, *l.* 1. *Cod. commun. vtriuſque iudic. l. cùm putarem* 36. *in fin. famil. erciſc. l. qui Romæ* 122. *§. vltim. de verbor. oblig.* adeoque & permutationis ſi modò res omnes diuiſæ ſint *l. ſi filia* 20. *§. ſi pater famil. erciſc. l. cùm pater* 77. *§. hereditatem de leg.* 2. Atqui fratres in propoſita ſpecie communem matris hereditatem diuiſerant interpoſitis etiam inſtrumentis, quibus dixerunt diuiſiſſe ſe maternam hereditatem, hoc etiam addito, & cauto, nihil ſibi commune remanſiſſe. Agentibus ergo duobus fratribus iudicio familiæ erciſcundæ, aut communi diuidundo ad diuiſionem eius pecuniæ quæ à tertio fratre ſubrepta dicitur omnimodo debet nocere generalis pacti conuenti exceptio.

Ratio decidendi. Neque tranſactio, neque emptio, neque permutatio, neque alia vlla conuentio quantumlibet generalis extendi poteſt ad ea de quibus nullo modo fuit cogitatum, id eſt, nec in genere, nec in ſpecie *l. cùm Aquiliana* 5. *l. qui cum tutoribus* 9. *§.* 1. *inſr. tit. proxim.* In omnibus enim conuentionibus cùm neceſſarius ſit conſenſus *l.* 1. *ſupr. hoc tit. l. in omnibus negotiis* 57. *de obligg. & action.* ſemper inſpiciendum eſt quid actum ſit *l. ſemper in ſtipulationibus* 34. *de regul. iur.* Nemo autem dixerit actum id fuiſſe de quo non fuit cogitatum, nec in genere, nec in ſpecie. Hoc enim addo ne quis cum Accurſio obiiciat quod ſcriptum eſt in *l. ſub prætextu ſpecierum* 29. *Cod. de tranſact.* in cuius ſpecie proponebantur repertæ res, de quibus fuerat tranſactum in genere, licèt tranſactionis tempore ignorarentur: putà ſi conueniſſet vt bona omnia mobilia, quæcunque in hereditate eſſent, ad Titium pertinerent, immobilia verò omnia ad Sempronium. Quis enim ob id ſolùm tranſactionem aut diuiſionem reſcindi debere dicat, quod poſtmodum reperta ſint aliqua mobilia quæ contractus tempore latebant? At ea quæ dolo malo ſupprimebantur ab vno ex heredibus, non ſunt huiuſmodi. Nam cùm dolus malus ab omnibus non modò contractibus, ſed etiam pactis & conuentionibus abeſſe debeat *l. 7. §. ait prætor. 3. hoc tit. l. bonã fidem* 4. *C. de obl. & act.* poſſunt contrahentes iuſtè dicere & cauſari nullo modo ſe cogitaſſe, id eſt, ne quidem in genere de iis quę per alterutrius cõtrahentium fraudẽ & dolum ſupprimebantur. Dolũ

namque ſemper exceptus intelligitur. Alioqui non tam paciſci eſſet quàm decipi. *dict. l. 9. §. 1. ff. 1.* Iunge *l. ſi quis rationes 9. leg. Aurelio 20. in fin. de liber. leg. l. ſi ſeruus vetitus. 119. de leg. 1.* Error quoque exceptus intelligi debet, ſi interuenerit circa proprietatem rei apud alium extra perſonas tranſigentium tempore tranſactionis conſtitutæ. *d. l. ſub prætextu.* quia nec errantis conſenſus vllus eſt. *leg. ſi per errorem 5. de inrisd. l. ſed hoc ita 20. de aqua & aquæ pluu. arc.*

g *Hereditatem inter ſe diuiſerunt.* Ergo hîc non tantùm interuenit placitum generale diuiſionis bonorum maternorũ, vt vult Cuiacius, ſed ipſa etiam diuiſio, ſubiecto pacto non de diuidendis, ſed de diuiſis omnibus rebus hereditatis maternæ.

h *Generalis pacti conuenti exceptio obijciatur.* Ratio dubitandi. Non fuit cogitatum de pecunia quæ per vnum ex coheredibus dolo malo ſupprimebatur, vt proximè dictum eſt. Ergo pacti conuenti exceptio agentibus opponi non poteſt, ne latiùs pateat exceptio pacti, quàm pactum. Ratio decidendi. Verba illa pacti quibus cauerunt inuicem coheredes nihil ſibi commune remanſiſſe tam generalia ſunt, vt ſine dubio & pecuniam hanc dolo malo ſubtractam & omnia comprehendant. Quæ res facit vt pacti exceptionem ei qui conuenitur denegare prætor nõ poſſit, rigore ſcilicet verborum inſpecto, qui inſpicitur ſemper ſiue de actione, ſiue de exceptione dãda tractetur. Sed quia & contrahentium voluntas & cauſæ æquitas huic verborum ſignificationi repugnat, doli replicatio danda eſt quæ hanc pacti exceptionem elidat. Tunc enim locus fit exceptioni aut replicationi doli, cùm quis per occaſionem iuris ſiue ciuilis, ſiue prætorij captat lucrum ex damno alieno contra naturalem æquitatem. *l. 1. de dol. mal. except.* ſic & in *l. 3. in fin. de pignor. action.*

i *De dolo viliter replicari poſſe.* Ratio dubitandi. Iudicium diuiſionis, ſiue ſit familiæ erciſcundæ ſiue communi diuidundo bonæ fidei eſt *§. actionum. Inſt. de actio. l. non eſt ambiguum 9. C. fam. erciſ.* Atqui bonæ fidei iudiciis inſunt exceptiones, non tantùm doli. *leg. ſed etſi. 21. ſolut. matr. leg. huiuſmodi. 84. §. qui ſeruum de legat. 1. ſed etiam pacti. l. 3. de reſcin. vendit.* ac proinde etiam replicationes, quæ ipſæ nihil aliud ſunt quàm exceptiones. *l. 2. & 3. de except.* ergo ſolius iudicij æquitate debent iſta omnia fieri non vi exceptionis aut replicationis. *l. 3. C. quib. ex cauſ. maior. l. 3. C. commun. vtr. iudic.* Ratio decidendi. Iudiciis bonæ fidei inſunt eę demum exceptiones quæ competunt ex æquitate & bona fide, non etiam illæ quibus velit abuti reus dolo malo captata occaſione ex rigore verborum contra naturalem æquitatem. Proinde ſi ea velit vti, aut potiùs abuti reus, ne ceſſariò eam obiicere debet. Abſurdum enim eſſet implorari ab eo iudicij æquitatem ad ſupplendam vim iniquæ exceptionis. Porrò vbi ſemel oppoſita eſt exceptio, fit etiam neceſſaria replicatio doli ad elidendam exceptionem: quare nec memini vllo iuris loco ſcriptum legere, Bonę fidei iudiciis replicationes ineſſe. Priùs enim oporteret ineſſe exceptiones, vt poſſent ineſſe replicationes, exceptiones autem, vt dixi, non poſſunt eæ ineſſe, quæ pugnant cum æquitate, quales iſtæ ſunt quæ per replicationem elidi poſſunt. Replicatio enim nulla datur niſi ex æquitate, æquitas autem nunquam ſecum pugnat. Vnde eſt quod exceptio doli mali nunquam per replicationem eliditur. In quo differt ab exceptione pacti, quoniam doli exceptio ſemper habet comitem æquitatem, pacti exceptio non item. Nititur enim vt plurimum rigore verborum, quibus pactum conceptum eſt, cum quibus tamen æquitas non ſemper conſentit: Non vt pactum de ſtruat, quod ſemper ſeruari æquum eſt, ſed vt aliam eius interpretationem inducat, quàm quæ verbis pacti inducenda videatur. Ergo quod dicimus exceptiones pacti bonæ fidei iudiciis ineſſe de iis intelligi debet, quæ ſũt ſimiles exceptioni doli, id eſt quæ habent eam æquitatem quę nulla alia maiore æquitate debilitetur. Eã namq; propria & vera æquitas eſt. *leg. bona fides. 31. verſ. & probo. ff. depoſit.* Ex his apparet quàm malè huic legi obiiciatur, reſponſum Scæuolæ in *d. leg. qui Romæ 122. §. vltim. de verb. oblig.* vbi refertur pronunciatum fuiſſe tranſactionem diuiſionis bonorum ad fideicommiſſum extendi, quaſi eadem ratione extẽdi debeat etiam ad pecuniam dolo malo ſuppreſſam. Hoc verò nõ negat hîc Modeſtinus imò adfirmat potiùs, cùm admittit pacti conuenti exceptionem fratribus agentibus opponi poſſe: Cùm verò addit replicatione doli mali eam exceptionem elidendam eſſe, non pugnat, cum Scæuola qui doli replicationem nullam dat, quia eam ſpeciem tractabat, in qua non dolus aduerſarij, ſed iudicis ſententia interuenerat, cùm è contrario dolus apud Modeſtinum interueniſſet eius qui exceptione pacti ſe tuebatur. An verò in generali pacto diuiſionis bonorum omniũ, remiſſio taciti fideicommiſſi contineatur, an potius aliunde liqueret iudici in illa ſpecie de fideicommiſſo quo que fratres inter ſe tranſegiſſe, vt vult Cuiacius, alia quæſtio eſt, quæ ad illius non ad huius legis interpretationem pertinet.

36. PROCVLVS lib. 5. Epiſtolarum.

SI cùm fundum meum poſſides, conueniſſet mihi tecum, *vt eius poſſeſſionem Attio traderes*: vindicantem eum fundum à te non aliter me conuentionis exceptione excludi debere, quàm ſi aut iam tradidiſſes, aut ſi tua cauſa id inter nos conueniſſet, & per te non ſtaret, quominùs traderes.

Ad l. Si cùm fundum 36.

Ratio dubitandi. Cùm vindico à te fũdũ meum quẽ poſſides & de quo conuenit inter nos vt eius poſſeſſionẽ Attio traderes, venio contra propriam conuentionem, quia id ago per vindicationem, vt rei

rei poſſeſſio mihi reddatur. *l. is qui deſtinauit 24. l. qui petitorio 36. leg. qui reſtituere 68. & paſſ. de rei vindic.* Fieri autem non poteſt vt eiuſdem rei poſſeſſio & mihi & Attio tradatur, nõ magis quàm vt in quo loco ego ſto, Attius quo que ſtare videatur. *l. 3. §. ex contrario de acquir. poſſ. l. duo in ſolidum 19. de prec.* Ergo repellendus ſum exceptione pacti & doli, vt euenit, quoties quis vindicat rem ſuam cõtra propriam conuentionem. *l. vindicantem 17. leg. Seia 73. de euict.* Ratio decidendi. Exceptiones neq; ex pactis, neque ex aliis cauſis dantur niſi interſit paciſcentium. *l. & hered. 21. §. vlt. l. quod dictum 32. ſup. eod.* ſicut nec actiones dantur, niſi iis quorum intereſt. *l. 3. §. 1. de verb. oblig.* Ad hoc enim comparatæ ſunt & obligationes & actiones, & exceptiones omnes, vt vnuſquiſque acquirat ſibi quod ſua intereſt. *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri. eod.* Inſpiciendum igitur eſt in propoſita ſpecie, cuius gratia pactum interpoſitum ſit an mea, an tua. Si mea, non debet pactum tribuere tibi exceptionem quandiu fundum non tradidiſti, quamuis paratus ſis tradere. Rebus enim omnibus integris cur non liceat mihi ab ea lege recedere quam pacto dixi? Tibi nam que dixi non mihi, ſi mea cauſa dixi. arg. *l. Lucius 40. in fin. de fideic. liber. l. in ratione 30. §. tamen ſi ad leg. falcid.* Planè ſi iam tradideris, licèt ſciens fundum eſſe meum deſieris poſſidere, quia tamen tradidiſti ex mea voluntate, ideóque nihil tibi poteſt imputari, non poſſum à te vindicare fundum, quem nec poſſides nec dolo malo deſiiſti poſſidere. Proinde nec eges exceptione pacti, aut alia vlla ad ſummouendam vindicationem quæ ipſo iure nulla competit. Sed ſi tua cauſa non mea pactum hoc interuenerit, non eſt mihi permittendũ vt vindicem fundum quantumuis meum, & rebus licèt omnibus in tegris, ſi modò paratus ſis fundi poſſeſſionem Attio tradere: me in mea poteſtate ſit eripere ſibi vtili tatem pacti tua cauſa interpoſiti. ſimile quiddam eſt in *leg. 5. in princip. de condict. cauſ. dat.* Quid ſi Attij cauſa id inter nos conuenerit? Non ideo pactum Attio prodeſſe debebit quaſi inter alios conuentum, nec rurſum tibi cùm nihil tua interſit Attio reddi fundum potiùs quàm mihi qui ſum dominus. Planè ſufficeret tua quoquomodo intereſſe, id eſt, etiam per conſequentias tametſi non principaliter, vt ſcripſi ad *l. 23. in fin. ff. eod.*

37. PAPIRIVS IVSTVS lib. 2. de Conſtitutionibus.

IMperatores Antoninus, & Verus reſcripſerunt debitori reipublicæ à curatore permitti pecunias non poſſe, & cum Philippenſibus remiſſæ eſſent, reuocandas.

Ad leg. Imperatores 37.

Ratio dubitandi. Curator reipublicę poteſt accipere ſolutionem, atque ita debitorem liberare ipſo iure, adeò vt etiam teneatur præſtare periculum nominum, quæ ipſius tempore facta ſint deteriora, *leg. vltim. §. item reſcripſerunt, pecuniam & §. penultim. de adminiſtr. rerum. ad ciuit. pertin. leg. aduerſus 5. C. de vſur.* Imò & paciſci poteſt etiam tacitè de non petendis vſuris maioribus. *dict. leg. aduerſus.* Ergo multò magis permittendum eſt ei vt poſſit paciſci expreſſim de nõ petendo, atque ita liberare debitorem ſaltem ope exceptionis, vt cui licet quod plus eſt multò magis liceat quod eſt minus. *leg. non debet cui 21. de regul. iur.* Plus autem eſt liberare ipſo iure, quàm per exceptionem. Ratio decidendi. Non eſt bona conſecutio à ſolutione ad pactum de non petendo, quia ſolutio legitimus modus eſt tollendæ obligationis, non etiam pactum de non petendo, vt dixi ad *leg. ſi vnus 27. in princip. ſupra eodem.* Curatori reipublicæ licet accipere ſolutionem: alioqui reipublicæ debitor quo modo poſſet conſequi liberationem? At paciſci de non petendo non poteſt, quia proximè accedit ea res ad donationem, niſi ponas interpoſitum fuiſſe pactum exalia cauſa eáque oneroſa, vt in *leg. contra 28. §. vltim. eodem.* Curator autem non ad hoc reipublicæ datur, vt rempublicam perdat; nec vt diminuendi cauſa quid faciat, ſed vt bene adminiſtret, exemplo tutorum, & cæterorum curatorum. *leg. Lucius 46. §. vltim. de adminiſtr. tutor.* iuncta *leg. filiusfamilias 7. de donat.* Si tamen de vſuris agatur, & minores per aliquot annos curatori ſolutæ probentur, videbitur factum tacitè pactum de non petendis maioribus, & valebit. *dict. l. aduerſus*, an quia poſſit eſſe maior vis taciti quàm expreſſi? Ita ſanè eſt quoties vicium aliquod ſubeſt in expreſſo quod non ſubeſt in tacito, & cùm è contrario adeſt fauor aliquis in tacito qui non adeſſet in expreſſo, quomodo in ſpecie propoſita fauor adeſt longi temporis & præſtationum per multos annos vniformiter continuatarum. argum. *l. cùm de in rem verſo 6. inſt. de vſur.* Præſertim cùm remiſſio maiorum vſurarum ſit etiam fauorabilis tanquam quæ ſit minoris præiudicij. *leg. cùm quidam 17. §. Diuus Pius eodem.* iunct. *l. Procula 29. de probat.* vſuræ enim cùm non tam propter lucrum petentium, quàm propter moram non ſoluentium infligantur. *§. ſi pupillo. eadem leg.* non alio iure debentur reipublicæ quàm quo cæteris creditoribus, ideóque nec liberalitatis in rempublicã factæ exiguntur. *l. liberalitatis 16. eodem*, & conſequenter in curatoris arbitrio eſt paciſci quales & quantæ debeantur, & an maiores an minores, quia etiam ſi ponas maiores ab initio cautas fuiſſe, nihil tamen de reipublicæ iure diminuitur, etiamſi poſtea de minoribus præſtandis pactum fiat. Non enim quemadmodum ſors ipſa in perpetuũ eadem debetur quouſq; ſoluatur, ita & maiores vſuras aliquando promiſſas in perpetuũ cõtinuari neceſſe eſt etiã ſorte nõ ſoluta. Siquidem reipublicæ vtilitas poteſt exigere, vt bene collocatæ pecuniæ remaneant penes eoſdem debitores ſub leuioribus vſuris potiùs quàm vt ſpe maiorum vſurarum exigantur, & apud alios fortaſſe minùs idoneos futuros collocentur, Quandoquidem fieri poterat vt qui maiores vſuras aliquã-

do præstiterant sortem reddituri fuissent potius quàm easdem vsuras præstaturi si de minoribus in futurum præstandis non conuenisset. Illud autem præcipuè curator prospicere debet vt in tuto sint pecuniæ, patiq; potius vt nullas pariant vsuras *l. si benè 33. de vsur.* Arbitrium ergo remittendi aliquid de vsurarum modo siue per expressum siue per tacitum pactum curatori relinquendum est, ob ipsam quoque reipub. vtilitatem, at non etiam sortis quæ reipublicæ debetur vllo modo minuendæ. Atque ita puto separari debere non pactum expressum à tacito vt fit ab interpretibus, sed pactum sortis siue expressum siue tacitum à pacto vsurario. De vsuris loquuntur Impp. in *d. l. aduersus.* De sorte verò hæc lex. In qua pro eo quod vulgo legitur & Cuiac. probat *permitti* mallem legere *remitti.* Nam sequitur statim *& cùm Philippensibus remissæ essent reuocandas*, id est, auferendas per rempublicam quasi in fraudem reipub. remissas, vt & in *l. deferre 18. §. vlt. cum duab. seqq. de iur. fisc.*

38. PAPINIANVS libro 2. Quæstionum.

IVs publicum[a], priuatorum pactis mutari[b] non potest.

Ad l. Ius publicum 38.

Ratio dubitandi. Omne ius quo vtimur siue publicum sit siue priuatum, non nisi hominum causa comparatum est *l. 1. & 2. supr. de stat. hom. §. vlt. Inst. de iur. natur. gent. & ciuil.* Atqui permissum est cuilibet renuntiare iuri suo & pro se introducto *l. pactum 46. inf. hoc tit. l. penult. C. eod.* Ergo cuilibet permissum est pacisci etiam de iure publico.

Ratio decidendi. Ius publicum totius populi est non singulorum priuatorum, licèt ad priuatorum vtilitatem spectet, quia nec nisi ex singulis populus constat. Ergo in populi solius, non in singulorum priuatorum arbitrio esse ius publicum debet. Ne alioqui eueniat vt priuatus quilibet disponat de re non sua, cùm quod est populi non sit singulorum *l. sicut 7. §. 1. quod cuiusque vniuersis l. 3. §. 1. de popul. act. l. 2. §. 1. in fin. de interd.* Planè vbi lex consuetudo, Senatusconsultum plebiscitum, constitutio Principis aut si quid aliud simile est, quod iuris publici appellatione significetur, effectum suum habuit, liberum est cuilibet eo iure non vti, quia tunc non tam publicum ius quàm priuatum suum lædit. Effectum autem suum lex habuisse intelligitur, cùm eo vsque progressa est, vt effectum habere possit, licèt euentus non sequatur. Proinde contra leges & contra ius publicum sunt ea demum pacta quæ impediunt, ne lex possit acquirendi occasionem præbere non ea quæ impediunt ipsam acquisitionem. Exempli causa si paciscatur heres cum legatariis viuo testatore ne falcidiam ex legatis deducat paciscitur contra legem falcidiam, quia impedit quantum potest legis falcidiæ vim & potestatem, quæ in eo consistit, vt heres oneratus legatis quartam ex iis partem possit deducere. At si paciscatur post mortem testatoris & eo tempore quo iam lex falcidia cœpit habere locum, nihil facit contra legem; quia non id agit lex Falcidia vt heres omnimodo quartam deducat, sed vt possit deducere eo tempore quo de eius deductione tractari potest *l. quod bonis 15. §. 1. ad leg. falcid.* Item si quis paciscatur de non succedendo ei qui adhuc viuit, licèt nihil faciat contra bonos mores, quomodo faceret si pacisceretur de succedendo *l. stipulatio hoc modo concepta 61. de verb. oblig.* facit tamen cõtra leges ex quibus deferuntur successiones ab intestato *l. vlt. de suis & legit.* quod secus est si mortuo eo cui potest succedere malit pacisci de non succedendo & de transferenda ad alium hereditate *l. non vult heres esse 6. de reg. iur. l. 2. si quis omiss. caus. test.* Lex enim defert quidem nobis etiam inuitis successiones, sed non acquirit nisi volentibus extra causam necessariorum heredum *l. nec emere 16. C. de iur. delib.* Alia exempla sumi possunt ex *l. si quando 35. §. illud & seq. C. de inoff. test. l. Neratius 20. de religios. l. 1. §. si inter de magistr. conuen.* Denique elegans in hanc rem & verum est dictum Papin. in *d. l. vlt de suis & legit.* Priuatorum pactiones legum autoritate non censeri. Censerentur enim legum autoritate si earum vim & potestatem impedire possent. Imò essent superiores & potentiores legibus, quibus tamen imperare solius legis est, quæ ob eam causam & rerum & hominum omnium regina dicitur in *l. 1. & 2. de legib.*

a *Ius publicum.* Intellige alio sensu quàm quo accipitur cùm ius in vniuersum diuiditur in publicum, & priuatum. Publicum enim eo loco intelligitur quod ad statum reipublicæ spectat quatenus respublica est, non quatenus refertur ad singulorum personas, quod in sacris, sacerdotiis, & magistratibus consistit. Hîc verò publicum sumitur pro iis partibus iuris priuati quæ pro priuatorum quidem vtilitate cõstitutę sunt, sed publica authoritate, cuiusmodi sunt leges plebiscita senatusc̃onsulta. Principum placita, Prætorum edicta, boni mores & recepti: *tot. tit. de iur. natur gent. & ciuil.* iunct. *l. 1. §. huius studij & l. ius autem 7. de iust. & iur.* Hinc est quod iuris publici esse dicuntur quæ sunt ex legibus vt factio testamenti *l. 3. qui test. fac. poss. ius deducendæ falcidiæ d. l. quod bonis 15. §. 1. ad leg. fal.* & alia huiusmodi.

b *Priuatorum pactis mutari.* Hinc colligit summus Pontifex in *cap. si diligenti de for. compet.* non valere pactum quo sacerdos renunciet præscriptioni fori ecclesiastici, vt iurisdictionem subeat secularem. Quo nomine reprehenditur à Iacobo Cuiacio, existimante pacisci hunc sacerdotem de iure priuato non de publico si paciscatur ab initio contractus se non vsurum præscriptione fori. Fore autem pactum de iure publico & consequenter inutile si post contractum iam perfectum ex interuallo adhibeatur. Ego verò non possum facere quin mirer nouam hanc támq; peruersam tanti viri iurisprudentiam, nimia sanè, qua tum fortasse laborabat reprehendendi summi Pontificis auiditate corruptam. Debuerat enim è contrario dicere, Magis contra ius publicum esse pactum quo sacerdos renunciat præscriptioni fori ante contractum aut ab initio contractus, quàm quo post contractum.

Quod

Quod enim ab initio fit directò contrarium est legibus Pontificiis, quæ ecclesiasticorum & secularium, aut, vt melius dicam, laicorum & clericorum iurisdictiones ita separatas esse volunt, vt nihil sit vni cum altera commune, quasi diuersorum populorum sint, & diuersarum prouinciarum. Quam iurisdictionum distinctionem seruari interest, sanè non priuatorum duntaxat sed totius ordinis ecclesiastici, vt & laicalis, ne statim turbentur omnia, si iurisdictiones confundantur & permisceantur. Nõ potest igitur clericus facere vt non debeat habere præscriptionem fori, si à laico conueniatur. Sed vbi satisfactum est iuri publico pontificio in eo quod non obstante pacto suo in contrarium adhibito potest eam exceptionem habere inuito quoq; aduersario, si postea nolit eo iure vti, malicq; laici magistratus iurisdictionem prorogare: tum verò probabilius dici posset de iure priuato eum pacisci, non de publico. Nam & similiter euenire videmus in muliere quæ contra Senatusconsultum Velleianum intercessit, si iudicium accipere parata sit, vt non in veterem debitorem actio detur, posse illam vtiliter promittere & cauere se exceptione non vsuram, & sic ad iudicem ire, quia nimirum iam satisfactum est Senatusconsulto, cùm possit illa exceptionem opponere *l. vlt. §. pen. ff. ad Senatusconsultum Velleianum.* At si ab initio contractus vellet mulier renunciare Velleiano non posset, quia eiusmodi renunciatio esset contra ius publicum, & in fraudem senatusconsulti excogitata *l. quidam 29. in fin. eod.* Quanquam vt appareat quantopere in hoc errarit Cuiacius, non puto permittendum laico aut clerico, vt etiam ex postfacto, & vbi cœpit ille posse vti priuilegio suo, eidem renunciare possit. Interest enim, vt dixi, totius ordinis siue ecclesiastici, siue laici, ne iurisdictio tam separata prorogetur, at potius vt quæ sunt Cæsaris, Cæsari, quæ sunt Dei Deo relinquantur. Alioqui in eo ius publicum proculdubio violatur. Nam si dicas esse ex ratione iuris, vt is qui ex aliena iurisdictione est, possit se subiicere iurisdictioni alterius cuiuslibet magistratus, dummodò iurisdictionem aliquam habentis *l. 1. & 2. ff. de iudic.* Respondebo tunc id obtinere, cùm is, qui ex aliena iurisdictione est, posset ex ea esse quam prorogat, putà domicilium contrahendo in eius prouincia, & cùm vtraque iurisdictio eundem dominum & superiorem habet. Sed fieri nullo modo nulloque casu potest vt iudex laicus sit iudex competens ecclesiastici, neque ecclesiasticus laici, secundùm communes regulas iuris. Ergo neque vt iurisdictio ecclesiastica à laico, vel secularis à clerico prorogetur. Nam nec si laicus quispiam alienam iurisdictionem laicam proroget in præiudicium domini ordinariæ iurisdictionis, potest tamen ea res nocere domino iurisdictionis, siue expressa conuentione, siue facto ipso ea prorogatio contigerit: ne scilicet factum priuati noceat alteri, eoque passim iure vtimur. De quo tamen alibi latiùs tractaturi sumus. Nunc addidisse sufficiat, Malè etiam vulgò interpretes nostros, cùm de iurisdictione ista vel ecclesiastica vel seculari proroganda tractant, loqui de priuilegio & præscriptione fori. Tunc enim de priuilegio & præscriptione fori tractandum est, cùm iurisdictio ordinaria competens est, nisi per allegationem priuilegij fori quæ præscriptionem declinetur, vt in *l. 4. C. de iurisdict. l. si quis ex aliena 5. inf. de iudic.* Et hoc nimirum casu procedit quod scriptum est in *l. penul. C. hoc tit.* posse quemlibet renunciare priuilegio suo & præscriptioni fori. Etsi enim Iustinia. eo loco de sacerdotij quoque prærogatiua loquitur, vt & in *l. si quis 51. C. de epis. & cleri.* id tamen factum est ea ratione quod Imperatoris Romani ad Fridericum vsque, cuius est Auth. *statuimus eo. tit.* in ea fuerunt opinione, vt crederent iurisdictionem suam ad clericos quoque extendi posse, si non priuilegio aliquo in contrarium clerici adiuuarentur: quod tamen sacrosancti Pontifices non admittunt: qui volunt. Non minùs clericos ipso iure communi exemptos esse à iurisdictione laicali, quàm laicos à iurisdictione ecclesiastica, nec vel hos vel illos aliquo in eam rem priuilegio indigere.

39. IDEM lib. 5. Quæstionum.

VEteribus placet pactionem obscuram, vel ambiguam, venditori, & qui locauit, nocere: in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.

Ad l. Veteribus 39.

Ratio dubitandi. Pacta omnia & conuentiones constat ex consensu, nec fieri potest vt valeant siue ad agendum, siue ad excipiendum si consensus desit *l. 1. §. conuentionis sup. hoc tit. l. in omnib. negotiis 57. de oblig. & act.* Consensus autem non tam in verbis accipiendus est, quàm in sensu verborum. Parum enim est in cortice, vt aiunt, verborum conuenire illos, qui in eorum significatione dissentiant, cùm prior atque potentior sit mens dicentis, quàm vox *l. Labeo 7. §. vlt. de supel. leg.* Ergo si qua sit in pacto obscuritas vel ambiguitas, quòd contrahentes aut paciscentes dicant se aliter atque aliter sensisse, dicẽdum potius est contractum pactúmve fieri irritũ, quàm eius interpretationem ex alterutrius contrahentium arbitrio faciendam esse. Nam & dici solet eius esse interpretari, cuius est condere *l. vlt. vers. si enim C. de legib.* Atqui non alterutrius contrahentium, sed vtriusque est contractum vel pactum facere. Ergo & vtriusque voluntas exquiri debet in facienda pacti vel contractus interpretatione.

Ratio decidendi. Consensus quidem in contractibus & pactis omnibus necessarius est ad hoc vt contractus vel pactum subsistat, sed quantum ad ea tantùm attinet, quæ ad conuentionis substantiam & validitatem pertinent, non etiam quantum ad accessoria, vt constat ex *leg. si in emptione 34. de contrahenda emptio.* Cęterùm obscuritas vel ambiguitas pacti cõsensum illum ad perficiendam conuentionẽ necessarium non tollit. Verùm enim est ab initio vtrumque consensisse in eo quod pacti verbis cõtinetur. Et quamuis postea in pacti interpretatione dissentire illos appareat, is tamen dissensus non ab initio fuit vt conuentionem impedire potuerit, & debuerit, sed superuenit ex postfacto contrahentibus ipsis verba quibus vsi sunt ad proprium cuiusque sensum detorquentibus. Atqui quod ex postfacto dissentiant, nihil refert. Alioqui aperta

esset via resiliendi à contractu, si quem temerariæ fortassis & inconsultæ conuentionis pœniteret. Diceret enim ille se aliter sensisse quàm aduersarius senserit vt ex eo dissensu appareret nihil actum fuisse. Quod tamen absurdum esset, quia conuentiones omnes sicut ab initio sunt voluntatis, ita ex postfacto sunt necessitatis *l.sicut* 5.*C.de oblig.&action. l.inter stipulantem* 83.*§.si Stichum de verb.obligat.* Et omnimodo ea facienda est interpretatio quę actum conseruet, non quæ destruat *l.quoties* 80.*eod. l.quoties in actionibus* 12.*de reb.dub.* Maligna enim est illa per quam id agitur vt conuentio nihil operetur *l. si ita stipulatus* 126.*§.Chrysogonus, versicul.sequens stipulatio, de verb.oblig.* In dubio igitur & in obscuro si non possint contrahentes de eo quod inter eos actum fuit consentire, cùm dissentire iam nihil prosit, nihil est quod melius dici possit, quàm quod ait hæc lex faciendam esse interpretationem contra eum qui potuit legem apertiùs conscribere, ac proinde contra venditorem potiùs quàm contra emptorem. Item contra locatorem potiùs quàm contra conductorem. Prius enim est vt quis velit vendere vel locare, quàm vt alius emere vel conducere: Venditoris igitur est aut locatoris legem contractus conscribere, non emptoris aut conductoris, quod & traditum est in *l.in contrahenda* 172.*de reg.iur. l.Labeo scripsit* 21.*de contr.empt.* Exempla sunt in *l.cùm in lege* 33.*& l.sequ.eod.tit.* vbi ob hanc causam putat Cuiacius pro *venditor* legendum esse *emptor*, quod tamen an verum sit dicemus ad eum locum. Illud sanè in iure nostro perpetuum est, numquam faciendum esse ei cui aliquid potest imputari, quia, vt est in iuris regula, Quod quis ex culpa sua damnum sentit, sentire non videtur *l.quod quis* 203.*de reg.iur.* Imputari autem potest ei qui legem apertius dicere potuit. Quod cùm ita sit non potest verum esse quod vulgo interpretibus placet, Faciendam esse interpretationem contra eum qui se fundat in verbis. Pugnat enim ea traditio cum hac *l.& cum d. l. Labeo d.l.cùm in lege & seq.* Illud planè verum est, non statim faciendam esse interpretationem contra venditorem aut locatorem, sed ita demum si nihil sit quod melius dici possit, id est, si neque probari possit quid actum fuerit, neque verisimiliter conici. Certior enim, & prior, & generalior illa regula est. In obscuris inspiciendum esse quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet *l.in obscuris* 114.*de reg.iur.* iunct. *l.semper in stipulationibus* 34.*eod.* In ambiguis autem id quod rei gerendæ aptius est *l.quoties idem iermo* 67.*eod.* Pugnare tamen cum hac l. videtur quod Vlp. ait in *l.si quis intentione* 66.*de iudic.* si quis intentione vel oratione ambigua vsus sit, id quod vtilius ei est accipiendum esse. Quidni enim pariter ei imputamus cur non sit locutus apertius? Sed aliud est loqui de eo quod vnus tantùm contrahentium aut litigantium dixerit, siue in iudicio siue extra iudicium. Aliud verò de eo quod à pluribus conuentum sit. Priore namque casu nemini fit iniuria, cùm verba ex proferentis voluntate accipiuntur. Posteriore autem casu fieret iniuria ei cui pactum commune est. Quid autem inter ambiguum & obscurum intersit facile est videre. Obscurum est, non quod nullomodo intelligi potest vt vult Cuiacius. (id enim pro non scripto haberi potius, aut ex eo contractum totum inutilem reddi oporteret, vt in *l.si Titius* 16.*de cond.inst.l.qui quadringenta* 80.*ad leg. Falcid.*) sed quod certum & perspicuum sensum nullum habet. Ambiguum verò, quod è contrario certum & perspicuum quidem sensum habet, sed multiplicem non vnum ita vt quis potius capiendus sit, non appareat.

41. IDEM lib. I. Responsorum.

TAle pactum, *Profiteor te non teneri*, non in personam dirigitur: sed, cùm generale sit, locum inter heredes quoque litigantes habebit.

Ad l.Tale pactum 40.

Ratio dubitandi. Hæc verba *profiteor te non teneri*, exprimunt & demonstrant personam vtriusque paciscentis, vt apparet. Nam verbum *profiteor* verbum est primæ personæ: At dictio *te* pronomen est demonstratiuum secundæ personæ. Ergo huiusmodi pactum est personale & consequenter non transit ad heredes *l.idem* 25.*§.1.supr.hoc tit.*

Ratio decidendi. Imò pactum hoc generale est, quia non ad factum quod personale sit refertur, sed ad ius quod generale est. Nam si verum illud est te mihi non teneri, illud quoque verum erit nobis mortuis, Heredem tuum heredi meo non teneri: Cùm non possit heres tuus ex causa hereditaria teneri meo, si tu mihi non tenebaris: Præsertim iure isto vetere quo nondum erat inductum, vt actiones ab heredibus & contra heredes possent incipere, quod postea Iustin. constituit in *leg. vnic.C.vt act.ab hered.& contr. hered.incip.* Nec quod facta sit demonstratio personarum paciscentium facere potest vt pactum sit personale. Plerumque enim persona pacto inseritur non vt personale pactum fiat, sed vt demonstretur cum quo pactum sit *l.7.§.pactorum supr.eod.* Aliud ergo esset in specie huius legis, si pactum ita conceptum proponeretur. *Profiteor me à te non petiturum*, quia tale pactum non ad ius referretur, sed ad factum & quidem personale. Ideoque nec generale nec in rem conceptum videri posset. Teneri quem vel non teneri iuris est, ius autem generale, & perpetuum quod neque morte paciscentium neque ex persona heredum immutatur *l.2.§.ex his de verb.oblig.* At petere vel non petere facti est, facta autem omnia personalia, & quæ pro personarum facientium varietate multiplicantur: nec verum est me petere quod heres meus petit, aut contra, nisi proponas probeque id actum esse, vt ad heredes quoque pactum transmitteretur. Quoties enim quæritur an pactum in rem sit an in personam inspiciendum est quid actum sit.*d.§.pactorum.& l. nisi hoc actum* 22. iunct. *l. videlicet* 26.*§.eod.*

1 ¶ Qui

1 ¶ Qui prouocauit, pactus est, *intra diem certum pecunia, quum transegerat, non soluta, iudicatis se satisfacturum*, iudex appellationis, nullo alio de principali causa discusso, iustam conuentionem velut confessi sequitur[a].

Ad §.1.Qui prouocauit.

Ratio dubitandi. Transactio nunquam fit sine nouatione cùm perimat litem, ac proinde in necessarium antecedens actionem super qua lis mouebatur *l.vbi pactum* 40.*C.de transact.l...&* 2. *C.si aduers.transa.* Sicut & appellatio extinguit iudicatum *l.furti* 6.*§.1.de his qui notant.infam.l.*1.*§.vlt.ad SC.Turpill.* Ergo etiamsi pecunia per transactionem promissa intra præstitutum diem soluta non sit, fieri tamen non potest vt actio iudicati, quæ siue per transactionem, siue per nouationem extincta fuit solius pacti potestate resuscitetur. Pactum enim nudum sicuti non est legitimus modus inducendæ actionis, quæ numquam fuerit, ita neque resuscitandæ eius, quæ extincta fuit. Nec est quod quis dicat cum Papiniano hanc appellantem habendũ esse pro confesso, eámque vim esse huius pacti. Is enim demum confessus dicitur, & pro iudicato habendus, qui in iure confessus est, id est, apud prætorem, & in eo loco vbi prætor ius reddit *l.*1. *Cod. de confess.l.*1.3. *& pass.eod.* At qui ponimus pactum hoc conuentum fuisse extra iudicium, & inter priuatos. Non potest igitur qui pactus fuit haberi pro confesso.

Ratio decidendi. Nouatio non fit per transactionem, nisi cùm transactio fit per stipulationem & acceptilationem *dict. l. vbi pactum. & d.l.*2. *C.si aduers.transact.* Itaque nec per transactionem, nec per pactum de quo agimus, fuit nouata actio iudicati, quæ iam extincta fuerat per appellationem *dict l.*1. *§. vlt. ad Turpill.* nec rursus actio quæ in iudicium fuerat deducta. Nam & hæc fuit nouata iam & extincta per iudicatum *l.vlt.ver.si enim. C.de exec.rei iudic.* Nec denique lis ipsa appellatoria, id est, appellatio fuit extincta per pactum, quia fuit nudum non stipulatione Aquiliana, & acceptilatione munitum. Superest igitur vt ei qui cum appellante pactus fuit, perinde licere debeat litem appellatoriam prosequi, acsi nullum pactum interc essisset. Ac quoniam non ille huius pacti effectus esse potest, qui cæterorum esse solet, vt pariat exceptionem, cùm ponamus initum fuisse pactum pro actore, qui proinde non exceptione indiget, sed actione potiùs & persecutione, vt suum consequatur: Consequens est ad hoc prodesse illud debere, vt iudex qui de appellatione cognoscet, pronunciandum habeat aduersus appellantem etiam non discusso negotio (quod alioqui exactè discutioporteret, vt sciretur an bene iudicatum esset an malè) tanquam habens pro confesso eum qui pactus fuit de stando rebus iudicatis, si intra præstitutum tempus non satisfaceret transactioni. Non vt ideò habeat eum pro iam condemnato, cùm non sit confessus in iure, sed vt eum condemnet pronunciando super appellatione iuxta formam pacti; nec hoc rursum quasi ex pacto isto potuerit nasci actio & sequi condemnatio, sed eo iure quo quisquis iudex est, cogitur in ferenda sententia id sequi, quod inter litigantes conuenit vt pronuncietur *l.si conuenerit* 26.*de re iudic.* Proinde non resuscitatur hoc casu per pactum aliqua actio, sed tantùm lis appellatoria decidituer ex noua causa, nec tam quasi in condemnatum aut cõdemnandum, quàm quasi in consentientem. Quisquis enim iam condemnatus paciscitur, vt si quid fiat vel non fiat, rebus iudicatis stetur, si non habendus est pro confesso in iure, negari tamen nõ potest quin fateatur se debitorem & bene condemnatum esse. Cuius porrò pacti & confessionis nulla esset vtilitas, si in causa appellationis negotium discuti oporteret. Quid enim aliud fieri posset, si pactum nullum interc essisset?

a *Iustam conuentionem velut confessi sequetur.* Id est, pronunciabit bene iudicatum, & consequenter iudicatis standum esse: quod is qui prouocauerat haud dubiè ita paciscendo sententiæ adquieuisse videatur. Nã & acquiescit ille qui simpliciter diem petit ad faciendam solutionem *l. ad solutionem* 5.*C. de re iudic.*

2 ¶ Post diuisionem bonorum, & æris alieni, singuli creditores à singulis heredibus, non interpositis delegationibus[a], insolidum, vt conuenerat[b], vsuras acceptauerunt actiones, quas aduersus omnes pro partibus habent, impediendæ non erunt, si non singuli pro fide rei gestæ totum debitum singulis offerant[d].

Ad §.2. Post diuisionem.

Ratio dubitandi. Quamuis lex duodecim tabularum diuidat æs alienum defuncti inter coheredes pro hereditariis portionibus *l.*1.*C.si cert.pet.l.*1. *&* 2.. *C.si vnus ex plurib. hered.debit. vel credit.* ea tamen res non impedit quominus ab aliquo ex heredibus vel minus vel nihil omnino, vel etiam totum præstetur, si ita conueniat inter eos & creditores, non solùm si delegationes mutuæ interuenerint, vt in *l. cùm pater* 77.*§.hereditatem post mortem* 18.*de leg.* 2. sed etiamsi nudum pactum de non petendo ab aliquo ex heredibus. Satisfactum enim est legi duodecim tabularum statim atque in eo sunt heredes omnes, vt pro hereditariis portionibus possint conueniri, nec illud etiam lex exigit vt omnimodo soluant, nec quicquam obstat, quominùs aliquis ex heredibus habeat exceptionem pacti de non petendo, quàm cæteri non habent *l.auus* 33.*supr.hoc tit.* At qui in proposita specie creditores singuli à singulis heredibus vsuras in solidum acceptando, hoc ipso pacti videntur de non petendo quicquam à cæteris à quibus nullas vsuras acceperunt: nam ex solutione vsurarum solet colligi argumentum, quid de sorte senserint paciscentes *l.*4.*§.vlt.supr. hoc tit. qui in futurum* 57.*infr.eod.l.*2.*§.non malè de doli except.* Ergo si postea singuli petant sortem ab omnibus coheredibus pro portionibus hereditariis repellendi sunt exceptione pacti saltem taciti de non petendo quantum ad eos qui vsuras nullas præstiterunt:

Ratio decidendi. Videntur quidem pacti creditores acceptando vsuras à singulis coheredibus de non petendo à cæteris, sed sub ea conditione etiã tacita si iuxta fidem rei gestæ singuli coheredes singulis creditoribus solidum debitum offerrent. Quod ni faciant condicionem illam tacitam pacti huius taciti deficere necesse est, ne alioqui maneãt in damno creditores cùm ad exigendam in solidum sortem ab iis qui solidas vsuras exsoluerunt nulla actio possit competere non magis ex pacto inter coheredes in bonorum diuisione adhibito, quàm ex sola ipsa vsurarum præstatione. Pactum enim quod inter coheredes, dum bona diuiderent, adhibitum fuit etiamsi vel in ipso negotio vel incontinenti post diuisionem actionem quidem inter eos parere potest, vt solent pacta omnia incontinenti post contractum bonæ fidei apposita, sed creditoribus actionem dare nullam potuit, quos non eo minùs necesse est agere contra coheredes omnes pro hereditariis portionibus si solidum cõsequi velint *l. licèt* 23 C *famil. ercisc. l. si filia* 20. *§. Papinianus*, aliàs *l. si vni in princ. & §. item Papinianus eod. tit. l. 2. in fin. C. de hered. vel act. vendit.* iunct. *l. si vnus* 27. *§. pacta in fin. supr. hoc tit.* Igitur pactum hoc de non petendo creditoribus aduersus singulos agentibus pro portionibus hereditariis obiici non potest, tãquam deficiente, vt diximus, tacita ipsius condicione, ita vt nulla creditoribus replicatione opus sit ad eam exceptionem elidendam. Tacitum enim pactum nullum est cuius condicio defecit *l. in persona* 30. *§. vlt. ff. eod.*

a *Non interpositis delegationibus.* Ergo si delegationes interpositæ fuissent, vt in *d. l. cùm pater* 77. *§. hereditatem de leg.* 2. aliud esset. Tũc enim, & perempta esset per delegationem vetus obligatio hereditaria, & contracta noua per stipulationem, qua posset quisque ex coheredibus proprio nomine, & ex propria stipulatione conueniri.

b *Vt conuenerat.* Inter coheredes siue præsentibus siue absentibus creditoribus, quibus vtique non potuit quæri actio ex pacto coheredum, quibus nec aliqua fuit quæsita, nisi propter iunctam potestatem contractus diuisionis cui pactum adhæsit *l. 7. §. quinimò & seq. supr. hoc tit.* Nam nec creditoribus sed sibi stipulantur coheredes, cùm inuicem paciscuntur, vt hic vel ille sol. at creditoribus. Ideoque quamuis interfit singulorum vt pacto vel stipulationi satisfiat, & interfit etiam creditorum, nulla tamen actio creditoribus ex eiusmodi conuentione acquiri potest. Acquiri sanè posset exceptio *l. & heredi* 21. *§. vlt. ff.* Sed actione non exceptione indigent creditores vt suum consequantur.

c *Impediendæ non erunt.* Per exceptionem taciti pacti de non petendo.

d *Totum debitum singulis offerant.* Ergo si singuli pro fide rei gestæ totum debitum singulis offerant impediendi erunt creditores si singuli agere vel int contra omnes coheredes pro hereditariis actionibus, & repellendi per taciti pacti exceptionem. Nec enim negari potest quin à singulis vsuras acceptando videantur facere pactum de non petendo à cæteris sub ea condicione si solidum debitum offerrent ij qui solidas vsuras præstabant, quam condicionem existere palàm est singulis solidum debitum offerentibus. Proinde non est verum, quod ad hunc locum notat Cuiacius, seruandam esse diuisionem legis 12. tab. l. 11 delegationes pactum diuisionis non sequantur, quamuis creditores in accipiendis vsuris secuti sint placita diuisionis. Debuerat enim addere quod lex addit, nisi singuli totum debitum offerant. Eo namq; casu nõ requirit Papin. vt interueniãt delegationes ad hoc, vt impediantur actiones quæ contra heredes omnes competunt pro hereditariis portionibus: Quæ actiones non essent impediendæ per pacti exceptionem interpositis delegationibus, quia delegationes facerent vt nullæ competerẽt actiones, quas tamen præsupponit Papinianus esse superstites cùm disputat an per exceptionem pacti sint impediendæ.

3 ¶ Pater qui dotem promisit, pactus est, *vt post mortem suam in matrimonio sine liberis defuncta filia, portio dotis apud heredem suum fratrem remaneret.* ea conuentio liberis à socero postea susceptis, & heredibus testamento relictis per exceptionem doli[e] proderit: cùm inter contrahentes id actum sit, vt heredibus consulatur: & illo tempore, quo pater alios filios non habuit[f], in fratrem suum iudicium supremum contulisse videatur.

Ad §. 3. Pater.

Ratio dubitandi. Pactum hoc expressim & nominatim relatum est ad personam fratris qui erat extraneus, id est, non in potestate paciscentis. Ergo ab initio non valuit nec valere vllo casu potuit, etiamsi frater ille postea heres extitisset *l. si decem* 17. *§. si pactus sim. ff. eod.* quia nec his qui in nostra potestate sunt prodesse possumus paciscendo *l. & heredi* 21. *§. nos autem eod.* Multò minùs igitur potest valere vt prosit liberis à paciscente posteà susceptis de quibus nihil in pacto dictum est *l. si vnus* 27. *§. pacta in fin. vers. ante omnia eod.*

Ratio decidendi. Collatum fuit pactum in personam fratris non tanquam fratris, sed tanquam heredis futuri, id est, quem heredem habere sperabat is qui paciscebatur, cùm nullos eo tempore liberos haberet. Deficientibus enim suis heredibus primæ partes sunt fratris in succedendo *l. 1. §. post suos de suis & legit.* Mirum ergo non est pactum valere, cùm liceat cuilibet non minùs heredibus suis adeoque vni ex heredibus quàm sibi prospicere *l. si pactum 9. de probat. l. auus* 33. *in fin. supr. hoc tit. l. auus* 11. *de pact. dot.* Et consequenter prodesse non fratri qui heres non fuit, sed liberis qui heredes reperiuntur. Nam & alij cuilibet heredi profuturum esset, etiã qui nominatus non esset. Persona igitur fratris pro superuacua habenda est, vt in *l. si ita 9. l. pater* 23. *eo. tit.*

e *Per exceptionem doli.* Quæ subsidiaria est exceptione pacti *l. rescriptum* 10. *§. vlt. supr. hoc tit.* Exceptio enim pacti hoc casu locum habere non potest, quia de liberis postea susceptis, neque dictum quicquam, neque cogitatum fuit. Sed exceptio doli locum habere potest, quia cùm fuerit cogitatum de

de herede vt ei pactum prodesset, liberi autẽ post susceptí heredes reperiantur, quæ facit dolo malo & contra propriam conuentionem is, qui vult impedire ne dos remaneat penes liberos, atque si vellet facere ne penes fratrem eundemq; heredem remaneret, quid enim refert mariti quis heres sit soceri qui pactus fuit heredi suo?

f *Quo pater alios filios non habuit.* Puto abundare dictionem *alios* eamque conflatam ex corruptis duabus prioribus literis dictionis *filios* quæ sequebatur, pro qua cùm cœpisset legi *alios* subiicienda fuit postea dictio *filios*, cùm appareret de solis liberis Papinianum intelligi posse, quibus tamen nullo modo conuenit vox illa *alios* siquidem dictio est implicatiua, filius autem alius nullus erat sed frater. Hinc verò colligunt quidam, inter quos Caro. Molin. res in quemlibet collatas ab eo qui nullos tunc temporis liberos habebat, susceptis postea liberis reuocari. Malè, vt probauimus pluribus *lib. 7. Coniect. cap. 15.* quod & Cuiacius hîc sentit. Nec enim superuenientia liberorum nocet marito qui etiamsi nulli liberi suscepti fuissent æquè coactus fuisset pati vt portio dotis apud heredem fratrem remaneret. Nec rursus fratri, qui si heres fuisset instítutus liberis exheredatis perinde vtilitatem pacti retinuisset, atque si liberi nulli suscepti fuissent. Nec enim ius vllum habent liberi tanquam liberi, sed tanquam heredes, vt probant verba illa *liberis à socero postea susceptis & heredibus relictis.* Denique non reuocatur liberalitas quę fuerat in fratrem collata, sed quia non fuerat collata, adeoque nec potuerat per pactum conferri in fratrem nisi tanquam in heredem, auffertur ei casu illo quo non sit heres, & applicatus non ex causa successionis hereditariæ, sed per doli exceptionem liberis qui heredes inueniuntur.

41. IDEM lib. II. Responsorum.

Intra illum diem debiti partem mihi si solueris, acceptum tibi residuum feram, & te liberabo. licèt actionem non habet, pacti tamen exceptionem competere debitori constitit.

Ad l. Intra 41.

Ratio dubitandi. Ex pacto non potest quis ad aliud teneri, quàm ad illud ipsum quod pacto comprehensum est, ne alioqui conuentio in vna re facta noceat in altera *l. si vnus* 27. *§. pacta in fin. ff. hoc tit.* Verba enim pactorum vt & stipulationum strictè sunt accipienda saltem ad hoc vt pacti conuenti exceptio locum habere possit. Alioqui si verba deficiant non voluntas paciscentium ad doli exceptionem recurrendum est, vt in *l. prox. præced. §. vlt.* Atqui in hac specie non pactus est creditor se non petiturum, neque acceptum tulit, sed promisit duntaxat se acceptolaturum, & debitorem suum liberaturum verbis in futurum, & de faciendo nõ de non faciendo conceptis. Ergo si pactum valeat, non ad aliud tamen potest creditor teneri, quàm vt acceptum ferat, & liberet debitorem eo casu quo debitor partem debiti soluat. Atqui non potest ea acceptilatio & liberatio extorqueri per viã exceptionis, sed tantùm per viam actionis. Ergo vel pactum hoc inutile & nullius momenti esse dicendum est, vel ad dandam actionem prodesse. At rursum non potest ex pacto nudo dari actio. Relinquitur ergo vt hoc pactũ inutile sit. Nam quod nonnulli dicunt esse illud vestitum, vt loquuntur, traditione partis debiti nõ potest verum esse, cùm proponatur factum ante traditionem partis debiti non in ipsa traditione, quo demum tempore necesse est fieri ea quæ traditione vestri dicuntur de quibus in *l. in traditionibus* 48. *infr. hoc tit.* vbi docebimus quod ea lex ait seruanda esse pacta omnia quæ fiunt in traditionibus rerum, restringi debere ad eum casum quo quis paciscatur tradendo rem suam non quo quis tradat rem alienam, aut sibi debitam: quo modo tradit is qui debita à se quantitatis partem soluit.

Ratio decidendi. Quamuis verba pacti non loquantur nisi de acceptilatione & liberatione facienda, quam vt facere quis cogi possit, actione non exceptione opus est, ex pacto autẽ nudo quale istud est, actio non nascatur, Pacti tamen exceptionem huic debitori competere æquum est, ex paciscentium voluntate quæ proculdubio illa fuit, vt si debitor partem debiti solueret, de residuo conueniri non posset. Nam quemadmodum plus est liberari quem ipso iure per acceptilationem quàm ope exceptionis per pactum de non petendo, ita & plus promittit qui promittit se acceptolaturum aduersario eumq; liberaturum, quàm qui promittit se non petiturum. Sicut igitur dicimus absurdũ esse si cui licet quod plus est non liceat quod est minus *l. non debet cui* 21. *de reg. iur.* Ita & fatendum est ei cui acceptilatio promissa est non posse denegari exceptionem taciti pacti de non petendo. Quid enim amplius habet is cui acceptilatio inutilis facta est? Et tamen ex ea causa competere pacti de non petendo exceptionem constat ex *l. si vnus* 27. *§. pen.* vbi dixi *supr. eod.*

42. IDEM lib. 17. Responsorum.

INter debitorem, & creditorem conuenerat, *vt creditor onus tributi prædij pignerati non agnosceret, sed eius soluendi necessitas debitorem spectaret.* talem conuentionem, quantum ad fisci rationem[a], non esse seruandam respondi. pactis etenim priuatorum formam iuris fiscalis[b] conuelli non placuit.

Ad l. Inter debitorem. 42.

Ratio dubitandi. Tributi soluẽdi necessitas ex ratione iuris spectat ad prædij possessorẽ *l. vlt. & tot. tit.*

C.*sine cess. vel reliq.* Atqui debitor possessor est prædij pignorati, non creditor. Nec enim potest dici creditor pignus possidere cum alieno, id est, ipsius debitoris nomine possideat *l.pignori 13.de vsucap.* Ergo ad debitorem pertinet necessitas soluendi tributi, etiamsi nihil de eo dictum sit. Quantò magis si pactum expressum in eam rem interuenerit?

Ratio decidendi. Possessio pignoris transit ad creditorem *l.cùm & sortis 35.§.vlt.de pign.act.* in quo differt pignus ab hypotheca, vt scripsi ad *l.si decem 17.§.de pignore sup.* & quamuis non ideò creditor dicatur pignus possidere absolutè *l.sciendum 15.§.creditor qui satisd.cog.* quia possidere est sibi habere. Creditor autem non sibi habet, sed domino, id est, debitori *d.l.pignori.* Verum tamen est debitorem, qui pignori rem dedit, ad vsucapionem tantùm possidere, quod autem ad reliquas omnes causas pertinet, possidere eum qui pignori accepit *leg.serui nomine 16.de vsucap.* Nec sanè potest constitui eadem causa creditoris, & cæterorum qui non tam possidere quàm in possessione esse dicuntur, de quibus in *l.si quis ante 10.§.1.l.quod meo 18. de acquirend.possess.* Non enim potest debitor aufferre creditori possessionem, etiamsi maximè velit, nisi oblato priùs omni eo quod debetur *l.sirem 9.§.omnis.de pign.act.* adeò vt interim creditor fructus percipere possit, eosque suos facere tanquam qui sit bonæ fidei possessor, licèt cogatur eos imputare in sortem, aut quatenus sortem excedunt restituere pignoratitia actione *l.1. & pass. Codic. eodem.* Ergo ad creditorem non ad debitorem spectat onus soluendi tributi: Præsertim cùm tributa soleant præstari, non tam pro dominio quàm pro fructibus, in quorum perceptione præcipua consistit vtilitas possessionis.

a *Quantum ad fisci rationem.* Nam quantum ad ipsos contrahentes aut pacisc entes valebit pactum *l. epistola 52. §. pactum vbi rationem adferemus infr. hoc titul.*

b *Formam iuris fiscalis.* Ius fiscale est ius priuatum fisci, hoc est, quo fiscus vtitur proprio quodam & speciali priuilegio. Ideoq; e bene Cuiacius monet nihil hanc legem pertinere ad *l.ius publicum 78.supr. hoc tit.* Illa enim est de iure publico & communi, hæc verò de iure fiscali quod non commune, sed proprium fisci est. Sed quemadmodum ius publicum pactis priuatorum læsi aut mutari non potest, quia non de re sua, sed de aliena pacisc itur qui de iure publico pacisc itur, vt ad eum locum diximus, ita nec ius fiscale conuelli pactis aliorum non tanquam quod sit ius publicum, sed quia quod fisci est, non magis pacisc entium est quàm si esset priuati cuiuslibet. denique eo iure quo conuentio inter alios facta aliis nocere, nec potest nec debet *l.si vnus 27.§.pacta.in fin* s. *hoc tit. l. . & pass. C.res int.alios act.* Nam quod priuate nemini noceret, cur nocebit fisco qui priuatis omnibus fauorabilior est? Certè non illi sunt fauorabiliores fisco.

43. PAVLVS libro 5. Quæstionum.

IN emptionibus, scimus, quid præstare debitor [c] debeat [d], quídq; ex contrario emptor [e]. quòd si in contrahendo aliquid exceptum fuerit, id seruari debebit.

Ad l.In emptionibus 43.

Ratio dubitandi. Quod emptor & venditor sibi inuicem præstare debent actionibus empti & venditi, id omne ex bona fide est, quia huiusmodi actiones sunt bonæ fidei *§.actionum.Inst.de action.* Ergo si quid in contrahendo excipiatur vel adiiciatur, id necesse est contra bonam fidem esse, & contra naturam contractus, ac proinde non valere vt puta si conueniat vt emptor rem amittat, & nihilominùs venditor precium retineat *l. ex empto 11.§. vltim.l.bona fides 50.de action.empt.*

Ratio decidendi. Possunt multa in pactum deduci, quæ nec sint contra bonam fidem, nec contra naturam contractus, sed præter naturam duntaxat contractus, vt putà, ne cautio duplæ præstetur, aut vt cum fideiussore præstetur, quorum pactorum prius est detrahens, posterius verò adiiciés *l.pacta conuenta 72.de contr.empt.* Neutrum verò bonæ fidei repugnat. Imò ex bona fide est pacta omnia seruari, nisi aliquid iniqui emergat, quale illud esset si alteruter ex contrahentibus, & rem & preciũ retineret, aut re & precio frueretur *d.l. ex empto. §. vlt.d.l.bona fides.l curabit 5. C. eod.* Huiusmodi namque pactum verè esset contra bonam fidem, & consequenter contra naturam contractus. Alia sunt præter & extra, vt loquitur Vlp. in *l.7.§.quinimò.sup. eod.* non contra, quod longè diuersum est *l. nec non 28.§.quoad eius.ff.ex quib.caus.maior.*

c *Debitor.* Legendum omnino est *venditor*, vt bene docuit Cuiacius ad hunc locum, & ad *l.14.§.secundum hæc.quod met.caus.*

d *Quid præstare venditor debeat.* De quo agitur in *dict.leg. ex empto 11.de action.empt. l.si in venditione 60. de euict.*

e *Quídque ex contrario emptor.* De quo tam in *dict.l. ex empto*, quàm in *l.Iulianus 13. §. ex vendito 19. & sequentib.eod.titul.de action.empt.* Iunge quę diximus de pactis adiectis contractui, ad *dict.leg.7.§.quinimò, & seq.sup.hoc tit.*

44. SCÆVOLA libro 5. Responsorum.

CVm in eo esset pupillus, vt ab hereditate patris abstineretur, tutor cum plerísque creditoribus decidit, *vt certam portionem acciperent.* idem curatores cum aliis fecerunt. quæro, an tutor idémque creditor patris eandem portionem retinere debeat? Respondi, eum tutorem, qui ceteros ad portionem vocaret, eadem parte contentum esse debere.

Ad l.44.

Ad l.Cùm in eo 44.

Ratio dubitandi. Nemini officium suum debet esse damnosum *l. videlicet 27. ex quibus caus. maior. l. sed si quis ex signatoribus 7. testam. quemadmod.aper.* nec proinde tutori nocere debet proprio nomine quod in re pupilli fecit tanquam tutor *l.tutorem 22. de his quæ vt indign.* Ne alioqui minùs diligens tutor fiat in procuranda vtilitate pupilli aduersus alios si sciat futurum vt eandem condicionem subire cogatur: atque ita eueniat vt quod nimis fauorabiliter pro pupillis inducitur, in perniciem eorum retorqueatur *l.penult. C.ad S.C. Trebell. l.ait prætor 7.* aliàs *l.etsi fine.§.quæsitum.de minor.* Ergo pactum quod pupilli nomine tutor fecit cum aliis pupilli creditoribus non debet ei nocere proprium creditum aduersus eundem pupillum persequenti, tanquam si inter alios initum proponeretur *l.si vnus 27.§. pacta.in fin.supr.hoc titul.* Nec enim fieri potest vt idem tutor in eodem negotio quod habeat cum pupillo, & suam & pupilli simul personam gerat, id est, vt cum seipso pupilli nomine paciscatur. Non magis quàm vt in re pupilli & emptoris & venditoris officio fungatur *l.5.§. pupillus.de autor.tutor. l.si in emptione 34.§.vlt.de contr.empt. l.& qui sub imagine 10. C. de distr.pignor. l.stipulatores 9.supr.hoc tit.*

Ratio decidendi. Tutor in re pupilli cogitur præstare eam bonam fidem & diligentiam quam diligentissimus quisque paterfamilias in rebus suis præstaret *l. à tutoribus 33. de admin. tutor.* Ergo quod bona fide cum aliis gessit pupilli nomine, & commodo, illud ipsum in persona sua improbare non potest. Exemplo eius qui in alium statuit aut impetrauit ius iniquum, quo etiam ipse vti cogitur *l.1. & tot. titul.supr. quod quisque iur.* In proposito enim hoc amplius est quod non solùm proprium tutoris factum ei nocet, sed etiam factum & consensus aliorum creditorum, quorum maior pars illa est quæ legem cæteris dare solet *leg.7.§.vltim.l.8.9. & 10.supr. eodem.* Iunge *l. cùm hereditas 59. de administr. tutor.*

45. HERMOGENIANVS lib. 2. Iuris Epitomarum.

DIuisionis placitum, nisi traditione, vel stipulatione sumat effectum [a] ad actionem, vt nudum pactum, nulli prodesse poterit.

Ad l.Diuisionis 45.

Ratio dubitandi. Diuisio vicem obtinet emptionis *l.1. C.commun.vtriusque iudic.* Atqui emptio perficitur solo consensu, neque aut traditionem requirit, aut stipulationem *§.cùm autem. Instit.de empt. & vendit.* Ergo & placitum diuisionis ad actionem prodesse debet, etiamsi neque traditio interuenerit, neque stipulatio.

Ratio decidendi. Diuisio cùm perfecta est vicem emptionis obtinet, non priùs quàm sit perfecta. Non potest autem videri perfecta priusquàm secuta sit traditio per quam dominium hinc inde transferatur: est enim tota in eo vis & potestas diuisionis, vt rem quæ anteà inter plures communis erat tota, faciat eam cuiusque pro parte, quod & nomen ipsum diuisionis sonat, & consequenter vt mutua dominij translatio fiat: quæ porrò fieri non potest citra traditionem *l. traditionibus 20. C. hoc tit.* At in emptione non id agitur vt dominium transferatur, nisi per consequentias si venditor cùm tradet erit dominus *l.ex empto 11. §.1.de act.empt.* Vnde est quod etiam alienæ rei venditio valet *l. rem alienam 28.de contrah. empt.* cùm tamen aliena res diuidi non possit, vt neque permutari *leg.1.§. ideóque.de rer.permut.l si filia 20.§.si pater famil.ercisc.* Quod si diuisio non traditione sumpserit effectum, sed stipulatione firmata sit conuentio diuisionis (non tam enim diuisio quàm diuisionis conuentio illa est & placitum, vt hęc lex ait) dabitur actio ex stipulatione, non tanquam ex contractu diuisionis, sed tanquam ex stipulatione ad hoc vt diuisio fiat. Si neque traditio, neque stipulatio interuenerit, pactum nudum est, quod ad agendum prodesse non potest *l.7.§.quinimò.supr.hoc titul.l.1. Cod.de pact. conuent.tam sup.dot.* Et consequenter quod est inutile, quia licèt possit parere exceptionem, nihil tamen id prodest ei qui actione indiget non exceptione, vt pacti effectum consequatur *l.cùm proponas 21. Cod. hoc titul.*

a *Nisi traditione sumat effectum.* Malè nonnulli hoc referunt ad id quod scriptum est in *l.48.ff.eodem.* In traditionibus rerum quodcunque pactum sit id omnino valere. Aliud enim est tractare de pacto quod quis fecerit in tradendo rem suam, de qua ibi agitur. Aliud verò de pacto quod traditio sequatur, de quo in hac lege. Priore casu traditio dat vires pacto vt possit etiam actionem parere *l.vlt. C.de rer.permu.l.legem 9. C.de don.* Posteriore verò casu traditio dat effectum pacto vt ei qui pactus fuit, nec agere sit necesse, cùm iam habeat quicquid pacto conuenerat, nec ampliùs quicquam eius intersit.

46. TRYPHONINVS libr 2. Disputationum.

PActum inter heredem, & legatarium factum, *ne ab eo satis accipiatur*, (cùm in semestribus relata est constitutio Diui Marci, seruari in hoc quoque defuncti voluntatem) validum esse constat, nec à legatario remissa heredi satisdatio per pactionem, ex pœnitentia reuocari debet: cùm liceat sui iuris persecutionem, aut spem futuræ perceptionis, deteriorem constituere.

Ad l. Pactum 46.

Ratio dubitandi. Necessitas satisdandi legatorũ, vel fideicommissorum nomine est ex iure publico & communi *l.auia 77.in fin.de condic. & demonstrat.*

Nempe ex Prætoris edicto quo expressim id constitutum est *l.1. & tot.tit. vt legat. seu fideicom.seruand. caus.caucat.* Ergo pactum quod inter legatarium & heredem factum sit ne legatario heres hoc nomine satisdare teneatur, non potest valere tanquam iuri publico contrarium *l.ius publicum 38.supr.hoc tit.* Non enim alia ratio fuit huius satisdationis iniungendæ quàm voluntatis defuncti tuendæ gratia *l. 2.C.vt in poss.legat.* in quo fauor non tantùm legatarij, sed etiam publicus versatur *l. vel negare 6.testam. quemadm.aper.*

Ratio decidendi. Defuncti voluntatem erga legatarium seruari, interest quidem reipubl. sed ita demum si legatarius velit. Nec enim id agit, aut lex, aut testator, vt legatum omnimodo acquiratur, vel præstetur legatario, sed ita demùm si voluntas legatarij concurrat *l.ei qui 13.de condic.instit.l.si hereditatem 32.mand.l.legatarius 38.de legat.1.* At neque quicquam facit legatarius contra voluntatem testatoris, cùm remittit satisdationem heredi, quia ponimus nō fuisse heredem à defuncto grauatum vt satisdaret, sed tantùm vt legatum præstaret, quod fieri nihil vetat etiamsi satisdatio non præstetur, quòd si hoc quoque testator addidisset, vt legati nomine satisdaretur, cùm tamen non nisi fauore legatarij à testatore id adiici potuerit, perinde permittendum esset legatario remittere cautionem, cùm liceat cuilibet iuris sui persecutionem aut spem futuræ perceptionis, vt hæc lex ait, deteriorem constituere *l.penult.C.hoc tit.* Non enim hac in re quicquam fit contra ius publicum, siquidem ponimus factam esse pactionem eo tempore quo iam fuerit satisfactum edicto, id est, quo iam cœperit ius competere legatario petendæ satisdationis, quod sufficit. Hoc enim est quod agit Prætor, vt petenti legatario satisdare heres teneatur, non etiam si legatarius nolit, quia mali, scilicet sequi fidem heredis, sciátque aut putet satis esse rem in tuto sine satisdatione. Diuersum esset si viuo testatore talis pactio inter futurum heredem & futurum legatarium facta proponeretur: esset enim illa proculdubio contra ius publicum, quia edicti prætorij potestatem, quantum in pacisc entibus esset, impediret, cùm edicto Prætoris non priùs possit esse locus, quàm testator decesserit, quia nec priùs heres quis esse potest *l.1. de heredi. vel action.vendit.l. 1.pro hered. l. vltim. de suis & legitim.* Ex quo apparet quàm grauiter lapsus sit Cuiacius, qui ad hanc legem scripsit, Posse hodie falcidiam remitti pacto sine stipulatione, contrà quam sit relatum in *leg. quod bonis 15.§.1. ad legem falcid.* post quàm placuit Iustiniano Nouell.1. vt testamento prohiberi possit. Nam quod pro certissimo principio assumit, quicquid potest fieri testamento posse fieri & pacto, verum quidem est in specie huius legis, & in omnibus similibus, id est, quoties de eo pacto agitur, quod sit interpositum mortuo iam testatore & eo tempore quo iam satisfactum sit iuri publico, at non similiter si pactum initum sit ante mortem testatoris, quæ tamen species est, de qua Papinian. respondit in *d.§.1.l.15.ad leg.Falcid.* quoniam eo casu ius publicum offenditur, cuius præcipuam rationem haberi semper oportet. Nihilne ergo proderit ad tale pactum confirmandum quod Iulianus constituit vt falcidia prohiberi possit? Nihil penitus. Nam nec bonum esset argumentum, quo vtitur in hac lege Tryphoninus, vt possit per pactum legatarij satisdatio remitti, quòd Diuus Marcus in Semestribus constituerit vt testamēto remitti possit, si ageret de pacto, inter heredem & legatarium interposito ante mortem testatoris. Est enim facilius vt permittatur testatori de hereditate & legato disponere pro arbitrio etiam contra formam edicti ex qua parte nihil Prætor edicit nisi voluntatis tuendæ gratia *d.l.2.C.vt in poss.legat.* quàm vt permittatur futuro heredi, & futuro legatario pacisci de re quæ adhuc sit aliena, & festinare contra ius aut gentium aut ciuile, vt in *l.donari 29.§.1.de donat. & d.l.quod bonis 15.§.1.ad leg.Falcid.* Idem enim fauor qui extorsit edictum & beneficium Prætoris, vt voluntas defuncti conseruaretur, non patitur vt quicquam fiat contra voluntatem testatoris qui testamento satisdationem remissam esse voluit non aliter fortasse legaturus. Qui sententia & ratio est *dict.l.2.& d.l.ultia 77.in fin.de condic.& demonstr.* Faciliores enim sunt testatorum in rebus suis legandis, quàm in onerandis heredibus voluntates *leg.vnum ex familia 67.§.si rem.de leg 2.* Legatum aut fideicommissum onus est hereditatis potiùs quàm heredis *l.legatum est delibatio 116.de leg.1.* At satisdationis præstandæ necessitas onus est heredis, cui non semper tam facilè est inuenire fideiussorem *leg. 2. §. sed si dubitetur. de iudic.* Ideoque dicimus non facilè quemquam onerandum superuacua cautione *leg. hæc stipulatio 14. §. 1. vt legat. seru. caus. caueat.*

47. SCÆVOLA libro 1. Digestorum.

EMptor prædij viginti cauerat *se soluturum*, & stipulanti spoponderat. postèà venditor cauit sibi conuenisse, *vt contentus esset tredecim: & vt ea intra præfinita tempora acciperet.* debitor ad eorum solutionem conuentus, pactus est, *si ea soluta intra præfinitum tempus non essent, vt ex prima cautione ab eo petitio esset.* quæsitum est, an cum posteriore pacto satisfactum non sit, omne debitum ex prima cautione peti-potest? Respondi secundùm ea, quæ proponerentur posse.

Ad l.Emptor 47.

Ratio dubitandi. Pactum illud posterius quo conuenit inter venditorem & emptorem, vt si tredecim illa, de quibus in priore pacto fuerat actum soluta intra præfinitum tempus non essent, ex prima cautione petitio esset viginti aureorum, fuit nudum, quia neque stipulatione munitum fuit, neque in continenti, sed ex interuallo appositum, vt proinde cohærentiâ contractus confirmari, & vt loquuntur, vestiri non potuerit. Atqui ex pacto nudo agi non potest. Ergo fieri non potest vt ex huiusmodi pacto debeat venditor habere actionem contra emptorem

tem ad viginti. Ratio decidendi. Non datur hæc actio venditori contra emptorem ex pacto, sed ex prima stipulatione quæ per prius pactum nec fuit sublata ipso iure, nec tolli potuit. Fuit sanè eliminanda per exceptionem si venditor non obstante pacto quo conuenerat, vt contentus esset tredecim, petere viginti perseueratsset. Sed cùm non petierit, nisi tredecim & iis non solutis conuenerit, vt si ad aliam diem certam non soluerentur, ex prima cautione petitio esset, apparet nihil fieri contra conuentiones istas, cùm venditor impleta posterioris pacti condicione petit viginti ex stipulatione. Si prima illa actio sublata esset, vtique non posset noua nasci ex pacto posteriore quod nudum est. Nec enim possum admittere quod vult Cuiacius ad hunc locum. Pactum quo contractus suæ formę redditur, etiamsi ex interuallo adiectum sit, inesse, vimque suam exercere nullis replicationibus oppositis. Id enim falsum est etiam in bonæ fidei iudiciis, si tota actio priſtina per prius pactum sublata fuit. Verum est tamen eo demum casu quo bonæ fidei actio supersit *l. si vnus 27.§.pactus ne peteret. versicul. idem dicemus vsque ad fin. supr hoc titul.* Sed contractus de quo in hac lege agitur non est bonæ fidei, sed stricti iuris, stipulationis scilicet non emptionis. Etsi enim proponebatur factam esse emptionem, subsecuta tamen stipulatione ex parte emptoris pro precio non tam emptio quàm stipulatio dici debet is contractus, vt fit cùm quis mutuam pecuniam dedit, & stipulatus est eam sibi reddi *l.5.§.1.cum l. sequent. de nouat.* Ergo quamuis prior actio non sit ipso iure sublata, fieri tamen non potest, vt posterius pactum ex interuallo appositum ei insit, reddátque stipulationem primæ suæ formæ, quominùs necessaria sit replicatio posterioris pacti aduersus exceptionem ex priore pacto competentem *dict.§.pactus.in princip.* Nam agente venditore, petentéque viginti ex stipulatione, non potest Prætor denegare emptori exceptionem pacti quo conuenerat, primùm vt tredecim tantùm præstaretur, quod pactum non de alio est, quàm de reliquis non petendis, cùm ad petenda tredecim sufficeret actio ex stipulatione per quam tredecim fuerant promissa. Neque verò quisquam dixerit peti ea ex priore pacto. Opposita autem per emptorem exceptione pacti prioris, vtique necessaria est venditori eidémque stipulatori replicatio ad eam explicationem elidendam: cùm pactum posterius non possit eam vim habere, vt tollat prius ipso iure, sed tantùm vt elidat per replicationem *dict. §. pactus.* Decepit Cuiacium quod nulla hîc apud Scæuolam fit mentio replicationis aut exceptionis, nec animaduertit morem illum esse sollennem & perpetuum Scæuolæ, vt non respondeant nisi de eo de quo fuit interrogatus, in proposito autem de illo tantùm fuerat interrogatus, an ex primâ cautione omne debitum petere stipulator posset, non etiam de illo, an aduersus eam actionem posset aliqua opponi exceptio, & an aduersus exceptionem replicatio. Itaque hoc tantùm respondet, stipulatorem omne debitum petere posse, nec addit necessariam ei esse replicationem, quæ nec sanè est absolutè necessaria, sed eo tantùm casu, quo velit emptor idémque promissor mala fide tueri se exceptione ex priore pacto.

1 ¶ Lucius Titius Gaium Seium mensularium, cum quo rationem implicitam habebat propter accepta, & data, debitorem sibi constituit, & ab eo epistolam accepit in hæc verba: *Ex ratione mensæ, quam mecum habuisti in hunc diem, ex contractibus plurimis remanserunt apud me ad mensam meam trecenta octoginta sex, & vsuræ, quæ competierint, summam aureorum, quam apud me tacitam habes, refundam tibi, si quod instrumentum à te emissum, id est, scriptum, cuiuscunque summæ ex quacunque causa apud me remansit: vanum, & pro cancellato habebitur.* Quæsitum est, cùm Lucius Titius ante hoc chirographum Seio nummulario mandauerat, vti patrono eius trecenta redderet: an propter illa verba epistolæ, quibus, omnes cautiones ex quocunque contractu vanæ, & pro cancellato vt haberentur cautum est: neque ipse, neque filij eius eo nomine conueniri possunt? Respondi, si tantùm ratio accepti, atque expensi esset computata, cæteras obligationes manere in sua causa.

Ad §. Lucius 1.

Ratio dubitandi. Verba illa epistolæ sunt maximè generalia quibus conuênit vt cautiones omnes ex quocunque contractu vanæ & pro cancellatis haberentur. (sic enim legendum puto.) Ergo omnem omnino debiti speciem comprehendunt, & consequenter pariunt exceptionem aduersus petitionem quamlibet ex quacunque causa. Dici enim solet, quod & verum est verba vniuersalia & generalia complecti casus etiam improprios quamuis non expressos.

Ratio decidendi. Quamuis verba sint generalia, inspiciendum tamen est pro eorum interpretatione, quid actum sit *l. semper in stipulationibus 34. de regul.iuris.* Quid autem actum ut colligendum est ex causa & initio pacti, in proposito autem apparet ex præfatione epistolæ causam pacto illud dedisse, quòd Lucius Titius implicitam habebat rationem propter accepta inuicem & data. Sic enim habet præfatio, *ex ratione mensæ quam mecum habuisti in hunc diem*, quæ præfatio sicut maximè attendenda est ad mentem pacisc entium adsequendam, argum. *l.vltim.de hered.instit. l. Titia 134.§. idem respondit.de verbor.obligat.* Ita ostendit manifestè accepti atque expensi rationem tantùm esse computatam, cæteras verò obligationes manere in sua causa. Nunquam enim verba quantumuis generalia extendi possunt ad casus, de quibus non fuerit cogitatum *leg. tres fratres 35. supr. hoc titul. l. cùm Aquiliana 5. l. qui cum tutoribus 9.§.1.& sequent. infr.tit.1.*

48. GAIVS lib.3.ad Legem 12. Tabularum.

IN traditionibus rerum quodcunque[a] pactum sit, id valere manifestum est.

Ad l. In traditionibus 48.

Ratio dubitandi. Traditio nihil aliud est nisi datio & translatio possessionis *l.3. in princip.* iunct. *l.1. de action. empt.* pactum verò nihil nisi duorum pluriúmve consensus *l.1. supr. hoc tit.* Nihil ergo commune habet traditio cum pacto. De ea siquidem traditione loquimur, quæ per se subsistat & fiat ex alia causa quam pacti, id est, quæ præcedat pactum non quæ sequatur ad hoc vt pacto det effectum: (Alius enim tractatus est de traditione quæ fiat implendi pacti gratia, qualis illa est de qua diximus in *l. diuisionis* 45. *supr. hoc tit.*) Consequenter non potest dari actio ex hoc pacto cùm sit nudum, nulla scilicet interposita stipulatione, quam cùm potuerit interponere is qui pactus fuit si voluisset, imputare sibi debet cur non fecerit.

Ratio decidendi. Quotics quis rem suam tradit certa lege certóque pacto incontinenti adhibito non potest dici pactum illud nudum, sed potius lex traditioni dicta *l. rebus 6. l. vlt. C. de rer. permu. l.1. C. de pact. conuent. tam* ℞. *dot. l. legem 9. l. cùm res 22. C. de donat.* quam legem haud dubiè seruari oportet, si neque legibus neque bonis moribus repugnet, ne alioqui decipiatur is qui bona fide contraxit & rem suam tradidit, non aliter traditurus, neque contraturus *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vend.*

[a] *Quodcunque.* Id est etiam quod alioqui non valeret, puta per quod retineat quis sibi inutilem seruitutem, quam alioqui etiam per stipulationem sibi constituere non posset *l. quoties is.* iunct. *l. ei fundo 19. de seruit.* Aut ne contra eum fundum, quem venditor sibi retinuit cùm alium venderet, piscatio thynnaria exerceatur, vt in *l. venditor 13 commun. præd.* vbi dicitur hanc conuentionem seruandam esse siue per stipulationem facta sit siue per formam legis venditioni dictæ, quamuis mari quod naturâ omnibus patet seruitus priuata lege imponi non possit: Cæterùm illud semper obseruandum est ne aut legibus aut bonis moribus, aut bonæ fidei, si contractus talis sit, aut denique, vt dicam generaliùs, ne ipsius contractus naturę & substantiæ pactum repugnet. Alioqui non potest valere, sed vel vitiatur, vel vitiat, vel saltem contractum transformat. Exempla petenda sunt ex *l. rogasti 11. §. si tibi de reb. credit. l. cùm precario 12. de præcar. l. ex empto 11. §. vlt. l. bona fides 50 de act. empt. l. Lucius 24. de pos. l. cùm dotem 10. C. de iur. dot.* Exceptio vna subiicienda est ex *l. quòd si locus 11. de relig. & sumpt. funer.* quæ lex specialem habet rationem de qua ad eum locum dicemus.

49. VLPIANVS libro 4. ad Sabinum.

SI quis crediderit pecuniam: & pactus sit, *vt quatenus facere possit debitor, eatenus agat:* an pactum valeat? & magis est, hoc pactum valere. nec enim improbum, & si quis hactenus desideret conueniri, quatenus facultates,

Ad l. Si quis crediderit 49.

Ratio dubitandi. Priuilegium est vt debitor non conueniatur in solidum, nec suprà quàm facere possit. Ideóque non nisi certis personis hoc concessit ciuilis legislator, quarum causa visa est fauorabilior quàm cæterorum debitorum *l. maritum 12. cùm sex seq. infr. solut. matrim. l. sunt qui 16. cum nouem sequent. de re iudic.* Atqui non priuati hominis est, sed legis, dare alicui priuilegium: quod nec vnquam lex dat nisi ex magna causa propterea quod priuilegia omnia sunt odiosa, & prohibita per legem 12. tabul. iis verbis, *priuilegia ne irroganto*, vt dixi ad *l. 16.* ℞. *de legib.* Ergo non potest pactum valere quo conuenit inter creditorem, & debitorem ne debitor supra facultates suas teneatur. Alioqui euenire videbitur vt priuatorum cautiones legum autoritate censeantur quod absurdum est *l. vltim. de fuis & legit.* Adde, quod non valet pactum contrarium, si conueniat vt in solidum teneatur is, cui lex priuilegium dat ne teneatur supra quàm facere possit *l. alia 14. §.1. sol. matr.*

Ratio decidendi. Nihil fit contra leges aut contra bonos mores, cùm debitor paciscitur, ne supra facultates suas conueniatur, quia nullius interest præterquàm creditoris, qui si aliquid de iure suo velit remittere & debitori suo indulgere laudandus magis quàm reprehendendus aut impediendus est. Displicet enim legibus creditor nimis seuerus & onerosus, vt & debitor nimis delicatus. Nec tam priuilegium hoc dicendum est, quàm remissio iuris creditori competentis, cùm non à iure proficiscatur, sed à sola creditoris voluntate, cui vtique licet iuris sui persecutionem facere deteriorem *l. pactum 46.* ℞. *eod. l. pen. C. eod.* Estque longè diuersa ratio pacti contrarij quod diximus non valere. Ideo enim non valet, quia est contra bonos mores, cùm lædat reuerentiam iis personis debitam, quas placuit in solidum conueniri non debere, vt eleganter scriptum est in *d. l. alia §.1.* sola enim reuerentia quæ ex publica honestate huiusmodi personis debetur, ius hoc extorsit. Quare nec locum habere hoc casu potest ea distinctio quam adhibuimus ad *l. ius publicum 38. supr. hoc tit.* cùm tractauimus de pacto quod sit contra leges. Diximus enim ita demum non valere si pactum sit priusquàm legibus & iuri publico fuerit satisfactum, non etiam si postea. Satisfactum enim legibus intelligitur, si modò cœperint posse locum habere, at bonis moribus nunquam satisfactum videri potest, si quocunque tempore violetur reuerentia quæ huiusmodi personis perpetua debetur. Sanè si velint solidum soluere, non prohibentur. Interest enim eorum vt ipso iure liberentur, cum priuilegium quod habent, ne supra facultates suas conueniantur, non faciat ne sint obligati in solidum maneantq; obligati quandiu solidum non soluerunt.

Exemplo

Exemplo eius qui bonis cessit. *§. vlt. insist. de replic.* Vnde est quod eorum fideiussores in solidum tenentur, nec eodem gaudent priuilegio. *l. exceptiones 7. de except.*

50. IDEM lib. 42. ad Sabinum.

NOn impossibile puto in contractibus depositi, commodati, & locati, & cæteris similibus hoc pactum, *ne facias furem seruũ meum:* hoc est, ne sollicites, vt fur fiat, vt fugitiuus fiat: ne ita negligas seruum, vt fur efficiatur. sicuti enim serui corrupti actio locum habet: ita potest tiam hæc pactio locum habere, quæ ad non corrumpendos seruos pertinet.

Ad l. Non impossibile 50.

Ratio dubitandi. Si quis in hac causa est vt fur sit vel vispellio, impossibile est quod promittitur eum furem non esse, vispellionem non esse. Si verò in ea causa non est, frustrà est promitti quod iam sit. *l. si ita quis 31. de euictio.* Idéoque esse videtur si conuenerit, *ne facias furem seruum meum*, vt scilicet vel impossibile vel superuacuum hoc pactum esse, videatur. Impossibile si vel iam fur sit, vel fur fieri nolit. Superuacuum verò si vel fur non sit, vel fur fieri vltrò velit. Ergo neutrum pactum videtur valere. Hoc verò pessimis multò minùs, quippe per quod promitti videatur factum alienum, quod ne quidem per stipulationem ritè promittitur. *l. stipulatio ista 38. in principio. de verborum oblig.* Ratio decidendi. Vtrumque pactum vtile est. Prius quidem quia videtur hoc continere quod interest horum quid esse vel non esse. *dict. leg. si ita quis.* Posterius verò, quia continet ne sollicites vel fur fiat, vt fugitiuus fiat. Ne ita negligas seruum vt fur efficiatur. Qua ratione non tam alienum quàm proprium tuum factum promisisse intelligeris. Quid enim refert an seruum meum corrumpas, an per negligentiam tuam furem fieri patiaris? Ergo quemadmodum serui corrupti actio datur, cùm seruus corruptus fuit, ita potest etiam hæc pactio locum habere, per quam id agitur ne seruus corrumpatur. Idque tanto fauorabilius videri debet, quantò melius est vt integra seruentur omnia, quàm vt post illatum vulnus remedium quæratur? *l. vlt. C. in quibus causis restit. in integr. non est necess.* Errant igitur qui putant hoc pactum nihil aliud operari quàm vt omnis dubitationis tollendæ causa apponatur, ex *l. qui mutuam 56. mandat.* Etsi enim nullo quoque pacto interueniente futurum erat vt tenereris de seruo corrupto, si eum sollicitasses ad furtum, vtilis tamen pactio est non obid solùm ne tam facilè cogites de seruo corrumpendo, sed ob id maximè vt si is diligentior in cauendo ne per alium corrumpatur.

51. IDEM lib. 26. ad Edictum.

SI cùm te ex causa legati debere pacisci debitori tuo existimas, pactus sit *ne ab eo peteres:* neque iure ipso liberatur debitor[a], neque petentem summouebit exceptione conuentionis, vt Celsus lib. 22. scribit.

Ad l. Si cùm te 51.

Ratio dubitandi. Ad impediendam repetitionem soluti ex sententia, sufficit quod quis puter se condemnatum. *l. cùm putarem 36. vers. tamen sufficit. fam. ercis.* Ergo eadem ratione ad impediendum ne quis possit resilire à pacto de non petendo, sufficit vt putet se debere. Ratio decidendi. Facilius est vt succurratur ei qui per errorem pactus est de non petendo, quòd putaret se vicissim aliquid debere, quã ei qui soluit putans se condemnatum, cùm non esset, non modò propter autoritatem rei iudicatæ, quæ maxima est & tanta, vt vel sola eius opinio sufficere debeat: sed etiam quia plus est soluere, licèt indebitum sit quod per errorem soluitur, quàm paciscì. Solutio est modus legitimus tollendæ obligationis, non etiam pactum de non petendo: & ideò in solutione ius quoq. verſatur, in pacto autẽ nihil nisi factum & voluntas paciscentis, quæ porrò voluntas nulla est hominis errantis. *l. si per errorem 15. de iurisd. l. sed hoc ita 20. de aq. pluu. arcen. l. nihil 116. §. vlt. de reg. iur.* Vnde est quod etiam in contractibus idem accidit, vt si aliquis error interuenerit pro infecto habeatur, quod factum fuit. *l. in omnibus negotiis 57. de oblig. & act.* Adeóque si solutum sit aliquid per errorem quasi debitum quod re vera fuit indebitum, locus est condictioni. *tot. tit. de condit. indeb.* Cur ergo nocebit potius pactum de non petendo interpositũ per errorem? An fortè quòd in pactis, vt dixi, factum versetur. *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret.* ℞. *eo.* facta autem condici non possint, ideo quòd haberi nequeant pro infectis? At cui damus condictionem, quæ noua actio est, cur saluam esse nolumus veterem actionem quæ competit ex contractu, ne per pactum de non petendo cui error causam dederit debilitata videatur? Nam quemadmodum facilius est exceptionem quàm actionem dare, *l. inuitus 156. §.1. de reg. iur. l.1. §. is autem. de superf.* Ita facilius est actionem iam competentem conseruare saluam, integram, & efficacem, quàm exceptionem nouam tribuere. Cæterùm abundat hæc dictio *paciſci*, vt & Cuiacius monet.

[a] *Neque iure ipso liberatur debitor.* At quæ poterat esse ratio dubitandi? Nec enim quispiam vnquam dixit per pactum de non petendo tolli actionem ipso iure, cum certissimi iuris sit pactum non esse legitimum modum tollendæ obligationis. Cuiacius respondet, Quia tale pactum vice solutionis fuit. Quod certè, tanti viri pace dictum sit, falsum est. Nam imò verò cùm quis paciscitur ne à se petatur hoc ipso, fatetur agnoscitque à se deberi, & debitum iri, nec potest impedire quin à se petatur. Denique ne quidem contendit se liberatum esse ipso iure, sed liberari debere per exceptionem. Rationes dubitandi veræ semper esse debent, nunquam falsæ, sed semper malè applicatæ. Rationes autem decidendi &, veras & benè applicatas esse oportet. Vera igitur ratio dubitandi quod ad hanc legis partem illa erat, quod ex voluntate paciscentium compensatio facta videretur, cùm nonalia res causam dedisset pacto de non petendo;

quàm quod creditor qui pacisc̃batur se non petiturum, existimaret se inuicem debere. Plus enim potest compensatio quàm pactum de non petendo, cùm ea demum sit quæ vim & vicem habet solutionis, adeò vt fiat ipso iure, si modò opponatur. *l. 4. l. si ambo* 10. *& lege sequent. l posteaquàm* 21. *& passim de compensation. leg. si constat. Codice eodem.* Satis autem opposita videtur ab eo qui ex hac causa pactus est ne à se petatur, cùm non aliam causam habuerit sic pacisc̃endi.

Ratio decidendi. Compensatio fit quidem ipso iure, & vim solutionis habet, sed ita demum si aliquid sit quod compensari possit, id est, quod inuicem debeatur. Alioqui deficiente compensationis materia, potestas iuris nulla esse potest. Atqui sola opinio erronea debiti non facit debitum, *l. cùm is* 32. *§. mulier. & tot. tit. de cond. indeb.* Ergo neque inducet potestatem compensationis. Maximè in proposita specie, in qua putabat creditor se debitoris sui debitorem esse ex causa legati. Legatum enim vt valeat quidem pendet à iure, sed vt sit pendet à voluntate defuncti, qui si nihil legauerit, aut si male legauerit, non est in potestate heredis facere, etiamsi maximè velit vt quicquam debeat ex causa legati.

1 ¶ Idem eodem loco scribit, si debitorem tuum iussisti soluere Titio, cui legatum falsò debere existimas, & debitor pactus sit cum Titio suo debitore constituto, neque tibi aduersus tuum debitorem, neque ipsi aduersus suum actionem peremptam.

Ad §. 1. Idem.

Ratio dubitandi. Cùm debitorem tuum iussisti soluere Titio, posuisti in Titij potestate vt acciperet solutionem, eámque accipiendo debitorem tuum etiam te inuito ac postea reclamante liberaret, perinde ac si tibi soluisset. Nec enim quicquam refert, an debitor creditori suo soluat, an alij ex creditoris voluntate. *lege vero procuratori* 12. *§. sed etsi quis. de solut. l. quamuis* 40. *§. vlt. cum duabus sequentibus. ad Senatus Consultum. Trebellian.* Nec rursus liberationem debitoris cui illud impedire debet, quod cùm ei mandasti vt soluere Titio quod sibi debebat, putabas te tantundem Titio debere ex causa legati, per errorem scilicet, cùm re vera nihil ei deberes. Potest enim ea res acquirere quidem tibi condictionem indebiti aduersus Titium, ac si tu ei soluisses, at non impedire ne debitor tuus, qui ex mandato tuo soluit, liberetur. Condictio enim eius est non qui soluit, sed cuius nomine solutum fuit. *l. indebitam* 47. *l. cùm indebitum* 57. *in princip. & §. 1. de condictio. indebit.* Ergo eadem ratione dicendum est permissum fuisse debitori tuo pacisci cum Titio, quem habebat sibi debitorem ex aliqua causa. Pacisci, inquam, ne Titius ab eo quid peteret, animo nimirum compensandi, cùm inuicem deberi crederetur, nec ideò vllam sibi actionem in debitorem tuum, neque debitori tuo in Titium debitorem suum superesse. Est autem hic casus dubitabilior eo, de quo dictum est in *pr. l.* In hoc enim duo sunt debitores, is qui tibi debuit, & Titius qui debitori tuo. Ideóque nihil impedit quominus possit inter eos fieri compensatio: quę in superiore casu fieri non potest, cùm ex vna tantùm parte debeatur.

Ratio decidendi. Quod debitor tuus iussus est tuo nomine soluere Titio, potuit quidem Titio solui, ex eáque causa liberatio debitori tuo obtingere. Sed quandiu solutum non fuit, mansit tibi actio integra, quia nemo ex solo soluendi mandato accepto liberatur. Nam etsi vera Titio ex causa legati aliáve quidpiam debuisses, mandatum tamen reuocare potuisses. Nec est quod quis pro debitore tuo replicet, potuisse quidem reuocari mandatum, sed re integra. *dict. §. sed & si quis.* rem verò integram non esse, posteaquàm debitor tuus pactus est cum Titio, ne quid inuicem à se peterent. Nam esset quidem bona ea ratio, si propter eiusmodi pactum debitor tuus in damno aliquo moraretur, putà si debitorem suum per acceptilationem liberasset: quoniam ea acceptilatio veræ solutionis vim haberet, totámque Titij obligationem tolleret ipso iure. Sed cùm pactus tantùm fuerit, nec per pactum tolli potuerit actio, nihil aliud vereri potest, nisi ne agenti sibi contra Titium exceptio pacti opponatur: Quæ tamen exceptio non potest habere locum, quia pactum nudum nullo iuris vinculo subnixum est, sed sola pacisc̃entium voluntate, quæ porrò nulla fuit, cùm vterque erraret in eo quod putabant id quod tu debitori tuo mandaueras vt Titio solueret, à te debitum fuisse Titio ex causa legati, cui tamen nihil debebas. Itaque siue agas contra debitorem tuum, quasi adhuc sit debitor, tanquam qui nihil dum soluerit Titio, siue debitor, tanquam qui nihil dum soluerit Titio, siue debitor tuus contra Titium, quasi nulla compensatione facta, nullus aut debitori tuo contra te, aut Titio contra debitorem tuum locus est excipiendi de pacto, quod ex postfacto apparet interpositum fuisse per errorem. Nam etsi debitor tuus Titio soluisset bona fide, liberatus quidem fuisset, à te ipso iure, sed tu condictionem indebiti aduersus Titium haberes, cui indebitum solutum reperiretur. *dictæ leg. indebitam. & dict. leg. cùm indebitum. §. primo. de condictione indebiti.* Nihil igitur interest Titij, quod pactum conuentum inter eum & debitorem tuum pro non facto habeatur, quia nec quicquam refert an tibi condictione, an verò debitori tuo eidémque creditori suo pristina actione teneatur. Quòd si nihil Titij interest, illud etiam consequens fit vt nullam contra te exceptionem habere debeat: quia vt sæpiùs dixi, neque actiones, neque exceptiones dantur, nisi iis quorum interest. *lege tertia. §. primo. lege stipulatio ista* 38. *§. alteri. de verborum obligatio.* Ex quo illud etiam sequitur, vt neque debitoris tui quicquam interfit, cùm suam in Titium actionem saluam & integram habeat, ac proinde vt neque exceptione aliqua contra te adiuuandus sit, ita vt nulla egeas replicatione. Nam cùm ei mandasti vt Titio solueret, videris quidem pactus fuisse de non petendo ab ipso, sed sub hac conditione, si solueret, non etiam sub illa, si cum Titio pacisceretur. Atqui non soluit, nec verè, nec fictè, nec naturaliter, nec ciuiliter, sed tantùm pactus fuit. Non potest igitur te repellere exceptione taciti pacti, quippe

quippe cuius conditio tacita defecisse intelligatur, vt diximus euenire in specie: *lege in persona* 30. *§ vlti. lege tale pactum* 40. *§. post diuisionem. & §. vltim. supra hoc titulo.* Differt illius illud est, vt Titio qui expressum pactus est cum debitore tuo, non sit danda exceptio pacti aduersus ipsum, si pristina actione ab eo conueniatur. Sed eludetur ea exceptio per replicationem doli, vt & in *leg. tres fratres* 35. *in fin. supr. eodem.* Dolo enim malo facit Titius, qui lucrum captare vult ex alieno damno per occasionem pacti interpositi per errorem. *lege* 1. *de doli mali exceptione.* Quod ab Vlpiano prętermissum fuisse mirandum non est, vt & à Scæuola in *l. emptor* 47. *in princ. sup. eo.* quia non de alto quærebatur apud Vlpianum, nisi an ipso iure perempta esset, an salua actio, quæ perempta videbatur compensationis potestate. Nihil autem commune habet ea quæstio, An salua sit actio, cum illa quæstione, An replicatio sit necessaria, quia tum quoque cùm replicatio necessaria est, actionem saluam esse oportet, adeóque, quod magis est, exceptionem, vt replicationi locus esse possit: siquidem replicatio omnis præsupponit exceptionem, vt & exceptio actionem.

52. IDEM lib. 2. Opinionum.

EPistola, qua quis *coheredem sibi aliquem esse* cauit, petitionem nullam aduersus possessores rerum hereditariarum dabit.

Ad l. Epistola 52.

RAtio dubitandi. Qui per epistolam cauit aliquem sibi coheredē esse, non potest postea recusare quominus accipiat cum eo iudicium familiæ erciscundæ, quod inter coheredes accipitur, dummodo non id cauerit per errorem. *l cùm putarem* 30 *familiæ erciscundæ.* Plus enim est fateri & cauere aduersarium sibi esse coheredem, quàm agere familiæ erciscundæ iudicio, cùm is qui familiæ erciscundæ iudicio agit, non ideo fateatur aduersarium esse coheredem. *l. qui familiæ* 57. *eod.* Eadem ergo ratione dicendum est hunc, quem heres verus cauit sibi coheredem esse, dari debere actionem aduersus possessores rerum hereditariarum. Non enim necesse est plus iuris habere illum qui agit contra tertios possessores, qui nullum ius habent in rebus hereditariis, quàm si ageret contra verum heredem iudicio familiæ erciscundæ. Et regula iuris est, Cui licet quod est plus, multò magis quod minus est licere. *l. non debet cui* 21. *de reg. iur.* Ratio decidendi. Epistola veri heredis, quæ ei nocere debet, si modò sciens & prudens donandique animo talem epistolam emiserit, nō similiter potest nocere cæteris qui cū eo pacti non sunt, l cēt nullum ius habeant possidendi res hereditarias & retinēdi, quia heredem non epistolæ aut alia voluntas heredis facere potest, non magis quàm filiū aut fratrem defuncti. *l epistolis* 13. *C. de prob.* sed hereditas quam sola lex deferre potest, eáque aut vetus aut noua, & vel ex testamento ei qui sit heres institutus, vel ab intestato, si vel suus heres sit, vel proximus agnatus. *l. 1. 2. & 3. de her. pet.* Nec ad rem pertinet quod nihil iuris habeant possessores. Priùs enim quærendum est de iure actoris. Alioqui possessor vincit tanquam plus iuris habēs hoc ipso quod possidet. *l. vlt. C. de rei vind. l. vlt. de acqui. poss. l. 2. vti possid.*

1 ¶ Si inter debitorem, & eum, qui fundum pigneratum à creditore, quasi debitoris negotium gereret [a], emerit: placuit, *vt, habita compensatione fructuum, solutóque, quod reliquum deberetur, fundus debitori restitueretur:* etiam heres pacto quod defunctus fecit, fidem præstare debet.

Ad §. 1. Si inter.

Ratio dubitandi. Nulla potest esse vtilitas huius pacti nisi tribuat debitori actionem ad hoc vt ei restituatur fundus pignoratus & venditus, cùm fundi possessio sit penes heredem emptoris. Atqui ex pacto nudo nulla potest nasci actio. *l. 7. §. sed cum nulla. & segq. sup. h. t. l. si tibi* 27. *C. de locat.* Ergo pactum hoc inutile est. Quomodo enim proderit ad excipiendum, si debitor non conueniatur? Aut quomodo poterit conueniri ab emptoris herede eodémque possessore? Siquidem regulariter non is agit qui possidet. *§. aquè. Instit. de action.* Nam quod nonnulli tentant pactum hoc non esse nudum tanquam vestitum cohærentia contractus, vt loquuntur, sanè ridiculum est, cùm & ex interuallo fuerit interpositum, & post contractum inter alios celebratum, quo casu certum est ne quidem ex pacto incontinenti apposito agi posse. *d. l. si tibi.* Ratio decidendi. Datur actio debitori non ex pacto quod sanè inefficax est ad agendum, sed ex negotio gesto, quia ponimus emptorem hunc accessisse ad pignoris emptionem, vt negotium non tam suum quàm debitoris gereret. Actio igitur negotiorum gestorum, cuius potestate etiam citra pactum nullum potest debitor cōsequi non tantùm ab emptore, sed etiam ab emptoris herede, vt sibi restituatur fundus pignoratus & venditus. Sed cum non posset ille huiusmodi actione experiri, nisi soluto priùs restitutóque emptori pretio, & si quid præterea ea hac causa ei abesset, faciet pactum vt cogatur emptor eiúsve heres imputare sibi fructus perceptos in prerij diminutionem, ita vt non aliud soluendum habeat debitor, quàm quod ea imputatione facta superierit in debito. Hoc verò assequetur debitor non vi actionis, quæ aut ex ipso negotio gesto, aut ex pacto competat, sed oppositæ replicatione, quia cum hoc pactum sit adiiciens & appositum ex interuallo, non potest inesse actioni, vt eam formet, sed tantùm vt pariat exceptionem. *l. pacta conuenta* 72. *de contrahenda emptione.* Exceptionem, inquam, illam quæ veniat à parte actoris, hoc est, replicationem. Nec enim aliud quicquam replicatio est, quàm exceptio competens actori. *l. 2. §. replicationes. de exception.* Et quæ pacta inessent ex parte rei ad producendam exceptionem, quę actoris intentionem posset elidere, eadem possunt & debēt inesse etiam ex parte actoris, non quidem ad agendum, sed ad replicandum, cùm æquè sit fauorabilis actor in replicatione, atque reus in exceptione. Sic in *l. tres fratres* 35. 3. *eo. l. 3. de pign. act.*

a *Quasi debitoris negotium gereret.* Emptor scilicet, non creditor. Hoc autem necessario addendum fuit, quia si emptor suum non debitoris negotium gessisset emendo pignus à creditore illud distrahente iure creditoris, nulla superesset debitori spes luendi pignoris & offerendæ pecuniæ siue emptori, siue creditori. *l. cùm prior. 3. de distract. pignor. l. 2. C. si antiq. cred. pign. vend.* Creditor enim licèt non sit dominus, transfert tamen per venditionem dominium pignoris. *§. 1. Insti. quibus alien. lic. vel non.* quia nimirum vendit ex voluntate domini, id est, debitoris, cuius procurator in re pignorata esse intelligitur. *l. si pignori 29. ad fin. familiæ ercisc. in fi.* Intellige, nisi creditori in venditione pignoris exceperit, vt liceret debitori restituendo pretium pignus recuperare, vt in *l. si cùm venderet 13. de pignor. act.* quo casu potest debitor duplici via sibi consulere. Vna, vt per actionem pignoratitiam cogat creditorem sibi cedere actione ex vendito quam habet contra emptorem. Altera, vt possit etiam ipse rectà rem suam vindicare vel in factum agere citra vllam cessionem. *d. l. si cùm.* Sed prius quidem remedium ex ratione iuris est. Posterius verò inductum à Triboniano contra rationem iuris, vt ad eam *l. docuimus in Conjecturis.* Etsi potest dici emptorem pignoris si cum creditore pacisceatur vt liceat debitori quandoque restituto pretio pignus recuperare non tam rem ipsam obligatam, quàm ius creditoris emisse videri, vt in *l. fideiussor. 32. in fi. prin. de neg. gest.*

b *Vt habita compensatione fructuum.* Huius pacti sensus ille est, vt actio negotiorum gestorum quam suo iure habebat debitor in emptorem pignoris, induat naturam actionis pignoratitiæ, quæ ante pignoris venditionem eidem debitori aduersus creditorem competebat. Omnia enim quæ hoc pacto continentur, ad naturam actionis pignoratitiæ pertinent. *l. 1. 2. & 3. C. de pignor. action.* Vt appareat ex hac pactione nihil voluisse emptorem acquirere, nisi ius creditoris.

c *Etiam heres.* Ratio dubitandi. Videtur pactum hoc esse personale, ideóque non potuisse transire ad heredem ex *regul. leg. idem 25. §. 1. supr. eodem.* quia implicitam habet conditionem in facto consistentem, cùm & solutio pecuniæ & fundi restitutio sit facti. *leg. consilio. 7. §. vltim. de curat. furios.* Conditiones autem quæ in facto consistunt, imò etiam quæ in dando, si sint potestatiuæ, non transeunt ad heredem, nec ab herede impleri possunt. *leg. à testatore 109. de cond. & demonstr. leg. qui Romæ 122. §. Agerius. de verborum obligatio.*

Ratio decidendi. Restitutio fundi ad quam ex hoc pacto heres tenetur, non in conditione est, sed in obligatione, quæ licèt naturalis tantùm sit, non ciuilis tamen in heredem transit non minùs quàm si ciuilis esset. *leg. Stichum 95. §. quod vulgò. de solutionib.* Ergo ex parte emptoris eiúsque heredis non potest pactum esse personale. Ac neque ex parte debitoris, quia conditio non fuit conceptain personam, id est, ita vt relata sit ad personam debitoris, sed in rem & impersonaliter, hoc modo, *compensatione facta fructuum. solutóque quod reliquum deberetur.* quod genus conditionis dubium non est etiam heredi & ab herede impleri posse. *l. 1. C.* quando decreto opus non est. Et hinc nimirum petenda est ratio huius legis, non ex eo quod conditio fuerit concepta per ablatiuos absolutos, vt quidam volunt. Etsi enim refert aliquando an expressa sit figura conditionis, an non, vt in specie. *l. in ratione 30. §. tametsi. ad legem Falcidiam.* tamen quod ad hunc tractatum pertinet de iure implendæ conditionis, an transeat in heredem, nihil planè refert, vt constat ex *d. l. à testatore 109. de cond. & demonstr.*

2 ¶ Pactum, *vt, si quas summas propter tributiones prædij pignori nexi factas creditor soluisset, à debitore reciperet, & vt tributa eiusdem prædij debitor venderet:* iustum ideóque seruandum est.

Ad §. 2. Pactum.

Ratio dubitandi. Pactum hoc est contra formam iuris fiscalis, quia tributi præstandi onus pertinet omnimodo ad possessorem. *lege Imperatores 7 de public. & vectig. leg cùm possessor 5. de censibus.* & consequenter ad creditorem, quippe qui extra causam vsucapionis quod ad cæteras omnes possidere intelligitur. *lege serui. 16. de vsucapionibus.* Ergo quemadmodum non valet hoc pactum quantum ad fisci rationem. *lege inter debitorem 42. §. hoc titulo.* ita neque quantum ad priuatos, tanquam quod sit non solùm contra ius fiscale, sed etiam contra ius publicum & commune. *lege 2. & 3. C. sine censu vel reliq.* quèadmodum nec valeret si conuenisset inter virum & vxorem, vt vxor fundi dotalis tributa agnosceret, *l. 1. eo.* vel inter heredem & legatarium, donatorem & donatarium, emptorem & venditorem, ne possessor tributa præstet. *d. l. 3.*

Ratio decidendi. Speciale est vt valeat hoc pactũ inter debitorem & creditorem, quod inter alios non valeret, siue quod hoc casu non etiam cæteris onus soluendi tributi transferatur in dominum, vt vult Cuiacius, siue potiùs quod creditor ita possidere intelligitur? vt tamen debitor quoque possessor sit. *l. sciendum 15. §. c. editor. qui satisd. cog. l. cum & sortis 35. in fi. de pig act. l. pignori 15. de vsucap.* quod non similiter alio vllo casu dici potest, siue denique quòd parum aut nihil interfit debitoris. Cùm eo quoque casu quo creditor tributa præstat, damnum nihilominus sit debitoris, qui tanto minùs commodi sensurus sit ex fructuum imputatione. *l. in summa. 6. C. de pig.* Siquidem nec fructus vlli esse intelliguntur, nisi qui supersunt deductis impensis & oneribus fructuum. *l. si à domino 36. §. vlt. de peti. her. l. quod in fructus 46. de vsur.* Tributa verò fructuum onera esse constat, licèt dicantur etiam onera patrimonij. *lege 3. §. exactionem de muner. & honor.* nempe cùm idem est & dominus & possessor. Simile est quod dicimus valere consuetudinem, vt tributa non à conductoribus prædiorum, sed à dominis præstentur. *l. sine herede 32. §. Lucius. ff. de adm. tut.* Nimirũ quia nec quicquam interest domini, qui tanto minorem mercedem ex prædiorum suorum locatione habiturus est, si colonum obliget ad tributorum solutionem. Porrò quod per consuetudinem fieri potest, placet vulgò nostris etiam per pactum fieri posse, quod tamen an verum sit alibi discutiemus.

3 ¶ De

3 ¶ De inofficioso patris testamento acturis: *vt eis certa quantitas, quoad viueret heres, præstaretur:* pactus est, produci ad perpetuam præstationem id pactum postulabatur: rescriptum est, neque æquitate tale desiderium admitti.

Ad §. 3. De inofficioso.

Ratio dubitandi. Tempus non est modus tollendæ obligationis. *lege obligationum ferè 44. §. placet. de obli. & action. l. eum qui 56. 8. qui ita de verborum obligat. l. nemo potest. 55. de leg. 1.* Ergo obligatio quæ ex huiusmodi pacto nascitur, transit ipso iure in heredem. Nam & commodum quod ex inofficiosi querela proueniret, ad heredes pacisc entium peruenisset. Quidni ergo & commodum pacti in vicem illius commodi subrogatum?

Ratio decidendi. Pactum fuit restrictum ad personam vitámque heredis. Proinde dubitari non potest quin sit personale, adeóque temporale, & consequenter ad heredem non porrigatur. *l. idem 25. §. 1. sup. hoc tit.* Neque ipso iure, quia in pactis non ius, sed factum duntaxat versatur. *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret. eod.* Neque ex æquitate, quia non potest æquitas pacti temporalis perpetuam parere exceptionem. *d. l. si vnus. §. si cum reo. l. Imperator 8. in fin. de postul.* Nam si is qui per stipulationem promisit aliquid quandiu viuet. tametsi relinquat heredem suum ipso iure obligatum, nihilominus relinquit eum tutum exceptione pacti. *d §. qui ita.* quanto facilius est vt nulla stipulatione interposita, sed nudo tantum pacto, eóque temporali, nullus pacti effectus esse debeat, nisi is ipse qui ex pacti verbis esse debet, ne vltra vitam heredis porrigatur. Quare nihil necesse est cum interpretibus veteribus dicere, Obligationem quæ ex hoc pacto nascitur, ideò non transire in heredem quod succedat in locum querelæ, quæ extinguebatur morte. Falsum enim est quod illi præsupponunt, si pactum simile de alia re factum esset, fore vt ipso iure ad heredem transiret. Non est contrarium, quod ex huiusmodi pacto non tantùm naturalis obligatio nascitur, quæ pariat exceptionem, sed etiam ciuilis, ex qua nascitur etiam actio vtilis præscriptis verbis. *l. cùm mota 6. C de transac.* Nascitur enim ea actio ita demum si fides placitis non præstetur, vt illa lex ait, & ad hoc duntaxat vt quod promissum est fiat, non vt quicquam extorqueatur suprà quàm verbis pacti diserte expressum sit.

53. Idem lib. 4. Opinionum.

SVmptus quidem prorogare litiganti honestum est: pacisci autem, vt non quantitas eo nomine expensa cum vsuris licitis restituantur, *sed pars dimidia eius, quod ex ea lite datum erit,* non licet.

Ad l. Sumptus 53.

Ratio dubitandi. Cùm in vtramque partem par ratio est dubij euentus, siue in hunc, siue in illum euentum fiat pactum, neuter lædi videbitur. *leg 1. Cod. hoc titulo. l. de fideicommisso 11. Cod. de transaction. lege si pater 12. Cod. de inoffic. testament.* nec quicquam audiendus est petens ex euentu id cuius contrarium non fuerat in contrarium casum postulaturus. *lege pen. Co. de solut.* Atqui euentus litis semper dubius est & incertus. *lege 1. infr titul. prox. lege in summa 65. §. 1. de condict. indebit. lege quod debetur 51. de peculio.* Ergo tam facile est vt pactum de quota litis à procuratore vel aduocato factum ei noceat, quàm vt prosit. Quid enim si ea lis amissa sit in quam sumptus prorogauit, siue iure id contigerit, siue per sordes aut imperitiam iudicantis? An non erit commodum domino quod eiusmodi pactione liberatus sit à restituendis sumptibus bona fide prorogatis, quos alioqui etiam amissa lite refundere deberet? Rursus quid si miser litigator, quod plerumque euenit, non habeat aliunde ex quo possit refundere? Cur hanc acquirendæ liberationis viam ei præcludemus, cùm liceat aliud pro alio soluere volenti creditori? *l. 2. §. mutui. de rebus creditis. leg. manifesti 17. C. de solutionibus.* Denique cur non iusta & honesta est ratio quælibet exigendæ & repetendæ ex consensu debitoris pecuniæ quæ iustè debeatur? Atqui sumptus à procuratore aut aduocato in litem prorogari honestum est, vt lex ait. Ergo & honestum erit pactum per quod fiat vt ea ipsa lite sumptus illi restituantur.

Ratio decidendi. Quod honestè ac iustè debetur, honestè ac iustè soluitur. Sed non sunt honesti omnes modi per quos eiusmodi solutio extorqueatur, etiamsi adsit consensus debitoris. Nam si in eam rem fiat pactum de quota litis, improbum esse creditur & contra bonos mores. *l si qui 5. Codice de postul. l. si contra 20. Cod. mandat l. g. salarium 7 infra eodem tit. tit.* quasi euentus litis redemptus videatur. *leg. litem 15. Codice de procuratoribus.* Nec aliud est si non de quota litis pactum fit interpositum, sed de certæ pecuniæ quantitate in euentum bonum litis. *dict. leg. 7. mandat.* Nam, vt bene Bartolus docet, eadem ratio in vtraque pactione locum habet, vt contra bonos mores, quia malis exempli est. Sed an quòd ea pactione inuitetur procurator aut aduocatus ad delinquendum, id est, ad litem etiam calumniosè prosequendam? vt vult Bartolus. Non puto, sed potiùs quia vtróque casu lis perinde redimitur, quod nunquam ferre potest ciuilis legislator. Adeò ille lites execratur. *lege 4. §. 1. de alien. iudic. mut. caus. fact. lege quidam 21. de rebus creditis. lege per diuersas 34. Codice mandat.* Aliud erit si procurator vel aduocatus pacisc atur simpliciter de certa quantitate nullo hab to respectu ad litem, id est, neque ad rem litigiosam, neque ad euentum litis. Semper enim bonam fidem præstare procurator debet in reddenda ratione etiam in litibus. Ex bona autem fide est vt omne quod ex lite consecutus est siue principaliter ipsius rei nomine, siue extrinsecus ob eam rem, etiam per errorem aut iniuriam iudicis, cum re vera indebitum esset, id reddat. *l qui proprio 46. §. procurator. ff. de procur.* Mandatum enim gratuitum esse debet. *d l. si contra 29. C. mand.* Plane potest etiam aduocatus palmarij nomine pro singulis causis pacisci vsque ad centum aureos. *l. 1. §. si cui cautum. de extraord. cogni.*

54. SCÆVOLA apud Iulianum lib.22.Digestorum notat.

SI pactus sum, *ne Stichum qui mihi debebatur petam*: non intelligitur mora mihi fieri, moriuóque Sticho a puto non teneri reum, qui ante pactum moram non fecerat b.

Ad l.Si pactus sum 54.

Ratio dubitandi. Pactum de non petendo neque obligationem tollit, neque actionem, quia in obligationibus & actionibus ius versatur, in pactis factum: ius autem per factum tolli non potest. *l.si vnus* 27. *§.pactus ne peteret. supra hoc titulo.* Atquin vbi & obligatio & actio, & consequenter petitio est, ibi mora fieri potest, ad quam scilicet contrahendam sufficit interpellatum quem esse congruo loco & tempore, dum ne omissa sit debiti repetendi instantia *l.morâ* 32. *de vsur.* quemadmodum è contrario dicimus nullam intelligi moram ibi fieri, vbi nulla petitio est. *l.si pupillus* 124. *de verborum obligat. l.nulla* 88. *de regulis iuris.* Ergo pactum de non petendo non impedit quominus mora contrahatur, saltem ipso iure.

Ratio decidendi. Quamuis pactum de non petendo neque obligationem neque actionem tollat ipso iure, tollit tamen ope exceptionis, & ideo in effectu & ad impediendam moram, quæ facti & æquitatis magis quàm iuris est. *d.l.mora.* perinde est ac si tolleret ipso iure, cùm faciat vt nulla in effectu obligatio vel actio esse videatur. *l.lecta* 40. *vers.penult. de rebus creditis. l.sciendum* 21. *de vsuris.* Vnde est quod dici solet, Nihil referre, scilicet quantum ad rei effectum attinet, an ipso iure quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. *l.nihil interest* 112. *de reg.iur.*

a *Mortuóque Sticho.* Consequens hoc est superiori sententiæ, quia speciei debitor interitu eius citra moram contingente liberatur ipso iure. *leg.si ex legati.* 23. *de verborum obligat.* Rem enim quæ in rerum natura extare desiit, præstare impossibile est, nisi mora faciat vt pro non extante habeatur. *l.si seruum* 91. *§. sequitur. & sequentib. eodem.* Quid ergo si eum ipse dolo malo aut culpâ aliquâ occiderit? Vtique non tenebitur, quia non potest hoc casu dolus aut culpa esse pro mora, quam nec contraxit, nec contrahere vllo casu potuit is, qui exceptione pacti de non petendo tutus fuit. Itaque non habet locum in hac specie quod dici solet, Neminem posse facto suo tollere suam obligationem. *d.l.si seruum. §.nunc videamus,* quia priusquàm seruus occideretur, fuerat iam in effectu sublata obligatio facto ipsius creditoris, qui exercendæ actionis potestatem sibi præripuerat per pactum de non petendo.

b *Qui ante pactum moram non fecerat.* Ergo si ante pactum moram debitor fecerat, aliud erit: & debitor mortuo quoque Sticho nihilominus tenebitur.

Ratio dubitandi. Pactum de non petendo post contractam moram adhibitum purgat moram. Nam si vt ea purgetur sufficit omitti debiti repetendi instantiam. *dicta leg.mora.* quanto magis purgabitur, si creditor ipse qui moram passus est, pacisc atur de non petendo?

Ratio decidendi. Multùm interest an per pactum de non petendo purgetur mora, an contrahi impediatur. Si præcedat moram, impedit ne mora vnquam contrahi possit, & idem facit vt si iterum Stichus decesserit, debitor nullomodo teneatur, id est, ne quidem ipso iure. Si verò sequatur, subdistinguendum etiam est an Stichus iam decesserit post moram & ante pactum, an verò adhuc viuat. Si adhuc viuit, purgatur omnino mora per pactum, quia & purgare eam debitor posset per oblationem, nisi offerendi voluntatem & necessitatem pactum de non petendo ei auferret. Mora enim posterior creditoris noceret creditori, non debitori prior. *l.qui decem* 72. *in princip. & §.1.in fin.de solut.* Pactum autem de non petendo pro oblatione est. Sed si pacti tempore iam Stichus decesserat, & quidem post moram, non potest subsequens pactum purgare moram, id est, haberi pro oblatione, quia offerri Stichus, qui iam mortuus est, non potest, imò nec qui absens est. *d.l qui decem. §.idem responsum.* Non potest autem plus facere fictio quàm veritas. Ergo neque potest pactum de non petendo hoc casu facere quin debitor maneat ipso iure obligatus. Sed non ideo tamen inutile est, qui sicuti mora facit vt Stichus qui iam decesserit adhuc peti possit, quasi fictione iuris adhuc viuus. *dict.l.si seruum* 91. *§.vltim.de verborum obligation.* cùm actio quoque iuris sit, (in quo differt à solutione & oblatione, quæ est facti. *l. consilio* 7. *§.vlt.de curat.furios.* Ita & pactum de non petendo facit vt Stichum mortuum petens stipulator exceptione pacti repellatur, non quasi purgata per pactum mora, sed quia repelleretur, etiamsi adhuc Stichus viueret, nec vnquam oblatus creditori fuisset.

55. IVLIANVS libro 35. Digestorum.

SI debitor sit fructuarius a, & pacisc atur seruus, in quo vsum fructum habet, *ne ab eo petatur*: pacisc endo, meliorem conditionem eius facit. ¶ Item (si) creditor esset fructuarius b, & pactus esset, *ne peteret* c: seruus autem fructuarius pacisceretur, *vt peteret*: beneficio pacti, quod seruus interposuisset, vtiliter ad petitionem admitteretur d.

Ad l.Si debitor 55.

a *Si debitor sit fructuarius.* Ratio dubitandi. Fructuarius non est dominus, quia vsusfructus in iure non in parte dominij consistit. *leg. Mœuius* 66. *§. fundo. de legat.* 2. *lege rectè dicimus* 25. *de verborum significat.* Atqui seruus acquirit omnia domino, adeóque inuito nedum ignoranti. *lege etiam* 32. *de acquirendo rerum dominio. lege seruus vetante* 62. *de verborum obligation.* ita vt ne momento quidem temporis

temporis acquisitio in ipsius serui persona consistat. *l placet* 79. *de acquirend. hered.* Ergo quod seruus fructuarius stipulatur vel pacisc itur domino suo acquirit, non fructuario. Nam & generalis regula est, Non posse nos pacisc endo prodesse his qui in nostra sunt potestate. *l.& heredi* 21. *§. nos autem. sup. hoc titulo.* Nemo autem dixerit seruum fructuarium esse in fructuarij potestate. Ius enim potestatis, cùm de seruis agimus, dominij ius significat. *l. potestatis* 215. *de verborum significatio.* Ergo non potest seruus fructuarius pacisc endo prodesse fructuario.

Ratio decidendi, Seruus in quo alius dominium, alius vsumfructum habet, domino quidem acquirit regulariter, non fructuario, sed tamen acquirit etiã fructuario certis casibus: nimirũ si ex re fructuarij acquirat vel ex operis suis. *l.si serui* 21. *l.sed sicuti* 23. *§.1. de vsufruct.* nisi ex re quoque fructuarij velit domino acquirere. nam hoc etiam potest. *l.per seruum* 37. *§. penult. de acquir.rerum domin.* Posui duos casus, qui tamen in vnum recidunt. Nam & operæ serui quodammodo ex re eius, cui seruit, habentur, quia iure ille operas exhibere debet ei cui seruit, siue bonę fidei possessor, siue fructuarius sit. *leg.qui bona* 23. *eodem.* quippe cùm ab eo alatur. Vnde est quod etiam cogi à fructuario potest vt operetur. *dict. l.23 aliàs. l. id. inque. §. quoniam. de vsufruct.* Atqui cùm seruus fructuarius liberat fructuarium ipso iure per acceptilationem, aut ope exceptionis per pactum de non petendo, videtur ex re ipsius acquirere. *leg. si debitor* 63. *de solut.* quia saltem ex operis suis acquirit: Stipulatio enim, & multo magis pactum, quod meri facti est, in opera seruili vtique est. Ergo siue per acceptilationem, siue per pactum liberare eum potest. Tanto magis quod in eo nihil est, ex quo possit dominus proprietatis acquirendi occasionem captare. Eius namque est liberari qui obligatus fuit. Fructuarius autem obligatus ipse fuit, non dominus. Potest ergo seruus fructuarius pacisc endo facere meliorem fructuarij conditionem, deteriorem non potest, vt neque domini. *l.melior* 133. *de reg. iur.*

b *Si creditor esset fructuarius.* Ratio dubitandi. In pactis non ius versatur, sed factum & nuda voluntas pacisc entis. *leg. si vnus* 27. *§. pactus ne peteret. supra hoc titulo.* Ergo per pactum serui nihil potest acquiri domino aut inuito, aut ignoranti: multo minus fructuario qui non tantundem iuris habet in seruum fructuarium, quantum habet dominus. Atqui pacta de non petendo, & de petendo sunt contraria, & implicitam habent contrariã voluntatem, cùm sint etiam contradictoria. Ergo si creditor fructuarius pactus ipse fit de non petendo, seruus fructuarius postea pacisc ens de petendo, non potest vtilem ei facere actionem & efficacem acquisita per posterius pactum aduersus prioris pacti exceptionem replicatione. Maior enim ratio habenda est voluntatis fructuarii ipsius quàm serui, eodem fructuario vel inuito, vel saltem ignorante pacisc entis.

Ratio decidendi, Pacti de non petendo æquitas quæ inducit exceptionem proficiscitur à voluntate creditoris, qui pacisc itur se non petiturum. Nulla enim ei fit iniuria, cum ipsius actio ineffica redditur per exceptionem cui causam ipse præbuit propria voluntate. At è contrario pacti de petendo æquitas, quæ inducit replicationem, proficiscitur à voluntate debitoris, qui non recusat quominus à se petatur, ac vltrò admit sibi non auxilium exceptionis (quod non magis potest ille sibi adimere, quàm efficere vt pactum quod meri facti est, pro infecto habeatur) sed effectũ ipsius propter replicationem, cui etiam præbet causam cõtraria conuentione. Nihil ergo vetat quominus ex posteriore pacto serui acquiratur replicatio creditori fructuario, quamuis ex eiusdem creditoris pacto antea fuisset acquisita exceptio debitori, cùm hoc fiat ex noua voluntate debitoris, à qua non dissentire sufficit voluntatem creditoris eo tempore quo petit. Nam nec dubitari potest, quin velit petere is qui & petit, & aduersus debitorem vtentem exceptione vtitur replicatione, cùm nemo inuitus aut petat, aut replicet. Acquiritur autem pacti tam exceptio quàm replicatio per seruum siue proprium siue fructuarium, quia licèt pactum ipsum facti sit, exceptio tamen quæ ex pacto nascitur, itemque replicatio iuris est, nimirum prætorij, cuius perinde incapax est seruus ac iuris ciuilis. *leg. nullo* 7. *ad legem Corneliam de falsis.*

c *Et pactus esset ne peteret.* Aliud ergo esset si seruus fructuarius pactus esset ne fructuarius peteret, quia in pacto de non petendo exquirenda est voluntas eius cuius esset petere, non serui, qui nec petere ipse potest, nec vlla in re deteriorem facere illius, cui seruit, conditionem. *d.leg.melior* 133. *de reg.iur.*

d *Vtiliter ad petitionem admitteretur.* Non quasi ex hoc serui pacto nasci possit petitio, sed quia pactum hoc parit replicationẽ, cuius beneficio sit efficax actio quæ alioqui p exceptionẽ pacti elidi potuisset.

56. IDEM lib.6.ad Minicium.

SI conuenerit, *ne dominus à colono quid peteret*, & iusta causa conuentionis fuerit a, nihilominus colonus à domino petere potest.

Ad l.Si conuenerit. 46.

Ratio dubitandi. Contractus locationis & conductionis est vltrò citróque obligatorius, vt & emptionis & venditionis. *l. ex empto* 11. *l. Iulianus* 13. *§.offerri & pass. de action. empt. & vendit. lege in emptionibus* 43. *supr. hoc titulo.* iunct. *leg.2.locat.* Ergo non potest resolui pro parte quin resoluatur in totum. *l. 1. l. cùm emptor.* 5. *de rescindend. vendit. l. fin. de acceptil.* nec potest fieri pactum de non petendo liberatorium ex vna parte quin sit liberatorium vltro citróque. Ratio decidẽdi. Per pactum de nõ petendo contractus non resoluitur, sed exceptio tantùm acquiritur saluo manente contractu, salua obligatione vtrinque, & salua etiam vtrinque actione. In eóque grauiter errant nostri qui ad hanc legem tractant, vtrum pro parte resolui possit contractus, & quibus casibus, quasi per pactum de non petendo ab vno ex contrahentibus interpositum pro parte resoluatur: quod falsum est. Alia ratio est acceptilationis, quæ licèt ex vna tantùm parte facta

sit, vtrumque tamen contrahentem liberat. *d.l.vlti. de accept.* quia per eam contractus resoluitur, cùm necesse sit præcedere nouationem, tollíque omnem præcedentem obligationem. Atqui non posset fieri ciuili expressa conuentione, vt ex contractu qui sit vltrò citróque obligatorius, vnus tantùm ex contrahentibus esset obligatus: quia id repugnaret naturæ contractus. *d. l. ex empto.* 11. *§. vlt. l. bona fides* 50. *de actio empt.* Nisi in casu emptionis & venditionis cum pupillo factæ sine tutoris auctoritate. *d l. Iulianus §. si quis à pupillo. eodem dict. leg.* 1. *de rescindend. vendition.* Ergo cum per acceptilationem discedatur in totum à contractu ex vna parte, necesse est vt discedatur etiam ex altera. Igitur à contrario si per pactum de non petendo non discedituꝛ ab emptione aut locatione, ne quidem ex parte illius pro quo per exceptionem liberando pactum intercedit, multò minùs discedi intelligetur ex alia parte, ne pacti exceptio ei prosit, cui pactum nocere debeat. Quare nec ad rem pertinet si quis obiiciat eandem esse rationem distractus quæ est contractus. *l. ab emptione* 58. vbi Bartolus *numer. 2. infra hoc titul. l. & elegant.* 7. *§. non solùm. sup. de dolo.* Non enim distrahitur negotium per pactum de non petendo, sed potius confirmatur, quia pactum de non petendo præsupponit actionem, & consequenter contractum tenere, & quidem ex vtraque parte. Nec potest dici pactum de non petendo interpositum fauore coloni, videri factum ea contemplatione, ne similiter colonus quid peteret. Obligatur enim semper locator conductori ea contemplatione, vt vicissim conductor locatori obligetur, quæ res fatit vt non possit abiri à cõtractu ex vna parte, quin abeatur ex altera. *dict. l. 1. de rescind. vendit. l. cùm te. 9. C. de pact. inter empt. & vendit.* Sed non similiter possis dicere, Pacti exceptionem non posse acquiri conductori contra locatorem, quin & locatori aduersus conductorem acquiratur: præsertim cùm in pactis non ius, sed factum versetur, vt sæpius diximus ex *l. si vnus* 27. *§. pactus ne peteret. s. h. tit.* Inde namque fit vt ex pacto nihil inferri possit, nisi quatenus pactum factúmque intercessit.

a *Et iusta causa conuentionis fuerit.* Ratio dubitandi. Pactum nullam causam habet, in eóque differt à contractu. *l.* 7. *§. sed cùm nulla. supr. hoc titul.* Ergo nihil interest, an iusta causa pacti aliqua fuerit, nécne.

Ratio decidendi. Alio sensu sumitur causæ nomen in *dict. §. sed cùm nulla.* alio autem in hoc loco, vt ibi dixi. Iustam verò causam intellige, si forte sterilitas aut animus donandi pacto causam præbuerit, non etiam si fortè vis vel dolus intervenerit. Tunc enim non solùm danda esset doli replicatio ei qui vim vel dolum passus esset, sed etiam deneganda actio ei qui prior agere, neque contractum ex parte sua implere veller, tum quia ea est natura cõtractus vltrò citróque obligatorij, *d. l. Iulianus. §. offerri*, tum etiam quia sicut exceptiones, ita & replicationes doli iudiciis bonæ fidei insunt, vt alicubi docui. Iunge quæ dicam ad *l. 1. ff. tit. prox.*

57. FLORENTINVS libro 8. Institutionum.

QVi in futurum vsuras à debitore acceperat, tacitè pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat.

Ad l. Qui in futurum. 57.

Ratio dubitandi. Pactum in vna re factum, in alia nocere aut prodesse nec potest nec debet. *d. si vnus* 27. *§. pacta* 8. *hoc tit.* Atqui aliud est vsura, aliud sors, nec quicquam simile habet sors cum vsura. *l. 1. l. 5. de solut. l. vlt. & tot. tit. C. de vsur.* Ergo pactum de vsuris factum non potest extendi ad sortem, vt è contrario sententia de sorte lata non porrigitur ad vsuras. *l. vlti. §. vlt. de cond. indeb.* Ratio decidendi. Vsuræ licèt differant à sorte, non possunt tamen intelligi, nisi ex comparatione sortis. Vsura enim dicitur quicquid excedit sortem, nec debentur vsuræ nisi ob moram & cessationem factam in soluenda sorte. *l. cum quidam* 17. *§. si pupillo de vsur.* Ergo pacisciturꝛ tacitè de non petenda sorte in certum vsque tempus quisquis accipit vsuras in futurum illud tempus Alioqui nullo iure eas haberet, & possent ab ea condici saltem condictione sine causa ex *l. si me & Titium* 32. *de rebus credit. lib.* 1. *& tot. tit. de condict. sine caus.* Quæ res facit vt intra illud tempus pro quo vsuras accepit, sortem petat, repellatur doli exceptione. *l. 2. §. non malè. de dolo mal. exceptione.* Dissimile est pactum, sed quod tamen eandem rationem habet, si conueniat vt donec vsuræ soluentur, sors non petatur. Illud est de vsuris in futurum soluẽdis, de quo in *lege* 4. *§. vltimo supra eodem.* Hoc verò de quo agimus de vsuris iam solutis, sed tamen pro tempore futuro. Illud perpetuum est, si modò in perpetuum vsuras præstare debitor paratus sit: hoc verò est temporale quandiu tempus durat, pro quo vsuræ sunt solutæ. Nam si postea vellet alias vsuras soluere, vt in longius tempus sortis petitio differretur, creditor non cogeretur eas accipere, si sortem habere mallet.

1 ¶ **Si ex altera parte in rem, ex altera in personam pactum conceptum fuerit, veluti *ne ego petam*, vel, *ne à te petatur*: heres meus ab omnibus vobis petitionem habebit [b], & ab herede tuo omnes petere poterimus.**

Ad §. 1. Si ex altera.

Ratio dubitandi. Etiamsi paciscar ne à te petam (aliud si ab alia certa persona) non ideo tamen pactum semper est personale, quia plerumque persona pacto inseritur, non vt personale pactum fiat sed vt demõstretur cũ quo pactũ sit factum. *l. 7. §. pactorum s. h. tit.* Itaque cùm sit quæstio voluntatis, non melius quàm ex aliis, quæ eodem pacto continẽtur, dignosci potest, an ea mens fuerit pacisceꝛtium, vt pactum in rẽ esset, aut in personam. Atqui ponimus ex altera parte pactum fuisse in rem. Cur ergo ex altera parte volumus hoc casu interpretari pactum esse in personam? Præsertim cùm fauorabilior sit interpretatio, per quam pactum in rem fuisse intelligitur, si quidẽ tantò latiùs patet, vt ad heredes quoque pacisceꝛtium protrahatur. Ratio decidendi. Quoties persona certa expressa est, pactum in dubio præsumitur personale, nisi contraria mens probetur, quia voluntas nunquam potest in dubio melius perspici, quàm ex vi & proprietate verborum. *l. ille aut ille.* 25. *§.* 1. *leg. non aliter* 63. *de leg.* 3. *l. Labeo.* 7. *§.* 1. *de supellect. leg.* Et quod ex altera parte pactum in rem conceptum est, tanto magis facere debet, vt ex alia parte pactum in personam esse interpretemur. Si enim ea mens pacisceꝛtium fuit, vt pactum vtrinque in rem esset, cur non iisdem verbis ex vtraque parte illud conceperunt, quomodo argumentatur Iustinianus in *l. vnica. §. vbi autem. vers. sin autem ad deficientis. in fin. Codic. de caduc. tollend.*

b *Heres meus ab omnibus vobis petitionem habebit.*

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *leg. idem* 25. *§. personale. vers. nec ad heredem. supra hoc titul.* Aliam rationem dubitandi adferunt nonnulli ex Bartolo, quod in dubio pactum censeatur in rem, licèt demonstrata sit persona aliqua, dummodò sit ex pacisceꝛtibus: atque ita intelligunt. *l. 7. §. pactorum. s. hoc tit.* Et quia hic textus apertè repugnat, supplent adiectam hîc fuisse dictionem caxatiuam *tantùm*, aut aliam similem. Sed hoc ridiculum & commentitium est. Alij distinguunt pactionem negatiuam ab affirmatiua, quasi affirmatiua transeat facilius in heredem quàm negatiua. Alij an persona apponatur verbo obligatiuo, an verbo obligationis executiuo, vt primo casu pactum nõ sit personale, sit autem posteriore. Cùm potiùs deberet dici pactum esse personale, si persona adiiciatur verbo obligatiuo. Non item si verbo executiuo, quia verba executiua non solent ampliare aut restringere dispositionem. *l. vltim. §. penult. de condict. indebit.* Sanè si pactum in quo demonstrata est certa persona adiectum sit contractui, qui sui natura trãsit ad heredem, absurdum est dicere pactum in dubio præsumi personale. *l. si necessarias* 8. *§. de vendendo. ff. de pignor. act.*

58. NERATIVS libro 3. Membranarum.

AB emptione, venditione, locatione, conductione, cæterísque similibus obligationibus, quin, integris omnibus consensu eorum [a], qui inter se obligati sunt recedi possit, dubium non est. Aristoni hoc amplius videatur: si ea, quæ me ex empto [b] præstare tibi oporteret præstitissem, & cùm tu mihi pretium deberes, conuenisset mihi tecum, *vt rursus præstitis mihi à te in re vendita omnibus, quæ ego præstitissem, pretium mihi non dares*, túque mihi ea præstitisses, pretium te debere desinere: quia bonæ fidei [c], ad quam omnia hæc rediguntur, interpretatio hanc quoque conuentionem admittit. Nec quicquam interest, vtrùm integris omnibus, in quæ obligati essemus, conueniret, *vt ab eo negotio discederetur*, an in integrum restitutis his quæ ego tibi præstitissem, consentiremus, *ne quid tu mihi eo nomine præstares.* ¶ Illud planè conuentione [d], quæ pertinet ad resoluendum id, quod actum est, perfici non potest, *vt tu, quod iam ego tibi præstiti, contra præstare mihi cogaris*, quia eo modo non tam hoc agitur, vt à pristino negotio discedamus, quàm vt nouæ quædam obligationes inter nos constituantur.

Ad l. Ab emptione 58.

a *Consensu eorum.* Ratio dubitandi. Contractus omnes præsertim qui consensu perficiuntur ab initio sunt voluntatis, ex postfacto autem necessitatis. *l. sicut.* 5. *Cod. de obligat. & action.* Ergo non magis tolli possunt solo consensu, quamuis rebus adhuc integris, quàm si integræ nõ essent. Ratio decidendi. Nihil tam naturale est, quàm quidque dissolui eo modo quo colligatum est. *leg. nihil tam naturale* 35. *de reg. iur. l. prout* 80. *de solut.* Ergo contractus solo consensu perfecti rebus adhuc integris contrario consensu dissolui possunt. *l.* 3. *de rescind. vend. l.* 1. *C. quand. lic. ab emp. disced.*

b *Si ea quæ me ex empto.* Ratio dubitandi. Si ea quæ me ex empto tibi præstare oportebat iam præstiterim, res amplius integra non est. Ergo nudo consensu fieri ex eo tempore non potest, vt ab emptione discedatur: quamuis etiam conuenerit, vt retrotradas mihi ea omnia quæ à me habuisti. Ratio decidendi. Nihil planè interest an res semper manserit integra, an verò in integrum restituatur priusquàm venditio in eo sit, vt nudo consensu resoluatur. Etsi enim ea quæ facta sunt pro infectis haberi nunquam possunt. *l. in bello* 12. *§. factæ. de captiuis & postlimin. l. 2. infra de rescind. vendit.* possunt tamen contrario facto in eum statum reduci, vt perinde habenda sint, ac si facta nunquam fuissent. Vt si res vendita tradita sit, potest facilè retrotradi, & ita pro non tradita haberi. Et ideo obseruandum est pactum, de quo hîc Neratius ex Aristone tractat, non ita conceptum fuisse, vt postquàm venditor emptori rem tradidit, cùm emptor vicissim ei pretium deberet, conueneritvt emptor eam rem retrotraderet, atque ita desineret pretium debere. Sic enim conceptum pactum nullius esset momenti, quia non posset prodesse ad agendum emptore nolente rem retrotradere. Sed ponimus ita conceptum fuisse, *vt rursus præstitis mihi à te omnibus, quæ ego tibi præstitissem*, collata scilicet potestate pacti in id tempus quo retrotraditio iam facta esset; non etiã collata in pactum retrotradendi obligatione. Idq; postea sequitur in hac lege.

c *Quia bonæ fidei.* Ratio dubitandi. Bona fide vult pacta omnia seruari, quæ nec contra leges sunt, nec contra bonos mores. *l. 1. l. 7. §. ait prætor. sup. hoc titulo.* Ergo si nihil nisi bonam fidem inspicimus, non est distinguendum an res sit integra vel in integrum restituta nécne, quia omnimodo pactum valebit. Ratio decidendi. Imò non paritur bona fides vt discedatur à contractu nudo consensu, si iam ex vna parte impletus fuerit contractus, non etiam ex altera, quoniam ita fieret vt vel emptor vel venditor & rem & pretium haberet, quod euidenter iniquum, & contra bonam fidem est. *l. ex empto. 11. §. vlt. l. bona fides* 50. *de act. emp.*

d *Illud planè conuentione.* Ratio dubitandi. Valet pactum, vt tu quod iam ego tibi præstiti, mihi contra præstare cogaris. Fiúntque quotidie huiusmodi pacta quæ nos de retrouendendo appellamus, de quibus tractant nostri ad *l. 2. C. de pact. inter emp. & vend.* Quinimò valet etiam pactum, vt si quantitas ab emptore data pretij nomine ei reddatur à venditore intra certum tempus res sit inempta. *l. si à te. 7. eo.* Ergo conuentione fieri potest vt quod vnus ex contrahentibus præstitit, eidem reddatur, etiam ad resoluendum contractum. Ratio decidendi. Si pactum de retrouendendo appositum sit aut in ipso contractu, aut in continenti post contractum emptionis valet etiam ad producendam actionem. *d. l. 2. vt & illud de quo in d. l. si à te.* quemadmodum & cetera omnia quæ in ipsis rerum traditionibus interponuntur. *l. in traditionibus* 48. §. *hoc titul.* sed non ad resoluendum contractum. Aliud enim est id agi vt à pristino negotio discedamus: aliud verò vt nouæ quædam obligationes constituantur. Quòd si pactum ex interuallo factum sit, tũc neque prodest ad agendum, neque ad resoluendum contractũ re amplius non integra. Et de his nimirũ pactis ex interuallo appositis loquitur hæc *l.* cũ distinguit an omnia sint integra nécne, quia cùm res est integra, ea quoq; pacta quæ ex interuallo secuta sunt, eam vim habent vt resoluant contractum qui consensu tantùm, nõ etiam implemento secuto perfectus fuerat.

59. PAVLVS lib. 3. Regularum.

PEr quos adquiri nobis stipulatione potest, per eosdem etiam pactis conuentis meliorem conditionem nostram fieri posse placet.

Ad l. Per quos 59.

Ratio dubitandi. Magna est differentia inter pacta & stipulationes. Nam in stipulationibus ius versatur, in pactis nihil nisi factum. *leg. si vnus* 27. §. *pactus ne peteret de pactis.* Facilius ergo est vt per eos quos in potestate habemus, acquiratur nobis ex stipulatione quàm ex pacto, quia vt nobis per eos, quos in potestate habemus, acquiri aliquid possit, fit ex iuris potestate tantùm, adeò vt ne momento quidem acquisitio consistat in persona serui. *l. placet* 79. *de acquirend. hered.* Ratio decidendi. Quæ ratio est stipulationis in producenda actione, eadem est pacti in producenda exceptione. Non enim magis capaces exceptionis sunt serui quàm actionis sibi acquirendæ, & contrà non minùs interest eius qui alium habet in potestate, vt per illum acquirat sibi exceptionem, quàm vt actionem. Nec ad rem pertinet quod pactum sit facti. Non enim pactum est quod acquiritur domino per seruum, aut patri per filium, sed pacti exceptio quæ ipsa iuris est perinde atq; actio. Nisi quod exceptio semper est iuris prætorij, actio interdum etiam iuris ciuilis. Denique publica vtilitas fecit vt permittendũ fuerit conditionem nostram per eos, quos in potestate habemus, meliorem fieri quoquomodo, id est, siue per pacta, siue per stipulationes, siue actionem acquirendo, siue exceptionem. *l. stipulatio ista* 38. §. *hi qui. de verb. oblig.*

60. PAPIRIVS IVSTVS lib. 8. Constitutionum.

IMperator Antoninus Auidio Cassio rescripsit: Si creditores parati sint partem ex bonis, licèt ab extraneo consequi: rationem habendam priùs necessariarum personarum, si idoneæ sint.

Ad l. Imperator 60.

Ratio dubitandi. Cùm plures sunt creditores qui veniunt ad bona eiusdem debitoris quæ sint vendenda, non veniunt tanquam necessariæ personæ, sed tanquam creditores. Imò & creditores ipsi cùm veniunt ad emptionem & licitationem, veniunt tãquam extranei, & ita demũ si alius emptor non existat, aut existat quidem, sed non dignum pretiũ offerat. *l. 2. & 3. C. si in caus. iud. pign. capt. sit.* Non igitur illi præferendi sunt qui sunt consanguinei, sed qui sunt creditores aut antiquiores, aut ex maiore quãtitate pecuniæ, vt in *l. maiorem* 8. §. *h. t. l. cum bona* 16. *de reb. aut. iudic. poss. aliàs l. 1. de priuil. cred.* Aut potiùs, ne creditores quidẽ, sed extranei. Ratio decidendi. Præferuntur illi, qui maius pretiũ offerre volunt, siue creditores sint, siue cõsanguinei, siue extranei, sed cæteris paribus creditores licèt extraneorum vice emãt, præferuntur, & ex creditoribus illi, quibus maior pecuniæ quãtitas debetur. Sed si nolint præferri, paratósque se profiteantur partem debiti ex bonis debitoris consequi, licèt ab extraneo, non possunt inuidere, aut impedire quominus extranei cõsanguinei præferantur, dummodo sint idonei, hoc est, soluendo. Cæteris enim paribus æquum est necessarias personas extraneis præferri. *d. l. cum bona.* Malè vulgò nostri postBar. hãc *l.* sic intelligũt vt vbi est paritas in cumulatione debiti, dignitatis & numero personarum præferantur voces cõsanguineorum. Alius enim ille tractatus est pertinens ad ea quæ diximus ad *§. vlt. l.* 7. iunct. *l.* 8. §. *h. tit.* Malè alij rursum ita intelligunt, vt pactum ei factum qui putabatur heres porrigatur ad eum, qui in veritate heres est. Scilicet, inquiunt, si contemplatione hereditatis, non personæ factum sit, ne obstet. *l. si decem* 17. §. *pen.* §. *hoc tit.* iunct. *l. si actionem* 24. *C. eod.* Nihil enim est in tota hac lege vnde possis commentitias istas interpretationes colligere. Iunge *l. dudum* 14. *C. de contr. empt.*

61. POMPONIVS lib. 9. ad Sabinum.

NEmo paciscendo efficere potest, *ne sibi locum suum dedicare liceat*: aut, *ne sibi in suo sepelire mortuum liceat*: aut *ne, vicino inuito prædium alienet*[a].

Ad l. Nemo 61.

Ratio dubitandi. In traditionibus rerũ quodcũq; pactũ sit id valere manifestissimum est: *l. in traditionibus* 48. *vbi dixi* §. *hoc tit.* cùm vnusquisque rei suæ moderator sit & arbiter. *l. in re mandata* 21. *C. mand.* Cùm enim venditor aut alius alienator nõ alia lege ius

ius suum in alium transferri passurus fuerit, nisi tali fretus conuentione, quomodo ferendum est aliquam captionem ex varia & contraria pati eum interpretatione, inquit Iustinianus in *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vend.* Ratio decidendi. Alia fuit hac parte ratio iuris veteris, quod huius legis temporibus obtinebat, alia verò iuris noui, quod induxit Iustin. in *d. l. vlt.* Iuris veteris ratio illa fuisse videtur, quòd non videretur conuenire bono viro & pio credere quicquam interesse pacisentis, quod locus venditus fuerit Deo dicatus, aut per illationem mortui factus religiosus, cùm ita factum esse interesit pietatis & religionis. Exemplo eius quod Papin. respondit in *l. seruus 7. de seru. expor.* Sed quemadmodum Papinianus in eadem specie mutauit sententiam, tandémque secutus est Sabini opinionem existimãtis agi posse ex lege contractus, quoties interest pacisentis. Interesse autem semper eius qui tantò minoris propter pactum rem vendiderit. *l. si venditor 6. §. vlt. eod.* Ita & Iustinianus corrigendum putauit ius verus ea ratione, quod forsitan interfit venditoris, qui non aliter saltem eodem pretio fuerit venditurus. Hęc enim ratio est. *d. l. vlt.* Quoties namque pacisentis interest, dubitari non oportet quin pactum valeat. *l. 1. §. si quis hoc cesserit* 28. *de aqua quot. & est. l. si creditor* 7. §. *vlt. de distr. pign. l. ei fundo* 19. *de seruit.*

b *Aut ne vicino inuito prædium alienet.* Ratio dubitandi. Potest interesse pacisentis vt alium vicinum non habeat, quàm quem nunc habet, quem tamen haberet nouum si fundi alienatio contra pacti fidem permitteretur. *d. l. vlt. vers. forsitan. C. de pact. inter emptor. & vendit.* Ratio decidendi. Interest publicè liberam esse domino cuilibet rerum suarum alienationem, præsertim homini ingenuo & ciui Romano. *l. 2. si à parent, quis manum.* Nihil enim tam naturale est, quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi. *l. quæ ratione* 9. §. *hæ quoque res de acquir. r r. domin.* Et quemadmodum non est in cuiusquam arbitrio & voluntate vt desinat esse rei suæ dominus, nisi aliquo ex iis modis quibus placuit rerum dominia amitti iure gentium vel ciuili. *leg. si quis vi.* 17. §. *differentia. de acquir. possess.* Ita nec vt is qui rei suæ dominus manet eius pro arbitrio alienandæ non habeat facultatem. *arg. l. dudum* 14. *C. de contr. empt.* Aliud est si conuenerit vt cùm tu rem tuam vendere voles, cogeris me præferre alij cuilibet emptori pro eodem pretio, quod ius προτιμήσεως appellatur. *l. qui Romæ* 122. §. *coheredes. de verb. oblig.* Hoc enim pactum non simpliciter prohibitiuum est, sed limitatiuum, vt nostri loquuntur, & ideo iam olim quoque valebat. *l. si sterilis* 21. §. *sed etsi. de act. empt.* Sed obseruandum est eo loco agi de huiusmodi pacto interposita in ipsa eiusdem rei venditione. Quo fanè casu dubitandum non est valere pactum quodlibet etiam quo conuenit ne possis alij vendere rem quam ea lege vendidi tibi. *d. l. in traditionibus* 48. §. *hoc titulo. l. ea lege* 3. *C. de cond. ex leg. l. si ita quis* 135. §. *ea lege de verbor. oblig.* qui omnes loci sunt ex iure vetere & ante Iustiniani constitutionem in *d. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vend. & in l. vlt. C. de reb. alie. non alien.* Ex quo apparet quod in hac lege scriptum est, non valere huiusmodi pactum. Ne quis vicino inuito prædium suum alienet, non esse intelligendum de eo casu quo contrahentes hanc legem dicant ipsi prædio quod alienatur: quomodo etiam Accurs. Bartol. & alij vulgò intellexerunt: Multùm námque interest an rei suę quis legem dicat, an alienæ. *l. quoties* 15. iunct. *leg. ei fundo* 19. *de seruit. l. venditor* 13. *commun. præd.* siue in ipsa traditione rei propriæ ita quis pacisca tur, siue extra traditionem. Sed & cùm dicimus valere pactum de re quæ traditur non alienanda, sic intelligendum est non vt dominij translatio impediatur, sed vt alienatio fiat actio ex ea causa competat personalis, per quam cogatur is qui alienauit præstare quicquid interest pacisentis. *d. l. si ita quis §. ea lege de verb. oblig. & d. l. si sterilis. §. sed etsi de act. empt.* nili malit donator condicere quod donauit. *d. l. ea lege* 3. *Cod. de condict. ex leg.* Atque ita etiam accipi debet quod scriptum est in *d. l. vlt. de reb. alien. non alien.* prohibita per pactum alienatione non solùm dominij alienationem prohibendam esse, sed etiam vsusfructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi. Hoc nimirum sensu, Vt contra legem contractus fecisse intelligatur, ex eáque causa personali actione teneatur is qui vsumfructum vel pignus constituit, vel seruitutes imposuit, non minùs quàm si rem alienasset. Alioqui fatendum erit ius verus abrogatum fuisse ea Iustiniani constitutione, quod an verum sit, aliquando, si Deus volet, ad eum locum dicemus. Excipiendus est casus quo is qui pacisci tur de re non alienanda habeat in ipsa re ius aliquod, putà hypothecæ aut dominii, vt noceant directi in re emphiteutica. Hoc enim casu verum est ipsam quoque domidii translationem impediri. *d. l. si creditor 7. §. vlt. de distr. pig.* An autem aliqua sit hac parte differentia inter contractus & vltimas voluntates; alio etiam loco tractandum erit.

62. FVRIVS ANTHIANVS lib 1. ad Edictum.

SI reus, postquàm pactus sit, *à se non peti pecuniam*, (ideóque cœpit id pactum fideiussori quoque prodesse) pactus sit, *vt à se peti liceat*: an vtilitas prioris pacti sublata sit fideiussori quæsitum est[a]? Sed verius est semel adquisitam fideiussori pacti exceptionem, vlteriùs ei inuito extorqueri non posse.

Ad l. Si reus 62.

Ratio dubitandi & decidendi pendet ex iis quæ diximus ad *l. si vnus* 27. §. *pactus ne peteret.* §. *h. t.* vbi ostendimus in huius legis quæstione Iureconsultos dissensisse.

a *Quæsitum est.* scilicet inter Iureconsultos. Sic enim loqui prudentes nostri solent; cùm tractant de re quæ fuerit inter eos controuersa: idémque ostendunt etiam ea verba quæ sequuntur; *sed verius est.*

DE TRANSACTIONIBVS.

TITVLVS XV.

VLPIANVS lib. 50. ad Edictum.

QVI transigit, quasi de re dubia, & lite incerta[a], neque finita transigit, qui verò pacisciturb donationis causa, rem certam & indubitatam liberalitate remittit.

Ad Tit. 15. de Transact.

Ad l. Qui transigit 1.

Ratio dubitandi. Transactum accipimus, non solùm si Aquiliana stipulatio fuerit subiecta, sed & si pactum nudum & conuentum fuerit factum. *l. prox. §. eod.* Vnde dicitur passim pactum transactionis. *l. si de certa 31. l. quamuis 19. C. eod.* Ergo cùm transactio sit pactum, nulla inter pactum & transactionem, nisi quantum ad sonum verborum, differētia est. Ratio decidendi. Pactum se habet ad transactionem, vt genus ad speciem. Omnis enim transactio pactum est, licèt aliquando Aquilianæ stipulationis & acceptilationis vinculis firmetur. *l. vbi pactum 40. C. hoc tit.* Sed non similiter omne pactum transactio est. Transactio non solummodo pactum est, sed etiam tale pactum, quod semper eandem causam suam habet, eámque iustam: vt nimirum à lite discedatur. *l. in summa 65. §. 1. de cond. indeb.* Vnde & transactionis causa pacisci quis rectè dicitur, sicut & donationis. *l. 7. l. cùm donationis 34. C. hoc titul.* Ac pactum quod transactio non est, non semper iustam causam habet, quod cùm euenit nec seruandum est, quia nulla æquitate adiuuatur. *l. si conuenerit 56. §. tit. 1.* Cùm verò causam aliquam iustam habet, non tamen semper eandem habet. Fit enim aliquando ex causa onerosa, aliquando etiam, &, vt plurimum, animo donandi. *l. contra 28. §. vltim. ff. eod.* iunct. *l. 4. §. nunc de effectu. de lib. leg.* In dubio tamen præsumitur pactum ex liberalitate factum & animo donandi, vt constat ex hac lege, in qua verba illa, *donationis causa* referenda sunt ad verbum *remittit*, non ad verbum *pacisciturc*, post quod ideò ponenda virgula est, etsi non ignoro Bartolum contrà putare, ea ratione quòd animus donandi non præsumitur in dubio, *vulg. leg. cùm de indebito 25. de prob.* Quod verum quidem est quoties alia interpretatio capi potest. Sed cùm quis rem aliquam suam remittit nullo iure cogente, quænam alia præterquàm donationis interpretatio capi potest? *leg. donari 29. de don. l. donari 28. de regul. iur.* Itaque pactum nunquam potest nullam habere causam, siue fiat gratuito nullo dato vel accepto vel retento, quo casu retinet nomen generis, quia tunc donationem siue liberalitate pro causa habet; siue fiat aliquo accepto vel retento, quo casu transactio appellatur. *l. transactio 38. C. hoc titul.* Potest sanè pactum etiam gratuitum habere non iustam causam, putà dolum aduersarii, vel vim vel errorem. Quomodo accipi debet quod scriptum est in *d. l. si conuenerit.* quod Bart. non intellexit pro eodem accipiens causam nullam & non iustam.

a *Quasi de re dubia & lite incerta.* Ratio dubitandi. Potest transigi etiam priusquàm lis vlla sit, si modò subsit metus litis, *l. 2. C. h. tit.* Et è contrario non semper sufficit litem subesse vt possit transigi. Quid enim si non nisi dicis causa & per calumniam lis fuerit instituta? *l. in summa 65. §. 1. de cond. indeb.* Ergo nō est bona hæc definitio transactionis. Ratio decidēdi. Nihil interest an lis aliqua iam subsit, an metus litis, quod pertinet ad causam transactionis, quia commodior & vtilior est transactio, quæ liti futuræ viam præcludit, quàm quæ litem iam motam terminat. Cæterùm vtróque casu rem dubiam esse oportet, quoniam de re certa & indubitata neque lis neque litis metus esse potest. Ex eo autem maximè quod res dubia sit, transactio æstimatur. Non tamē ex eo solo. Nam si res dubia remittatur liberaliter & gratuito, id est, nullo accepto aut retento, pactū est, non transactio. *l. transactio 38. C. eod. d. l. in summa. §. 1.* vbi quod dicitur, *licèt res nulla media fuerit*, non ita debet accipi ac si scriptum esset, *licèt neutra ex parte datum quicquam fuerit* repugnant enim quæ proximè præcedunt, *quod transactionis nomine datur*) sed hoc sensu quasi scriptum sit, *licèt ex altera parte nihil datum sit.* Satis enim dat qui à lite discedit, sed hoc non satis est ad transactionem, si non aliquid vicissim eo nomine accipiat, licèt ex altera quoque parte à lite discedatur. Iunge quæ dicam ad *l. 7. §.*

b *Qui verò pacisciturc.* supple citra transactionem. Hinc ergo apparet conuentionem factam animo transigendi, si ex aliqua causa non possit valere tanquam transactio, non valere tanquam pactum nudum. *l. 12. l. si causa cognita 32. C. hoc titu.* Est enim prorsus non modò diuersus, sed etiam contrarius animus pacisci & transigendi. arg. *l. 1. §. eum qui. de consti. pec. l. 1. §. si quis ita. de ver. obl.* Et ex hac transactionis pactíque differentia soleo explicare & dissoluere nodum illum qui occurrit in interpretatione. *l. 1. C. de pact. & l. de fideicommisso 11. Cod. hoc titulo.* Ibi enim valet pactio de remittendo conditionali fideicommisso, qui facta est per modum transactionis, id est, aliquo accepto vel retento. Cùm si facta esset animo pacisci & citra causam transactionis, non valeret, si Paulo credimus. *lib. 4. Sent. titul. 1. §. 13.* Pactum enim cùm fiat gratuitò, destruit voluntatem testatoris, quam è contrario transactio præsupponit. Quod enim ad finiendum conditionis incertum ex causa transactionis datur, facit vt non possit dici voluntatem testatoris nullum effectum habuisse.

2. IDEM lib. 2. ad Edictum.

TRansactum accipere quis potest, non solùm si Aquiliana stipulatio fuerit subiecta: sed & si pactum conuentum fuerit factum.

Ad l. 2.

Ad l. Transactum 2.

Ratio dubitandi. Transactionis proprium est decidere & finire lites *leg. fratris 10. l. causas 16. & passim Cod. hoc titul.* Atqui non potest finiri lis per pactum nudum, quia quandiu actio durat, lis quoque subest durátque, aut saltem durare potest. Pactum autem actionem ipso iure tollere non potest *leg. si vnus 27. §. pactus ne peteret. supra titulo proximo.* Ergo cùm acceptilatio sola illa sit, quæ actionem tollere ipso iure potest, sequitur transactionem non aliter fieri debere, quàm per acceptilationem. Ratio decidendi. Dicitur finita lis etiam cum pacto nudo facta transactio est, quia tale pactum parit exceptionem, ad summouendum eum qui aduersus placita persequi litem velit, quod perinde est in effectu, ac si iure ipso actio sublata esset *leg. si super 9. cum sequent. leg. vt responsum 5. leg. cùm proponas 17. leg. si quidem 24. leg. siue 28. leg si maior 36. & pass. C. hoc titul.* iunct. *l. nihil interest 12. de regul. iur.*

3. SCÆVOLA libro 1. Digestorum.

IMperatores Antoninus & Verus ita rescripserunt: Priuatis pactionibus non dubium est, non lædi ius cæterorum[a]. quare transactione, quę inter heredem, & matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse, neque manumissis, vel legatariis actiones suæ ademptæ. quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem conuenire debent[b], qui in transactione hereditatis, aut cauit sibi [c]pro oneribus hereditatis, aut si non cauit[d], non debet negligentiam suam ad alienam iniuriam referre:

Ad l. Imperatores 3.

Ratio dubitandi. Transactio habet vim rei iudicatæ *l. non minorem 20. C. hoc titul.* Atqui sententia cum vero herede lata nocet legatariis & manumissis, ita vt herede condemnato cogantur appellare, quemadmodum & iis permissum est adesse liti, si heredis collusionem vereantur *l. si suspectæ 29. infr. de inoffic. testam. l. 5. §. 1. l. si perlusorio 14. de appellat.* Ergo & transactio cum herede facta iisdem nocere debebit.

Ratio decidendi. Æquum fuit ita ius constitui, vt transactio tantò minùs noceret legatariis & manumissis, quantò maioris autoritatis est quàm res iudicata. Nam à sententia potest appellari etiam per eos, qui non fuerunt condemnati, si modò eorum interfit *l. 1. de appell. recip.* id est, si quoquo modo per sententiam læti sint etiam per consequentias. At non potest à transactione appellari, neque aduersus transactionem peti restitutio in integrum ab iis qui non contraxerunt, quæ nec ab iis ipsis qui transegerunt, peti posset, si eas iis non patrocinaretur *l. de fideicommisso 11. l. causas 16. C. hoc tit.* Ergo ne res inter alios acta aliis omnimodò noceat, fatendum est transactionem ab herede factam legatariis non nocere *tot. titul. res inter alios acta*, quia nec pactum inter alios initum aliis noceret *leg. si vnus 27. §. pacta. in fin. supr. titulo primo.* Transactio autem pactum est, vt diximus ad *legem 1. hoc titul.* Et quamuis legata, libertates, fideicommissa, & alia quæcunque testamento relinquuntur, pendeant à iure testamenti, & consequenter ab institutione heredis, quæ caput est & fundamentum testamenti *l. si nemo 9. de testament. tutel. l. quod per manus 10. de iure codicillorum.* non tamen pendent ab opinione aut voluntate heredis, cui sanè permittendum non est vt facto suo adimat actionem iis quibus fuit iure acquisita, siue per collusionem, siue per imperitiam ius suum remittat *l. Granius 71. §. penult. infr. de fideiussoribus. l. non debet alteri 74. de regulis iuris. l. vltim. supr. titul. proxim.* In eoque differt transactio quæ priuatorum conuentio est, à re iudicata, quæ autoritatem accipit à persona & officio iudicis, cuius munus publicum est *l. quippe 78. de iudic.* Vt proinde mirum non sit autoritatem rei iudicatæ latiùs patêre quàm transactionis. Quamuis non negem inter eos ipsos qui transegerunt, transactionem rei iudicatæ vim habere. Denique res iudicata afficit quodammodo rem ipsam de qua iudicatur, quia pronuntiatur de iure testamenti, iure scilicet factū esse vel non esse. Aut rescinditur testamentum, si pronuntietur pro querela inofficiosi. Quorum tamen omnium nihil dici potest, cùm heres scriptus per trāsactionem factam cum proximo agnato hereditatem omittit, quia testamentum in suo iure manet *d. l. si suspecta. §. quamuis.*

a *Non lædi ius cæterorum.* Regula iuris est qui conuenit *l. inter debitorem 42. sup. tit. prox. l. debitorem 2. & seq. C. hoc t. l. 2. & tot. tit. C. inter alios act. vel iud. aliis non nocer.* Alia & diuersa regula est, de qua in *l. ius publicum 38. ff. tit prox.*

b *Scriptum heredem conuenire debent.* Ratio dubitandi. Hereditas sola est quæ heredem scriptum & legatis & libertatibus obligat non solùm testamentum *l. siue à certis 17. de duob. reis.* Adeò vt etiam si heres scriptus hereditatem testamentariam repudiet, ac eam tamen possideat ab intestato, perinde legatis & libertatibus, & fideicommissis omnibus maneat obligatus ex edicto, de quo in *l. 1. & tot. titul. si quis omiss. caus. test.* Atqui scriptus heres qui per transactionem agnouit potiora esse iura legitimi heredis, non amplius possidet hereditatem. Ergo neque legatorum aut libertatum nomine conueniri potest, sed legitimus heres ad quem tota hereditas peruenit, vt & in *l. controuersia 14. inf. hoc tit.*

Ratio decidendi. Cùm dicimus hereditatem illam esse quæ obligat heredem ad præstationem legatorum & libertatum, non possessionem rerum hereditariarum, sed ius ipsum hereditatis significamus, quia hereditas nomen iuris est, & sine vllo corpore intellectum iuris habet *l. hereditas 50. de her. petit.* Ergo postquàm heres scriptus agnouit hereditatem, parum refert an per transactionem amiserit eam nec ne, quia non eò minùs remanet heres qui semel fuit *l. ait Prætor 7. alias l. etsi sine. §. sed quod Papinianus. de minoribus. l. ei qui soluendo 88. de heredibus instituendis.* & semel adita hereditate omnis defuncti voluntas rata constituitur *l. si patroni 55. §. qui fideicommissam. infr. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Itaque sicuti nemo tenetur ad præstanda legata vel fideicommissa ob id solùm quod possideat hereditatem, si non etiam heres institutus sit, aut

substitutus in eo testamento in quo relicta fuerunt legata, (quamuis in fideicommissis quæ ab intestato relinquipossunt, aliud sit si ab heredibus legitimis fuerint repetita, vt in *l.generaliter* 24.*§. ex testamento de fideicom.libert.l.1.C.eod.l.ea quam* 14.*C.de fideicomm.*) Ita nec ob id minùs quis tenetur ad legatorum præstationem etiam directis actionibus, quod hereditatem possidere desierit si modò ius heredis aliquando habuerit, quod vt etiam inuitus retineat, necesse est. Alia causa est creditorum hereditariorum, de quibus agitur in *d.l.controuersia.* Istorum enim nihil interest an testamentum valeat & subsistat nécne: Cùm etiam quisquis ab intestato heres est perinde iis satisfacere teneatur *leg.1. Cod.si cert.petat.l.1.vlt.& paß. C.de hered.action.* ideoque nihil verat vtilibus actionibus experiri etiam contra legitimum heredem pro qua nimirum parte possidet hereditatem. In proposito tamen casu etiam directis actionibus à legatariis conuenietur heres scriptus, quia in hac specie non erat incertum ius præsens successionis, cùm constaret testamentum valere, nec dubitaretur nisi in futurum an rescindi posset per querelam quam minabatur mater à filio præterita vel exheredata, iunge quæ diximus ad *d.l.controuersia.*

c *Aut cauit sibi.* Ratio dubitandi. Ea cautio heredis scripti nullam potest dare actionem legatariis aut manumissis aduersus eum qui iure legitimi heredis possidet hereditatem, quia ex testamento teneri nemo potest nisi qui sit heres ex testamento *l.1. & tot.tit.si quis omiß.cauſ.testament.* iunct. *l.pacto* 26.*C. de pact.l.2.C.de hered.vel action.vendit.* Ergo inutilis & superuacua futura est.

Ratio decidendi. Hæc cautio non prodest legatariis aut manumissis, sed prodest ipsi heredi vt cũ ab illis conuenietur possit habere regressum aduersus heredem legitimum pro consequenda indemnitate *d.l.2.C.de hered vendit.*

d *Aut si non cauit.* Ratio dubitandi. Etiamsi heres scriptus non sibi cauerit, tamen iniquum est penes eum manere incommoda hereditatis penes quem non sunt commoda *d.l. secundùm naturam* 11. *de reg. iur. l.ita tamen* 27.*§. qui ex Trebelliano ad S.C.Trebellian.* Ergo vel deneganda est legatariis & manumissis aduersus heredem scriptum actio post transactionem vel ei dandus est regressus aduersus heredem legitimum, penes quem est omne emolumentum hereditatis. Nec nouum est vt quod per cautionem & conuentionem fieri potuit & debuit à diligente patrefamilias si per errorem aut negligentiam prætermissum sit officio & iurisdictione iudicis suppleatur ne iniquitas emergat, & vt consulatur ei, qui certat de damno vitando, vt in *leg.si resobligata* 57.*an sin.de leg.*1.

Ratio decidendi. Heres scriptus imputare sibi debet cur non sibi cauerit aduersus legitimum heredem. Et ideò dignus non est cui succurratur, cùm nec damnum quod ex culpa sua sentit sentire videatur *l.quod quis* 203.*de reg.iur.* Nec quod ipsius diligentiæ defuit per prætorem suppleri ex æquitate potest, quia nec vlla iuris aut æquitatis ratio est, quæ heredem legitimum obliget ad præstationem legatorum & libertatum, quibus heres scriptus testamento obstrictus fuit. Aliud esset si heredi scripto nihil posset imputari, vt in *l.quòd si possessor* 17.*de hered.petit.*

1 ¶ **Cùm transactio propter fideicommissum facta esset, & posteà codicilli reperti sunt: quæro, an quantò minùs ex transactione consecuta mater defuncti fuerit, quàm pro parte sua est, id ex fideicommissi causa consequi debeat? Respondit debere.**

Ad §.1.Cùm transactio.

Ratio dubitandi. Sub prætextu instrumentorum posteà repertorum transactio rescindi non potest quæ bona fide facta fuit *l.sub prætextu instrumenti* 19. *C.hoc tit.* Ergo quamuis post transactionem factam de fideicommisso, quod ex testamento debebatur reperti sint codicilli, non potest tamen ea res facere vt fideicommissi petitio aliqua supersit.

Ratio decidendi. Non rescinditur hoc casu transactio propter codicillos posteà repertos, sed fideicommissi petitio ex codicillis perinde supersit acsi transactum non fuisset, quia de codicillis qui transactionis tempore ignorabantur, nec cogitatum, nec proinde transactum videri potest *l.non est ferendus* 12.*infr.hoc tit.* Aliáque species est de qua in *dict.l.sub prætextu.* & in *l.Lucius* 78.*§.vltim. ad S.C.Trebellian.* quia ibi fuit cogitatum & transactum de omni vltima voluntate, & consequenter de omnibus ad eam voluntatem pertinentibus. Noua enim & posteà reperta instrumenta eò tantùm pertinebant, vt appareret hereditatem de qua erat transactum ampliorem esse, quàm à transigentibus creditum fuisset, aut ad vnum ex transigentibus totam pertinuisse, vt & Cuiacius bene explicat. At in specie huius legis nullomodo fuerat cogitatum ne quidem in genere de codicillis posteà repertis. Proinde nec vlla restitutione opus est quod malè Accurs. putat ex *l.2.de except.rei iudic.& l. qui cum herede* 15.*de oblig. & act.* in quibus locis agitur de illo qui iudicio victus voluit postea de eadem re apud eundem iudicem experiri: cui sanè obstat, summo iure exceptio rei iudicatæ. Nos tractamus de illo qui post transactionem de testamento factam agit ex codicillis de quibus nunquam transegit.

2 ¶ **Debitor, cuius pignus creditor distraxit, cum Mæuio, qui se legitimum creditoris heredem esse iactabat, minimo transegit postea, testamento prolato, Septicium heredem esse apparuit: quæsitum est, si agat pigneraticia debitor cum Septicio, an is vti possit exceptione transactionis factæ cum Mæuio, qui heres eo tempore non fuerit: possitque Septicius pecuniam, quæ Mæuio, vt heredi, à debitore numerata est, condictione repetere, quasi sub prætextu hereditatis acceptam? Respondit secundùm ea quæ proponerentur, non posse[a]: quia neque cum eo ipse transegit, nec negotium Septicij, Mæuius gerens accepit.**

Ad §.2.

Ad §.2.Debitor.

Ratio dubitandi. Debitor cui competebat actio pignoratitia aduersus heredem creditoris ob pignus malè distractum *l.1.pen.& paß.C.si vendit.pignor.agat.* transegit cum Mæuio non quasi cum Mæuio, sed quasi cum legitimo creditoris herede, & eo tempore quo nesciebatur an aliquis esset testamentarius, cùm nondum esset prolatum testamentum, & sic bona fide. Præsumptio enim est pro legitimo herede quoties non apparet de testamento, ergo debet pactum prodesse heredi, saltem per doli exceptionem, vt in *l.tale pactum* 40.*§.vlt.ff.tit.prox.* Ne alioqui deterior sit cõdicio veri heredis quàm falsi, &, vt loquuntur, putatiui, idque contra voluntatem ipsius debitoris qui non tam cũ Mæuio, quàm cum ipsa hereditate transigere se putauit.

Ratio decidendi. Transactio cùm sit pactum, neque prodest, neque nocet alij quàm ei qui transegit eiúsve heredi, vt constat ex *princ.huius legis.* iunct. *l.si vnus* 27.*§.pacta.ff.tit.prox.* Nam nec pactam cum hereditatis possessore initum prodest aut nocet vero heredi *l.si decem* 17.*§.pen.ff.eo.* Hîc autem Mæuius ne quidem possessor hereditatis erat, sed tantùm se esse iactabat heredem, quamuis nec si possessor fuisset, aliud tamen esset.

a *Non posse.* Ratio dubitandi. Pecunia quæ Mæuio numerata fuit à debitore, vt pignus malè distractũ reciperet, fuit ei numerata, non quasi Mæuio, sed quasi heredi, vt lex ait. Ergo nõ potest negari quin hereditatis negotium gesserit, & consequenter, quin vero heredi restituere debeat quicquid accepit à debitoribus hereditariis, sicut & si quid possessor hereditatis soluisset creditoribus hereditariis, id omne vero heredi reputaret *leg.si quid possessor* 32.*in princ.& §.vlt.de hered.petit.* vbi additur, eo casu quo possessor hereditatis restituerit vero heredi, quod acceperat à debitoribus hereditariis liberari eos ipso iure, quod & scriptum est in *l.sed etsi lege* 25. *§.antepen.in fin.eod.* Ergo tenetur Mæuius vt eam pecuniam quam quasi heres accepit à debitore hereditario, restituat Septicio vero heredi, si non actione negotiorum gestorum, quæ tamen competere videtur *l.3 §.hæc verba.de negot.gest.* nec condictione certi ex eadem causa competente *leg.in duobus* 28.*§. exceptio.de iureiur.* saltem petitione hereditatis. Post senatusconsultum enim omne lucrum aufferendũ est tam bonæ fidei possessori quàm prædoni *l.post senatusconsultum* 28.*l.Iulianus* 30 *de hered.petit.*

Ratio decidendi. Mæuius in hac specie non solùm heres non erat, sed neque possessor hereditatis, at se tantùm iactabat heredem, vt lex ait, ideóq; conueniri non potuit petitione hereditatis, quia eum contra quem talis actio instituitur possessorem esse oportet alicuius rei hereditariæ *l. nec vllam* 13. aliàs *l.etiamsi.§.sed etsi reuenta eod.* aut saltem iuris alicuius hereditarij *§.vltim.cinsd. legis. l.regulariter 9.l. quod si* 16.*§.vlt.l.item* 18.*in princip.& §.1.eod.* Actio autem negotiorum gestorum competere nõ potest, quia neque heredis neque hereditatis negotium voluit gerere Mæuius, sed suum, cum heredem se esse & putaret & diceret. Nec igitur certi cõdictio generalis competit, quam semper necesse est habere causam aliquam, ex qua possit nasci actio specialis, cum qua condicio illa certi generalis concurrat *d.l.*28*§.exceptio.de iureiur.* iunct. *l.certi condictio* 9. *de reb.cred.* Quare nec distinguendum est quomodo distinguit Accursius, an verus heres ratam habeat solutionem factam putatiuo heredi, an non. Tunc enim ei distinctioni locus esse posset, cùm solutio possessori hereditatis facta esset, in proposito autem Mæuius non fuit possessor, vt diximus. Alioqui sanè fatendum est Septicium hoc ipso satis habere ratam solutionem & trãsactionem, cùm vult tueri se exceptione transactionis, illud probabilius est quod addit idem Accurs. hanc pecuniam, ideò non restitui vero heredi, quia percepta sit à Mæuio non tam ex causa debiti hereditarij, quàm ex causa transactionis à Mæuio ipso interpositæ, ac proinde ex ipsius Mæuij negotiatione. arg. *l.venditor* 21.*de hered.vel act.vendit.* An ergo Mæuius eam pecuniam quam ex transactione à debitore hereditario accepit impunè retinebit? Imò cogetur eã debitori qui soluit reddere condictione indebiti. Fuit namque indebita, & in eo benè Accurs. & Cuiacius consentiunt. Nam quæ solutio non parit liberationem à vero creditore, eadem parit condictionem ei qui soluit contra eum cui solutum fuit *l. cùm quis* 38.*§. 1.& §.de peculio.de solut.*

4. VLPIANVS libro 46. ad Sabinum.

AQuiliana stipulatio omnimodo omnes præcedentes obligationes nouat, & perimit: ipsáque perimitur per acceptilationem[a], & hoc iure vtimur: ideóque etiam legata sub conditione relicta[b] in stipulationem Aquilianam deducuntur.

Ad l.Aquiliana 4.

Ratio dubitãdi. Frustrà fit per plura quod potest fieri per pauciora, vt aiunt Philosophi, & circuitus vitandus est *l.dominus* 53. *de condict.indeb.* meliúsque est vt breui manu & celeritate coniungendarum actionum vna occultetur, vt in *l.3.§.penult.de donat. inter vir.& vxor.* quàm vt vllus actus superuacuus inducatur. Atqui stipulatio ista Aquiliana quæ alias omnes præcedentes obligationes perimit, non aliam ob causam interponitur quàm vt ipsa quoque statim per acceptilationem perimatur *§.est autem.Inst.quibus mod.tollit oblig.l.vno* 28.*§.1. de acceptilat.* Ergo frustrà interponitur.

Ratio decidendi. Nõ debet fieri per plura quod per pauciora fieri potest æquè commodè, at sine stipulatione Aquiliana non posset acceptilatio tollere alias obligationes, quę aut re aut consensu, aut literis non etiam verbis contractæ essent, nec ęquè commodè nec vllomodo. Nec enim ratio iuris patitur, vt verbis possint dissolui aliæ obligationes q̃ quæ verbis contractæ sunt *l.prout* 80. *de solut.l. nihil tam naturale* 35.*de reg.iur.* Priùs ergo est vt cæteræ omnes in stipulationem Aquilianã deducantur nouandi animo, quàm vt possint perimi per acceptilationem, quæ non fit nisi per stipulationem. Est igitur necessarius & commodissimus vsus stipulationis Aquilianæ, eáque interponitur non vt perimatur, sed vt priùs perimat cæteras obligationes, eáque in se transfundat, quamuis eo animo vt & ipsa perimatur, simulque cæteræ omnes quas in se per nouationem transfuderat.

a *Ipsáque perimitur per acceptilationem.* Ratio dubitandi. Hoc iure vtimur vt hodie iuris gentium sit acceptilatio *l. an inutilis 8. §. vltim. de acceptilation.* Atqui stipulatio Aquiliana iuris ciuilis est cùm sit inuentum & commentum Galli Aquilij, à quo & Aquiliana appellatur *dict. l. & vno 18. §. 1. de acceptil.* Ergo non potest acceptilatio perimere Aquilianam stipulationem ex *reg. l. prout 80. de solut. l. nihil tam naturale 35. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Acceptilatio omnis cùm fiat per stipulationem *l. 1. de acceptil.* proculdubio iuris ciuilis est sicut & stipulatio *§. de constituta instit. de action.* ideoque tollit ipso iure Aquilianam stipulationem, quomodo & nulla interposita stipulatione Aquiliana tollit ipso iure actionem quamlibet ex stipulatu, actionem ex dictione dotis, & actionem ex iureiurando, quo libertus iurauit se patrono munus, donum, operásve daturum *l. & per iusiurandum 13. in princip. de acceptilat.* quia verborum obligatio his tribus causis continetur, inquit Caius *lib. 2. Instit.* quicquid autem verbis colligatum est etiá verbis potest dissolui *dict. l. an inutilis 8. §. acceptum de acceptilat.* Neque verò vllibi scriptum est acceptilationem esse iuris gétium, sed tantùm hoc iure nostri vt sit iuris gentium *d. §. vlt.* Cuius loci sensus ille est, vt hodie gentes omnes vtantur acceptilatione ad dissoluendas eas quoque obligationes, quæ sint ex iure gentium, ac proinde vt eundem effectum habeat quem haberet si esset iuris gentium, scilicet post inuentam à Gallo Aquilio formulam & viam per quam acceptilatio omnibus iuris gentium obligationibus accommodaretur, vt & Cuiacius bene explicat. Nam & inde est quod hodie acceptilatio quacunque lingua fieri potest dummodò sic fiat, vt latinis verbis solet *dict. §. vlt.* Sed non facit ea res quin etiam hodie perinde ac olim acceptilatio sit iuris ciuilis, adeoque actus legitimus *l. actus legitimi 77. de regul. iur.* Inspecta scilicet ratione quæ fuit eius introducendæ, quæ ciuilis planè fuit non naturalis, vt docui ad *l. 1. §. ius gentium. de iustit. & iur.* licèt vsu ipso & commodo iuris gentium esse videatur.

b *Etiam legata sub condicione relicta.* Ratio dubitandi. Legata condicionalia non debentur antequàm condicio existat, quia nec dies eorum priùs cedit *l. 4. 5. & pass. quand. dies leg. ced. l cedere diem 213. de verbor. signif.* Ergo neque possunt in Aquilianam stipulationem deduci, quia stipulatio Aquiliana facit nouationem *§. est autem. quibus mod. tollit. oblig.* Nouatio autem præsupponit obligationem aliquam præcedentem; cùm sit prioris obligationis peremptio, & in sequentem transfusio *l. 1. de nouat.*

Ratio decid. Omnes res transire in nouationem possunt *l. 2. eod.* ac proinde legata quoq; cõdicionalia, sed ita tamen vt nouatio eiúsque potestas suspendatur in id vsque tempus quo legati condicio extiterit, sicut & si hæres legatum sibi purè datum, nouandi animo stipulatus esset sub aliqua condicione *l. si Stichum 8. §. legata eod.* Existens enim condicio legati facit vt eodem tempore & deberi incipiat & nouari *l. quoties 14. §. sed si quod sub condicione. eodem.* Cùm enim ista omnia sint iuris possint fieri vno eodémque instanti, quia ius operatur in instanti, non, vt natura, in tempore. Itaque si legati condicionalis accepto lati condicio existat, neque ex testamento actio competit, quia nouatio facta est, neque ex stipulatu, quia acceptilatione soluta fuit *leg. quod in diem 12. l. si sub condicione 21. de acceptilation.* Sin condicio defecerit, neque nouatio vlla erit, neque acceptilatio, nec eò magis tamen legatum ex testamento debebitur, quia testatoris voluntas & ratio iuris repugnat *leg. facta 63. §. si sub condicione ad senatusconsultum Trebellian.*

5. VLPIANVS lib. 1. Definitionum.

CVm Aquiliana stipulatio interponitur, quæ ex consensu redditur: lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur: liberalitatem enim captiosam b interpretatio prudentium fregit.

Ad l. Cùm Aquiliana 5.

Ratio dubitandi. Aquiliana stipulatio fit per verba generalissima quæ comprehendunt quicquid ex quacunque causa debetur, vt constat ex formula quam ponit Florentinus in *l. & vno 18. §. 1. de acceptilat.* Atqui solet dici & verum est, Eum qui omne & totum dicit nihil excludere & generalia verba nullam distinctionem admittere *l. 1. §. penul. de aleat. l. in fraudem 15. §. vlt. de testam. milit.* Ergo nihil est quod non veniat in stipulationem Aquilianam & de quo non possit dici fuisse cogitatum saltem in genere. Quòd si ex ea interpretatione aliqua captio sit stipulatoris debet ille sibi imputare cur stipulatus sit per verba tam generalia. Nam & in dubio facienda est interpretatio contra stipulatorem potiùs quàm contra promissorem *leg. inter stipulantem 83. §. 1. & l. quicquid 98. de verb. oblig.* præsertim vt fiat tantò plenior liberatio quæ ipsa per se fauorabilissima est *l. Arrianus 47. de oblig. & act.*

Ratio decidendi. Stipulatio Aquiliana licèt verbis contrahatur, tamen ex stipulantium consensu potissimùm vires accipit, vt & aliæ omnes stipulationes *d. l. inter stipulatem. §. 1.* Non potest igitur porrigi ad incogitata, cùm fieri nequeat vt de quoquis non cogitauit in eo consenserit *l. tres fratres 35. supr. tit. prox. l. non est ferendus 12. infr. hoc ti.* Bene igitur prudentes fecerunt qui acceptilationis verba quantumlibet generalia sic interpretati sunt vt tamen non trahantur ad incogitata. Ne alioqui facilè eueniat vt qui transigendi non donandi animo iura sua remissa voluit damnum sentiat ex nimis larga acceptilationis interpretatione, & videatur liberalitatem exercere voluisse quę sit ei fraudi & captioni. Sic enim verba illa legis interpretanda sunt, *liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentum fregit.* non quomodo Bartolus qui captiosæ liberalitatis nomine intelligit quietationem generalem. Ex eo inferens non posse quem cogi vt faciat quietationem generalem aduersario, nec arbitrũ & arbitratorẽ generaliter constituti posse ita arbitrari, quia inquit Bart. esset manifesta iniquitas, vt fieret remissio de re incognita. Nisi hoc specialiter concessum sit & expressum. Quæ omnia falsa sunt. Alioqui debuerant Iureconsulti prohibere acceptilationem quę omnium generalissima liberatio est, & quam

quam tamen non solùm induxerunt, sed etiam necessariam iudicarunt. Hoc tantùm fecerunt vt ea liberatio generalis non posset tam generaliter accipi vt traheretur ad incogitata. Id enim demum esset in quo captio incurreret. Nec dissimile est quod circa liberationem generaliter legatam dici solet eam non contineri, si quid dolo curatores fecerint, aut si quæ res testatoris penes eum sint cui liberatio legata fuit *leg. si quis rationes 9. l. Aurelio 20. in fin. de liber. leg.* Iunge *l. in lege 77. de contrahend. emption. l. 1. §. 1. de his quæ in testament. delent. l. si quis ita 14. §. si quis cum. de test. tut.* At quid si expressim conuenerit vt trahatur transactio etiam ad incogitata? Nam & hoc aliquando fit. Dico nihil posse incogitatum emergere quando ex instrumenti verbis apparet id actum fuisse, vt etiam incogitata in conuentionem deducerentur. Et hoc fieri posse admittit Bartolus ad hanc *l. num. 1. notans,* Equidem non posse de re incognita transigi, quia nec ea dubia esse potest, sed tamen posse eam in conuentionem deduci.

b *Liberalitatem enim captiosam.* id est, liberalitatem quæ ex captiosa & fraudulenta interpretatione induceretur contra eum qui transigere voluit, non liberalitatem exercere, quomodo suprà interpretati sumus. Nam nec alia ratione hæc lex cum præcedente pertinet ad hunc titulum, quàm quod plerumque transactionis placito subiicitur acceptilatio *dict. l. vbi pactum 40. & pass. Codic. hoc titul.* quia & qui transigunt, vt plurimum, id agunt, vt ab omni penitus lite discedant. Fuit autem necessaria hæc prudentum interpretatio in stipulatione Aquiliana, quia cùm ea non interponatur nisi ob acceptilationem per quam omnes omnino obligationes perimantur, quæ in stipulationem Aquilianam deductæ fuerant; nulla ratio superest qua possit creditor effugere captionem, putà per replicationem doli, quòmodo posset si qua actio ipso iure superesset, quam aduersarius vellet per exceptionem elidere pto textu pacti generalis, vt in *leg. tres fratres 35. supr. titul. 1. l. sub prætextu instrumenti 19. C. hoc tit.*

6. GAIVS libro 17. ad Edictum Prouinciale.

DE his controuersiis quæ ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quàm inspectis, cognitísque verbis testamenti.

Ad l. De his 6.

Ratio dubitandi. Transactio non fit nisi de re dubia & incerta, de qua vel lis sub sit, vel saltem litis metus *leg. 1. supra hoc titul. l. 2. l. præses 12. Codice eodem.* Atqui quanto minùs inspecta sunt, inspicive possunt verba testamenti, tantò magis dubia res est & digna de qua transigatur. Vix enim dubij quicquam superesse potest inspectis cognitísque verbis testamenti, cùm non aliter à verborum propria significatione recedi oporteat, quàm si euidens appareat voluntas testatoris *leg. non aliter 69. de legat. 3. l. Labeo 7. §. 1. de supell. legat.* Ergo nihil vetat fieri transactionem de his controuersiis quę ex testamento proficiscuntur, etiamsi verba testamenti neque lecta, neque inspecta sint. Quid enim si de hoc ipso dubitetur, an aliquod testamentum sit fortè quod aduersarij dolo malo subtractum dicatur, vt in *lege sub prætextu instrumenti 19. Codic. hoc titul.* Quid si dicatur falsum, nec tamen producatur? Quid prohibet quominus transigi de eo possit?

Ratio decidendi. Publicè interest defuncti voluntates exitum habere *l. vel negare 6. infr. testament. quemadm. aper.* quod tamen inter dissentientes non aliter fieri potest, quàm vel per transactionem priuatam, & sine iudice, vel per iudicis sententiam. Neutrum autem horum fieri commodè potest, nisi inspectis cognitísque verbis testamenti. Fáque ratio etiam ad fertur edicti quod prætor proposuit de testamentis aperiendis & inspiciendis *l. 1. §. 1. testamenta quemadmodum aperiantur.* Adeò vt hanc formam & sollennitatem putet Bartolus esse necessariam ad validitatem transactionis, nec ei posse à transigentibus ipsis renunciari, quòd alioqui non tam paciscatur quàm decipiatur is qui transigit de testamento, cuius nec verba vidit. argum. *l. 9. §. 1. infr. hoc titul.* Item quòd hæc lex facta sit non tam in fauorem negatariorum, quàm in odium eorum qui occultát testamenta. Item fauore publicæ vtilitatis, cui non potest renunciari. *l. ius publicum 98. supra titul. 1. l. tametsi 11. de SC. Macedo.* Denique quia lex hæc est prohibitiua, legibus autem prohibitiuis renunciari non potest *l. 1. & 2. Cod. ne fideiuss. dot. dent.* Eáque vulgaris aliorum quoque interpretum sententia est. At ex recentioribus Æmilius Ferretus & Iacobus Cuiacius putant huius legis sententiam apertè falsam esse, si transigendi verbum ad conuentionem referatur. Esséque hunc errorem Triboniani non animaduertentis hanc ipsam sententiam à Caio latius expressam in *dict. l. 1. §. 1. testament. quemadmod. aper.* per translationem relatam esse ad indicata duntaxat, non etiam ad conuenta. Illud enim admittunt, Non posse de his controuersiis quæ ex testamento proficiscuntur, aliter exquiri veritatem apud iudicem, quàm si testamenti verba proferantur. Sed negant idem dici posse de transactione inter priuatos facta sine iudice. Ergo neque his neque illis assentior. Non his, quia quod Caius in dicta lege prima scribit, *Neque enim sine iudice transigi,* proculdubio ad conuenta referendum est, non ad iudicata. Fiunt namque transactiones inter priuatos sine iudice. Iudicatum verò sine iudice fieri non potest. Quod si Caium sic intelligas quasi gradatim argumentetur in hunc modum, Non posse controuersiam iudicari & expediri in iudicio sine iudice. Nec rursus veritatem exquiri apud Iudicem, nisi lectis cognitísque verbis testamenti, facies ridiculam primam propositionem. Quis enim putet iudicari posse sine iudice? Neque verò ea verba, *Neque enim sine iudice transigi,* sensum vllum perfectum & absolutum habent, nisi addas quæ in fine clausulæ sequuntur, *aliter potest quàm inspectis cognitísque verbis testamenti.* His verò additis, apparet duos casus à Caio tractari. Vnum quo controuersia pendens ex testamento dirimatur per transactionem sine iudice. Alterum quo dirimatur per iudicem. Sed &

falsum est si absolutè dicatur non posse transigi de controuersiis ex testamento profluscentibus sine iudice. Nec enim iudicis vel magistratus autoritas necessaria est in transactione, nisi cùm de alimentis futuris transigitur, idque ex oratione diui Marci, de qua in *l. cùm hi 8. in fr. hoc titul.* Sed falsum non erit si dicatur, vt scriptum est in *d. l. 1.* Non aliter posse sine iudice transigi quàm inspectis cognitisque verbis testamenti. Dum tamen hæc sententia bene intelligatur. Nam nec Bartolo & cæteris assentiri possum qui hanc volunt esse formam & solennitatem transactionis, vt testamenti verba inspici oporteat, de quo sanè ausim dicere nunquam Caium cogitasse atque Tribonianum. Ita enim Caius scripsit cùm rationem redderet edicti de *testament. aper. & inspic.* vt autem bona ratio sit sufficit, sic eam intelligi vt pars illa edicti fuerit si non necessaria, saltem vilissima & arquissima. Ideò quòd si qua ex testamento controuersia pendeat non facilè quisquam futurus sit tam incautus paterfamilias vt de ea velit transigere nisi prius inspectis verbis testamenti, Ne alio qui facilè eueniat vt lædatur tametsi non aduersarij dolo decipiatur. Itaque refero verba illa *neque transigi aliter potest quàm inspectis*, & c. ad factum voluntatem difficultatémque transigendi, non vt Bart. & alij faciunt ad formam & solēnitatem iuris: Hoc nimirum sensu acsi scriptum esset *non aliter transigi commodè potest & vtiliter*, quæ locutio in libris nostris frequentissima est & passim occurrit. Cæterùm si quis sit tam imprudēs & incautus, vt etiam non inspectis verbis testamenti velit de iure testamenti transigere, nihil causæ est cur non perinde valeat transactio acsi verba omnia lecta, perlectáque fuissent. Sibi enim debet imputare qui tam facilis & inconsultus fuit ad trāsigendum. Multò igitur magis idem obtinebit si dicat se ea quæ testamento continentur non ignorare. Videnturque mihi in hanc sententiam textus non obscuri in *l. non est ferendus 12. infr. hoc tit. l. Lucius 78. §. vlt. ad Trebell.* in quibus locis proponitur transactio facta vtiliter de vltima voluntate, etiamsi nō fuissent lecta verba omnia testamenti, aut codicillorum quæ nec tunc legi poterant, quia non nisi posteà reperti codicilli fuerunt. Error igitur Triboniani hac parte in eo tantùm fuit quòd Caij sententiam pro ratione allatam hic accepit quasi simpliciter & absolutè probatam. Quæ res fecit vt ab interpretibus relata fuerint ad ea quæ a Caio relata fuerat ad factum, vt diximus, acsi omnino non posse sciri quomodo transigendum sit de controuersiis ad testamentum pertinentibus quàm testamenti verba inspiciantur.

7. VLPIANVS lib. 7. Disputationum.

ET post rem iudicatam transactio valet, si vel appellatio interceſſerit, vel appellare potueris.

Ad l. Et post rem 7.

Ratio dubitandi. Qui transigit quasi de re dubia & lite incertane que finita transigit *l. 1. sup. hoc titul.* Atqui per iudicatum lis omnino finitur *tot. tit. de re iudic. & de except. rei iudic.* quia res iudicata pro veritate habetur *l. ingenuum 25. de stat. homin. l. res iudicata 206. de reg. iur.* propter rerum iudicatarum autoritatem *l. seruo inuito 61. §. cùm prator ad SC. Trebellian. l. si fundus 16. §. si pluris. de pignor.* Ergo post rem iudicatam transigi nullo modo potest, sed tantùm donationis causa pactum interponi, vt est apud Paulum *libr. 1. Sentent. titul. 1.* Ratio decidendi. Post rem iudicatam facta transactio non valet si nulla amplius lis supersit aut metus litis. Id autem tunc verè dicitur cùm constat de iudicato, à quo nec appellatum sit, nec appellari amplius possit, id est, cùm de sententia indubitata quæ nullo remedio attentari possit transigitur. Cæterùm si hoc ipsum incertum sit, an iudicatum sit aut an sententia valeat transactio valebit. *leg. eleganter 23. §. 1. de condi. indeb.* Ac multò magis si à sententia sit appellatum vel appellari possit, quoniam appellationis ea vis est vt extinguat iudicatum. *leg. furis 6. §. 1. de his qui not. infam. leg. 1. §. vltim. ad SC. Turpill.* Facit *l. post rem 11. infr. hoc tit. l. si causa cognita 32. C. eodem.* Extra hos casus cùm transactio de iudicato facta sit inutilis si quid ex ea causa soluatur repeti poterit, nisi malit qui accepit imputare id in causam iudicati *dict. l. eleganter. §. 1.* Idémque erit si acceptilatio facta sit *l. 4. de condict. caus. dat.* quia nihil interest vtrum ex numeratione pecunia ad aliquem sine causa an per acceptilationem peruenerit *l. si mulier 10. eod.*

1 ¶ Si fideiussor conuentus & condemnatus fuisset, mox reus transegisset cum eo, cui erat fideiussor condemnatus, transactio valeat, quæritur: & puto valere: quasi omni causa & aduersus reum & aduersus fideiussorem dissoluta: si tamen ipse fideiussor condemnatus transegit [a] transactione, non peremit rem iudicatam: tamen eo, quod datum est, releuari rem iudicatam oportet.

Ad §. 1. Si fideiussor.

Ratio dubitandi. Post rem iudicatam transactio facta non valet si non vel appellatio interceſſerit, vel appellari potuerit, vt scriptum est in *princip. huius legis.* Atqui ponimus fideiussorem condemnatum fuisse, nec appellasse aut appellare amplius posse. Ergo transactio facta de ea re de qua iudicatum est valere non potest.

Ratio decidendi. Nihil fuit iudicatum cum reo cui proinde non potest nocere sententia contra fideiussorem lata tanquam res inter alios acta *l. 1. C. inter alios acta vel iudic. aliis non nocer.* Adeò vt possit reus etiam à sententia contra fideiussorem lata appellare, quandocunque à die notitiæ duntaxat computandis temporibus ad appellandum datis, *l. 1. §. vltim. l. 2. §. sed si alius quand. app. sit & inter. qua tempor.* cùm ipsius interest, propter regressum quem alioqui fideiussor aduersus eum habiturus est actione mandati *l. 1. de appell. recip.* Ergo nihil prohi-

prohibet reum transigere post rem quoque iudicatam cum fideiussore, quasi eo casu non tam pro fideiussore transigat, quam pro se qui non condemnatus, rametsi quæ ratio facit vt post eam rem iudicatam audiendus sit, siue transigere siue appellare velit, eadem faciat, vt fideiussori quoque licèt iā condemnato ea transactio prodesse debeat, quia nimirum principaliter interest debitoris fideiussorem liberari, tantóque magis eām fideiussor iam condemnatus est, cùm tanto paratiorem habeat regressum contra debitorem *l. Lucius 38. §. 1. mandat. l. si pro ea 10. C. eod. l. fideiussor 45. de fideiuss.* Qua etiam ratione fit vt fideiussoris pactum quodlibet prosit fideiussori, dummodo non sit merè personale *l. & heredi 21. §. vlt. cum l. seq. supr. tit. prox.* Idque est quod hæc lex ait, *quasi omni causa & aduersus reum & aduersus fideiussorem dissolut.* a. Ergo si ponas nihil interesse debitoris, fortè quòd fideiussor vel donandi animo vel in rem suam fideiusserit, aliud erit *l. sed si 24. §. eod.* Sed etsi interfit debitoris, nec tamen is appellare possit à sententia contra fideiussorem lata fortè præterito tempore intra quod potuit & debuit appellare, non valebit transactio ab eo facta, vt infra dicam. Itaque cum his distinctionibus accipi hic locus debet.

a *Si tamen ipse fideiussor transegit condemnatus.* Ratio dubitandi. Etiamsi fideiussor ipse qui transigit cōdemnatus sit, nec appellauerit, adeóque nec appellare possit, adhuc tamen verum est reum ipsum qui non fuit condemnatus appellare posse *d. l. 1. de appell. recip.* & quod magis est ipsius victoriam fideiussori quoque profuturam. Nec enim fieri potest vt fideiussor quicquam debeat tanquam fideiussor, si nihil debeat reus principalis. Vnde etiam est quod non solùm rei iusiurandum prodest fideiussori, sed etiam fideiussoris iusiurandum prodest reo si modò de ipso contractu & de re, non de persona iurantis ageretur, vt dixi ad *l. 21. §. vlt. supr. tit. 1. ex l. in duobus 28. §. 1. de iureiur.* Ergo verum est, eam quoque sententiam quæ contra fideiussorem lata est, licèt transierit quod ad ipsum attinet in rem iudicatam, adhuc tamen remedio aliquo attentari posse, & quidem ita vt desitura sit habere vim & effectum contra fideiussorem. Et consequenter fatendum est fideiussorem quoque etiam condemnatum, nec appellantem nihilominùs posse transigere, ex regula posita in *l. eleganter 23. §. 1. in fi. de condict. indeb.*

Ratio decidendi. Non sicut pactum rei prodest fideiussori, ita & pactum fideiussoris, quamuis in rem conceptum prodesse reo potest *l. fideiussoris 23. supr. tit. 1.* quia nimirum nihil interest fideiussoris: & per consequens nec ipsi fideiussori prodesse potest propter reum, ne per alium plus iuris habeat, quàm alius ille habere possit, quod absurdum esset *dict. l. & heredi 21. §. nos autem eod.* quamuis possit quis interdum consequi propter alium quod ex propria persona non habet *l. 3. in fin. quæres pignor. l. si is qui duos 28. de liber. leg. l. cùm hereditate 55. de acquir. hered.* Necesse igitur est, vt transactio fideiussoris quæ non potest ei prodesse ex persona rei, vel ex propria ei prosit, vel nullomodo, si quidem transactio pactum est. Atqui non potest ei prodesse transactio ex propria persona cùm fuerit ipse condemnatus, nec iam dubij quicquam sit quod ad eum pertinet, siquidem res iudicata non modò pro veritate habetur, sed etiam pro re certa & indubitata, ergo nullo modo potest fideiussori prodesse transactio quam ipse fecerit post quàm fuit condemnatus. Mihi tamen, vt verum fatear, sit pradicta ratio dubitandi fortior videtur, quàm hæc ratio decidendi. Nam cùm sententia contrà fideiussorem lata in eo sit, vt infirmari possit per appellationem à reo interponendam, idque ad commodum & vtilitatem, non tantùm rei, sed ipsius etiam fideiussoris condemnati, vt diximus, planè non video cur non ipsi quoque fideiussori permittendum sit transigere *dict. l. 23. §. 1. de cond. indeb.* Non quidem vt eius transactio profit reo, sed vt prosit ipsi saltem fideiussori. ne supra eam quantitatem de qua per transactionem conuenerit, vrgeatur ex re iudicata. Itaque in eam facilè opinionem venio, vt putem totum hunc §. esse Triboniani, saltem ab illis verbis, *si tamen ipse fideiussor.* Siue rationem iuris quam proximè attuli intueor, siue contextum verborum qui more Tribonianeo parum elegans totúsque contortus est. Sed præcipuè monent me verba illa, *tamen eo quod datum est releuari rem iudicatam oportet.* Phrasis enim est planè Tribonianea, & à nobis aliàs obseruata in *l. cùm post 43. in fin. de admin. tutor.* & in *l. alterius 20. de tutel. & rat. distr.* Sed & solet Tribonianus quæstiones quas de iuo responsis prudentum inserit ita concipere quomodo hanc concepit, *an transactio valeat quæritur. Et puto.* Nisi quod hic vt se magis proderet prætermisit dictionem *an* pro qua maluisset ponere *si* locutione græca magis quàm latina. Quod verò addit, *quasi omni causa & aduersus reum & aduersus fideiussorem dissoluta*, nihil minùs quàm Vlpiani elegantiam sapit, sicut & quod sequitur *transactione non peremit rem iudicatam*, pro eo quod voluit Tribonianus dicere transactionem non valere. Quid enim vetat transactione quæ per nudum pactum facta sit non perimi rem iudicatam, & tamen valere transactionem vt pariat replicationem aduersus exceptionem rei iudicatæ? Nam si dicas post rem iudicatam non posse transigi, id equidem non negabo, sed repetam quod iam dixi, Sententiam latam contra fideiussorem non posse habere omnimodo vim rei iudicatæ ne quidem contra fideiussorem, quandiu ab ea reus appellare potest, cuius appellatio ipsi quoque fideiussori sit profutura. Quòd si ponas reum appellare non posse, fortè quod transierit tempus intra quod potuit & debuit appellare à die notitiæ, puto non valituram transactionem siue fiat à reo, siue à fideiussore, quia res iudicata, nec ab hoc, nec ab illo potest attentari, neque ad rem pertinet, quòd reus ipse non sit condemnatus, quia sola electione fideiussoris fuit liberatus inspecto iure vetere, quod obtinuit ante *l. vltim. Cod. de fideiuss.* vt proinde nihil eius possit interesse quatenus reus est, sed tantùm quatenus fideiussor contra eum habiturus est regressum. Ergo cùm fideiussor hoc casu nullomodo possit transigere, neque ratio vlla est cur debeat licere debitori transigere ob personam fideiussoris, quia nihil supereſt dubij, super quo possit transigi, creditore nullam aliam amplius, nisi ex iudicato, actionem habente *l. vlt. C. de usur. rei iudic.* siue contra reum, siue contra fideiussorem agere velit.

2 ¶ Vsque adeo autem, quod datum est, etiam si non proficit ad transactionem[a], extenuat tamen rem iudicatam: vt inde fit & dictum, & rescriptum circa alimentorum transactionem, citra prætoris auctoritatem factam, vt quod datum est, proficiat ad alimenta[b]: ita vt, si quid amplius ex causa alimentorum deberi potest, id præstetur, quod autem datum est, imputetur.

Ad §. 2. Vsque adeò.

a *Etiamsi non proficit ad transactionem.* Videtur sum Triboniani elegantiam & subtilitatem. Nam si transactio non valet, vt scriptum est in præcedentibus, quomodo potest dici id quod ex ea causa solvitur, vel proficere vel non proficere ad transactionem? Prius enim est vt transactio aliqua sit, quàm vt possit quæri an solutum ex ea causa proficiat vel non proficiat ad transactionem. Atqui transactio nulla est, & nullius momenti si Triboniano credimus. Ineptè igitur hæc verba subiiciuntur: nam & sic concepta sunt, quasi rationem aliquam dubitandi contineant, cùm potiùs contineant rationem decidendi. Quod enim solutum est ex causa transactionis inutilis, & quæ sit nullius momenti haud dubiè condici potest *l. 23. §. 1. de condict. indeb.* Scilicet nisi malit is qui accepit imputare in causam iudicati, vt ibidem scriptum est. Ergo quemadmodum potest is qui accepit retinere quod solutum est & imputare in causam iudicati inuito quoque condemnato, ita & è contrario dicendum est, Posse eum qui soluit eandem imputationem facere (si malit extenuare rem iudicatam quàm condicere) inuito quoque eo qui solutionem accepit, tanquam ex causa transactionis, quoniam qui potest condicere, si malit eam pecuniam penes eum qui accepit remanere ex alia causa, perinde habendus est ac si condixisset, ac postea eandem pecuniam ex alia causa iterum soluisset *l. 1. §. sed si is l. res pignoris 37. de acq. poss. l. si rem 62. in princ. de euict. l. si seruus 21. §. 1. de acq. rer. dom.*

b *Vt quod datum est proficiat ad alimenta.* Ratio dubitandi. Solutio facta in vnam causam non potest in aliam prodesse ne operetur actus vltra intentionem agentis contra *l. si ego 18. l. non omnis 19. de reb. cred.* Atqui fuerat facta ex causa transactionis. Ergo non potest prodesse ad extenuandam rem iudicatam. Alioqui prodesset ad condicionem simul & ad liberationem, quod fieri non potest *l. cùm quis 38. §. 1. & §. de peculio. de solut.*

Ratio decidendi. Non est nouum vt eadem solutio & numeratio fiat & proficiat in diuersas causas *l. in numerationibus 44 de solut.* Ergo & in proposito facta solutio ex causa transactionis interpositę super re iudicata non solùm condictionem parit, tanquam indebito soluto cùm ex trãsactione nulla nihil deberetur, sed etiam liberationem ab alimentis, quæ debita fuerunt ad concurrentem vsque scilicet solutionis quantitatem. Sed ita tamen vt condictio & liberatio non habeãt simul locum. Hoc enim est quod fieri posse negat Vlpianus in *d. l. eleganter 23. §. si quis post transactionem in fin. de cond. indeb.* Me autem ratiocinatio ista in hoc §. posita magis confirmat, vt totum hunc locum Triboniani esse mihi persuadeam. Solet enim ille quod in specie aliqua vel à prudentibus responsum, vel ab Imperatoribus rescriptum est, ad aliam speciem quantumuis dissimilem quasi simile trahere, quod & hîc ab eo factum fuit. Nam cùm & dictum & rescriptum esset, Transactione de alimentis futuris sine prętore facta proficere debere ad alimenta solutionem postea secutam ex causa transactionis, putauit Tribonianus idem posse dici facta transactione per fideiussorem condemnatum, & secuta solutione ex causa transactionis, quod vtroque casu verum sit transactionem non valere, & tamen ex causa transactionis secutam fuisse: Nec animaduertit magnam inter has species differentiam esse. Transactio enim de alimentis futuris facta, per quã alimenta vel intercipiantur, vel minuantur, nullo casu potest valere *l. prox infr.* At transactio facta per fideiussorem post rem contra eum iudicatam, quã aliud nihil potest impedire, nisi quod res sit iam iudicata, potest valere eo casu, saltem quo sententia illa possit attentari per appellationem à reo interponendam. Itaque sunt quidem hæ species in eo similes, quod si neque hæc, neque illa transactio valeat, vtroque casu quod solutum est ex causa transactionis imputabitur in causam debiti, siue ex iudicato, siue pro alimentis debeatur. Sed sunt dissimiles in eo, quod in casu alimentorum fit semper ea imputatio, quia nunquam valet transactio, in casu autem nostro nihil est necesse tractari de imputatione, cùm valeat transactio, & consequenter solutio facta ex causa transactionis.

8. IDEM lib. 5. de Omnibus Tribunalibus.

CVm hi, quibus alimenta relicta erant, facilè transigerent, contenti modico præsenti: diuus Marcus oratione in senatu recitata effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esset, quàm si auctore prætore facta. Solet igitur prætor interuenire, & inter consentientes[a], arbitrari[b], an transactio, vel quę admitti debeat.

Ad l. Cùm hi 8.

Ratio dubitandi. Suæ quisque rei moderator est & arbiter *l. in re mandata 21. C. mandat. l. 2. si quis à parent. manum.* & permissum est cuilibet iuris sui persecutionem, aut spem futuræ perceptionis deteriorem constituere *l. pactum 46. §. fin. ff.* Nec facilè prætor se debet interponere in priuatorum conuentionibus ineundis. Quid enim aliud agere potest prętor, quàm vt priuatorum controuersias dirimat? A quibus proinde si sponte recedãt, debet omnimodo id ratum habere *l. 1. §. inde quæritur de oper. nouì nunciat.* iunct. *l. si conuenerit 26. de re iudic.* Ergo non

go non est necessaria prætoris autoritas ad transigendum de alimentis siue præteritis siue futuris. Præsertim cùm nec quicquam in hac re possit aut debeat decernere nisi inter consentientes, vt Vlp. hîc ait. Prætoris enim est priuatorum voluntates audire non iubere, vt de Imperatore scriptum est in *l. omnium 19. C. de testam.*

Ratio decidendi. Inducta est hæc sollennitas, nõ ex ratione aut necessitate iuris, sed ex autoritate orationis D. Marci in Senatu recitatæ & senatusconsulto approbatæ, de quo in *l. eleganter 23. §. item si ob transactionem, de condict. indeb.* Idque summa ratione & æquitate quòd eueniret, plerumque vt hi quibus alimenta relicta erant facilè transigerent contenti modico præsenti. Vnde fiebat, vt postea laborarent egestate contra mentem testatorum, qui vix vnquam alimenta legant, nisi egentibus & iis quibus prospectum velint ne incidant in egestatem. Ex qua ratione apparet hanc orationem non pertinere ad alimenta præterita, sed ad futura *l. de alimentis 8. C. hoc titul. modico præsenti.* Hinc apparet quantumuis modicũ illud sit quod per transactionem datur, non eo minùs valere transactionem, neque ex hac causa rescindi eam posse. Alioqui parum fuisset necessaria saltem hoc casu oratio D. Marci.

a *Inter consentientes.* Non enim datum est prætori vt decernat de alimentis quicquid velit, sed vt decreto suo probet vel improbet transactionem, quę porrò non fit nisi inter consentientes.

b *Arbitrari.* Causa scilicet cognita. Nec enim absolutè prohibentur huiusmodi transactiones, imò nec prohibentur, sed permittuntur cum huius sollennitatis obseruatione *§. si prætor ff. hac lege.*

1 ¶ Eiusdem prætoris notio ob transactionem erit: siue habitatio, siue vestiarium, siue de prædiis alimentum [c]legabitur.

Ad §. 1. Eiusdem.

Ratio dubitandi. Oratio de alimentis tantùm locuta est, ergo cùm sit correctoria iuris communis non est protrahenda ad habitationem, vestiarium & alia si qua sunt huius generis.

Ratio decidendi. Eadem ratio locum habet in legato habitationis & vestiarij, quæ in legato alimẽtorum. Nam nec ista relinqui solent nisi egẽtibus, vt nec alimenta, neque minùs necessaria sunt ad vitam, ideoq; etiam alimentorum nomine continentur *l. verbo victus 43. & seq. de verb. signif. l. legatis 6. l. vlt. de alim. legat.* quamuis transactio de alimentis facta ad habitationem & vestiarium non producatur *§. qui transigit 12. & seq. ff.* vbi dicemus. Sed neque verum est orationem de alimentis solùm locutam esse, nam & de habitatione & de vestiario specialiter locuta est, vt constat ex *d. §. qui transigit.*

c *De prædiis alimentum.* Id est, præstandum ex reditu rei certæ *l. vsufructu 7.* aliàs *l. hactenus ff. de vsufr. l. Lucius 12. in fin. de alim. vel cibar. legat.*

2 ¶ Hæc oratio pertinet ad alimenta, quæ testamento, vel codicillis fuerint relicta, siue ad testamentum factis, siue ab intestato[d]. Idem erit dicendum & si mortis causa donata[e] fuerint relicta: vel ab eo, cui mortis causa donata sunt, relicta. Sed & si condicionis implendæ gratia [f]relicta sunt, adhuc idem dicemus. Planè de alimentis, quæ non mortis causa donata sunt[g], licebit & sine prætore auctore transigi.

Ad §. 2. Hæc oratio.

Ratio dubitandi. Orationi causam dedit fauor alimentorum. Ergo siue ex vltima voluntate, siue ex contractu alimenta debeantur, eadem omnium ratio constitui debet, ne liceat de iis transigere sine prætore.

Ratio decidendi. Non solus alimentorum fauor dedit causam orationi, sed iunctus etiam fauor vltimæ voluntatis, & eorum quibus per vltimam voluntatem alimenta relinqui solent, non quòd, vt ait Cuiacius, alimenta relinquantur in vltima voluntate, vt alimentario consulatur, non etiã in contractu; (vix enim est vt non diffidat suæ prudentiæ suisq; facultatibus is qui alimenta sibi stipulatur.) Sed quia in iis quæ pendent ab vltima voluntate nihil faciendum est contra voluntatem testatoris, qui alioquin deciperetur, at de alimentis ex contractu debitis si quis trãsigat, nemo decipitur; quia nec alij possunt deberi ex contractu quàm qui vel ipse contraxerit, vel ab eo saltem ius habeat qui contraxit, eiusq; personam repręsentet.

d *Siue ab intestato.* Ratio dubitandi. Maior est fauor testamenti quàm codicillorum, itemq; maior codicillorum ex testamento factorum quàm eorũ qui ab intestato, quoniam facto testamento codicilli sequuntur ius testamenti *l. ab intestato 16. in fin.* iunct. *l. quod per manus 10. de iur. codicill.* Et codicilli ad testamentum pertinentes eo iure censentur, vt quæcunque in iis scripta sunt perinde habeantur, acsi in testamento scripta essent *l. 2. §. codicillorum eod.* Ergo maior debet esse fauor alimentorum debitorum ex codicillis testamentariis debitorum, quàm ex codicillis ab intestato.

Ratio decidendi. Non fauemus hac parte testamento, sed vltimæ volũtati, cuius speciem codicilli constituunt non minùs quàm testamentum, quia siue testamẽtum aliquod factum sit, sequuntur ius testamenti & pars eius censentur *l. pen. testam. quemadmodum aperiri.* siue testamentum nullum factum sit, vicem testamenti obtinent *d. l. ab intestato.* Et ideò locuta est oratio de relictis alimentis nõ de legatis, quoniam alimenta in codicillis ab intestato factis legari non possunt, relinqui possunt.

e *Etsi mortis causa donata.* Ratio dubitandi. Donationes causa mortis sunt donationes, nec fiũt nisi per traditionem aut per stipulationem vt & donationes inter viuos: vnde est quod olim æquè indigebant insinuatione *l. donatio 25. C. de donat.* ante Iustiniani constitutionem in *l. vltim. C. de mort. caus. don-*

nat. Atqui de alimentis ex donatione inter viuos debitis potest transigi sine prætore, sicut & si ex alio quolibet contractu deberentur, vt constat ex fine huius §. Ergo & de alimentis mortis causa donatis transigi poterit sine prætore.

Ratio decidendi. Donationes causa mortis, licèt in plerisque habeant naturam contractuum, propiùs tamen accedunt legatis, & ad instar legatorũ capiuntur *d. l. vlt. §. 1. Inst. de donat. l. Marcellus* 15. *l. etsi* 17. *l. illud* 37 *inst. de donat. caus. mort. l. 2. de public. in rem act.* Cæterùm malo hîc pro *donata*, legere *donatione*, vt non frustra sequatur dictio *relicta*. Aliqui dicã eam dictionem irreptitiam esse ex glossa interpretis alicuius explicantis quod Vlp. dixerat *donata*, idque ex verbis orationis quæ locuta fuerat de relictis. Sanè quod sequitur *vel ab eo cui mortis causa donata sunt, relicta*, non dubito quin sit glossema imperiti interpretis existimantis fortasse aliquid præcedentibus deesse. Alimenta enim quę alicui mortis causa donata sunt, alij ab eo relinqui possunt, cùm personalia sint & ad vitam. Nisi dicamus, quod puto probabilius corruptum esse cõtextum, & ita legendum, *vel ab eo cui mortis causa donatum fuit, relicta*. Nam & à mortis causa donatario possunt alimenta relinqui per fideicommissum, vt & à legatario, de quo in *§. sed et si sit* 5. ĩ. *l. 11. Cod. de donat. caus. mort.*

f *Sed & si condicionis implendæ gratia.* Ratio dubitandi. Quæ condicionis implendæ gratia capiũtur, neque iure testamenti, neque ex voluntate defuncti capiuntur, adeóque nec ex bonis ipsius, sed potius ex voluntate eius qui dat, quippe qui, vt daret si nollet, cogi non posset, *l. si quis sub condicione* 8. *si quis omiss. caus. testam. l. Mœuius* 55. *in fin. de cond. & demon. l. id autem* 76. *ad leg. falcid.* Ergo ad ea quæ condicionis implendæ causa capiuntur, non pertinet oratio D. Marci, quæ vt dixi, non pertinet ad vltimas voluntates.

Ratio decidendi. Quod implendæ condicionis causa capitur, licèt ex testamento non capiatur, tamen ob testamentum capitur, aut saltem ob aliam vltimam voluntatem, quia non caperetur si vltima voluntas nulla esset, ob idq; mortis causa capi dicitur in *l. qui precio* 8. *de mort. caus. donat. & capion.* Ergo idem fauor vltimæ voluntatis facere debet, vt neq; de alimentis implendæ condicionis causa acceptis transigere liceat inconsulto prætore.

g *Quæ non mortis causa donata sunt.* Ratio dubitandi. Donatoris voluntatem circumueniri nõ oportet, non magis quàm testatoris *l. vlt. C. de reuoc. don.* Nam & testator donator est, & legatum donatio *l. legatum* 36. *de leg.* 2. Ergo si non est permissa inconsulto prætore transactio de alimentis in vltima voluntate relictis, ne defuncti voluntas & liberalitas decipiatur, neque permittenda est de alimentis inter viuos donatis.

Ratio decidendi. Non est voluntas donatoris decipienda, si quid donator cauerit in donatione, id est, si quam donationi legem dixerit. Cæterùm perfecta donatio condiciones non capit. *l. perfecta* 4. *C. de donat. quæ sub modo.* Ac proinde si is qui simpliciter donauit alimenta vellet ex interuallo addere condicionem, nepossit, de iis alimentis inconsulto prætore transigi, facere id non posset. Ergo multominùs prohibenda erit transactio de alimentis inter viuos donatis. si de eo nihil in donando dictum sit, quia quod habet donatarius licèt habeat ex liberalitate donatoris, habet tamen etiam ex facto suo siue stipulatus sit, siue per traditionem acceperit, ideoq; de eo transigere pro arbitrio potest, sicuti posset de alimentis ex quocunque alio contractu acquisitis. In iis quæ ex vltima voluntate aut per occasionem vltimæ voluntatis acquiruntur, nullum intercedit factum acquirentis, nisi vt acquiri sibi velit *l. liber homo* 19. *de acquir. rer. domin.* ob idq; mirum non est si de iis disponere non possit contra voluntatem defuncti, qui si adhuc viueret eo tempore quo legatarius vel alius quilibet voluntatem ipsius vult circumuenire, posset à priore voluntate recedere, ex qua scilicet nec fuit vnquam obligatus nec obligari potuit. Sunt quodammodo magis nostra ea quæ nobis ex facto nostro, quàm quæ ex sola alterius voluntate acquiruntur, teste illo Ouidiano: & quæ non fecimus ipsi vix ea nostra voco. Et hinc etiam petenda ratio est aliarum differentiarum, quæ sunt inter legatum & stipulationem in annos singulos. Nam legatum est multiplex, stipulatio vna, legatum morte finitur, stipulatio non item *l. 4. l. cum in annos* 11. *de ann. leg. l. cùm in annos* 10. *quand. dies leg. ced. l. si Stichum* 16. *§. 1. de verbor. ob. ig.* Nempe quia in legatis nullum legatarij factum intercedit, in stipulationibus intercedit factum stipulatoris, idq; semel tantùm. Non autem vt putat Cuiacius, quòd stipulatio non contrahatur creditori prospiciendi causa. Quid enim aliud agit stipulator nisi vt sibi prospiciat, heredi autem suo per consequentias: *l. si pactum* 9. *de probat.* Nec leuior eiusdem Cuiacij error est in eo quod legatum & stipulationem *in annos singules* de quibus agitur supradictis locis, accipit pro legato & stipulatione alimentorum. Alimenta enim semper sunt personalia *§. modus inf.* nec vnquam transire possunt ad heredem alimentarij quantumuis ex stipulatione debeantur, nisi hoc ipsum in stipulationem deductum sit, vt de vsufructu repetito scriptum est *l. repeti* 5. *quib. mod. vsuf. amitt.* Parum enim est quod stipulatio ipsa sui natura possit transire ad heredes, si res quæ in stipulationem deducta fuit transire non possit. Alioqui perinde dicendum erit vsumfructũ per stipulationem constitutum ad heredes transire posse, quod tamẽ absurdum fuerit dicere. Indeq; est quod alimenta dicuntur in perpetuum relicta quæ ad vitam relicta sunt *§. prox. seq.* iunct. *l. 1. pro socio* iunge quæ dicam ad *§. si in annos infr.*

3 ¶ Siue igitur in menses singulos, siue in dies, siue in annos fuerint relicta: oratio locum habet. Sed & si non fuerint perpetuò relicta[h], sed vsque ad annos certos, idem est.

Ad §. 3. Siue igitur.

Ratio dubitandi. Solutio quę fit per partes habet magna incommoda ex parte creditoris qui eam acipit *l. 3. §. famil. erciſc.* Ergo eo saltem casu quo alimenta sic relicta sunt vt in dies singulos præstentur, deberet permissa esse indistinctè de iis transactio ad alimentarij vtilitatem.

Ratio decidendi. Quod semel debetur, id sanè commodius est & vtilius creditori, semel præstari totum

totum quàm per partes. Sed legata in singulos dies relicta non sunt huius generis: quia non semel tota, sed per dies singulos debentur. Nec sciri potest quanto tempore sint duratura, cùm id pendeat ex incerto vitæ alimentarij euentu, ideoq; verendum est ne alimentarius parum sibi consulens pro modico præsenti totum illud quicquid esse potest futurorum alimentorum facilè remissurus sit, nisi prætoris arbitrio & autoritate impediatur: & verò ea præstandorum per singulos dies alimentorum necessitas magis incommoda est ei qui dat, quàm ei qui accipit *l pecuniæ* 8. *de alim. leg. in fin.*

h *Sed & si non fuerint perpetuò relicta.* Ratio dubitandi. Cùm alimenta non sunt in perpetuum alicui relicta, sed ad certum vsque tempus, non potest dici testatorem voluisse prouidere, ne quandoque alimentarius fame periret, aut saltem egestate laboraret, quam tamen diximus fuisse præcipuam rationem orationis D. Marci. Ergo quasi cessante oratione dicendum est, saltem hoc casu permittendum esse indistinctè transactionem de alimentis sine prætoris autoritate. Cessante enim orationis ratione, cessat etiam oratio *l. illud* 32. *ad leg. Aquil. l. adigere* 6. *§. quamuis de iur. patron.*

Ratio decidendi. Qui relinquit alimenta in certum vsque tempus, id etiam agit quantum potest, ne intra illud tempus alimentarius fame pereat aut egestate laboret. Eadem ergo ratio est prospiciendi ad conseruandam testatoris voluntatem, ne possit hic modico præsenti accepto transigere de futuris alimentis.

i *Perpetuò.* Id est, ad vitam alimentarij. Neque enim possunt alimenta non esse personalia, nec finiri morte alimentarij, vt dixi ad *§. prox.* Sic & societas dicitur certa esse in perpetuum, quæ sic coita est, vt duret ad vitam sociorum *l. 1. §. pro socio.*

4 ¶ Si integra quantitas alicui fuerit legata, vt ex vsuris eius se alat, & mortis tempore pecunias restituat: non cessabit oratio, licèt non in annos singulos videatur id relictum.

Ad §. 4. Si integra.

Ratio dubitandi. Cùm quis integram quantitatem aliquam, putà mille aureorum alicui legat, vt ex vsuris eius pecuniæ se alat, & mortis tempore eandem ipsam quantitatem restituat, nihil relinquit in annos singulos. Non pecuniam quam & semel totam dari vult, & similiter totam semel restitui. Non vsuras, quia eæ non ex pecunia, sed ex negotiatione percipiuntur *leg. si nauis* 62. *de rei vindic. l. venditor* 21. *de hered. vel act. vendit.* nec voluit testator eas præstari legatario, sed vt possent ab eo percipi si ex pecunia legata negotiari vellet, quod ipsum posuit in eius potestate. Quis enim cogat eũ pecuniam fœnerari si nolit? Aut quas vsuras ex ea pecunia percepturus est si non eam collocet fœnori? Pecunia enim res sterilis est, & quæ aliam pecuniam ex se nunquam gignit, vt ait Aristoteles. Nihil ergo impedit quominus de hoc legato transigere possit legatarius inconsulto prætore, si fortè malit heres minorem pecunię quantitatem ei dare sine vllo onere restitutionis.

Ratio decidendi. Ea fuit mens testatoris, vt legatarius se aleret ex vsuris quas ex pecuniæ sibi legatæ negotiatione redigere posset, ac proinde non potest negari quin legatum hoc relictum fuerit in causam alimentorum. Ergo & in hoc legato locũ habebit oratio. Pertinet enim ad omnes casus quibus metui potest ne alimentis egeat, is cui de alimentis prouidere voluit testator. Nec ad rem pertinet quod in huius legatarij potestate futurum sit legatam sibi pecuniam fœnerari aut non fœnerari. Neque enim dubitandum est quin fœneraturus sit potiùs quàm fame periturus, si modo habeat quod fœnerari possit. *Magister artis, ingeniique largitor venter* coget satis legatarium quantumuis negligentem & desidiosum, vt se suamq; pecuniam exerceat. Saluam igitur pecuniam ei conseruari oportet, vt ex eius vsuris possit saltem cùm volet alimenta sibi comparare.

5 ¶ Sed & si sit certa quantitas relicta Titio, vel res, ita vt inde alimenta Seio præstentur: magis est, vt transigere Titius possit: nec enim transactione Titij minuuntur alimenta Seij. Idémque est, & si per fideicommissum alimenta ad hoc legatario[a] fuerint relicta.

Ad §. 5. Sed & si sit.

Ratio dubitandi. Nemo potest obligari vt præstet ex testamento, aut alia vltima voluntate plus quàm ex ea ipsa vltima voluntate acceperit *l. 1. §. si is qui quadringenta l. ex facto* 17. *§. non tantum ad SC. Trebell. §. 1. Inst. de sing. reb. per fideic. relict.* At qui transactio facta per Titium, facit ne plus ex testamento consequatur, quam in transactionem deductum sit. Ergo & facere debet vt non plus consequatur Seius, siue alimenta per fideicommissum ei relicta sint, siue per modum adiectum legato certę quãtitatis. Erat namque inter hæc olim differentia, nec fideicommissi actio competebat ex modo adiecto legato, quod hodie est immutatum per *l. 2. Cod. de his quæ sub modo.*

Ratio decidendi. Transactio facta per Titium non potest nocere Seio *l. 3. in prin. supr. hoc tit.* Non igitur potest videri de alimentis Seio relictis transactum fuisse ob id solùm quod cum Titio transactum fuerit de legato. Proinde non potest causa alimentorum impedire ne Titius transigat, sicuti nec Titij transactio facere, vt eo minus alimentorum nomine Seio debeatur. Sibi nunquam debet imputare qui minore quantitate transegerit. Tanti enim legatum suum æstimasse videtur, ideoq; nec mirum est plus eum præstare quàm acceperit, dum ne plus quàm accipere potuerit *l. Imperator* 70. *§. si centum de leg. 2. l. planè si filium* 94. *§. vltim. de leg. 1.*

a *Ad hoc legatario.* Benè Cuiacium legendum esse *ab hoc.* Nam à legatario fideicommissum relinqui

potest,non etiam legatum *dict.§.1.de sing.reb.per fideicomm.relict.l.2. C.comm. de legat.*

6 ¶ Eam transactionem oratio improbat,quæ idcirco fit vt qui repræsentatam pecuniam consumat. Quid ergo,si quis citra prætoris auctoritatem transegerit,vt, quod per singulos annos erat ei relictum,consequeretur per singulos menses? aut quid, si, quod per singulos menses ei relictum erat,consequeretur per singulos dies? quid deinde,si quod consummato anno vt acciperet, initio anni consequatur? & puto eam transactionem valere: quia meliorem conditionem suam alimentarius tali transactione facit: noluit enim oratio alimenta per transactionem intercipi.

Ad §.6.Eam transactionem.

Ratio dubitãdi.Oratione Diui Marci generaliter cautum est, ne alimentorum transactio aliter rata esset quàm autore prætore facta,vt scriptum est in princip.huius legis.Cùm ergo non distinguat oratio,nec nos distinguere debemus *l.de precio 8.de publi.in rem act.l.in fraudem 15.§.vlt.de test.milit.l.1.§.quod autem de aleat.* Proinde siue transactio vtilis futura sit alimentatio,siue inutilis non debet valere si auctoritas prætoris non interuenerit.Nam & similiter dicimus alienationem bonorum minoris, vel ecclesiæ factam sine decreto non valere,licèt vtiliter pro ecclesia,vel pro minore contractum proponatur,quia forma & sollennitas iure introducta omnino seruanda est,adeò vt nec prætori ipsi liberum sit permittere alienationem bonorum minoris ex alia causa quàm soluendi æris alieni, licèt minoris ex alia causa interfit *l.5.§.si res alienum & pass.de reb.eo. qui sub tutel.* Quod & Bart. ad hunc locum rectè sentit.

Ratio decidendi. In omnibus iuris nostri partibus inspiciendum est non tam quid dicatur,quàm qua mente & ratione *l.pen.inst.ad exhib.* Ratio enim siue legis, siue alterius dispositionis illa est, quæ legem & dispositionem vel ampliat,vel restringit *leg. cùm pater 77.§.dulcissimis de leg.2.l.adigere 6.§.quamuis de iur.patron.l.vltim.de hered.inst.l.illud 32. ad leg. Aquil.* Atqui oratio Diui Marci non aliam rationem habuit, quàm ne in alimentarij potestate esset repræsentatam pecuniam consumere,eáque vt verisimile est orationis præfatio fuit, vt & legis huius initium demonstrat. Ergo si quis citra prætoris autoritatem transegerit, vt quod per singulos annos ei relictum erat consequeretur per singulos menses, aut quod per singulos menses relictum erat,consequeretur per singulos dies, aut denique vt quod anno consummato accipere deberet initio anni consequatur valebit transactio. An ob id duntaxat quod meliorem suam condicionem alimentarius fecerit? quasi nihil aliud inspici oporteat? Minimè, sed quia meliorem ita fieri, attamen ab alimentorum præstatione non sit recessum, id est, vt neque intercepta fuerint alimenta neque imminuta. Id enim est quod sequitur. *Noluit enim oratio alimenta per transactionem intercipi.* Quare si quis pro alimentis futuris minoris æstimationis acciperet per transactionem fundum quem prudens & sagax quilibet paterfamilias multo pluris æstimaret quàm legatum alimentorum, dicendum esset non valere transactionem sine prætore factam, quod & Bart. tradit ad *§.si prætor vers.* Et igitur tantùm valet per quam conseruantur ea ipsa alimenta quæ fuerunt relicta, mutatis duntaxat, sed in meliorem condicionem temporibus solutionum, vt & in *§.penul.& vlt.inf.hac lege.*

a *Quod per singulos annos.* Ratio dubitandi. Cùm tempus adiectum est gratia creditoris non debitoris,soluere debitor ante tempus illud non potest *l. Iauolenus* 15. aliàs *l.eum qui.de ann. lega. l.si ita relictum 43.§.Pegasus de leg.2.l.5.§.cùm Pollidi de vsur.* Atqui cùm alimenta legantur alicui præstanda per singulos annos tempus adiicitur gratia legatarij ne si vnica & prima solutione totum consequeretur, repræsentatam pecuniam consumeret, vt scriptum est in princip.huius §.Ergo non est permittendum vt contra testatoris voluntatem repræsentetur solutio,quæ tamen repræsentatur quoties per transactionem fit, vt quod per singulos annos præstari debuerat,præstetur per singulos menses.

Ratio decidendi. Nihil fit contra testatoris voluntatem cùm alimenta quæ debuerant solui per singulos annos soluuntur per singulos mẽses, quia tantò melius prospicitur alimentatio, ne alimentis careat; quantò pluribus & minutioribus solutionibus,alimenta præstãtur,cedité; ea res incommodo solius debitoris *l. pecuniæ 8. in fin. de alim.leg.* Neque tam hæc repræsentatio alimentorum dicenda est, quàm specialior distributio, quæ quo specialior est, eo magis congruit cum testatoris prouidentia & voluntate.

7 ¶ Nihil autem interest,vtrùm libertini sint, quibus alimenta relicta sunt,an ingenui: satis locupletes,an minùs[b].

Ad §.7.Nihil autem.

Ratio dubitandi. Iniquum est ingenuo homini liberam rerum suarum alienationem,quod non similiter iniquum est in libertino *l. 2. si à parent. quis manum.sit.* Ergo distinguendi sunt hac parte ingenui à libertinis,vt faciliùs illis quàm istis permittatur de alimentis transigere inconsulto prætore.

Ratio decidendi. Libera quidem esse debet ingenuo cuique rerum suarũ administratio, sed quatenus id ad ipsius commodum pertinet,non etiam vt ei debeat licere abuti re sua vsque adeò vt alimẽtorum penuria de vita quoq; periclitetur. Interest enim reipublicę *§.vlt.Instit.de his qui sunt sui vel alien. iur.* præsertim ne audiatur perire volens *l.1.§. Diuus Seuerus & §.vlt.de quæst.* Perire autem vult quisquis mittit alimenta sine quibus non possit viuere *l. necare 4.de agnosc.liber.* Sed nec testatoris voluntas circumuenienda est qui ob id maximè alimenta reliquit,ne deesset legatario vnde se aleret. Qua etiam ratione verum puto quod vult Bartolus,non posse alimentarium renuntiare solemnitati huius orationis Diui Marci,ne quidem cum iuramento,non solùm quòd det formam certam à qua non est recedendum. *§.si prætor.inf.ead.leg.* procedátque prohibendo, vt constat ex initio legis, sed quia pertinet ad publicam vtilitatem, prouidere ne ciuis Romani vita periclitetur,cui consultum esse possit. Ex qua ratione apparet non idem dicendum esse de alimentis seruo relictis. Etsi enim valet legatum siue seruus testatoris fuerit, siue alienus, siue pœnæ aut Cæsaris. *l.is cui 11. l. seruos 17.de alimen.leg.l.3.de his quæ pro non scriptis habentur.* Ridiculum tamen est quærere,an de eo transigere seruus possit, cùm is neque agere neque conueniri possit. *leg. quoties 13.si quis caution.* Potest sane adire per se prætorem, & implorare officium eius ad hoc vt alimenta sibi exhibeantur.*d.l.seruos. & l mulier 22.§.non est dubitatum. ad SC. Trebell.* sed non ideo pacisci potest aut transigere, neque interueniente prætore, neque sine prætoris autoritate,cùm nequelis vlla esse possit inter liberum hominem & seruum *l.4.de iudic.l.cum seruo 107.de regu.iur.* nec dubitum vllum super quo transigi oporteat aut liceat. Et ob eam nimirum causam Vlpianus hìc loquitur de libertinis & ingenuis tantùm, non etiam de seruis. In quo Accursium,Bartolum,Cuiacium & alios errasse miror. Imò etsi seruo alieno legentur alimenta, domini est non serui legatum.*d.filiofamilias 42.de condit.& demonstr.* Erit ergo domini transigere,non serui. Sic & Abbatis,non Monachi, si alimenta fuerint relicta Monacho monasterium & Abbatem habenti,vt hic Bart.tradit.

b *Satis locupletes an minùs.* Ratio dubitandi.Ea potissimùm orationis ratio fuit, vt egentibus succurreretur,ne fame perirent malè consumpta pecunia, quam pro futuris alimentis repræsentatam accepissent. Atqui ea ratio non habet locum in legatario locuplete. Ergo nec oratio locum habere debet,si verum est quod diximus ad §.præcedentem, extensione orationis ampliandam vel restringendam esse orationem.

Ratio decidendi. Potest fieri vt legatarius sit locupletes, & tamen non sit ei permittendum vt de futuris alimentis transigat, si fortè iis sit moribus vt facilè præuideri possit futurum vt aliquãdo laboret egestate, si non ei alimenta conseruentur. Et ideò causæ cognitio hìc per prætorem adhibenda est, quæ in eo potissimùm versatur vt tractet de causa, de modo,de personis transigentium. *§.si prætor.i.*

8 ¶ Vult igitur oratio,apud prætorem de istis quæri:in primis de causa transactionis[c], dein de modo[d],tertiò de persona transigentium[e].

Ad §.8.Vult igitur.

c *De causa transactionis.* An scilicet res aliqua dubia sit,quæ iustam præbeat causam transactioni. *l.1.§. eod.* Sed & cùm res dubia non est quantum ad hoc an alimenta debeantur, adhuc tamen potest iusta esse causa transactionis, si fortè heres incommodum illud præstandorum per singulos annos vel menses vel dies alimentorum velut redimere præstatione certæ quantitatis quam habere magis expediat legatario, cuius etiam rei variæ causæ esse possunt. Sufficit enim ad transactionem vt aliquid sit dubij. Hìc autem dubium est quanto tempore duratura sunt alimenta, id est, quanto tempore victurus sit legatarius.Sunt & aliæ causæ,de quibus in *§.proxim.sequent.*

Ratio dubitandi.Valet stipulatio etiam quæ causam nullam habet. *l.2. §.circa. de doli mali exceptione.* Ergo multò magis valebit trãsactio etiam quæ nullam causam habeat, cùm transactio sit fauorabilior stipulatione. Transactio enim tendit ad liberandũ, stipulatio autem ad obligandum.*l.Arrianus 47.de oblig.& action.* Ratio decidendi. Valet quidem ipso iure stipulatio etiam quæ nullam causam habet, sed repellitur per exceptionem doli mali stipulator, si agat ex ea stipulatione. *d.§.circa.* Ea igitur ratio facere debet vt non valeat transactio facta sine causa, quia esset absurdum dari exceptionem doli aduersus eum qui iuuaret se ea transactione quam prætor ipse adprobasset.Sed & differentia est hac parte inter stipulationem & transactionem. Ipsum enim transactionis nomen ostendit& præfert actionem aliquam superesse, eámque dubiam de qua transigi oporteat. *d.leg.1.§.hoc tit.* At stipulationis nomen nullam causam præsupponit,quamuis verum sit stipulationes omnes conuentionales quæ sint efficaces pendêre ex negotio contracto.*l.5.§.conuentionales.de verb.oblig.*

d *Dein de modo.* id est,de quantitate pro qua transigatur de alimentis. Nec enim patietur prætor pro modico præsenti alimentis futuris renunciari.

Ratio dubitandi. In transactione non habetur ratio læsionis,nec si excedat quadruplum.*l.Lucius.§.vlt.ad SC.Treb.ell.* quia satis lucratur qui à lite discedit. *l.4. §.1.de alien.iud.mut.caus.facti.l.in summa 65.§.1.de cond. indeb.* Ergo cùm prætori constitit iustam esse causam transactionis,id est,quòd res sit dubia,non est quòd inquirat ille de modo & quantitate, quæ in transactionem deducitur. Ratio decidendi. Licèt transactio non possit rescindi ob solam læsionem,pertinet tamen ad dignitatem & æquitatem prætoris,ne patiatur quantum in se est aliquam læsionem interuenire in ea transactione, cui autoritatem ipse præstet. Iunge *§.modus quoque.j.*

e *De personis transigentium.* Ratio dubitandi. Nihil interest quod ad hanc orationem pertinet,cuius status & conditionis sint ij qui volunt transigere.an libertini, an ingenui, an egeni, an locupletes, vt dictum est in §.*præcedenti.* Ergo frustrà inquirit prætor de personis transigentium.

Ratio decidendi.Nihil interest cuius status&conditionis sit alimentarius, quod ad hoc attinet vt nõ possit rata esse transactio facta inconsulto prætore. Sed interest quod ad hoc vt prætor faciliùs vel difficiliùs permittat fieri transactionem.Finge legatariũ cui alimenta fuerant relicta, cùm egenus esset aut perditis moribus postea factum esse locupletiorem & eo tempore quo de transactione ineunda agitur esse hominem frugi,& ad sanos mores rediisse,vt iã nihil sit verendum, ne quando alimentis egeat. E contrario autem eum qui alimenta præstare debeat

lapsum esse facultatibus vt verisimile sit præstandis in perpetuum alimentis imparem eum fore, cur non permittat prætor vt alimentorum legatum annuum aut menstruum in certam pecuniæ quantitatem conuertatur, cùm ea ratione futurum sit vt vtrique contrahentium melius sit consultum. *§. sed & personarum §.*

9 ¶ In causa hoc erit requirendum, quæ causa sit transigendi: sine causa enim neminem transigentem audiet prætor [a]: Causæ ferè huiusmodi solent allegari: si alibi domicilium heres [b], alibi alimentarius habeat aut si destinet domicilium transferre [c] alter eorum: aut si causa aliqua vrgeat præsentis pecuniæ [d]: aut si à pluribus ei alimenta relicta sint, & minutatim singulos conuenire difficile ei sit [e]: aut si qua alia causa fuit [f], vt plures solent incidere, quæ prætori suadeant transactionem admittere.

Ad §. 9. In causa.

a *Sine causa enim neminem transigentem audiet prætor.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad §. *prox. in principio.*

b *Si alibi domicilium heres.* Ratio dubitandi. Quod per actionem personalem ex legato petitur ibi dari debet vbi petitur, id est, vbi heres domicilium habet. *l. quod legatur* 38. iunct. *l. si fideicommissum* 50. *§. pen. infr. de iudic.* & sine hoc heredi sine potius alimentario ipsi incommodum sit testator hoc sciuit & præuidit. Ergo cùm nihil noui post testatoris mortem supernenerit, voluntas ipsius hoc quoque casu sequenda est vt omni modo præstantia sint alimentario ea ipsa alimenta quæ reliquit. Ea enim demum nouo indigent auxilio, quæ postea emergunt. *l. de ætate* 11. *§. ex causa de interrog. in iur. fac.*

Ratio decidendi. Alimentorum siue præbendorum siue accipiendorum necessitas non præsentem ac momentariam curam habet, id est, quæ momento vno possit expediri, vt diuisio legatorum, sed oneribus menstruis atque annuis verecundiam quoque pulsantibus adstringitur. *l. pecuniæ* 8. *de alim. legat.* Si qua igitur alia ratio sit vtrique consulendi, & heredi & alimentario vt ab eo onere liberentur, non debet prætor eam aspernari dum ne testatoris voluntas circumueniatur.

c *Aut si destinet domicilium transferre.* Ratio dubitandi. Nemo potest domicilium transferre, vel consilium mutare in alterius iniuriam. *l. nemo potest* 75. *de reg. iur.* Non potest igitur mutatio domicilij per alterum facta alteri nocere.

Ratio decidendi. Nihil est impedimento quominùs quis vbi velit habeat domicilium, quod ei interdictum non sit. *l. nihil est* 30. *ad municip.* Adeò vt nec potuerit testator aut heredi aut legatario prohibere ne domicilium mutaret, quoniam ea prohibitio ciuis Romani libertatem infringeret. *l. Titio centum* 71. *§. 2. de condic. & demonstr.* Itaque nihil eo casu videtur fieri in fraudem & iniuriam alterius cùm fiat permittente iure, licèt alius ex ea domicilij mutatione per consequentias damnum sentiat: arg. *l. cum eodem* 9. *verb. prad. l. fluminum* 24. *§. vlt. cum duab. ll. seqq. de dam. inf. ff. l. 1. §. denique* 12. *l. si in meo* 21. *de aqua & aquæ pluu. arcf.* Est autem hoc casu maior ratio transactionis permittendæ quàm superiore, quia quæ de nouo emergunt, nouo indigent auxilio, vt proximè dicebamus ex *dict. l. de ætate* 11. *§. ex causa de interrog. in iur. fac.*

d *Aut si causa aliqua vrgeat præsentis pecuniæ.* Ratio dubitandi. Videtur hæc causa pugnare aperte cum ea ratione qua motus fuit D. Marcus vt orationem de prohibenda alimentorum transactione in senatu haberet, nempe quòd hi quibus alimenta relicta erant facilè transigerent contenti modico præsenti. Quis enim est tam perditis moribus qui modico præsenti contentus esse malit si causa aliqua valde vrgeat præsentis pecuniæ? Ratio decidendi. Eam demum causam quasi vrgentem præsentis pecuniæ pro iusta habebit prætor quæ alimentario vilis futura sit, non quam pro arbitrio alimentarius sibi fingat fortassis vt genio, & ventri aut libidini indulgeat, qualem sibi fingere solent homines perditi vt præsens modicum præferant futuris alimentis quantæcunque æstimationis, sed nec prætor facilè patietur præsentem illam pecuniam pro qua expediat alimentario transigere cum herede adeo modicam esse, vt non aliquatenus respondeat iustæ alimentorum æstimationi: quorum omnium tamen nihil fortasse curaret alimentarius si transigeret sine prætore.

e *Et minutatim singulos conuenire difficile sit.* Ratio dubitandi. Quo minutior est alimentorum præstatio, eo melius consulitur alimentario ne possit incidere in tantam egestatem vt alimentis quoque careat, vt diximus ad *§. eam transactionem. in fine sup.*

Ratio decidendi. Id intelligi debet de alimentorum præstatione quæ minutior sit quod ad summas & tempora præstationum, non quod ad personas soluentium. Est enim id semper & in omnibus incommodum creditori si in plures distringatur aduersarios. *l. & ancillarum* 27. *§. vltim. de pecul.* Ob eamque causam solet remedium adhiberi, de quo in *l. 3. de alim. vel cibar. legat.*

f *Aut si qua al. a causa fuit.* In hoc igitur diuersa ratio est huius orationis D. Marci, & illius quam habuit Seuerus de rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt sine decreto non alienandis. Illa enim vnicam dumtaxat causam habet, eámque verbis orationis expressam propter quam prætor debeat permittere alienationem bonorum minoris, si vrgeat æs alienum, tametsi ponas ex alia causa expedire minori vt prædium vel suburbanum vel rusticum distrahatur. *l. magis puto* 5. *§. si æs alienum ill. tit. De reb. eor.* At diuus Marcus nullam certam expressit causam permittendę transactionis alimentorum, sed eam qualiscunque sit arbitrio prætoris permisit.

10 ¶ Modus quoque pecuniæ, quæ in transactionem venit, æstimandus: est vt putà quantitas transactionis: nam etiam ex modo fides transactionis æstimabatur [a]. Modus autem pro ætate eius [b], qui transigit, arbitrandus est, & valetudine: nam aliàs cum puero, aliàs cũ iuuene, aliàs cum sene transigi palàm est. constat enim alimenta cum vita finiri [c].

Ad §. 10. Modus

Ad §. 10. Modus quoque.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad §. 8. vult igitur in illis verbis *dein de modo* §.

a *Nam etiam ex modo fides transactionis æstimabitur.* Ratio dubitandi. Dolus contrahentis ex qualitate facti, non ex quantitate precij æstimatur. *l. dolus* 10. *C. de rescind. vend.* Nihil ergo commune habet quãtitas transactionis cum bona fide transigentium, aut cũ validitate transactionis.

Ratio decidendi. Non hoc sibi vult Vlpianus, Transactionem hanc si facta sit, præsertim autore prætore posse rescindi, aut inutilem videri ob modicam quantitatem quasi ex ea causa dolo malo facta sit, vel minus bona fide: sed hic sensus est, Prætorem aditurum vt permittat transigi de alimentis facilè æstimaturum ex ea quantitate quam alimentario heres offeret, an futura sit ea transactio contra orationem Diui Marci necne: Si enim videat alimentarium velle modico præsenti contentũ esse vt repræsentaram pecuniã consumat, non patietur fieri transactionem. Itaque modicitas quantitatis impediet fieri transactionem, quam si facta esset rite ac legitimè non rescinderet. *l. Lucius* 78. *§. vlt ad SC. Trebell.* Erit ea quoque nostrorum sententia est. Ex læsione immodica præsumi dolum in re ipsa qui dolo ex proposito æquiparetur ex *l. si superstite* 5. *C. de dolo. l. si quis cùm aliter* 36. *de verbor. oblig.* Quem errorem nos refutauimus in prima parte Chiliadis nostræ.

b *Pro ætate eius qui transigit.* Quomodo autem hæc computatio facienda sit, explicatur in *l. computationi* 68. *aliàs lege hereditatum. infra ad leg. Falcid.* vbi dicemus.

c *Alimenta cum vita finiri.* Ratio dubitandi. Stipulatio huiusmodi *in annos singulos* similis est stipulationi alimentorum, sicut & legatum *in annos singulos* simile est legato alimentorum & vsufructus. *leg. 4. l. in singulos* 8. *l. cum in annos* 12. *de ann. legat. l. cum in annos* 10. *l. cum in annos* 23. *quand. dies legat. ced.* Atqui stipulatio illa *in annos singulos* tranit ad heredem. *l. si Stichum* 16. *§. 1. de verb. oõl. l. senatus.* 35. *§. vlt. de mort. caus. donat.* Ergo & stipulatio alimentorum, & consequenter alimenta non semper cum vita finiuntur, nimirum si ex contractu debeantur.

Ratio decidendi, Alimenta solent quidem relinqui aut promitti in singulos annos, vel menses, vel dies. Sed non ideo quicquid in singulos annos, vel menses, vel dies relinquitur aut promittitur, alimentorum iure censeri debet, vt dixi ad *§. 2. in fi. sup.* Ideóque separatus est in Pand. *tit. De ann. legat. à tit. De alim. & cibar. legat.* Proinde quod dicitur de stipulatione illa *in annos singulos*, non est porrigendum ad stipulationem alimentorum, maiórque differentia est inter stipulationes istas, quàm sit inter legatum *in annos singulos*, & legatum alimentorum, quia nec bona est hac parte compara io legatorum & stipulationum. Nisi quod semper & omni casu alimenta siue ex legato siue ex stipulatu debita cum vita finiantur.

11 ¶ Sed & personarum contemplatio habenda est: hoc est, cuius vitæ sint hi, quibus alimenta relicta sunt: vtrùm frugi hi sint, qui aliàs sufficere sibi possint: an sequioris [c], qui de alimentis pendeant. In persona eius, à quo alimenta relicta sunt, hæc erunt specienda: in quibus sunt facultatibus, cuius opinionis. tunc enim apparebit, numquid circumuenire velit eum, cum quo transigit.

Ad §. 11. Sed & personarum.

Ratio dubitandi. Nihil interest cuius conditionis sit is cui alimenta relicta sunt, an ingenuus an libertinus, nec rursus an egenus an locuples. *§. nihil autem* 7. *§.* Ergo ista personarum contemplatio habenda non est. Ratio decidendi eadem quæ ad *§. vult. igitur* 8.

c *Sequioris.* Vtrum *sequioris* legas, vt vulgò, & cum Cuiacio, an *segnioris* enim Duareno nihil interest. Vtraque enim lectio suum & bonum sensum habet.

12 ¶ Qui transigit de alimentis, non videbitur neque de habitatione, neque de vestiario transegisse: cùm diuus Marcus specialiter etiam de istis transigi voluerit.

Ad §. 12. Qui transigit.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad §. 11. §. Adde pro Ratio dubitandi. Legatis alimentis & cibaria & habitationem & vestiarium contineri. *l. legatis. 6. l. vlt. de alim. leg.* Ergo & qui de de alimentis transigit, de cæteris quoque omnibus transigere videtur. Ratio decidendi. Diuus Marcus specialiter de istis quoque transigi voluit, non quod alioqui transactio strictiùs accipi potuerit aut debuerit quàm vltima voluntas, vt vult Cuiacius ex *l. in testamentis. 12. de reg. iur. l. plenum* 12. *§. sed & si pecoris. de vsu & habit.* (conuetiones enim quæ vltima de voluntate interponuntur etiam animo nouandi, eius tamen naturã retinent & imitantur. *l. si sub conditione. §. vt lega. seu fideic. nomin. caueat.* neque rursus fauore alimentorum, vt ait Bart. quis enim fauor potest esse alimentorũ quæ remittuntur? sed quia, vt ait Vlp. Diuus Marcus ita voluit. Ob eam nimirum causam, vt qui tam modico præsenti contentus alimentis cessit, saltem vestiarium & habitationem, de quibus locutus nõ est, retineat, vt hac interpretatione frangatur captiosa liberalitas alimentarij. arg. *l. cum Aquiliana.* 5. §. *h. tit.*

13 ¶ Sed & si quis de alimentis transegerit, non habebit necesse etiam de habitatione, vel cæteris inuitus transigere: poterit igitur vel de omnibus simul, vel de quibusdam facere transactionem. 14 ¶ De calciario [c] quoque arbitrio prætoris transigendum est.

Ad §. 13. Sed & si quis. & Ad §. 14. De calcearios

Ratio dubitandi. Qui transigit de alimentis, neque de habitatione, neque de vestiario videtur transegisse, nisi specialiter id exprimat. *§. proxi. §.* Ergo necesse habet de habitatione quoque & de vestiario etiam inuitas transigere si de alimentis transigat, quia non potest legatum pro parte agnoscere & pro parte repudiare. *lege legatarius* 38. *de legatis* 1. *lege* 4. *de legatis* 2. Ergo neque de legati

parte duntaxat transigere de alia non item, sed de toto legato transigi necesse est, quando vnum tantùm legatum est. Quomodo vnum legatum est quod & alimenta & vestiarium & habitationem comprehendit. *l. legatis 6. l. vlt. de alim. leg.*

Ratio dubitandi. Qui transigit de legato non repudiat legatum neque in totum neque ex parte, sed potius agnoscit illud & tanti æstimat quantum illud est quod in transactionem deducit. Proinde nihil vetat de cibariis transigi licèt neque de vestiario neque de habitatione transigatur. Aliud est si dicaria vel cibaria fuerint relicta, quoniam huiusmodi legato neque habitatio, neque vestiarium neque calcearium continetur. *l. dicariis 21. de alim. leg.*

e *De calcearia.* Ratio dubitandi. Oratio non fuit locuta nisi de alimentis habitatione, & necessario, vt constat ex initio & §. 1. *huius legis.* At qui calcearium appellatione istorum non continetur. *l. vestimentum. 22. cum quæst. seq. de aur. arg. mund. l. vestis 127. de verb. sign.*

Ratio decidendi. Imò alimentorum appellatione calcearium quoque continetur, quia continentur omnia, sine quibus ali commodè corpus non potest, *d. l. legatis 6. de alim. leg.* Ergo de calcearia quoque vt de cæteris omnibus ad alimentorum causam pertinentibus arbitrio prætoris transigendum est, alioqui non valet transactio. Nec enim est hoc quid minimum aut saltem ex eorum numero de quibus dici solet prætorem de minimis non curare. *l. scio 4. de in integr. rest. l. si quis 9. alias. l. si oleum. §. vltim. cum l. seq. de dolo.*

15 ¶ Si vni, pluribúsve fundus ad alimenta fuerit relictus [f], velíntque eum distrahere: necesse est prætorem de distractione eius, & transactione arbitrari [g]. Sed si pluribus fundus ad alimenta fuerit relictus, & hi inter se transigant [h]: sine prætoris auctoritate facta transactio rata esse non debet. Idem est, & si ager fuerit in alimenta obligatus [i]: nam nec pignus ad hoc datum [k], in consulto prætore, poterit liberari.

Ad §. 15. Si vni.

f *Fundus ad alimenta fuerit relictus.* Ratio dubitandi. Cùm fundus aliquis ad alimenta legatus fuit, non ideo tamen legata videntur alimenta, at neque vsus fructus fundi, sed ipsa proprietas quæ transire possit ad heredem. *l. 4. vbi est text. eleg. de alim. leg.* Illa enim verba *ad alimenta* magis ad causam legandi quàm ad alimenta ipsa constituenda pertinent. *l. pen. eo. tunct. l. species 15. de aur. & arg. leg.* Ergo diui Marci oratio ad huiusmodi casum non pertinet, siue hunc fundum alienare legatarius velit, siue de eo transigere, quia non fuit locuta nisi de alimentis.

Ratio decidendi. Testator qui proprietatem huius fundi ad alimenta legauit, egit quantum potuit vt tanto magis alimentorum nomine legatario tantum esset, quem satis præuidit talem esse cui debuerit prouidere de alimentis vt haberet vnde se aleret. Tanto minus igitur permittendum est huic legatario vt de fundo isto transigere vel eum pro arbitrio distrahere possit citra prætoris autoritatem. Alioqui & voluntas testatoris & mens orationis æquè offenditur. acsi alimenta ipsa legata fuissent. Mens autem orationis inspicienda est, & effectus transactionis magis quàm verba vt dixi ad *§. eam transactionem* 5. Id enim omnimodo agendum & cauendum est ne alimentis quandoque egeat is quem testator habere voluit vnde se aleret.

g *Arbitrari.* An vt definiat vtrùm legata sit proprietas, an solus vsus fructus, an sola alimẽta? vt quidam putant. Minimè. Nihil enim istorum interest quod pertinet ad causam huius transactionis. Sed vt etiamsi videat legatam esse proprietatem, non eo magis tamen permittat transactionem nisi quam videbit ad alimentarij vtilitatem pertinere consideratis omnibus iis personarum causarúmque circunstantiis quæ essent considerandæ, si alimenta sola legata proponerentur.

h *Et hi inter se transigant.* Ratio dubitandi. Cùm illi quibus fundus ad alimenta fuit legatus inter se duntaxat transigunt, semper verum est fundum remanere penes eos quibus testator eum legauit, ac proinde nihil videtur fieri contra voluntatem testatoris quamuis ad extraneum is fundus peruenire non posset. Exemplo eius quod dicimus fundum pluribus simul in emphyteusim datum licèt ab iis alienari non possit irrequisito domino, inter eos tamen diuidi etiam irrequisito domino posse. *c. imperialem. §. præterea de prohib. feud. alien. per Feder.* tametsi diuisio sit species alienationis & emptionis. *l. C. commun. vtr. iudic.* Adde *l. 1. Co. de impon. lucr. descr. lib. 1. voluntas. 4. C. de fideic.*

Ratio decidendi. Oratio diui Marci locum habet in omnibus casibus in quibus offenderetur voluntas testatoris per transactionem sine prætoris autoritate factam. At qui offenderetur in proposito, quia id egit testator, ne cui ex legatariis alimenta deesse possent. Perinde autem deerunt ei qui per transactionem abdicata se partem huius fundi fauore collegatariorum, acsi eam partem alienaret in extraneum. Quid enim ei proderit quod aliquis ex collegatariis potiùs quàm extraneus aliquis totum eum fundum habeat si desit ei aliunde ex quo se alat? In eóque diuersa est ratio alimentarij & emphyteutæ, quoniam alimentorum quælibet alienatio interdicta est alimentario in fauorem ipsius alimentarij. Emphyteutæ verò in fauorem domini, cuius porro nihil interest quis ex emphyteutis habeat emphyteusim dum ne extraneus habeat, quod & Bart. non insubtiliter docet.

i *Et si ager fuerit in alimenta obligatus.* Ratio dubitandi. Pignoris remissio neque alienatio neque donatio vlla est. *l. 1. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. est pignus 18. quæ in fraud. cred. t.* quia salua supereſt & integra personalis actio cuius potestate conueniri potest debitor & condemnari, vt deinde in iudicati executione pignora noua capiantur & ipsa capione constituantur. *l. à Diuo Pio de re iudic.* Ergo ad pignoris remissionem oratio Diui Marci non pertinet.

Ratio deci. Testatoris voluntas non illa tantũ fuit vt alimenta legatario deberentur, sed illa etiam vt eo nomine cautum esset legatario per fundi obligationem, & quidem idonee. Cauetur enim idonee aut pignoribus aut fideiussoribus. *l. si mandatu 59. §. vlt. mandat. l. 4. §. addici. de fideic. liber.* Atqui remissio pignoris facit vt desinat idoneè cautum esse, cùm nulli adsint fideiussores, dici enim solet, & verum est, plus cautionis esse in rem quàm in personam. *l. plus cautionis 25. de reg. iu.* Ergo neque hoc alimentario permittendum est vt pignus remittat, quod pro alimentorum cautione fuerat à testatore constitutum, nisi interueniente prætoris autoritate. Alioqui facilè euenit vt amisso pignore personalis actio, quę sola supererit alimentario sit ei inutilis, fortè bonis omnibus heredis ab eo venditis citra fraudem, ita vt eorum alienatio reuocari non possit, aut aliis creditoribus concurrentibus, qui causa & priuilegio sint anteriores. His enim casibus necesse est inanem esse, nullámque penitus videri actionem quam debitoris excludit inopia. *l. nam is 6. de dolo.* Cuius periculi nullus subesset metus conseruato iure pignoris. Nec enim pignus per alienationem à debitore sine consensu creditoris factam intercidit, sed sit alienatio cum sua causa, durátque vinculum pignoris quandiu creditori satisfactum non est. *l. distractus 14. cum seq. C. de pign. l. 1. §. cùm prædium. 3. eo. l. pen. §. 1. de except. rei iudic. l. 2. C. de luit. pig.*

k *Nam nec pignori ad hoc datum.* Scilicet expressim: nam & testamento constitui pignus potest. *l. non est mirum 26. in princ. de pign. act. l. Lucius 12. de alim. legat.* Cessante igitur expressa obligatione pignoris, licèt testator iusserit alimenta ex fructibus certi fundi præstari, non ideo tamen fundus ille, aut expressè aut tacitè pro alimentis obligatus dici potest, vt constat non solùm ex hoc. §. sed etiam ex *d. l. Lucius. iunct. l. Caius 12. de ann. legat. l. vlt. §. 1. de contr. empt.* In eóque sanè errauit hic Bartolus. Aliud erit si vt hodie fieri solet, testator assignauerit alimenta *super fructibus* prædij Tusculani, aut *super prædio Tusculano.* Ea námque locutio ostendit aut fructus prædij Tusculani; aut prædium ipsum subiici & supponi, quod nihil aliud est, quàm vt nostri loquuntur hypothecarij. Hypotheca enim suppositio est. Quisquis autem superponit aliquid is, vt aliud etiam supponat necesse est. Quod tamen addit Bar. verum est. Hodie pro alimentis sicut & pro cæteris legatis omnia defuncti bona, nedum prædia ex quibus alimenta præstari debent esse obligata ex Iustiniani constitutione. in *l. 1. C. commun. de legat.* sed falsum quod subiungit iam olim idem obtinuisse ex *l. creditoribus 4. in fi. de separ.* Nam quod ibi scriptum est de legatariis habentibus causam pignoris, non de alio pignore intelligi potest, quàm de prætorio, quod olim contrahebatur, missis ex edicto legatariis in possessionem rerum hereditariarum, si iis non caueretur legatorum seruandorum causa. *l. si pecuniæ 6. §. vlt. l. fideicommissum 11. & pass. vt in poss. leg. at. l. 1. quib. ex causa. in poss. eat.* Agitur enim eo loco tam de creditoribus, siue in diem, siue sub condicione, quàm de legatariis quibus omnibus commune illud est, vt mittantur in possessionem vniuersorum bonorum debitoris rei seruandę gratia, sed cum hac differentia, quod creditores anteriorem causam habent & in bonis omnibus, quia certant de damno vitando. Legatarij autem non solùm posteriorem causam habent, sed & in eo deteriorem quod nullum pignus habent nisi in ea parte quæ de bonis seruari potest, id est, deducto eo quod creditoribus debetur, quia si haberent pignus in vniuersis bonis concurrerent cum creditoribus quod esset iniquum. *l. vlt. C. de iur. delib.* Sed ista ibi meliùs.

16 ¶ Arbitratu prætoris vel de vniuersis alimentis, vel de parte eorum transigi oportere plus quàm manifestum est.

Ad §. 16. arbitratu.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad §. *sed & si quis.* 13. 5. Videbatur enim non posse transigi pro parte de legato alimentorum, cùm sit vnum legatum, sicut nec pro parte repudiari posset. *l. legatarius 38. de leg. 1. l. 4. de leg. 2.* sed respondemus nihil simile aut commune habere transactionem cum repudiatione. Potest autem huius loci duplex esse sensus. Vnus ille, vt sit in arbitrio prętoris, an de totis alimentis, an de parte eorum duntaxat transigi oporteat, putà de cibariis non etiam de habitatione vestiario & calcearia. Alter ille, vt siue de totis alimentis, siue de parte tantum trãsigere quis velit, arbitriũ prætoris interuenire oporteat. iunge. *d. §. 13. & 14.*

17 ¶ Si prætor aditus, citra causæ cognitionem transigi permiserit, transactio nullius erit momenti: prætori enim ea res quærenda commissa est [a], non negligenda, nec donanda [b]. Sed & si non de omnibus inquisierit [c], quæ oratio mandat: hoc est de causa, de modo, de personis transigentium: dicendum est, quamuis de quibusdam quæsierit, transactionem esse irritam [d].

Ad §. 17. Si prætor.

Ratio dubitandi. Cùm prætor etiam per errorem aut ambitiosè iubet quid fieri, etiam publicè interest id fieri propter rerum iudicatarum autoritatem. *l. seruo inuito 65. §. cùm prætor ad SC. Treb.* Ergo si prætor aditus citra causæ cognitionem permiserit trãsigi de alimentis, valebit tamẽ transactio. Ratio decidendi. Non fuit datum prætori liberum arbitrium permittendæ huiusmodi transactionis, sed tantùm causa cognita, & sic accipi debet quod scriptum est in *princip. huius leg. autore prætore facta.* Non enim sufficit interuenire prætorẽ de plano, nisi etiã interueniat causæ cognitio pro tribunali. Si ergo nulla causæ cognitio interuenerit, transactio non valebit, quasi deficiente forma quã D. Marcus præscripsit. Multũ namque interest, an prætor aliquid decernat contra ius vel æquitatem, an verò cõtra formã præscriptę solemnitatis. Priore casu vincit iniquitatem autoritas rei iudicatæ. *d. §. cum prætor.* Posteriore verò vincit autoritatem prætoris autoritas iuris, quæ scil. nunquam posita est in arbitrio, siue ius dicentis, siue iudicantis. *l. 1. §. 1. vers. quorum alterum ad SC. Turpill. l. ordine 15. ad munic.* Sed hoc ita si spreta sit sollennitas aliqua præcipua, & vt Bart. loquitur subſtantialis, id est, vt ille definit, ob quam omissam potest contingere mutatio circa subſtantiam eius actus, de quo agitur. Nam alioqui leuioris solemnitatis omissio non vitiaret. *l. 1. de vent. inspic.* Iunge. *l. nec quisquam 9. §. vbi decretum de offic. proconſ.*

a *Prætori enim ea res quærenda commissa est.* Ratio dubitandi. Vel transactio meliorem facit condicionem alimentarij vel deteriorem. Si meliorem valet ætiamsi prætoris autoritas non interuenerit. *§. eam transactionem* 3. Si deteriorem, nocet potius quàm prosit alimentario autoritas prætoris. Ergo omni casu inutilis & supernacua est prætoris interuentio.

Ratio decidendi. Non valet transactio etiam quæ facit meliorem alimentarij condicionem si prætor non interuenerit quoties recessum est à materia & forma alimentorum, putà si pro alimentis futuris datus sit fundus quantæcunque æstimationis. At valebit si non recedatur à forma alimentorum, vt in specie *d. §. eam transactionem. vbi diximus. & in §. pen. & vlt. ff. ead. leg.*

b *Non negligenda nec donanda.* Simile quiddam est de decreto quod interuenire debet in alienatione prædiorum minoris ex oratione Seueri in *l. 5. §. si ea alienum de reb. eor. qui sub tutel. l. minorum 6. C. de præd. minor.*

c *Si non de omnibus inquisierit.* Ratio huius sententiæ est quia cuiusque rei forma est indiuidua, ita vt pro parte non possit vna eademque res esse & pro parte non esse, vnde etiam est quod dicimus, In indiuiduis vtile per inutile vitiari, non è contrario inutile per vtile, secus in rebus diuiduis. *l placuit 29. de vsur. iunct. lege stipulationes non diuiduntur 72. de verbor. obligation.*

d *Tractationem esse irritam.* legendum est *transactionem.*

18 ¶ Sed nec mandare ex hac causa iurisdictionem vel præses prouinciæ, vel prætor poterit.

Ad §. 18. Sed nec mandare.

Ratio dubitandi. Qui mandatam iurisdictionem suscepit proprium nihil habet, sed eius, qui mandauit, iurisdictione vtitur. *l. 1. §. qui mandatam. de offic. eius cui mandat. est iurisd.* ob idque solet prætor iurisdictionem mandare vel totam vel speciem vnam, quia is cui à prætore mandata iurisdictio est fungetur vice eius qui mandauit non sua. *l. 3. eo. l. solet prætor 16. cum seq. de iurisd.* Atqui cognoscere de transactione alimentorum iurisdictionis est. Nec enim vllum in ea re imperium aut merum aut mixtum versatur: sed causæ cognitio dumtaxat. Ergo potest à prætore mandari. Imò mandata generaliter iurisdictione transit cùm transeat omne officium iuris dicundi. *l. 1. §. damus. de susp. tutor quod latissimum est. l. 1. de iurisd.* Adeoque publicè interest vt mandetur, cùm alimentorum causa vt plurimum celeritatem desideret, vt de causa damni infecti scriptum est in *l. 1. de damn. infect.* Nec enim venter patitur dilationem. *l. 1. de ventr. in poss. mitt.*

Ratio decidendi. Mandari possunt specialiter, adeóque transeunt mandata generaliter iurisdictione omnia quæ competunt prætori de iure sui magistratus, id est, quæ suo iure habet: sed non eaque specialiter ei data sunt lege aliqua vel senatusconsulto, vel Principis constitutione *d. l. 1. de offic. eius.* In quo numero est cognitio hæc de transactione pro alimentis interposita. Item cognitio de prædiis minorum alienandis. *l. 2. §. 1. eo. l. nec mandante 8. de tut. & cur. dat. l. minorum 6. Cod. de præd. minor. l. 1. l. 5 & pass. de reb. eor. qui sub tutel.* Item tutoris datio. *l. mutuo. 6. §. tutoris datio de tutel.* & alia si qua sunt similia. Pessimè igitur Bart. hîc notat. Ea quæ sunt mixti imperij etiam nõ delegari. nam neque hæc cognitio mixti imperij est quod totum versatur in modica coercitione quæ hoc casu penitus nulla est, *l. 1. §. vlt. l. vlt. de offi. eius. l. 3. de iurisd.* neque verum est ea quæ sunt imperij mixti mandari posse. Quinimò mandata generaliter iurisdictione transeunt, quia sine modica coercitione, id est, sine mixto imperio nulla iurisdictio esse potest. *d. l. vlt. vbi dixi. & ad d. l. 1. eo.* Non est autem quod quis obiiciat alienum esse ab autoritate prætoris, vt ipse de alimentis cognoscat, vnde illud Ciceronis ad Qu. fratrem. Quid? Prætor solétne iudicare deberi? Fuerunt enim exceptæ certę causæ quarum fauor dignus visus est vt ipsum quoque prætorem iudicem haberent, vt causa status, Restitutionis minorum itémque maiorum ex generali clausula, *si qua mihi iniusta causa esse videbitur. l. 2. C. de pedan. iudic. l. non distinguemus 32. §. de liberali. de recept. qui arbitr. l. 1. de minor. l. 1. ex quib. caus. maior.* Quibus cœpit iuncta esse cognitio de transactione alimentorum futurorum post orationem D. Marci quæ hanc cognitionem prætori in vrbe & præsidi in prouinciis specialiter iniunxit, atque ita feci vt neque liberum iis fuerit hanc speciem iurisdictionis mandare, neque iudicem dare.

19 ¶ Transactiones alimentorum etiam apud procuratorem Cæsaris fieri possunt: scilicet si à fisco petantur alimenta, secundùm quæ & apud præfectos ærarii transigi poterit.

Ad §. 19. Transactiones.

Ratio dubitandi. Hæc cognitio de transactione alimentorum specialiter oratione Diui Marci data est prætori in vrbe & præsidi in prouinciis, vt scriptum est in *§§. proximè præcedentibus.* Ergo neque ad procuratorem Cæsaris pertinere potest in prouincia, neque ad præfectum ærarij in vrbe. Nec enim aliis potest competere quàm quibus specialiter data est vt de iure dandi tutoris scriptum est in *l. 1. & 3. de tutor. & curat. dat. ab his qui ius dand. hab. & de iure deportandi. l. vlt. de offic. procur. Cæsar. iunct. l. 2. de pœn. l. 1. §. deportatos & seq. de leg 3.*

Ratio decidendi. Procurator Cæsaris cognoscit solus inter fiscum & priuatos in prouincia. *l. 1. C. de iurisd. l. nec quicquam 9. sup. de offic. proconf.* Præfectus verò ærarij in vrbe. *l. Arrianus 42. de iur. fisc. l. 1. 2. & 3. Cod. si aduers. fisc. lege pen. de autor. tutor. l. cùm quidam 12. de his quæ vt indign. auffer. iunct. lege 3. de his quæ in test. delent.* Ergo ne iurisdictiones turbentur & permisceantur, quod non fieri publicè interest. *lege vltim. sup. de iurisdict. lege cùm vnus 12. §. penult. de reb. autor. iud. poss.* fatendum est si quando alimenta aduersus fiscum petantur, non alterius quàm procuratoris Cæsaris aut præfectorum ærarij cognitionem esse oportere. Nam quod ea cognitio data est specialiter prætori in vrbe, præsidi verò in prouinciis, ita intelligi debet vt iis data fuerit, *secundum propriam cuiusque iurisdictionem*, exemplo eius quod de iure

de iure dandi tutoris scribit. Iustinianus *§. sed hoc iure Instit. de Attil. tutor.* id est, inter eos in quos eorum quisque habet iurisdictionem. Ergo si quando à fisco alimenta petantur, vel dicendum est neminem esse qui de alimentorum trãsactione possit cognoscere (quod absurdum esset, cùm eadem sit ratio hoc casu prospiciendi alimentario quæ esset si à priuato alimenta deberentur) vel procuratorum Cæsaris, aut præfectorum ærarij eam iurisdictionem esse. Nam vt inter fiscum & priuatos prætor in vrbe cognoscat, aut præses in prouincia fieri nullo modo potest. *l. 1. C. vbi & apud quem cogn. in integ. rest.* Non magis quàm vt procurator Cæsaris inter priuatos. *l. ex consensu 13. §. 1. de appell. & d. l. 1. de iurisd.* Si quidem non alius potest cognoscere de transactione alimentorum, quàm qui de ipsis alimentis cognoscere deberet. quod & Bartolus notat. inde non malè inferens à simili Testes, qui ante motam litem examinantur ad futuram rei memoriam, non ab alio iudice examinãdos esse, quàm ab eo coram quo lis, si qua esset, verteretur. arg. *l. vltim. C. de vsur. pupil. d. l. 1. C. vbi & apud quem.* Alia ratio est iuris dandi tutoris aut deportandi. Non enim sunt illa iurisdictionis. *l. mutuo 6. §. tutoris datio de tutel. l. si quis filio 6. §. eius qui deportatur de iniust. rupt.* At cognitio siue de alimentis, siue de transactione alimentorum iurisdictionis est, nec eam iurisdictionem prætoti aut præsidi D. Marcus concesit, sed cùm antea liberum esset de alimentis sine prætore & sine præside tranigere, Imperator optimus Iurisdictionis ex hac causa & implorandæ & exercendæ necessitatem iniunxit: ad eum nempe modum ad quem antea inter transigentes iure ordinario exerceri potuisset. Non igitur ea mente vt quantum ad alimentu quæ fiscus deberet, iurisdictio procuratori Cæsaris aut præfecto ærarij aufferretur, nec rursus vt casus ille indecisus, & sine auxilio relinqueretur.

20 ¶ Si cum his quidem esset de alimentis, transactum autem de lite fuisset: transactio valere inconsulto prætore non potest: ne circumueniatur oratio: fingi enim lites poterunt[a], vt transactio etiam citra prætoris fiat auctoritatem.

Ad §. Si cùm lis 20.

Ratio dubitandi. Oratio diui Marci prohibuit dumtaxat transigi de alimentis. At non etiam de lite quæ pro alimentis esset instituta. Ergo non debet trahi ad transactionem de lite factam, quia transactio, quæ fit super lite mota vel mouenda semper est fauorabilis odio litium, quas quoquomodo minui interest reipub. & vtriusque litigantium. *l. quidam 21. de reb. cred. l. 1. C. de admin. tutor. l. cautis 16. & pass. C. hoc tit.* Nec potest prætor factum eius improbare qui tanti habuit re carere, aut vituperare verecundam cogitationem eius qui lites execratur. *l. 4. §. 1. de alien. iudi. mut. caus. fact.* Neque rursus periculũ est, ne si valeat transactio alimentorum facta sine prætore, pactio priuatorũ iussui & auctoritati prætoris anteposita videatur. Quid enim aliud egisset prætor si interuenisset, quàm vt controuersias priuatorum dirimeret, à quibus si sponte recesserunt, cur non debeat id ratum habere. *l. 1. §. inde quæritur de oper. noui nunciat. l. si cuius 13. §. sed si inter duos*, aliàs, *l. æquissimum in prin. de vsufr.* iunct. *l. si conuenerit 28. de re iudic.* Ratio decidendi. Non minuit nec restringit transigendi facultatem necessitas interponendę autoritatis prætoris, sed facit tantùm vt tantò meliùs & tutiùs transigatur. Alioqui inuenta erit via, per quã facilè & voluntas testatoris & mens orationis Diui Marci circumueniatur. ficta lite ob hoc ipsum vt de alimentis possit transigi sine prætore. Semper autem cauendum est, ne qua supersit via faciendi per indirectum quod directo fieri prohibetur. *l. scire oportet 20. §. 1. de tutor. & curat. dat. l. magis puto 5. §. si pupillus de rebus eorum qui sub tutel.* Id enim esset in fraudem orationis. *l. contra legem 29. & seq. de legib.*

a *Fingi enim lites poterunt.* Ratio dubitandi. Cùm lis vel ficta est vel per calumniã instituta, & dicis causa ob hoc solùm vt transactioni color quæratur, non valet transactio tanquam quæ sit imperfecta. *l. in summa 65. §. 1. de condict. indeb. l. præses 12. C. hoc tit.* Ergo nil verendum est ne lis fingatur, vt transactio etiam citra prætoris fiat autoritatem.

Ratio decidendi. Est quidem nullius momenti transactio quæ fit super lite ficta. Sed difficile plerumque est eiusmodi fraudem & fictionem probare, qua tamen non probata etiamsi reuera interneniset, valeret transactio ad quam impugnandã non deficeret ius, sed probatio. vt in *l. duo sunt Titij 30. de testam. tutel.* cùm non entium & non apparentium idem sit iudicium. *§. si aduersus Inst. de nupt.* Melius igitur fuit omnibus his fraudibus viam præcludere, ita constituto iure, vt nec si vera lis fuerit de alimentis, transigi tamen de ea possit inconsulto prætore. Ita enim fit vt nihil necesse sit inquirere an vera lis fuerit, an ficta. Non idem est in ceteris causis, transactio enim facta inter alios super lite mota, adeóque mouenda valet, si vera lis fuit, aut timebatur. *l. 1. §. l. 2. C. eod.* Non valet si ficta. *dict. l. in summa §. 1. de cond. indeb.* Idémque est si tutores vel alij administratores bona fide, nec diminuendi causa transegerint. *l. cùm plures 12. §. 1.* iunct. *l. Lucius 46. §. vlt. de admin. tutor.* Aut si minores ex forma statuti compromiserint de lite in arbitros, vt Bartolus hîc tractat. An ergo in specie huius §. de hoc tantùm prætorem inquirere oportebit, an lis ficta sit, an colludant litigatores? vt videtur sentire Cuiacius. Imò etiam si videat veram litem subesse, nihilominùs se interponet, vt eandem causæ cognitionem adhibeat in permittenda transactione quam adhiberet si lis nulla esset, nisi quod dubium quoque litis euentum æstimare, præterea debebit *leg. quod debetur 51. de pecul.*

21 ¶ Si eidem alimenta, & præterea legatum præsenti die datum sit, & transactum fuerit citra prætoris auctoritatem: id quod datum est, imputabitur priùs in legatum, quod

præsenti die datum est: superfluum in alimentariam causam.

Ad §.21. Si eidem.

Ratio dubitandi. Quod solutum est ex causa illicitæ transactionis factæ de alimentis citra prætoris autoritatem, licèt sit indebitum, tamen imputari potest & debet in alimenta præterita, quia non potest negari, quia solutum fuerit in causam alimentariam, potiùs quàm in causam legati purè relicti, de quo solutionis tempore nullomodo fuit cogitatum. *l. eleganter 23. §. si post rem. de cond. indeb.* Est namque in arbitrio solventis dicere in quam causam velit solutum. *l. 1. de solut.* Satis autem dixit quid sentiret is qui soluit in causam transactionis alimentorum. Ratio decidendi. Est in arbitrio & potestate solventis dicere in quam causam solutum velit, cùm ex pluribus causis debeat. vt in *d. l. 1. l. cùm ex pluribus 97. eod.* Cæterùm non potest facere, vt quod non debet soluisse videatur. Prius enim est vt debitū quid fuerit quàm vt solutum. *l. stipulatio ista 38. §. inter. de verb. oblig.* Atqui ex causa illicitæ transactionis nihil potuit deberi, de alimentis autem præteriti temporis, neq; dictum neque cogitatum fuit, non magis quàm de legato purè debito. Cùm ergo cætera sint paria nihil aliud dici potest, quàm vt solutio in antiquioris debiti causam imputetur. *l. 3. §. vlt. l. 5. in princip. de solut.* Antiquius autem debitum est legati, quod præsens fuit relictum, quàm alimentorum quæ nunquam nisi in diem relinqui possunt & sub conditione illa tacita si legatarius viuet. *l. 4. §. ann. legat. §. modus & hac leg.* Si quid superfluum erit hoc verò imputabitur in causam alimentorum præteritorum, at non etiam futurorum, quia pro eo quod in diem incertum debetur, neque compensatio datur, nèque retentio. *§. prox. seq. l. quod in diem. d. l. cùm militi 16. §. 1. de compens. l. sub conditione 16. §. 1. & l. 18. de cond. indeb.* Nec est quod quis dicat, id quod solutum fuit ex causa illicitæ transactionis posse retineri in eam ipsam causam, quasi naturaliter debitum. Nam cùm transactio infirmetur senatusconsulto, nullam potest parere obligationem ne quidem naturalem saltem quæ habeat effectum aliquem naturalis obligationis qualis ille est, vt impediat repetitionem soluti. *l. naturales 10. de oblig. & act.* quoniam omnes isti effectus sunt à iure, ac proinde nō possunt competere ex conuentione ab ipso iure improbata. *l. contra 28. vbi dixi §. tit. d. l. eleganter. §. item si ob transactionem de re iudic.*

22 ¶ Si quis de alimentis transegerit sine prætoris auctoritate, id quod datum est, in prȩterita alimenta cedet[a], nec interest, tantum in quantitate sit debita, quantum datum est, an minus, an plus. nam & si minus sit[b], adhuc tamen id quod in solutum datum est, in præterita alimenta imputabitur. Sanè si is, qui de alimentis transegit, locupletior factus sit ea solutione[c] in id quod factus sit locupletior, æquissimum erit in eum dari repetitionem[d], nec enim debet ex alieno damno esse locuples.

Ad §.22. Si quis.

a *In præterita alimenta cedet.* Ratio dubitandi. Ex §. præced. vbi scriptum est non imputari in causam alimentariam quod solutum fuit, sed in legatum præsenti die datum. Ergo non cedit omnimodo in alimenta præterita. Ratio decidendi. Si aliud sit legatum aut debitū præsens, & quod antiquiorē causam habeat, imputari debet in eā causam, vt in specie. §. *præced.* Sed si nullum aliud debitū sit, imputatur in causam alimentorum præteritorum, vt hîc.

b *Nam & si minus sit.* Ratio dubitandi. Imputatio vice solutionis cedit. *l. 1. & pass. C. de pig. act.* Atqui solutionem pro parte accipere creditor non cogitur propter incommoda quæ adfert creditori solutio facta per partes. *l. 3. famil. ercisc.* Ergo nec cogendus est imputare quod in aliam causam solutum fuit, si minus sit quod solutum fuit quàm quod debetur. Ratio decidendi. Qui indebitum accepit, non potest recusare, quominus eam pecuniam quam iam accepit, cogatur imputare in eam quantitatem quæ sibi aliunde debetur, esset enim ei facilius recusare solutionem quæ ei pro parte offerretur, quàm imputationem, quia ex parte debitoris plus est soluisse iam, quàm offerre. Et tamen nec illud verum est posse creditorem recusare solutionem quæ non nisi pro parte debiti offeratur. *l. quidam 21. vbi dicemus de reb. credit.*

c *Locupletior factus sit ea solutione.* Ratio dubitandi. Condictiones omnes in id competunt, vt reddatur quod datum est & quantum datum est, nunquam adhibita ea distinctione. Vtrùm is qui accepit locupletior factus sit nécne: nam & reuera fit locupletior qui à me pecuniam accipit quæ non debebatur: nec ei prodesse debet aut mihi nocere, si postea illam perdiderit, cùm debeat sibi imputare cur meliùs non seruauerit aut impenderit: nisi sit ea persona cui non possit imputari, cur diligentior paterfamilias non fuerit putà pupillus, aut minor aut prodigus aut furiosus. Præsertim verò cùm pecunia sit ex earum rerum genere, quæ perdi non possunt, quia recipit functionem. *l. incendium 11. C. si cert. pet.* Neque enim si solui tibi centum indebita, condico eadem ipsa corpora, sed totidem, id est, centū. Quare nec est quod cum Bartolo dicas aliud esse in mutuo aliud in condictione indebiti. Nam qui hac cōdictione tenetur, non aliter tenetur, quàm quasi ex mutuo, vt Iustinus scribit in §. 1. *quibus modis re contr. oblig. & 8 item is 6. de oblig. quæ ex quasi. conf. contr. post Caium. in leg. 5. §. is quoque de obligat. & action.* Ergo in proposita specie dicendum est omnimodo teneri alimentarium condictione indebiti, vt reddat totam eam quantitatem quam accepit, siue ex ea locupletior factus sit, siue non.

Ratio decidendi. Possunt hæc verba ita accipi, vt quemadmodum si minùs solutum sit ex causa illicitę transactionis imputatur quod solutum est est in alimenta præterita, ita si plus solutum sit superfluum

perfluum repetatur, ne alimentarius ex aliena iactura locupletetur, quod ne quidem in pupillo æquum est. *l. nam hoc natura 14. de condict. indeb.* Sed etsi vllis hunc locum ita intelligere, vt hic alimentarius non teneatur condictione indebiti suprà quam locupletior factus est, (quæ interpretatio sanè verbis Vlpiani magis conuenit) potest dici aliam rationem esse alimentarij cui solutum est indebitum ex causa illicitæ transactionis, aliam verò cęterorū qui condictitia tenentur. Illi enim tenentur in solidum, vt cōstat ex omnibus iuris locis, quotquot in iure nostro loquuntur de condictione aut sine causa, aut ob turpem & iniustam causam, aut ob rem dati re non secuta, aut indebiti. Nusquam enim prudentes nostros distinxisse reperias, an is cui condicitur locupletior factus sit, an non. At alimentarius qui contra orationem transegit, non tenetur supra quàm locupletior factus sit, si quid ex causa illicitæ transactionis acceperit, quia quod accepit non solùm fuit indebitum, sed etiam contra iuris prohibitionem solutum, vt mirum non sit deterioris conditionis esse illum qui soluit, & contraxit aduersus leges, quàm qui simpliciter indebitum soluit. Dico amplius videri eum soluisse perdituro, qui soluit alimentario: vix enim est vt non sit suspectus vel moribus, vel facultatibus is, qui modico præsenti contentus transigit de futuris alimentis. Generale autem est vt quod perdituro soluitur, non obliget accipientem, nisi quatenus factus est ille locupletior. *l. quòd si minor 24. §. restituto. l. patri 27. §. si pecuniam.* iunct. *l. ait prætor 7. §. sed & si j. de minor. l. naturaliter 13. §. vlt. de condict. indeb. l. cùm illud 25. §. heres meus quād. dies legat. ced.* In hoc verò grauis est error Bartoli, itémque quod magis miror Cuiacij existimantium solo argumento huius §. in condictionibus omnibus ita obseruari, vt ex iis qui accepit non teneatur, nisi in quantum locupletior factus sit. Cuius iuris commentitij rationem illam reddit Cuiacius, quòd condictiones propriè ciuiles non sint, sed naturales & iuris gentium, id est, ex bono & æquo. *l. contra 6. §. pen. l. rerum 25. rer. amot. l. si & me 32. de reb. cred. l. in summa 65. & l. seq.* iunct. *l. indebiti 15. de condict. indeb.* Ego verò fateor habere illas omnes naturalem æquitatem & iuris gentium, sed nego esse ideo iuris gentium. Perinde enim probares esse iuris naturalis, cùm tamen certum sit omnes omnino actiones esse iuris ciuilis, aut prætorij, nullas verò iure gentium aut naturali esse comparatas. *l. 2. §. deinde ex his legibus. de orig. iur.* Quod verò Bartolus addit ex *l. in summa. §. in frumento nihil est.* Non enim ait lex dari condictionem indebiti ad id quo accipiens factus sit locupletior, sed eum qui soluerat frumentum posse consumpto eo condicere pretium, quia nimirum istarum rerum quarum pretia in singulos dies variantur pretium, non quidem peti, sed tamen præstari necesse est ne alterutrius captio sit, *l. vinum 22. de reb. cred. l. vlt. de cond. tritic. l. quoties 59. de verb. obli. leg. oleo 23. Cod. de vsur.* Pretium tamen hoc casu debebitur non quanti alij vendere potuit is qui soluit. sed quanti empturus fuit is cui solutum est, vt sequitur de habitatione in eadem lege. Cæterùm condicetur pretium omni modo, id est, etiamsi ex ea consumptione non sit factus locupletior is qui accepit.

d *Æquissimum erit in eum dari repetitionem.* Ratio dubitandi. Nulla æquitas suadet dari auxilium aliquod ex legibus ei qui aduersus leges committit. *l. auxilium 36. in fin. de minor.* Atqui condictiones omnes sunt ex legibus, vt proximè dixi, & aduersus leges committit is, qui sine prętore de alimentis transigit. Ergo non est æquum dari ei repetitionem aduersus alimentarium quamuis locupletiorem factū. Ratio decidendi. Æquitas illa perpetua est & naturalis, quæ non patitur locupletari quem ex aliena iactura, vt scriptum est in hoc §. *& in d. l. nam hoc natura 14. de cond. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* Hinc tamen intelligimus speciale esse in alimentario, vt non teneatur condictione nisi quatenus locupletior factus est, cùm possit dubitari, an etiamsi locupletior factus sit teneri tamen debeat. Scilicet propter vitium transactionis à iure improbatæ. *d. §. item si ob transactionem. l. 23. de cond. indeb.*

23 ¶ Si in annos singulos certa quantitas alicui fuerit relicta homini honestioris loci, vel saluti salarium annuum, vel vsusfructus: transactio & sine prætore fieri poterit. Cæterùm si vsusfructus modicus[e] alimentorum vice sit relictus, dico transactionem citra prætorem factam nullius esse momenti.

Ad §.23. Si in annos.

Ratio dubitandi. Quod legatur in annos singulos videtur legari pro alimentis. Alimenta enim sunt onera annua vel menstrua. *l. pecuniæ 8. in fi. de alim. & cibaria legat.* Atqui legatis alimentis diximus nihil referre an egenti homini legata sint an locupleti. *§. nihil autem. s. hac leg.* Ergo neque hîc distinguendum est an certa quantitas relicta sit alicui homini honestioris loci an secus. Ratio decidendi. Alimēta quidem debentur in annos, aut menses, aut dies singulos. Sed non ideo, quod in annos, menses, diésve relinquitur dici potest alimentorum nomine relictū, vt ostendi ad §. 2. *in fin. s.* & ex eo constat quòd cautio si cui plus quàm per *leg. falcid.* remittitur alimentariis, non etiam iis quibus legatum fuit in annos singulos. *l. 3. §. quamuis si cui plusquàm.* iunct. *l. 1. §. si in annos ad leg. falcid.* Nisi relictum sit pauperi & alimentis egenti, vt probat hîc. §. legatis alimentis si quæratur, an de iis transigi possit inconsulto prætore, non distinguimus an relicta sint egeno an locupleti, quia omnimodo prohibetur transactio, nisi sic fiat vt neque modus neque dies alimentorum permutetur, sed tantùm genus aut locus, idque in alimentarij commodum, vt ait §. *prox. seq.* Sed si legatum sit in annos singulos, distinguimus an magnum quid illud sit, an modicum, & an inopi & egeno an diuiti & honestiori homini relictum, qui si modicum aliquid sit & inopi relictum, dicemus relictum fuisse alimentorum vice, atque ita inhibēdam esse transactionem, secus si magnum quidpiam & homini diviti, quia tunc credendum est relictum fuisse, veluti salarium, aut tanquam vsumfructum

potiùs quàm vice alimentorum: ideóque & transactio sine prætore fieri poterit: quoniam ea demum transactio Diui Marci oratione prohibita est, quæ fit de alimentis, aut de alia re quæ sit vice alimentorum.

c *Si vsusfructus modicus.* Ratio dubitandi. Oratio non prohibet transactionem nisi de alimentis, & iis omnibus quæ alimentorum nomine continentur, vt constat *ex princip. huius legis, & ex §. qui transigit, cum seqq.* Atqui vsusfructus nihil habet simile aut commune cum alimentis, neque alimentorum appellatione vsquam continetur. Nam & finitur plerisque modis, quibus non finiuntur alimenta putà capitis diminutione. Consistit siquidem in iure, alimenta verò, adeóque legatum in annos singulos in facto. *l. pen. de capit. minut.* iunct. *l. Mœuius 66. §. fundo. de leg. 2.* Vnde est quod & alimentorum & legati in annos singulos capaces sunt etiam serui. *l. seruos 17. de alim. leg.* Ergo transactio de vsufructu siue magno siue modico & sine prætore permittenda est. Nam quod res aliqua vel magna vel modica sit, ipsius qualitatem naturam, & conditionem non immutat: & vt Philosophi dicunt, *Magis & minus non faciũt differre specie.* Ratio decidendi. Oratio prohibet transigi, non solùm de alimẽtis, sed etiam de alia re qualibet, quæ vel alimentorum vice sit, vel quod ferè idem est quæ legata sit ad alimenta, vel propter alimenta. *§. si vni. ś. ead. lege.* In eo autem genere cùm proprietas ipsa esse possit, si fundus legatus sit ad alimenta. vt *d. §. si vni.* multò magis vsusfructus esse potest, præsertim qui sit modicus: nam ex eius modicitate coniici potest non fuisse relictum nisi ob alimẽta, maximè si etiam illud concurrat, vt homini pauperi & egeno fuerit relictus. Quæ enim ob alimenta relinquuntur, solent esse modica & minuta. *d. l. 3. §. quamuis. si cui plusquam per leg. falcid.*

24 ¶ Si cui non nummus ad alimenta, sed frumentum atque oleum, & cætera quæ ad victum necessaria sunt fuerint relicta: non poterit de his transigere, siue annua siue mẽstrua ei relinquantur. si tamen sine prætore transegerit, vt invicem eorum nummum quotannis, quot mensibus acciperet: & neque diem neque modum permutauit, sed tantum genus vel ex contrario si pactus fuerit, vt in generibus alimenta acciperet, quæ in nummis ei relicta fuissent: vel si vinum pro oleo, vel oleum pro vino, vel quid aliud commutauit: vel locum permutauit, vt quæ erant ei Romæ alimenta relicta, in municipio, vel in prouincia acciperet, vel contra: vel personam commutauit, vt quod à pluribus erat accepturus, ab vno acciperet, vel alium pro alio debitorem acceperit: hæc omnia habent disceptationem prætoris, & pro vtilitate alimentarij recipienda sunt[b].

Ad §. 24. Si cui non nummus.

Ratio dubirandi. Locuta fuit oratio de iis tantùm quibus alimenta relicta sunt in pecunia, non in frumento, oleo, aliáve merce: vt ex eo coniici potest quod locuta fuit de iis qui contenti sunt modico præsenti. Modicum enim illud præsens vix est vt sit aliud quàm pecuniarium. Nam quis est tam prodigus qui modico frumento vel oleo contentus esse velit, vt futura omnia alimenta remittat? Imò solent istiusmodi homines pecuniam ex omnibus rebus conficere, cuius vsum scilicet habituri sunt paratiorem quàm alterius rei cuiuslibet ad indulgendum genio, quod vnum ipsorum propositum est. Atqui modicum illud præsens dicitur ex comparatione eius quod & futurum & maius sit. Ergo & maiora illa futuráque alimenta pecuniaria fuisse ponendum est. Non igitur ad eum casum protrahi debet oratio, quo non nummus ad alimenta relictus sit, sed frumentum, aut oleum, aut cætera quæ ad victum sunt necessaria. Ratio decidendi, Licèt verba orationis fuerint de alimentis pecuniariis, quia vt plurimum relinquuntur in pecunia, & tum quoque cùm in mercibus relinquuntur, tamen per pecuniam, vt & cæteræ omnes res æstimantur. *l. si ita fideiussorem 42. de fideiuss.* Attamen & mens & ratio orationis in alimentis quibuslibet & quoquomodo relictis locum habet, omníque casu prouidendum est alimentario secundùm voluntatem testatoris ne fame pereat, aut laboret egestate. Nullo igitur casu permittenda est transactio de alimentis citra prætoris autoritatem.

a *Si tamen ita.* Ratio dubitandi. Aut transactio hæc facta de alimentis ita vt neque dies, neque modus alimentorum permutatus sit, sed tantùm genus aut locus, vtilis est alimentario vel damnosa. Si vtilis valet etiam sine prætore. *§. eam transactionem. supr.* Si damnosa neque valet ipso iure, neque per prætorem adprobanda est. Ergo non nisi frustratoria & superuacua esse potest hoc casu autoritas prætoris, & ita Bartolus post Accursium sentire videtur. Ratio decidendi. Si omnimodo constaret vel vtilem esse transactionem vel damnosam frustrà sanè prætor se interponeret, quia & sine eo aut valeret transactio aut non valeret. Sed cùm ea quæstio sit facti, habet semper disceptationem, quæ porrò non alterius esse potest, quàm prætoris ad quem pertinet vt examinet diligenter an transactio hæc pro vtilitate alimentarij recipienda sit an reiicienda, sicut & si nondum facta esset, examinaret an sic esset facienda: non idem est in specie *d. §. eam transactionibus.* Ibi enim omnimodo constabat alimentario vtilem esse transactionem, neque interuenire quicquam poterat propter quod posset videri damnosa. Concludendum igitur est si euidenter constet transactionem omnimodo esse vtilem, vt in *dict. §. eam transactionem*, omnimodo eam valere, si euidenter constat esse omnimodo damnosam omnimodo eam non valere, si de eo dubitetur cognitionem prætoris esse oportere, sed interim transactionem non valere quousque recepta sit & approbata per prætorem, quia in dubio melius & tutiùs est contra transactionem quàm contra orationem sentire.

Adeò

Adeò vt neque sufficere debeat ei qui cum alimentario transegit, quod probet fuisse transactum ex vtilitate alimentarij, nisi vt ea probatione extorqueat prætoris adprobationem, quæ quandiu non interuenit, transactionis quoque vim pendère necesse est.

b *Recipienda sunt.* A prætore ipso non ab aliis iudicibus aut magistratibus, si eos excipias quibus hæc cognitio & iurisdictio competit non minùs quàm prætori. In eóque Bartolus errauit.

25 ¶ Si ad habitationem certa quantitas sit annua relicta, & ita sit transactum sine prætore, vt habitatio præstetur, valet transactio, quia fructus habitationis præstatur, licèt ruinæ, vel incendio subiecta transactio est[c]. Per contrarium quoque, si pro habitatione, quæ erat relicta[d], placuerit certam quantitatem præstari, transactio rata est & citra prætorem.

Ad §. vlt. Si ad habitationem.

Ratio dubitandi. Transactio hæc per quam habitatio præstatur ei cui pecunia annua fuerat ad habitationem relicta, videtur damnosa alimẽtario, quia ruinæ vel incendio subiecta est habitatio, nõ etiam pecunia quæ relicta fuit. *l. incendium 11. C. si cert. pet.* Ergo non debet valere si facta sit sine autoritate prætoris. Ratio decidendi. Cùm ita transactum est sine prætore, vt habitatio præstetur pro pecunia quæ relicta fuerat ad alimenta nihil sit contra testatoris voluntatẽ, imò ei satisfit cumulatissimè cùm fructus ipse habitationis præstetur. Ideóque plus etiam præstat, quàm debeatis qui habitationẽ præstat, qui legatarium liberat ab eo onere & incommodo, quod alioqui suscipere deberet conquirendæ habitationis. Quare nec mirum est valere statim transactionem, vt & illam de qua in *d. §. eam transactionem*, cùm plus soluitur tempore, nec vlla indigere prætoris approbatione, cùm certum sit vtraque omnimodo esse vtilem alimentario nec ei damnosam vllo casu esse posse.

c *Licèt ruinæ vel incendio subiecta transactio est.* Apertè abundat dictio ista *transactio.* Absurdum enim est & ineptum dicere trãsactionem subiectam esse ruinæ & incendio. Itaque vel reponendum est *habitatio* pro *transactio*, vel, quod malo, delenda hæc dictio qua subiata referentur cætera Vlpiani verba ad habitationem non ad transactionem.

d *Si pro habitatione quæ erat relicta.* Ratio dubitandi. De habitatione non magis transigi potest sine prætore quàm de cibariis & cæteris quæ alimentorum appellatione continentur. *§. qui transigit, & seqq. supr. hac leg.* Ergo si pro habitatione quæ relicta erat, placuerit certam quantitatem præstari, transactio non potest rata esse citra prætorem. Quid enim si quantitas illa tam modica sit vt habitationis legato non respondeat? Aut cur legatarium eo incommodo afficere volumus, vt habitationem cogatur conquirere quam ei præstare heres debet? Ratio decidendi. Nulla sanè est inter cibaria & habitationem hac parte differentia, sed hic locus intelligendus est de transactione per quam præstetur pro habitatione ea quantitas, quæ habitationi respondeat, id est, quæ possit sufficere ad commodam habitationem legatario præstandam. Quo casu commodum legatarii est, vt pro ea pecunia possit eligere quam velit habitationem, qui alioquin ea quam heres ipsi daret idoneam, contẽtus esse cogeretur. Potest autem ea quantitas tanta esse, vt nemo sit dubitaturus quin habitationi commodissimæ præstandæ sufficiat. Vt proinde nec vlla sit causa dubitandi quin omnimodo valeat ea transactio etiam citra prætorem. Sed si facti quæstio incideret, an quantitas data par esset habitationi debitæ, nécne, adeundus esset prætor qui de veritate cognosceret, atq; interim trãsactio vt in specie. *§. præced.* diximus, in pendẽti esset. Et hoc rursus vereor ne Cuiacius nõ satis benè perceperit.

9. IDEM lib. 1. Opinionum.

QVi cum tutoribus suis de sola portione administratę tutelæ suæ egerat, & transegerat? aduersus eosdem tutores ex persona fratris sui, cui heres extiterat, agens, præscriptione factæ transactionis non summouetur.

Ad l. Qui cum tutoribus. 9.

Ratio dubitandi. Transactio ritè & vtiliter facta parit exceptionem transactionis saltem inter eosdem inter quos facta est, nec prætextu eorum quæ postea emerserunt retractari & reuocari potest. *l. Lucius 78. §. vlt. ad SC. Trebell. l. sub prætextu specierum. 29. & l. sub prætexta 19. & pass. Cod. hoc tit.* Atqui in proposita specie transactio facta est inter eos ipsos, inter quos lis est, & quamquam is qui nunc agit, nõ transegit nisi ex propria persona, agit verò ex persona fratris cui heres extitit, non ex propria agit; tamen ad proprium commodum, propter quod nõ alio iure censeri debet, quàm si ageret ex propria persona cùm venit aduersus factum suum. *l. si non sortem 26. §. filiusfamilias. vbi Bart. Castr. & alij de condict. indeb.* Ratio decidendi. Qui post transactionem factam cum tutoribus de sola portione administratæ suæ tutelæ, agit rursum ex persona fratris sui, ã quo heres siue ex testamento siue ab intestato relictus fuit, non venit contra factum suum, quia non petit id de quo transegit, ideóque nec transactionis factæ exceptione submouetur. Transegit enim de sola portione sua, agit autem pro coheredis sui portione, quæ licèt ex eadem, scilicet tutelæ causa descendat, alia tamen portio est, tum quoque cùm est indiuisa. *l. Mœuius 66. §. duorum. de leg. 2.* Agit ergo

de alia re, & de qua nec transactum dici potest nec cogitatum, cùm portio fratris eiusdémque coheredis tempore transactionis, neque delata esset neque speraretur. Improba enim spes fuisset hereditatis hominis viuentis. *l.1.§.si impubere de collat. bono.* Itaque & nouum ius est quod superuenit, & alia res quæ nunc in iudicium deducitur. Facilius esset, vt transactionis exceptio noceret, si de eadem re ageretur de qua iam transactum esset, tametsi ex alia nouáque causa ageretur, si modo ea causa noua iam ipso transactionis tempore subtituisset. vt Bart. loquitur ex *l. quod Seruius* 8. *de cond. cau. dat. l. damni* 44. *in fin. de damn. infect.* Atque ita responderi potest ad obiectionem quæ fit ex *l. qui Romæ* 22. *§. vlt. de verb. obli.* Etsi de illius loci sententia dicenda essent alia multa, quæ ad eum locum commodiùs dicentur. Placet etiam quod eodem penè sensu. Accurs. & Bart. tradunt non potuisse fratrem transigentem pro sola parte sua administratæ tutelæ tollere actionem fratri suo pro altera parte competentem. Potuisse tamen præiudicare sibi ipsi, in eo scilicet iure quod postea superuenit, ex ea tamen causa, quæ iam tùm nata erat.

1 ¶ Transactio, quæcunque fit, de his tantùm, de quibus inter conuenientes placuit, interposita creditur.

Ad §. 1. Transactio.
Ratio dubitandi, & decidendi, eadem quæ ad *l. cùm Aquiliana* 5. *hoc tit.*

2 ¶ Qui per fallaciam coheredis ignorans vniuersa, quæ in vero erant, instrumentum transactionis sine Aquiliana stipulatione [a] interposuit: non tam pacisci tur, quam decipitur.

Ad §. 2. Qui per fallaciam.
Ratio dubitandi. Ea semper mens est transigentium vt à lite discedatur, debétque sibi imputare qui transegit cur non fuerit diligentior in inquirendo, quid & quantum esset in hereditate, & cur è contrario tam facilis fuerit ad transigendum. In summa debuit cautius negotiari. *l. 2. C. de iurt. & seru. corrupt.* nec proinde damnum vllum sentire videtur, cùm id quod sentit ex culpa sua sentiat. *l. quod quis* 203 *de reg. iur.*

Ratio decidendi. Non tam pactus hîc fuit quàm deceptus nec ob facilitatem suam, sed ob dolum & fallaciam coheredis, à quo bonam fidem sperabat, quam ipse vicissim ei præstabat vt par fuit, *Inter bonos bene agier.* itaque nihil potest ei imputare aduersarius qui ipsum decepit. Qua enim fronte ausit contendere dolum suum prodesse sibi debere? Proinde vel non dabitur ei exceptio pacti, vel ea exceptio eliderur per replicationem doli. vt in *l. tres fratres* 35. *sup. tit. j.*

a *Sine Aquiliana stipulatione.* Ergo si Aquiliana stipulatio interuenit aliud est, valétque transactio etiam quod ad ea pertinet quæ per dolum & fallaciam coheredis celata sunt.

Ratio dubitandi. Aquiliana stipulatio non facit, quominus ea de quibus non fuit cogitatum in suo statu remaneant, quia liberalitatem captiosam interpretatio prudentum fregit. *l.* 5. *§. hoc tit.* Atqui non fuit cogitatum de iis quę celata sunt per dolum & fallaciam coheredis. *d. l. tres fratres* 35. *§. tit.* 1. Ergo etiamsi Aquiliana stipulatio interposita sit, non debet tamen esse captiosa ei qui per dolum & fallaciam coheredis deceptus fuit.

Ratio decidendi. Aquiliana stipulatio non nouat eas actiones & lites de quibus non fuit cogitatum, sed tamen comprehédit res omnes & singulas pertinentes ad litem de qua cogitatum fuit, licèt de ipsis rebus singulis non fuerit cogitatũ nisi in genere. Exempli causa, si transactio per Aquilianam stipulationem facta sit de hereditate & iure testamenti, causa fideicommissi ex codicillis postea repertis debiti non continebitur. Omnes tamen res hereditariæ continebuntur, etiam quas vnus ex transigentibus ignorauerit siue per fallaciam coheredis siue alia ex causa eas ignorauerit, quia transigendo de hereditate necessariò cogitauit de omnibus rebus hereditariis saltem in genere. At non similiter dici potest cogitasse de codicillis eũ qui transegit de testamento duntaxat. An ergo erit hoc casu impunitus dolus coheredis? Ita videtur cũ per acceptilationẽ quæ Aquilianam stipulationem subsequitur, sit liberatus ipso iure, nec possit locus esse contra eum replicationi doli, quæ scilicet præsupponit exceptionem qua porrò non indiget, nec verò eam habere potest is, contra quem nulla supereſt actio. Sed quia nullo prorsus casu impunitus dolus esse debet, dabitur contra hunc coheredem dolosum actio de dolo, sicut & contra extraneum daretur, si dolo extranei eadem iniquitas emersisset. *l. sub prætextu instrumenti* 19. *C. hoc tit.* Nisi specialiter etiam de dolo transactum sit. *l. actione* 4. *eod.* præterito nimirum non futuro. *l. si vnus* 27. *§. illud nulla §. tit. prox.*

3 ¶ Ei, qui nondum certus, ad se querelam contra patris testamentum pertinere, de aliis causis cum aduersariis pacto transegit, tantùm in his interpositum pactum nocebit, de quibus inter eos actum esse probatur. ¶ His tantùm transactio obest, quamuis maior annis vigintiquinque eam interposuit, de quibus actum probatur: nam ea [b], quorum actiones competere ei postea compertum est, iniquum est peremi pacto, id de quo cogitatum non docetur.

Ad §. 3. Ei qui nondum.
Ratio dubitandi. Transactio fit de re dubia & incerta. *l. 1. §.* Ergo quod filius nondum certus sit querelam inofficiosi

inofficiosi contra patris testamentum ad se pertinere, non potest impedire qun de querela quoque perinde ac de cæteris causis transigere possit cum heredibus patris. Imò tantò facilius & validius, quantò incertius fuit an querela ei competeret, necne. Incertitudinem enim pro transactionis materia requirimus, non eam quæ sit iuris tantùm & futuri euentus litis, sed etiam illam quæ sit facti, denique quáliber dum ne sit affectata vel calumniosa. Quanquam difficile est, vt non competat filio, cùm sit accusatio publica, quæ ob eam causam competit omnibus etiam his, qui succedere non possent ab intestato. *l. 1. l. posthumus* 6. *§. si quis ex his. de inof. testament.* Hoc autem supposito, quòd filius possit transigere de querela inofficiosi cum heredibus patris, priùs etiam quàm sciat certò querelam sibi competere, videtur sanè de querela quoque transegisse hoc ipso quod cum illis transegit de cæteris causis. Cùm enim transegerit quasi cum heredibus patris, an non hoc ipso testamentum quoque adprobasse videtur? Nam nec potuerunt esse heredes nisi ex testamento. *l. penult. §. diuersum. & leg. vltim. eodem titulo.* Ratio decidendi, Potuit sanè filius de querela transigere etiam priùs quàm certus esset eam ad se pertinere, si ob illam ipsam incertitudinem, de eo quoque transigere voluisset. At cùm nondum certus esset querelam sibi competere eo tempore quo transegit, non potest videri de querela cogitasse. Prius enim est vt querelam sibi competere quis certò sciat, quàm vt de dubio aliquo litis euentu possit transigere, aut etiam velit. Ergo cùm de aliis causis non de querela transegerit, in aliis tantùm non etiam in querela transactio ei nocebit, Nisi aduersarij iidémque heredes patris, qui de transactione volent excipere hoc ipsum, probent de querela quoque cogitatum fuisse in transactione ineunda. Ipsis enim probandi onus incumbit. Nec aliter videri possunt impleuisse probationem, quàm si ostendant querelam inofficiosi potuisse comprehendi in petitione contra eos instituta, siue petitio aut actio illa specialis fuerit, siue generalis. Id enim vnum inspiciendum est, quoties remissio per transactionem facta generalis est, ne alioqui plus remissum videatur, quàm petitum, quod in dubio præsumendum non est. Sanè cùm transactio specialis est, vix vlla incurrit dubitatio quin ea, omnia, quæ specialiter remissa sunt, transactione contineantur, & aliud præterea nihil. *l. 3. §. 1. 3. & hoc simpliciter.*

b *His tantùm transactio obest.* Hæc verba & quæ sequuntur, sanè sunt & super acta & inepta. Neque hoc negat Cuiacius, qui totum hunc locum valde perturbatum esse fatetur, & ideò emendandum esse. Emendat autem longè aliter quàm ipse emendandum putem. Sic enim legendum arbitror, *tantùm in his interpositum pactum nocebit, de quibus inter eos actum esse probatur, non autem actiones competere postea compertum est.* Nam cætera omnia nihil nisi insulsam repetitionem continent, exceptis illis, *quamuis maior annis vigintiquinque eam interposuit*, quæ adiectio prorsus ridicula est. Quod enim ait Cuiacius minùs fuisse maioribus quàm minoribus, tunc verum esset, cùm de rescindenda per in integrum restitutionem transactione agitur, sed non item cùm agitur de interpretatione transactionis. Non enim quæ à maiore fit magis trahi potest ad incogitata, quàm quæ à minore. Est autem hic locus egregius & summè notandus contra eos qui non possunt sibi persuadere tam audtos iuris locos ab interpretibus imperitis corruptos fuisse. Hanc verò in posterioribus falsem verbis corrumpendo causam illud dare potuit, quod pro *non* scriptum fuit *nam*, vt contrario errore *nam* pro *non* in *l. gener de 32. § primo. vers. Claudius. de vsufruct. leg.* Ita enim factum est, vt supplenda fuerit sententia, quæ manca & inutila videbatur.

b *Postea compertum est.* Malè hinc Bartolus colligit transactionem non porrigi ad iura ex postfacto superuenientia. Nam in specie huius §. nullum ius nouum superuenit, sed tantùm certior scientia iuris, quod iam in ipso transactionis tempore competebat. Iam enim defunctus erat pater, cuius heredes cum filio transigebant, ac proinde iam nata erat querela inofficiosi, si qua vnquam aduersus testamentum illud patris competere potuit. Illud planè non nego quod vult Bartolus, remissionem simpliciter factam non porrigi ad iura ex postfacto superuenientia, sed eam tantùm, quæ facta sit per verba & præsentis temporis & futuri, vt in *l. si à colono* 89. *l. cùm stipulamur* 125. *de verborum. obligation. l. & vno* 18. *de acceptilation.* At neque hanc quoque nisi ponas ius illud quod posteà superuenit antiquiorem remissione causam habuisse, vt dixi ad principium huius legis.

10. IDEM lib. I. Responsorum.

De re filiorum, quos in potestate non habuit, transigentem patrem minimè eis obesse placet.

Ad l. De re filiorum 10.
Ratio dubitandi, Paternæ pietati & verecundiæ hoc videtur debere filius quamuis emancipatus, vt patris voluntati stare cogendus sit, non minùs quàm si esset in potestate. Nec enim pater filium emancipando pater esse desiit, qui præterea factus fuit patronus, *lege prima. §. vltim. si quis à parent. manum.* Et absurdum est hoc minùs debere patri filium, quod à patre fuerit emancipatus, cùm præter beneficium nascendi, quod ab eo tanquam à patre acceperat, etiam beneficium acquirendi acceperit per emancipationem. *dict. leg. 1. in principio.* Cur ergo ægrè ferat patrem pro arbitrio transigere, aliterve disponere de ea re, quam ipse filius hodie non haberet, si pater eum non emancipasset? argum. *leg.* 4. in illis verbis, *et qui te beneficio suo ex seruitute liberando, vt aduersarium te habere, fecit. Codic. de obseq. parent. præst.* Nisi fortè filium audire volumus imputantem patri, cur eum emancipau erit. argum. *leg. filio 7. vt legat. nom. caueatur.* quod sanè non facilè iudex quisquam propitiis auribus sit auditurus. *leg. si extraneus* 33.

de iure dot. Nemo enim alteri potest imputare & obijcere factum, ex quo is qui obijcit lucrum sentiat. *leg. cùm in fundo* 78. *§. quòd si mulier. eodem.* Ergo non eo minùs habere iuris debet pater in rebus filij ad transigendum, quàm si eum non emancipasset, quo tamen casu potiet liberè de iis transigere tanquam de iis quæ suæ essent. Ratio decidendi. Per emancipationem is qui fuit filiusfamilias, fit quodammodo extraneus. *leg. quinetiam* 55. *in fin. de ritu. nupt.* & consequenter omne vinculum patriæ potestatis, dissoluitur, adeóque pietatis, vt loquitur Papinianus in *l. vlt. si a parent. quis manum.* Cúmque ante emancipationem eadem videretur esse persona patris & filij ex iuris fictione. *leg. in suis* 11. *de liber. & posth. leg. vlt. C. de impub. & aliis substit.* emancipatio fecit duas, sicut & serui manumissio. *leg. si Pamphilo* 10. *de oper. leg.* Nam & filius cùm emancipatur in imaginariam seruilem conditionem deducitur, vt tantò iustius ex seruo fiat omnino liber. *leg.* 3. *§. vlt. de cap. minut.* Et quamuis non eo minùs reuerentiam debeat patri, quam debet etiam matri, in cuius tamen nunquam fuit potestate. *leg.* 4. *de curat. furios. leg.* 4. *§. parentem. & pass. de in ius vocan.* quia eam reuerentiam naturalis ratio inducit, non ciuile ius potestatis. *leg.* 2. *Cod. eod.* sicut nec potest exuere reuerentiam patrono debitam libertus, cui remissum est ius patronatus. *leg.* 3. *§. reuerentia. C. de bonis libert.* Nihil tamen cum ea reuerentia commune habet ius transigendi, alterve disponendi de bonis filij, quæ hoc ipso quod sunt filij, non sunt patris, sed aliena. Nemini autem de aliena re transigendi aut disponendi arbitrium datur. *leg.* 3. *sup. hoc tit. leg. conficiuntur* 8. *§. si post pactum. de iure codicill. leg. verbis legis* 120. *de verbor. signific. leg. in re* 21. *Cod. mandat.* Sic neque transactio matris obest filio. *leg. transactione matris* 26. *C. hoc titu.* quia mater non habet liberos in potestate. *leg. mulierem* 5. *C. de adopt.*

c *Quos in potestate non habuit.* Ergo si pater transegerit de re filiifamilias, aliud erit secundùm sententiam Vlpiani. Et hoc argumento contendit Accursius valere transactionem, quam hodie pater de filiifamilias peculio aduentitio fecerit, & filio nocere. Quod tamen Cuiacius non probat, & bene. Iustiniani enim Constitutiones, quæ filiumfamilias fecerunt capacem acquisitionis peculij aduentitij etiam inuito patre relicto patri solo vsufructu cum iure administrationis hoc etiam induxerunt, vt non possit pater de iis agere sine consensu filij, quoties is consensus haberi potest. *leg. vlt. §. vbi autem in vnum.* iunct. *leg. cùm oportet* 6. *Codic. de bon. quæ liber.* Ergo neque transigere pater poterit inconsulto filio, quia facilius est vt permittatur alicui agere alieno nomine, ac de re aliena, quàm vt transigere. *leg. procurator* 58. *& leg. mandato* 60. *de procur.* Et verò cùm ex ea Iustiniani constitutione nihil iuris habeat pater in bonis filij aduentitiis, præter vsumfructum & administrationem legitimam, certum est non posse fructuarij conuentione lædi proprietatem. *d. l. vlt. §. sin autem ex alienum. vers. hoc proculdubio obseruando.* Eum verò, qui nihil nisi legitimam administrationem habeat, non posse transigere diminuendi causa. *l. Lucius* 46. *§. vlt. de admin. tutor.* iunct. *d. l. mandato.* si in ea cum Cuiacio legas *deminuendi* pro eo quod vulgo *decidendi.* Planè si pater bona fide transigere velit de re filij nullo iure contradicentis, non dubito quin sit valitura transactio, non solùm si fiat in vtilitatem filij, nec deminuendi causa (quidni enim liceat prudenti & prouido patri meliorem facere conditionem filij etiam inuiti, nedum ignorantis? cuius consilium non potest tam bonum & rectum esse, quàm ipsius patris. *dict. leg. vlt. Cod. de curat. furios. leg. ista quidem* 8. *quod met. caus.*) sed etiamsi ex ea transactione patrimonium filij diminuatur, dummodo ea diminutio fiat citra fraudem. *leg. Imperator* 50. *ad Senatusc. Trebellian.*: & ex causa necessaria, ex qua etiam ignorante, adeóque inuito filio rem filij vendere patri liceret. *dict. §. sin autem ex alienum. versic. sin autem non habeat.* Denique quod tutori liceret, cur non licebit patri? Habet enim pater plus iuris in eo quod & à Iustiniani constitutione est, à natura primùm ipsa habet, vt sit legitimus personæ bonorúmque filij administrator, nullis ratiociniis vel cautionibus præstadis obstrictus vel aliis oneribus quæ alij fructuario vel administratori cuilibet iniunguntur. *dict. vers. sin autem non habeat in fin.* Atqui tutori transigere permissum est. *d. l. Lucius. §. vlt. l. interdum* 56. *§. qui tutelam. de furt.* Ergo multò magis patri. Itaque nec Accursij nec Cuiacij sententiam probare possum simpliciter, sed cum supradicta distinctione. Atque hæc quidem secundùm Iustiniani constitutionem verè meo iudicio dicuntur. Sed aspecto eo iure, quod Vlpiani tèporibus obtinebat, aliud dicendum arbitror, Potuisse scilicet patrem pro arbitrio transigere de bonis filiifamilias indistinctè: & ob eam causam loqui hic Vlpianum de transactione facta per patrem de re filiorum, quos non habuit in potestate. Nam quod ait Cuiacius ita locutum Vlpianum, quia filiusfamilias nihil præprium habeat de quo pater transigere possit, iam sæpiùs à nobis confutatum est, probatúmque, imò filiosfamilias fuisse acquisitionis capaces, patre nolente sibi per filium acquiri. ex *leg.* 3. *§. sed & filiusfamiliæ. supr. de edend.* vbi dixi. *leg. is qui heres* 13 *§. vlt. leg. eum qui* 51. *§.* 1. iunct. *leg. seq. de acquir. hered. leg.* 1. *Cod. qui admitt. ad bonor. possess. leg. cogi* 16. *§. si pater. dict. leg. Imperator* 50. *ad Senatusc. Trebellia.* Sed quamuis esset filiusfamilias acquisitionis capax, & sibi acquisiuisset patre nolente sibi acquiri, non ideò tamen prohibebatur pater vti iure potestatis, & eam rem, quæ filio acquisita fuisset, in se transferre, ac multò magis de ea prout vellet transigere, quia nec filiusfamilias acquisitionis capax, nisi cùm pater volebat, & quandiu volebat. Excepto casu *dict. leg. Imperator* 50. *ad Trebellian.* vbi refertur rescriptum Hadriani, in quo rescripto hanc ob causam fuerant addita ea verba, *ita ne quid in ea pecunia quandiu filius eius viueret, iuris haberet,* vt intelligamus non esse nouum, vt in ea quoque re, quæ filiofamilias acquisita fuit pater ius patriæ potestatis retineat, nisi retinere prohibeatur. De quo dicemus latiùs ad *d. l. Imperator.* At quid si pater habeat quidem in potestate filium, sed non rem filij, de qua velit inconsulto filio transigere, vt putà rem castrensis peculij. Omnes consentiunt transactionem non valere. *leg. ex castrensi* 18. *§. seruus. de castr. pecul.* quia in eo peculio filiusfamilias ex constitutionibus pro patrefamilias habetur. *l.* 2. *ad SC. Maced.* habétque plenam ipsius proprietatem. *l. pater* 15. *in fin. de castr. pec.*

11 IDEM

11. IDEM lib. 4. ad Edictum.

POst rem iudicatam, etiamsi prouocatio non est interposita, tamen si negetur[a] iudicatum esse, vel ignorari potest, an iudicatum sit, quia adhuc lis subesse possit[b], transactio fieri potest.

Ad l. post rem iudicatam 11.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. & post rem* 7. §. vbi dixi.

a *Tamen si negetur.* Quid ergo erit certum post rem iudicatam si sufficit negare? Ratio decidendi. Negatio quidem facit rem dubiam & incertam incertitudine facti. *l. vlt. de quibus ad lit. proclam. non licet*, sed ita demũ si non sit euidenter calumniosa, qualis est si de veritate eius, quod negatur, appareat per sententiam, aut, vt addit Bart. etiam per notorietatem.

b *Quia adhuc lis subesse possit.* Eadem distinctio adhibenda est cùm quæritur, An de instrumento guarentigiato, &, vt loquuntur, confessionato possit transigi ante sententiam, cùm toto ferè terrarum orbe receptum sit vt huiusmodi instrumenta habeãt vim rei iudicatæ. Ergo si aliqua exceptio opponatur, ex iis nimirum quas placet opponi posse etiam post rem iudicatam, de quibus in *l.* 1. *Cod. de sur. & fact. ignor.* siue tendant ad infirmandam sententiam, siue ad impediendã iudicati executionem, dũ ne tamẽ sub prætextu dubij emergentis trãsigatur de eo quoq; quod iudicatũ fuit, vt non malè Bart. tractat.

12. CELSVS lib. 3. Digestorum.

NOn est ferendus, qui generaliter in his, quæ testamento ei relicta sunt, transegerat, si postea censentur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiã quod posteriore legatum sit. Si tamen postea codicilli proferuntur[a], non improbè mihi dicturus videtur, de eo duntaxat se cogitasse, quo illarum tabularum, quas tunc nouerat, scriptura contineretur.

Ad l. Non est ferendus 12.

Ratio dubitandi, Transactio non porrigitur nisi ad ea de quibus cogitatum probatur. *§. vltim. leg. 9. supra.* vbi dixi. Atqui non probatur eum qui transegit de priore parte testamenti cogitasse etiam de posteriore. Nam si probaretur cogitasse, nulla dubitandi ratio occurreret. Ergo ad posteriorem testamenti partem transactio porrigenda non est. Ratio decidendi, Quemadmodum inciuile est nisi tota lege perspecta de mente ac sententia legis respondere. *l. inciuile. de legibus.* Ita & stultus nimium & incautus ille est, qui causatur se transegisse de prima parte testamenti, non viso toto testamento, cùm & testamentum totum vnicus actus sit, isque indiuiduus. *leg. cùm antiquitas* 28. *Codic. de testament.* & vna pars testamenti per aliam plerumque declaretur. *l. qui filiabus* 14. *de leg.* 1. Denique nimia inscitia & negligentia dissoluta illa est, Transigere de testamento quod totum non fuerit lectum & intellectum.

a *Si tamen posteà codicilli proferuntur.* Ratio dubitandi, Codicilli quoties testamentum factum est, pars quodammodo testamenti esse censentur. *l. penult. infr. testament. quemadm. aperiunt.* Atqui non est ferendus qui generaliter transegit de his quæ in testamento ei relicta sunt, si posteà causetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam quod posteriore legatum sit, vt proximè diximus. Ergo nec ferendus est qui dicit se codicillis non cogitasse. Ratio decidendi, Codicilli testamentarij sunt quidem pars testamẽti, sed quãtum ad rationem iuris, quia ex testamento pendent viréque accipiunt, sed non quãtum ad tabulas & scripturam testamenti: ac proinde facilè accidit vt qui totam scripturam testamenti legit, nõ eò minùs tamen ignorauerit codicillos, qui nec nisi posteà reperti in hac specie proponebantur. Cæterùm probat optimè hæc lex, Non esse necessarium ad validitatem transactionis factæ super testamento, vt verba testamenti legantur & intelligantur. De quo dixi ad *l. de his* 6. *§. hoc tit.* Iunge quę scripsi ad *l.* 3. *§. cùm transactio. ff. eod.*

13. ÆMILIVS MACER lib. 1. ad Legem vicesimam hereditatum.

NVlli procuratorum principis, inconsulto principe, transigere licet.

Ad l. Nulli 13.

Ratio dubitandi. Procurator Cæsaris plus autoritatis & potestatis habet, quàm ceteri procuratores, vt ex eo cõstat, quod & eius iussu seruus Cęsaris adire hereditatem potest, & si Cæsar heres instituatur miscendo se opulentæ hereditati procurator heredem Cæsarem facit. *l.* 11. *§. vlt. ff. de off. procu. Cæsar.* Atqui procuratores cæteri si modò habeant generale mandatum cum libera possunt transigere etiam inconsulto domino exemplo tutorum & curatorum, dum ne diminuendi causa transigant. *l. mandato* 60 *de procu.* vbi hanc ob causam legit Cuiac. *deminuendi* pro *decidendi.* iunct. *l. Lucius* 46. *§. vlt. de admin. tut. l. interdum* 56. *§. qui tutelam. de furt.* Ergo & procurator Cæsaris transigere poterit inconsulto quoque Principe. Nam quod scriptum est in *l. transactio* 38. *C. h. tit.* non valere transactionem à procuratore factam, non ad eum procuratorem pertinet qui habeat generale mandatum, adeóque cum libera administratione, sed ad eum cui causæ duntaxat actio non etiam litis decisio mandata fuit, vt lex ait, hoc est, qui ad litem tantùm procurator fuit. Cuius sanè à diuersa longè causa est. Hic enim nec solutionẽ accipere potest. *l. hoc iure* 86. *de solut.* Quantò minùs ergo transigere? Ratio decidendi. Noluerũt Cæsares hoc ius procuratori suo datũ, quia cũ transactio non possit fieri nisi aliquo accepto vel retẽto. *l. transactio* 38. *C. eo.* Procurator aũt Cęsaris magistratus sit, & quidẽ ex maioribus & iis qui iurisdictionẽ habẽt, verendũ fuit ne sub prætextu trãsactionum venalẽ perfidáq; in ea re operam præstarent, aut saltem ne eã occasio materiam calumniæ præberet, quæ cùm in omnibus magistratibus summè cauenda est, tum maximè in procuratorib. istis, qui sũt velut dome-

stici Cæsaris, cu us domum non tantùm à crimine, sed etiam à criminis suspicione vacare oportet. Alia ratio vix afferri vlla melior potest, nisi cum Cuiacio eam quæras in diuersitate mandatorum: quam in rem videndæ essent formulæ, quibus vtebantur Cæsares in huiusmodi procuratoribus constituendis. Etsi parum credibile est, fuisse iis nominatim & specialiter interdictam transigendi potestatem. Quòd si velis esse hoc iuris constituti & ex eorum numero, quorum ratio nulla quæri debet. *leg. non omnium* 20. *de legibus.* non valde repugnabo, sed malo tamen hac parte, vt & in cæteris omnibus, rationem aliquam habere non improbabilē, quàm nullam. Quod enim ait Bart. huiusmodi transactionem esse alienationem, non possum probare: non solùm quia non dubito quin procurator Cæsaris possit alienare, vt & procuratores cæteri qui habent generale mandatum cum libera. *leg procurator* 58. & *seq.* iunct. *leg.* 63. *de procur.* Sed etiam quia potest facile transactio sic fieri vt res acquiratur potiùs quàm alienetur, putà si cùm res penes aduersarium esset, conuenerit per transactionem vt eam procurator Cæsaris haberet aliquo dato. Nam & hoc modo transigere etiam prælatis de rebus Ecclesiæ, & tutoribus aut curatoribus de prædiis minorum permissum esse vult Bart. hîc post Accurs. quia non alienat, sed acquirit qui sic transigit, & ita nihil facit cōtra *l.* 4. *Cod. de præd. min.* Iunge *l. si pro fundo* 33. *C. hoc tit.* Secus si rem aliquam vel ecclesiæ vel minoris patiatur manere penes aduersarium, quamuis iam apud eum constituta esset, quia hæc alienatio esset. Atqui lex nostra generaliter & indistinctè negat vlli procuratorum Principis permissum esse vt trāsigat incōsulto Principe. Generaliter igitur de trāsactione qualibet est intelligenda *l. de pretio* 8. *de publician. l. in fraudem* 15. *§. vlt. de test. milit.*

14. SCÆVOLA lib. 2. Responsorum.

COntrouersia inter legitimum & scriptum heredem orta est: eáque, transactione facta certa lege finita est: quæro creditores quem conuenire possunt? Respondit, si iidem creditores essent: (qui transactionem fecissent[a].) si alij creditores[c] essent[b]: propter incertum successionis pro parte hereditatis[c], quam vterque in transactione expressérit, vtilibus conueniendus est[d].

Ad l. Controuersia 14.

a *Si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent.* Hæc pars & sententia legis apertè manca & mutila est, vt nemo non videt. Itaque sic eam Haloander supplenit, vt adiecerit, *id obseruandum esse de ære alieno, quod inter eos conuenisset.* Quod non videtur mihi satis probabile: quia si de iis sensit Haloander, qui & de hereditate transegerint quam vnus suam esse dicebat ex testamento, alius ab intestato, & creditores ipsi fuerint, verius est neutrum alteri teneri tanquam confusa & obligatione & actione, quia cùm vterque dicat se heredem esse in solidum, licèt neuter possideat hereditatem nisi pro parte, neuter potest recusare quominùs actionum suarum confusionem perinde patiatur, acsi solus heres esset, quia hereditatis diuisio quæ per transactionem facta est, non impedit quin verum sit solum Titium heredem esse ex testamento, solū autem Sempronium ab intestato, quantum ad eos pertinet. Quod enim dicitur confusionem actionū fieri pro hereditariis portionibus. *l. si adulta* 6. & *pass. C. de hered. act.* tunc verum est cùm plures illæ partes hereditatis possidentur à pluribus ex eodem iure aut testati tantùm, aut intestati tantùm, non autem cùm hereditas per transactionem diuiditur inter eos quorum vnusquisque prætendat se in solidum heredem esse, vnus ex testamento, alius ab intestato. Siquidem talis diuisio fit ab homine, non à lege, quæ scilicet non patitur eiusdem hominis duos esse heredes, ne quidem pro parte, quorū vnus sit heres ex testamento, alius ab intestato, nisi in hereditate militis qui decesserit pro parte testatus. *l. is nostrum* 7. *de regul. iur.* Itaque si me aliud non moueret, putarem posse totum hunc hiatum compleri, addita illa dictione vnica *neuter* post verbum *fecissent*, vt antithesis illa esset, quod in priore specie neuter heres, in posteriore autem vterque teneretur pro hereditariis portionibus. Sed non possum mihi persuadere Scæuolam de iis heredibus tractasse qui fuerint etiam creditores, aut quod idem est, de creditoribus qui fuerint & heredes. Nā posteaquàm potuit duos esse heredes, vnum testamentarium, alium legitimū, quærit de creditoribus quē ex heredibus conuenire debeant. Ergo de creditoribus qui non sunt heredes. Alioqui cùm duo tantùm sint, si vnus aduersus alū agat, nulla potest superesse electio, quæ non cadit nisi in plures. Rursus video ex commentariis Bartoli in eius Codice aliter scriptum fuisse, quàm nunc habeat & vulgata lectio & Haloandrina. Is enim num. 12. ita scribit, *Quæro, dicitur hic quod si creditores interfuerunt*, &c. & paullò pòst, *Quæro vtrum creditores qui non interfuerunt.* Ex quo coniicio ita legisse Bartolum, *iidem creditores essent qui transactioni interfuissent.* Et ita sanè legendum esse non dubito. Sed non ideò assequemur vt bonus sit sensus, nisi aliam addamus emendationem, quæ meo iudicio præcipua in eo est, vt pro *si* reponamus *siue*, & ita legamus, *Respondi, siue iidem creditores essent qui transactioni interfuissent, siue alij creditores essent, propter incertum successionis*, &c. Hoc sensu, vt distingui non oporteat an creditores qui agere volunt contra alterutrum aut vtrumque heredum, interfuerint transactioni, an non, quia omni casu placet actiones iis competere non quidem directas, sed vtiles aduersus singulos heredes pro hereditariis portionibus. Solent creditores interesse huiusmodi transactionibus, & vrgere eos qui de hereditate controuertunt, vt de ea inter se transigant, ne longior mora ipsis fiat, & vt sciant quem habeant conueniendum: propter quam causam potest facilè euenire, vt non tantùm adsint transactioni, sed etiam se interponant ad transactionem faciliùs expediendam. Quod cùm euenit, maior contra eos dubitandi ratio est, quàm contra eos qui non interfuerunt, siue quòd non possint dicere transactionem illam esse rem inter alios actam, quæ facta sit ipsis præsentibus. argum. *l. sæpè* 53. *de re iudic. l. etiam* 29. *§. vlt.*

§. vlt. de minor. Siue quòd eam transactionem adprobando quæ hereditatem diuidat pro æquis portionibus inter heredem institutum & agnatum proximam, quasi nesciri possit, an qui heres institutus fuit, debeat esse heres testamentarius, an verò agnatus proximus debeat esse legitimus hoc ipso videntur ipsi quoque hoc pro incerto habuisse, atque ita actiones suas aut amisisse aut saltem remisisse, argum. *l. cùm in eo* 44. *§. sed. prox. l. cùm hereditas* 59. *de admin. tut.* vtpote quas nullomodo possit exercere, nisi contra eum heredem, quem constet certùmq; sit heredem esse vel testamentarium, vel legitimum. Quorum omnium nihil est quod possit obiici creditoribus qui transactioni non interfuerunt. Ratio decidendi. Creditores qui adfuerunt transactioni factæ inter eos, quorum quisque heredem se prætendebat, neque transegerunt ipsi, neque passi sunt alios transigere de credito, sed tantùm sciuerunt, adeóque, si voles, curarunt transigi de hereditate in qua nihil penitus iuris habebant. Idque non vt sibi nocerent, sed vt prodesserent & haberent quem conuenire possent. Nam nec poterant impedire quominùs inter consentientes ita transigeretur, vt neque transigentes potuerunt creditoribus præiudicium facere. *l. 3. in pr. S. h. tit.* Et ideò cùm sciuerint ius suum durare, nihil eis nocere debet quòd transactioni siue tanquam rectes, siue tāquam arbitri interfuerint. *l. Caius Seius* 39. *de pign. act. l. sicut* 8. *§. non videtur. qui. mod. pig. vel hyp. sol.* De aliis creditoribus qui transactioni non interfuerunt, seperatim dicendum est.

b *Siue alij creditores essent.* sc. qui transactioni non interfuissent. In quibus alia & propria dubitandi ratio est: non etiam potest iis obiici, quod proximè diximus obiici posse pro ratione dubitandi contra eos qui transactioni interfuerunt, ergo illa erit. Ratio dubitandi. Creditores nullam possunt habere nec exercere actionem hereditariam aduersus aliū, quàm aduersus eum qui verè sit heres aut ex testamento aut ab intestato, non etiam contra eum de quo dubitetur, an sit heres bonorúmve possessor aut ex testamento, aut ab intestato. Adeò vt qui bonorum possessionem secundum tabulas accepit, tutus sit exceptione, si conueniatur à creditoribus hereditariis, quandiu contra eas tabulas petibonorum possessio potest. *l. 2. de except. rei iudic. l. qui cum herede* 15. *de oblig. & act.* quamuis ille etiam qui succedit per contra tabulas dicatur succedere ex testamento. *§. sunt autem. Inst. de bon. pos.* Atqui in proposito casu non constat vter heres sit aut ex testamento aut ab intestato, cùm propter incertum successionis hereditatem diuidi per transactionem oportuerit inter heredem testamentarium & legitimum, quod fieri neque potuit, neque debuit, si alteruter verè ac certò heres fuit. Fieri ergo non potest vt creditoribus hereditariis siue contra hunc siue contra illum heredem actio detur.

Ratio decidendi. Nulla sanè potest actio directa exerceri à creditoribus, aut competere in vtrūque heredem, quorum vnus dicat se heredem testamentarium, alius legitimum eiusdem hominis pagani, quia nec iuris ratio patitur vt eiusdem hominis possint duo tales heredes esse. Ideóque necesse est si velint creditores directa actione experiri vt probent præcisè & concludenter eum, contra quem actionem instituent, omnimodo heredem esse vel testamentarium vel legitimum. Quod si nullam eius rei aliam probationem habeant, quàm ex transactione quæ inter eos hereditatem tanquam ex diuerso & incompatibili iure diuisit, ea certè nulla est. Nam præter id quod res est inter alios acta, probat potiùs transactio nullum esse heredem neque ex testamento, neque ab intestato, aut saltem nesciri posse quis ille sit hoc ipso quod vtrumque admittit heredem, cùm tamen fieri nequeat vt heres sit vterque, vnus ex testamento, alius ab intestato. Et ob eam nimirum causam non sic respondet Scæuola, vt dicat posse vtrumque hereditariis actionibus directis conueniri, sed vtilibus: quia deficiente iuris ficticii ratione, quæ non dat directas, nisi contra eos qui heredes verè & sunt & probantur, non deficit æquitas quæ inducit vtiles contra eos quoque qui & dicunt se in solidum heredes, quamuis diuerso iure, & verè sunt totius hereditatis pro sua quisque parte saltem possessores, & quidem sine controuersia, id est, nullo alio hereditatis controuersium iis faciente. Quidni enim æquum sit teneri eos pro hereditariis portionibus? Nam & alius quilibet hereditatis possessor etiamsi heres neque sit neque esse possit; hoc ipso tamen quod & possessor est & heredem se dicit, conueniri solet, si nemo alius heres verior appareat & qui se heredem dicat, ita vt possit ille soluere creditoribus, & quod soluerit reputare vero heredi, perinde ac si eum liberasset, quamuis non æquè possit ille agere contra hereditarios debitores. *l. si quid possessor* 31. *in princ. & §. pen. ff. de pet. her. l. de heredit. ate* 5. *C. eo.* Sic dicimus ratione dubitationis agere quem posse etiam cum illegitimo tutore. *l. si putas* 6. *eod. tit.*

c *Creditores.* Sed cur de creditoribus tantùm hîc tractat Scæuola, non de legatariis? Rationem attulimus ad *l.* 3. *in princ. sup. hoc tit.* quoniam creditorum nihil interest an debitoris hereditas adita sit ex testamento, an ab intestato, dummodò adita sit. Æquè enim habent actionem ex lege duodecim tabular. contra heredem legitimum atque contra testamentarium. *l. vlt. & pass. C. de hered act.* Adeò vt, etiamsi nullus heres sit, mittendi sint ex edicto in possessionem bonorum debitoris defuncti ad ea possidenda primùm, deinde distrahenda. *tot. tit. De rebus autor. iud. possidend.* iunct. *l. habere* 57. *de euiction.* At legata non possunt valere quæ testamento fuerunt relicta, nisi ex eo ipso testamento adeatur hereditas, licèt adita sit ex testamento. Idémque de libertatibus & fideicommissis eodem testamento relictis iuris est. *l. si nemo* 9. *de testam. tut. l. ea quam* 16. *C. de fideic.* Vnde etiam est quod si heres institutus omissa per fraudē causa testamenti possideat hereditatem ab intestato, necessarium est legatariis & fideicommissariis auxilium edicti. *Si quis omis. caus. test.* quod non est necessarium creditoribus. *leg. 1. & passim. ill. tit.* Nec est quod cum Accursio, Bartolo, & cæteris addas exceptionem, Nisi legata fuerint ab intestato repetita. Nam libertatibus quidem & fideicommissis ea exceptio aptari potest. *leg. generaliter* 24. *§. ex testamento. infr. de fideicommiss. libert. l.* 1. *Cod. eodem. l. Lucius* 88. aliàs *l. Scæuola. §. vltim. de leg.* 2. sed legatis non potest, quia libertates & fideicommissa ab intestato quoque perinde ac ex testamento relinqui possunt, legata non possunt. *leg. illud* 13. *in fin. de iure codicillor. l.* 2. *& 4. C. de codicill.* Inspecto nimirum iure vetere de cuius interpretatione agimus

Nam si Iustinianeum inspicias, quo passim hodie vtimur, & quod omnes legatorum & fideicommissorum differentias sustulit, possunt hodie relinqui legata in codicillis ab intestato, & quotidie ita relinquuntur, at non tanquam legata, sed tanquam fideicommissa, sicut & cùm à legatario relinquũtur. *l. 1. & 2. Cod. communia. de legat.* iunct. *§. 1. Inst. de singulis rebus per fid. relict.* Nullo igitur casu potuit Scæuola legatariis & fideicommissariis aliquam actionem dare, ne quidem vtilem contra eum qui iure legitimi heredis possidet partem hereditatis. Itaque nec dedit. At contra heredem scriptum dedit idem Scæuola, adeóque in solidum in *l. 3. in pr. sup. hoc titulo.* An ergo meliorem esse voluit conditionem legatariorum qui non certant nisi de lucro captando, quàm creditorum qui certant de damno vitando? Hoc verò absurdum & iniquum esset. *l. quod autem 6. §. simili modo dicimus quæ in fraudem creditorum. l. 5. §. si cum legitima 28. & seq. de doli exception. leg. non debet actori 41. §. 1. ad Vegnl. iun.* Ergo non potest satisfacere: quod Accursius respondet agi de legatariis in *dict. leg. 3.* hîc verò de creditoribus. Et ratio quam adfert, quòd legata pendeant ex testamento. *l. 3. de pign.* probat quidem optimè nullam posse dari actionem legatariis contra legitimum heredem, sed nõ probat dandam esse contra testamentarium eo casu quo neque ipsis creditoribus daretur. Non enim quod plus iuris habent creditores quàm legatarij contra heredem legitimum, facere potest aut debet vt eò minùs habeant contra institutum. Proinde si directa actio competit legatariis contra scriptum heredem, quidni competet etiam creditoribus? Quinimò si datur in solidum legatariis contra heredem institutum solum, cur non etiam creditoribus dabitur? Eorum quippe interest ne in plures aduersarios distringantur. *leg. & ancillarum 27. §. vlt. de pecul.* & vt à solo herede scripto possint consequi solidum potiùs quàm vt partem cogantur petere ab herede scripto, partem à legitimo. Atqui habent legatarij actionem pro solidis legatis contra heredem scriptum, tametsi transegerit ille cum legitimo, nec totam possideat hereditatem. *dict. l. 3.* Ergo & creditores habere debebunt. Quod vtrumque tamen hæc lex negat. Nam neque dat actionem directam creditoribus contra heredem institutum, sed vtilem duntaxat, neque in solidum, sed pro ea tãtùm portione quam possidet hereditatis. Respondendum est in specie. *d. l. 3.* non fuisse incertum ius successionis, neque dubitatum an valeret ipso iure testamẽtum in quo legata fuerant relicta, sed an rescindendũ esset fortè per querelam inofficiosi testamenti, quam proponere volebat mater à filio præterita vel exheredata. Quo casu certum est non eò minùs legata deberi quandiu testamenta re vera non est rescissum, quod porrò neque per transactionem neq; alio modo quàm per sententiam rescindi potest, quam tamen ponimus nullam interuenisse neque ante neque post transactionem. Neque hoc casu interest an scriptus heres matri dederit ex transactione rem certam, an partem hereditatis, quia etiamsi dederit partem, nihilominùs tenebitur scriptus heres & legatariis & creditoribus in solidum, quia non eò minùs verum est certúmque heredem eum in solidum esse ex testamento, quamuis potuerit aliquo casu desinere heres esse, nimirum si mater in querela inofficiosi testamenti obtinuisset. *l. in substitutione 33. de vulg. & pup. substit.* Non tã enim quod euenire potuit, quàm quod re vera est semperque fuit & erit inspiciendũ est & incertum successionis, quod non præsens, sed futurum est, materiam quidem transactionis præbere potest. *l. 2. C. hoc ti.* sed non impedire aut extinguere actionem siue legatariorum siue creditorum, quæ pendet ex præsenti iure testamenti, de cuius viribus, id est, quin ipso iure valeat, non dubitatur. At cùm ius successionis incertum est, quod contingit agnato proximo aut filio ipso contendente testamentum ipso iure non valere, quamuis heres scriptus contrà defendat valere, fieri tamen nequit vt contra eum actionem vllam habeant legatarij, quin priùs constet valere testamentum. *d. l. 3.* in illis verbis, *quàm si testamentum ratum esse constaret. infra de pign. ibus.* Nam quemadmodum non noceret legatariis, quod heres nollet valere testamentum, mallétque hereditatem relinquere agnato proximo siue toram, siue pro parte. *a. l. 3. in pr. sup. hoc titulo.* Ita è contrario non potest iis prodesse quod heres scriptus velit contendátque testamentum valere, nisi idipsum liquidò constet. Ius enim testamenti non ex heredis aut alterius priuati voluntate pendére potest, sed ex iuris publici autoritate. *l. illa institutio 32. de hered. instit.* Nec potest videri dolo malo quicquam facere heres scriptus, qui posteaquàm contra legitimum heredem defendit testamentum valere, subinde tamen conuentus à legatariis recusat solutionem legatorum eo prætextu, quasi testamentum vel non valeat, vel saltem dubij sit iuris. Non enim hæc sunt pugnantia, vt dicat testamentum valere, séque heredem ex eo testamento esse, & tamen aut testamentum revera non valeat, aut de eius viribus dubitetur. Neque igitur pugnantia hęc erunt, vt valeat transactio per quam hereditas inter testamentarium & legitimum heredem pro æquis partibus diuidatur, & tamen heres scriptus nullatenus legatariis teneatur, id est, ne pro ea quidem parte quam ex transactione retinuit. Habet enim eam non tam quasi heres testamentarius (non magis quàm qui aliam partem habet quasi legitimus) quàm ex pacto fortassis per errorem aduersarij non satis acuti ad euidentem testamenti nullitatem detegendam, vt in *l. debitor 59. §. vl. ad Senatusc. Trebell.* Pactum autem nullam actionem legatariis dare potest, nisi probent clarissimè testamentum valere. Nec magis pro parte quàm in solidũ, quia in heredem scriptum necesse est, sicut solus potest teneri legatariis, vel in solidum teneri, vel nullomodo. Nam vt legatum diuidatur aut à legatario ipso, aut à lege contra eum qui solus & consequenter in solidum heres sit, ex testamento fieri nullomodo potest. *l. legatarius 38. de legat. 1.* nec rursus vt alius ex testamento conueniri possit, quàm qui re vera ex testamento heres & est, & esse probatur. *l. 2. Cod. de hered. vel act. vend.* An non verò saltem vtilis actio dabitur legatariis contra heredem scriptum, & pro ea saltem parte quam possidet ex hereditate? Ne hæc quidem. Vtilis enim datur ideò creditoribus hereditariis tam contra institutum heredem, quàm contrà legitimum, quia, vt suprà diximus, nihil eorum interest an ex testamento, an ab intestato hereditas adeatur & possideatur, cum vtroq; casu

casu habituri sint suo iure hereditariam actionem, siue in heredem, quisquis ille sit, siue in bona defuncti. Proinde non possunt recusare quominùs cõueniantur singuli saltem pro ea parte quam singuli possident, cùm non pro ea tantùm parte, sed & in solidum quisque ipsorum dicat se heredem, vnus ex testamento, alius ab intestato. Quæ ratio facit vt probabilius possit defendi creditoribus dandam esse electionem contra quem ex iis agere in solidum velint, tanquam cõtra heredem in solidũ siue ex testamento, siue ab intestato, quàm neutrũ eorum nequidem pro parte teneri. At legatariorũ alia ratio est. Non enim omnimodo habent actionem legatorum nomine, neque contra quem velint heredem, sed tantùm contra heredem scriptũ, & eo demum casu quo & testamẽtum valeat & valere constet. Necesse igitur est vt legatarij vel directam actionem habeant, vel nullam. Porrò directã habere non possunt, cùm successionis ius præsens incertum est, vt in specie huius legis. Ergo nullam. Ideóque loquitur hæc lex de creditoribus tantùm, non de legatariis, quia tractat eum casum quo nec ipsis creditoribus actio directa possit competere, sed vtilis tantùm, cuius similiter legatariis concedendæ nulla ratio vel æquitas subesse potest. Itaq; quod Bart. hîc tradit, quoties ignoratur quis heres sit, posse conueniri possessorem bonorum hereditatis propter incertũ successionis, in creditoribus quidem verum est, sed in legatariis omnimodo falsum, in libertatibus verò & fideicommissis nõ aliter verum, quàm si repetita sint ab intestato. Quod autem addit, Nolente herede respondere an sit heres propter dubium, interrogari eum debere an sit possessor, &, si respondeat se ignorare, hoc satis esse actori ad victoriam, multò minùs verũ est, siue ius vetus inspicias, siue nouam Iustiniani constitutionem in *l. vlt. C. de pet. her.* Nam sicuti actio directa nõ potest competere nisi contra verum heredem, neque dari nisi contra eum quem constet heredem esse: ita nec vtilis quæ nunquam ipso iure competit dari potest contra alium quàm contra possessorem, aut saltẽ contra eum qui se liti offerat tanquã possessor: ac proinde si possessor qui & heres dicitur, vel neget, vel dicat se ignorare an heres possessórve sit, necne, fieri certè nequit vt actione vtili cõueniatur, ne à creditoribus quidem. Prius enim est vt certò constet esse illum possessorem. Et ita legem hanc explicandam arbitror.

c *Pro parte hereditatis.* Ergo proponebatur in hac specie sic factam esse transactionem, vt pars hereditatis ad heredem scriptum, pars ad illum qui se legitimum dicebat, pertineret. Aliud ergo fuisset si conuenisset vt res aliqua hereditaria ad vnum, tota verò hereditas ad alterum peruenireret: quia pars hereditatis in vna re hereditaria intelligi non potest. *l. quamuis 14. si quis omiss. caus. test. l. si legatus 30. §. multũ. ad SC. Trebell. §. si quis vna. Inst. de fideic. hered.* Idemque iuris est si non res certa, sed quota bonorum mobilium & immobilium vni ex transigentibus data vel relicta sit non comprehensis in ea quota iuribus & actionibus quæ tertiam bonorum speciem constituunt *l. à Diuo Pio 15. §. 1. de re iud. l. quam Tuberonis 7. §. in peculio infr. de pecul.* Non enim pars hereditatis intelligi potest in ea bonorum quota quæ iura & actiones non complectatur *l. nam quod 14. §. fi.* iunct. *l. cogi 16. in princ.* & vsque ad *§. si quis heres. ad S. C. Trebell.* His ergo casibus in solidum conueniẽdus est is penes quem ius hereditatis remanet, nulla autem ex parte is ad quem aliquid ex bonis hereditariis peruenit, etsi maior fortasse pars æstimationis hereditatis in ea re consistat *l. ex facto 35. de hered. instit.* Sed hoc semper intellige quantum ad creditores, de quibus solis hæc lex loquitur, non quantũ ad legatarios: quia cùm legatarij agere nullo casu possint ex ratione iuris aduersus legitimum heredem, nihil iis profuturum est etiamsi tota hereditas ad legitimum heredem solum ex transactione peruenerit: sed oportebit eos vel amittere legata, vel eo nomine agere contra scriptum heredem, quod ita facere poterunt si probent hunc esse verè heredem ex testamento, quamuis per ignorantiam aut facilitatem suam tota hereditate cesserit ei qui se legitimum heredem contendebat *l. 3. in pr. supr.* In eoq; sanè Bartol. & alij passim fallantur. Illud quæri potest, An non saltem possint legatarij agere hypothecaria in res à legitimo herede possessas ex hereditate? Et respondet Bart. fortè idè quod in actione personali, vt neutra competat in legitimum heredem ex *l. 1. §. vlt. C. comm. de leg.* Hoc quoque malè. Nam hypothecaria ita noua quam Iustin. pro legatis & fideicommissis introduxit, in eo tantùm similis est personali, quod singulari quodam iure diuiditur inter heredes pro hereditariis portionibus contra naturam hypothecariæ quæ regulariter indiuidua est *l. rem hereditariam 66. de euict.* Non etiam in eo vt non detur contra tertium possessorem, quisquis ille sit, siue dicat se heredem legitimum, siue quo alio iure vel colore possideat, quamuis actio personalis in eum competere nunquam possit, quia nec transit in successorem singularem *l. 1. §. si heres. ad SC. Trebell. l. vlt. §. 1. de contr. empt.* Alioqui parum prodesset legatariis nouũ hoc beneficium Iustiniani, cùm aduersus heredem ipsum possit ei satis esse consultum aut personali actione, aut ipsius rei legatę vindicatione. Quid si hereditas aut in totum aut pro parte ablata sit heredi scripto tanquam indigno? Remanet quidem nihilominus heres vt antea *l. ex facto 43. §. vlt. de vulg. & pupil. substit.* Sed tamen legatariis non tenetur, sed fiscus ad quẽ transit hereditas cum suis oneribus *l. penul. de his quæ in test. delent. l. hereditas 4. C. de his quib. vt indign. l. cùm quidam 12. §. eo. ill. tit.* Et ita benè Bart. contra Accursium sentit.

d *Vtilibus conueniendus est.* Idem putat dicendum Bartolus, si contentio sit inter heredem & fideicõmissarium vniuersalem, & inter eos ita transactum sit, vt vnusquisque habeat dimidiam partem hereditatis. Tunc enim, inquit, eorum quilibet debebit conueniri secundùm quod possidet tam à legatariis, quàm creditoribus. Ex not. in *l. 1. C. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Non malè, quia eadem hac parte ratio est heredis & fideicommissarij etiã quod ad legatarios, cùm perinde fideicommissarius vniuersalis ac heres ipse & legatariis & creditoribus obstringatur, si non rogatus sit heres deductis legatis hereditatem restituere *l. 2. l. 3. §. idem Pomponius infr. eod. ill. tit.* Sed non satis rectè in eo quod comparat Bartolus casum illum quo transactio facta sit inter heredem & fideicommissarium vniuersalem, cum casu illo quo facta sit inter heredem scriptum & agnatum proximum. Differentia enim aperta est inter hos casus, quantum ad legatarios, licèt nulla sit quod ad creditores, secundùm ea quæ suprà diximus.

15. PAVLVS libro 1. Sententiarum.

PActo conuento Aquiliana quidem ſtipulatio ſubiici ſolet: ſed conſultius eſt, huic pœnalem quoque ſtipulationem ſubiungere: quia reſciſſo fortè pacto[a], pœna ex ſtipulatu peti poteſt.

Ad l. Pacto conuento 15.

Ratio dubitandi. Inutilis eſt ſtipulatio pœnalis quoties non poteſt id fieri propter quod ne fieret pœna ſubiecta fuit. Habet enim omnis ſtipulatio pœnalis eam conditionem expreſſam, Si quid factū erit vel non erit *l. ſi is qui 13. §. cùm ita. & ſequent. de reb. dub.* & in ſpecie propoſita, *Si pacto non ſtabitur. l. ſi pacto 14. Cod. de pact. leg. reſcriptum 10. §. ſi pacto ſupr. tit. 1. l. prædia 28. de action. empt. l. qui Romæ 122. §. vltim. de verbor. obligat.* Atqui cùm pacto conuento ſubiecta eſt ſtipulatio Aquiliana, & quæ Aquilianam ſtipulationem ſemper ſequitur acceptilatio, non poteſt fieri id cuius nomine pœna promiſſa fuit, ſiquidem acceptilatio tollit ipſo iure actionem, vt & Aquiliana ipſa ſtipulatio, quæ præcedentes omnes obligationes nouat & perimit *l. 4. §. eo.* Non poteſt autem fieri vt quis petat eam rem cuius nomine nullam habet amplius actionem, cùm ſine actione agere nemo poſſit *leg. ſi pupilli 6. §. vltim. de negot. geſt. l. ſi quid poſſeſſor 31. §. penultim. de petit. hereditat.* nec rurſus, vt extincta ſemel obligatio reuiuiſcat, ne quidem ex voluntate ſola vtriuſque contrahentium, nedum vnius ex ipſis *l. qui res 98. §. aream. de ſolut. l. ſi pro patre 10. §. penultim. de in rem verſ.* Actiones enim non naſcuntur niſi certis modis inter quos non eſt voluntas ſola contrahentium. Ergo non poteſt committi vllo caſu hæc pœnalis ſtipulatio, & conſequenter inutilis eſt.

Ratio decidendi. Cùm ſtipulator poſt interpoſitam ſtipulationem Aquilianam & acceptilationē adhibet ſtipulationem pœnalem, in ipſius arbitrio eſt an velit iuuare ſe acceptilatione, vt dicat probétque hoc modo ſublatam eſſe ipſo iure actionē, an verò conſentire, vt aduerſarius adhuc petat & agat, ac ſi neque obligatio neque actio ſublata eſſet. Nec enim facit iniuriam qui conſentit agere volenti, nec cogendus eſt iurare ſe acceptilatione, quæ pro ipſo non contra ipſum interpoſita eſt, argum. *l. ſi iudex circumuento 28. de minor.* Non quaſi ſit in ipſius poteſtate facere vt actio ipſo iure extincta renaſcatur, ſed quia ex ſtipulatione pœnali apparet id actum fuiſſe, vt ſi vel facto ipſo peteret is qui iure nullam actionem haberet, perinde committeretur pœna ac ſi iure peteret. Nam & conditiones facti ſunt *l. qui heredi 44. de condic. & demonſtr.* & verba conditionum de facto non de iure interpretanda ſunt *l. Mœuius 55. eod. l. heredibus 77. §. vlt. ad S. C. Trebell.* Quæ etiam ratio & ſententia eſt *l. nuda 5. C. de contr. & com. ſtip.* Item quia prætor à quo petitur actio, non poteſt diuinare an acceptilatio aliqua interuenerit, ſi non allegetur, & conſequenter facilè dat actionem, ſicut & eam daret illo etiam caſu quo compenſatio locum habere poſſet, quamuis compenſatio quoque tollat obligationem & actionem ipſo iure, cùm & ipſo iure fiat, & vim habeat ſolutionis *l. 4. l. ſi ambo 10. & l. ſeq. l. poſtea quàm 21. de compenſ.* Nempe quia etiam alleganda compenſatio eſt, cùm ſit facti, quamuis habeat effectum iuris. Nemo autem cogitur allegare in iudicio, niſi id quo velit vti *l. 1. §. edenda ſupr. de edend.* Itaque non puto verum eſſe quod vult Cuiacius, hanc actionem, ſi qua eſſet, fore vtilem & reſciſſoriam aut reſtitutoriam, ſed illam ipſam directam, quæ competebat ante acceptilationem, quia eam prætor dat ignorans ſubſecutam acceptilationem, ac proinde animo dandæ directæ actionis, quam neſcit eſſe ſublatam, non animo reſtituendæ vtilis. Neque verò facit in eo vllam iniuriam reo eidémque ſtipulatori pœnæ, qui fuerat per acceptilationem liberatus, cùm is vltrò ac libenter actionem exciat, nec velit obiicere ſe liberatum, quia mauult conſequi pœnam, quæ ſcilicet ſemper pluris eſſe debet, quàm quod intereſt principaliter, ne alioqui ſuperuacuò interpoſita videretur. Mihi tamen prior ratio magis placet, vt pœnalis ſtipulatio hîc committatur propter petitionem factam ſine actione. Quamuis enim agi non poſſit ſine actione, vt diximus in ratione dubitandi, peti tamen adeóque litis conteſtatio fieri ſine actione poteſt, ſiquidem nec actio datur à prætore niſi poſt litem conteſtatam, ea autem vera petitio eſt quæ fit per litis conteſtationem *l. amplius 15. rat. rem haber.* Nam & conteſtatio litem conſtituit, & ante conteſtationē mota dicitur lis & controuerſia potiùs quàm conſtituta *l. ſed & ſi 25. §. ſi ante de petition. hered.* nec quod is qui petit nihil iuris habeat, & nullo iure petat, ad rem facit. Tantò magis enim æquum eſt ab eo præſtari pœnam quam promiſit, ſi faceret contra pactum *l. atquin natura 19. §. cùm me abſente.* vbi eſt textus in hanc rem elegans, & apertius *: nſſr. de neg. geſt.* Hoc igitur caſu proderit huic ſtipulatori ſtipulatio pœnalis per quam conſequetur pœnam, ſi fortè actor pactum reſcindat, id eſt, fidem licitæ tranſactionis rumpat, vt loquitur Hermogen. in *l. ſeq.* petendo id cuius nomine nec actionem vllam habet. Quæ etiam ſententia eſt *l. vbi pactum 40. C. hoc tit.* Iunge quæ dicam ad *l. ſeq.*

a *Reſciſſo fortè pacto.* Noli intelligere cum Cuiacio *quaſi reſciſſo pacto, reſciſſa acceptilatione.* Non enim is Pauli ſenſus eſt, vt pactum quaſi pro reſciſſo ex iure habeatur, itemq; acceptilatio quaſi pro reſciſſa. Si quidem de acceptilatione nihil Paulus exprimit in tota l. Nec rurſus æquum eſſet aliquam ſupereſſe vim ſtipulationis pœnalis contra eum qui placitæ fidem fregiſſet, ſi pactum aut aliqua iuris ratione reſciſſum eſſet, putà tanquam dolo malo vel vi extortum, aut contra leges vel bonos mores interpoſitum, aut ſi pro reſciſſo habendum eſſet. Sed horum verborum ſenſus idem eſt qui eſſet, ſi Paulus ita ſcripſiſſet, quomodo Hermog. in *l. ſeq. rupta fide pacti.* Nam & reſciſſionis vocabulo ſolemus ſignificare actum hominis non legis, idque magis propriè quàm per verbum *rumpendi.* Vt cùm dicimus teſtamentum rumpi agnatione vel quaſi agnatione poſthumi, reſcindi verò per querelam inofficioſi teſtamenti, aut, vt dicam melius, per ſententiam ſuper querela inofficioſi latam: item cùm dicimus rumpi teſtamentum per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, reſcindi verò emancipationem per prætorem *l. 1. §. ſi emancipatus filius. de bon. poſſ. contr. tabul.* Et ſanè cùm in pactis nihil niſi factum

factum verſetur, nō poteſt fieri vt pactum iure aliquo reſcindatur, ſed tantùm contrario facto *l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret. ſ. tit. 1.* At è contrario acceptilatio, cùm ſit iuris, non poteſt reſcindi ſolo facto, ſed poteſtate iuris, vel autoritate magiſtratus in eam rem opus eſt, vt in *l. quanuis 8. §. quoties & ſeqq. ad SC. Velleia.* & facilius euenit vt noua actio poſt acceptilationem detur, ſiue prætoria, ſiue ciuilis, quàm vt reſtauretur vetus actio quæ per acceptilationem fuit perempta *l. ob eam cauſam 9. de præſc. verb.*

16. HERMOGENIANVS lib. 1. Iuris Epitomarum.

QVi fidem licitæ tranſactionis rupit, non exceptione tantùm ſummouebitur: ſed & pœnam, quam *ſi contra placitum fecerit, rato manente pacto*[a], ſtipulanti rectè promiſerat, præſtare cogetur.

Ad l. Qui fidem 16.

Ratio dubitandi. Quoties pacto ſubiecta eſt pœnalis ſtipulatio, poteſt quidem vtraq; via vti is qui ſtipulatus eſt, prout elegerit, hoc eſt, vel petere pœnam ex ſtipulatione, vel aduerſus agentem tueri ſe exceptione pacti. Sed ſi tamen ex cauſa pacti exceptione vtatur, æquum eſt accepto cum ſtipulatione ferre *l. reſcriptum 10. §. ſi pacto. ſ. tit. prox.* Ergo falſum eſt quod hîc dicitur, non tantùm exceptione ſummouendum eum qui fidem licitę tranſactionis rupit, ſed & pœnam quam ſtipulanti rectè promiſerat, præſtare cogendum eſſe.

Ratio dubitandi. Fuerunt hîc adiecta in ſtipulatione pœnali verba illa, *rato manente pacto*, quæ nō erant addita in ſpecie *dict. §. ſi pacto.* Hæc enim verba ſunt, quæ faciunt vt & pacti & ſtipulationis pœnalis commodum ſentire debeat ſtipulator, qui alioquin per exceptionem alterutro contentus eſſe cogeretur *l. cùm proponas 17. C. h. t. l. ita ſtipulatus 115. §. vlt. de ver. obli.* etiamſi priſtina actio per acceptilationē ipſo iure ſublata proponeretur *l. vbi pactum 40.* in illis verbis *ſi hoc maluerit. C. h. tit.* Hoc enim addēdum fuit contra Bart. qui hîc aliter ſentit. Dixi latiùs ad *dictum §. ſi pacto.*

a *Rato manente pacto.* An ergo ratum habere tranſactionis pactum cogetur etiam is, cui fides frangitur? Et non puto, non ſolùm quia pro ipſo non cōtra ipſum hęc clauſula ponitur, arg. *l. in ratione 10. §. tametſi ad leg. Falcid.* ſed etiam quia non poteſt aduerſarius intentionem ſuam fundare ex ea tranſactione, contra quam ipſe veniat *l. cùm pater 77. §. libertis. de legat. 2. leg. cùm par. 154. §. 1. de regulis iuris.* Nec poteſt repugnare quominus reſcindatur tranſactio ita volente aduerſario, cui fidem ipſe frangit *l. ſi diuerſa 14. C hoc tit.* Nam nec aliud poſſet prætor aut alius quilibet iudex decernere, quàm quod inter litigatores ipſos conueniſſet *l. ſi conuenerit 28. de re iud.* Planè ſi actio quam habebat is cui fides frangitur ſublata ipſo iure fuit per ſtipulationem Aquilianam ſecutamq; acceptilationem, hoc vnum ei auxilium ſupererit vt poſſit agere de dolo *l. ſub prætextu inſtrumenti 19. C. h t.* Non enim eſt in poteſtate tranſigentium facere vt actio ipſo iure ſublata reſuſcitetur aut inducatur aliter quàm interueniente vno ex legitimis illis modis, quibus obligationes & actiones naſci placuit.

17. PAPINIANVS lib. 2. Quæſtionum.

VEnditor hereditatis, emptori mandatis actionibus, cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam eſſe hereditatem, tranſegit, ſi emptor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio tranſacti negotij debitori propter ignorantiam ſuam[a] accommodanda eſt. ¶ Idem reſpondendum eſt & in eo, qui fideicommiſſam recepit hereditatem[b], ſi heres cum ignorante debitore tranſegit.

Ad l. vlt. Venditor.

Ratio dubitandi. Emptor hereditatis habet ſuo nomine vtiles actiones aduerſus omnes debitores hereditarios, idq; ex reſcripto D. Pij *l. ſi cum emptore 16. ſ. tit. prox.* Ergo non debet ei nocere pactum initum inter venditorē & debitorem. Quamuis enim venditor hereditatis retinuerit penes ſe actiones directas, quas & emptori mandauit, ſemper tamen præfertur & potior eſt is qui ſuo nomine vtiles habet, quiq; ratione directarum factus eſt procurator in rem ſuam *l. procurator 55. de procur.* Nam & dicimus mandatum factum procuratori in rem ſuam non poſſe reuocari nec morte finiri *l. illam 33. C. de don.* adeoq; ſi mandator ſine herede deceſſerit, ſuccurrendum eſt mandatario per vtilem actionem euaneſcente directa *l. 1. C. de oblig. & act.*

Ratio decidendi. Venditio hereditatis licèt faciat vt emptor ex reſcripto D. Pij vtiles actiones habeat, non tamen auffert directas venditori, quas neceſſe eſt vt inuitus quoque retineat, cùm inuitus remaneat heres qui ſemel fuit *l. 2. C. de hered. vèl act. vend.* vbi ſcriptum eſt ob hanc cauſam actiones omnes hereditarias & actiuas & paſſiuas penes eum remanere. Cùm itaque in ipſius iure & poteſtate ſit vt debitores hereditarios conueniat, illud etiam conſequens ſit vt in debitorum poteſtate eſſe debeat ei ſoluere impunè *l. quod autem 6. §. apud Labeonem. quæ in frau. cred.* Niſi emptor vel iis denunciauerit ne ſoluerent, vel, quod fortius eſt, cum iis litem ſit conteſtatus *l. 3. C. de nouat.* Eadem ergo ratione permittendum iis eſt vt cum venditore tranſigāt, quia eſſet absurdum non poſſe quem tranſigere cum vero ſuo creditore, cui poſſit cogi ſoluere. Niſi quod ſolutio, cùm ſit legitimus modus tollendæ obligationis, liberat ſoluentem ipſo iure, etiamſi ſciuerit, venditam fuiſſe hereditatem, id non reſciuerit ab ipſo emptore per denunciationem aut litis conteſtationem, etiamſi partem aliquam debiti iam ei ſoluiſſe proponatur *d. l. 3. & 4. C. de nouat. l. nomen 4.* ibi, *nondum certior à te factus. C. quæ res pign. oblig. poſſ.* Tranſactio verò cum venditore facta, quia non eſt legitimus modus tollendæ obligationis, ſi non acceptilatio interuenerit, non liberat debitorem tranſigentem, ne quidem per exceptionem, ſi quoquo modo ſciuerit, id eſt, ab alio etiam quàm ab ipſo emptore venditam fuiſſe hereditatem, vt conſtat ex hac l. in qua Papin. non alia ratione mouetur vt admittat debitori, qui cum venditore tranſegit, accommodandam eſſe exceptionem tranſacti negotij, quàm propter ignorātiam ſuam, id eſt,

ne ipsius ignorantia iusta & probabilis ei captiosa sit. Atqui non potest ignorantiam obtendere is qui quoquomodo sciuit. Scripsi latissimè de his omnibus *lib.12. Coniect.* & ad *d.l.si cum emptore 16.§.tit.1.*

a *Propter ignorantiam suam.* Ratio dubitandi. Ignorantia vnius, etiamsi pupillus sit, cui nihil omnino potest imputari, non debet esse alteri captiosa, præsertim creditori *l. quod autem 6. §. si quid cum pupillo. quæ in fraud. credi* Ergo nihil interest creditoris eiusdemq; emptoris hereditatis, qui vtiles actiones ex persona sua habet, an debitor hereditarius sciuerit, an ignouauerit venditam fuisse hereditatem. Nec enim quisquam siue sciens, siue ignorans potest facto suo alteri adimere actionem iam quæsitam *l. Granius 71.§.pen. de iudicijs.*

Ratio decidendi. Ignorantia vnius non debet esse captiosa alteri, cui nihil possit imputari, præsertim si ea ratione eueniret vt ipsi ignoranti lucrosa esset, vt in *d.§. si quid cum pupillo.* At in proposito debitor hereditarius, quem ponimus ignorantem transegisse cum creditore suo vero eodemq; venditore hereditatis, non certat de improbo lucro captando in fraudem alterius, sed de eo iure tuendo quod per licitam iustámq; transactionem sibi acquisiuit. Nec enim potest quicquam ei imputari cur cum eo transegerit, quem sciebat verum esse suum creditorem, aut cur non diuinauerit ab eo venditam fuisse alteri hereditatem *l. si putator 31. in fin. ad l. Aquil. l.4.§. illa etiam quæstio. de dolo mal. except.* Venditio siquidem facti est *l. consilio 7.§. vlt. de curat. fur.* facti verò alieni semper iusta & probabilis est ignorantia *l. vlt. pro suo.* iunct. *l. quamquam 7. ad S.C. Velleia.* quæ proinde ignorantem excusare debet *l. vlt.§. vl. im. de leg.2. l.1.§. vlt. depos.* Maximè cùm sit quod imputetur emptori hereditatis, cur non fuerit diligentior in denunciando debitori hereditario ne solueret, aut in lite cum eo contestanda *d.l. 3. C. de nouat.* Cæterùm hæc distinctio, An debitor hereditarius sciuerit, an ignouauerit venditam fuisse hereditatem, non cadit nisi in eum casum quo facta sit transactio cum venditore post venditionem. Nam pactum quodlibet venditoris hereditatis factum ante venditionem, emptori quoque omnimodo nocere certum est *l. si patronus 55. §. vlt. ad S.C. Trebell. l. sicut 8.§.1. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. si à te 9.§. vlt. de except. rei iudic.*

b *In eo qui fideicommissam recepit hereditatem.* Vt scilicet pactum à debitore hereditario ignorante fideicommissi restitutionem factum cum herede noceat etiam fideicommissario. Ratio dubitandi & decidendi eadem est quę ad speciem precedentem, quia directas actiones habet heres, vtpote fideicommissarius *l.1. l. ata tamen 27.§. qui ex Trebelliano. & pass. ad S.C. Trebell.* Dixi ad *d.l.16.§. tit. prox.*

LIBER TERTIVS.

DE POSTVLANDO.

VLPIANVS libro 6. ad Edictum.

PRÆTOR titulum prætor proposuit habendæ rationis causa, suæq; dignitatis tuendæ, & decoris sui causa: ne sine delectu passim apud se postuletur.

1 ¶ Ea propter tres fecit ordines: nam quosdam in totum prohibuit postulare: quibusdam vel pro se permisit: quibusdam & pro certis duntaxat personis, & pro se permisit.

Ad lib. 3. Pandectarum. Tit. 1. De postulando.

Ratio dubitandi. Permissum est cuilibet sui ingenij fiduciam habenti vt de iure publicè respondeat, neq; id tam peti quàm præstari solet, vt Imp. Hadrianus dicebat, quem Pomponius refert in *l. 2.§. pen. de orig. iur.* quamuis ex autoritate Imperatoris de iure responderent qui publicè respondebãt, vt ibid. ait Pomponius. Ergo multò magis permittere prætor debet vt apud se quilibet postulet, cùm postulare proprium sit eorum qui de iure respondendi peritiã & autoritatẽ habent *§. initium. j. hac lege.* Ratio decidendi. Æquissimum fuit prætorẽ habere rationem, suæ dignitatis, eamq; tueri quãtum posset. Ad quam sanè illud maximè pertinebat, ne sine delectu passim quemlibet apud se postulare pateretur. Alios enim propter sexum, alios propter mores, aut aliis ex causis, de quibus in hoc tit. agitur, conueniens fuit arceri à postulando, ne ipsorũ qui postularent siue infamia, siue mala condicio prætoris maiestatem labefactaret, atque ita debitã ipsi reuerentiam diminueret. Difficile enim est vt cuius persona despicitur, eius dignitas suspiciatur *l. obseruandum 19. de offi. præsid.* Aliam dubitandi rationem adferebat Bar. quòd apud Deum non sit acceptio personarum ex cap. *Nouell 5. de monach.* Sed eam nos Theologis relinquimus qui Iurisprudentiam tractamus.

Ad §.1. Ea propter.

Ratio dubitandi. Edictum hoc nõ aliam causam habet, quàm tuendæ dignitatis prætoris, vt proximè dictum est. Atqui dignitas prætoris quę individua est, non recipit istas distinctiones. Ad eã enim hoc quoque pertinet, vt qui ex aliqua iusta causa prohibentur pro omnibus postulare, nec pro certis personis, adeoque nec pro se postulare possint: præsertim cùm fieri nequeat vt desint per quos ipsi defendi possint. Ergo non debuit edictum huiusmodi distinctionem inducere, eorum qui in totũ postulare prohibentur, & eorum qui pro se tãtùm postulare permittuntur. Et denique illorũ quibus postulare licet pro se, & pro certis dũtaxat personis.

Ratio decidendi. Variæ sunt causæ ex quibus postulare quis per edictum prohibetur, & earum aliæ aliis longè graviores. Diuersa item condicio personarum, & rerum, de quibus postulari oporteat. Benè igitur ac prudenter prætor, vt omnia, hoc quoque constituit, vt pro personarum, rerum & causarum diuersitate aliter atque aliter prohiberentur postulare illi qui passim & pro omnibus postulare non possent. Sunt enim sanè fauorabiliores illi qui pro se quàm qui pro aliis postulandum habent. Adeò vt ipsis quoque seruis, qui ab omnibus iuris nostri actibus arcentur. Si quando tamen condemnati sint, & neque dominus, neque alius quisquam pro iis appellare velit, triste appellationis auxilium non denegetur *l. serui 15. de appellat.* Ex iis autem qui pro alio postulare velint, certum est fauorabilissimos esse illos, qui pro coniunctis personis, putà pro parentibus aut liberis, postulare volunt. Nam & hoc casu permittitur agere sine mandato oblata cautione de rato, quod aliis personis non licet *l. sed & hæ personæ 35. j. de procur. l. exigendi 12. C. eod.*

2 ¶ Postulare autem est, desiderium suum vel amici sui, in iure[a] apud eum, qui iurisdictioni præest, exponere: vel alterius desiderio contradicere.

Ad §.2. Postulare.

e *In iure.* Id est, pro tribunali *l.4.§. pen. de damn. infect.* Ratio dubitandi. Etiam apud pedaneos iudices postulatur, & qui publico iudicio damnati sunt, etiam apud pedaneos iudices postulare prohibetur *§. remouet. vers. item. j. hac lege.* Atqui iudices pedanei tribunal non habent, quia nec iurisdictionem habent, sed tantùm notionem & iudicationem *l. ait prætor 5. de re iudic.* Ergo non debuerunt hæc verba poni in definitione. Ratio decidendi. Hæc definitio pertinet ad postulationẽ, de qua in hoc edicto agitur. Edictum autem non de pedaneis iudicibus locutum est, sed tantùm de prætore aliisq; prætori similibus magistratibus, id est, qui prætori æquales aut prætore maiores sunt in vrbe, putà præfectus vrbi, ad quem à prætore appellatur *l. Æmilius 38. de minor.* aut prætoris vicem gerunt in prouinciis, cuiusmodi sunt proconsules & præsides *l. nec quicquã 9.§. circa aduocatos de officio proconsul.* iunct. *l. si in aliam 7.§. vlt. cum l. seq. eod. l. ex omnibus 12. cum duab. seqq. de offic. præsid.* Ob eamq; causam fuit necessarium Senatusconsultum, de quo in *d.§. remouet.* vt remouerẽtur à postulando apud pedaneos iudices ij qui iudicio publico damnati essent, quia scilicet edictum prætoris neque de pedaneis iudicibus locutũ fuerat, neque ad eos porrigi poterat. Eorum sanè qui mãdatam à prætore aut alio magistratu iurisdictionem exercent, alia ratio est. Hi enim funguntur vice & partibus eius qui mandauit, & similiter ius dicunt pro tribunali, & dant iudices *l.1.§. qui mandatam. l.3. de off. eius cui mand. l. solet 16. & seq. de iurisd. l. cùm prætor 12.§.1. de iudic.* Reliqua huius definitionis sunt aperta. Ex quibus apparet quàm excellens sit munus postulandi. Quod ait *exponere desiderium*, requirit eloquentiam in eo qui postulat. Quod addit, *vel amici* fidem, *in iure* audaciam, *apud eum qui iurisdictioni præest*, grauem modestiam, *vel alterius desiderio contradicere*, prompti ingenij subtilitatem. Postulandi verbum longè aliter Canonistæ accipiunt in *tit. de postul. præla.*

3 ¶ Initium autem fecit prætor ab his, qui in totum prohibentur postulare, in quo edicto aut pueritiam, aut casum excusauit[a]. ¶ Pueritiam, dum minorem annis decem & septem[b], qui eos non in totum compleuit[c] prohibet postulare, quia moderatam hanc ætatem ratus est ad producendum in publicum, qua ætate, aut paulò maiore fertur Nerua filius & publicè de iure responsitasse. ¶ Propter casum, surdum, qui prorsus non audit[d], prohibet apud se postulare: nec enim erat permittendum ei postulare, qui decretum prætoris exaudire non poterat, quod etiam ipsi erat periculosum futurum: nam, non exaudito decreto prætoris, quasi non obtemperasset, pœnâ vt contumax plectetur.

Ad §.3. Initium.

a *Excusauit.* Edictum enim est prohibitorium & ideò quos non excusat prætor accusat, cùm alioqui omnes ad postulandum admitti deberent.

b *Pueritiam, dum minorem annis decem & septem.* Ratio dubitandi. Ante eam ætatem creditur homo habere iudicij quantum satis est, non solùm ad se obligandum, sed etiam ad testandum de bonis suis omnibus, dummodo excesserit annum decimumquartum *l. à qua ætate 5. j. qui testam. facer. poss. l. puberes 101. de verb. oblig.* Multò magis permittendum igitur ei est vt siue pro se, siue pro alio postulet. Longè enim plus iudicij requiritur in testando quàm in postulando. Certè plus est testari quàm postulare, quoniam qui testatur facit legem *l. verbis legis 120. de verb. signif. l. qui in testamento 14. qui testam. facer. poss.* Cui autem licet quod plus est, vtique licere debet etiam quod est minus *l. non debet cui 21. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Testamentum licet sit actus sollennis & præcipui inter omnes hominum actiones momenti, fit tamen intra priuatos parietes, nõ in publico, vt & contractus omnes, ideoq; nihil nisi iudicium requirit testantis hominis, aut se obligantis. At postulatur in publico & apud prætorem adstante magna hominum, vt plurimùm grauissimorum corona, apud quos desiderium suum & animi sui bene exponere, aut alieno desiderio contradicere, cum ea qua decet modestia, eloquentiã & prudentia difficile sanè est, nec eius qui sit vnus ex multis, sed qui & ingenij & animi non minùs habeat, quàm iudicij, nec minùs audaciæ quàm modestiæ: quæ res vix est vt cadat in eum qui minor sit anno decimoseptimo. Ante quam ætatem nec aliena negotia etiam procuratorio nomine bene tractare quisquam creditur *§. iustæ autem in fi. Inst. quib. ex caus. manum. non licet.* iunct. *l. si collactaneus 13. de manum. vin.* In summa prætor hanc ætatem moderatam esse ratus est ad producendum in publicum: qua ætate aut non multò maiore fertur Nerua filius etiam publicè de iure responsitasse, hoc est, frequentissimè respondisse. Quòd si ratio hæc minùs satisfaciat & vrgeas, Cur decimumseptimum potiùs quàm decimum octauum ætatis annum prætor expresserit, dicam esse hoc iuris constituti, & ex eorum genere, quorum ratio certa & concludens reddi non po-

test *l. non omnium* 20. *de legibus*. Potest ergo minor annis vigintiquinque, dummodo decimumseptimum excesserit, publicè postulare, de iure respondere, & ita doctor esse, quamuis non sit alioqui defensor idoneus *l.12.Cod.de procur.* Aliud enim est aliquem defendere, quod fit subeundo vicem ipsius *l.minor* 51.*in prin.& §.1.eod.* Aliud pro alio postulare, quod non fit nisi lingua, fide & industria, & in quo nullum bonorum minoris periculum versatur. Sibi enim debet imputare qui talem causæ suæ patronum elegerit, si potuit habere peritiorem. Sanè pro se minor in iudicio stare non potest sine curatore, non magis quàm pupillus *l.1.& 2.C.qui leg.pers. in iudic.stand.* Rideo autem cùm video Accursium hîc dubitare, An aduocatos necesse sit literas scire. Et illud magis, quod concludit, non esse necesse, quasi sint illi similes iudicibus illis antiquis, qui iuris peritiam nullam profitebantur, sed ex Adiessorum suorum consilio, qui iurisperiti erant, iudicabant. Non enim similiter Aduocati & qui postulât, per alios munus suum implere possunt. Requirit enim personalem postulantis industriam, fidem, diligentiam. Itaque contra Accursium bene Bartolus & alij concludunt ex *l. 2. l.quisquis & pass.C.de postul.l.neminem.C.de aduoc.diuers.iudic.*

c *Qui eos non in totum complexit.* Ratio dubitandi. In fauorabilibus annus cœptus habetur pro completo *l.à vobis* 5.*de ann.leg.l.qui filium* 74.*§.vlt.ad SC.Trebell.l.diem functo* 4.*de offic.adsess.* Atqui fauorabile est, vt quis pro alio possit postulare, cùm id nõ solùm honorificum sit postulanti, sed etiam vtile ei pro quo postulatur, adeoq; reipublicę, quia publicè interest à pluribus quem defendi *l.4. de oper.noui nunciat.l.1.& 2.de nego gest.* Ergo cùm præstitutus sit à prętore ad postulandum annus decimus septimus, sufficiet eum attigisse.

Ratio decidendi. Quoties tempus adiicitur pro forma & sollennitate alicuius actus, computantur tempora de momento in momentum, etiamsi ea computatione fiat vt impediatur aliquid quod alioquin esset fauorabile, vt puta restitutio minoris *l.3. §. minorem de minoribus, aut libertas l.1.de manumiss.* In proposito autem non minùs fauorabile est vt prætoriæ dignitatis ratio habeatur, quæ potissima ratio est edicti, quàm vt quis ante tempus ad postulandum admittatur. Quam in rem non fauore opus est, sed prudentia, eloquentia, probitate, honestate, iuris peritia, & aliis huiusmodi, quæ ante cõpletum decimum septimum annum vix ac ne vix quidem parari possunt. Sic & in *§. iuste autem in fin. Instit.quib.ex caus.manum non licet.* impletum oportet esse annum decimum septimum, & cœptum decimum octauum. Vnde est quod in eadem specie loquitur I.C de anno decimooctauo, non vt eum impletum esse oporteat, sed vt sufficiat attigisse.

d *Surdum, qui prorsus non audit.* Ratio dubitandi. Postulare nihil aliud est quàm desiderium suum, vel amici sui in iure apud prætorem exponere, vel alterius desiderio contradicere *§.postul.vers sup.* aut petere pro tribunali, vt ait *l.4.§.pen.de damno infect.* At qui in eam rem sermone tantùm, non etiam auditu opus est. Ergo cùm surdus possit loqui, consequens est vt postulare possit, arg. *l.1.de verb.oblig.*

Ratio decidendi. Non fuit ei permittendum postulare, qui decretum prætoris exaudire non poterat, quod etiam ipsi erat periculosum. Nam nõ exaudito decreto prętoris, quasi non obtemperasset, pœna vt contumax plecteretur. Et sanè vbicumq; sermone opus est, ibi agitur res inter duos, non magis potest surdus admoti quàm mutus *d. l. 1. de verb. oblig. l.pen. §.1. de legat.tut.* sed in iis tantùm rebus, in quibus sermone opus non est *l. in quibuscunque* 48. *de oblig.& act. l.mutus* 43 *§.de procur.* Atqui in iure & apud prætorem non potest negotium expediri, nisi etiam prætore loquente. Ergo admitti surdus ad postulandum nec debuit, nec potuit. Nam & qui præsens est & non audiens, habetur pro absente *l. diem proferre* 27.*§.coram de recep.qui arbitr.l.coram* 209, *de verb.signif.* Nemo autem absens postulat.

4 ¶ Ait prætor, *si non habebunt aduocatum, ego dabo*[c]. nec solùm his personis hanc humanitatem[f] prætor solet exhibere, verùm & si quis alius sit[g], qui certis ex causis, vel ambitione aduersarij, vel metu patronum non inuenit.

Ad §.4. Ait prætor.

c *Si non habebunt aduocatum, ego dabo.* Aduocatus ergo est qui non pro se, sed pro alio postulat. Et ita quisquis aduocatus est, postulat, sed non quisquis postulat aduocatus est. Ratio dubitandi. Aduocatus dicitur, qui vocatus est ab alio vt ei adsit. Ergo non datur à prætore, sed à litigatore eligitur.

Ratio decidendi. Non ait prætor simpliciter & indistinctè se daturum aduocatum, sed sub hac cõditione *si non habebunt*, quia durum & inhumanum fuisset iis non prospici, qui per seipsos, & pro seipsis postulare prohibeantur.

f *Hanc humanitatem.* Sed quænam humanitas est, quæ si non esset, mera esset immanitas & iniquitas, vt proximè diximus? Resp. humanitatem prætoris in eo elucere, quod promittit daturum se aduocatum vltrò, id est, etiamsi non petatur. Nec enim requirit vt eo nomine interpelletur *l. nec quicquam* 9. *§.aduocatos §.de offic.proconsul.*

g *Verùm & si quis alius sit.* Ratio dubitandi. Non stat per prætorem, quominus possint iuri per seipsos & pro seipsis postulare. Ergo non debet curare prætor, an aduocatum habeant, necne: præsertim cùm quisquis aduersario suo subtrahit dolo malo paris defensionis copiam, hoc ipso ostendat proculdubio iniquam à se litem foueri, & ideò causa cadere potiùs debeat *l. prouidendum* 7.*C.hoc tit.*

Ratio decidendi. Neminem per aduersarij sui potentiam opprimi oportet. Hoc enim etiam ad prætoris aut eius, qui prouinciæ præest, inuidiam spectat, si patiatur quem tam impotenter se gerere, vt omnes metuant aduersus eum suscipere aduocationem *d.§.aduocatos.* Dare igitur aduocatum prætor debet omnibus qui non habent, præsertim petentibus, sed iis maximè, qui vel ambitione, vel metu aduersarij patronum non inueniunt.

5 ¶ Secundo loco edictum proponitur in eos, qui pro aliis ne postulent: in quo edicto excepit prætor sexum & casum[a]: item notauit personas in turpitudine notabiles.

¶ Sexum,

¶ Sexum, dum fœminas prohibet pro aliis postulare[b]: & rato quidem prohibendi, ne, contra pudicitiam [c] sexui congruentem, alienis causis se immisceant: ne virilibus officiis fungantur mulieres. origo verò introducta est à Carfania[d] improbissima fœmina[e]: quæ inuerecundè postulans, & magistratum inquietans, causam dedit edicto ¶ Casum, dum cæcum[f] vtriusque luminibus orbatum prætor repellit: videlicet quod insignia magistratus videre, & reuereri non possit. Refert etiam Labeo, Publium cæcum, Asprenatis Nonii patrem, auersa sella, à Bruto destitutum, cùm vellet postulare. Quamuis autè cæcus pro alio postulare non possit: tamen & senatorum ordinem retinet[g], & iudicandi officio fungetur[h]. Nunquid ergo & magistratus gerere possit[h]? sed de hoc deliberabimus: extat quidem exemplum eius, qui gessit. Appius denique Claudius cæcus consilijs publicis intererat, & in senatu seueriſſimam dixit sententiam de Pyrrhi captiuis. Sed melius est, vt dicamus, retinere quidem iam cœptum magistratum posse: adipirare autem ad nouum penitus prohibere, idque multis comprobatur exemplis.

Ad §.5. Secundo loco.

a *Excepit sexum & casum.* id est, excusauit ne alioqui notarię videretur, vt dixi ad §.3.8.

b *Pro aliis postulare.* Ergo fœminas pro seipsis postulare permittit prætor.

Ratio dubitandi. Contra pudicitiam sexui congruentem est, vt mulier tractandis in iure causis etiam propriis se immisceat, & virili officio fungatur. Præsertim cùm dubitandum non sit minùs seruaturam modum fœminam cùm propriam causam tractabit quàm si tractaret alienam, vt solent homines etiam prudentiores in rebus suis agitandis minùs sibi imperare quàm in tractandis alienis. Quam ob causam bene constituta est moribus nostris, ne quis pro seipso postulare possit, sed quantæcunq; sit probitatis, & doctrinæ aduocatum quærere aut si non inueniat petere cogatur.

Ratio decidendi. Alienam quidem suscipere defensionem virile officium est. *L.alienam* 18. *C.de procurat.* ideóque mulieribus interdictum. *l.qui absente 4.eod.l.1.de reg.iur.* sed propriam litem tractare officium cuiusque est, & in quacunque persona honestum. Nemini enim rei suæ bene gerendæ occasio aufferenda est, quod nec niti inique fieri posset. *d.l. qui absente.& l qui stipendia 9.in fi.C.eod.tit.de procurat.* Melius tamen & consultius est vt per alium etiam masculi & Doctores postulent quàm per seipsos, ne quid per iram & excandescentiam excidat, quod temerè aut improbè dictum magistratus dignitatem possit lædere ob idque præsenti seueráque animaduersione sit vindicandum. *l.nec quicquam 9.§.circa aduocatos de offic.proconsul.* Id enim agendum semper est quantum fieri potest, ne delinquendi materia præbeatur potius quàm vt delictum vbi perpetratum erit puniatur. arg. *l.5.§.1.de pact.dotal. l.non est singulis 176.de reg.iur.l.vlt.C.de tempor.in integr.restit.*

c *Contra pudicitiam.* Ratio dubitandi. Officium non tantùm necessarium est in repub. sed etiam honestum & laudabile. *l.aduocati* 14. *C.de aduocat.diuers. iudicior.l.laudabile* 4.*C.de aduoc.diuers.iudic.* Ergo non fuit fœminis interdicendum, præsertim cùm non esset verendum ne ipsarum pudicitia in iure, id est, coram prætore attentaretur.

Ratio decidendi. Honestum & laudabile officium est in masculis, sed non in fœminis, quas ne quidem in publico comparere honestum est, propter sexus verecundiam, vt hæc lex ait.

d *A Carfania improbissima fœmina.* Ratio dubitandi. Absurdum & iniquum est ob vitium, & improbitatem vnius personæ, toti sexui damnum notámque iurgari, cùm neque vni per alterum iniqua debeat condicio interi. *l.non debet alteri 74.de reg.iur.*

Ratio decidendi. Vicium quidem hoc fuit personæ, sed quod profectum est à sexu, nec arcentur fœminæ à postulando quòd Carfania ob improbitatem & impudentiam suam arcenda fuerit, sed quia visum est contra sexus verecundiam esse vt fœminis postulare concedatur. Sic Macedo filiusfamilias & adolescens improbissimus causam dedit senatusconsulto Macedoniano quod de filiisfamilias omnibus factum est. *l.1.de SC. Maced.* quia sceleris causam ex conditione sua delumpserat, quod filiusfamilias fuisset eo tempore quo æs alienum contraxerat, nec nisi morte parentis potuisset habere vnde solueret. Itaque etiamsi proponas honestissimam fœminam esse quæ postulare velit, nihilo tamen magis ei permittetur, quia, vt bene hic nostri tradunt, fuit hæc causa impulsiua non finalis. Cessante autem causa impulsiua alicuius dispositionis non idcirco cessat dispositio.

e *Casum dum cæcum.* Ratio dubitandi. Cæcus & senatorium ordinem retinet, & iudicandi officio fungi potest vt hic subiicit Vlp. & in *l. cæcus 6.§.de iudic.* qui locus ex hoc sumptus est vt vtriusque inscriptio demonstrat. Atqui plus est iudicare adeóque senatorem esse quàm postulare. Ergo & postulare cæco permittendum fuit. Ratio decidendi. Propria & specialis ratio est quæ cæcum arcet à postulando: nempe quòd insignia magistratus, sellam, fasces videre & reuereri non possit. Quæ ratio non habet locũ ad arcendum similiter cæcum à senatoria dignitate & ab officio iudicandi, aut ab autoritate præstanda pupillo cuius ipse sit tutor. *l.etiamsi 16.de auto.& conf. tut.* aut ab honore decurionatus. *l. infamia* 8.*C.de decu.lib.*11.*tit.*31.

f *Senatorium ordinem retinet.* Ratio dubitandi. Turpe & deforme est in Senatu videre cæcum adsidentem. Pertinet enim ad decorem Senatus vt in singulis senatoribus mira eluceat dignitas, nec ferè minùs corporis quàm animi præstantis excellentia vt sit maiori venerationi, pulchriorque veniens è pulchro corpore virtus. Nam & Persas proditum est, ne luscum quidem ad Principatum admisisse, vt ex Procopio Gothofredus hîc notat. Ratio decidendi. Iniquum esset & absurdum amitti dignitatem ob casum superuenientem qui commiseratione dignior sit quàm pœna. *d.l. infamia* 8.*C.de decur.*

g *Et indicandi officio fungetur.* Etiamsi cæcus fuerit antequam iudex daretur, vt pro Duareno contra Accursium disputabimus ad *dict. l. cæcus 6. infra de iudic.*

h *Numquid ergo & magistratus gerere possit.* Vereor ne tota hæc adiectio vsque ad finem. §. fit Tribonian. Cùm enim proximè dictum sit cæcum retinere Senatorium ordinem, non erat quærendum an magistratum gerere possit (an non enim magistratum gerit qui senatorium ordinem retinet, id est, qui non tantùm senatoriam dignitatem habet, eo modo quo habent etiam liberi & vxor senatoris. *l. filiam. 9. de senat.* verùm etiam ordinem, vt publicè & in ipso Senatu sedeat inter senatores?) sed vt scriptum est in fine. §. an possit aspirare ad nouum magistratum. De quo solo deliberandum supererat, vt vtar verbis Triboniano familiarioribus, quàm Vlpiano. Nam & solet Tribonianus opiniones suas inferere captata occasione per quæstiunculas, vt hîc factum est adiectis superuacuo verbis illis, *sed de hoc deliberabimus.* Nec minus superuacuum est quod additur, *extat quidem exemplum eius qui gessit.* Sufficiebat enim dicere *Aspius quidem Claudius.* Erat enim conuenientior illa coniunctio *quidem* quàm ea quæ Tribonianus vsus est *denique.* quasi iam multa aut saltem aliquid dixisset, qui nihil dum dixerat. At omnium apertissimè Tribonianum detegit vulgaris illa conclusio. *sed melius est vt dicamus,* vt & in *l. quamuis 6. de pignor. act. melius est autem dici.* & alibi pass. Item quod distinguitur. *retinere quidem, &c.* Nam prudentes nostri rarissimè distinguunt. Triboniamus ferè semper. Videamus autem quàm malè concepta distinctio sit. Prior pars concepta est verbis passiuis ad cæcum relatis, *retinere quidem iam cœptum magistratum posse.* Posterior autem verbis actiuis ad legem ipsam non ad cæcum referendis, *aspirare autem ad nouum penitus prohibere,* cùm scribi potiùs debuisset in passiuo *prohiberi.* Denique quod addit, idque multis comprobatur exemplis falsum est. Nam neque vllum exemplum in historiis est quod possis opponere exemplo Appij Claudij, quem constat cæcum fuisse, priùs etiam quam Senator fieret. Neque ratio publicæ vtilitatis patitur, vt qui Senatoria dignitate alioquin dignissimus sit, ob id solùm prohibeatur Senatum ingredi quòd sit cæcus. Cùm & iudicandi officio cæcus fungi possit, vt iam diximus ex *d. l. cæcus 6. de iudic.* Iudicium enim ab vno iudice lumen accipit, at nõ totus Senatus ab vno Senatore, longéque minùs indecorum est, vt inter multos Senatores cæcus sedeat, quàm vt solus iudicet is qui cæcus est. Quanquam nec Senator magistratus est, sed Senatus ipse quominùs conueniens fuit exemplum adferre de Senatore cæco, cùm quæreretur an cæcus magistratum gerere posset.

6 ¶ Remouet autem à postulando pro aliis & eum qui corpore suo muliebria passus est. Si quis tamen vi prædonum, vel hostium [a] stupratus est, non debet notari, vt & Pomponius ait.

¶ Et qui capitali crimine damnatus est [b], non debet pro alio postulare [c].

¶ Item senatusconsulto etiam apud iudices pedaneos [d] postulare prohibetur calumniæ publici iudicij [e] damnatus.

¶ Et qui operas suas, vt cum bestiis depugnaret [f], locauerit.

¶ Bestias autem accipere debemus ex feritate magis, quàm ex animalis genere: nam quid, si leo sit, sed mansuetus, vel alia dentata mansueta? ergo qui locauit, solus notatur: siue depugnauerit, siue non. Quod si depugnauerit, cùm non locasset operas suas, non tenebitur. non enim, qui cum bestiis depugnauit tenebitur: sed qui operas suas in hoc locauit.

¶ Denique eos, qui virtutis ostendendæ causa hoc faciunt sine mercede, non teneri aiunt veteres: nisi in arena passi sunt se honorari [g]: eos enim puto notam non euadere.

¶ Sed si quis operas suas locauerit, vt feras venetur: vel vt depugnaret feram, quæ regioni nocet [h], extra arenam [i]: non est notatus.

¶ His igitur personis quæ non virtutis causa bestiis pugnauerunt, pro se prætor permittit allegare, pro alio prohibet. Sed est æquissimum, si tutelam, vel curam huiusmodi personæ administrent [k], postulare eis pro his, quorum curam gerunt, concedi. Qui aduersus ea [l] fecisse monstretur, & pro aliis interdicta postulatione repellitur, & pro æstimatione iudicis extra ordinem pecuniaria pœna multabitur.

Ad §. 6. Remouet.

Ratio dubitandi. Capitalis pœna est huius tanti delicti. *l. cùm vir 31. C. ad leg. Iul. de adult.* Ergo non potest locus esse quæstioni, an arceri debeat à postulando is qui mortis reus est. Ratio decidendi. Non erat his temporibus crimen istud capitale ante constitutionem Imperatoris Constantini, qui, vt primus Imperator Christianus fuit, ita eam legem Christiano Principe dignissimam primus tulit. Nec rursus infamis erat quisquam ex hoc delicto, vt neque ex alio vllo publicorum iudiciorum, nisi sententia secuta. *l. infamem 7. de public. iudic.* Hodie post supradictam Constantini legem infamis est, non solùm qui huius criminis reus iam est, sed & ille qui est futurus: quod extra crimen læsæ maiestatis nescio an in alio vllo vel constitutum sit vel receptum.

a *Vi prædonum vel hostium.* Ratio dubitandi. Etiam coacta voluntas est voluntas. *l. si mulier 21. §. si metu. ff. quod met. caus.* quia maluisse hoc videtur. *l. si patre cogente 22. de rit. nupt.* qui potiùs debuit malle mori. *l. isti quidem 8. §. quod si dederit quod met. caus.* Ergo non debet hic esse excusatus, quominus saltem à postulando arceatur. Ratio decidendi. Virginitas per vim stuprata duplex virginitas est præsertim apud Christianos, quibus non licet Lucretiæ exemplo ex ea causa vt neque ex alia vlla mortem sibi consciscere. Nec paganorum quoque aliud iudicium fuit. *l. fœdissimam 20. C. ad leg. Iul. de adul.* Et sanè delicta & peccata omnia vsque adeò sunt voluntaria vt nec peccatum sit quod non est voluntarium, inquit B. August.

b *Et qui capitali crimine damnatus est.* Ratio dubitandi. Capitalis pœna non est, nisi quę vel vitam adimit vel libertatem vel saltem ciuitatem. *l. capitalium 28. de pœn.* Ergo non potest locus superesse quæstioni, an capitali crimine damnatus possit adhuc postulare. Ratio decidendi. Intelligendus est hic locus de iis qui capitali supplicio sic damnati sunt, vt tamen executio sententia suspensa sit aliqua de causa, at quid si sint postea restituti beneficio & indulgentia Principis, de quibus in *tit. de sentent. pass. & restit.* Et si enim restitutio reddit iis ciuitatem & famam. *l. 1. & l. tit. l. intercid. t. 59. de condic. & dem. nstr.* remanet tamen læsa existimatio apud bonos & graues viros quoniam indulgentia quos liberat notat, nec infamiam criminis tollit, sed pœnæ tantùm gratiam facit. *l. vlt. C. de gener. abolit.* Testes tamen esse possunt. *l. 3. §. lege Iulia testib.* Ergo & postulare possunt, quia restitutio in integrum reddit famam quoque vt & cætera omnia. *d. l. 1.* in eóque pleniorem effectum habet, quàm mera principis indulgentia. Difficile tamen restitutio in integrum impetrabitur. *§. deinde ff.*

c *Pro alio postulare.* Ergo pro se postulare non prohibetur. Totus enim hic secundus ordo edicti de iis est qui pro se postulare possunt, pro aliis non possunt. *§. secundo loco. ff.*

d *Etiam apud iudices pedaneos.* Ratio dubitandi. Edictum prætoris non loquitur nisi de postulando in iure & apud prætorem. Ergo non pertinet ad eos qui postulant apud iudices pedaneos.

Ratio decidendi. Ob eam nimirum causam necessarium fuit senatusconsultum, de quo in hoc loco, cùm verba edicti non sufficerent.

e *Calumniæ publici iudicij.* Ergo qui in priuato iudicio calumniam fecisse dicetur, non arcebitur à postulando, quia nec notatur infamia. *l. 1. ff. tit proxim. vbi dicam.*

f *Vt cum bestiis depugnaret.* Ratio dubitandi. Qui cum feris bestiis depugnat corporis vires, animique virtutem ostendit. adeò vt etiam qui ad bestias damnati sunt si eius roboris sint vt indignè populo Romano exhiberi possint non priùs supplicio adficiendi sint quam Princeps consulatur. *l. ad bestias 31. de pœn.* Non ergo debet infamia notari is qui operas suas ad depugnandum cum bestiis locauit.

Ratio decidendi. Nemo notatur infamia ob id quod virtutis ostendendæ causa cum feris bestiis repugnauit. sed is demum qui in eam rem operas suas locauit, virtutémque & vitam suam tam parui fecit vt eam certo precio æstimandam putauerit. *l. 3. §. lege Iulia de testib.* Idem est si quis operas suas locauerit artis ludicræ causa dummodo prodierit in scenam, alioqui non notatur, quia non est ea res adeo turpis vt & consilium puniri debeat. *l. 3. ff. tit. prox.*

Nisi in arena passi sunt se honorari. Ratio dubitandi. Semper & in homine quolibet digna est virtus quę honoretur, nec turpiter videri potest facere qui virtutem suam quàm in arena ostendit, etiam in arena honorari paritur. Ergo qui cum feris bestiis depugnauit sine mercede virtutis ostendendæ gratia non debet notari etiamsi passus sit in arena se honorari.

Ratio decidendi. Qui in arena passus est se honorari, videtur ea veluti mercede vanæ gloriæ & acclamationis populi operas suas locasse, ideóque non potest dicere se cum feris bestiis depugnasse sine mercede. Accepit enim mercedem suam, vt in Euangelio scriptum est de hypocryta. Gloria sequi non appeti debet, vt dicebat Plinius, multóque maiore animo fructus honestatis & virtutis in conscientia quàm in fama aut in pecunia reponuntur.

h *Qua regioni nocet.* Ratio dubitandi. Hic quoque etsi honestè fecit in eo quod feram depugnauit quę regioni nocebat, fecit tamen turpiter quod in eam rem operas suas locauit, cùm id facere debuerit solo virtutis ostendendæ studio, & vt publicè prodesset. Ergo perinde notari debet acsi operas suas certa mercede locasset ad quamlibet aliam feram bestiam depugnãdam. Quemadmodum enim aliquãdo accidit vt etiam pro turpi facto pecunia honestè accipiatur. *l. item si 4. §. sed cùm meretrici de condict. ob turp. caus. ff.* ita & è contrario vt accipiatur turpiter etiam pro honesto facto vt in aduocato accipiente honorarium quod petit. *l. 1. §. proinde de extr. cognit.*

Ratio decidendi. Necessaria est ad publicam vtilitatem huiusmodi operarum exhibitio, quas porrò inuitus nemo exhibere cogi potest, ideóque publicè interest eos à quibus præstari possint non deterreri metu infamiæ, ne vltro se offerant ad eas exhibendas, etiam certa mercede cũ alioqui non essent exhibituri, maiusque damnum respubl. incurreret.

i *Extra arenam.* Quasi verò in arena possit fieri venatio. Imò potest vt notat Gothofredus ex Gellio *lib. 5. c. 14.* vbi vide exemplum. *Allegare* pro *postulare.* verbum Tribonianeum ni fallor.

k *Si tutelam vel curam huiusmodi personæ administrent.* Ratio dubitandi. Hæ personæ de quibus proximè dictum est non alia ratione arcentur à postulando pro aliis quàm quod sint infames, & alienum sit à dignitate prætoris vt tales personas pro aliis apud se postulare patiatur. Ergo non potest fauor pupillorum aut minorum facere vt ab hoc iure recedatur. Nam si verum est, non esse pupillum extra ordinem iuuandum quoties nouum beneficium cum alterius iniuria postulatur. *l. sed tum ab herede 12. ad SC. Trebell.* quantò magis habere debet prætor rationem dignitatis suæ?

Ratio decidendi. Non adeò personas istas exeratur prætor vt eas in totum postulare prohibeat. Patitur enim vt pro seipsis postulent. Quidni ergo etiam pro iis quorum curam administrant? Nam & ferè est vt cuius quis tutelam ac curam administrat, eadem cum ipso persona esse videatur. *l. interdum 56. §. qui tutelam de furt. l. qui fundum 7. §. si tutor pro emptor.* Quanquam hæc ratio magis conuenit tutori, quàm curatori minoris; cùm curator non detur personæ sed rebus. *l. cum in vna 17. §. 1. de appell.* Generalior igitur & conuenientior ratio illa est, quæ deducitur ex *l. puto 6. ff. hoc titulo.* quòd omnes qui non sponte sed necessariò fungũtur officio possint sine offensa edicti postulare, etiamsi hi sint qui non nisi pro se postulare possunt. Certum autem est curatores etiam minoribus datos perinde officio fungi necessario atque tutores. vide tamen quæ dicam ad *l. 3. in fi. ff.*

g *Qui aduersus ea.* Hic quoque versiculus sicut & præcedens, mihi suspectus est. Verba namque edicti quæ referuntur in *§. ait prætor. inf.* sic tantùm habent, *in iure apud me ne postulent*, quibus verbis tantùm prohibentur postulare, non autem pœna vlla pecuniaria extra ordinem irroganda statuitur in eos, qui contra prætoris edictum fecerint. Neque rursus, facilè dici potest quid contra hoc edictum fieri possit. Cùm si hi qui apud prætorem postulare prohibentur à prætore admissi sint ad postulandũ, hoc ipso gratiam & veniam edicti impetrasse videantur. Vix enim est vt eorum conditionem probabiliter ignorare prætor potuerit, qui ex ipso prætoris edicto publicam infamiæ notam contraxerunt. Denique hoc prætoris edictum, vt & illud quod sequitur, De procuratoribus, prohibitorium duntaxat est, non pœnale. Nec ideo vereri debemus ne imperfectum sit, quomodo imperfectam legem Vlpianus in Titul. definit quæ aliquid fieri prohibet, quod verò factum est non rescindit. Cùm sit hoc edictum negatiuum, quod fiam secum trahit executionem, & præterea quod violari non potest nisi apud prætorem, & consequenter prætore ipso quodammodo autore, certè sciente & consentiente. Taceo quod verba ipsa se produnt, *Qui aduersus ea feciſſe monstretur.* Et rursus, *& pro aliis interdicta postulatione repellitur.* Nam vt quis prohibeatur in posterum pro aliis postulare non potest fieri in pœnam, & ob id quod antea pro aliquo contra edictum postulauerit, sed quia ex iis personis est, quas prætor prohibet pro alia postulare. Deinde scribendum erat *repelletur*, vt in sequentibus *mulctabitur*, vel ibi *mulctatur*, vt verborum tempora inter se conuenirent. Postremò me mouent etiam illa verba *pro æstimatione iudicis.* Cuius enim alterius quàm prætoris æstimatio ista & arbitrium esse deberet? At *iudicem* pro prætore ab Vlpian. aut alio quoquam ex prudentibus dictum fuisse, præsertim cùm de solo prætore agitur, nunquam reperias. Fuit enim ius dicens non index, vsque ad tempora Diocletiani & Maximiani in *l. 2. C. de ped. an. iud.* & ex maioribus magistratibus, quos nos nomen iudicis non decebat. Eo namque nomine simpliciter prolato prudentes nostri pedaneos iudices solos intelligunt, non eos qui *maiores iudices* dicuntur in *l. non distinguemus 32. §. de liberali. de recep. qui arbit.*

7 ¶ Vt initio huius tituli diximus, tres ordines prætor fecit non postulantium: quorum hic tertius est, quibus non in totum denegat postulandi facultatem, sed ne pro omnibus postularent: quasi minùs deliquerint, quàm hi, qui superioribus capitibus notantur.

Ad §. 7. Vt initio.

Ratio dubitandi. Qui contra leges aliquid fecit siue minus deliquerit, indignus est qui vllum ex legibus commodum & beneficium sentiat. *l. auxilium 37. in fi. de minor.* ne leges ei fiant ludibrio. *l. vlt. C. de bon. quæ l. b.* Ergo omnimodo arcendi fuerunt à postulando etiam ij qui minùs deliquerunt: præsertim cùm postulandi officium sit nobile. *l. prouidendum 7. C. h. t. l. aduocati 14. C. de aduoc. diuerſi iudicior. l. 4. C. de aduoc. diuer. iudic.* ac proinde eos, qui postulant, maximè verò apud prætorem, conueniens sit omni non tantùm crimine, sed etiam criminis suspicione vacare. Ratio decidendi. Improbatum est prudentibus nostris ἀξίωμα illud Stoicorum, Peccata omnia esse æqualia, licèt in omnibus, quæ ratio Stoicorum erat, idem propemodum contemptus legum esse videatur. Æquissimum igitur pro delictorum diuersitate aliter quoque atque aliter constitui in hoc quoque edicto vt in cæteris. Alios nimirum prohiberi in totum ne postulent, id est, ne pro se quidem. Alios ne pro alio quàm pro se. Alios denique ne pro omnibus, sed vt tamen & pro se & pro aliis quibusdã personis postulare possint, prout vel plus vel minùs deliquerint.

8 ¶ Ait prætor: *Qui lege, plebeſcito, ſenatuſconſulto, edicto, decreto principum, niſi pro certis perſonis poſtulare prohibentur: hi pro alio, quàm pro quo licebit, in iure apud me ne poſtulent.* Hoc edicto continentur etiam alii omnes h, qui edicto prætoris vt infames notantur, qui omnes nisi pro se, & certis personis, ne postulent.

Ad §. 8. Ait prætor.

h *Etiam alij omnes.* Id est, quàm qui suprà expositi fuerunt. Eos namque prætor remouet à postulando pro aliis quibuscunque, iis exceptis pro quibus ex necessitate officij postulare debeant, vt dictũ est in §. *præced.* At cæteri infames tanquam minore nota laborantes non tam arctè restringũtur ne postulare possint nisi pro se, sed cum hac adiectione, *& certis personis*: iis scilicet quibus cætera quoque pietatis officia omnia debentur: quæ conseruari, adeóque ampliari potiùs quàm restringi sanè interest reip. arg. *l. si venditor 6. §. 1. & l. seq. de ſeru. expor.* Vix enim est vt benè erga remp. adfectus sit ad eam iuuandam, quam non videt is qui ne suos quidem & sibi coniunctissimos quibuscum viuit, iuuare vel nõ possit vel non velit. Ratio dubitandi. Aduocatorum officium nobilissimum est, vt diximus ad *§. præced. ex l. 7. C. h. t. l. 14. C. de aduoc. diuerſ. iudi.* Ergo ad illud admitti nullo modo, nullóque casu debent famosi & notati, & quos scelus aut vitæ turpitudo inquinat, & quos infamia ab honestorũ cœtu segregat, de quibus scriptum est in *l. 2. C. de dignit. lib. 12.* dignitatis portas eis non patêre. Ratio decidendi. Postulandi officium non tantùm dignitatem habet, sed etiam necessitatem, quæ si cum pietatis officio coniuncta sit, fauore aliquo digna est, non propter eius personam qui postulat, sed propter eam pro qua postulatur. Præsertim quòd ea res videatur ad publicam quoque vtilitatem pertinere, vt proximè dictum est. Ait prætor *qui lege.* Exemplum est de eo qui lege Iulia repetundarum damnatus est. Nam eadem lege nominatim postulare hîc prohibetur. *l. eadem 6. §. 1. ad l. Iul. repet.* Item de eo qui damnatus est lege Iulia de vi priuata, non quasi eadem lege nominatim quoque postulare prohibitus sit, sed quia vllum honorem capere prohibetur. *l. 1. in pr. ad l. Iul. de vi priu.* etsi potest hoc etiã referri ad senatusconsultum, cuius ibi mentio fit. Sequitur in edicto *Senatuſconſulto.*

Idem

Idem exemplum adferri potest de illo, qui damnatus sit lege Iulia de vi priuata, aut etiam lege Iulia de vi publica *d. l. 1. in princ. & §. ad leg. Iul. de vi priuat.* Item ex lege Iulia ambitus. Nam & circa eam legem senatusconsultum factum est vt constat ex *l. 1. §. 1. & pen. ad leg. Iul. ambit.* quamuis neque de postulando locutum videatur, neque de aliis honoribus in genere, sed tantùm de magistratu aut sacerdotio contra eam legem in municipus non petendo. Quod autem addit prætor *edicto* ad illud edictum proculdubio pertinet de quo *tit. prox.* nisi quod in eo edicto recensentur etiam ij quos tanquam infamiores prætor arcet à postulando pro aliis quàm pro se ipsis, de quibus §. *diximus.*

9 ¶ Deinde adiicit prætor: *qui ex his omnibus, qui ſupra ſcripti ſunt, in integrum reſtitutus non erit.* cum *qui ex his, qui ſupra ſcripti ſunt*, sic accipe: si fuerit inter eos, qui tertio edicto continentur: & nisi pro certis personis, postulare prohibentur. cæterum si ex superioribus, difficilè in integrum restitutio impetrabitur.

Ad §. 9. Deinde.

Ratio dubitandi. Hæc clausula posita est in fine edicti ac posteaquàm prætor de tertio non postulantium ordine locutus est. Ergo ad omnes partes edicti referenda est. Dici enim solet clausulam generalem in fine positam referri ad omnia præcedentia. *l. talis ſcriptura 20. §. vlt. cum l. ſeq. de leg. 1.* Imò quod plus est clausulas in prætatione positas in stipulatione, quæque repertas intelligi. *l. Titia 134. §. idem reſpondit de verb. oblig.* Ratio decidendi. Clausulã quæ liber & quantumuis generalis semper restringi debet ad terminos huiusce, de quo agitur, aut in postilitie seq. at. *l. a lege 6. 9. quamuis de inr. patron. l. ſi in diem 46. de condit & demonſt.* Ergo cum prætor locutus est de restitutione in integrum, non sensit de iis casibus qui non capiunt restitutionem vt loquitur Iurec. *in l. ſi ex cauſa 9. § vlt. de minor.* Etsi autem etiam ij, qui iudicio publico damnati sunt, & alij de quibus act. m est in secundo capite edicti, quos Vlp. significat iis verbis *ſi ex ſupertor. us*, in integrũ restituti possint, cum tamen non ita peraro id eueniat, non potuit aut debuit casus ille edicto comprehendi, vt nec alia vlla lex fit de rarò contingentibus. *l. nam ad ea. de legib.* Cæterum si hi quoque ex causa aliqua in integrum restituantur, non oportet dubitari, quin postulare possint, tanquam qui famæ non minùs quàm cæteris rebus omnibus sint restituti. *l. 1. C. de ſcint. p. ſſ. & reſtit. vt & cæteri de quibus in §. prox. ſeq.*

10 ¶ De qua autem restitutione prætor loquitur, vtrùm de ea, quæ à principe, vel à senatu: Pomponius quærit & putat, de ea restitutione sensum quam princeps, vel senatus induxit. ¶ An autem & prætor restituere possit, quæritur? & mihi videtur, talia prætorum decreta non esse seruanda: nisi ficubi ex officio iurisdictionis suæ subuenerunt: vt in ætate obtineatur, si quis deceptus sit: cæteris quæ speciebus, quas sub titulo *de in integrum reſtitutionibus* exsequemur. Pro qua sententia est, quod si quis famoso iudicio condemnatus, per in integrum restitutionem fuerit absolutus, Pomponius putat, hunc infamia eximi.

Ad §. 10. De qua autem.

Ratio dubitandi. Omnis in integrum restitutio hoc habet vt omnia in integrum & priorem statum reponantur. *l. quòd ſi minor 24. §. reſtitutio de minor.* Vnde à Paulo definitur in sententiis Redintegrandæ rei vel causæ actio. Facit *l. 1. C. de ſent. paſſ. & reſtit.* Ergo siue à Principe, siue à Senatu, siue à Prætore data restitutio sit eximetur infamia is qui priùs fuerat notatus. Ratio decidendi. Ea quidem vis est cuiuslibet in integrum restitutionis, sed ita demum si data sit ab eo qui ipsius dandæ habuerit potestatem. Solus autem Princeps ille est, qui restituere potest aduersus infamiam aut aliam pœnam quamlibet ex legibus irrogatam quia solus est supra leges non Senatus non prætor. *l. Princeps 31. de legib. l. 2. & vlt. C. eod.* Quòd si pœna non ex legibus, sed a Senatusconsulto aliquo irrogetur, poterit etiam senatus contra eam pœnam restituere, non etiam prætor. An ergo & prætor poterit in integrum restituere aduersus infamiam ex ipsius prætoris edicto irrogatam? Minimè, quia Senatus, licèt neque legem facere potuerit, neque fuerit supra leges, potuit tamen facere similem legi constitutionem. *§. quos autem Inſt. de bonor. poſſeſſ.* Ergo & infamiam ex senatusconsulto irrogatam tollere. Prætor autem non potuit facere legi similem constitutionem. *d. §. quos autem*, nec proinde famam reddere ei, cui edictum ipsius prætoris eam abstulit. Præterquàm si propo-nas minorem 25. *annis*, qui ob omissam per lubricum ætatis iustam aliquam allegationem fuerit cõdemnatus ex causa depositi vel commodati vel societatis, aut al a simili quæ infamiam ex edicto irroget, postea restitutus sit aduersus rem iudicatam, & impetrata restitutione tandem absolutus. Hic enim proculdubio infamia eximitur, sed non tam potestate restitutionis quàm absolutionis cui restitutio viam aperuit. Quis enim dicat infamem habendum esse cum qui fuerit absolutus? Siquidem habet eundem effectum restitutio quem appellatio vt priusquàm de ea pronunciatum sit suspendat iud catum. *l. ſi cauſa cognita 32. C. de tranſact* vbi iudicatum est, extinguat *tot. tit. C. ſi aduerſ rem indic.* Sed aliud est condemnatum quem restitui aduersus rem iudicatam vt ex integro de causa cognoscatur, & absolutio sequatur: Aliud verò restitui aduersus pœnam citra absolutionem. Prius fieri potest etiam per prætorem in iis casibus, in quibus potest ille ex edicto suo dare restitutionem. Posterius verò fieri per alios non potest, quàm per Principem: & de hac restitutionis specie est totus ille *tit. vltim. lib. 9. C. de ſententi. paſſ. & reſtit.* Quod autem contra, ea quæ diximus, scriptum videtur in *l. in cauſa 16. §. vlt. & l. ſeq. de minor.* prætorem, præfectum vrbi & alios magistratus posse in integrum restituere aduersus sententiam suam, ita accipiendum est vt possint non aduersus solam pœnam & condemnationem restituere, sed ad hoc duntaxat vt iterum de causa cognoscatur,

Prioris enim generis restitutio, non tam restitutio dicenda esset, quàm indulgẽtia, adeóque plus quàm indulgentia, vt dixi ad §.6. *sup.* quia indulgentia quos liberat notat, non etiam restitutio in integrum. *l. vlt. C. de gener. abolit.* Indulgentiæ autem arbitrium & potestatem penes solum Principem esse nemo dubitat, aut penes Senatum, si quando Princeps, vt in certis casibus solet pœnæ, siue moderandæ siue in totum remittendæ, potestatem soli Senatui concesserit. Quæ cùm ita sint, non possum mihi temperare quin affirmem totum hunc §. Tribonianiesse non Vlpiani. Nam cùm prætor illis edicti verbis, *qui ex his omnibus in integrum restitutus non erit*, de ea sola restitutione senserit, quæ data sit contra pœnam citra absolutionem, (alioqui non posset dubitari quin exemptus esset infamia is, qui famoso primùm iudicio siue priuato siue publico condemnatus, tandem fuisset absolutus, siue per appellationis, siue per restitutionis viam absolutionem meruisset) dubitandum non erat quin prætor eo modo restituere non posset. Nec si Pomponius ita quæstionem conceperat, de qua restitutione prætor loqueretur, an de ea quæ à Principe, an de ea quæ à Senatu indulta esset, vt prima huius §. verba præceperũt. consequens etiam illud erat, vt quæreret, an prætor restituere similiter posset: Imò debuerat fieri mentio prætoriæ restitutionis in proponenda quæstione: si perinde de prætore poterat dubitari atque de Senatu. Nam de Principe quis dubitasset? De Senatu tantum dubitauit Pomponius, quod non tantam potestatem habere Senatus videretur. De prætore ne dubitauit quidem, Tribonianus verò dubitare voluit, & impersonaliter de eo quęri scribit, ab aliis scilicet quàm à Pomponio non quasi aliud sensurus quàm Vlpianus aut Pomponius (concludit enim talia prætorum decreta seruanda non esse, si quis fortè tam stultus prętor sit qui aduersus pœnam solam restituat condemnatum, quod esset indulgentiam & plus quàm indulgentiam concedere) sed vt locum faceret exceptioni quam de suo subtiliter, si Diis placet, addere volebat, *Nisi scilicet ex officio iurisdictionis suæ subuenerunt*: quę exceptio prorsus inepta est, nunquam enim prętor ex officio suę iurisdictionis subuenit condemnato aduersus pœnam solam, ne quidẽ minori, sed aduersus cognitionem quę condemnationem præcessit, vt ex integro & cognoscatur & pronuncietur. Quare nec ad rem pertinet, quod sequitur, *vt in ætate obseruatur, si quis deceptus sit.* Nec enim ætati fauet prætor in delictis. *l. auxilium 37. de minor. & tot. titul. Cod. si aduers. delict.* faueret autem si eum restitueret contra pœnam solam, cùm pœna iusta non nisi ob delictum aliquod irrogetur. *lege aut facta 8. & pass. de pœnis.* Idémque de cæteris omnibus personis dici potest, quę sicuti non possunt esse fauorabiliores minore, ita nec vllo casu impetrare restitutionem in integrum aduersus solam pœnam, sed tantùm aduersus cognitionem, vt si male condemnationem factam fuisse appareat, putà ex falsis instrumentis aut alio dolo malo aduersarij absolutio sequi possit. vt in *l. Diuus 33. de re ind. l. 1. 3. & vlt. C. si ex fals. instrum. vel testim. iud. sit.* Proinde ineptum etiam est quod subiicitur. *cæteríque speciebus, quæ sub titulo de in integrum restitutione exequemur.* Debet enim exceptio quælibet vt apta sit de iis casibus concipi, qui eius natur ę & conditionis sint, saltem in genere, cuius & illi de quibus in regula: quod hîc esse non potest. Sed & illa exceptio *speciebus* mihi valde suspecta est. Solet enim iam ritus esse Tribonia o, sine rem quamlibet f gurare velit, siue casum, siue etiam literam vt suis locis & ostendimus & ostendemus. Hîc vero sumpsit pro causis. Cùm enim restitutiones omnes in integrum dentur ex causa & cum causę cognitione. *l. 5. §. de in integr. restit.* certum est varias restitutionis concedendæ causas esse, quas omnes prætor complexus est diuersis capitibus edicti, de in integr. *restit.* Nec rursum facile mihi persuadeo sic locutum Vlpianum, *quæ sub titulo De in integrum restitutione exequemur* pro eo quod velut Tribonianus dicere, *de quibus tract. animus sub titulo De restitutione in integrum.* Est enim satis noua, & insolens locutio, & dignior Triboniano, qui totum ius nostrum per titulos disposuit, quàm Vlpiano, qui totam suam ad edictum interpretationem in libros congessit, non in titulos. Nam nec Iulianus edictum prętoris distribuit in titulos, sed in capita, vnde passim videas iureconsultos loqui de hoc vel illo capite edicti, De titulo autem vix vnquam: nam quod non dissimiliter scriptum est in §. *seq. de quibus personis sub titulo De in ius vocando plenius diximus.* eadem ratione Triboniani quoque esse arbitror. Egit enim Vlp. de his personis non sub vno titulo, sed diuersis etiam libris quarto scilicet & quinto ad edictum, vt constat ex inscriptione. *l. 2. 8. & 10. de in ius vocand.* Tribonianus verò omnia quę Vlpian. iis & aliis libris scripserat, idémque cæteri Iurisconsulti pertinentia ad edictum illud, De in ius vocando, in titulum illum retulit qui inscriptus est, De in ius vocando. Corollarium est quod Tribonian. subiungit. *Pro qua sententia est quod si quis famoso iudicio condemnatus per in integrum restitutionem fuerit absolutus, Pomponius putat hunc infamia eximi.* Quis enim pręter Tribonianum sic argumentaretur ab autoritate Pomponij, qui de ea restitutione locutus est, quę detur ad nouam cognitionem instituendam, & ex qua sequatur absolutio, ad probandum, quod vult Tribonianus posse quem restitui à prętore aduersus solam pœnam? Nec enim is qui ab ipso Principe aduersus pœnam solam restituitur, ideo tamen absoluitur, alioquí nec ea specie restitutionis, nec indulgentia vlla egeret. Sed de his satis.

11 ¶ Deinde adiicit prætor: *pro alio ne postulent, præterquam pro parente, patrona, libertis, parentibúsque patroni patronæ.* de quibus personis sub titulo *de in ius vocando* plenius diximus[a]. ¶ Item adiicit: *liberíve suis* [b], *fratre, sorore, vxore, socero, socru, genero, nuru, vitrico, nouerca, prui-gno, prinigna, pupillo, pupilla* [c], *(furioso,) furiosa.*

Ad §. vlt. Deinde adiicit Prætor.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quę ad §. 7. & 8. *hac lege.*

a *De*

quibus personis sub titulo De in ius vocando plenius diximus. Hunc versiculum Tribonianiesse monui ad §. præcedentem.

b *Item adiicit Liberíve suis.* Ratio dubitandi. Non fuerunt hæ personæ exceptę à prætore in edicto De in ius vocãd. Ergo neque debuerunt excipi in tit. De postulando. Ratio decidẽdi. Alia huius, alia illius edicti ratio est. In edicto De in ius vocando excipiuntur, tantùm eæ personæ quibus reuerentia aliqua debetur, quippe quæ per vocationem violatur. At in hoc edicto excipiuntur eæ personæ omnes, quibus ex sanguinis coniunctione vel adfinitatis veneratione præcipua quædam adfectio debetur ad earum defensionem. Quam ob causam eædem personæ excipiuntur in *tit. de legat. præst.* Plures personæ sunt, quibus adfectio debetur, quàm quibus reuerentia: Debetur adfectio omnibus quibus debetur reuerentia, sed non contrà.

c *Pupillo, pupilla.* Ratio dubitandi. Idem est etiam in pubere minore annis vigintiquinque curatorem habente. *l. 3. in fin. hoc tit.* Ergo non debuit in edicto fieri mentio pupilli pupillæve.

Ratio decidendi. Quod trahitur hoc edictum ad adolescentis curatorem fit per interpretationem & suppletionem, quasi de adolescentis curatore nihil prætor edixerit per obliuionem potiùs quàm vt eum excluderet. De quo tamen dicemus latiùs ad §. *l. 3. in fin.*

2. GAIVS lib. 1. ad Edictum prouinciale.

F*atuo, fatua:* (cùm istis quoque personis curator detur.)

Ad l. Fatuo 2.

Ratio dubitandi. Potest etiam pro fatuo & fatua, itémque pro pupillo & pro pupilla, & pro furioso & pro furiosa, alius postulare quàm qui his personis tutor vel curator datus est, nec minùs potuit prætor de iis edicere quam de iis de quibus egit in 1. capi. huius edicti, *Si non habebunt aduocatum, ego dabo.* Ergo non est bona ratio quæ adfertur in hac lege propter quam permittendum sit infamibus qui huiusmodi personarum turelam vel curam gerunt, vt pro iis postulent, quod istis personis tutor vel curator detur. Ratio decidendi. Prætor non solet nec debet aduocatum dare, nisi non habenti. *l. 1. §. ait prator. 8. eod.* Habet autem aduocatum quisquis habet tutorem vel curatorem etiam infamem, si modò is sit tutor vel curator qui pro se postulare possit. Idem enim æquè potest etiam pro alio postulare quem in tutela, vel cura sua habeat, cùm necessariò erga eam personam officio fungatur. *l. puto 6. §. eod.* Hoc verò tunc maximè obtinet, cùm curator talis est qui personæ quoque datus sit non bonis tantùm. Eiusmodi est qui fatuo & fatuæ, id est, dementi datur. Etsi enim lex 12. tabul. de furioso, & de furiosa tantùm locuta est, prætor tamen bene vidit non minorem esse rationem subueniendi & prouidendi dementibus, vt & cæteris omnibus, qui rebus suis superesse non possunt, *l. 2. de curat. furios.*

3. VLPIANVS lib. 6. ad Edictum.

CVi eorum à parente, aut de maioris partis tutorum sententia, aut ab eo, cuius de ea re iurisdictio fuit [d], *ea tutela, curatióve data erit:*

Ad l. Cui eorum 3.

Sensus est permittendum tutori vel curatori cuilibet etiam infami qui modò pro se ipso postulare possit, vt pro eo quoque postulet cuius tutor curatórve est, siue testamentarius siue legitimus, siue datiuus tutor sit, adeóque licèt non solus tutor sit, sed alios contutores aut concuratores habeat, de quorum tamen maioris partis sententia sit ei tutelæ & curationis administratio demandata.

Ratio dubitandi, & decidendi, eadem quæ ad *l. 1. §. remouet 6. vers. si tutelam. 8. eod.* iunge *l. 3. §. si non erit infr. de admin. tutor.*

d *Ab eo cuius ea de re iurisdictio fuit.* Ergo si qui tutor datus sit ab eo cuius non fuit de ea re iurisdictio, non pertinebit ad hanc edicti partem: quia tutor non est, licèt pro tutore gerat.

Ratio dubitandi. Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem & diligentiam præstare debet quam tutor præstaret, ideóque & pro tutelę actione tenetur, & contrarium iudicium ei competit, perinde ac vero tutori. *l. 1. l. pen. & vlt. de eo qui pro tutor.* Ergo & permitti ei debuit, vt pro eo quoque cuius quasi tutelam gereret postularet, perinde ac vero tutori. Nec quod reuera necessario officio non fungitur, ad rem pertinere videtur: sufficere enim debet, quod putet se officio necessario fungi & cogi posse ad tutelam gerendam. *l. nouissimè 7. §. 1. quod fals. tutor. autor.*

Ratio decidendi. Qui pro tutore negotia gerit, nullo modo tutor est, & quamuis debeat exonerandi sui gratia præstare omnia quæ tutor verus præstaret, non tamen eandem habet potestatem. Alioqui perinde posset res pupillares vendere, quod tamen falsum est, quia nullam habet rerum pupillarium administrationem. *l. 2. infr. quod fals. tut. autor.* id est, nullum ius, nullámque legitimam personam ad eas administrandas.

1 ¶ Adfinitates non eas accipere debemus, quæ quondam fuerunt, sed præsentes.

Ad §. 1. Adfinitates.

Ratio dubitandi. Adfinitatis etiam præteritæ memoria venerationi est, eosdémque vt plurimũ effectus

retinet quos præsens adfinitas haberet, vt cernere est in nuptiis. *§. adfinitatis. Instit. de nupt.* quemadmodum & in honorem præteriti matrimonij turpis actio aduersus mulierem etiam post diuortium denegatur *d.2.§.rer.amot.* & ferui non solùm pro dominis, in quorum potestate sunt constituti, sed nec pro his, quorum antea fuerunt, interrogari possunt. *l. seruos* 14. *C. de quæst.* Ergo & in hoc edicto adfinitatis quoque præteritę ratio habenda est. Ratio decidendi. In nuptiis habetur ratio adfinitatis prętęritę, quia semper in coniunctionibus non solùm quid liceat considerandum est, sed etiam quid honestum sit. *l. semper* 42. iunct. *l. quinetiam* 55. *in princip. de rit. nupt.* Sed in hoc edicto non habetur ratio nisi dignitatis prætoriæ ex parte prætoris: ex parte verò eius qui cùm infamis sit pro alio vult, postulare nihil inspicimus præter necessitatem aut officij, aut adfectionis, quæ porrò necessitas adfectionis exhibędæ nulla esse potest ob adfinitatem, quæ iam sublata fuit. *l. pen. de iur. dot.* iunct. *l. sed hoc ita* 22. *de re iudic.*

2 ¶ Item Pomponius, nurus, & generi appellatione, & soceri, & socrus & vlteriores quibus *pro* præposito solet accedere, contineri ait.

Ad §. 2. item Pomponius.

Ratio dubitandi. Adfinis mei adfinis non est mihi adfinis, sicut nec socius socij mei socius meus est. *l. nam socij* 20. *§. pro socio.* Vnde est quod dici solet adfinitatis gradus nullos esse. *l. 4. §. gradus autem de gradib. & adfin.* quia per adfinem meum nemo fit mihi adfinis. Ergo nurus & generi appellatione pronurus & progener contineri non possunt, nec rursum soceri & socrus appellatione prosocer & prosocrus. Hi enim adfines tantùm sunt. *l pen. de iur. dot.* Alio qui si cùm nurum, generum, socerum & socrum dicimus, etiam vlteriores quibus *pro* præpositio solet accedere cur habent isti diuersa nomina. arg. *l. si idem* 7. *Cod. de iur. codicill.* Atqui prætor de socero tantùm & socru, & de genero ac de nuru, non de prosocero aut prosocru, nec de progenero aut pronuru in edicto locutus est. Ergo non fuit edictum ad vlteriores protrahendum. Ratio decidendi. Prosocer prosocrus, & progener, & pronurus non illi dicuntur qui nobis adfines sunt per alios adfines, sed qui per parentes aut liberos nostros. Non enim qui soceri mei socer est, is mihi est prosocer, sed qui patris mei socer, vt & prosocrus mea quæ patri meo non quæ socrui meæ socrus est. Sic è cõtrario progener meus est, qui filij mei, non qui generi gener est, & pronurus quę filio meo non quæ nurui meę nurus est. Quemadmodum igitur parentum & liberorum appellatione omnes etiam vlteriorum graduum ascędentes & descendentes intelligimus. *l. 4. §. parentes ff. de in ius voc. l. liberorum* 220. *de verb. sig.* Ita & qui per patrem, aut per filium meum mihi adfinis est, tam mihi adfinis est, tantáque veneratione à me habendus, quàm si per meipsum adfinis mihi esset. Tantò magis quod socer & socrus parentum locum obtinent, gener verò & nurus locum liberorum. *l. quia parentis* 16. *solut. matrim. l. vltim. in princip. de hïs quib. vt indign.* Ergo & prosocer & prosocrus, progeneri & pronurus. *l. nurus* 50. *l. generi* 36. *l. soceri* 46. *de ver. signif.*

3 ¶ In curatoribus debuisse eum adiicere: muti [a] cæterorúmque, quibus dare solent: id est, surdo [b]: prodigo [c], & adulescenti [d].

Ad §. 3. In Curatoribus.

Ratio dubitandi. Edictum hoc prætor proposuit, vt dignitati suæ prospiceret. *l. 1. §. hoc tit.* Ergo non alij admitteudi sunt ad postulandum pro alio qui infames sunt, quàm quibus nominatim prætor hoc permisit. Est enim hoc iuris non recepti, sed constituti, cuius etiamsi ratio nulla reddi posset, non eo minor tamen autoritas esse deberet. *l. non omnium* 20. *de legib.* Atqui prætor de pupillo tantùm & de pupilla, de furioso & furiosa, de fatuo & de fatua locutus est. *d. l. 1. §. vlt. & l. 2. §. eod.* non etiam de muto nec de surdo nec de adolescente. Ergo noluit excipere curatorem datum huiusmodi personis, de quibus nihil dixit, quia si voluisset æquè expressisset, vt Iustin. argumentatur. in *l. vnic. §. vbi autem. vers. sin autem ad deficientis. C. de caduc. tollend.*

Ratio decidendi. Non fuit ea voluntas prætoris, vt diuersum ius constitueret in iis, in quibus tamen eadem ratio locum haberet. arg. *l. illud* 32. *ad leg. Aquil.* Eadem autem ratio in omnibus curatoribus locum habet, quia necessario officio funguntur, quod vnum hac parte inspiciendum est. *l. puto §. infr. eod. hoc tit.* Fuit ergo hac parte mancum edictum prætoris, quia prętermisit prætor quod adiicere debuit, ideóque quod prætermissum est, suppleri potest & debet prudentum iusta interpretatione non minùs quàm iurisdictione. *l. nam vt ait* 13. *de legib.* Et quamuis munus Iureconsulti sit interpretari non supplere. *l. commodissimè* 10. *de liber. & post.* iunct. *l. vlt. C. de post. hered. instit. l. 4. de vulg. & pupill. substit.* huic tamen suppletioni per iustam interpretationem faciendæ exemplum prætor ipse dedit, qui légem duodecim tabularum locutam duntaxat de curatore dando furiosis vel prodigis, sic interpretatus est, vt dari curator debeat, cæteris etiam omnibus qui rebus suis superesse non possunt. *l. 2. de curat. furios.* Publicè namque vtile est huiusmodi interpretationes admitti, per quas edictum prætoris alioqui fauorabile ad similes causas protrahatur. arg. *l. hoc modo* 64. *in fin. de condic. & demonstr.* ne quod à prætore per incuriam magis quàm consulto fuit omissum, à prudentibus quoque omittatur. arg. *l. quæsitum* 13. *de testib.* Et ob eam causam nec nouum est, vt prętor reprehendatur à Iureconsultis, si quando minùs rectè & propriè verba edicti conceperit: vt in *l. ait prætor* 5. *de re iudic.*

a *Muti.* Ratio dubitandi. Non semper aut necessariò

riò datur curator muto, sed ita demùm si intellectu careat, cùm alioqui per se habilis sit ad contrahendum, quoties sermone opus non est. *l. mutus* 73. *de iur. dot.* iunct. *l. in quibuscunque* 48. *de oblig. & act.* adeóque possit ipse dari procurator, non quidem ad agendum, sed tamen ad administrandum. *l. mutus* 43. *§. de procur.* Nullum ergo priuilegium habere mutus debet, vt pro eo postulare possit is qui pro aliis postulare nõ possit. R. decid. Loquitur Iurecõsultus de eo muto qui nihil intelligere potest, id est, qui natura non mutus tantùm, sed etiam surdus est, quem proinde per procurationem adiuuari necesse est, vt ait *l. seruo* 65. *§. pen. ad SC. Trebell.* Huic enim cùm necessaria sit curatoris opera in aliis quoque rebus omnibus, multò magis necessaria est ad postulandum, vt & ad faciendа cætera quæ sine sermone expediri non possunt. Etsi ergo non necessariò curator muto cuilibet dandus est, quibus tamen casibus datur, officio ille necessario fungitur, non minùs quàm alij curatores, ob idque admittendus est ad postulandum pro muto, exemplo cæterorum curatorum, qui vel surdo vel prodigo vel adolescenti dantur *l. puto* 6. *§. eod.*

b *Surdo.* Ratio dubitandi. Prima huius edicti parte polliceatur prætor se daturum surdo aduocatum si non habeat. *l. 1. §. 1. vers. propter casum. & §. seq. §. hoc tit.* Ergo nil necesse est vt ipsius curatori, qui infamis sit pro ipso postulare permittatur.

Ratio decidendi. Daret quidem ei prętor aduocatum si non haberet, sed iam habet satis cùm habet curatorem qui pro eo postulare potest, siquidem huiusmodi curator necessario fungitur officio, vt & cæteri. *d. l. puto* 6. *§. eod.* Nimirum quibus casibus surdo curator datur. Nec enim semper & cuilibet surdo dandus est, sed ei demum qui nihil intelligit, quòd fortè surdus sit à natura, vt de muto proximè diximus. ex *d. l. mutus* 43. *§. de procur. l. mutus* 73. *de iur. dot.* At prima pars edicti pertinet ad eum surdum qui intelligit, nec eget curatore. Is enim non minùs arcetur à postulando, per se etiam pro se, quia decretum prætoris exaudire non potest. *d. l. 1. §. 1. §.*

c *Prodigo.* Ratio dubitandi. Prodigo interdicta duntaxat est administratio. *l. Iulianus* 10. *de curat. fur.* non etiam vt stipulando vel quo alio modo condicionem suam meliorem facere prohibeatur. *l. is cui bonis* 6. *de verb. oblig.* Ergo non prohibetur postulare, nec proinde quicquam causæ est, cur ei prodigo postulare permittendum sit, si sit ipse infamis.

Ratio decidendi. Non prohibetur quidem prodigus postulare, si possit & sciat, sed si nesciat, aut quod plerunque fit, tam infamis sit, vt non debeat admitti ad postulandum, necessariò adiuuandus est per curatorem, qui etiam ex lege 12. tab. ei dandus est. *d. l. 1. de curat. furios.* Proinde non minùs huic curatori, quàm cæteris permitti debet, etiamsi infamis sit, vt pro suo prodigo postulet si & ipse sciat, velitque postulare, cùm necessario fungatur officio. *d. l. puto* 6. *§.* Nec sanè debuit prætor mentionem prodigi omittere, sed cùm de furioso locutus est, etiam de prodigo addere, exemplo legis duodecim tabularum.

d *Adolescenti.* Ratio dubitandi. Non eadem ratio est curatoris qui datur adolescenti, & cæterorum curatorum qui dantur furioso, dementi, prodigo, surdo, muto. Hi enim dantur non tantùm bonis, sed etiam personæ. *l. 1. 2. & pas. & curat. furios.* & consequenter dominorum loco habentur exemplo tutoris. *l. interdum* 56. *§. qui tutelam de furt.* Curator verò adolescentis rebus tantùm non personæ datur. *l. cùm in vna* 17. *§. 1. de appellat.* Non igitur tam facilè permittendum fuit curatori adolescentis, quàm cæteris curatoribus, vt pro suo minore postulet, quia proximius est, vt pro seipso videatur postulare qui postulat pro alio, cuius personæ curator datus sit, quàm qui postulat pro alio, cuius bonis duntaxat datus sit. Neque verò in cæteris eadem huius curatoris causa constituitur, quæ aliorum curatorum, vt putà, si de priuilegio agatur, quod habent furiosus, prodigus, surdus, mutus, & fatuus in bonis curatoris. *l. dabimúsque* 16. *§. 1. cum trib. leg. seq. de reb. autor. iud. d. poss. l. vlt. de tut. l. & rat. distr.* Nusquam enim de curatore adolescentis idem proditum legimus.

Ratio decidendi. Curator adolescentis, licèt minusiuris & potestatis habeat, quàm cæteri curatores qui etiam personæ dantur, perinde tamen necessario fungitur officio quod ad bonorum administrationem attinet, ac proinde eodem iure censeri debet, quo cæteri quod ad hoc, vt pro minore suo possit postulare. Nam & hoc ad bonorum administrationem spectat, vt minor per curatorem suum postulantem potiùs quàm per alium defendatur, cùm id minore sumptu futurum sit. Neque verò cæteri curatores, ideo admittuntur ad postulandum pro iis, quorum curam gerunt quod eorum personis dati sint, sed quia cùm pro iis postulant, necessario officio funguntur. *d. l. puto* 6. *& l. 1. §. remouet* 6. *vers. fin. sed est æquissimum. §. eod.*

4. PAVLVS lib. 5. ad Edictum.

ITem quibus, propter infirmitatem, curatorem prætor dare solet,

5. VLPIANVS lib. 9. ad Edictum.

ET qui negotiis suis aliquo perpetuo morbo superesse non possunt.

Ad l. Item 4. *Et qui* 5.

Coniungendæ sunt hæ leges, quemadmodum earum sensus coniunctus fuit à Iustiniano in *§. sed & mente captis. Inst. de curat.* vbi ait non tantùm mente captis & surdis, & mutis, curatores dandos esse, sed iis etiam qui perpetuo morbo laborant, idque ratione illa quod rebus suis superesse non possunt. Generaliter enim iis omnibus curatores dandi sunt, qui suis superesse rebus non possunt. *l. 2. de curat. furios.* Morbum autem perpetuum intellige, qui non tantùm sonticus, id est, cuiusque rei agendę impedimẽto sit. *l. quæsitum* 60. *de re iudic.* iunct.

l.4.§.pen.de ædilit.edict.l.morbus sonticus 113.*de verb.signific.* sed qui semper nocet, nociturúsque est. Cùm enim morborum alij sint perpetui, alij temporarij, ad vtrosque quidem pertinet edictum æditititum. *l. Pomponius 6. ibi.tit.de ædil.edict.* sed nunquam dantur curatores pro temporariis quantumcunque grauibus. Alioqui dandus esset ei quoque qui febrim haberet.*d.l.quæsitum.in fin.* quod absurdum est. Cæterùm ratio dubitandi & decidendi ad has leges non alia est, quàm quæ à nobis allata fuit ad *§.vlt.l.3.§.eo.*

6. IDEM lib.6. Edictum.

PVto autem omnes, qui non sponte, sed necessario officio funguntur, posse sine offensa edicti postulare: etiamsi hi sint, qui non nisi pro se postulare possunt.

Ad l.Puto 6.

Ratio dubitandi. Edictum hoc est prohibitorium, & eo prohibentur infames quidam postulare nisi pro se, alij verò nisi pro se & pro certis personis nominatim exceptis.*l.1.§. secundo loco.& §.vlt.* ff. Ergo hi qui non nisi pro se postulare possunt, non sine offensa edicti possunt pro iis, quorum tutelam vel curam gerunt, postulare, licèt non sponte, sed necessario fungantur officio.

Ratio decidendi. Officij necessitas & sine tutoris siue curatoris fides semper debet esse excusata. *l.tutorem 22.de his quæ vt indign.* ne alioqui damnosum ei sit officium suum contra. *l. videlicet 27. ex quib. causs. maior. l. sed si quis 7. testam. quemadm. aper.* Absurdum enim est non posse quem impunè id facere, quod si non faciat iustam deserti officij reprehensionem possit incurrere. arg. *l.quod autem* 6.§ *apud Labeonem quæ in fraud. credit.* Itaque quamuis dici soleat seruandam esse legem quæ scripta est, quantumlibet dura sit.*l.prospexit 12.qui & à quib.manum.* nec esse distinguendum, vbi lex aut prætor non distinguit.vulg.*l. de precio 7.de publician.l.in fraudem* 15.*§.vlt.de test.milit.* ea tamen semper capienda est interpretatio, quæ sententiam edictúmq; prætoris ab iniquitate tueatur, & quæ non tam quid prætor edixerit inspiciat, quàm qua mente, vt ait *l.penult.* ff. *ad exhib.* Adde quæ dixi ad *l.1.§.remouet.vers.si tutelam sup.eod.*

1 ¶ Si quis aduocationem præstare fuerit prohibitus[a]: si quidem apud se, vt solet facere tempore magistratus sui, puto eum postea apud successorem eius adesse posse[b].

Ad §.1.Si quis.

a *Aduocationem præstare fuerit prohibitus.* Moris enim est a duocationibus quoq; interdicere, siue ad tempus, siue in perpetuum, aut saltem pro eo tempore quo prouinciam reget is qui interdicit. *l. moris 9.in pr.de pœn.de offic.præs.vrb.l.si remunerandi 6. §.vlt mandat.l.1.C.h.tit.*

b *Apud successorem eius adesse posse.* Ratio dubitandi. Non alia prohibendæ postulationis ratio est, quàm tuendæ dignitatis prætoriæ gratia.*l.1.in princip.*ff. Atqui eadem est dignitas omnium prætorum quatenus prætores sunt, cùm idem sit magistratus. *l. Barbarius 3.de offic.præt.* Ergo is quem prætor apud se postulare prohibuit tanquam infamem, alitérve indignum non est audiendus si apud successorem postulare velit.

Ratio decidendi. Pœna tempore determinata non potest nec debet vlterius porrigi contra sententiæ fidem. *l. imperator* 8. ff.*l.1.& 2.Cod.de his qui in exil.miss.vel ab ord.mot.sunt.lib.10.tit.* 59. Quod enim ad tempus prohibitum est, post illud tempus censetur permissum & contra.*l.Thais* 41. *§. intra certa tempora de fideic.libert.* Pœnæ namque omnes molliendæ sunt & temperandę potiùs quàm per interpretationem augendæ vel exasperandæ. *l. pen.de pœn. l.factum* 155.*in fin.de reg.iur.* Atqui ad tempus ordine motos ex crimine quod ignominiam importat in perpetuum moueri placuit.*l.5.de decur.& fil.eor.* Sed id fit non propter causam sententiæ, id est, propter crimen quod infamiam importat secuta sententia. Eum námque qui sit infamis inter decuriones retineri absurdum & toti ordini ignominiosum esset. Quanquam ea Papiniani sententia iam tum emendata fuisse videtur.vt dicam ad *l.8.infr.*

7. GAIVS lib.3. ad Edictum prouinciale.

QVos prohibet prætor apud se postulare, omnimodo prohibet etiamsi aduersarius eos patiatur postulare.

Ad l.Quos prohibet 7.

Ratio dubitandi. Prætor non debet recedere ab eo in quod litigatores sponte consenserunt.*l.1.§.inde quæritur.de oper. noui nunciat. l. si conuenerit* 26.*de re iudic.* Ergo si eum quem prætor prohibet aduersarius patiatur postulare, admitti is debet. Ratio decidendi. In his quæ ad ius, & vtilitatem litigatorum pertinet, sequitur prætor & sequi debet consentientem eorum voluntatem, sed causa huius edicti, non tam ad vtilitatem aduersarij quã ad prætoris dignitatem tuendam pertinet.*l.1.in princip.sup.eod.* Parum ergo curare prætor debet quid litigatores velint, si fortè aut dolo malo aut per imperitiam cõsentiant in eam rem, quæ ipsius prætoris dignitatem sit læsura.

Alioquin edicti & iuris publici autoritas in litigantium arbitrio posita videretur.

8. PAPINIANVS libro 2. Quæstionum.

IMperator Titus Antoninus rescripsit eum qui aduocationibus in quinquennio interdictum esset post quinquennium pro omnibus postulare non prohiberi. Diuus quoque Hadrianus rescripserat, de exilio reuersum postulare posse, nec adhibetur distinctio[a], quo crimine silentium, vel exilium sit irrogatum: ne scilicet pœna tempore determinata, contra sententiæ fidem, vlteriùs porrigatur.

Ad l.Imperator 8.

Ratio dubitandi. Is cui aduocationibus interdictum est, licèt ad tempus duntaxat non est integræ existimationis, cùm ea pœna non nisi ex alicuius criminis causa soleat irrogari, vt dixi ad *l.6.§.1.*ff.*hoc tit.* Ergo non est ei permittendum, vt pro omnibus postulet, sed vt tantùm pro se, vel pro certis personis quomodo in cæteris infamibus constitutum est. *l.1.§.secundo loco.& §.vlt.*ff. *eod.* Illo saltem casu quo condemnatio facta sit ex crimine quod infamiam importet. arg.*l.5.in princ.de decurion.*

Ratio decidẽdi. Titus Antoninus ita cõstituit. in *l.1.C.de his qui in exil. miss. vel ab ord.mot.* sunt emẽdato iure, quod antea in contrarium obtinebat, vt eius legis verba illa prima ostẽdunt *quibus posthac.* iunct. *d.l.5.de decur.* quamuis & illa & hæc lex sit Papiniani, & ex eodem libro, sed ita vt sententia huius legis videatur post illam subiecta vt appareret emendatam ab Imperatore sententiam quæ alioqui erat conuenientior rationi iuris. Emendationis tamen ratio illa fuit, quam Papinianus affert in fine huius legis, ne scilicet pœna tempore determinata contra sententiæ fidem vlteriùs porrigatur.

a *Nec adhibetur distinctio.* Ratio dubitandi. Hæc distinctio adhibetur ab eodem ipso Papiniano in *d.l.* 5. *de decur.* An scilicet irrogata sit condemnatio temporalis ex eo crimine quod importet infamiam, an ex alio, vt priore casu non etiam posteriore pœna, quæ per sententiam fuit temporalis fiat perpetua: item an qui exulare iussus est eam pœnam, passus sit ex grauiore delicto, cui non minor pœna imponi debuerit. An ex leuiore propter quod non debuerit illa exilium pati si infamiam quoq; passus fuisset. Hoc enim posteriore casu non etiam priore videri cum eo transactum de infamia, ita vt inter infames non habeatur, nec proinde perpetuum silentium aut exilium pati debeat, quod pateretur si infamis esset. Ergo vtraque hæc distinctio adhibenda & sequenda est.

Ratio decidendi. Adhibenda quidem & sequenda est, si veram seuerámque iuris rationem inspicias, sed aliud visum est Imperatori optimo ex humanitate, ne pœna tempore determinata contra sententiæ fidem vlteriùs porrigitur.*d.l.1.C.de his qui in exil miss.sunt.* vt dixi proximè. Sic in *l. seruus 7.de seru.export.* extantem habemus Papiniani sententiam sumptam ex libro ipsius decimo quæstionum à qua ille ipse recessit. *lib.27.quæst. in l.si venditor 6.§.1.eod. tit.* In quo non possum facere quin Tiboniani incuriam accusem in hoc potissimùm loco quem nunc tractamus. Debuerat enim vel priorem Papiniani sententiam prorsus delere, vel vtramque coniungere (quod ab eo factum est.in *d.l.6.& 7.de seru. export.*) vt nobis appareret recessisse illum à priore ob autoritatem rescripti Imperatoris, quemadmodum in specie.*d.l.6.§.1.*ob autoritatem & rationem Sabini.

9. IDEM lib.1. Responsorum.

EX ea causa prohibitus pro alio postulare: quæ infamiam non irrogat, ideóque ius pro omnibus postulandi non aufert, in ea tantùm prouincia pro aliis non rectè postulat, in qua præses fuit, qui sententiam dixit: in alia verò non prohibetur[b], licèt eiusdem nominis sit[c].

Ad l.Ex ea causa 9.

Ratio dubitandi. Extra territorium ius dicenti impunè non paretur.*l. 4.supr.de iurisdict.* Ergo cùm quis ex aliqua causa postulare prohibitus est à præside alicuius prouinciæ siue ex causa infamiam irroget, siue non irroget non est prohibendus postulare in alia prouincia quàm in qua præses fuit is qui sententiam dixit.

Ratio decidendi. Imò ea distinctio adhibenda necessariò est, an causa condemnationis infamiam irroget necne, quia sententia quæ infamat, vbique infamat, cùm afficiat personam ipsam quæ non potest ita esse infamis in vno loco, vt non sit etiam in aliis omnibus. Quemadmodum dicimus etiam in cæteris quæ pertinent ad statum hominis sententiam inter alios quoque latam putà de libertate vel ingenuitate, vel nobilitate, vel ætate facere ius quod ad omnes, vnde est quod huiusmodi causæ iam olim non alios quàm maiores iudices habebant, nec nisi cum magna & exacta causæ cognitione expediebantur. *l.de ætate* 43. *de minor.l.non distinguemus* 32. *§.de liberali.de recept.& qui arbitr.receper.*

b *In alia verò non prohibetur.* Ratio dubitandi. Eadem est dignitas, potestas & autoritas omnium præsidum prouinciarum. Præsidis enim appellatio generalis est, eáque & proconsules & legati & omnes qui prouincias regunt significantur.*l.1.de offic.præsid.* ita vt quæ de hoc vel illo præside vel proconsule dicuntur, omnium præsidum communia sint & debeant ab omnibus obseruari. *l. nec quicquam 9. in fin. de offic. procons.* Illud verò præsertim omnibus commune est vt omnium omnino magistratuum

qui in vrbe sunt partibus & vice fungantur, & vt maius imperium habeant in ea prouincia quàm alius quisquam post Principem. *l.si in aliam 7.§ vlt. cum l.seq.eod.l.ex omnibus* 10.*cum duab.seqq.de offic. præsid.* Ergo qui apud vnum præsidem prouinciæ postulare prohibitus est ad illius præsidis dignitatem tuendam,non est ferendus si apud alium præsidem postulare velit,ne minor illius quàm istius intuenda vtriusque dignitate ratio haberi videatur: & vt idem ius constituatur, vbi eadem ratio est. arg. *l.vltim* 32. *ad leg. Aquil.* Ratio decidendi. Sententia quæ non infamat, nullum potest vim & autoritatem habere in alieno territorio, ne iurisdictiones turbentur si permisceantur. *l. vlt. §. de iurisdict. l. cùm vnus* 12.*§. pen. de reb. autor. iudic. possi.* nec in eo vlla fit iniuria dignitati præsidis alterius prouinciæ apud quẽ hoc hodie postulare vult, cùm æque possit ille pro sua autoritate arcere illum à postulando apud se si quam videat subesse iustam causam ita constituendi,quæ tamen non semper eadem subest in diuersa prouincia.

c *Licèt eusdem nominis sit.* Ratio dubitandi. Eadem prouincia esse videtur quę idem nomen habet. Alioqui cur idem haberet nomen? arg. *l. si idem* 7. *C. de codicill.* Ergo qui in vna eius prouinciæ parte postulare prohibitus est,in altera quoque postulare prohiberi debet, licèt à diuersis præsidibus regantur. Ratio decidendi. Fuit quidem origine vna eadémque prouincia, sed vbi postea diuisa est, & sub diuersis præsidibus constituta fuit quæ, vt Germania, & Mysia, de quibus in *l.* 3.*§. de offic. adsess.*

10. PAVLVS libro singulari Regularum.

HI, qui fisci causas agunt,suam,vel filiorum,& parentum suorum,vel pupillorum, quorum tutelas gerunt,causam & aduersus fiscum agere non prohibentur.

Ad l. Hi qui 10.

Ratio dubitandi. Prodere fiscum videtur is qui postquam aduocatus fisci fuit, atque ita totius iuris fiscalis secreta omnia perdidicit, postea vult aduersus fiscum postulare, etiamsi vel suam vel filiorum aut parentum suorum vel pupillorum quorum tutelas gerit causam agat. Ergo puniri potius debet tanquam præuaricator. *l. 1. in pri. & §. 1. de præuaricat.* iunct. *l.3.§. quòd si. eod.* Eos namque qui causam fisci semel egissent prohibitum est generaliter aduersus fiscum patrocinium præstare. *l. 1. C. de aduoc. fisc.* nisi autore ipso Principe. *l.2. eod.* Ratio decidẽdi. Non debet cuiquam officium suum præsertim publicum esse dãnosum. *l. videlicet* 27. *ex quib. caus. maior.* Esset autem si non posset retineri nisi pietio violatę pietatis, quæ sanè violantur si officia quæ quis necessario sibi, liberis, parentibus, pupillisve suis debet, prætermittantur. *l. puto.* 6.*§. eo.* Nec est quod quis fiscum ideo proditum putet. Quod enim dicimus posse hunc qui fisci aduocatus fuit contra fiscum ipsum postulare non de eadẽ causa accipiendum est,sed de alia quæ cum ea in qua fuit aduocatus,nihil omnino habeat commune. Nisi specialiter à principe quis imperret, vt aduersus fiscum agat illam ipsam causam in qua aduersus patrem pupilli aduocatus fisci antea fuisset,vt in *l. prox. seq.*

1 ¶ Decuriones quoque contra patriam suam causas agere prohibentur præter superiores personas[a].

Ad §.1. Decuriones.

Ratio dubitandi. Quisquis postulando aut alia qualibet ratione auxilium alteri præstare potest fortasis oppresso gratia & ambitione aduersariorum & de cuius vita vel existimatione tuẽda agatur, quæ per calumniam sub nomine ciuitatis fuerit oppugnata,vltrò suam operam offerre in eam rem debet, aut saltem si implorata sit non denegare, cùm hominem beneficio affici interfit hominis adeó, quę totius reipublicę. *l. seruus* 7. *de seru. export.* præcipuúmque aduocatorum officium illud sit vt laborantium spem,vitam,& posteros defendant. *l. aduocati* 14. *C. de aduocat. diuers. iudicior.* Non ergo distinguendum est an decurio alicui velit adesse contra patriam suam,an aduersus alium quemlibet dũmodo iusta & honesta causa sit pro eo postulandi. Ratio decidendi. Parum honesti,valdéque ingrati animi est contra rempublicam suę ciuitatis adesse velle illam,qui in ea decurionatus honorem sit cõsecutus. *l.2. C. de aduocat. diuers. iudicior.* Nec ob id salus aut vita illius qui aduocatum quærit periclitabitur, cùm alium aduocatum què peritum, fortassis etiam peritiorem & meliorem sit inuenturus, & ab ipso etiam prętore aut præside prouincię accepturus. *l.1.§. ait prætor. ff. h.t.*

a *Præter superiores personas.* Nemini permittitur adesse contra rempublicam ciuitatis, in qua decurionatus honorem consecutus est. *d. l 2. C. de aduoc. diuers. iudicior.* Ergo distingui non oportet,pro qua persona decurio contra patriam suam postulare velit. Nam nec nobis, nec liberis aut parentibus nostris tantum debemus quantum patriæ,cui primùm nati sumus. *l.1.§. & generaliter. de ventr. in poss. mitt. l. postliminium* 19.*§. filius quoque de capt. & postl. inm.*

Ratio decidendi. Superiores personę sunt adeò coniunctę,vt non possit recusare decurio ne pro iis postulet etiam contra patriam suam quin violet officia pietatis,cùm non eo magis futurum sit vt ciuitatis causa periclitetur, quę aduocatis destituta esse nunquam potest. Alioqui nemini erit permittendũ vnquam vt contra patriam suam postulet, ne pro se quidem,aut ex alia prouincia euocandi erunt aduocati,qui non eandem patriam habeant, vt cõtra patriam eius pro quo postulant admitti & audiri possint:quod vtiq; quàm absurdum futurum sit nemo non videt,nec tantùm iniquum, sed ipsi etiam ciuitati inuidiosum,& iis qui ciuitati præsunt si tam impotenter se gerant, vt neminem contra ciuitatem postulare patiantur. *l. nec quicquam* 9.*§. aduocatos. in fin. de offic. proconf.* Adeò vt nec venia vlla ex hac causa sit impetranda:vidique aliquando publicè reprehensos qui in publico auditorio contra ciuitatem suam litigaturi & postulaturi pro alio veniam à Senatu nostro deprecabantur.

11. TRY-

11. TRYPHONINVS libr 5. Disputationum.

A Principe nostro rescriptum est, non prohiberi tutorem adesse pupillo in negotio, in quo aduocatus contra patrem eius fuisset. Sed &illud permissum ab eo est[a],agere tutorem pupilli causa aduersus fiscum, in qua aduersus patrem pupilli antea aduocatus fisci fuisset.

1 ¶ Qui autem inter infames sunt[b],sequenti titulo explanabitur.

Ad l. A Principe. vlt.

Ratio dubitandi. Præuaricator ille est qui ab vtraque parte consistit, & inde nimirum sic dictus *l.1. de præuaric.* Atqui tutor hic qui adesse vult pupillo suo in eo ipso negotio in quo aduocatus fisci contra patrem eius fuit consistit ab vtraque parte. Ergo præuaricator est ac proinde puniendus,tantò magis si præuaricator est contra fiscum.

Ratio decidendi. Officij necessitas & ipsius fides eum excusat *l. tutorem* 22. *de his quæ vt indig.* cùm necessariò fungatur officio *l. puto* 6.*§. hoc tit.* eoque tali quod pietatis causam adnexam habeat, & quod de nouo emersit. Quę enim de nouo emergunt,nouo indigent auxilio *l. de ætate* 11.*§. ex causa. de interrog. in iur. fac.* Extra hanc causam non idem liceret, essetque præuaricatio *l.3.§. quod si præuaric.*

a *Sed & illud permissum ab eo est.* Ratio dubitandi. Si iure communi poterat tutor pupilli causam agere aduersus fiscum etiam in qua aduersus patrem pupilli antèa aduocatus fisci fuisset, non fuit hoc à Principe impetrandum *l. Imperatores* 30. *de reb. autor. iudic. possid.* Si verò iure communi hoc non licebat sine præuaricatione non fuit permittendũ,ne præuaricationis & delicti autor fiat Princeps,ad quem maximè pertinet prouidere vt delinquentes præsertim aduersus fiscum seueriſſimè puniantur *l.1. C. si aduers. vendit.* Ita enim fieret vt inde nasceretur iniuriarum occasio vnde iura nascuntur *l. meminerint* 6. *C. vnde vi.*

Ratio decidendi. Multa sunt quę si minimè permittantur, non nisi illicitè fieri possunt, & quæ tamen licitè permittuntur,vt in specie *l. ex facto* 43. *de vulg. & pupill. substit. l.1. C. si nupt. ex rescript. petant.* In eo numero est etiam species quæ hìc proponitur. Nã eundem qui aduocatus fisci fuit contra pupilli patrem postèa pupillo adesse contra fiscum in eadem causa ob id solùm quòd eius pupilli tutor esse cœperit,sanè perquàm durum est, vt dixi ad *l. præced. in princ.* Et ideò non excusarèt tutorem officij necessitas,nisi autore ac permittente principe hoc faceret,cùm agitur de causa fisci quæ hac parte fauorabiliſſima est. Adeò vt nec facilè credendũ sit Principem concessurum vt quis prò alio suscipiat contra fiscum tractandam eam causam quam pro fisco antea tractauerit *leg.2. C. de aduoc. fisc.* Sed potest fieri vt eius probitatis támque perspectæ fidei sit is qui & aduocatus fisci antè fuit, & nunc pupilli tutor est, vt hoc ei Princeps libens permittat. Præsertim cùm alia quodammodo sit causa quæ hodie inter fiscum & pupillum tractatur, quàm quæ antea inter fiscum & patrem pupilli. Est enim semper causa pupilli fauorabilior, quamuis alioqui sit iniquum eum qui cum pupillo non contraxerit expectare pupilli pubertatem *l.3. quib. ex caus. in poss. eat.* Et hinc meo iudicio petenda est præcipua decidendi ratio ad vtramque speciem huius legis. Vix enim aut rescripturus aut permissurus erat Princeps quod hìc ab eo & rescriptum & permissum ait Iureconsultus, si hìc tutor eam causam in qua nunc pro pupillo postulare vult, tractasset antea pro fisco non contra patrem pupilli, vt lex ponit,sed contra pupillum ipsum, quia tũc eadem penitus causa fuisset tam personarum conditione, quàm rei qualitate, nec sola tutoris condicio quæ superuenit fauorem hunc extorquere posset, quia pupillorum causa non propter tutorem fauorabilis est,sed propter pupillum ipsum. At mutatio personæ facit plerumque aliam causam licèt eadem lis duret, vt in *leg.3.§.1. de alien. iudic. mut. caus. fact l. & an eadem* 12. iunct. *l. si cum vno* 22. *de except. rei iudic.*

b *Qui autem inter infames sint.* Totus hic versiculus meritò lineis intercluſus est,Neque enim est Tryphonini,sed vel compositorum vel interpretis alicuius,titulum sequentem cum hoc connectere,& vt nostri loquuntur,continuare volentis.

DE HIS QVI NOTANTVR INFAMIA.

TITVLVS II.

(IVLIANVS libro 1. ad Edictum.)

PRAETORIS verba dicunt: *infamia notatur, qui ab exercitu, ignominiæ causa, ab Imperatore, eóve, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit. Qui artis ludicræ, pronuntiandive causa in scenam prodierit: Qui lenocinium fecerit: Qui in iudicio publico calumniæ, prævaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit: Qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo & fraude suo nomine damnatus, pactúsve erit: Qui pro socio, tutelæ, mandati, depositi, suo nomine non contrario iudicio damnatus erit: Qui eam, quæ in potestate eius esset, genero mortuo, cùm eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocauerit, eámve sciens quis vxorem duxerit, non iussu eius, in cuius potestate est: & qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehẽsum est, vxorẽ ducere passus fuerit: Quive suo nomine nõ iussu eius, in cuius potestate esset: eiúsve nomine, quem quámve in potestate haberet, bina sponsalia, binásve nuptias in eodẽ tẽpore cõstituta habuerit,*

Ad tit.2.De his qui notant.infam.

Ad l.Prætoris 1.

Ratio dubitandi. Viris bonis maior & grauior est,vt esse debet, metus infamiæ, quàm mortis.*l.isti quidem.& ȳ.penult.infr.quod metus causa.* Atqui nulla ex his causis edicto illo comprehensis vitam adimit. Ergo neque existimationem adimere & infamiam irrogare debet.

Ratio decidendi.Est quidem apud bonos & graues viros grauior factura existimationis quàm vitæ, sed apud improbos & perditos de quibus solis in hoc tit.agitur non item: & ob id grauior iis pœna est, nec proinde tam facilè irroganda quæ vitam iis adimit, quàm quæ existimationem & famam, cuius nullam penitus rationem illi habent. *l.1.§.solent. de offic.præfect.vrb. l. si quis iniuriam 35.de iniur.l.capitalium 28.in prin. vers.cætera.de pœn l.pen.§.existimatio. de extr. cognit.* Proinde æquum fuit ita iis constitui, vt qui nullam famæ suæ rationem habere vellent,si tamen nihil admisissent propter quod grauiùs puniri deberent, infamia saltem notarentur. Singula huius edicti capita interpretabimur ad singulas huius tituli leges.Hæc enim nihil nisi edicti verba continet.

2. VLPIANVS libro 6. ad Edictum.

QVod ait Prætor: *qui ab exercitu dimissus erit*:dimissum accipere debemus militem caligatum[a]:vel si quis alius [b] vsque ad centurionem, vel prætectum cohortis, vel alæ, vel legionis, vel tribunum siue cohortis,siue legionis dimissus est. ¶ Hoc amplius Pomponius ait, etiam eum, qui exercitui præest[c], licèt consularibus insignibus vtitur:ignominiæ causa ab Imperatore missum hac nota laborare. ¶ Ergo & si dux[d],cùm exercitui præest, dimissus erit,notatur.Et,si princeps dimiserit:& adiecerit[e],*ignominiæ causa se mittere*, vt plerumq. facit:non dubitabis,& ex edicto prætoris eum infamia esse notatum. Non tamen,si citra indignationem principis[f] successor ei datus est.

Ad l.Quod ait prætor 2.

Ratio dubitandi. Potest euenire facilè,vt miles aliquis dimittatur ab exercitu etiam ignominiæ causa per inuidiam aut inconsultum calorem iracundiæ illius qui exercitui præst, aut cui de care statuendi potestas est. Quo tamen casu nemo dixerit æquum esse vt qui re vera innocens est,infamia notetur. Non tam ergo inspiciendum est, an dimissus sit ab exercitu etiam ignominiæ causa, quàm vtrum deliquerit. Ratio decidendi. Cùm triplex missio sit honesta,causaria,& ignominiosa, certum est ignominiosam illam esse, cùm quis propter delictum sacramento soluitur.*l.milites 13.§. missionũ.ȝ.de re mil.* Itaque cùm in necessariũ antecedēs præsupponat delictũ,cuius proinde plenas probationes esse oportet, mirum non est notari infamia quisquis ignominiæ causa missus est.*l.3. C.eod. ill.titul.de re milit.lib.12.titul.36*. Nec sanè præsumendum aut etiam facilè verendum est ne qui Romano exercitui præest ignominiosam missionem facturus sit sine causa, præsertim cùm in sententia sua semper addere debeat cur miles mittatur, vt subiicit Vlp.in *§.ignominiæ.infr.hac lege.*

a *Militem caligatum.*Sic dictum à vestimenti genere quo milites vtebantur.Vnde & Imperator Caligula nomen sumpsit. Ergo neque tyro neque miles lectus quidem, sed nondum in ordines receptus hoc edicto teneri & infamia notari potest, quia nõ sunt milites caligati. Ratio dubitandi.Non debent isti melioris conditionis esse quàm si essent iam caligati milites, ne alioqui pro fauorabilioribus habeamus eos qui minùs quàm qui magis de republica meriti sunt.Ergo perinde notari debent infamia si delictum illud admiserint propter quod dimittendi essent ignominiæ causa si essent milites caligati,præsertim cùm sint illi in exercitu,& ab exercitu dimittantur ac si milites essent.Ratio decidendi.Non possunt ab exercitu,aut à militia dimitti, neque ignominiæ causa neque aliter, qui nullo adhuc militiæ sacramento sunt obstricti. Admissos enim esse illos necesse est antequàm dimitti possint, cùm non possit desinere miles esse, qui nunquam incepit. arg.*l. si in diem 46. l. Titio vsusfructus 96.de cond. & demonstr.* Vnde est quod nec priuilegium vllum militare habent,nec si iam publicis expensis iter faciant.*l.antepenult.de testamen.milit.* Ergo nec si deliquerint, possunt tamen ex hoc edicti capite notari, quia non alios prætor notat, quàm qui & milites iam sunt, & ignominiæ causa dimittuntur. Fieri tamen interdum potest vt quis miles sit, nec tamen sit in numeris, vt in eleganti & singulari casu *l. vnic. in fin. infr. de bonorum posses. ex testament.milit.*

b *Vel si quis alius.* Verba enim edicti sunt generalia,*qui ab exercitu.*Ratio dubitandi. Centurio,præfectus cohortis, vel alæ, vel legionis, vel tribunus siue cohortis siue legionis, non sunt milites,sed militibus imperant,& in eos potestatem habent. Ergo non eodem quo cæteri milites iure censeri debent. Ratio decidendi. Non minùs ipsis quàm militibus conueniunt verba edicti quæ sunt generalia,vt diximus. Tãtóque digniores sunt isti vt infamia notentur, si tam grauiter deliquerint,vt ignominiæ causa dimitti debuerint, quanto fœdiora & periculosiora sunt peccata in iis qui imperant, quàm in cæteris qui parent.Peccant enim illi quidem re ipsa,sed isti & re & exemplo.

c *Etiam eum qui exercitui præest.*Ratio dubitãdi.Qui præest exercitui,cius est alios dimittere ignominiæ causa, nec nisi de illo potuit sanè prætor sentire, cùm adiecit in edicto,*cui de ea re statuendi potestas fuerit.* Ergo non cogitauit prætor de illo inter eos numerando,quos putauit notandos infamia. Ratio decidendi. Locutus est prætor primùm de omnibus qui ab exercitu ignominiæ causa dimissi erunt ab Imperatore. In quo numero non potest negari quin is quoque contineatur, qui exercitui præest, cùm non minùs subsit ille Imperatori quàm alius miles quilibet.Imò tantò certius quantò proximius,&,vt loquuntur,immediatè.

Ergo

d *Ergo etsi dux.*id est, Imperator. Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad versic. prox. præced. nisi quod longè minor dubitatio est quin dimitti possit imperator à Principe dimissusque notari debeat,cùm vt vitæ & necis,ita & famæ cuiusque arbitrium sit in suprem principis potestate.

e *Et adiecerit ignominiæ causa se mittere.* Ratio dubitandi. Qui ignominiæ causa missi sunt etiam sine mentione ignominiæ, nihilominùs ignominiæ causa missi intelliguntur *leg.milites 13.§.missionum de re milit.* Quantò magis ergo qui ignominiæ causa missi sunt ab ipso Principe?

Ratio decidendi. Interest an ignominiæ causa quis dimissus sit à Principe, an ab alio: alius enim quàm Princeps si dimittat non potest id facere sine causa, quam & exprimere tenetur, vt dicemus ad *§.ignominiæ.infr.* ob idque facta mentione delicti facile est videre factam ignominiæ causa missionem quamuis nihil dictum sit de ignominia,sicut etiam euenit cùm quis remouetur à tutela,& quæritur de ipsius existimatione *l. 4. §. 1. & seq.de suspect. tutor.* At Princeps potest quemlibet dimittere,non solùm pro arbitrio,sed etiam sine causa,nec potest quisquam ei dicere cur ita faciat. Proinde non est credendus in dubio ita facere ignominiæ causa, si non exprimat,sed potiùs quòd aliquæ de causa alia putet sua interesse id fieri, fortassis habens suspectam ipsius aut peritiam aut fidem.

f *Non tamen si citra indignationem Principis.*Ratio dubitandi. Etiamsi Princeps successorem Imperatori dederit per indignationem, non ideò tamen ignominiæ causa eum dimisisse intelligitur nisi id expresserit, vt proximè dictum est. Nihil ergo refert an successorem ei dederit per indignationem, an alia mente. Neutro enim casu notatur qui successorem accepit,nisi princeps expresserit se id fecere ignominiæ causa.

Ratio decidendi. Princeps tunc dat Imperatori successorem per indignationem cùm dat ignominię gratia, alioqui nec per indignationem nec ignominię causa dare intelligitur qui dat simpliciter. Nam & hoc ad Cæsaris existimationem pertinet, vt non temerè parũmque recto iudicio indignum hominem elegisse videatur, qui exercitui præesset.

f ¶ Exercitum autem, non vnam cohortem, neque vnam alam dicimus: sed numeros multos militum: nam exercitu præesse dicimus eum qui legionem, vel legiones cum suis auxiliis ab Imperatore commissas administrat.

¶ Sed hic etiam eum,qui ab aliquo numero militum missus est[g],quasi ab exercitu missum sit accipiemus.

Ad §.1.Exercitum.

Ratio dubitandi. Exercitus nomen ab exercitatione traxit,quòd exercitando fiat melior *l.1. in fin. de testam.milit.* Atqui hoc etiam vni cohorti vel alæ conuenit. Ergo etiam vnam cohortem vel alam possumus exercitum dicere.

Ratio decidendi. Imò verò militem dictum volunt à numero millenario quasi millesimum quem libet *d.l.1.§.vlt.de testam.milit.* Multos igitur numeros militum esse oportet vt exercitui præesse quis dicatur, vt scil.legionem vel legiones cum suis auxiliis ab Imperatore commissas administret.

g *Etiam eum qui ab aliquo numero militum missus est.* Ratio dubitandi.Prætoris edictum non de alio locutum est quàm de eo qui missus sit ab exercitu; vt scriptum est initio huius legis. Atqui hic qui ab aliquo numero militum missus est, non potest dici missus ab exercitu, vt proximè diximus. Ergo ad eum protrahi edictum non debet cùm sit pœnale & consequenter odiosum nullâque adiuuandum interpretatione *l.cùm quidam 19.de liber.& post.*

Ratio decidendi.Non fuit hic reuera dimissus ab exercitu, sed tamen sic accipitur quasi dimissus, quia militis fides, & officium non ex aliorum numero, sed ex propria ipsius persona æstimari debet.

2 ¶ *Ignominiæ causa missum.* hoc ideò adiectum est: quoniam multa genera sunt missionum[h]. ¶ Est honesta, quæ emeritis stipendiis,vel antè ab Imperatore indulgetur.

¶ Et causaria, quæ propter valetudinem laboribus militiæ soluit:est ignominiosa.

¶ Ignominiosa autem missio totiens est,quotiens is, qui mittit, addit nominatim, ignominiæ causa se mittere[i]:semper enim debet addere[k] cur miles mittatur. Sed & si eum exauctorauerit[l],id est,insignia militaria detraxerit: inter infames efficit,licèt non addidisset, ignominiæ causa se eum exauctorasse. ¶ Est & quartum genus missionis, si quis euitandorum munerum causa militiam subiisset[m], hæc autem missio existimationem non lædit,vt est sæpissimè rescriptum.

Ad §.2.Ignominiæ.

h *Multa genera sunt missionum.* Tria scilicet,quę Macer tractat in *l.milites 13.§.missionum de re milit.* iisdem penè verbis quibus hîc Vlpianus, nisi quod addit Vlp. quartum genus missionis cuius nulla fit apud Macrum mentio.

i *Addit nominatim ignominiæ causa se mittere.* Ratio dubitandi. Etiam qui sine ignominiæ mentione missi sunt nihilominùs ignominiæ causa missi intelliguntur *dict.l.milites 13.§. missionum in fi.de re milit.* ergo non est necesse vt is qui alium ignominiosè dimittit dicat se ignominiæ causa id facere.

Ratio decidẽdi.Non est necessaria mentio & expressio huius dictionis, *ignominiæ causa*: sed necessaria est expressio causæ, id est, criminis propter quod fit missio. Quæ causa cùm pendeat à crimine nunquam potest esse non ignominiosa,& cùm exprimatur perinde est ac si expressum quoque esset ignominiæ causa fieri missionem. Et hoc est quod Vlp. subiicit, *semper enim debet addere cur miles mittatur.*

k *Semper enim debet addere.* Ratio dubitandi. Parum prudenter facit iudex qui in sentẽtia sua rationem qua motus est exprimit. In coque cautiores sunt nostri temporis iudices quàm fuerint antiquiores quorum sollennis mos fuit sententias suas omnes incipere per *Quoniam nobis constitit.* Interposita enim appellatione facilius est subuertere sententiam, euersa ratione quæ mouit iudicem vt ita pronunciaret.

Ratio decidendi. In ciuilibus quidem causis consultus est nullam sententiæ rationem exprimere, sed in criminalibus necesse est, vel ob hoc ipsum, vt sciri possit, an sententia valeat, quia facti quidem quæstio in arbitrio est iudicantis, sed pœnæ persecutio non eius voluntati mandatur, at legis autoritati reseruatur *l.1. §.1. versic. quorum alterum ad SC. Turpill.* Item vt sciatur, an qui condemnatus est infamia notetur, quia sicuti nunquam sola causa infamat sine sententia *l. infamem 7. de public. iudic.* Ita nec sententia, adeoque nec ipsa sententiæ executio sine causa *d.l.7. & l. ictus fustium 22. ff. hoc tit.*

l *Sed etsi eum exauctorauerit.* Exauctoratio non potest alium aut grauiorem effectum habere quàm missio ignominiosa. Quid enim est quod peius contingere militi possit, quantum ad honorem? Atqui missio ignominiosa non infamat, nisi is qui missit, vel addiderit se ignominiæ causa mittere, vel saltẽ expresserit crimen, quod missioni causam dedit, vt proximè dictum est. Ergo & cùm quis exauctoratur eadem mentio & expressio necessaria est.

Ratio decidendi. Plus est exauctorare quàm per sententiam & nudis verbis ignominiosè quem ab exercitu dimittere. Exauctorare enim, vt hîc Vlp. ait, nihil aliud est quàm insignia militaria detrahere, quod non fit in alia vlla quàm in ignominiosa missione. Nihil ergo necesse est vt qui exauctorat addat se ignominię causa id facere: nec enim refert an verbis an factis animi sui sensum motúmque quis declaret *l. non tantùm 5. ff. rat. rem haber.* Nam & ignominia & graue crimen est si quis arma sua alienauerit, adeò vt ex hac causa perinde miles condemnandus sit, atque ex desertione *l. qui commeatus 14. §. arma. de re milit.*

m *Si quis euitandorum munerum causa militiam subiisset.* Ratio dubitandi. Interest reipublicæ, vt munera & honores in ciuitatibus aqualiter per vices & secundum ætates & dignitates, vt gradus munerum honorúmque qui antiquitus statuti sunt iniungantur, ne sine discrimine & frequẽter iisdem oppressis simul viris & viribus respublicæ destituantur *l. 3. §. præses prouinciæ. infr. de muner. & honor.* Ergo qui obnoxius muneribus suæ ciuitatis nomen militię defugiẽdi oneris municipalis gratia dedit, cùm deteriorem causam reipublicæ facere voluerit, quanuis non potuerit *l. cura 4. §. vltim. cod.* tamen id impunè ferre non debet. Atqui impunè feret si tantùm dimittatur, nec ei infamia irrogetur. Ergo infamia notandus est.

Ratio decidendi. Qui detrectat munus suæ ciuitatis, noménque suum in eum finem dat militiæ, nihil turpe facit, nec tã peccat, quia faciat id quod facere non debet, quàm quia non faciat quod facere debeat: inter quę licèt nulla videatur esse differentia *l. qui non facit 121. de reg. iur.* re vera tamen est maxima, quia multò grauiùs peccatur in committendo, quàm in omittendo, vt volunt Theologi. Sufficit itaque sic constitutum iris esse, vt qui hoc consilio militiam subiit, deteriorem reipublicæ suæ causam facere non potuerit *d. §. vltim. l. 4. de muner. & honor.* Alioqui euenire vt consilium quoque ipsius puniretur, quod effectum nullum habuisset: quæ res durior est, quàm vt admitti debeat, nisi in eorum genere factorum, quæ non modò turpia, sed etiam turpissima existimantur *l. prox. infr. hoc tit.* Est verò quartum hoc genus missionis, & quidem minùs ordinarium, ob eámque causam prætermissum à Macro in *d. l. milites 13. §. missionum. de re milit.* Simile illud est si quis metu criminis, in quo iam reus fuerat postulatus nomen militiæ dederit *l. vlt. in princ. de re milit.*

3 ¶ Miles, qui lege Iulia de adulteriis fuerit damnatus, ita infamis est, vt etiam ipsa sententia eum sacramento ignominiæ causa soluat.

Ad §. 3. Miles.

Ratio dubitandi. Qui sacramento soluitur per ignominiosam missionem, non aliter tamen notatus intelligitur, q̃ si ignominiæ causa missus probetur ex verbis sententiæ *§. prox. sup.* Ergo miles qui lege Iulia de adulteriis fuerit damnatus non omnimodo infamis est, etiãsi sententia eum sacramento soluat, nisi in sententia additum sit *ignominiæ causa.* Ratio decidendi. Expressa causa adulterij, quã in huiusmodi sententia exprimi necesse est, tam est ignominiosa, vt nõ debuerit iudex addere se ignominiæ causa cõdemnare illum quem ob delictum tam graue & tam turpe condemnauit. Vt neq; necessaria est adiectio illa *ignominiæ causa*, in missione ignominiosa quoties per sententiam constat de missionis causa quæ sit ignominiosa *leg. milites 13. §. missionum. in fin. de re milit.* Nam & in lege Iulia de adulteriis hoc amplius est, quod cùm in cæteris delictis necessaria sit sententia ad irrogandam infamiam *l. infamem 7. de publ. iudic.* tamen ad notandam mulierem quæ in adulterio deprehensa est, sufficit vt sit deprehensa, licèt non fuerit condemnata, adeoque quod magis est licèt fuerit absoluta, quia lex factum notauit non sententiam, vt eleganter scriptum est in *l. palam 43. §. pen. de rit. nupt.* Sanè ad masculum infamandum non sufficit factum, sed requiritur sententia, vt & in alio publico iudicio quolibet. Sed cur non sententia ipsa sufficiet? Fit ergo hîc miles infamis, nõ quia missus sit, sed quia publico iudicio damnatus, & ex ea causa ex qua notatus esset etiamsi miles nunquam fuisset.

4 ¶ Ignominia autem missis neque in vrbe, neque alibi, vbi Imperator est, morari licet.

Ad §. 4. Ignominia.

Ratio dubitandi. Milites ignominia missi, quámuis nullis honoribus qui integræ dignitatis hominibus deferri solent vti possint, habent tamen morandi vbi velint potestatem præterquàm in eis locis à quibus specialiter arcentur *l. 3.* vbi sic legendum est *Cod. de re milit.* Ergo ibi etiam morari possunt vbi est Imperator: Nisi contrarium specialiter in sententia expressum sit. Ratio decidendi. Arcentur isti ab omnibus locis, non tantùm qui expressi sunt specialiter in sententia, sed & qui expressi sunt in iure. Inter quos est locus ille vbi Imperator est & Princeps, itémque vrbs ipsa Roma, quòd indignus sanè sit qui in his locis habitet is quẽ ignominiosa missio fecit infamem. Nec verendum est ne libertas de qua in sententia nihil dictum fuit hoc modo ei adempta videatur, aut saltem imminuta. Imminuitur enim cùm quis in certo loco habitare perpetuò iubetur, & ab eo recedere prohibetur, vt in *l. Titio centum 71. §. 2. de condic. & demon.* at nõ similiter cùm alicubi esse vetatur. Sicuti nec iniungitur viduitas mulieri quę Titio aut Seio nubere prohibetur, cùm alij cuilibet commodè possit nubere *l. cùm ita legatum 63. eodem.* Itaque quod scriptum est in *dict. lege 3. præterquàm in eis locis à quibus specialiter arcentur* perinde est acti scriptum esset, *præterquàm in vrbe aut vbi Imperator est, aut si quis alius etiam locus in sententia expressus sit.* Nec enim Vlpianus noster Antonini rescriptum illud ignorauit.

5 ¶ Ait prætor: *qui (in) scænam prodierit*, infamis est. Scæna est, vt Labeo definit, quæ ludorum faciendorum causa, quolibet loco, vbi quis consistit, moueatúrque spectaculum sui præbiturus, posita sit in publico priuatóve vel in vico: quo tamen loco passim homines spectaculi causa admittantur: eos enim, qui quæstus causa in certamina descendant, & omnes propter præmium in scænam prodeuntes, famosos esse [n], Pegasus, & Nerua filius responderunt.

Ad §. 5. Ait Prætor.

Ratio dubitandi. Qui in scænam prodeunt virtutem suam & ingenium, plerumque admirabile ostendunt, potéstque eas res publicè prodesse, si quod plerumque fit in comœdiis & tragœdiis frequentiora hominum vitia publicè vituperentur, & apud eos quibus possit dici, *mutato nomine de te Fabula narratur.* Ergo non est iusta hæc causa irrogandæ infamiæ. arg. *l. athletas 4 infr. hoc tit. l. 1. §. remouet. supr. tit. prox.*

Ratio decidendi. Virtutem quidem suam & industriam isti ostendunt, sed non eius ostendendæ gratia hoc faciunt, sed propter præmium & mercedem ac quæstus gratia, quæ res eos infames facit. Alioqui non essent infames, si non in scæna ipsa passi essent se honorari. arg. *d. §. remouet. vers. & qui operas.*

n *Famosos esse.* At cur non etiam capite plectendos? vt de militibus scriptum est in *l. quædam 14. de pœn.* Nempe quia quædam delicta sunt quæ pagano aut nullam aut leuiorem pœnam irrogant, grauiorem verò militi, propter militaris conditionis dignitatem. *d. l. quædam.*

3. GAIVS libro 1. ad Edictum Prouinciale.

QVi autem operas suas locauit, vt prodiret artis ludicræ causa, neque prodiit: non notatur, quia non est ea res adeò turpis, vt etiam consilium puniri debeat.

Ad l. Qui autem operas 3.

Ratio dubitandi. Qui operas suas locauit vt cum bestiis depugnaret, notatur infamia, siue depugnauerit, siue non, inquit Vlpianus in *l. 1. §. remouet. vers. & qui operas. sup. tit. prox.* Ergo & qui operas suas locauit vt in publicum prodiret artis ludicræ causa, etiamsi non prodierit. Ratio decidendi, Inter hos casus differentia magna est, quia prodire in scænam non est res adeò turpis, vt etiam consilium puniri debeat, vt hîc Gaius ait. At cum bestiis depugnare vilissimum quid & turpissimum est. Ob idque vt quis ex ea causa notetur infamia, sufficit quòd operas suas in hoc locauerit, licèt non depugnauerit. In iis enim quæ tam turpia sunt, consilium quoque puniri expedit, si modò iam effectum aliquem habere cœperit, putà si operarum locatio iam facta sit, licèt nondum quicquam mercedis nomine solutum & prorogatum fuerit. Alioqui non tam consilium quàm cogitatio sola puniretur contra *l. cogitationis 18. de pœn.*

4. VLPIANVS libro 6. ad Edictum.

AThletas autem Sabinus & Cassius responderunt omnino artem ludicram non facere [a]: virtutis enim gratia hoc facere, & generaliter ita omnes opinantur, & vtile videtur [b], vt neque Thymelici [c], neque exustici, neque agitatores, nec qui aquam equis spargunt [d], cæteráque eorum ministeria, qui certaminibus sacris deseruiunt, ignominiosi habeantur.

Ad l. Athletas 4.

Ratio dubitandi. Athletæ spectaculum sui præbent, & quidem in loco publico, in quem passim omnes coeunt spectaculi causa, nec aliud ferè agunt per totam vitam. *l. vn. C. de athlet. lib. 10. tit. 53.* Non minùs, quàm qui artis ludicræ causa in scænam prodeunt. Ergo non minùs sunt infames. Ratio decidendi. Athletæ decertant in publico, non quæstus, sed virtutis tantùm ostendendæ gratia, ideóque laudem potiùs & immunitatem pro virtutis suæ iusto præmio, non infamiam reportare debent. *d. l. vn. C. de athlet.*

a *Omnino artem ludicram non facere*, id est, nullomodo facere. Aliud enim est apud nostros sic scribere, *omnino non*, aliud verò transpositis verbis, *non omnino*, vt plerisque iuris nostri exemplis probari potest.

b *Et vtile videtur*, id est, æquum. Solet enim ciuilis legislator æquitatem metiri ex publica vtilitate, vt sæpiùs monuimus. Publicè autem vtile est non deterreri athletas metu infamiæ, nec cæteros qui certaminibus sacris deseruiunt, ne populus ab his occupationibus vacuus peiora cogitet, de quibus non cogitat quandiu habet panem & Circenses.

c *Thymelici.* Aderant isti publicis & sacris certaminibus, ex eá quę causa accipiebant præmia, non ta-

men operas suas locabant. *l. Septicia* 10. *de acceptil.* De quibus vide Scalig. *1. poet.* 19.

d *Neque agitatores nec qui aquam equis spargunt.*

Ratio dubitandi. Hæ personæ inhonestæ appellantur in *l. si qua* 4. *C. de spectat. & scenic. & lenon. lib.* 11. *tit.* 40.

Ratio decidendi. Non ideò sunt infames. Minus enim est personam esse inhonestam, quàm infamem. Omnes personæ infames sunt inhonestæ: sed non è conuerso inhonestæ omnes sunt infames.

1 ¶ Designatores autem, quos Græci βραβευτὰς appellant, artem ludicram non facere Celsus probat: quia ministerium, non artem ludicram, exerceant. Et sanè locus iste hodie à principe non pro modico beneficio datur.

Ad §. 1. Designatores.

Ratio dubitandi. Omnes illi ludis & certaminibus inseruiunt certa mercede. Ergo notantur infamia, perinde ac cæteri qui quæstus gratia ludicram artem exercent. Ratio decidendi. Non artis ludicræ sed ministerij sui mercedem accipiunt, quia non artem ludicram sed ministerium exercent, vt hîc Vlpianus ex Celso scribit.

2 ¶ Ait prætor, *qui lenocinium fecerit.* Lenocinium facit, qui quæstuaria mancipia habuerit sed & qui in liberis hunc quæstum exercet, in eadem causa est. Siue autem principaliter hoc negotium gerat, siue alterius negotiationis accessione vtatur: vt puta si caupo fuit, vel stabularius: & mancipia talia habuit ministrantia: & occasione ministerij quæstum facientia: siue balneator fuerit, velut in quibusdam prouinciis sit, in balneis ad custodienda vestimenta conducta habent mancipia hoc genus obseruantia in officina: lenocinij pœna tenebitur.

Ad §. 2. Ait prætor.

Ratio dubitandi. Habent domini in seruos vitæ & necis potestatem quam & parentes olim in liberos habuerunt. *l. in suis* 11. *de liber. & post.* Ergo multo magis potuerunt domini de mancipiorum suorum corporibus & pudicitia pro arbitrio disponere, ne cui licet quod plus est, non liceat quod est minus, contra *l. non debet cui* 21. *de reg. iur.* Præsertim cùm serui quadrupedibus comparentur *l. 2. ad leg. Aquil.* nec iure vlli aut ciuili aut prætorio aut extra ordinem computentur. *l. nullomodo* 7. *ad leg. Cornel. de falsi.* Ratio decidendi. Publicæ interest ne quis re sua malè vtatur præsertim aduersus publicam honestatem. *§. 1. Insti. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Nam pudor ille & honestatis amor omnibus insitus est à natura quæ non minùs seruos agnoscit pro hominibus quàm alios quoslibet. *l. 4. §. de iust. & iur. l. quod attinet* 32. *de reg. iur.* Cúmque lenocinium facere non minùs turpe sit quàm corpore quęstum exercere *l. palam* 43. *§. lenocinium de rit. nupt.* nemo non videt quàm dignus sit infamia is, qui quæstuaria mancipia habet, sed ille multò magis qui liberis suis in eandem turpitudinem abutitur, siue principaliter hoc negotium gerat, siue alterius negotiationis accessione vtatur, putà si caupo fuit, vel stabularius, vel balneator. nam si parentes tum quoque cùm vitam adimere liberis poterant, non tamen eam potestatem habebant, vt eis libertatem adimere possent *l. vlt. C. de patr. potest.* quasi pluris facienda esset libertas, quàm vita, quodque non vt vitam à parentibus ita & libertatem liberi haberent, sed à natura, multò minùs permittendum iis est vt patria potestate contra bonos mores publicamque honestatem abutantur *l. 1. §. vlt. de lib. exhib.*

3 ¶ Pomponius & eum, qui in seruitute peculiaria mancipia prostituta habuit, notari post libertatem ait.

Ad §. 3. Pomponius.

Ratio dubitandi. Qui seruus est neque personam neque caput, nec proinde existimationem vllam habere intelligitur *l. nullomodo* 7. *ad legem Corn. de falsi.* cùm nec tam pro mortuo, quàm pro nullo habeatur *l. quod attinet* 32. *de reg. iur.* Incipit enim & personam & caput habere eo demum die quo manumittitur *l. 3. §. vltim. & l. 4. de capit. minut. l. si Pamphilo* 10. *de opt. legat.* Ergo neque potest infamiam ex lenocinio contrahere, ne alio qui priùs amittat famam, quam habere cœperit contra *leg. si in diem* 46. *l. Titio vsusfructus* 96. *de condic. & demonstrat.* Maximè cùm peculiaria mancipia non sint serui qui nihil proprium habere potest, sed domini, *leg. si liberam* 10. *C. quod cum eo qui in alien. potest.* nec turpis ille quęstus ad seruum ipsum, sed ad dominum pertinet ad quem & peculium pertinet. Denique cùm seruus ex iis quæ in seruitute gessit post manumissionem non teneatur *tot. tit. C. an seruus ex suo fact.* Vnde est quod mulieris famæ non obest eius quæstus in seruitute factus *l. Imperator* 24. *infr. hoc tit.*

Ratio decidendi. Seruus perinde ac liber homo delinquit, nec quod per manumissionem nouus homo fieri intelligitur *dict. l. si Pamphilo*, facit vt eò minùs ex delicto teneatur, quia noxa caput sequitur *l. licet* 4. *C. an seruus ex suo fact.* Cùm ergo Prætor edicto isto in factum notauerit eius qui lenocinium fecit, & verum sit hunc seruum eum ipsum esse qui lenocinium fecit, quamuis hodie sit manumissus, mirum non est eum infamia notari etiam post libertatem: in eoque deterioris condicionis esse quàm meretricem, de qua in *d. l. 24. infr. eod.* quia non sicut lenonis ita & meretricis factum prætor notauit.

4 ¶ Calumniator ita demùm notatur, si fuerit calumniæ causa damnatus: neque enim sufficit calumniatum: item prævaricator. ¶ Prævaricator autem est, quasi varicator, qui diuersam partem adiuuat, prodita causa sua, quod nomen Labeo à varia certatione tractum ait: nam qui prævaricatur, ex vtraque parte constitit: quinimò ex aduersa.

Ad §. 4. Ca-

Ad §. 4. Calumniator.

Ratio dubitandi. Calumnia numquam debet esse impunita *l. 1. §. 1. ff. si mul. ventr. nomin. in pos.* Ergo is quem constat probaturq; calumniatum esse licèt nondum sit condemnatus, tamen facto ipso notatus videri debet. Idemq; in prævaricatore tractari potest. Grauissimum enim est prævaricationis quoque crimen *l. 1. & tot. tit. de prævaric.*

Ratio decidendi. Calumniæ & prævaricationis probatio plerunque obscura & difficilis est, cùm non tam in facto & mendacio quàm in animo cõsistat, qui animus sicut videri non potest, ita nec facilè sciri aut probari. Atqui statum hominis liberi certum esse oportet, præsertim quod attinet ad existimationem, idq; ita esse reipublicæ interest, ne probi honestiq; homines cum infamibus passim misceantur: necessaria ergo est in eam rem autoritas rei iudicatæ *l. non alia* 19. *ff. eod.* quæ sola pro veritate habetur *l. ingenuum* 25. *de stat. hom. l. res iudicata* 208. *de reg. iur.* vt euenit in iis etiam qui contra legẽ aliquam publicorum iudiciorum quid fecisse dicuntur. *l. infamem* 7. *de public. iudic.* Alioqui magna calumniis aperietur via, si liceat cuilibet infamiam obiicere alij tanquam calumniatori, qui tamen nõdum sit calumniæ causa iudicatus, dabitq; ea res materiam, si nõ calumniis, certè liuibus & iniuriis, quarum tamen occasionem restringi magis quàm multiplicari oportet. Sanè si constet aliquem esse calumniatum, licèt eo nomine condemnatus non sit, oneratur eius fama & existimatio apud bonos & graues viros, quæ res facit vt non videri debeat calumnia ipsius impunita. Aliud enim est pudore onerari, aliud ignominiam irrogari *l. ob hæc verba.* 20. *ff. eod. l. ea quæ* 13. *l. verbum* 17. *l. interlocutio* 19. *C. eod. l.* 4. *§. aduersus* 16. *de doli except.* Et hæc infamia facti vulgò appellatur, quia nullum iuris effectum habet. Infamia verò iuris illa quæ per sententiam aut saltem per edictum prætoris irrogatur, quia iuris effectum habet. In hoc tamen differt ius canonicũ à ciuili, quia ius canonicum etiam facti infamiam obseruat, eiusq; rationem haberi vult, nec sententiam requirit, quasi sua cuique improbo conscientia satis iudex sit, vtque hoc metu tantò magis deterreantur improbi ab iis perpetrandis, ex quibus sciant infamiam solo facto irrogatum iri.

5 ¶ Item si qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum[a], de dolo malo suo nomine damnatus, pactúsve erit: simili modo infames sunt.

Ad §. 5. Item si quis.

Ratio dubitandi. Multæ sunt & graues pœnę huiusmodi delictorum præsertim furti & rapinæ. Fur enim aut in quadruplũ condemnatur, si sit manifestus, aut in duplum si sit nec manifestus, ita vt in eo duplo aut quadruplo simplum non contineatur *§. ex maleficiis. Inst. de action.* Raptor autem, quia fur improbior est semper in quadruplum, sed in quo tamen simplum continetur *§. vi autem eod. tit.* præter id quod tenentur isti pluribus adeoq; contrariis actionibus, vt vindicatione, condictione, ad exhibẽdum, & istis pœnalibus *§. sic itaque eo.* Tantò minùs igitur oportuit istos notari infamia quasi de infamia lex cum iis transegisset duriorem aliam pœnã irrogando quemadmodum dici solet, cùm durior pœna per iudicem irrogatur *l. quid ergo* 13. *§. pœna inf. hoc tit. l. in seruorum* 10. *§. vlt. ff. de pen. l. ad tempus* 5. *in fin. de decur.*

Ratio decidendi. Sicuti grauiora & frequentiora sunt huiusmodi delicta, ita, & grauiore pœna coerceri debuerunt, nec ob id minùs irrogare infamiam, cuius metu potiùs quàm pœnæ cuiuslibet pecuniariæ deterrentur plerique ne delinquant, nec ob id lex cùm fure & raptore transegisse intelligitur, aut prætor, sed quantum potuit pœnam pecuniariam inflixisse, cùm pœna nulla quadruplum egrediatur *§. omnes autem Inst. de action.* Nam neque iudex ipse cum reo criminis tunc transegisse creditur, cùm pœnam quantumcunque grauem, quæ modò legitima fuerit irrogauit, sed cùm pœnam grauiorem vltra legem imposuit *dict. §. pœna & aliis supradictis.*

a *Iniuriarum.* Ratio dubitandi. Iniuria fit etiã verbo, & ideo plerumque leuis est, non semper atrox *§. 1. & §. atrox iniuria. inst. de iniur.* Ergo non debuit prætor infamia notare quemlibet condemnatum iudicio iniuriarum, sed eum tantùm qui grauioris & atrocis iniuriæ nomine damnatus esset.

Ratio decidendi. Iniuria illa est quæ societatem, fraternitatem & cognationem illam violat, quam inter omnes homines natura constituit *l. 4. de iustit. & iur.* siue iniuriam generaliter accipias pro omni eo quod iure non fit, siue specialiter pro contumelia *l. 1. de iniur.* Fuit ergo grauissimè coercenda, ne tam facilè homines prorumperent ad violandam eam societatem, quam è contrario tueri totis viribus deberent. Beneficio enim non iniuria quemlibet affici interest non solùm reipublicæ, sed etiam priuati hominis cuiuslibet *l. si venditor* 6. *§. 1. & l. seq. de seru. export.* Idemq; tractari potest circa actionem de dolo malo, quam ob eam causam Cicero elegãter quodã loco vocat euerriculum malitiarũ. Iunge quæ dicemus ad leges duas proximè sequentes.

5. PAVLVS libro 5. ad Edictum.

QVoniam intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur[b].

Ad l. Quoniam 5.

Ratio dubitandi. Honesta est ratio quælibet redimendi sanguinis *l. 1. de bon. eor. qui mori sibi consc.* & ideo trãsigere vel paciscì de crimine capitali quod sanguinis pœnã ingerat, prohibitũ non est *l. transigere* 18. *C. de transact.* Ergo & honesta videri debuit prætori ratio, quælibet redimendæ aut potius conseruandæ existimationis, cuius quippe non minor ratio, curaq; habenda sit, quàm vitæ. Ratio decid. Qui de crimine aliquo infamiam irrogãte paciscì-

tur dato precio crimen ipsum confiteri intelligitur,& ob id meritò infamia notatur qua notaretur si ex delicto eam pecuniam deberet. Non etiam si ex cõtractu aliquo debitor fuit, de quo pactus fit: plerimùm enim interest verum ex delicto aliquis debitor sit an ex contractu, quoniam qui pacisci-tur de delicto nihil aliud potest confiteri nisi delictum. Qui verò pacisci-tur de contractu, similiter quidem fatetur contractum, sed non fatetur se in seruanda nec seruata contractus fide deliquisse *l.7. vbi dicam infr. eod.* Sic enim intelligendum arbitror quod Iustin. scripsit in *§. ex quibusdam. Instit. de pœn. temer. litig.* Nec debuit prætor quicquam indulgere iis qui de furto vel rapina vel iniuria vel dolo malo pacti sunt data pecunia, quominus existimationis iacturam fecerint quam delinquendo contempserant, aliaq; ratio vitæ est quam si redimere velit reus quanticunque criminis, & quantocunque precio dignus sanè est cui ignoscatur. Est enim aliqua etiam improbissimi cuiusque hominis vita quam tueri possit & debeat. At existimatio nulla est, nisi quam omnimodo videri debeat amisisse. Ne plus existimationi eius indulgeat faueatve prætor quàm ipse indulgendum fauendumq; putauerit. Odit enim & parui aut pociùs nihili facit suam existimationem quisquis delinquit eo delicti genere quod infamiam sit irrogaturum. Planè etiam qui pecuniam dedit, si tamen paratus sit docere se non pro mala conscientia dedisse, sed ad redimendam calumniosam vexationem, id est, si innocentiam suam probare possit & velit ne infamis fiat audiendus est, quia prætor non de alio notando sensit, quàm qui pro mala conscientia aliquid numerauerit *l. non damnatos 18. C. hoc tit.*

b *Qui pacisci-tur.* Ratio dubitadi. Pactum est quod fit gratis. Transactio autem quæ data acceptáve pecunia *l. 1. §. de transact.* At is qui precibus & gratis impetrauit ab aduersario ne futi secum ageretur, non notatur infamia ne alioqui nulla superfit ratio veniæ impetrandæ *l. prox. §. pactúsve ff. eod.* Ergo non debuit Paulus hîc loqui de eo qui pacisci-tur, sed de illo, qui transigit.

Ratio decidendi. Pacti nomen generale est transactionem quoque comprehendens, tanquam speciem. Omnis enim transactio pactum est, non omne pactum transactio. Et ideò generaliter quoque verum est quod hîc Paulus ait videri crimen confiteri eum, qui de crimine pacisci-tur quo quomodo siue gratis siue data in eam rem pecunia, si modò pro mala conscientia hoc faciat quod facit, vt ait *d. l. non damnatos 18. C. hoc tit.* Quænam enim apertior confessio esse potest, quàm si quis precibus supplex impetret ne secum agatur? An fortè precibus magis quàm precio eget innocentia? Sed tamen non ideò notatur is qui gratis pacisci-tur, ne alioqui nulla ei supersit veniæ habendæ ratio, quod esset inhumanum, vt scriptum est in *d. §. pactúsve.*

6. VLPIANVS lib. 6. ad Edictum.

FVrti accepe: siue manifesti siue nec manifesti[c].

Ad l. Furti 6.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *§. vlt. l. 4. supr. hoc tit.*

c *Siue nec manifesti.* Ratio dubitandi. Furta non manifesta etiam laudem & præmium apud Lacedæmonios meruerunt, vnde sumptæ sunt ex parte leges Romanorum. Ergo non debuerunt apud Romanos irrogare infamiam.

Ratio decidendi. Id agebat legislator Lacedæmonum, vt fieret quisque diligentior & attentior ad res suas conseruandas, & ad cauendum sibi ab improbis. Legislator verò Romanus multò prudentiùs id agit quantum potest, ne quis in republica sit improbus à quo boni probiq; cauendum habeant. Imitatus in eo legislatorem Athenien-sem, à quo solo eas leges accepit, quæ ius scriptum constituunt. Iure enim scripto Athenienses vtebantur: Lacedæmonij verò vt plurimùm iure non scripto. *§. & non ineleganter. Instituit. de iur. natur. gent. & ciuil.*

1 ¶ Sed si furti, vel aliis famosis actionibus quis condemnatus prouocauit: pendente iudicio, nondum inter famosos habetur[d]: si autem omnia tempora prouocationis lapsa sunt[e], retrò infamis est[f]: quamuis, si iniusta appellatio ejus visa sit, hodie notari puto, non retrò notatur.

Ad §. 1. Sed si furti.

d *Pendente iudicio nondum inter famosos habetur.* Ratio dubitandi. Notatur edicto prætoris quisquis furti nomine condemnatus fuit *l. 1. l. 4. §. vlt. ff.* Atqui verum est hunc qui appellauit fuisse condemnatum, quia appellatio præsupponit sententiam & condemnationem, magisq; præsumendum est pro sententia, id est, pro æquitate iudicis quàm pro appellatione, quæ de iudicis iniquitate querelam continet *l. præfecti 17. de minor.* Ergo non eo minùs quod appellauerit notari infamia debet, quousq; iudex appellationis pronunciauerit malè iudicatum fuisse. Præsertim cùm non semper in melius reformet priorem sententiam is, qui de appellatione cognoscit, sed plerumque in peius *l. 1. de appellat.*

Ratio decidendi. Ea vis est appellationis vt extinguat iudicatum, siue iusta appellatio fuit siue iniusta *l. 1. §. vlt. ad SC. Turpill.* reducatq; negotium ad terminos litis contestatæ. Atqui tempore litis contestatæ, & ante sententiam à priore iudice latam non fuit infamis ille contra quem agebatur furti, quoniam sola sententia ea est quæ infamat *d. l. 1. d. l. 4. §. vlt. ff. l. infamem 7. in fin. de public. iudic.* Ergo nec pendente appellationis iudicio infamis erit, non magis quàm si nondum condemnatus vnquam fuisset.

e *Omnia tempora prouocationis lapsa sunt.* Intellige siue appellatum non sit, & lapsa sint tempora intra quæ poterat appellari, de quibus in *tit. quand. app. sit, & intra quæ temp.* siue appellatum sit, & lapsa sunt tempora intra quæ appellationem prosequi eámque instãtiam finiri oportuit. Omnibus enim his casibus nulla potest haberi ratio appellationis, quæ nec vlla interposita esse creditur, adeò neque pronunciandum supersit an iusta fuerit appellatio an iniusta.

f *Retrò infamis est.* Ratio dubitandi. Appellatio si qua fuit hoc casu interposita semel extinxit iudicatum, licèt appellans non fuerit eam prosecutus *d. l. 1. §. vlt. ad SC. Turpill.* Ergo non debet is qui appellauit dici notatus infamia, nisi ex die extinctæ appellationis, vt mox sequitur apud Vlpianum. Quid enim refert an appellatio extincta sit, an iniusta pronuncietur lite appellatoria per sententiã finita?

Ratio decidendi. Appellatio quæ sua sponte per appellantis negligentiam extincta est & intercidit habetur pro non interposita, ideoq; nullum effectum habere potest iudicati extinguendi, quod nõ similiter dici potest de illa quam appellans prosecutus fuit, licèt iniusta pronunciata sit. Appellans enim vt pro appellante haberi possit appellationẽ prosequi debet: at non etiam vincere illum necesse est. Hoc enim esset bonam causam habere, non autem appellare, quod longè diuersum est. Plerunque enim appellationes frustrationis causa interponuntur, & ob hoc tantùm vt iudicati executio impediatur *l. tutor 41. de vsur. l. vlt. de re iudic.*

g *Quamuis si iniusta appellatio eius visa sit.* Ratio dubitandi. Non debet condemnato prodesse quod appellauerit, cùm ex postfacto constat & pronunciatur iniustam appellationem fuisse. Ne alioqui ex eo quod iniustè factum est ius aliquod oriatur & acquiratur quod absurdum esset, arg. *l. si seruum 91. §. nunc videamus. de verb. oblig. l. itaque 12. §. 1. de furt. l. si possessor 52. de per. hered.* Quid enim si dolo malo & per meram calumniam fuerit appellatum, vt executio iustæ sententiæ impediretur? vt in *d. d. tutor 41. de vsur.* Ergo debet hoc poni in numero eorum in quibus ex postfacto apparet quid in præteritũ fuerit *l. qui res 98. §. rem autem. de solut. l. quod sine sunt 15. de reb. dub.*

Ratio decidendi. Appellationum vsus iure communi, & publico introductus est & ob publicam vtilitatem, vt si quid iniquè à prioribus iudicibus constitutum esset appellationis beneficio id à superioribus emendaretur *l. 1. de appellat.* Proinde nihil potest videri facere dolo malo, aut per calumniam is, qui appellat cùm iure communi & publico vtatur *l. iudex 55. l. factum 155. §. 1. de regul. iur.* Nec quod postea pronuncietur iniusta appellatio ad rẽ facit. Appellationis enim sententia non potest retrotrahi ad tempus prioris sententiæ, cùm & ab alio iudice feratur, & plerunque ex nouis actis. Et hoc est quod pragmatici dicunt cõdemnationem capere vires à confirmante non à confirmato. Neque verò calumniator dici potest quisquis iniustè, ac sine causa appellauit. Alioqui perinde calumniator & in dolo malo esse dicendus erit quisquis malè ac temerè litem aduersus aliquem instituerit, quod non ita est. Differt enim temerarius litigator à calumniatore *l. eam quem temerè 79. de iudic.* Sanè si constaret calumniosam, id est, non nisi frustrandi causa interpositam fuisse appellationem aliud putarem, arg. *d. l. tutor. & l. in summa 65. §. 1. de cond. ind.*

2 ¶ Si quis alieno nomine condemnatus fuerit, non laborat infamia: & ideò nec procurator meus, vel defensor, vel tutor, vel curator, vel heres[h], furti, vel ex alia simili specie condemnatus, infamia notabuntur. nec ergo, si ab initio[i] per procuratorem causa agitata est.

Ad §. 2. Si quis alieno.

Ratio dubitandi. Et procuratori & defensori, & tutori & curatori & heredi potest imputari cur alieno nomine furti actionem exceperint, aut saltẽ sententiam expectauerint, cùm fuerit in eorũ potestate ne iudicium susci-pere cogerentur, si actori satisfacere ab initio voluissent, quod vtique facere poterant salua existimatione, si quidem non ipsi, sed alij furtum fecisse dicebantur. Ergo æquè infames fieri debent si passi sint se condemnari, cùm condemnatio illa sit quæ infamiam irrogat.

Ratio decidendi. Sola condemnatio infamiam non irrogat, sed potissimùm causa cõdemnationis quæ non alia est quàm delictum. Atquin is qui alieno nomine furti condemnatur non ob proprium sed ob alienum delictum condemnatur. Nulla ergo ratio est cur eam ob causam infamis fiat: delicti enim pœna eaq; nõ minima est infamia: Pœna autem quælibet suos autores sequi debet *l. sancimus 20. C. de pœn.* nec alieni facti culpam præstari ab alio æquum est, aut alieno odio alium prægrauari, vt loquitur Iustin. in *l. si quis suo 33. §. 1. C. de inoff. testam.* Sed & quod magis mirum est, interdum fieri potest, vt quis ex suo & proprio delicto condemnetur, nec tamen suo nomine, vt in singulari & eleganti specie *l. seruus 14. j. hoc tit.*

h *Et heres.* Ratio dubitandi. Ex maleficiis actiones præsertim furti, siue manifesti, siue nec manifesti, & vi bonorum raptorum in heredem nõ dantur *§. 1. Inst. de perpet. & temp. act.* Ergo non potest heres alieno, id est, defuncti nomine condemnari.

Ratio decidendi. Imò actiones etiam pœnales, & ex delicto descendẽtes interdum aduersus heredẽ dantur, & duobus saltem casibus, nempe si lis contestata sit cum defuncto *l. vnic. C. ex delict. defunct. l. constitutionibus 33. de oblig. & act. l. aliam 19. de noxat.* vel si ex delicto defuncti aliquid ad heredem peruenerit. Turpia enim lucra heredibus quoque sunt extorquenda, licèt crimina morte extinguantur *l. in heredem 5. de calumniat. l. quod autem 19. quod met. caus.* His verò casibus licèt heres ipse sit qui condemnatur, non fit tamen infamis, quia ex alieno delicto condemnatur non ex suo, ac proinde non suo nomine sed alieno. Aliud enim est proprio nomine quem condemnari, aliud verò iure successionis. Iunge *d. l. seruus 14. j.*

i *Nec ergo si ab initio.* Hic casus maiorem habet dubitationem, quia procuratoris officium est, planè voluntarium tantoq; magis imputari potest, ei qui furis vel raptoris procurator esse voluit, quod nec facilè in hominem honestum & qui frustra exercetur, cadere potest: quæ omnia in tutore curatore & herede dissimilia sunt. Illos enim officij necessitas & fides excusare debet *l. tutorem 22. de his*

quæ vt indign. hunc verò vniuersale ius successionis quod facit vt quamuis innocens, in omnia tamen defuncti vitia succedat *l. cùm heres 11. de diuers. temp. præscript.* Sed ratio decidendi est, quia non minùs procurator furis quàm cæterorum alieno condemnatur nomine non suo. itaque hoc casu neuter fit infamis. Non procurator, quoniâ alieno nomine condemnatur, nec rursum is qui famosa actione tenetur, quia non ipse, sed ipsius procurator condemnatur. Idque magnum, & vt Bart loquitur, mirabile consilium est pro eo qui dubitat, condemnari in actione famosa, vt litiget per procuratore.

3 ¶ *Pactúsque*, inquit, *erit*, pactus sit; accipimus: si cum pretio quantocunque [a] pactus est: alioquin & qui precibus impetrauit [b], ne secum ageretur, erit notatus: nec erit veniæ vlla ratio: quod est inhumanum. Qui iussu prætoris, pretio dato pactus est [c], non notatur.

Ad §.3. Pactúsque.

a *Si cum precio quantocunque.* Ratio dubitandi. Laudandus potiùs quàm vituperandus ille est, qui litiũ execratione tanti habuit à lite discedere, non tam animo confitendi delicti, quàm vt vexationem fortassis calumnioſam redimeret dubiamq; litis euẽtum *l.4.§.1. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Nec enim minùs imperspicua, incerta, fallaciaq; sunt iudicum ingenia, quàm tempestatum terrarumque, vt ait Plin. *1. epist.* 20. Ob eamq; causam placuit solum litis metum sufficere ad trãsactionem bona fide ineundam *l.2. C. de transact.* Non ergo debuit notari quisquis precio dato pacisci tur, id est, transigit de furto, nisi aliunde constet de furto.

Ratio decidendi. Non est honesta ratio quælibet redimendæ vexationis, nisi cum agitur vel de re pecuniaria. vt in *d. l.4.§.1 de alien. iudic. mut. caus. fact.* vel de sanguine *l.1. de his qui mort. sib. conscinerint. l. transigere 18. C. de transact.* At cùm de fama & existimatione agitur, interdicta est transactio, nisi si quis innocẽtiæ suæ diffisus malit precio infamiæ transigere, quàm granioris & corporalis pœnæ aleam subire. Publicè namq; interest delicta, & sciri & puniri hactenus saltem vt sciatur qui sint integræ existimationis, & dignitatis, & qui non sint, vt iis quos integros non esse constabit, nullus pateat accessus ad dignitates *l. vnic. C. de infamib. lib. 10. tit. 58.* vtque honestæ personæ ab inhonestis seperentur *l. si qua 4. C. de spectac. lib. 11. tit. 40.*

b *Alioquin & qui precibus impetrauit.* Ratio dubitandi. Crimen confiteri intelligitur qui siquis de crimine pacisci tur *l. prox. §. eod.* si modo pro filiala conscientia pacisci tur *l. non damnatos 18. C. hoc tit.* Atqui pacisci tur etiam is cui nulla pecunia interueniente, sed gratuitò crimen remittitur *l.1.3. de transact.* Ergo nihil refert quod ad irrogandam infamiam pertinet, vtrum pecunia interuenerit, nẽne.

Ratio decidendi. Equidem fatetur crimen etiam ille qui ab aduersario impetrat precibus & gratis ne secum agatur, sed tamen non ideò fit infamis, quoniam alioqui nullus esset modus obtinendæ veniæ quod esset inhumanum, vt hîc Vlpianus scribit. Iunge quæ dixi ad *l prox. præced.*

c *Qui iussu prætoris precio pactus est.* Ratio dubitandi. Prætor nihil potest iubere aut decernere contra leges *l. necnon 26. §. quoad eius ex quib. caus. maior. l. cum sponsus 12. §. si res de publ. in rem act.* Ergo neque iubere vt id fiat, quod iure fieri citra infamiam prohibetur. Nam quod honestè facere non possumus, id nec facere posse credimur *l. filius 15. de condict. insitit.*

Ratio decidendi. Infamiæ pœna est ex edicto tãtùm prætoris, & illud maximè, vt notetur is qui de crimine pactus erit precio dato. Ergo non debet notari qui autore ipso prætore dedit, cum est edictum suum interpretari & lenire *l. non videntur 167. §. 1.* iunct. *l. qui autore 137. l. non potest. 199. de regul. iur.* iunct. *l. liber homo 37. ad leg. Aquil.*

4 ¶ Sed & si, iureiurando delato, iurauerit quis non deliquisse, non erit notatus, nam quodammodo innocentiam suam iureiurando adprobauit.

Ad §.4. Sed & si iureiurando.

Ratio dubitandi. Iusiurandum etiam solutionis loco cedit *l. iusiurandum 27. ff. de iureiur.* Atquin is qui aliquid soluit, vt se à furti aut alterius huiusmodi delicti accusatione liberaret, perinde notatur, atque si condemnatus esset, vt prox. §. dictum fuit. Ergo & qui iurauit notabitur, presertim cùm inter condiciones turpes etiam iurisiurandi condicio ponatur *l. non dubitamus 20. de cond. & demonstr.*

Ratio decidendi. Iusiurandum solutionis quidẽ vim habet, hactenus vt qui iurauit, perinde tutus sit exceptione acsi soluisset, sicut & dicitur habere vim rei iudicatæ *l.2. de iureiur.* quod æquè tutus sit is qui iurauit, acsi pro eo iudicatum esset, sed tamẽ habet etiam vim probationis *l.5. §. dato iureiurando eod. tit.* nec quicquam turpe fit cùm iuratur aduersario deferente, siue in iudicio siue extra iudicium *l. iusiurandum quod ex conuentione 17. §. vlt. eod.* Ergo in proposito non potest hic infamis fieri, imò tanto magis faciliúsque & omnimodo absolui qui suam innocentiam iureiurando probauit *l. non damnatos 18. C. hoc tit.* debétque sibi imputare aduersarius qui eum non modò testem, sed etiam iudicem constituit in propria causa, *l.1. in princip. quar. rer. act. non det.*

5 ¶ *Mandati* condemnatus. Verbis edicto notatur, non solùm qui mandatum susceپit [d], sed & is, qui fidem, quam aduersarius secutus est, non præstat [e], vt puta, fideiussi pro te, & soluì: mandati te si condemnauero [f], famosum facio.

Ad §.5. Mandati.

Ratio dubitandi. Contrario iudicio damnatus nõ fit infamis *§. vlt. huius legis.* Atqui solus is qui mãdatũ susceپit

susceپit tenetur directa actione mandati. Contraria verò solus is qui mandauit, ergo qui mandauit licet non præstet fidem quam aduersarius secutus est, ex eaque causa condemnetur, infamis tamen fieri nequit.

Ratio decidendi. Non alia causa est propter quã in directis actionibus mandati, depositi, commodati & similibus infamia notetur is qui condemnatur, quàm quod in iis agatur de fide rupta *l. ei apud quem l. in prin. ff. depositi.* Et è contrario ratio propter quam ex condemnatione quam contrarium iudicium extorsit, non irrogatur infamia, illa est quod in contrariis iudiciis non agitur de fide rupta, sed tantùm de calculo, vt scriptum est in *d. §. vlt. huius legis.* hoc est, de indemnitate actori. *dict. l.5.* Ergo si quando cõtrarium iudicium tale sit in quo agatur etiam de fide rupta quam actor secutus est, perinde infamis fieri debet is qui mandauit, acsi directa actione condemnaretur. Id verò euenit cùm mandasti mihi vt pro te fideiuberem, & ego fideiussi ac solui. Nam si postea indemnitatem mihi præstare nolis quam promisisti, licèt nulla nisi contraria actio mihi contra te danda sit, attamen rumpis fidẽ perinde atque rupissem ego si non implessem susceptum mãdatum. Perinde igitur notari debes, vt vbi eadem ratio est, idem ius constituatur *l. illud 32. ad leg. Aquil. l. §. vnde etiam. de iniust. rupt.* Bono enim cuique fides patria esse debet, & si quid praterea dulcius aut charius patria esse potest. Aliud erit si contrario iudicio mandati agatur ad sumptuum reputationes, vt in *l. idemq;* 10. *§. idem Labeo 1. si verò 12. §. vlt. mandat.*

d *Qui mandatum susceپit.* Ratio dubitandi. Mandatum susceپere cuiq; liberum est, in eamq; rem officium non nisi gratuitum præstatur, adeò vt si gratuitum non sit in aliam negotij speciem cadat *§. antep. & vlt. Inst. de mandat.* Ergo dignus est mandatarius cum quo minùs agatur, ne ex sua liberalitate periclitetur, vt de donatore scriptum est in *l. ne liberalitate 50. de re iudi.* Quid autem potest in eum durius constitui, quàm vt si directo mandati iudicio se condemnari patiatur infamis fiat?

Ratio decidendi. Sicut liberum mandatum non susceپere, ita susceptum consummari oportet, nisi renunciatum sit & quidem tempestiuè, rebusq; omnibus adhuc integris *l. si mandauero 22. §. vlt. ff. mandat.* ne alioqui decipiatur damnoq; afficiatur is qui mandatarij fidem secutus est, quiq; si mandatarius hîc mandatum non susceپisset, alij hoc ipsum erat mandaturus, & ita negotium suum confecturus. Non eadem ratio est donatoris, quippe qui nõ tam fidem quàm liberalitatem præstat donatario, nec proinde tam ex fide sua quàm ex liberalitate conueniturnec rursus damno vllo afficitur donatarius si qua in re donatori faueatur, puta si non in solidum; sed in quantum facere potest donator condemnetur, quia non de damno vitando certat donatarius, vt mandator, sed de lucro captando: quæ res eum minùs fauorabilem facit *l. quod autem 6. §. similimodo dicimus quæ in fraud. edit.*

e *Qui fidem quam aduersarius secutus est non præstat.* Ratio dubitandi. Is qui rem vendidit, nec tradere vult, aut qui emit, precij tamen solutionem recusat, vtique non præstat fidem quam aduersarius secutus est, ideoq; condemnandus est hic quidem actione venditi vt soluat precium. Ille verò actione ex empto vt rem tradat, vel saltem præstet quicquid interest emptoris *l. 1. ex empto 11. & pass. de actio. empt.* quæ vtraque actio empti & venditi non solùm bonæ fidei est, sed etiam directa. Et tamen neque emptor neque venditor condemnatus fit infamis, quia nihil tale in hoc prætoris edicto expressum est. Ergo ad irrogandam infamiam non illud solum inspiciendum est, an quis eam fidem non præstet quam aduersarius secutus fuit, sed aliud præterea quiddam requiritur.

Ratio decidendi. Fidem ruptam hîc intelligere debemus nõ quoties non fit quod promissum fuit, alioqui omnium maximè fidem rumpere dicẽdus esset ac infamia notandus is, qui quod stipulanti spopondisset non præstaret, quod tamen non ita est, sed cùm singularis quædam perfidia elucet circa rem alienam, & ex qua perfidia futurum sit vt damno afficiatur is qui alterius fidem bonam secutus erat si non ei consulatur, quod in actionibus directis mandati depositi, commodati, pignoratitia, non etiam in actionibus empti & venditi euenit, vt pluribus à nobis demonitratum est *lib. 6. Coniect. cap. 17.*

f *Te si condemnauero.* Id est, condemnari fecero. Modus loquendi prudentibus nostris satis familiaris, vt in *l. si extraneus 33. de iur. dot.* & alibi passim. Alioqui iudex ille est, qui reum condemnat, non actor.

6 ¶ Illud planè addendum est, quod interdum & heres suo nomine damnatur [g], & ideo infamis fit, si in depositio, vel in mandato malè versatus sit. Non tamen in tutela [h], vel pro socio heres suo nomine damnari potest: quia heres neque in tutelam, neque in societatem succedit [i], sed tantùm in æs alienum [k] defuncti.

Ad §.6. Illud planè.

g *Interdum & heres suo nomine damnatur.* Ratio dubitãdi. Heres qui condemnatur tanquam heres non alia de causa condemnatur, quàm quia in defuncti ius successerit, quia contractus omnes vt & cætera iura omnia, quę & defuncto & in defunctũ competebant, transeunt in heredem *l. cùm heres 11. de diuers. temp. præsc.* Ergo non potest fieri vt suo nomine & ex proprio facto condemnetur is qui tanquam heres condemnatur, nec proinde infamis fieri debet *§. si quis alieno 5. ead. lege.* Ratio decidendi. Cùm contractus omnes atque ita depositum & commodatum transeant in heredem (excipiendi sunt contractus qui morte finiuntur, vt mox dicemus) perinde habendus est heres depositarij aut commodatarij, acsi ille ipse depositum aut commodatum accepisset, ideoq; nimirum & depositi & commodati actione perinde conueniri potest vt rem reddat, ac defunctus ipse conueniri potuit, & conueniretur si viueret. Ergo si in ea re malè versatus sit heres, nihil causæ est cur non perinde conueniendus & condemnandus sit suo nomine, acsi depositum vel commodatũ ipse accepisset, quia licet cõtractus à defuncto habuerit originẽ, factum tamen

proprium heredis interuenit, quod & actioni & condemnationi causam præber. Ei porrò soli heredi parcitur, ne infamia notetur, qui ex defuncti non solùm contractu, sed etiam dolo factoq; conuenitur, ne scilicet alienæ improbitatis & perfidiæ pœnam sentiat, vt dixi ad *d. §. si quis alieno.*

h *Non tamen in tutela.* Ratio dubitandi. Quamuis heres tutoris tutor non sit, tamen ea quæ per defunctum inchoata sunt, per heredem si legitimæ ætatis & masculus sit explicari debent, in quibus dolus eius admitti potest *l.1. de fideiuss. & hered. tutor.* quo casu, id est, si post mortem tutoris, heres eius negotia pupilli gerere perseuerauerit, aut in area tutoris pecuniam pupilli inuenerit & consumpserit, vel eam pecuniam, quam tutor stipulatus fuerat, exegerit, placet eum tutelæ iudicio teneri suo nomine *l.4. in princip. eod. tit.* Ergo idem de eo dici debuit, quod proximè dictum est de herede depositarij vel commodatarij, interdum posse illum teneri suo nomine & fieri infamem, cùm edicto notetur quisquis tutelæ iudicio condemnatus est.

Ratio decidendi. Heres in tutelam non succedit quomodo succedit in contractum depositi & commodati, quia nulla tutela iure hereditario ad alium transire potest *l. tutela 16. §.1. de tutel.* Itaque non quemadmodum heres depositarij aut commodatarij potest verè ac propriè dici depositarius aut commodatarius, ita & tutoris heres potest vnquam dici tutor *d.l.1. de fideiuss. & hered. tutor.* Proinde si quando teneatur actione tutelæ proprio nomine, fatendum est eam tutelæ actionem vtilé duntaxat esse *d.l.1. in fin. eod.* non directam. Consequenter nec talem quæ possit infamiam irrogare. Nulla enim actio est quæ ex prætoris edicto infamiam irroget, nisi quæ sit directa. Atqui, inquies, vtilis illa eum effectum habet, vt etiam aduersus heredem tutoris ex proprio ipsius dolo possit in litem iurari *d.l.4. vers. nam cùm permittatur.* Quidni ergo erit etiam famosa? Nam & iusiurandum in litem pœna est vt contumacia æstimetur etiam vltra iustum rei precium *l.1. de in lit. iur.* Respondeo pœnam iurisiurandi in litem nihil commune habere cum pœna infamiæ. Nam vt contra aliquem possit in litem iurari sufficit quòd rem alienam habeat penes se, eámque restituere dolo malo recusset, tametsi nunquam fuerit obligatus nec obligato successerit. Contumacia enim non perfidia punitur: vt verò quis ex condemnatione infamis fiat, non quælibet improbitas sufficit, sed perfidiam interuenisse oportet, quæ porrò nulla esse potest in eo, qui nihil promisit, nullamq; fidem vnquam dedit, quiq; id circo vtili tantùm non etiam directa vlla actione conueniri potest.

i *Neque in societatem succedit.* Societas enim finitur morte, cùm inter eos contrahatur, qui mutuam in dustriam elegerunt *l. actione 61. §. morte pro socio.* Non omnino idem iuris est in mandato. Nam licèt mandatum quoque morte finiatur, tamen interdum transit in heredem & durat obligatio mandati *l. inter causas 26. inf. mandat.* sicut & actio *l. si præcedente 58. eod.* In actione tamen pro socio obseruatione dignum illud est, quod vtrimque actio directa est, eiusdemq; nominis, quia & omnium societatem contrahentium vnum & idem nomen est. Socij enim omnes appellantur, non vt in cæteris contractibus vnus venditor, alius emptor, vnus locator alius conductor, vnus qui deponit vel commodat, alius depositarius vel commodatarius, vnus mandator alius mandatarius. Vnde est, quod per societatem fraternitas contrahi dicitur, vt intelligamus eum qui socius sit ferè alterum eundem esse *l. verum 63. in prin. pro socio.* Ideoq; meritò notatur qui actione Pro socio condemnatur *l.1. §. l. vlt. C. eod.*

k *Sed tantùm in æs alienum defuncti.* Ratio dubitandi. Nemo potest id quod non habet transmittere in heredem *l. si vniuersa 15. de lega. l. nemo plus commodi. 120. de reg. iur.* Atqui æs alienum cuiusque est quod ipse alijs debet, non quod ipsi debetur *l. cedere diem 213. §.1. de verb. signif.* Ergo non potest fieri vt heres in alienum æs succedat.

Ratio decidendi. Non succedit in æs alienum iure aliquo transmissionis, quomodo succedit in iura quæ defunctus in bonis habuit, quę nostri vulgo actiua vocant, sed sola potestate legis 12. tab. quę ob eam potissimum causam induxit ius heredis & hereditatis, vt esset qui defuncti personam repræsentaret ad hoc maximè vt ipsius creditoribus satisfaceret *l. vlt. C. de hered. act.* Quæ ratio etiam necessariorum heredum ius & originem induxit *§.1. Instit. de hered. qualit. & differ.*

7 ¶ Contrario iudicio damnatus non erit infamis: nec immeritò. nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui ferè iudicio solet dirimi[l].

Ad §.7. Contrario.

Ratio dubitandi. Contrarium iudicium perinde bonę fidei est atque directum, ideoq; potest moueri etiamsi directum non exerceatur *l. in commodato 17. §.1. cum l. seq. §. vlt. ff. commod. l. sed an vltro 10. de neg. gest. l.1. §. vlt. de contr. tut. & vtil. acti.* Ergo perinde bona fides facere debet, vt infamis fiat is qui cõtrario iudicio condemnatur, atque is qui directo: cùm æquè faciat contra bonam fidem is qui contrario iudicio patitur se condemnari.

Ratio decidendi. Aliud est quem condemnari ex fide bona, aliud verò condemnari de perfidia. In iudiciis bonæ fidei tam directis quàm contrariis agitur de fide bona, & ob id, nimirum bonæ fidei, appellantur. Sed de perfidia tantùm agitur in directis, non etiam in contrariis, in quibus potius agitur de calculo, id est, de indemnitate præstanda ei qui agit, vt idem Vlp. cuius hæc lex est, explicat in *l. ei apud quem 5. depositi.* Ergo si in contrario quoq; iudicio agatur de fide rupta, idem iuris erit quod in directo *§. mandati 5. §. hac lege.*

l *Qui ferè iudicio solet dirimi.* Puto erratum esse, legendumq; *qui sine iudicio.* Sensus enim est causæ cognitionem non esse necessariam cùm de calculo agitur, quam tamen nemo dixerit non esse necessariam si agatur de infamia ei irroganda qui in id vsque tempus fuerit integræ existimationis *l. quid ergo 13. §. quantum ff. hoc tit. l. verbum 16. C. eo.* Eaq; interpretatio probatur non inelegantèr ex *l. Sabinus 29. cum l. seq. de dolo malo.* Et sanè nullo iudicio est opus vt calculus ineatur, ratio quę ponatur præstandæ indemnitatis.

7. PAV-

7. PAVLVS lib. 5. ad Edictum.

IN actionibus, quæ ex contractu proficiscuntur, licèt famosæ sint, & damnati notentur, attamen pactus non notatur, meritò: quoniam ex his causis non tam turpis est pactio, quàm superioribus.

Ad l. In actionibus 7.

Ratio dubitandi. Qui paciscitur, videtur confiteri. *l. quoniam 5. §. hoc ti.* præsertim si paciscatur dato precio. *l. prox. §. pactusque.* Atqui confessus habetur pro cõdemnato, qui quodammodo sua sententia damnatur. *leg. 1. de confess.* condemnatus autem ex his contractibus infamia notatur. *l. 1. sup. hoc titulo.* Ergo in his etiam actionibus, quæ ex contractu proficiscuntur, & quæ famosæ sunt, fatendum est notari eum, qui pactus fuit. Ratio decidẽdi. Plurimùm interest an ex contractu, an ex delicto quid debeatur. *§. ex quibus ff. am. Inst. de pœn. temer. litig.* Etsi enim nihil turpius est perfidia quæ huiusmodi actionibus directis, iisque famosis vindicatur, minùs tamen turpe est obligatum esse ex contractu quàm ex delicto. Qui autem conuenitur directa actione depositi, vel commodati, aut alia famosa, licèt de perfidia conuincatur, non ideo tamen tenetur quia perfidus sit, sed quia ex contractu obligatus est, soláque ex contractu obligatio illa est, quæ actionem parit, licèt per eam perfidia vindicetur, indéque irrogandæ infamiæ occasio accipiatur. Denique perfidia non tam causa est quàm materia huiusmodi actionum. At in actionibus quæ ex delicto proficiscuntur, & æque famosæ sunt, vt putà furti, vi bonorum raptorum, & de dolo malo, (quas actiones Paulus intelligit iis verbis, *quàm superioribus*) delictum ipsum & causam & materiam præbet actioni, quæ cùm ideo sit sui natura turpior quàm quæ ex contractu descendit, mirum non est si turpior quoque sit pactio quæ super ea interponitur. Qui enim paciscitur in actionibus famosis quæ ex contractu proficiscuntur, non tam fatetur delictum & perfidiam, quàm contractum, aut si perfidiam quoque fatetur, non fatetur nisi per consequentias, quia nec de perfidia aut delicto paciscitur, sed de contractu, qui per se obligationem tantùm & iuris vinculum, non etiam turpe aliquid continet. Dixi ad *d. l. quoniam 5. sup. hoc tit. vel.*

8. VLPIANVS libro 6. ad Edictum.

GENERO, inquit, *mortuo.* meritò adiecit prætor[a], *cùm mortuum esse sciret:* ne ignorantia puniatur, sed cùm tempus luctus continuum est, meritò & ignoranti cedit[b] ex die mortis mariti: & ideò si post legitimum tempus cognouit: Labeo ait, ipsa die & sumere eam lugubria & deponere[c].

Ad l. Genero 8.

a *Meritò adiecit prætor.* Ratio dubitandi. Frustrà videntur à prætore addita hæc verba, *cùm mortuum esse sciret*, quia socer qui nescit generum esse mortuum, necesse est vt sciat aut putet eum viuere. Ergo tantò grauius puniendus est, qui vult filiam suam eodem tempore duobus nuptam esse. Ratio decid. Eodem tempore eandem mulierem duobus viris nuptam esse, non tam illicitum quàm impossibile est. *§. socrum. Inst. de nupt.* Itaque pater qui filiam suam iam nuptam, in matrimonium alteri collocare vellet, non tam malè quàm nihil ageret. Proinde nec causa vlla est cur infamia notari debeat, nisi tanquã leno potiùs filiæ, ex aliis verbis edicti, præsertim cùm in eo grauior esset culpa filiæ quæ patri rem non modò inhonestam, sed etiã impossibilem imperanti obtemperare non debuisset. Deinde quid si pater nuptæ filię putaret priores nuptias per diuortium fuisse dissolutas, quæ tamen morte generi dissolutæ fuissent? Cur non impunè posset filiæ autor esse vt alteri nuberet? Meritò igitur adiecit prætor ea verba, *cùm mortuum eum esse sciret: ne ignorantia puniatur*, inquit Vlpianus, quoniam ignorantia, quę non iuris sit, sed facti, & quidem alieni, semper tolerabilis est. *l. vlt. pro suo.* nisi ex aliqua causa culpam admixtam habeat, vt in *l. tutor 16. §.1. de pign. act. l.2. §. hac actione. vt bon. rapt.*

b *Meritò & ignoranti cedit.* Ratio dubitandi. Nemo ignorans potest lugere. Ergo nec tempus lugendi potest ignoranti cedere. Ratio decidendi. Continuum tempus est, non quo vidua virum luget, sed quo lugere debet. Ergo cedit tempus etiam ignoranti & ex die mortis. Alia ratio est temporis quod vtile non continuum est. Nec enim potest illud cedere ignoranti: nisi proponas dissolutam esse ignorantiam, quam excusari non oporteat *l. cùm sex. 35. de ædilit. edict.*

c *Ipsa die & sumere eum lugubria, & deponere.* Ratio dubitandi. Non potest quid incipere eo tempore quo finem accipere debet. *l. Titio cum moretur 51. de vsufr.* sicut nec finiri prius quàm initium acceperit. *l. si ad diem 4. §. l. Titio vsusfructus 96. de cond. & dem.* Ergo non potest fieri vt eadem die mulier & fumat lugubria & deponat.

Ratio decidendi. Non potest quidem eadem die incipere & finiri tempus luctus, sed potest mulier eadem die sumere lugubria & deponere, quia hęc verba non ad ius, sed ad factum referuntur: ex facto autem ponimus mulierem nesciuisse maritum mortuum, nisi post legitimum tempus lugendi. Sufficit ergo vt lugubria fumat vel per horam, cùm fumit eo tempore quo lugẽdi tempus iam pręteritum est. Hodie non tenẽtur mulieres viduę lugubria fumere, quamuis intra annum luctus nubere prohibeantur. *l. decreto 15. C. ex quib. caus. infam. irrog.* Moribus Christianis & iure pontificio contrà cautum est, vt vidua virum lugere per annũ teneatur, nec eo magis tamen intra annum ipsum prohibeatur alteri nuberẽ in dominum ipsum prohibeatur alteri nubere in domino, si velit, idque sine metu infamiæ. *c. vlt. Ext. de secundis nuptiis. abrogata authentic. eisdem pœnis. Codic. eodem.* nisi quantum ad pœnas impositas secundis nuptiis fauore liberorum prioris matrimonij, quibus non festinantia nuptiatum nocet, sed secundę ipsę nuptię, vt Bartolus tractat ad *leg. 11. infr.*

9. PAVLVS lib.5. ad Edictum.

VXores viri lugere non compelluntur. 1 ¶ Sponsi nullus luctus est.

Ad l. Vxores 9.

Ratio dubitandi. Nuptiæ sunt coniunctio maris & fœminæ,& consortium omnis vitæ,diuini & humani iuris communicatio.*l.1.de rit.nup.* Ergo cùm per matrimonium fiat veluti vna persona ex duabus,& vna caro, non minùs vxores à maritis lugeri conuenit, quàm maritos ab vxoribus. Et id sanè conuenit Christianæ pietati,eóque iure vtimur.Sed ratio decidendi ex iure Romano illa est, quòd à virilis animi dignitate,& ea constantia ac fortitudine, quæ viros decet,alienum videatur vt lugeant. Ergo si velint,non prohibentur,sed si nolint,non notantur.

Ad §.1.Sponsi.

Ratio dubitandi. Quod de marito dicitur,idem de sponso dictum intelligi solet.*l.in sponsalibus 14.& leg seq.infra de sponsalibus.* Ergo sicut maritum vxor, ita & sponsum lugere sponsa debet. Ratio decidendi. Idem iuris constitui solet in sponso quod in marito, cùm eadem vtriusque ratio est,vt in dictis legibus. Sed quod ad luctum,non eadem ratio est, quia lugendi causa non ex alio quàm ex matrimonij dignitate proficiscitur. Sponsus autem maritus non est , nisi proponas sponsalia contracta fuisse per verba de præsenti.Sic enim omnes ex iure Pontificio. Quanquam hodie nec præsentis temporis verba sufficiunt, nisi sacrosanctæ Ecclesiæ autoritas intercesserit, ex sacrosancti Concilij Tridentini autoritate.

10. IDEM lib.8. ad Edictum.

SOlet à principe impetrari,vt intra legitimum tempus mulieri nubere liceat.

Ad l.Solet 10.

Ratio dubitandi.. Quod inhonestum est,nec peti debet à Principe,nec,si petatur,concedi.*l.1.C.si aduersus vendit.l.meminerint 6.C.vnde vi.* Atqui inhonestũ est mulierem viduam nubere intra annum luctus, ob idque, si nubat, notatur infamia. Ergo non debet hoc à Principe peti,neque impetrari. arg. *l. vlt. C.si nupt.ex rescript.pet.* Ratio decidendi.Honestas hæc,quæ induxit necessitatem lugendi mariti , non est à bonis moribus naturalibus,sed à ciuilibus,quibus vtique derogare potest supremus Princeps, tãquã qui sit supra leges,ac multò magis supra prætorem , ex cuius edicto solo infamia hæc irrogatur. Nec enim pœnam meretur , quod sit Principe permittente , licèt alioquin esset quid prohibitum.*l.2 C.de aduoc.fisc.l.Gracchus 4.C.ad l.Iul.de adult.*

1 ¶ Quæ virum eluget,intra id tempus sponsam fuisse non nocet.

Ad §.1.Quæ virum.

Ratio dubitandi. Mustca in luctu sponsa lugens. Absurdum igitur est , vt ei quæ maritum lugere debet sponsalia interim contrahere impunè permittatur. Etsi enim cessat in sponsa ratio illa turbationis sanguinis, quæ in nupta locum haberet,non tamen cessat alia ratio , quod honestum & conueniens sit maritum ab vxore elugeri.

Ratio decidendi.Non debet mulieri quæ maritũ luget,nocere quod eum lugeat,quominùsalteri post legitimum tempus possit nubere. Nuptiæ autem possent impediri,si sponsalia interim contrahi prohiberentur. Fortè oblata conditione sponsaliorum cum eo tractandorum , qui alioquin & sponsam & vxorem aliam alibi quæsiturus esset.Ne igitur iusti matrimonij quandoque licitè contrahendi occasio amittatur, æquissimum fuit permitti viduæ etiam virum lugenti,vt sponsa interim fieri posset,cùm ex eo nulla sanguinis turbatio induceretur,quæ præcipua ratio fuit prætori,non tantum prohibendarum nuptiarum, sed etiam luctus indicendi. *l.prax.in pr. & §.1.i.*

11. VLPIANVS libro 8. ad Edictum.

LIberorum autem,& parentum luctus impedimento nuptiis non est.

Ad l.Liberorum 11.

Ratio dubitandi. Liberos lugere parentes debent, & viciſſim parentes liberi non minùs quàm vxores viros , quia eadem quoque parentum & liberorum, qui in potestate sunt,persona esse creditur, *l.in suis 11.de liber.& post.l.vlt. C. de impub. & aliis substitut.* Quamuis enim ex voto parentum sit,vt liberos superstites relinquant, quibus etiam ex voto omnia parant. *l.scripto 7.§.vlt. vnde liber.l.penul.§.sed nunquid.de bon.liber.* tamen bonorum liberorum est, & piè erga parentes affectorum longam huic nomini ætatem , longam gloriam precari , vt loquitur Plinius in panegyr. ad Traianum. Quòd si turbato mortalitatis ordine filij præmoriantur,tanto maior parentibus ratio est præmortuos liberos lugendi. *l. iure succursum 6.de inre dotium.* vnde & luctuosa filij hereditas appellatur in *l. vlt. C. de institut. & substit.* Ergo liberorum quoque & parentum luctus impedimento nuptiis esse debet, quod vix sit vt liberos aut parentes seriò elugeat , qui de nuptiis contrahendis iam cogitat.Ratio decidendi.Præcipua causa elugendi per vxorem mariti illa fuit , ne turbatio sanguinis induceretur,vt scriptum est in *§.seq.* Atqui nec liberorum,nec parentum luctus,quicquam cum hac ratione commune habet.Nonergo quemadmodum mariti luctus impedimento est nuptiis, ita & parentum aut liberorum luctus similiter impedire nuptias debet.

1 ¶ Et si talis sit maritus:quem more maiorum lugeri non oportet [a],non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari [b].prætor enim ad id tempus se retulit,quo vir elugeretur:qui solet elugeri [c] propter turbationem sanguinis.

Ad §.1. Etsi

Ad §.1. Etsi talis.

a *Quem more maiorum lugeri non oportet.* Quinam verò uti sint,quos more maiorum lugeri non oporteat,dicemus in *§.non solent.inf.hac lege.*

b *Non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari.* Ratio dubitandi. Verba edicti non notant infamia nisi eam mulierem quæ nupsit tempore luctus.Ergo non notant eam,quæ lugere non debuit.

Ratio decidendi. Vidua non prohibetur nubere idque propter sanguinis turbationem, quæ ex secũdis nuptiis contingeret. Ergo quamuis maritus lugendas non sit,non eo minus tamen infamia notari debet mulier, quæ nubit intra temporis legitimum. Tempus,inquam,siue luctus (nam & moribus præscriptum est tempus certum ad lugendum) siue potiùs nascendi & pariendi , hoc est , intra quod partum edi necesse est,vt sit legitimus,id est,intra decimum mensem: de quo in *l. Gallus 29. in princip. de liberis & posthumis.& Nouell.39.de restit. & ea quæ par. vir. dec.mens.* Non pendent itaque nuptiæ ex luctu, sed lugendi necessitas indicitur, vt nuptiæ prohibeantur.Idque constat apertiùs ex *§ seq.*

c *Qui solet elugeri.* Malebam aliquando legere, *quis solet*, vt sit hæc ratio, cur prætor fecerit mentionem temporis quo vir elugeretur:*quia*, inquit, *solæ elugeri* Sed potest etiam ratio incipere ab iis verbis, *propter turbationem*, & præcedentia omnia legi vno ipiritu,*propter turbationem sanguinis.* Quomodo etiam intelligi debet *lege decreto 15. Cod. hoc titul.* Similis ratio est in *leg. sancimus 53. §. vltim.* ibi, *propter generationis aut seminis incertitudinem. Cod. de episc. & cleric.*

2 ¶ Pomponius eam, quæ intra legitimum tempus partum ediderit, putat statim posse nuptiis se collocare: quod verum puto.

Ad §.2.Pomponius.

Ratio dubitandi. Verba edicti loquuntur de tempore luctus,non de tempore partus, vt scriptum est in *§.1.huius.l.* Ergo siue partum ediderit mulier,siue non ediderit , notatur infamia nubendo intra tempus quo virum elugeri moris est.

Ratio decidendi. Non tam quid prætor edixerit, inspiciendum est,quàm qua mente.*l.pe.ad exhib.* Mẽs autem prætoris fuit impedire sanguinis turbationem , quæ porro nulla timeri potest post editum partum,qui fuerat ex defuncto viro conceptus.

3 ¶ Non solent autem lugeri,vt Neratius ait,hostes,vel perduellionis damnati : nec suspendiosi:nec qui manus sibi intulerunt,non tædio vitæ:sed mala conscientia. Si quis ergo, post huiusmodi exitum mariti [d],nuptum se collocauerit:infamia notabitur.

Ad §.3.Non solùm.

Ratio dubitãdi.Etiam animaduersorum & punitorum corpora quibuslibet petentibus ad sepulturam danda sunt.*leg vlt.de cadauer.punit.* idque non vt defunctorum memoriæ faueatur,sed in memoriam humanæ conditionis, vt ait *l.quidam 27.de condic.insitit.* Ergo multò magis non permittendum solùm , sed etiam iniungendum mulieri est , vt maritum suum quocunque tandem crimine damnatum lugeat.Præsertim cùm nihil tam humanum sit, quã fortuitis casibus vt mulieris maritum,ita & viri vxorem participem esse. *leg.si cùm dotem 22. §.si maritus. solut. matrimon.* Et laudanda est mulier, quæ etiam post condemnationem mariti, & propter eius casum non mutat adfectionem. *leg.1.C.de repud.* iunct. *leg.res vxoris 24.C.de donationib.inter virum & vxorem.* propter indiuiduam illam vitæ societatem, quæ per matrimonium contrahitur. *lege 1. de ritu nuptiar.*

Ratio decidendi. Ad publicam honestatem & vtilitem sicut pertinet lugeri probos viros & de republica bene meritos , aut saltem non demeritos, ita è contrario non lugeri hostes reipublicæ,& perduellionis dãnatos,nec suspendiosos,nec qui manus sibi intulerunt, si non tædio vitæ, vt prudentes nostri solent distinguere, non mala conscientia id fecerint.*l.vlt.de bonis eorum qui sibi mort.consc.* Sed eos eos potissimùm,qui ad patriam delendam & parentes ac liberos interficiendos venerint. Cùm si filios talem patrem,aut pater talem filium occidisset, sine scelere id fore adeóque etiam præmio eam adficiendum maiores constituerint. *l. minimè 35.§.de releg.& sumpt.funer.*

d *Si quis ergo post huiusmodi exitum mariti.* Coniungendus est meo iudicio hic locus cum cæteris , in quibus alibi obseruauimus additas fuisse ab imperitis interpretibus quasdam illationes planè ineptas, & à iuris ratione omnino alienas, vt in *leg. si pignore 22. §. si prædo. de pignoratitia actione.lege debitor 59.ver.remanet igitur.ad Senatusconsultum Trebellianum. & alibi sæpe.* Quàm enim inepta sit hæc illatio, apparet non solùm ex verbis illis , *Si quis nuptum se collocauerit* (debuerat enim scribi *si qua* , cùm præcedentia omnia sint de muliere , non de marito , nec viri sit , sed mulieris nuptum se collocare) sed etiam ex eo , quòd si quando vir talis sit, quem elugeri non oporteat , quamuis non eò magis permittendæ sint mulieri nuptiæ intra tempus legitimum , magis tamen potest inde peti ratio dubitandi quàm decidendi , vt nemo non videt,& constat ex §.1.huius legis in illis primis verbis,*etsi talis sit.* Debuit ergo imperitus iste interpres scribere *tamen* pro *ergo* , vt conueniret hęc illatio cum *d.§.1.*

4 ¶ Notatur etiam,qui eam duxit: sed si sciens : ignorantia enim excusatur non iuris [a], sed facti [b]. ¶ Excusatur,qui iussu eius,in cuius potestate erat,duxerit: & ipse,qui passus est ducere notatur.vtrumque rectè: nam & qui obtemperauit, venia dignus est [c] : & qui passus est ducere,notari ignominia [d].

Ad §.4.Notatur.

Ratio dubitandi. Qui ducit vxorem viduam, non id cogitur priorem virum lugere, cùm nullo ei cõiunctionis aut sanguinis vinculo sit obstrictus. Ergo nec ob nuptias viduæ infamia notari debet.

Ratio decidendi. Non minùs facit contra edictũ prætoris, & contra honestatem publicam is qui viduã intra legitimum rempus vxorem ducit, quàm ea quæ nubit, cùm non posset illa nubere, si neminem reperiret, qui cum ea nuptias contrahere veller. Ob idque rectè prætor ac meritò vtrumque notauit, sed mulierem omnimodo, quia non potest ignorare tempus mortis, vt neque mortem prioris mariti: posteriorem verò maritum ita si demum si sciuerit nondum elapsum esse legitimum tempus, quod ei potuerit partus, si quis ex priore marito cõceptus esset, ne alioquin ignorantia puniatur, vt in *l.genero* 8.ſ.*hoc tit.*

a *Non iuris.* Ratio dubitandi. Ignorantia iuris excusat à dolo. *l.ſed etſi lege* 25.§. *ſcire.de petitio.heredit.* Ergo & ab infamia excusare debet. Absurdum enim sit adeóque iniquum infamiam pro pœna irrogari ei qui non sit in dolo, licèt non careat culpa.

Ratio decidendi. Error iuris nunquam est probabilis, & ob eam causam stulti dicuntur omnes qui in iure errant. *l.regula* 9.§.*penult.de iur. & fact.ignor.* Non debet igitur excusare hunc, qui aduersus edictum prætoris vxorem duxit viduam intra tempus luctus, quò minùs fiat infamis ex edicto. Non enim quærimus an in dolo sit, quod nec prætor requirit, sed tantùm an fecerit contra edictum. Fecit autem, si modò factum sciuit, licèt ius ignorauerit, quod ignorare nec potuit nec debuit.

b *Sed facti.* Ratio dubitandi. Ignorantia facti non excusat quoties crassa est, & supina. *d.l regula* 9.§.*ſed facti.* iunct. *leg.*3.§.1.*eod. tit.de iuris & facti ignorantia. leg.cùm ſex* 56.*de ædilitio edicto.* Atqui non nisi crassa potest & dissoluta esse ignorantia eius qui viduam vxorem duxit, nec inquisiit quo tempore prior maritus decesserit. Tam facilè enim est vt vxorem eam ducat, cui ea nec sciat virum decessisse, quod tamen quis ferat? Ratio decidendi. Possunt multa ex facto incidere, quæ faciant vt probabilis & tolerabilis sit ignorantia mariti, puta si prior maritus decesserit in longinqua prouincia, & quod plerumque fit, in longioribus & grauioribus morbis, rumor mortis ipsius citiùs aduenerit, quàm revera mortuus fuerit, vt in *l.vlt.de hered.inſt.l.cùm mater* 28. *de inof.teſt.* His casibus inculpatum sanè est factum posterioris mariti, non etiam mulieris.

c *Qui obtemperauit.venia dignus eſt.* Ratio dubitandi. Si patre cogente filius duxerit vxorem, quam non duceret si sui arbitrij esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter inuitos non contrahitur, maluisse hoc videtur. *l.ſi patre cogente* 22. *de ritu nuptiarum.* Ergo perinde notandus est infamia, quia etiam coacta voluntas, voluntas est. *l.ſi mulier* 21.§.*vlt.quod met.cauſ.* Ratio decidendi. Notaretur sanè, si verba ipsa edicti casum hunc non excepissent. Sed bene prætor eum excepit, quia dignus est venia filius qui patri obtemperauit. *l.ad ea* 157. *l.non videntur* 167.§. 1.*l.is damnum dat.*169.*de reg iur.* Excipiuntur tantùm casus illi, qui in se habent atrocitatem facinoris. *dict. l. ad ea. lege ſeruus non in omnibus.* 20. *de obligat. & act.*

d *Et qui paſſus eſt ducere,notari ignominia.* Ratio dubitandi. Plus denique qui ipse facit, quàm qui patitur tantùm fieri, imò & quàm is qui mandat: nec turbat sanguinem pater qui consentit nuptiis filij, sed filius ipse qui ducit vxorem. Atqui excusatur filius qui viduam vxorem ducit intra tempus legitimum. Ergo multò magis excusãtus debet esse pater præsertim cùm ratio edicti non alia sit quàm *propter turbationem ſanguinis*, & si voles etiam ad puniendũ calorem illum animum incontinentiæ, quæ porro nulla est in patre, sed in solo filio ad viduæ nuptias festinante.

Ratio decidendi. Quemadmodum culpa caret qui scit, sed prohibere non potest. *leg.culpa caret* 50.*l. nullum crimen* 109.*de regulis iuris.* Ita è contrario culpa non caret qui scit, & prohibere potest, nec prohibet. *l.ſcientiam* 45. *ad leg. Aquil.l.*3.*de noxal.actio.l. fluminum* 24.§.*quanquam.de damn.infect.* Atqui pater potest prohibere ne filius vxorem ducat, quia nisi consentiat filij nuptiis, filij nuptiæ non valebunt inspecto iure ciuili. *l.*2.*&* 3.*de rit.nupt.* Meritò igitur pater notatur, qui huiusmodi nuptiis filiisamilias consentit. Aliud ergo erit hodie, posteaquàm placuit sacrosanctis Pontificibus, non eo minus valere nuptias filiifamilias, quòd factæ sint ignorante adeóque inuito patre. Nulla enim hodie patris culpa, tota filij est, tum quoque cùm pater consentit, quia etiamsi contradiceret, nihilominus tamen nuptiæ, & quidem iustæ, sequi possent.

12. PAVLVS lib. 5. ad Edictum.

QVi iussu patris duxit, quamuis liberatus potestate patria eam retinuit, non notatur.

Ad l. Qui iuſſu 12.

Ratio dubitandi. Nihil excusat filium ne infamia notetur, nisi quod dignus sit venia qui patri obtemperauit, vt scriptum est in §. *vltim.leg.præcedent.* Atqui hæc ratio cessat statim atque filius hic factus est sui iuris, quia vxorem suam dimittere potest, & aliam accipere. Ergo si eam retineat notari debet, tanquam qui propria voluntate incipiat eam vxorem habere, faciátque suum delictum, quod in id vsque tempus fuerat solius patris, vt & in *leg.qui contra* 4. *in fin. Cod. de inceſtis nuptiis.* Iure nimirum ciuili inspecto, quo libera erant diuortia. Nihil enim tale hodie tractari potest inter Christianos. Ratio decidendi. Facilius est vt matrimonium sine culpa retineatur, etiamsi non posset hodie contrahi sine culpa, non solùm quia multa facta durant, quæ fieri prohibentur. *l. patre furioſo* 8.*ſup.* de his qui sui vel alieni iuris sunt, sed etiam quia durum est cogi maritum diuertere ab ea vxore etiam quam initio ducere noluisset, si sui iuris fuisset, si fortè, quod plerumque fit, adfectio maritalis superuenerit & coaluerit, quæ antea defuerat. Neque simile est quod constituitur in *d.l.qui contra.* Nec quod in *l. non eſt matrimonium* 66.*de ritu nuptiar.* vbi dicitur si tutor vel curator pupillam vel adultam suam filio iunxerit, vtrumque infamari, & filium & patrem. Aliud enim est cõtra leges matrimoniũ cõtrahere, vt in dictis locis, aliud verò iustas quidẽ inire nuptias, sed nimis festinatas quales illę sunt quas. quis intra legitimum tempus cum vidua contrahit

Nam

Nam nec prætor prohibet ne tales nuptiæ contrahantur, neque contractas rescindit, quod nec facere posset, sed tantùm notat infamia eos qui contrahunt nimis festinanter.

13. VLPIANVS libro 6. ad Edictum.

QVid ergo si non ducere sit passus: sed, posteaquàm duxit, ratum habuerit. vtputà, initio ignorauit talem esse, posteà scit? non notabitur. prætor enim ad initium nuptiarum se retulit.

Ad l. Quid ergo 13.

Ratio dubitandi. Ratihabitio æquiparatur mandato. *l.vero* 12. *in fi.de ſolut.l. vlt.C.ad Maced.etiam in delictis.l.*1.§.*ſed & ſi quod* 14.*de vi & vi arm.* Ergo nihil interest, an pater filium passus sit vxorem ducere contra edictum prætoris, an verò posteà quàm filius duxit ratum habuerit. Et consequenter vtroque casu dicendum est patrem notari. Ratio decidendi. Non notatur pater nisi ex edicto prætoris. Atqui prætor se retulit ad initium nuptiarum, vt apparet ex verbis edicti. Ergo sola ratihabitione interueniẽte sicut cessant verba edicti, ita & eius potestas nulla est ad infamiam irrogandam.

1 ¶ Si quis alieno nomine *bina ſponſalia* constituerit, non notatur: nisi eius nomine constituat[a] quem, quámve in potestate haberet. Certè qui filium, vel filiam constituere patitur, quodammodo ipse videtur constituisse.

Ad §.1.Si quis.

Ratio dubitandi. Etiam is qui alieno nomine bina sponsalia constituit, rem turpem facit, & quæ est contra bonos mores, cùm non magis fieri possit, vt quis eodem tempore duas sponsas habeat, quàm vt duas vxores. Ergo notari debet, cùm rei illicitæ operam det, & delinquendi non modò occasionem, sed etiam materiam alij præstet. Ratio decidendi. Non quisquis rem illicitam aut per se turpem facit, notatur infamia, sed is demum, quem prætor edicti sui verbis notauit. Atqui prætor nominatim eum notauit, qui suo nomine bina spõsalia eodem tempore habuerit, vt ex edicto apparet. Hoc ipso igitur excepit eum, qui alieno tantùm nomine bina sponsalia constituerit. Quanquam nec necesse est excipi eum ne notetur, sed sufficit vt non sit verbis edicti comprehensus.

a *Nisi eius nomine conſtituat.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l.liberorum* 11.*in fi.*ſ.*eod.*

2 ¶ Quod ait prætor, *eodem tempore*: non initia sponsaliorum[b] eodem tempore factorum accipiendum est: sed si in id tempus concurrant.

3 ¶ Item si alteri sponsa, alteri nupta sit: ex sententia edicti punitur.

Ad §.2. Quod ait prætor.

b *Non initia ſponſaliorum.* Prætor cùm de nuptiis locutus est, se retulit ad initium nuptiarum, vt scriptum est in *pr.huius l.* Ergo & quod edixit de sponsalibus, referendum est ad initia sponsaliorum, quorum eadem in cæteris ferè omnibus constitui solet ratio, quæ nuptiarum, *l.tutor* 15.*cum l.ſeq.de ſponſalib.*

Ratio decidendi. Alter prætor in hoc edicto locutus est de nuptiis, aliter de sponsalibus. Cùm locutus est de nuptiis, se retulit ad initium nuptiarum, quia eo demum tempore delinquitur, cùm aduersus edictum prætoris ad nuptias festinatur: nec locutus est de pluribus nuptiis, sed de vnis, quia & vnę sufficiunt ad sanguinis turbationem inducendam, quam impediri prætor voluit. At cùm locutus est de sponsalibus, non se retulit ad initium spõsaliorum, quia nihil in sponsalibus turpe est, & quod infamia notandum videatur præter multiplicationem sponsaliorum, quæ porrò non possunt multiplicari eodem instanti. Sufficit ergo vt in idem tempus concurrant, Sic enim lego, non vt vulgò, *ſed ſi in id tempus.* Idémque dicendum est de nuptiis, si ponas nuptias binas contractas fuisse.

Ad §.3 Item ſi alteri.

Ratio dubitandi. Prætor locutus est de eo, qui bina sponsalia binásve nuptias eodem tempore constitutas habuit, vt constat ex verbis edicti. Atqui eã quæ vni sponsa, alij nupta est, neque bina sponsalia, neque binas nuptias eodem tempore constitutas habet. Ergo non notatur edicto. Ratio decidendi. Non notatur quidem verbis edicti, sed notatur ex sententia, quia licèt neque sponsalia sint nuptiæ, neque nuptiæ sponsalia, tamen in nuptiis sponsalia eminenter continentur, cùm nuptiæ sint plus quàm sponsalia. Itaque tantò magis notari hæc debet, quantò grauius est in fraudẽ edicti vel legis aliquid facere, quàm apertè contra edictum vel contra legem. arg. *l.vlt.de rit.nup.* iunct. *l.contra legem* 29.*& ſeq. de legib.*

4 ¶ Cùm autem factum notetur: etiamsi cum ea quis nuptias, vel sponsalia constituat, quam vxorem ducere vel non potest, vel fas non est: erit notatus.

Ad §.4.Cùm autem.

Ratio dubitandi. Quod ipso iure nullum est, effectum nullum producere potest. *l.ſi filius* 7.*de liberis & poſtumis, cum ſimilibus.* Atqui cùm quis nuptias vel sponsalia contraxit cum ea, quam vxorem ducere vel non potest, vel fas non est, nullæ sunt nuptiæ, nulla sponsalia. *l. qui contra* 4. *C.de inceſt.nupt.*§.*ſi adhuc ſuperſtes.Inſtit.de nuptiis.* Ergo nulla ex eiusmodi nuptiis vel sponsalibus infamia irrogari potest. Ratio decidendi. Edictum prætoris non se ad ius retulit, sed ad factum, nec iustas nuptias tantùm, aut iusta sponsalia notauit, sed factum ipsum nuptiarum & sponsaliorum, quæ quò minùs iuris habent, eò magis habere debent infamiæ. Nã si iustas quoque nuptias & iusta sponsalia notat prætor, quantò magis iniustas nuptias & iniusta sponsalia? Denique cùm factum notetur, sufficit facto ipso contractas esse nuptias, contracta sponsalia, licèt nullo iure.

5 ¶ Ex compromisso arbiter infamiam non facit: quia non per omnia sententia est.

Ad §.5. Ex compromisso.

Ratio dubitandi. Comprom ſſa redacta ſunt ad inſtar iudiciorum. *l.1.de recept. qui arbitr.* & conſequenter ſententiæ arbitri ad inſtar ſententiarum à iudicibus latarum, rerúmque iudicatarum. *l.non diſtinguemus 32.§. item ſi quis. eo. l.rem non notam 14.C.de iudi.* Ergo condemnatus per ſententiam arbitri ex compromiſſo, perinde infamis fieri debet, atque ſi eſſet per ſententiam condemnatus.

Ratio decidendi. Non per omnia ſimiles ſunt arbitri iudicibus, nec arbitria iudiciis, nec proinde ſententiæ arbitrorum ſententiis iudicum, quia cùm arbiter nullam habeat iuriſdictionem, quippe quæ ſit ex iure publico, non ex conſenſu & voluntate priuatorum. *l.3.C.de iuriſdict.omn.iudic.* non poteſt eam habere poteſtatem, vt quod pronunciauit vim obtineat rei iudicatæ. Et quamuis ſententiæ arbitri ſtari oporteat, ſiue æqua ſiue iniqua ſit. *l.diem proferre 27.§.ſtari.de recept.* id tamen fit ſolo metu pœnæ, non autoritate ſententiæ, ex qua ſcilicet neque actio, neque exceptio rei iudicatæ naſcitur, ſed tantùm pœnæ petitio. *l.2.eo.l.1.C.eo.*

6 ¶ Quantum ad infamiam pertinet: multùm intereſt in cauſa, quæ agebatur, cauſa cognita aliquid pronunciatum ſit, an quædam extrinſecus ſunt elocuta: nam ex his infamia non irrogatur.

Ad §.6. Quantum.

Ratio dubitandi. Edicti verba non diſtinguunt, an iudex pronunciauerit cauſa cognita, an ſine cauſæ cognitione. Ergo nec nos diſtinguere debemus. *leg. de pretio 8. inf. de publica. l.in rem act. l.in fraudem 15.§. vlt. de teſt. milit.*

Ratio decidendi. Non quælibet vox iudicis iudicati continet autoritatẽ, ſed ea tantùm, quæ vel abſolutionem habet, vel condemnationem. *l.ex ſtipulatione 7.C.de ſent.& interloc.omn iud.* Cæteræ pronũciationes non tam ſententiæ dici debent quàm interlocutiones. *l.quod inſſit 14.de re iudicat.s.* nec proinde infamiam irrogare poſſunt. *leg. verbum 16.leg.interlocutio 19.C.hoc tit.leg.ob hæc verba 20.§.eod.* Prætor enim notauit eum duntaxat, qui ſit condemnatus. *leg.1.§.* Ergo cauſa cognita. Nemo enim ſine cauſæ cognitione condemnandus eſt, præſertim vt infamis fiat.

7 ¶ Pœna grauior vltra legem impoſita [a] exiſtimationem conſeruat: vt & conſtitutum eſt, & reſponſum: vtputà ſi eum, qui parte bonorum multari debuit, prætor relegauerit: dicendum erit duriori ſententia cum eo tranſactum [b] de exiſtimatione eius, idcircóque non eſſe infamem. Sed ſi in cauſa furti [c] nec manifeſti in quadruplum iudex condemnauit, oneratum quidem reum pœna aucta (nam ex furto non manifeſto in duplum conueniri debuit) verùm hanc rem exiſtimationem ei non conſeruaſſe, quamuis, ſi in pœna non pecuniaria [d] eum oneraſſet, tranſactum cum eo videtur.

Ad §.7. Pœna.

a *Vltra legem impoſita.* Ratio dubitandi. Pœna non iudicis arbitrio permittitur, ſed legis autoritati reſeruatur. *l.1.§.1. verſ. quorum alterum. ff. ad Turpill. l.ordine 15. ad municip.* Ergo non poteſt iudex pœnam grauiorem vltra legem imponere.

Ratio decidendi. Poteſt iudex etiam grauiorem pœnam, & vltra legem imponere, non tam vt eum grauiùs condemnet, quàm vt mitiùs, id eſt, vt exiſtimationem eius cõſeruet, quaſi tranſigendo cum reo de ipſius exiſtimatione, vt putà ſi eum, qui parte bonorum mulctari debuit, prætor relegauerit: aut ſi opere temporario quis mulctatus ſit, vel tantùm fuſtibus cæſus, in ea actione, quæ non niſi pecuniariam condemnationem pro pœna expectabat. Maior enim eſt quælibet pœna corporalis, vel minima, quàm pecuniaris damnatio etiam maxima. *l.in ſeruorum 10. in fin. de pœnis.* Ergo duriori ſententia tranſactum videtur cum reo de ipſius exiſtimatione, idcircóque non eſt infamis. *l.4.C.hoc ti.* Quid verò ſi reus mitiùs fuerit condemnatus? Non quidem videbitur iudex cum eo tranſegiſſe, ſed tamen non eo magis fiet infamis ille, qui condemnatus eſt, ſi appareat iudicem id egiſſe, vt ipſius exiſtimationem integram conſeruaret, vt in *l.3.C.hoc tit.* Vnde eſt quod plerumque iudices hodie ſic condemnant, vt addant, *ſalua exiſtimatione*, ne quid in fama damni reus patiatur. Nam cum ex facto ius oriatur. *l.ſi ex plagis 52.§.in cliuo. ad l.Aquil.* multa poſſunt ex facto incidere, quæ facere debeant vt iudex mitiorẽ ſententiam ferat etiam ſaluo honore. *d.l.3.C.hoc ti.* Alioqui mitior pœna ſola non delet infamiam. *d.l.ordine 15. ad munic.* iunct. *l.3.& 5. de decur.*

b *Cum eo tranſactum.* Ratio dubitandi. Iudicis eſt pronunciare & iudicare, non tranſigere aut paciſci cum litigatoribus. Egreditur enim hæc res notiſſimos terminos iuriſdictionis. Ergo quamuis duriorem ſententiam iudex tulerit, non ideo tamen poteſt videri cum reo tranſegiſſe, quod nec ſi voluiſſet expreſſa conuentione facere potuiſſet. Et verò quid abſurdius eſt, quàm ſententiam prodeſſe condemnaro ad conſeruandam ipſius exiſtimationem ob id ſolùm quòd grauior ei fuerit irrogata condemnatio? arg. *l.euidenter 16 de exception. rei iudic.* Nec enim grauior condemnatio fit vt eo minùs, ſed vt eo magis reus condemnetur. arg. *l.legata inutiliter.14.de adim. legat. l.3.§.ſi emancipatus. de bonorum poſſeſſ. contra tabulas.*

Ratio decidendi. Non poteſt iudex cum eo tranſigere per eam conuentionis ſpeciem, quam nos tranſactionem appellamus, quæ ex duorum conſenſu & voluntate perficitur. Sed ipſa ſententiæ ſeueritas eſt, quæ cum cæteris damnis tranſigere videtur, vt loquuntur Imperatores in *d.l.4.C.hoc titul.* quoniam alioqui ſententia non valeret, quæ legitimam pœnam egrederetur, ſaltem in eo, in quo egrederetur. *d.l.1.§.1. verſ. quorum alterum. ad SC. Turp. d.l. ordine 15. ad municip.*

c *Sed*

c *Sed ſi in cauſa furti.* Ratio dubitandi. Pœna grauior vltra legem impoſita exiſtimationem conſeruat; vt ſcriptum eſt in principio huius §. Atqui pœna grauior eſt & vltra legem impoſita, cùm pro furto non manifeſto pœna quadrupli irrogatur, quia pœna legitima furti nec manifeſti in duplum tantùm eſt. Ergo qui ex furto non manifeſto condemnatus eſt in quadruplum, cùm oneratus ſit in pœna, infamis fieri non debet.

Ratio decidendi, Non tam videtur iudex hunc furem condemnaſſe in quadruplum, vt cum eo de exiſtimatione tranſigeret, quàm vt eum quaſi manifeſtum furem puniret, putans ſcilicet per errorem facti manifeſtum furem eum eſſe, qui re vera erat nec manifeſtus. Plerumque enim facti quæſtio eſt, non iuris, An fur manifeſtus ſit, an nec manifeſtus. Cæterùm ſi iudex eum, quem non manifeſtum furem pronunciaſſet, condemnaret in quadruplum, eſſet ipſo iure nulla ſententia, quaſi contra leges expreſſim lata, adeò vt nec ab ea neceſſe eſſet appellari. *l.ſi expreſſim 19. ne apell. l.1.§.* item cum contra. *quæ ſententi. ſine appell. reſcind.* ob idque nec infamiam irrogaret. Nec enim condemnatus intelligitur, qui non ritè condemnatus eſt. *l.4.§. condemnatum. de re iudic.*

d *Quamuis ſi in pœna non pecuniaria.* Omnimodo retinuenda eſt hæc negatio, quæ iam in pleriſque editionibus typographorum vitio deeſſe incipit. Nam & antiqui omnes interpretes ita legerunt, & ex recentioribus Haloander. Vult enim Vlpianus monere multùm intereſſe, an fur non manifeſtus oneratus ſit in pœna pecuniaria, an in pœna non pecuniaria, id eſt, corporali. Vt priore caſu non eò minùs ſit infamis, poſteriore verò cum eo de exiſtimatione tranſactum videatur, ſiue quòd irrogata pœna corporali non poſſit capi ea interpretatio erroris facti quam proximè diximus capi poſſe fure non manifeſto in quadruplum condemnato, (nec enim pœna furis manifeſti eſt, vt corporaliter potiùs quin fur non manifeſtus puniatur,) ſiue potius quod pœna infamiæ grauior ſit, quàm vt cum pœna, qualibet pecuniaria poſſit aut debeat commutari, ſed cum ea tantùm quæ ſit corporalis! *l.in ſeruorum 10. in fi. de pœn.*

8 ¶ Crimen ſtellionatus infamiam irrogat damnato, quamuis publicum non eſt iudicium.

Ad §.8. Crimen.

Ratio dubitandi. Infamem non ex omni crimine ſententia facit, ſed ex eo tantùm quod iudicij publici cauſam habuit, aut quod ex ea actione fuit, quę etiam in priuato iudicio infamiam condemnato irrogaret. *l.infamem 7. de public. iudic.* Atqui actio ſtellionatus neque publicis iudiciis neque priuatis actionibus continetur. *l.1. de crimine ſtellionatus.* Ergo crimen ſtellionatus infamiam damnato irrogare non poteſt. Atque ita ſcriptum eſt in *l. 2. eod. ill. titul.*

Ratio decidendi. Quod in priuatis iudiciis eſt actio de dolo hoc in criminibus eſt ſtellionatus perſecutio. *l.3. eod. ill. tit.* Atqui actio de dolo ſemper eſt famoſa. *l. ſupr. hoc tit.* Ergo & ſtellionatus iudicium ſemper famoſum eſt, quamuis nec publicum iudicium ſit, nec proinde ordinariam coercitionem habeat, ſed extraordinariam. *d.l.2.* vbi ob hanc cauſam deleri negationem oportere docuimus pluribus *lib.4. Coniect. cap.2. vbi vide.*

14. PAVLVS lib. 5. ad Edictum.

SEruus, cuius nomine noxale iudicium dominus acceperit: deinde eundem liberum, & heredem inſtituerit ex eodem iudicio damnatus, non eſt famoſus: quia non ſuo nomine condemnatur: quippe cùm initio lis in eum conteſtata non ſit.

Ad l. Seruus 14.

Ratio dubitandi. Seruus hic, cuius nomine, cùm adhuc ſeruus eſſet, dominus noxale iudicium acceperat, condemnatur ex proprio delicto quod admiſerat in ſeruitute, & condemnatur iam liber factus, & à domino manumiſſus. Nec immeritò, cùm noxa caput ſequatur, & ſeruus etiam poſt manumiſſionem teneatur ex delictis ante manumiſſionem commiſſis. *l. licet 4. Cod. an ſeruus pro ſuo fact. poſt man. ten.* Ergo ſuo nomine condemnatur, & conſequenter notatur infamia.

Ratio decidendi. Condemnatur quidem ex proprio delicto, ſed no.. ſuo nomine, quia condemnatur ex eo ipſo iudicio noxali, quod inſtitutum fuerat contra dominum lite cùm eo conteſtata. (Neque enim ſeruus ipſe qui deliquit, noxali iudicio teneri poteſt ex propria perſona.) Ergo tanquam domini ſui heres, à quo ſcilicet & liber & heres fuit inſtitutus, ac proinde ex perſona & nomine domini ſui. Conſequens igitur eſt, vt non notetur infamia, quoniam quiſquis alieno nomine, & tanquam alterius heres famoſo iudicio condemnatur, minimè notatur. *leg. furti 6.§. ſi quis alieno ſupr. eod. niſi in caſu. §. illud planè. ibidem.* vbi dixi. Iunge quæ ſcripſi ad *l.4.§. Pomponius. §. eod.*

15. VLPIANVS lib. 8. ad Edictum.

NOtatur, quæ per calumniam ventris nomine in poſſeſſionem miſſa eſt, dum ſe adſeuerat prægnantem.

Ad l. Notatur 15.

Ratio dubitandi. Miſſio iſta in poſſeſſionem ventris nomine nullum ius tribuit, ſed tantùm cuſtodiam, vt interim alatur is qui in vtero eſt, quíque vbi natus erit accepturus eſt bonor. poſſeſſionem, & inter ſuos heredes futurus. *leg. 1. de vent. in poſſ. mit.* iunct. *l.inter bonorum 48. de adm. tut.* Ideóque facilis eſt prætor ad mittendam mulierem ventris nomine in poſſeſſionem. *l. 1. §.1. ſi mulier ventr. nom. in poſſ. per calum. eſſ. dicet.* Ergo non debuit infamia notari mulier, quæ ventris nomine in poſſeſſionem miſſa eſt etiam per calumniam, cùm non adeò magnum damnum cuiquam inferat.

Ratio decidendi. Sicut valdè facilis eſt prætor circa bonor. poſſeſſ. dandam mulieri ventris nomine propter fauorem, non ipſius mulieris, ſed partus qui ſperatur, ita non debet calumniã eius impunitã relinquere. *d.§.1.* Facit enim ea miſſio magnam iniuriam & defuncto & heredibus & legatariis, cùm

impediat ne interim possit adiri hereditas, nec attingi quicquam hereditarium, ita vt mortuus interim heredibus institutis & substitutis legata cornant, sitque ob eam causam necessaria & heredibus heredis & legatariis actio prætoria contra mulierem, vt ipsorum indemnitati consulatur. *d. l.1. §. nonnunquam. & seqq. si mulier ventris nomine in possess. per calum. ess. dicet.* Nam & tum quoque cùm mulier dicitur per calumniam petere vt mittatur in possessionem, adhuc tamen succurrit ventri prætor, data ei Carboniana ad exemplum edicti Carboniani, quomodo & cùm is, qui in vtero est, negatur esse conceptus ex defuncto. *l. 3. §. vltim. ne vis fiat ei qui in possess. missus est.* Grauis ergo hæc calumnia est, & digna quæ notetur infamia. Per calumniam autem mittitur mulier in possessionem ventris nomine, quæ sciens prudénsque se prægnantem non esse, voluit in possessionem venire. *d. l.1. §. per calumniam. si mul. vent. nom. in poss. miss.* ac proinde quæ non tantum heredes & legatarios, sed, quod intolerabilius est, ipsum quoque prætorem decepit, vt eius beneficio abuteretur. *l.17. §. hoc tit.*

16. PAVLVS lib. 8. ad Edictum.

CVm non prægnans esset, vel ex alio concepisset[a].

Ad l. Cùm non prægnans 16.

a *Vel ex alio concepisset.* Ratio dubitandi. Non eò minùs re vera prægnans est mulier, quòd ex alio conceperit. Ergo non potest dici eo casu per calumniam missa in possessionem ventris nomine. Ratio decidendi. Nihil interest an non sit prægnans, an verò sit quidem, sed ex alio quàm marito. Nec enim prætor id agit, cùm eam mittit in possessionem ventris nomine, vt ipsi consulat, sed vt patrui qui speratur, quique, si iam esset editus, inter suos heredes futurus esset. *d. l.1. de ventr. in poss. mitt.* Quia tamen præsumptio est pro muliere quod ex marito suo prægnans sit, tum quoque cùm de mulieris adulterio constat. *l. miles. 11. §. defuncto. ad l. Iul. de adult.* nisi exactissimæ & concludentissimæ probationes huic præsumptioni opponantur. *l. filium 6. de his qui sunt vel alien. iur.* dabit interim prætor ventri Carbonianam. *d. l. 3. §. vlt. ne vis fiat ei qui in poss. miss.*

17. VLPIANVS lib. 8. ad Edictum.

DEbuit enim coerceri, quæ prætorem decepit. Sed ea notatur, quæ cùm suæ potestatis esset, hoc facit[b].

Ad l. Debuit 17.

Ratio dubitandi. Satis coercetur hæc mulier in eo quod prætoria actione tenetur ad id omne quod interest heredum & legatariorum, & ad præstandam iis indemnitatem. *l.1. §. nonnunquam. & seqq. si mulier vent. nomin.* Ergo non præterea debuit notari infamia. Nam & similiter is qui à prætore in iure interrogatus non vult respondere, & contumax est, coerceri debet, quia contemnit autoritatem prætoris, & ideò coercetur hactenus vt in solidum teneatur, quemadmodum si negasset. *l. de ætate. 11. §. qui tacuit. de interrog in iur fac.* & tamen nemo dixerit notari eum infamia. Ratio decidendi. Grauius peccat qui prætorem decipit, quàm qui contemnit. Nam & qui decipit, contemnit, non similiter è conuerso, quisquis contemnit, decipit. Item grauiùs peccat mulier quæ decipit prætorem in ea ipsa re, in qua beneficium petit, & accipit à prætore. Nam si magis solicitè custodiendus est honor, in quo etiam beneficium amici tuendum est, quantò magis cauendum est ei personæ, quæ beneficium accipit à prætore, ne prætorem ipsum decepisse videatur? Et hæc ratio est, quam Vlpianus significare videtur in *d. l.1. §.1. si mul. vent. nom.*

b *Sed ea notatur, quæ cùm suæ potestatis esset, hoc facit.* Non igitur ea quæ filiafamilias est, sed eo casu pater notabitur, qui passus est calumniæ causa filiam, quam in potestate habebat, in possessionem ventris nomine mitti. *l. non alia. 19. in fi. §. eo.* Ratio dubitandi. Non minùs ex delictis quam ex contractibus filiifamilias obligantur. *l. tam ex contractibus 57. de iudic.* cùm etiam serui, qui alioquin sunt legibus nostris incogniti, etiam ex delictis teneantur & condemnentur. *l. in seruorum 20. & pas. de pœn.* Nec quod pater quoque ex scientia & patientia sua notetur, filiam excusare debet. Quid enim verat & patrem & filiam infamia notari, vt in specie *l. non est matrimonium 66. de rit. nup.* Sicut & filiofamilias contrahente, & pater & filius simul obligantur. *l. si quis cum filiofamilias 44. de pecul.* præsertim cùm magis delinquat in proposito filia, quæ scit se non esse prægnantem, quàm pater qui hoc ipsum nisi per filiam scire non potest. Ratio decidendi. Loquimur de filia quæ patri adfirmauerit se non esse prægnantem, & quam tamen pater sciens & prudens passus sit per calumniam mitti in possessionem, cùm posset prohibere ne mitteretur. Rectè igitur fecit prætor, qui & filiæ pepercit & patrem notauit. Credendum enim est filiam non idem facturam fuisse, si pater aut prohibuisset, aut saltem id passus nō fuisset. Et ideo digna est filia, cui venia detur, cùm patri obtemperauerit, non etiam pater, cui totum commodum huius calumniæ per filiam acquiritur. *l. placet 79. de acq. her. l. 1. si quis à paren. manum. Dixi adl. liberorum. 11. §. vlt. & l. seq. ff. eo.*

18. GAIVS lib. 3. ad Edictum prouinciale.

EA, quæ falsa existimatione decepta est, non potest videri per calumniam in possessione fuisse.

Ad l. Ea quæ 18.

Ratio dubitandi. Alieni quidem facti ignorantia plerumque probabilis & tolerabilis est. *l. genero 8. ff. hoc tit. l. vlt. §. pro suo.* sed proprij facti non item, ne quidem in muliere. *l. quanquam. 7. §. ad Senatusconsul. Velleianum.* Ergo non potest iustam ignorantiæ aut erroris causam prætendere mulier, quæ adfirmauit prætori se prægnantem, cùm non esset, nec proinde digna est venia, quominùs notetur infamia, si prætorem deceperit.

Ratio

Ratio decidendi. Non solùm conceptionis instans incertum est, sed ipsa etiam conceptio incerta, nec ipsi quoque mulieri, quæ concepisse dicitur, omnino bene cognita. Sæpè enim accidit vt prægnans sit quæ putat se non esse, & contrà vt prægnans non sit, quæ prægnantem se arbitratur. Venia igitur digna est mulier, quę falsa existimatione decepta fuit: nec enim potest videri prætorem decipere, quæ ipsa decipitur: nec rursus quæ in dubio constituta mauult peccare in eam partem, quæ sibi commodior sit futura. Denique per calumniam in possessione videtur fuisse ea demū mulier, quæ sciēs prudénsq; se prægnantem non esse, voluit tamen in possessionem venire. *l.1. §. per calumniam. si mul. vent. nom. in poss. miss.* nec quisquam aut ignorans aut errans calumniatur, cùm calumnia numquam sit sine dolo malo.

19. VLPIANVS libro 8. ad Edictum.

NOn alia autem notatur, quàm ea, de qua pronuntiatum est, calumniæ causa eam fuisse in possessionem missam. ¶ Idque & in patre[a] erit seruandum, qui calumniæ causa passus est filiam, quam in potestate habebat, in possessionem ventris nomine mitti.

Ad l. Non alia 19.

Ratio dubitandi. Mulier quæ per calumniam missa est in possessionem ventris nomine, non aliam ob causam notatur, quàm quia prætorem decepit. *l. debuit 17. sup. eodem.* Atqui eam verum est decepisse prætorem per calumniam mulieris, cùm mulier ipsa tamen condemnata non fuit, quàm si fuerit condemnata. Ergo perinde vtraque notari debet sine distinctione.

Ratio decidendi. Non potest nec debet conditio deterior esse huius mulieris, quæ per calumniam missa est in possessionem, quàm alterius calumniatoris cuiuslibet, cùm mulieri parendum potiùs esset ob sexus infirmitatem. Atqui calumniatores cæteri non aliter notantur edicto, quàm si calumniæ causa fuerint condemnati. *l. 4. §. calumniator. sup. hoc tit.* Ergo neque hæc mulier notari debet, nisi quę calumniæ suæ nomine fuit condemnata. Nam nec priùs dici verè potest prætorem ab ea fuisse deceptum, cùm etiamsi verissimum sit, & liquidò appareat eam prægnantem nec esse, nec vnquam fuisse, non tamen statim consequens fiat, notari eam oportere. Quid enim si probet seipsam falsa existimatione deceptam fuisse vt *l. prox præced.* Quid si id ipsum pronuncietur siue per imperitiam, siue per fordes aut gratiam iudicis vel iudicantis? Vtique res iudicata non eo minùs pro veritate habebitur. *l. ingenuum 25 de statu homin. l. seruo 65. §. cùm prætor ad Senatusconsultum Trebellianum.* Cùm ergo possint multa incidere, quę faciant ne huiusmodi mulier de calumnia vnquam condemnetur, non prius calumniatrix dici potest, quàm condemnata sit. arg. *§. illud quæsitum 13. Inst. de rer. diuis.* propter implicitam scilicet facti quæstionem: præsertim cùm nec prætor factum notauerit in notandis infamia calumniatoribus, sed sententiam de calumnia latam esse voluerit. a *Idque & in patre.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. debuit 17. in fin. sup. eodem. & proximè ad prin. huius leg.* Adde si voles aliam rationem dubitandi ex eo quod hic pater non condemnatur tanquam calumniator ipse sit, sed ob id solùm quod calumniam à filia passus sit fieri, quam iure patriæ potestatis poterat prohibere. Ergo non quæ ratio habet locum in filia, potest etiam habere locum in patre, vt non notetur infamia nisi interueniente condemnatione. Sententiam enim vult prætor latam esse contra calumniatores, at non etiam contra patrem, quem sufficit passum esse vt filia faceret calumniam, licèt nihil ipse dixerit aut fecerit.

Ratio decidendi. Pater quidem calumniator non est, nec infamatur quasi calumniator, sed tamen notatur propter calumniam filiæ. Ergo non alio casu quàm quo filia ipsa notaretur ex propria calumnia, si fuisset suæ potestatis, & ita demum si filiam ipsam calumniatam esse appareat, quod tamen non aliter apparere potest quàm per sententiam, cùm ea quæstio facti sit magis quàm iuris, vt proximè dixi. Quare nec illud lex hęc requirit, vt pronuntiatum sit contra patrem ad eum infamia notandum, sed vt pronunciatum sit contra filiam, calumniæ causa eam fuisse missam in possessionem.

20. PAPINIANVS libro 1. Responsorum.

OB hæc verba sententiæ præsidis prouinciæ, *Callido commento videris accusationis instigator fuisse*: pudor potiùs oneratur, quàm ignominia videtur irrogari. non enim, qui exhortatur, mandatoris opera fungitur.

Ad l. Ob hæc verba 20.

Ratio dubitandi. Verba illa, *callido commento*, non aliam quàm doli significationem habere possunt. Ergo cùm sint prolata non per interlocutionem, sed per sententiam ipsius præsidis, vt hîc Papinianus ait, infamiam irrogant damnato, si quidem dolus semper infamat.

Ratio decidendi. Infamia non per quamlibet sententiam præsidis aut iudicis irrogatur, sed per eam duntaxat, quæ specialiter ob iniuriam aliquam admissam reum condemnet. *l. interlocutio 19. Co. hoc tit.* Atqui nulla hîc condemnatio est. Non enim qui exhortatur damnatoris opera fungitur. Sic námq; hoc loco legendum esse docuit *lib. 6. Coniect. cap. 6.* Et nūc probo magis ex *d. l. interlocutio.* quæ ostendit ius dicentem vel iudicem, cùm ita interloquitur, vt alicuius pudorem & existimationem oneret & grauet, hoc ipso videri eum admonere, vt ad melioris vitę frugem se reformet. Quid enim aliud est eo loco *admonere*, quàm quod hîc apud Papin. *exhortari* vt & apud Callistratum in *l. capitalium 28. §. solent*, ibi *nec antè sint à præside admoniti de pœn.* Bene ergo Papinianus noster supradictis verbis pudorem potius oneratum videri, quàm infamiam irrogatam.

21. PAVLVS libro 2. Responsorum.

LVcius Titius crimen intendit Gaio Seio, quasi iniuriam passus: atque in eam rem testationē[a] apud præfectum prætorio recitauit, præfectus, fide nō habita testationis, *nullam iniuriam à Lucium Titium passum esse à Gaio Seio pronuntiauit*. quæro, an testes, quorum testimonium reprobatum est quasi ex falso testimonio, inter infames habentur? Paulus respondit nihil proponi, cur hi de quibus quæritur, infamium loco haberi debeant: cùm non oportet[b] ex sententia, siue iusta, siue iniusta, pro alio habita alium prægrauari?

Ad l. Lucius 21.

Ratio dubitandi. Iudex qui non habita fide testationi pronunciauit Titium nullam iniuriam à Gaio Seio passum esse, necesse est vt vel malè & iniustè pronunciauerit, vel testium fidem & testimonium reprobauerit, quasi quos vel falsos crediderit, vel saltem non integræ existimationis. Siquidem ad boni iudicis officium pertinet eius testimonij fidem, quod integræ frontis homo dixerit, perpendere. *l. quæsitum* 15 *de testibus*. Hoc ipso igitur quod pronunciauit contra eorum testimonia, illud etiam in necessarium antecedens pronunciasse videtur, vel falsos eos esse, vel tales, quibus etiam vera decentibus credi non oporteat: quorum prius infamat, posterius verò habet eos iam pro infamibus, aut saltem pro iis qui non sint integræ fidei. Omnimodo ergo inter infames habendi sant.

Ratio decidendi. Multæ possunt esse causæ, propter quas bonus iudex reprobare potuerit & debuerit dicta testium, salua & illæsa ipsorum existimatione, putà si ob amicitiam suspecti videantur. *l. 3. eodem titul. de testibus*. Itaque non est bona consecutio, vt quorum testimonia reprobauit iudex, eos vel infamare, vel pro infamibus iam habere voluerit. Aliud enim est testes reprobare, aliud nullam eorum, quæ dixerint, rationem habere. argum. *leg. si autem* 8. *§. si quocunque. de negot. gest. l. quod in diem* 7. *§. 1. de compensatio*. Sed etsi ea fuisset mens iudicis, non tamen id sufficeret ad testes infamandos, nisi expressim pronunciatum esset. Sententia enim opus est, quę non sit sine verbis. At neque sufficeret de eo iudicem pronunciasse inter alios, sed sententiam contra testes ipsos in eam rem auditos & vocatos latam esse oporteret, vt iudicio publico ex *lege Cornelia de falsis damnati* dici possent. *l. infamem* 7. *de public. iudic.* quoniam alioqui sententia, siue iusta, siue iniusta, inter alios lata alijs nocere nec potest, nec debet. *tot. titul. inter alios act. vel iudic. aliis non nocer. extra casum leg. sæpe* 53. *de rei iudic.* An ergo per huiusmodi sententiam notatur saltem is, qui testes produxit, & contra quem pronunciatum fuit? Ne hoc quidem. Potuit enim iudex etiam reprobatis testium testimoniis ita pronunciare contra actorem, *non probasti*, quibus verbis nemo diceret infamiam ei irrogaram. Aliter quàm si pronunciasset, *calumniatus es*. His enim verbis de calumnia condemnasse ipsum videtur, & ita infamia notasse. *l. 1. §. 1. vers. quorum alterum. ad SC. Turpill.*

a *Testationem*. Pragmatici nostri vocant *inquestam* in causa ciuili, *informationem* verò in causa criminali. Nec enim vna vel altera depositio hoc nomine significatur, sed totum, vt ita ita dixerim, corpus depositionum & testificationum testium.

b *Cùm non oportet*. Facilè crediderim totam hanc rationem additam esse à Triboniano, non quod vel falsa sit, vel sensu inepta, cuiusmodi solent esse Triboniani notæ, sed quia parum elegantibus verbis, iisque Triboniano familiaribus concepta est. argu. *l. si quis suo* 37. *§. primo Cod. de inoffic. testam.* Scripsisset enim Paulus, *cùm non oporteat*, aut *quia non oportet*, non quomodo scriptum est, *cùm non oportet*, sumpto *cùm* pro *quia*, & verbo indicatiui modi pro verbo subiunctiui. Nec rursus scripsisset, *sententia pro alio habita*. Ferri enim, aut reddi, aut pronunciari sententiam dicimus, non *haberi*.

22. MARCELLVS lib. 2. Publicorum.

ICtus fustium infamiam non importat, sed causa, propter quam id pati meruit, si ea fuit[a], quæ infamiam damnato irrogat. In cæteris quoque generibus pœnarum eadem forma statuta est:

Ad l. Ictus fustium 22.

Ratio dubitandi. Fustibus cædi pœna esse, & quidem hominum tenuiorum, non honestiorum. *l. veluti* 7. *l. in seruorum* 10. *in fin. leg. capitalium* 28. *§. non omnes. infr. de pœnis*. Delictum ergo aliquod præcedere necesse est, & consequenter vix est vt causa ictus fustium possit esse non famosa.

Ratio decidendi. Non omne delictum famosum est, ac proinde nec omnis pœna, quamuis iustè ac ex delicto aliquo irrogata. Sed crimen aut publicum esse oportet, aut tale quod etiam in priuata actione infamiam irrogaret. *l. infamem* 7. *de public. iudic.* Non ergo ictus fustium infamiam importat, sed causa propter quam id pati meruit si ea fuit, quę infamiam irrogat damnato, putà si propter calumniam, vt in *l. fustibus* 16. *Cod. hoc tit.* iunct. *l. nullam* 14. *eod.*

a *Si ea fuit*. Ratio dubitandi. Etiam qui ex furti causa fustibus cæsus est, infamis tamen non fit *l. in seruorum* 10. *in fin. de pœnis*. Atqui causa furti, siue manifesti, siue nec manifesti, famosa est. *l. 1. lege* 4. *§. vlt. l. furti* 6. *in princ. supra eod.* Ergo non semper ictus fustium infamiam importat, etiamsi causa, propter quam id pati quis meruit, sit famosa. Ratio decidendi. Cùm ictus fustium irrogatur tanquā pœna legitima criminis famosi, vt liberto ingrato erga patronum, & contumelioso. *leg. 1. §. cùm patronus. sup. de offic.*

officio præfecti vrb. aut calumniatori. *dict. l. fustibus* 16. *Cod. hoc tit.* aut periuro. *l. si duo* 13. *§. vlt. de iureiurand.* semper irrogat infamiam, & ita hæc lex accipienda est. Sed si irrogetur vltra pœnam legitimam, quamuis ex causa famosa, vt in actione furti, cuius pœna ordinaria non est nisi dupli, si furtum sit nec manifestum, quadrupli verò si manifestum, tunc non infamat, non quia pœna ipsa per se non sit famosa, sed quia duriore sententia videtur cum reo transactum de existimatione. *l. quid ergo* 13. *§. pœna. in princip. & in fin. hoc tit.* Quid si ea pœna irrogetur ei qui negligenter ignem custodierit. *l. 3. §. 1. de officio præfect. vigil.* vel militi qui agmen excesserit? *l.* 3. *§. sed qui agmen. de re militari*. Non notabitur, quia hæ causæ non sunt famosæ. Mouetur tamen eius existimatio. *l. pen. §. penult. de extr. cognit.* Pudor enim qui oneratur, minuitur.

b *In cæteris quoque generibus pœnarum eadem forma statuta est*. Hic quoque versiculus mihi Tribonianum sapit. Nam etsi de flagellorum castigatione, vel vinculorum verberatione idem dici posset, quod de fustium admonitione. *l. veluti* 7. *de pœn.* in alijs tamen pœnis grauioribus & capitalibus, cuiusmodi sunt ad furcam damnatio, viui crematio, capitis amputatio, metalli coercitio, & in insulam deportatio, de quibus in *leg. capitalium* 28. *eodem*. nulla talis distinctio adhiberi potest, non solùm quod huiusmodi genera pœnarum non nisi exgrauioribus & capitalibus publicisque iudiciis irrogentur, quæ semper sunt famosa. *d. l. infamem* 7. *de public. iudic.* Sed etiam quia cùm vitam auferant, vel saltem libertatem, aut denique ciuitatem, fieri non potest quin famam quoque & existimationem consumant. *d. l. pen. §. consumitur. de extr. cognit.* Deinde quod hæc dicitur, *eadem forma statuta est*, nihil commune habet cum eo quod de ictu fustium proximè dictum fuit. Nec enim vlla lex est, vllum edictum, aut aliud quidpiam, quod certam formam statuerit de infamia per ictum fustium irroganda vel non irrogada, sed est totum hoc iuris recepti, non constituti.

23. VLPIANVS lib. 8. ad Edictum.

PArentes, & liberi vtriusque sexus[b], nec non & cæteri adgnati, vel cognati secundùm pietatis rationem[c], & animi sui patientiam, prout quisque voluerit, lugendi sunt[a]. qui autem eos non eluxit, non notatur infamia[d].

Ad l. Parentes 23.

a *Lugendi sunt*. Ratio dubitandi. Votum parentum est vt liberos suos lugeant. *l. scripto* 7. *§. vltim. vnde liberi. l. nam etsi* 15. *de inoffic. testam.* Ergo non sunt à parentibus lugendi. Quis enim lugeat eum qui sit voti sui compos?

Ratio decidendi. Mala & fœdissima consecutio est, quæ ex parentum pietate impietatē liberorum colorem quærit. Imò verò tantò digniores sunt parentes qui à liberis suis superstitibus lugeantur, quod liberorum suorum vitam & salutem sua charioremhabent. *l. isti quidem* 8. *§. vltim. quod met. caus.*

b *Et liberi vtriusque sexus*. Ratio dubitandi. Scipsum videtur lugere pater potiùs quàm liberos, qui liberos luget, cùm idcirco liberos suscipiamus, vt ex eorum prole diuturnitatis memoriam nobis in æuum relinquamus. *l. liberorum* 220. *in fin. de verb. signific.* Suam ergo potiùs quàm liberorum suorum sortem & conditionem luget, qui prædefunctos liberos luget.

Ratio decidendi. Consolationis species quædam est lugendi licentia, nec quicquam est tam conueniens humanæ conditioni. Vnde verus illud Imperatoris dictum de filio obluctato, & nihilominùs amicum lugente, *Permisit vt homo sit*. Ergo non est parentibus deneganda. argument. *l. iure succursum* 6. *de iur. dot.*

c *Secundùm pietatis rationem*. Ratio dubitandi. Quod de sepulchro scribit Seneca in libro De remed. fortuitor. Sepulchrum non sentienti esse superuacuum, sentienti verò onus, idem videtur de luctu dici posse. Nulla ergo pietatis ratio subesse videtur, quæ defunctos lugendos suadeat: præsertim apud Christianos, qui non debent ignorare quod Diuus Paulus docet de dormientibus, sicut cæteri qui spem non habent.

Ratio decidendi. Pietas est digna eo qui se & hominem & Christianum esse meminerit, defunctum parentem, filium, agnatum, cognatum, amicum denique quemlibet lugere, dum tamen modus adhibeatur, ex quo appareat non doloris impatientia id fieri, sed pia charitate, quam & fides & spes Christiana accendit potiùs quàm extinguit. Sicut nec gratia naturam destruit, sed supponit. Impij ergo illi, Vlpiano etiam teste, qui pietatem hanc damnant, nec maritos ab vxoribus, aut parentes à liberis lugeri patiuntur.

d *Qui autem eos non eluxit, non notatur infamia*. Ratio dubitandi. Pietas est lugere defunctos parentes, liberos, agnatos, cognatos, amicos, vt proximè dictum est. Ergo impietas est non lugere, & contra publicam honestatem. Proinde qui non eluxit, notari debet infamia.

Ratio decidendi. Multa piè fiunt, quæ tamen sine scelere & infamia prætermitti possunt, quanquam vix est vt prætermissa non onerent pudorem & existimationem apud bonos, graues & sapientes viros. argumen. *l. 2. de obseq. parent. præstand.* quibus sicuti sola ratio pro necessitate est, ita & fauoma ratio ea quę pro pietate ac honestate facit. Atqui aliud est pudorem onerari, aliud infamiam irrogari. Sicut & aliud est pietatis officia prætermittere, aliud violare. Qui violat, punitur, quoniam ad publicam vtilitatem hoc pertinet, at non etiam qui prætermittit. Adeò verum est de pietate quod de religione dicebat ille, Imperari eam non posse.

d *Non notatur infamia*. Ratio dubitandi. Plus parentibus nostris debemus quàm vxores nostræ nobis debeant. Illis enim vitam debemus, hæc nobis nihil nisi liberos & indiuiduam vitæ consuetudinem. Atqui notatur infamia mulier quæ virum non eluget. *leg. 1. l. genero* 8. *sup. hoc titul.* Ergo &

multò magis infamia notandus est impius filius qui præmortuum parentem non luget. Ratio decidendi. Non tam notatur mulier ob id quod maritum non lugeat, quàm quod intra lugendi tempus alias nuptias quærat, vt ex eo constat, quod si primo aut altero mense post mariti mortem pepererit, impunè nubit. *leg. liberorum* 11. *§. Pomponius. sup. eodem.* propterea quòd non timetur amplius turbatio sanguinis, vt ibi dixi. Lugendi ergo mariti necessitas indicta est mulieri, non tam vt lugeat, quàm ne tam citò alteri nubat, nec tam pieratis intuitu, quàm rei publicæ gratia, ad quam maximè pertinet ne familiæ, quæ per cuiusque parentis liberos propagandæ sunt, confundantur. *l. 1. §. antep. de inspi. ventr.* cùm pater ille sit, quem nuptiæ demonstrant. *l. quia semper 5. de in ius vocand.*

24. IDEM lib. 6. ad Edictum.

IMperator Seuerus rescripsit, non obfuisse mulieris famæ eius quæstum in seruitute factum.

Ad l. Imperator 24.

Ratio dubitandi. Noxa sequitur caput, ideóque seruus ex delicto quod in seruitute admisit, etiam post manumissionem tenetur. *l. licet 4. C. an seruus ex suo facto post manum. teneat. l. serui 14. de obligat. & act.* Ergo debet mulieri obesse quæstus in seruitute factus, vt perinde notetur infamia, quemadmodum lenoni nocet etiam post adeptam libertatem lenocinium exhibitum in seruitute. *l. 4. §. Pomponius sup. eod.* Ratio decidendi. Meltor est hac parte conditio meretricis quàm lenonis, quia lenonis factum notauit prætor, non meretricis, vt ibi dixi. Pœna verò infamiæ, cùm non nisi ex edicto irrogetur, non potest irrogari, nisi quatenus edicti verba ita ferunt. Nec sanè vnquam infamatur meretrix ob quæstum, quia licèt turpiter faciat quod sit meretrix, non facit tamen turpiter quod accipit cùm sit meretrix. *l. 4. §. sed quod meretrici. de cond. ob turp. caus.* Planè matrisfamilias honestatem habere nunquá potest. *l. probrum 40. de ritu nupt.* neque aboletur turpitudo quæ intermissa est. *l. palàm 43. §. non solùm cod.* Ideóque nec desineret infamis esse mulier quæ propter vitam meretriciam aliquando turpis & infamis fuit, si posset verè dici infamem ipsam fuisse eo tempore quo in seruitute adhuc erat, neque personam, aut caput, aut famam denique vllam habere intelligi batur. *l. 3. §. vlt. & l. seq. de cap. minu.* iunct. *l. pen. §. 1. de extr. cognit.*

25. PAPINIANVS libro 2. Quæstionum.

EXheredatum quoque filium luctum habere patris memoriæ placuit. Idémque & in matre iuris est [a], cuius hereditas ad filium non pertinet.

Ad l. vlt. Exheredatum.

Ratio dubitandi. Si filius merenter exheredatus fuit, indignus est qui filius dicatur, aut pro filio habeatur, qui pietatis officia impiè violauit: dignus potius cui pater vitam pro suo iure adimat, aut saltem magistratus ipse dictante patre, vt in *l. si filius 3. C. de patr. potest.* iunct. *l. vlt. eod.* Si verò filius immerenter & sine causa exheredatus sit à patre fortasse nouercalibus delinimentis malè erga filium animato, non est cogendus vt patrem lugeat, cuius iudicia potest impugnare tanquam furiosi hominis, dementis & insani. *l. 2. & 4. de inoff. test.* Quid enim tam alienum, quàm pietatis officia ei præstare, quem impietatis accuses?

Ratio decidendi. Exheredatio non facit quominus filius & nomen & ius filij retineat, cùm neque tollat iura suitatis, vt probaui *lib. 10. Coniect. c. vlt.* nec aliter quàm vt filium tractet pater, qui eum exheredat, si quidem extraneus & qui filius non esset, ineptè exheredaretur. *l. quidam 132. de verbor. obligatio.* Proinde non debet exheredatio, siue iusta, siue iniusta, facere vt eo minùs luctum filius habeat memoriæ patris, ne vel hoc ipso piè videatur fecisse pater, qui tam impium filium, alioqui etiam immerentem exheredauerit.

a *Idémque & in matre iuris est.* Ratio dubitandi. Strictius est vinculum quo pater quàm quo mater filio coniungitur propter ius patriæ potestatis, quod facit vt patris & filij eadem persona esse existimetur. *l. in suis 11. de liberis & posthumis. l. vlt. Cod. de impub. & aliis substitut.* Nec enim matres habent liberos in potestate. *l. mulierem 5. Co. de adopt. l. illud 4. §. ad testamenta. de bonor. poss. contr. tab.* Sed & vinculum ipsum patriæ potestatis dicitur vinculum pietatis in *l. vlt. inf. si à paren. quis manum.*

Ratio decidendi. Etsi parentum inæqualis est in liberos potestas, iis tamen æqualis pietas & reuerentia debetur. *l. 4. infr. de curat. furios. l. nam etsi 15. de inoff. test.*

1 ¶ Si quis in bello ceciderit & si corpus eius non comparcat, lugebitur.

Ad §. 1. Si quis in bello.

Ratio dubitandi. Quoties tractatur de corpore mortuo, necesse est ante omnia vt de eo constet. Quid enim si is qui siue in bello, siue alibi occisus dicitur, postea viuus appareat? Nam & id non semel ex facto accidisse constat. *l. inde Neratius 23. §. vlt. ad legem Aquiliam. l. 4. de confess.* Ergo si quis in bello cecidisse dicatur, nec eius corpus appareat, lugendus non est. Ratio decidendi. Tractat hîc Papinianus de eo quem constat in bello pro patria cecidisse, licèt corpus eius non reperiatur. Nec quod dici solet non entium & non apparentium idem esse iudicium. *§. si aduersus. de nuptiis.* ad rem pertinet, cùm possit constare de morte per milites qui eum occidi viderunt, etiam nullibi reperto postea corpore. Quod de Imperatoris Gordiani filij nece proditum legimus, exercitu ipsius ad internecionem vsque in Africa deleto, vt Capitolinus refert.

DE PROCVRATORIBVS, ET DEFENSORIBVS.

TITVLVS III.

VLPIANVS lib. 9. ad Edictum.

PROCVRATOR est, qui aliena [a] negotia mandatu domini [b] administrat [c].

Ad Tit: 3. De procurat. & defensor.

Ad l. Procurator est 1.

Ratio dubitandi. Etiam quis aliena negotia sine mandatu domini procurare potest, vt is qui aliena negotia vltro gerit. Quid enim aliud est procurare, quàm diligenter curare? Ergo is quoque procurator ab etymo vocabuli dici debet. Ratio decidendi. Negotiorum gestor dicitur ille ab ipso facto negotiorum gestionis non procurator: Adeò fuerunt prouidi iureconsulti vt vnaquæque res suum ac proprium nomen haberet, ne fœda verborum rerúmque confusio induceretur, vt loquitur Iustin. in *l. vltim. Co. de legit. tutel. iunct. lege si idem 7. Cod. de coditill.* Denique procuratoris nomen est nomen iuris, & quidem ciuilis. Vnde est quod procurator ius habet faciendi ea ferè omnia quæ dominus ipse si adesset facere posset. Nomen verò negotiorum gestoris est nomen facti, id est, quo nihil nisi factum & gestionem ipsam demonstramus. Quare nec ius habet negotiorum gestor quicquam agendi alieno nomine, sed tantùm si quid egerit tenetur eo nomine directa actione, & vicissim si quid impendere it inuatur contraria, vt dicemus ad *titul. de negot. gest.*

a *Qui aliena.* Ratio dubitandi. Procurator in rem suam datus verè procurator est. *l. si quis in rem 34. ff. hoc tit.* Atqui rem suam gerit non alienam qui in rem suam procurator factus fuit, ob idque & mulieribus & militibus permittitur vt in rem suam procuratores esse possint. *l. qui absente 4. l. qui stipendia 9. C. hoc tit.* Ergo non debuit hæc dictio addi in definitione procuratoris. Ratio decidendi. Qui in rem suam procurator est rem alienam tractat proculdubio non suam, sed tamen tractat ad suum proprium lucrum & commodum, ideóque verum est eum & alienam & suam rem agere, sed diuerso sensu diuersisque respectibus. iunge *l. si mandauero 22. §. Iulianus mandat.*

b *Mandatu domini.* Ratio dubitandi. Procuratores dicuntur etiam illi qui sine mandato agunt pro coniuncta persona, quibus etiam sine mandato agere licet *l. sed & hæ personæ 33. ff. hoc tit.* Ergo ad procuratoris constituendi substantiam non requiritur mandatum. Ratio decidendi. Coniunctus potest esse procurator pro coniuncto etiam sine mandato, non quòd necessarium non sit mandatum vt quis procurator dici possit, sed quia hoc ipso quod coniuncta persona est mandatum habere intelligitur. *l. exigendi 12. C. eod.* Quòd si nec coniuncta persona sit, nec mandatum habeat, adhuc tamen procurator quis esse potest si modo caueat de rato, & postea quandoque ratihabitio sequatur *l. 1. eo.* quia ratihabitio hac parte vt & in aliis ferè omnibus mandato æquiparatur. *l. vero procuratori 12. in fi. de solut. l. vlt. C. ad SC. Maced. l. semper 60. de reg. iur.*

c *Administrat.* Hoc verbo etiam ius actionis exercendæ significatur, cùm ad hoc potissimum inductus sit vsus procuratorum vt per alios possint, vel agere vel conueniri illi qui rebus suis per se superesse vel volunt, vel non possunt. *§. vsus autem hac leg.*

1 ¶ Procurator autem vel omnium rerum, vel vnius rei esse potest, constitutus vel coram, vel per nuntium, vel per epistolam. quamuis quidam (vt Pomponius libro vicesimo quarto scribit) non putent vnius rei mandatum suscipientem, procuratorem esse: sicuti ne is quidem, qui rem perferendam, vel epistolam, vel nuntium perferendum suscepit, propriè procurator appellatur. sed verius est, eum quoque procuratorem esse, qui ad vnam rem datus sit.

Ad §. 1. Procurator autem.

Ratio dubitandi. Multa sunt quæ mandato quantumuis generali non continentur, & quæ mandatum exigunt speciale, cuiusmodi est transigere diminuendi causa. *l. mandato 60. ff. hoc tit.* petere in integrum restitutionem *l. illud nullam 25. in fi. de minor. donare. l. filiusfamilias 7. de donat.* & alia permulta quæ nostri congerunt cùm tractant de mandato generali aut speciali. Ergo fieri non potest vt quis generaliter procurator omnium rerum constituatur.

Ratio decidendi. Aliud est procuratorem esse omnium rerum. Aliud verò posse omnia facere quæ dominus ipse posset. Rerum quidem omnium procurator constitui potest, sed ita tamen vt ea tantùm possit facere quæ mandato generali continentur. Præsertim cùm nec quisquis omnium rerum generalis procurator est, ideo tamen liberam habeat administrationem (hoc enim plus est. *l. procurator cui 58.* iunct. *l. procurator totorum 63. ff. hoc tit.* nec qui habet liberam possit adhuc ea facere quæ specialius mandatum exigunt.

d *Vel vnius rei.* Ratio dubitandi. Qui vnius tantùm rei mandatum suscepit, is non magis propriè dicã procurator potest quàm qui rem vnam perferendam vel epistolam, vel nuncium perferendum suscepit vt Pomponius dicebat. Ratio decidendi. Qui ad vnam duntaxat rem procurator datus est perinde de re alienam mandatu domini administrat, atque is qui omnium rerum procurator est, res omnes & omnia negotia aliena. Ergo perinde procurator est & dici debet. *l. si procurator 10. C. hoc ti. l. si verò 12. §. contrario mandat.*

e *Per nuncium vel per epistolam.* Ratio dubitandi. Interest procuratoris, & eius contra quem procurator datur, vt de mandati fide dubitari non possit, ne ea quæ veras procurator gesserit quasi à falso procuratore gesta infirmentur. Atqui & epistolæ & nuncij fides priuata est, ob idque suspecta & plerumque aliter quàm per epistolam ipsam probanda. *l. vlt. in princip. de leg. 2. l. scriptur. ss* 14. *Cod. qui potior. in pign. hab.* Ergo de mandato constare debet per instrumentum publicum, & vt loquuntur, authenticum, quod fit probatio probata, id est, cuius fides in dubium reuocari non possit: quomodo passim hodie obseruatur, præsertim si quis procurator fiat in aliquam litem. Nam nec mandatum idoneum esse intelligitur, nisi & obligationem contineat bonorum omnium constituentis, & electionem, vt aiunt, domicilij in domo procuratoris.

Ratio decidendi. Procurator constituitur per mandatum qui contractus est iuris gentium, & cõsequenter solo consensu perfici potest, nulla extrinsecus adhibita solemnitate, ac proinde & inter absentes, & per nuntium, & per literas. *l. 1. mandat. l. 1. §. vlt. de contr. empt. l. 1. locat.* iunct. *l. ex hoc iure 5. de iustit. & iur.* Sanè vt de consensu appareat, necesse est fidem vel nuncio, vel epistolæ constare, & quidem ita vt nulla fraudis vel falsitatis suspicio possit incurrere. *d. l. vlt. in princip. de legat. 2. l. cùm tabernam* 34. *§. 1. de pignor.*

2 ¶ Vsus autem procuratoris perquàm necessarius est: vt qui rebus suis ipsi superesse vel nolunt, vel non possunt, per alios possint vel agere f, vel conueniri,

Ad §. 2. Vsus autem.

Ratio dubitandi. Videtur vsus procuratorum non modò inutilis, sed etiam damnosus reipublicę, siue eos consideres qui procuratorem constituunt (fiunt enim isti negligentiores cùm videant licere sibi per alios facere quod per seipsos facere deberent) siue cos, qui procuratores fiũt, quos certum est plerunque occasionem inde arripere agendi perfidè in re aliena: vnde illud Ouidianum

Tuta frequẽnsque via est per amici fallere nomen,
Tuta frequẽnsque licet sit via crimen habet:
Inde procurator nimium quoque multa procurat,
Et sibi mandatis plura videnda putat.

Ratio decidendi. Multa sunt, quę per alios non solùm commodiùs facere quiuis potest, sed etiam vtiliùs quàm per seipsum, siue agat, siue conueniatur, vt in specie. *l. furti 6. §. si quis alieno. 5. tit. prox.* Et præterea à variis ex causis potest euenire, vt rebus suis per se agendis superesse nequeat, etiam is qui maximè velit, vtut diligentissimus sit. *l. non enim 16. ex quib. caus. maior.* Quod ergo negligentiorum socordiæ obuiam eundum fuit, non debuit rem publicè tam vtilem, & quæ diligentissimo cuique prodesse possit, impedire. Quod enim quis per alium facit, per seipsum facere videtur, *c. quod quis. de reg. iur. in 6.*

f *Vel agere.* Ratio dubitandi. Nemo alieno nomine lege agere potest. *l. nemo alieno 123. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Aliud est agere simpliciter, aliud agere lege nomine alieno. Hac enim posteriore locutione significamus legis actiones, quæ non possunt peragi per procuratorem, vt alibi iam scripsimus, & dicemus latiùs ad eum locum. At simpliciter agere per procuratorem quiuis potest.

3 ¶ Dari autem procurator & absens potest,

Ad §. 3. Dari autem.

Ratio dubitandi. Consensus procuratoris debet concurrere cum consensu mandantis, vt possit procurator obligari ad implendum mandatum, quod suscepit. *l. 1. l. si mandauero 22. §. vlt. mandat.* Atqui absens non potest consentire eodem tempore. Ergo absens procurator fieri non potest.

Ratio decidendi. Non est necesse, vt consensus vtriusque ab initio interueniat eodem tempore, sed sufficit vt amborum consensus in idem tempus cõcurrat: quomodo loquitur Vlp. in interpretatione illorum verborum *eodem tempore* in edicto, de his qui *not. infam. l. quid ergo 13. §. quod ait prætor. 5. tit. prox.* Atqui potest facilè consensus vtriusque in idem tempus concurrere, tametsi absens procurator constituatur, quia licèt non consentiat ipse eo tempore quo constituitur, tamen qui eum constituit, consentit, eo quoque tempore quo procurator suscipit mandatum, quamuis eo tempore absens sit is, qui constituit, siquidem consensus qui semel interuenit, perpetuò durare intelligitur, quandiu non est reuocatus aut morte, aut contraria voluntate. *l. inter causas 26.* iunct. *l. si verò 12. §. pen. l. si mandassem 15. mand.* Nihil ergo vetat quominus absens quoque procurator constitui possit: dummodò concurrant ea de quibus in *l. seq.* id est, dummodò certus sit, qui procurator datus intelligetur, & is ratum habuerit, id est, suscipiat mandatum. Nec enim mandatum est, quod facit procuratorem, sed mandati susceptio. *d. l. 22. §. vlt. mandat.*

2. PAVLVS lib. 4. ad Edictum.

DVmmodo certus sit, qui datus intelligetur: & is si ratum habuerit 5.

Ad l. Dummodò 2.

Ratio dubitandi. Etiam incerta persona eligi potest, vt commodum & beneficium nobis præstet, valétque eiusmodi electio, ita vt in eiusmodi personam incertam legatum quoque remuneratorium conferri possit. *l. quidam 5. de reb. dub.* Ergo etiam incertus procurator dari potest. Ratio decidendi. Potest cõstitui procurator incertus ex certis personis, vt & legatarius fieri, quemadmodum in specie. *d. l. quidam*, sed non incertus ex incertis. *§. incertis 25. Insti. de legat.* Atqui ita passim hodie fit cùm agitur de cõstituendo ad litem procuratore. Constituitur enim plerunque non hic aut ille nominatim, sed ex iis quibus in eo tribunali, in quo lis est, procurare licet, qui primus occupabit.

g *Et ratum habuerit.* id est, mandatum susceperit. Pertinent enim hæc verba ad procuratorem non ad mandantem, ideóque non possunt intelligi de ea ratihabitione, quæ mandato æquiparetur, de qua in *l. vlt. C. ad SC. Maced.*

1 ¶ Fu-

1 ¶ Furiosus non est habendus absentis loco: quia in eo animus deest, vt ratum habere non possit.

Ad §. 1. Furiosus.

Ratio dubitandi. Furioso ibi quoque vbi corpore adest animus deest, vt hîc Paulus scribit, nec vnquã consentire potest qui nec sentire intelligitur. *l. si tibi. 8. §. vnius de option. legat.* Ergo absentis loco habendus est. *l. vbi non voce 124. §. 1. de regul. iur. l. 2. §. furiosus de iur. codic. l. Fulcinius. 7. §. adeo autem quib. ex caus. in poss. eat.* Nec enim eius patris & habitus multum abhorret à condicione pupilli. *§. planè interdum ead. leg. cuius ætas ignorat etiam illa quæ videt l. 1. C. de falsi. monet.* nisi quod in plerisque melioris condicionis est pupillus quàm furiosus. *l. in negotiis 5. de reg. iur.* Denique nihil vetat eundem aliquem & corpore præsentem esse, & mente absentem. *l. sed si vnius 17. §. filiofamilias de iniur. l. nihil interest 26. de captiu. & postlim.*

Ratio decidendi. Non hîc Paulus simpliciter negat furiosum absentis loco habendum esse, sed negat habendum esse in numero eorum absentium, qui tamen procuratores constitui possunt, vt ostendit ratio quæ sequitur, *quia in eo animus deest vt ratum habere possit.* In cæteris enim ideo receptum est vt procuratores constitui possint quamuis absentes, quod postea consentiendo possint ratum habere, id est, suscipere mandatum. At in furioso nihil tale dici potest, quia non solùm non consentit, sed nec consentire vnquam possit manente furore. Non igitur procurator tanquam absens constitui potest. Idque est quod Paulus ait non esse illum habendum absentis loco, quantum ad hoc scilicet vt aliorum absentium exemplo procurator constituatur. Est enim plus quàm absens, &, vt ita dicam, absentior absente alio quolibet.

3. VLPIANVS lib. 9. ad Edictum.

ITem & ad litem futuram & in diem, & sub conditione[a] & vsque ad diem[b] dari potest.

Ad l. Item & ad litem 3.

Ratio dubitandi. Absurdum est dicere, eius rei quæ adhuc controuersa non sit datam esse persecutionem. *l. item eorum 6. §. si decuriones. infra titul. prox.* Ergo nec in litem futuram procurator dari potest. Prius enim est vt lis aliqua subsit quàm vt tractari possit de procuratore in eam litem dando cùm non entis nullæ possint esse qualitates. *l. hoc apertius 24. ad l. Aquil.*

Ratio decidendi. Lis non est ante contestationem, sed tantùm controuersia. *l. sed & si lege 25. §. si ante. de petit. hered.* Atqui procurator potest dari ad litem contestandam, imò & ad controuersiam ab initio agitandam, vt in *l. furti 6. §. si quis alieno. in fi. supra tit. prox. l. pen. si quis caution.* Ergo potest constitui priusquàm lis vlla sit. Litem tamen quæ futura est, & quæ timetur certam esse oportet, id est, qualem esse sufficeret vt de ea quoque transigi posset. Nam & de futura lite transigi posse constat. *l. 2. C. de transact.* Certam porrò litem intelligo non cuius exitus certus sit & indubitatus, (talis enim nulla lis est nisi quæ fortè per calumniam instituatur, vt in *l. in summa 65. §. 1. de condit. indebit.* sed cuius circunstantiæ tam ex personis litigaturis, quam ex qualitate negotij sint certæ, vt si velim cum Titio de fundo Tusculano litigare. An igitur non licebit mihi constituere procuratorem ad agendum ex quacunque causa futura, & incerta? Hoc iure vtimur vt hoc quoque casu procurator constitui possit, hoc est generaliter ad lites omnes & motas, & mouendas. Nec sanè ratio quæ impedit decretum dandæ persecutionis de re quæ nondum controuersa sit in *d. §. si decuriones*, eadem potest impedire in priuato procuratoris constitutionem. Nam sicuti decuriones non possunt cuiquam mandare alicuius negotij persecutionem sine decreto, vt nec aliud quicquam circa rempublicam facere: ita nec decretum interponere de controuersia, quæ adhuc nulla sit, quidem decretum nihil nisi causę cognitio est. *l. nec quicquam 9. §. vbi decretum. de offic. proconsul.* causæ autem cognitio de aliqua controuersia ipsam controuersiam præcedere non potest, At cùm priuatus procuratorem aliquem cõstituit, nulla causæ cognitione opus est, sed sola constituentis voluntate. Illud apertius est, posse procuratorem constitui ad cuiuscunque litis etiam futuræ defensionem, quia & sine vllo mandato potest quilibet quemlibet etiam absentem & ignorantem defendere. Nimirum in potestate actoris est, quando & contra quem velit agere, at non similiter in potestate rei quando & à quo conueniatur. *l. 5. §. vlt. de except. rei iud. l. petendæ 6. C. de tem por. in integr. restit.*

a *Et in diem & sub condicione.* Ratio dubitandi. Actus legitimi neque recipiunt diem neque condicionẽ. *l. actus legitimi 77. de reg. iur.* Atqui datio procuratoris est actus legitimus si credimus Hotoman. *illustr. quæst. 32. & Cuiac. lib. 15. c. 16.* Ergo non potest fieri in diem, nec sub condicione, nec vsque ad diem.

Ratio decidendi. Vel ex hoc maximè loco appareret meo iudicio procuratoris dationem non esse actum legitimum. Non enim actus legitimi sunt omnes ij, qui legibus cogniti sunt, sed qui aliquam iuris solemnitatem habent, cuiusmodi sunt ea omnia quorum exẽpla ponuntur in *d. l. 77.* etsi qua sunt alia non dissimilia. Atqui mãdatum est ex iure gentium solóq; consensu perficitur citra vllã iuris solemnitatẽ. Non est igitur actus legitimus. Quidni enim esse debeat in arbitrio mandantis vt procuratorem vel ex die vel ad diẽ vel sub condicione constituat, prout sibi magis expedire crediderit? Siquidem vsus procuratorum ob solam constituentium vtilitatem inductus fuit, cùm mandatum quodlibet gratuitum esse debeat. *§. vlt. Inst. de mand.* Debuit ergo procuratoris cõstituendi licẽtia solius cõstituẽtis arbitrio permitti, nec certis legib. vllis restringi.

b *Et vsque ad diem.* Ratio dubitandi. Cùm quis procurator constitutus postmodum reuocatur, alio in eius locum substituto, pudor ipsius onerari intelligitur, adeò vt fit ille audiendus, & ferendus si pudorem suum purgare velit. *l. quæ omnia 25. infrà hoc titulo.* Ergo non debet esse liberum ei qui procuratorem constituit, vt ad certum vsque dum taxat tempus procuratorem cõsti-

tuat, ne pro beneficio, quod petit & accipit, iniuriam & contumeliam vltro minari videatur.

Ratio decid. Nulla ignomia est, vt post tempus non sit procurator is, qui non nisi ad tempus fuerat constitutus, quoniam ab initio inter mandantem & procuratorem actum fuisse apparet, vt post tempus illud nō esset amplius procurator. Nec rursus ignominia vlla est, si mutetur procurator ante litem cōtestatam (id enim domino, qui constituit, liberum est. *l. ante litem 16. ff. h. tit.*) sed si mutetur eo demum tempore quo iam litem contestatus sit, pérque eam contestationem dominus litis factus fuerit. Tunc enim non est permittenda procuratoris renouatio, nisi causa cognita. *l. post litem. 17. eo.*

4. PAVLVS libro 8. ad Edictum.

ET in perpetuum.

Ad l. Et in perpetuum. 4.

Ratio dubitandi. Mandati cuiuslibet renouatio libera est arbitrio mandantis, dummodo res sit integra, nec mandatarij quicquam intersit. *l. si verò 12. §. penult. & legat. si mandassem 15. infr. mandat.* Et quamuis nunquam expressim renouatum fuerit, tamen renouatur morte. *l. inter causas 26. eodem.* adeóque si negotij qualitas & conditio mutata sit. *l. si cùm Cornelius 82. de solution.* Ergo procurator in perpetuum constitui nemo potest, saltem vbi exceperis eum casum, quo quis in rem suam procurator fuerit constitutus, aut litem contestatus. *l. 1. C. de oblig. & action. l. illam 33. C. de donation.*

Ratio decidendi. Procuratorem in perpetuum constitui Paulus hic intelligit non eum qui sic constituatur, vt nullo tempore renouetur (nemo enim hanc sibi legem imponere potest, ne liceat ei recedere à priore voluntate. *l. si quis. in princ. 22. de leg. 3.*) sed eum qui sine vlla temporis præfinitione sic cōstitutus est procurator, vt tamdiu maneat, quandiu non fuerit renouatus. Quomodo etiam dicimus societatem in perpetuum contractam, non quæ possit transire ad heredes, sed quæ duratura sit quandiu socij vixerint. *l. 1. ff. pro socio.*

5. VLPIANVS lib. 7. ad Edictum.

PRæsens habetur & qui in hortis est.

6. PAVLVS lib. 6. ad Edictum.

ET qui in foro, & qui in vrbe, & in continentibus ædificiis.

7. VLPIANVS libro 7. ad Edictum.

ET ideo procurator eius præsenti esse videtur.

Ad l. 5. 6. & 7.

Ratio dubitandi. Et si præsens non est quisquis corpore adest, nisi adsit etiam animo, vt ex iis constat, quæ de furioso diximus ad *l. 2. §. 1. sup. eodem.* non tamen fieri potest vt quis præsens sit, qui corpore non adsit. Præsentiam enim & corporis & animi intelligimus, sed præsentiam corporis potissimùm, quæ & difficilius suppleri potest. Atqui nec is, qui in horreis est, nec qui in foro, nec qui in vrbe, nec qui in continentibus ædificiis, corpore tamen adest apud prætorem, & in iure, vbi adesse oportet ad litem contestandam, iudiciúmque accipiendum. Ergo præsens non est, & consequenter procurator ab eo datus non potest quominùs iudicium accipiat recusare hoc prætextu, quasi dominus ipse præsens sit. Iuxta id quod scriptum est in *l. vel hereditas 10. vers. hoc amplius. & l. sed etiam 12. ff. hoc tit.*

Ratio decidendi. Hi omnes, de quibus dicimus re vera non sunt præsentes, sed tamen pro præsentibus, quia nullo aut ipsorum aut actoris incommodo fieri facilè potest vt adsint, si euocentur ad prætorem. *l. collegarum 173. §. 1. de verborum signific.* Et ideo sic loquitur Vlpianus, *præsens habetur.* & in *l. 7. procurator eius præsentis.* (sic enim lego, non *præsenti*, vt & in *l. vn. C. de satisd.*) *esse videtur.* qua loquendi formula fictio quædam magis quàm rei veritas ipsa significatur. Tunc etiam tractandum est, An præsens sit qui constituit procuratorem, cùm tractatur de ratihabitione *l. vn. C. de satisd.* nullo sc. prolata idoneo absentis mandato. *l. 1. C. hoc tit.* Non enim satisdare de rato cogitur is qui ostendit se verum esse, licèt absentis, procuratorem.

8. IDEM lib. 8. ad Edictum.

FIliusfamilias & ad agendum dare procuratorem potest, si quæ sit actio, qua ipse experiri potest: non solùm si castrense peculium habeat [a], sed & quiuis filiusfamilias: vtputà iniuriam passus dabit ad iniuriarum actionem: si fortè neque pater [b] præsens sit, nec patris procurator velit experiri: & erit iure ab ipso filiofamilias procurator datus. Hoc ampliùs Iulianus scribit: & si filiofamilias patri per filium eius [c] in eadem potestate manentem fiat iniuria, neque auus præsens sit: posse patrem procuratorem dare ad vlciscendam iniuriam, quam nepos absentis passus est. ¶ Ad defendendum quoque [d] poterit filiusfamilias procuratorem dare. ¶ Sed & filiafamilias [e] poterit dare procuratorem ad iniuriarum actionem. Nam quod ad dotis exactionem cum patre dat procuratorem, superuacuum esse Valerius Seuerus scribit: cùm sufficiat, patrem dare ex filiæ voluntate [f]: sed puto, si fortè pater absens sit, vel suspectæ vitæ [g], (quo casu solet filiæ [h] competere de dote actio) posse eam procuratorem dare. ¶ Ipse quoque filius procurator dari poterit [i]: & ad agendum, & ad defendendum.

Ad l. Filiusfamilias 8.

Ratio dubitandi. Is potest dare non potest siue ad agendum siue ad defendendum, qui agere ipse vel defendere non potest. *l. seruum 33. inf. hoc ti. l. ab hostibus 15. inf. quib. ex caus. maior.* Ideò enim procurator datur, vt qui per eum agit vel excipit ipse agere vel excipere videatur *l. 1. §. vlt. ff. 8.* Atqui filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet. *l. fil. usfamilias 9. de obl. & action.* Ergo nec procuratorem ad agendum dare potest.

Ratio decidendi. Regulariter quidem nullam filiusfamilias suo nomine actionem habet, sed tamen habet quasdam, putà iniuriarum, quod vi aut clam, depositi & commodati quæ nominatim excipiuntur in *d. l. filiusfamilias*, itémque actiones in factum, de quibus in *l. in factum 13. eo. ill. tit.* vbi iuris huius rationem afferemus. Ergo harum saltem actionum nomine procuratorem ad agendum dare filiusfamilias potest. Et ob id adiecit Vlpianus *si quæ sit actio qua ipse experiri potest.* In quo tamen ille rursus dubitandi ratio occurrit, quod tum quoque cùm actio competit filio ita vt eam possit exercere, adhuc tamen patris auctoritas necessaria est, ne iudicium sine patris voluntate consistere videatur. *l. vlti. §. sin autem. C. de bon. quæ liber.* Non potest igitur filius sine patre procuratorem dare tametsi actio talis sit, qua ipse experiri possit.

Ratio decidendi. Ea solemnitas introducta est à Iustiniano iis casibus quibus primùm induxit, vt filiusfamilias possit agere etiam præsente & inuito patre, quod olim filio non licebat. Ita enim aut ipse agere aut procuratorem ad agendum dare poterat si neque pater præsens esset, neque procurator patris vellet experiri vt hic Vlpianus scribit. Quomodo autem fieri potuisset, vt absens pater agenti filio autoritatem præstitisset? An non æquè facile agere ipse aut saltem procuratorem ad agendum dare potuisset? Neque verò solemus vnquam requirere consensum eius qui propter absentiam fari non consentire non potest ne quidem in iis in quibus alioqui consensus ille exigeretur. *d. l. vlt. §. vbi autem. C. de bon. quæ liber.*

a *Non solùm nisi castrense peculium habeat.* Ratio dubitandi. Filiusfamilias, qui castrense peculium habet, etiamsi præterea miles adhuc sit, non eò minùs tamen filiusfamilias manet. *§. filiusfamilias Inst. quibus mod. ius patr. potest. soluit.* Ergo nihil debet interesse an de castrensi peculio an de profectitio agamus.

Ratio decidendi. Filiusfamilias licèt neque per militiam neque per castrensis peculij acquisitionem filiusfamilias esse desinat, in eo tamen castrensi peculio habetur pro patrefamilias ex constitutionibus *l. 2. de SC. Maced.* ita vt nihil iuris in eo habeat pater viuo filio *l. Imperator 50. ad Trebell. & tot. tit. ff. de castr. pecul.*

b *Si fortè neque pater.* Ratio dubitandi. Cùm filiusfamilias iniuriam passus est nulla potest actio acquiri patri ex ea causa nisi per filium & propter filium. Ergo cùm filius ipse actionem suo nomine habere possit præferendus in ea est patri quamuis præsenti, ac multò magis patris absentis procuratori. Alioqui fingamus patrem cuius persona vilis & abiecta sit velle donare ac remittere iniuriam factam filio cuius è contrario persona sit honesta. Cur dicamus non esse filij voluntatem præferendam voluntati patris? *l. sed si vnius 17. §. interd. in tamen de iniur.*

Ratio decidendi. Solius patris est donare ac remittere iniuriam filio factam quia patri ipsi potius facta intelligitur, nec filio danda est actio iussu patre, nisi in casu. *d. §. interdum.* Nam & cum pater abest, non alia de causa filio permittitur agere suo nomine quàm quia verisimile est patrem si præsens fuisset acturum fuisse, ob idque nec datur ei nisi causa cognita *d. l. sed si. §. ait prætor cum duob. seqq. de iniur.* Præferendus igitur est filio non tantùm pater præsens, sed etiam patris absentis procurator, si quis præsens sit. Et hoc ex iure patriæ potestatis quod facit, vt patri per filium quem in potestate habet omnia acquirantur *lege placet 79. de acquir. hered. lege 1. si quis à parente. manumis.* nisi cùm pater non vult sibi acquiri, vt dixi ad *l. 4. §. sed & filiusfamilias supr. de edend.*

c *Per filium eius.* id est, per mediam filij personam qui ipse iniuriam ab extraneo passus sit, non à quo pater iniuriam acceperit.

Ratio dubitandi. Hoc casu filiusfamilias qui agere vult per procuratorem ad vlciscendam iniuriam factam filio suo, eidémque nepoti aui absentis neque iniuriam ipse passus est vt actionem suo nomine habere possit, neque filium suum habet in potestate vt eius nomine & tanquam pater actionem exerceat, cùm sit ille ipse in patris sui potestate. *lege sic euenit 21. ad leg. Iul. de adult.* Non potest igitur hic filiusfamil. idémque pater dare procuratorem ad vlciscendam iniuriam quam nepos absentis passus est.

Ratio decidendi. Aui absentia licèt non faciat vt eò magis nepotem habeat filius in sua potestate, sicut nec filium ipsum efficit sui iuris, facit tamen vt permittendum sit patri quod ipsi auo si præsens esset permitteretur. Nam sicut officium aui erga nepotem ex officio patris erga filium proficiscitur. *lege dotem 6. de collat.* Ita & iniuria facta nepoti non potest videri contingere personam aui nisi per mediam filij personam. Quod ergo permitteretur auo si adesset permittendum est patri absente auo, vt possit agere iniuriarum, & dare procuratorem ob iniuriam filio illatam si modò nullus adsit aui procurator, quemadmodum & patre absente filius posset id facere aut si pater furiosus esset. *dict. lege sed si. 17. §. filiofamilias de iniur.* Fit tamen hoc non ex verbis edicti vt constat ex §. ait prætor eiusdem legis: sed ex Iuliani, quem hîc Vlpianus refert aliorúmque prudentum interpretatione.

d *Ad defendendum quoque.* Ratio dubitandi. Eiusdem iuris est siue per se siue per alium agere vel conueniri posse *lege 1. §. vsus supra hoc tit.* Quomodo diximus seruum neque conuenire neque conueniri posse *lege quoties 13 si quis cautionib. lege cum seruo 107. de regul. iur.* Ergo sicuti non permittitur indistinctè filiofamilias dare procuratorem ad agendum, sed cum iis distinctionibus quas proximè diximus, ita neque permittendum ei est indistinctè vt possit procuratorem dare ad defendendum.

Ratio decidendi. Facilius est vt filiusfamilias cõueniri possit, quàm vt agere. Nam cùm tam ex contractibus omnibus quàm ex delictis obligetur. *l. tam ex contractibus* 57. *de iudic. l. si quis cum filiofamilias.* 44. *de peculi. l. si filiusfamilias* 39. *de oblig. & action.* necesse etiam est vt cum eo tanquam cum patrefamilias agi ex omnibus causis possit. *d. l. filiusfamilias*: & consequenter sicuti permittendum est filio conuento vt sẽ defendat, ita & vt ad defendendum constituat procuratorem: neque enim vllum ius patris in hoc versatur, siquidem non sicut per filiumfamilias acquiritur patri & obligatio & actio, ita è conuerso per filium obligatum aut conuentum obligatur aut conuenitur pater, nisi actione de peculio, & quatenus est in peculio. *d. l. si quis cum filiofamilias.* Melior enim condicio nostra fieri potest per eos quos in potestate habemus, deterior non potest. *l. melior* 133. *de reg. iur.*

e *Sed & filiafamilias.* Ratio dubitandi. Inuerecundum est sexui filiæfamilias, vt stet ipsa in iudicio & agat. arg. *l.* 1. *§. secundo loco* 3. *de postul. l.* 2. *de reg. iur.* Ergo nec procuratorem dare potest saltem sine patris voluntate.

Ratio decidendi. Tantò magis necessarium est filiæ permitti, vt procuratorem dare possit, si non liceat ei per seipsam agere & in iudicio stare, ne alioqui nulla ei ratio supersit suum consequendi. Sed tamen non est verum filiumfamilias aut aliam fœminam quamlibet in iudicio stare non posse: potest enim nec solùm suo nomine, sed etiam alieno, dummodo facta sit procuratrix in rem suam. *l. qui absente* 4. *C. hoc tit.*

f *Cùm sufficiat patrem dare ex filiæ voluntate.* Ratio dubitandi. Dotis actio & exactio communis est patris & filiæ, nec magis potest filia agere sine patre, quàm pater sine filia. *l.* 2. *§. quòd si in patris. ff. sol. mat.* Ergo non minus permittendum est filiæ vt det pro curatorem saltem patre consentiente, quàm patri vt det ex filiæ voluntate.

Ratio decidendi. Communis quidem patris & filiæ actio est, hactenus vt frustrà pater acturus sit, si agat sine filia, aut nisi filia consentiat. *l. si cum dotem* 22. *§. eo autem tempore. & seqq. eo. tit.* Sed tamen conueniens est & verecundiæ mulieris, & reuerentiæ paternæ, vt pater agat per se aut per procuratorem dummodò ex filiæ voluntate, quàm vt filia agat aut constituat procuratorem ex consensu patris. Est enim prius & antiquius ius patris quàm filiæ, præsertim si dos à patre sit profecta, vt dicemus ad *d. l.* 2. *§. l. matr.* Superuacuum igitur est dari procuratorem à filia pro dotis exactione, cùm pater adest qui dare possit ex filiæ voluntate.

g *Si pater absens sit, vel suspectæ vitæ.* Ratio dubitandi. His casibus curator dandus est patri, vel saltem bonis patris & quidem alius quàm filia: nec enim filia curatrix esse potest, præsertim patris. *l. 1. §. vl. de curat. furios.* Atqui per procuratorem patris perinde possunt omnia expediri atque per patrem ipsum, nihilque vetat, quominùs per eum curatorem procurator detur ad agendum *l. ab hostibus* 15. *ex quibus caus. maior.* Ergo quamuis pater vel absens sit vel suspectæ vitæ, non ideò magis permittendum est filiæ vt det procuratorem.

Ratio decidendi. Cùm pater vel absens est vel suspectæ vitæ, non est ipsius voluntas exploranda & multò minùs sequenda. *d. l. si cum dotem* 22. *§. necnon illud solut. matrim.* Neque igitur procurator siue à patre siue à patris curatore datus potest impedire ne filia det procuratorem: non enim dat tanquam de re patris, sed tanquam de re sua: est enim dos velut proprium filiæ patrimonium. *l.* 3. *§. ergo etiam de minor.* Idémque est si patri propter condemnationem Romæ vbi dos petatur, esse non liceat, soli enim filiæ hoc casu permittitur vt agat, ita tamen vt caueat patrem ratam rem habiturum. *d. l. si cum dotem* 22. *§. si patri.*

h *Solet filiæ.* Et quidem soli, id est, sine patre. Sic enim locus hic accipiendus est. Nam alioqui cùm pater & sanis moribus & præsens est, adhuc filiæ competit actio non minùs quàm patri: sed quam pater ipse exercere debet per se, aut per procuratorem ex filiæ voluntate, non filia ex consensu patris, quamuis si velit illa procuratorem constituere cum patre, frustrà quidem id faciet ac superuacuò, vt hæc lex ait, sed tamen potest.

i *Ipse quoque filius procurator dari poterit.* Ratio dubitandi. Non potest filiusfamilias iudicium accipere proprio nomine sine consensu & autoritate patris, *l. vlt. §. 1. vers. necessitate. C. de bon. quæ liber.* Ergo multò minùs procurator esse alterius.

Ratio decidendi. Non est necessaria patris autoritas nisi in specie. *d. l. vlt. §. 1.* vt dixi ad principium *huius legis.* & præterea ratio alia est filiifamilias qui suo nomine agit, alia eius qui alieno: nihil enim penitus interest patris, quod filiusfamilias agat vel defendat tanquam alterius procurator. Interest autem quoties filiusfamilias agit proprio nomine, vt dixi ad versi. Si fortè neque pater. Denique cùm filiusfamilias ex omnibus causis conueniri possit etiam suo nomine. *l. filiusfamilias* 39. *de oblig. & action.* nihil causæ est cur non possit esse procurator. Aliud est in filiafamilias, cuius nimirũ sexus impedit ne possit pro alio interuenire neque ad agendum neque ad defendendum nisi facta sit procuratrix in rem suam *l. qui absente* 4. *C. hoc tit.*

1 ¶ Inuitus procurator non solet dari. inuitum accipere debemus [k], non eum tantùm, qui contradicit: verùm eum quoque, qui consensisse non probatur.

Ad §. 1. Inuitus.

Ratio dubitandi. Procuratorum ad lites officium hodie publicum est, nec qui in aliquo tribunali cõstituti sunt & recepti ad procurandum, possunt recusare quominus operã suam cuilibet petenti præstent, nisi iam stẽt ab aduersa parte. Ergo non est verum hodie quod hic Vlpianus ait inuitum procuratorem dari non posse. Ratio decidendi. Mandatum suscipere cuicunque liberum est, quia id officium gratuitũ est & esse debet. *l. si mandauero* 22. *§. vlt. mand.* Et ideo nihil ferè simile aut commune habent procuratores nostri tẽporis cum antiquis illis de quibus in *hoc tit.* Nam siue agas de procuratoribus ad lites, siue ad negotia constituta sunt omnes mercenarij magisque ex locationis & conductionis quàm ex mandati contractu, & obligant, & obligantur. Ideóque nec mirum est cogi eos operam præstare pro salario quod iis vicissim præstandum est, quamuis non soleant qui ad lites tractandas publica autoritate constituti sunt de certo salario pacisci. Nẽpe quoniam in singulas ferè causas suum cuique operæ precium statuum est. Sed & procuratores istos illud obligat ne mandatam procurationem recusare possint, quod ius habent impediendi, ne alius quispiam extra ipsorum numerum, & vt aiunt, matriculam assumatur ad litem tractandam. Impediretur enim publica vtilitas, si neque ipsi operam suam præstare cogerentur, neque alius quisquam iis inuitis. Visum autem est vtilius & expeditius certas personas in eam rẽ eligi à magistratibus ex iis quos videntur rerum iudicialium tractandarum peritia, fide, diligentia & probitate cæteris præcellere. Procuratores autem ad negotia simile quidem hoc habẽt quòd vt plurimùm mercenariam operam præstant, sed illud dissimile quod de certa mercede pacisci solent & possunt salua existimatione, siue torum bonorum, siue alicuius negotiationis procurationem exerceant, quos vulgò *factores* vocant. Qui enim vnius aut alterius rei curam suscipiunt, ij plerumque amici sunt, & vt liberum ita gratum officium præstant, quibus proinde optimè conueniũt, ea ferè omnia quæ in hoc tit. tractantur, nisi si qua in re stylus noster iudiciarius & municipalis iuri scripto derogauit. Denique in istis maximè hoc obtinet quod nemo inuitus sit procurator. *l. inuitus* 17. *C. de procurat. l.* 2. *§. si plures. de curat. bon. dand.* vbi tamen Tribon. exceptionem subiecit de suo, vt dicemus ad eum locum.

k *Inuitum accipere eum debemus.* Ratio dubitandi. Differt inuitus ab ignorante. *l. qui potest mutus* 26. *de regul. iur.* Atqui ignorans non contradicit, imò nec qui tacet sicut neque hic fatetur. *l. qui tacet* 142. *eo.* Ergo inuitus dici alius non potest, quàm qui expresse contradicit, non is quoq; qui non consentit.

Ratio decidendi. Inuitus propriè ille est qui contradicit. Sed aliquando sumitur etiam negatiuè magis quàm positiuè pro eo qui non est volens & consentiens vt in hoc edicto, & in *l. 4. de seruit. vrb. prad. l. in eo iure* 45. *vers. deinde de rit. nupt.*

2 ¶ Veterani, procuratores fieri possunt. ¶ Milites autem, nec si velit aduersarius [l], procuratores dari possunt: nisi hoc tempore litis contestatæ, quocumque casu prætermissum est [m]: excepto eo, qui in rem suam procurator datus est [n], vel qui communem causam omnis sui numeri persequatur [o], vel suscipit: quibus talis procuratio concessa est.

Ad §. 2 Veterani

Ratio dubitandi. Veterani sunt qui aliquando milites fuerunt, *l. militis* 36. *§. veteranus. de testam. milit.* Atqui militibus interdictum est ne sint procuratores, nisi vel in rem suam, vel vt communem causam totius numeri sui persequantur, vt hîc subiicit Vlpianus. Ergo non possunt esse procuratores, nisi ostendant id quod aliquando fuit prohibitum, sibi postea fuisse permissum. Ratio decidendi. Veterani fuerunt quidem milites, sed non sunt: ideóque post annum missionis eorum testamenta fiunt irrita, intra eum verò annum, nec possunt testari iure militari. Proinde interdictio quæ prohibet ne possint milites esse procuratores, cùm nullam aliam, quàm militiæ causam habeant, ideóque sit temporalis. *l. milites* 31. *C. de locat.*, non potest ad veteranos pertinere, in quibus non habet locum ratio quam reddit Imp. Leo in *dict. l. milites.*

l *Nec si velit aduersarius.* Ratio dubitandi. Potest quilibet iuri suo renunciare. *l. pactum* 46. 3. *de pact. l. penul. C. eod.* Ergo non est cogẽdus ille contra quem miles procurator datus est, vt exceptione procuratoria vtatur, ac proinde si aduersarius velit, potest miles esse procurator. Ratio decidendi. Ratio propter quam prohibentur milites procurationem suscipere, non pendet ex vtilitate illius, qui potest obiicere exceptionem procuratoriam, sed ex vtilitate publica, quòd armis non priuatis negotiis occupati debeant esse milites, vt numeris suis & signis iugiter inhærentes, rempublicam à qua aluntur ab omni bellorum necessitate défendant, vt scriptum est in *d. l. milites* 31. *C. de locat.* Non ergo debet esse in potestate aduersarij, vt ab eo iure quod ob publicam vtilitatem introductum est recedatur *l. ius publi-*

cum 38. 3. *de pact. leg. vlt. de fris & legit.*

m *Nisi hoc tempore litis contestatæ quocunque casu prætermissum est.* Ratio dubitandi. Non est in potestate aduersarij quantumuis consentiat, vt miles quisquam possit esse procurator, vti proximè dictum est. Ergo nec si tempore litis contestatæ permittat exceptionem procuratoriam, eò magis tamen poterit miles esse procurator, ne alioqui quod vna via prohibitum est fieri, alia fiat, contra *l. scire oportet* 21. *§.* 1. *de tutor. & cura dat. ab his.* Ratio decidendi. Non est quidem in potestate illius contra quem miles procurator datur, vt miles sit procurator, sed tamen est in eius potestate, vt non vtatur exceptione procuratoria. *l. ita demum* 13. *C. hoc tit.* quia nemo inuitus cogitur exceptionem sibi competentem opponere. *l. pen. C. de pact.* Vbi verò prætermisit hanc exceptionem quocunque casu, id est, siue prudens & sciens, siue per imperitiam aut ignauiam, remanet miles procurator, non quasi ex voluntate rei, sed propter autoritatem & formam iudicij quæ illa est, vt & qui litem contestatur, hoc ipso quasi contrahere videatur. *l. 3. §. idem scribit de pecul.* præsertim cum procuratore quem patitur fieri dominum litis per contestationem. *l. procuratoribus* 22. *& seq. C. hoc tit.* & exceptiones dilatoriæ opponi debeant ante litem contestatam aut saltem ipso tempore litis contestatæ. *l. exceptionem* 19. *Cod. de probat. l. pen. C. de except.* Eiusmodi verò est exceptio procuratoria, non quidem si reus opponat eum qui agit quasi procurator non esse procuratorem, nullúmque habere mandatum (hoc enim casu placet præscriptionem hanc esse peremptoriam, & ideò opponi quandocunque posse etiam in executione iudicati, cùm reddat iudicium retro nullũ tanquam

cum falso procuratore acceptum. *l. licèt 24. C. hoc tit.*) sed si opponat talem esse personam procuratoris, vt aliqua de causa non potuerit ille fieri procurator idoneus. *l.2.§.vlt.de except.* putà quòd miles aut mulier aut minor esset. Hi enim possunt quidem esse procuratores, sed fieri tamen prohibentur hactenus, scilicet ne aut iudex aut aduersarius inuitus eos in iudicio admittere cogatur. Cæterùm si & iudex & aduersarius eos admiserit, iudicium non eo minùs valet, diuersum esset si furiosus aut infans aut seruus procurator constitueretur: isti enim propriæ condicionis ratione impediuntur ne procuratores esse possint, vllomodo vllóque casu. Illud sanè constat in principio quæstionis personam debere inquiri procuratoris. *d.l.licèt*. Hodie tamen exceptio procuratoria quæ nascitur ex infamia procuratoris sublata est. *§.vlt.Inst.de except.*

n *Excepto eo qui in rem suam procurator datus est.* Ratio dubitandi. Etiam qui procurator in rem suam datus est, agit tamen ex alterius persona & alieno nomine, & tanquam procurator. *l.si quis in rem suam 34.ff.eod.* Ergo non est hoc permittendum militi, qui nec pro patre nec pro matre vel etiam vxore adeóque quod magis est, nec ex sacro rescripto procuratorio nomine experiri potest. *l. militem 7. C. eod.*

Ratio decidendi. Agit quidem ex alterius persona & alieno nomine, is qui procurator est in rem suam, sed tamen alieno negotio non fungitur, sed rem suam gerit quod militibus interdici non modò absurdum, sed etiam iniquum esset. *l. qui stipendia 9. eodem titul.*

o *Vel qui communem causam omnis sui numeri persequatur.* Ratio dubitandi. Non permittitur militi, vt pro patre vel pro matre, vel etiam pro vxore suscipiat procurationem, ne quidem ex sacro rescripto. *l. militem 7. C. hoc tit.* Ergo multò minùs ei permittendum est, vt pro commilitonibus suis procurator sit, cùm personæ parentum & vxoris sint ei coniunctiores quàm commilitonum.

Ratio decidendi. Non potest miles procurator esse vnius plurúmve ex suis commilitonibus, sed potest esse omnis eius numeri, in quo militat, quoniam ea res non est aliena à militiæ dignitate, cùm ad eiusdem militiæ commodum & vtilitatem referatur: ne alioqui quod in fauorem & honorem militiæ constitutum est in eius odium & incomodum retorqueatur, contra *l. quod fauore 6. C. legib.l.nulla 25.§.cod.ff.tit.l.penult.C.ad SC.Trebel.* Neque verò nouum est maiorem esse hac parte fauorem militiæ quàm parentum. Nam & parentibus ipsis Romanis disciplina castrorum antiquior fuit quàm charitas liberorum. *l. postliminium 19. §. filius quoque familias.de captiu.& postlim.*

3 ¶ *Procuratorem ad litem suscipiendam datum, pro quo consentiente Dominus iudicatum solui, exposuit*P, prætor ait, *iudicium accipere cogam.* ¶ Verùm ex causa[q] non debebit compelli. vtputà inimicitiæ capitales interuenerunt inter ipsum procuratorem, & dominum: scribit Iulianus debere in procuratorem denegari actionem. ¶ Item si dignitas accesserit procuratori, vel reipublicæ causa abfuturus sit.

Ad §.3.Procuratorem.

Rat.dub. Iudicium accipere facti est. Atqui nemo præcisè cogitur ad factum, quia id non potest fieri sine vi & impressione quam legislator noster ferre nunquam potest, ideóque in obligationibus faciend. placet succedere præstationem eius, quod interest. *l. si quis ab alio 13. §. vlt. de re iudic. l. stipulationes non diuiduntur 72. l. quoties quis alium 81.de verb. obligat.* Ergo non est cogendus præcisè quisquam vt iudicium pro alio accipiat. Ratio decidendi. Cogitur procurator ad litem suscipiendam datus pro quo consentiente dominus iudicatum solui satisfecit, iudicium accipere, non quidem præcisè, sed quomodo alias cogere Prætor solet captis pignoribus, aut, irrogata condemnatione eius quod interierit aduersarij qui hoc modo decipitur. *l. mutus 43.§.vlt.ff.hoc tit.*

p *Pro quo consentiente dominus iudicatum solui exposuit.* Id est, pro quo dominus satisfecit iudicatum solui. Hæc enim satisdatio ex autoritate prætoris olim solebat interponi in ipso litis primordio, vt diximus ad tit. *Qui satisd. cogant.* Ratio dubitandi. Satis cautum est ei qui vult cogere procuratorem ad iudicium suscipiendum, cùm habere possit actionem ex stipulatione contra promissorem, quasi commissa sit stipulatio illa ob hoc ipsum quod res non defenditur. Præcipua siquidem eius stipulationis clausula, aut saltem vna extribus est de re defendenda. *l. 6. l. vlt. & pass. iudic.solui.* Ergo nullæ hac parte debent esse partes prætoris. *l. non cogendum 45.ff.hoc tit.* Ratio decidendi. Multum interest an tractemus de eo qui cùm absentem defendere non cogeretur, vltro tamen pro eo satisfecit iudicatum solui, de quo agitur in *d.l.non cogendum*. vt constat ex *l. 43.§.vlt.eod.* An verò de illo, qui passus est se dari procuratorem ad litem suscipiendam, & pro se satisdari de iudicato soluendo. Priore casu nullæ sunt partes prætoris, vt Sabinus putabat (quamuis alia fuerit aliorum sententia) quia potest cõsultum esse actori aduersus hunc ipsum procuratorem propria stipulatione. Posteriore verò casu prætor se interponit, quia nulla posset actio competere aduersus procuratorem ex stipulatione quam eo consentiente dominus interposuisset, atque ita impunè decepisset ille actorem & reum qui constituit ipsum procuratorem, si prætor eum non cogeret ad iudicium accipiendum. Et de hoc posteriore casu loquitur edictum.

q *Verùm ex causa.* Legendum est *Verùm*. Nulla enim hic quæstio aut interrogatio proponitur, sed interpretatio per exceptiones quasdam ad edictum adhibetur, vt appareat edictum prætoris, ex quo solet cogi ad iudicium accipiendum is, qui procurator datus est in eam rem, & pro quo consentiente dominus satisfecit iudicatum solui, aliquas habere exceptiones. Eas nimirum de quibus agitur in hoc §. *& in duab. legib.seqq.* vt putà si inimicitiæ capitales interuenerint inter ipsum procuratorem & dominum

dominum, si dignitas accesserit procuratori, vel reipublicæ causa abfuturus sit, aut si valetudinem, aut necessariam peregrinationem alleget, vel hereditas superueniens eum occupet, vel alia quælibet similis iusta causa, quales illæ sunt de quibus in *l. aut religionis 18.cum quinque seq.ff.eod.*

Ratio dubitandi. Verba edicti prætoris sunt generalia & indistinctè prolata, quibus pollicetur se coacturum procuratorem vt iudicium accipiat. Ergo indistinctè & sine vlla exceptione sunt intelligenda vulg. *l.de precio.8.de publician.in rem act.leg.in fraudem 15.in fin.de testam.milit.*

Ratio decidendi. Quæ de nouo emergunt, nouo semper indigent auxilio. *leg.de aetate 11.§.ex causa de interro.in iur.fac.* ne alioqui quod ab initio æquum fuit, postea iniquum fiat. *l.ex facto 4.de vulg.& pup. substit.* Nunquam enim aut prætoris edictum, aut aliam vllam legem sic interpretari debemus, vt vlla emergat iniquitas.

9 GAIVS libro 3. ad Edictum Prouinciale.

AVt si valetudinem, aut si necessariam peregrinationem alleget[a].

Ad l. Aut si valetudinem.

Ratio dubitandi. Non omnis valetudo rebus agendis & procurandis impedimento est, sed is tantùm morbus, quem ob eam causam fonticum appellamus. *l.quæsitum 60.de re iudic.* Ergo non omnis valetudo procuratorem excusare debet, ne iudicium accipere cogatur.

Ratio decidendi. Totum hoc positum est in causæ cognitione. *l. post litem 17. §. in causæ. ff. hoc tit.* Debet igitur prætor æstimare an valetudo talis sit quæ iustam procuratori excusationem afferre possit.

a *Aut si necessariam peregrinationem alleget.* Ratio dubitandi. Nemo potest consilium mutare in alterius iniuriam. *l. nemo potest 75.de reg.iur.* Ergo qui procurationis officium suscepit, non potest obligationem suscipiẽdi iudicij ob id exuere, quod nouum peregrinationis alicuius faciendæ consilium inierit.

Ratio decidendi. Ponimus peregrinationem esse necessariam, ac proinde talem quæ nisi fieret, damnum aliquod procurator sensurus esset. Atqui nemini officium suum debet esse damnosum. *l.3.§. vlt. de testib. l. sed si quis 7. testam. aper.* Ergo non est prohibendus procurator, quominus suscepto procurationis officio necessariam peregrinationem instituat, eáq; ratione ab accipiendo iudicio excusetur, voluntariæ peregrinationis non eadem ratio est *l. sed etsi 26. §. vlt. ex quibus causis maior.*

10. VLPIANVS lib.8.ad Edictum.

VEl hereditas superueniens eum occupet: vel ex alia iusta causa[b]. ¶ Hoc amplius, & si habeat præsentem dominum[c], non debere compelli procuratorem.

Ad l. Vel hereditas 10.

Ratio dubitandi. Hereditatem adire nemo cogitur. *l. nec emere 16. C. de iur. delib.* quantumuis opulenta sit. *l.4.ad SC. Trebell.* Non est igitur bona hæc ratio ad excusandum procuratorem ne iudicium suscipere cogatur, cùm imputare sibi debeat, cur hereditatem adierit ac seipsum negotiis implicauerit.

Ratio decidendi. Absurdum & iniquum esset alieni compendij causa prohiberi quem acquirere sibi delatam hereditatem, nec probè cuiquam imputari potest, cur & suo & communi iure vsus sit. *l. si duorum 42. de act.empt.l.nullus videtur 55.de regul. iur.* Alioqui esset huic procuratori officium suum damnosum quod esse non debet. *d.l.7.testam.quem. aper.*

b *Vel ex alia iusta causa.* Sic & in *l. vel si longinquo 44.ff.eod.* Quænam autem alia sit iusta causa petendum est ex *l. aut religionis 18. & seqq. infr. eod.*

c *Etsi habeat præsentem dominum.* Ratio dubitandi. Nihil vetat procuratorem accipere iudicium pro domino, à quo etiam præsente datus fuit. Nam & is qui procuratorem ad litem suscipiendam dedit causæ suæ adesse si velit non prohibetur. *l. Paulus 69. ff.eod.* Ergo non eò minùs iudicium suscipere procurator cogendus est, quòd dominus sit præsens.

Ratio decidendi. Potest quidem procurator iudicium accipere etiamsi dominus præsens sit, sed non est cogendus, si nolit, quia nihil interest aduersarij, qui tam facilè & commodè potest litem contestari cum domino ipso, quàm cum procuratore. Quod enim procuratorem prætor cogit, ideò facit, ne is qui procuratorem dedit, & is contra quem datus est decipiatur. *l. mutus 43. §. vlt. ff.eod.*

11. PAVLVS lib.8.ad Edictum.

SI tamen Dominus cogi possit.

Ad l.Si tamen 11.

Ratio dubitandi. Cùm dominus præsens est, integra sunt omnia, & in eo statu in quo essent si procurator nullus datus esset. Nec enim datio procuratoris immutat ius & condicionem siue rerum siue personarum. Ergo quod ad cogendũ vel excusandum procuratorem, nihil refert an dominus cui præsens est cogi possit, necne. Nam etsi procuratorem nullum dedisset, non eò magis tamen cogi posset. Ratio decidendi. Ex die suscepti procurationis ius est quæsitum ei contra quem procurator datus fuit, vt cogi possit accipere iudicium, nec ab ea obligatione potest liberari procurator, nisi superueniat noua aliqua & iusta causa: qualis illa quidẽ est si dominus sit præsens, sed ita demum si & iudicium per se aut per alium procuratorem accipere cogi possit. Alioqui

ceſſat ratio quæ facit, vt præſentia domini debeat excuſare procuratorem. Ratio illa erat, quod nihil aduerſarij interſit. Atqui intereſt quoties domini perſona talis eſt, vt iudicium ipſe accipere non poſſit. Nec eſt quod dicamus poſſe illum conſtituere alium procuratorem. Nam nec mutandi procuratoris copia ſemper eſt.

12. GAIVS lib.3.ad Edictum Prouinciale.

SEd etiam ex his cauſis dicitur aliquando cogendum procuratorem iudicium accipere: veluti ſi dominus præſens ſit, & actor adfirmet, tractu temporis futurum vt res pereat.

13. VLPIANVS lib.8.ad Edictum.

SEd hæc neque paſſim admittenda ſunt, neque deſtrictè deneganda: ſed à prætore, cauſa cognita, temperanda.

Ad l.Sed etiam 12. & ad l.Sed hæc 13.

Hæc lex cùm ſit Caij, referenda eſt ad *l.* 9. quæ eſt eiuſdem Caij. & ex eodem libro, in qua *lege* 9. duæ tantùm cauſæ proponuntur, quæ procuratorem excuſare poſſint, ſi aut valetudinem alleget, aut neceſſariam peregrinationem: de præſentia verò domini quæ tertia excuſationis cauſa eſt, locutus eſt Vlp. in *l. vel hereditas* 10. *verſ. hoc amplius.* Itaque quod hîc ſcriptum eſt *ex his cauſis*, non ad ſuperiores cauſas omnes referri debet, ſed ad eas tantùm quas Caius expreſſit. Ne ineptè ſequatur quòd ſubiicitur, *Si dominus præſens non ſit.* Senſus enim Caij eſt, Tum quoque cùm valetudo grauior aut neceſſaria peregrinatio procuratorem excuſare poteſt ne iudicium accipere cogatur, adhuc tamen interdum accipere cogendum, nempe ſi & dominus præſens non ſit, & actor adfirmet actionem tempore perituram, vt & in *l. mutuus* 43. *§. vlt. hoc tit.*

Ratio dubitandi. Non poteſt cogi iudicium accipere is qui valetudinis aut peregrinationis neceſſitate impeditur, quin damnoſum ei ſit officium ſuum, quod tamen eſſe non debet *l. ſed ſi quis* 7. *ſtatum. quem. aper.*

Ratio decidendi. Cogendus quidem eſt procurator iudicium accipere ne actio pereat, id enim ſemper agere prætor debet vt res ſit in tuto. *l. creditore* 14. *de reb. autor. iud. poſſid. l. ſolet* 3. *§. de fi r. & dilat. l. Pomponius* 13. *alias. l. idem. §. vlt. de recept. qui arbitr.* Sed cum hoc tamen temperamento ne ad aliud cogi poſſit, quàm ad hoc vt litem conteſtetur. *l. 1. §. vlt. eod. l. ſed etſi* 28. *§ ſed & ſi dies de iudic.* Ita enim fit vt & res ſalua ſit actori, & non magna incommodo procurator afficiatur, certè non tanto vt eius incommodi metu permittendum ſit, vt pereat actio quæ alioqui eſſet tempore peritura, Quanquam totum hoc pendet ex cognitione prætoria, neque aut paſſim admittendum eſt, aut ſemper & deſtrictè denegandum, ſed pro perſonarum, temporum & rerum varietate temperandum, vt ex Vlpiano ſubiicitur in *l. ſed hæc.*

14. PAVLVS lib.8. ad Edictum.

SI poſt datum procuratorem capitales inimicitiæ interceſſerunt: non cogendum accipere iudicium, nec ſtipulationem[a] ob rem non defenſam committi[b]: quoniam noua cauſa ſit.

Ad l. ſi poſt datum 14.

Ratio dubitandi. Sicuti mandatum ſuſcipere liberum cuique eſt, ita & ſuſceptum implere, neceſſarium. *l. ſi mandauero* 22. *§. vlt. ff. mandat.* Atqui mandatum ſuſceptum eſt purè & ſine vlla exceptione aut condicione. Ergo non eò minùs implendũ eſt quod capitales inimicitiæ interuenerint. Contractus enim ſemel perfectus condiciones nouas non capit. *l. perfecta* 4. *C. de donat. quæ ſub. mod.* nec poteſt vnus ex contrahentibus immutare legem, quam contractus ſemel certam habuit. *l. vero procuratori* 12. *§. pen. de ſolut.* Ratio decidendi. Omne mandatum tacitè condicionem illam habere intelligitur, ſi res in eodem ſtatu manſerit. *l. ſi cum Cornelius* 82. *in fin. eod. tit.* Cùm enim ſit contractus bonæ fidei recipit interpretationem ex bona fide, nemo autem dixerit ex bona fide eſſe, vt qui poſt ſuſceptum mandatum capitales inimicitias contraxit cogatur amici hominis officiũ præſtare. *l. ſanè* 23. *cũ duab. ſeqq. mandat.* Nec enim quiſquam vir bonus arbitrabitur eum qui iuſtam excuſationem adferat cogendum eſſe vt impleat mandatum. *l. non cogendum.* 45 *hoc tit.* Denique ea quæ de nouo emergunt, nouo ſemper indigent auxilio, vt dixi ad *§. vlt. l.* 8. *§. eod. ex l. de ætate* 11. *§. ex cauſa de interrog. in iur. f. c.*

a *Nec ſtipulationem.* Ratio dubitandi. Stipulatio eſt ſtricti iuris, idcóq; nihil in ſtipulationem venit, niſi quod expreſſim verbis comprehenſum eſt. *l. quæcunque ad, ſtringenda* 98. *de verb. oblig.* nec facilè ſubintelligitur in ſtipulatione condicio, quæ non eſt expreſſa. *l. ſi ſtta ſtipulatus* 126. *§. Chryſogonus. in fin. eod.* Ergo is qui per ſtipulationem promiſit iudicatum ſolui, & conſequenter de re defendenda. *l. 6. & vlt. ff. iudic. ſolui.* tenetur omnimodo ex ſtipulatione tanquam commiſſa ſi rem non defendat, etiamſi capitales inimicitiæ ſuperuenerint. Ratio decidendi. Differentia eſt inter ſtipulationes conuentionales & prætorias. In conuentionalibus id obtinet quod proximè diximus, quia non niſi ex contrahentium mente recipiunt interpretationem. At prætoriæ interpretandæ ſunt ex mente prætoris. *leg. in conuentionalibus* 52. *de verb. oblig.* Prætor autem quoties iubet actionem aliquam interponi, id agit vt ea ſtipulatio naturam induat negotij ſuper quo interponitur, vt oſtendi. lib. 3. Coniect. cap. 1. ex *l. 1. §. ſi quis ſub condit. ff. vt lega. nom. caueat.* Ergo quamuis boni viri arbitrium quod ineſſet actioni mandati non ſimiliter inſit actioni ex ſtipulatu. *leg. quia tantundem* 7. *de neg. geſt.* non tamen dabit prætor actionem in procuratorem quem non poſſit cogere ad iudicium accipiendum, quia vult huic ſtipulationi eaſdem cauſas & condiciones ineſſe, quæ nulla interpoſita ſtipulatione prætoris edictum, & imperium remorari poſſent. Sed nec nouum eſt ſtipulationi conuentionali tacitè condicionem illam ineſſe, ſi res in eodem ſtatu manſerit. *leg. cùm quis* 38. *in pr. de ſolut.*

25. VLPIANVS lib.8.ad Edictum.

SI defunctus ſit dominus ante litem conteſtatam, iudicatum ſolui ſtipulatione pro ſuo procuratore data, procurator compellendus eſt ad iudicium accipiendum: ita tamen ſi hoc dominus ſciente procuratore, & non contradicente, fecit, quòd ſi aliter actum eſt, inſcium quidem procuratorem teneri ſatis inciuile eſt: committitur autem ob rem non defenſam ſtipulationis clauſula.

Ad leg. Si defunctus 15.

Ratio dubitandi. Mandatum reuocatur morte ſi res ſit integra. *l. inter cauſas* 26. *l. ſi præcedente* 58. *in princ. manda.* Atqui eo qui conſtituit procuratorem defuncto ante litem conteſtatam omnia ſint integra, quia non ſit procurator dominus litis ante conteſtationem. *leg. procuratoribus* 22. *& ſeq. C. hoc titul.* Ergo quamuis dominus ſatisfecerit pro ſuo procuratore iudicatum ſolui, ſi tamen defunctus ſit ante litem conteſtatam, non eſt cogendus procurator vt iudicium pro eo accipiat. Ratio decidendi. Hæc nimirum ratio & aliæ pleræque faciunt, vt totam hanc legem Triboniani non Vlpiani eſſe ſcripſerim. lib. 12. Coniect. cap. 16. In qua ſententia etiam num perſiſto. Eſt enim huius legis ſententia aliena planè à ratione iuris, & magis conueniens ei iuri, quod hodie obtinere refert. *Iuſtin. in tit. de ſatisdat.*

1 ¶ Qui ad communi diuidundo iudicium datus eſt ad agendum, Item & ad defendendum videbitur datus, duplici cautela interponenda[a].

Ad §. 1. Qui ad communi.

Ratio dubitandi. Sunt iſta penitus contraria conſtituti, quem procuratorem ad agendum, & conſtituti ad defendendum, quoniam & illa prorſus oppoſita ſunt agere & defendere, Actorem & reum eſſe, nec quiſquam poteſt actor ſimul & reus eſſe. *l. ne cum filiofamilias* 16. *de iurt.* Ergo qui conſtitutus eſt procurator ad agendum iudicio communi diuidundo, non poteſt videri conſtitutus etiam ad defendendum: diligenter enim cuſtodiendi ſunt fines mandati. *l. 5. in princip. mandat.* ne iniunctum officium mandatarius egrediatur. *l. ſi procurator* 10. *C. hoc tit.*

Ratio decidendi. Iudicium communi diuidundo eſt duplex, vt & duo alia iudicia familiæ erciſcundæ & finium regundorum, dicuntúrque etiam actiones mixtæ, quod in iis vterque litigantium ſit & actor & reus propter mutuas adiudicationes & condemnationes, quas in his iudiciis fieri neceſſe eſt. *leg. in tribus* 13. *ff. de iudic. l. 2. §. in familiæ. ff. famil. erciſc. leg. iudicium* 10. *fin. regund. l. actionis* 37. *§. mixtæ: de oblig. & act.* Ergo quiſquis procurator datus eſt ad agendum vno ex iſtis iudiciis, idem quoque ad defendendum procurator datus intelligitur, quia quoties aliquid mandatur, ea quoque omnia tacitè mandata intelliguntur, ſine quibus id quod expreſsè mandatum fuit expediri nullo modo poteſt. *l. ad rem mobilem* 56. *cum ſeq. l. ad legatum.* 62. *ff. hoc tit. l. 2. §. de iurisdict.*

a *Duplici cautela interponenda.* Hanc adiectionem Triboniani eſſe non Vlpiani, oſtendimus eo. cap. 16. lib. 12. Coniect. vbi vide.

16. PAVLVS lib.8. ad Edictum.

ANte litem conteſtatam libera poteſtas eſt vel mutandi procuratoris, vel ipſi domino iudicium accipiendi.

Ad leg. Ante litem 16.

Ratio dubitandi. Contractus omnes ſunt ab initio voluntatis ex poſtfacto neceſſitatis vulg. *l. ſtatur* 5. *C. de oblig. & action.* Ergo quemadmodum ſuſceptum mandatum implere cogitur mandatarius. *leg. ſi mandauero* 22. *§. vlt. mandat.* Ita & in electione procuratoris ſemel facta perſtare cogendus eſt is qui mandauit, cùm ſit contractus vtrò citróque obligatorius, & nominatus, in quo contractuum genere certum eſt non eſſe locum pœnitentiæ. Id enim dunta-

pleuit: ideóque contraria dicitur actio quæ mandatario competit contra mandatorem non directa. Atqui nihil interest mandatarij quandiu res integra est vt mandatum reuocetur, cuius reuocatio potiùs ei commoda & vtilis futura sit, vt pote per quam liberabitur à necessitate implendi mandati quod susceperat. Ergo ante litem contestatam libera potestas est & esse debet mandatori, eidémque domino vel mutandi procuratoris vel iudicium accipiendi. *l.3.C.mandat.* Dico cum Paulo *ante litem contestatam*, quia post litem contestatam aliud est, vt scribitur in *l.seq.* Aliud item est in procuratore in rem suam. *l.procuratore* 55.*ff.eod.*

17. VLPIANVS lib.9.ad Edictum.

POst litem autem contestatam reus, qui procuratorem dedit, mutare quidem eum, vel in se litem transferre à viuo procuratore, vel in ciuitate manente, potest: causa tamen piùs cognita.

Ad l.Post litem 17.

Ratio dubitandi. Mandatum finitur finita voluntate non minùs quàm morte. *l.si verò* 12. *§.pen.mandat. l.si cum Cornelius* 82.*de solut.* Ergo siue ante siue post litem contestatam liberum est mandatori reuocare procuratorem, cùm nihil interfit mandatarij, vt proximè diximus: multò magis transferre in se iudicium, quamuis viuo adhuc procuratore & manente in ciuitate.

Ratio decidendi. Potest quidem reuocari mandatum pro arbitrio mandantis, sed quandiu res est in integra *l.3. C. mandat.* Iris autem contestatio facit vt non sit integra, cùm per eam procurator fiat dominus litis. *l.procuratoribus* 22. *cum l.seq.C.hoc tit.* tametsi is qui procuratorem constituit, manet dominus rei & negotij: ex quo enim procurator factus est dominus litis, iam eius interest vt nō mutetur sine causa, cùm ex mutatio ipsius pudorem & existimationem oneret quodammodo. *l.quæ omnia* 25.*ff.eod.* Interest etiam aduersarij qui cum procuratore litem contestando videtur cum eo, quasi contraxisse. *l.3.§. idem scribit de pecul.* Interest denique prætoris apud quem facta est contestatio, & ad cuius autoritatem maximè pertinet, ne quam semel constituto iudicio mutationem sine causa fieri patiatur: omnis enim mutatio sicut Platoni periculosa est in republica, ita & magistratui & litigatoribus ipsis in iudicio semper suspecta & importuna. Planè causa cognita etiam post litem contestatam procuratoris mutatio permittitur.

1 ¶ Non solùm autem ipsi, qui dedit procuratorem, hoc permittitur: sed etiam heredi eius, & cæteris successoribus[a].

Ad §.1.Non solùm.

Ratio dubitandi. Non est nouum vt à defuncti voluntate non possit heres recedere, quam tamen defunctus ipse si hodie viueret posset immutare, vt in specie. *l.cum hic status* 32.*§. aut oratio de donat.int.vir. & vxor. item cum de mutuum verso* 6.*ff.de usur. l.1.§.vlt.de bon.libert.* Ergo non est bona consecutio, vt constitutum à defuncto procuratorem possit heres ipsius mutare, quòd defunctus ipse potuerit, etiam post litem contestatam.

Ratio decidendi. Heres succedit in omne ius quod habuit defunctus, cuius & personam in omnibus sustinet. *l.heres* 12. *de vsucap. l.hereditas* 62. *de regul.iur.* Quod ergo licuit defuncto etiam heredi licere hac parte debet, vt post litem quoque contestatam possit, vel mutare procuratorem, vel iudicium in se transferre, sed causa cognita. Sanè si velit reuocare tantùm procuratorem, nec alium eius loco substituat, nec iudicium cum procuratore cœptum in seipsum trāsferat, non est ei permittendum, quod nec defuncto permissum fuisset, quia id citra fraudē & captionem aduersarij fieri non posset, neque citra iniuriā prætoris, ex cuius autoritate facta cōtestatio cū legitimo procuratore inutilis & eluforia redderetur.

a *Et cæteris successoribus.* Siue heredis heredes sint (nam & heres heredis dicitur esse heres testatoris. *l.vlt.C.de hered.instit.*) siue bonorum possessores aut fideicommissarij, aut alij, si qui sunt similes, qui quamuis heredes non sint, heredum tamen loco habentur. *l.2.de bonor.poss.§.restituta.inst. de fideic.hered.l.2.ad SC.Trebell.*

2 ¶ In causæ autem cognitione non solùm hæc versantur, quæ suprà diximus in procuratore non compellendo suscipere iudicium: verùm & ætas[b].

Ad §.2.In causa.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quę ad *§.vlt. l.8.§.eo.* Nā quæ ratio facit vt procurator non sit cogendus accipere iudicium, eadem facit vt permitti debeat domino mutare procuratorē, ne alio quicum procuratorem inuitus retinere cogatur, per quem nihil possit agere eorum quæ agi velit, & quorum maximè grauis vsus procuratorum comparatus fuit. *l.1.§.vsq. §.eo.* E contrario quæ ratio facit vt procurator cogatur accipere iudicium, eadem facere debet ne mutari aut reuocari post litem contestatam sine causa possit.

b *Aut ætas,* Ratio dubitandi. Imputare sibi debet is qui tam teniorem procuratorem constituit ad litem tractādam arg. *§.pen.inst.quib.mod.re contr.obli.* cùm officium illud exigat vt plurimum hominem, memorem, diligentem, expeditum: quorum omnium vix quicquam est quod senex homo, præstare possit. Non igitur ei promittendum est vt ob ætatem sui procuratoris eum muret post litem contestatam. R.dec. Intelligendus est hic locus de ætate quę post datam procurationē ingrauescente cœperit, vel cumulatis annis, vel superuenientę vi & numero morborum: non etiam si ætas eadem penè fuerit tempore iniunctæ procurationis, si modò eam ætatem dominus procuratorem constituens nō ignorabat.

18. Mo-

18. MODESTINVS libro 10. Pandectarum.

AVt religionis beneficium.

Ad l.Aut religionis 18.

Ratio dubitandi. Religio præcipua est & laudanda, tenere fidem, eamq; præstare, quam qui violat cùm perfidus sit erga hominem quem videt, vix est vt religionem vllam colere possit, aut Deo ipsi fidelis esse quem non videt supervenientem, ergo cau sa religionis non sufficit ad faciendum vt mandatum à procuratore ex bona fide susceptum aut negligi possit à procuratore, aut à mandante reuocari.

Ratio decidendi. Sacerdotio obueniente procuratori excusandus ille est si susceptum officium implere nolit, quia hoc non tantùm honori personarum indulgemus, sed etiam maiestati Dei, cuius sacris vacare illum oportet *l.non distinguemus* 32. *§. sacerdotio de recept. qui arbitr.*

19. VLPIANVS libro 9. ad Edictum.

ITem si suspectus sit procurator: aut in vinculis[a]: aut in hostium[b], prædonúmve potestate[c].

Ad l.Item si suspectus 19.

Ratio dubitandi. Suspectus dicitur procurator hoc ipso quòd operam suam vult ingerere inuito, & qui sibi adserit procurationem, vt loquitur Vlp. in *l.quæ omnia* 25.*ff.eod.* Ergo semper erit in arbitrio eius qui constituit procuratorem vt eum reuocet tanquam suspectum, qui vel procurator cōsentiet reuocationi, & ita effectum habebit, vel nolet consentire, & hoc ipso faciet se suspectum. Ratio decidendi. Suspectum hîc intelligere debemus ex alia causa quàm quod nolit procurator pati reuocationem: puta quod aliqua dederit indicia collusionis & prævaricationis quam facturus sit si non reuocetur. A hoc qui non vtique suspectus sit qui post litē contestatam non facile patitur vt careat ea lite quā contestando suam & propriam fecerit, si modò pugare suum pudorem velit potius quàm aliena negotia inuito domino tractare, vt scriptum est in *d. l.quæ omnia.*

a *Aut in vinculis.* Nec enim qui in vinculis est aliena aut sua negotia per se tractare potest. Ratio dubitandi. Qui in vinculis est non eo minus procuratorem constituere potest & adire prætorē per procuratorem, vt de exule scriptum est in *l. Papinianus* 20.*de minor.* Atqui procurator post litem contestatam potest alium substituere procuratorem, tanquam qui per contestationem factus sit dominus litis *l.nulla dubitatio* 23.*C.hoc tit.* Ergo quamuis sit in vinculis non eo minùs procurator manere debet.

Ratio decidendi. Remanet quidem procurator etiam is qui in vinculis est, sed cùm per seipsum litem tractare non possit, & in procuratore constituendo plerumque industria personæ eligatur, nō potest negari quin iusta sit hæc causa mutandi procuratoris, sicut & iusta causa est concedendæ restitutionis, si quæ actio perierit ei qui in vinculis, siue priuatis siue publicis fuit *l.succurritur* 9.*inst.ex quib. caus.maior.* siue habuerit procuratorem siue non, arg. *l.sed etsi* 26.*§.vlt.eod.*

b *Aut in hostium prædonúmve potestate.* Ratio dubitandi. Qui in hostium potestate est, si quando ab hostibus redeat semper in ciuitate fuisse intelligitur per postliminij fictionem *l. postliminium* 19. *& pass. de capt. & postlim.* Ergo non est iusta hæc ratio reuocandi post litem contestatam procuratoris, nō magis quàm si is qui captus fuit ab hostibus nunquam captus fuisset.

Ratio decidendi. Postliminij fictio nō pertinet ad ea quæ iure facti *l.in bello* 12. *§.facti eo.tit. l.denique* 19.*ex quib.caus.maior.* facto autem & quidem præsenti opus est in persona procuratoris, qui nec aliā ob causam constituitur, quàm vt pro alio faciat quod alius ille per se facere non potest. Non igitur fictio postliminij potest impedire procuratoris mutationem vel reuocationem, quia licèt captiuus redeat ab hostibus, non ideò tamen facta in ciuitate reperientur qua fecisset ipse tanquam procurator si in ciuitate mansisset. Deniq; qui capitur ab hostibus fit seruus hostium, seruus autē non potest esse procurator præsertim ad lites tractandas: vnde solent etiam serui manumitti vt procuratores fiant *l.si col. lactaneus* 13.*de manum.vindict.*

c *Prædonúmve.* Ratio dubitandi. Qui à prædonibus capitur non fit seruus nec amittit aut libertatē aut ciuitatem *l.postliminium* 19. *§. à piratis l.hostes* 24.*l.latrones* 27.*de capt.& postl.* Ergo potest remanere procurator saltem post litem iam ab eo contestatam.

Ratio decidendi. Licèt neque amittat libertatem neque ciuitatem, tamen potentiore vi opprimitur, ne quid facere possit nisi quòd iis placeat à quibus detinetur: & vt dicam breuiter libertatē iure quidē non amisit, sed facto amisit, vt constat ex definitione libertatis posita in *l.4.in prin.de stat.homin.* ideóque solet ei perinde succurri edicto prætoris. Ex *quib.caus.maior.* atque iis succurritur qui ab hostibus capti fuerunt *l.succurritur* 9. *ex quib.caus.maior.* Perinde igitur iusta hæc causa est reuocandi & mutandi procuratoris.

20. PAVLVS lib. 8. ad Edictum.

VEl iudicio publico, priuatóve: vel valetudine, vel maiore re sua distringatur.

Ad l.Vel iudicio 20.

Ratio dubitandi. Qui iudicio siue publico siue priuato distringitur, non ideò infamis est, quouisq; sit conuictus & damnatus *l.infamem* 7. *de publ. iudic.* idcircoq; testis esse potest *l.3.§.lege Iulia de testib.* Ergo & procurator esse potest. Ratio decidēdi. Potest quidē adhuc esse procurator cùm nōdum sit infamis, sed vt possit reuocari aut mutari sufficit, quod qui priuato nomine huiusmodi aliquo iudicio distringitur, vix est vt aliena negotia bene & diligēter tractare possit. A deo cuilibet à natura insitum est vt magis curet sua, quàm aliena *l.& magis* 4.*de solut.* & malit sibi bene esse quàm alteri.

d *Vel valetudine.* Rat. dub. & dec. eadē quæ ad *l.9.§.*

21. GAIVS libro 3. ad Edictum Prouinciale.

VEl exilio:vel si latitet[a]: vel inimicus posteà fiat[b]:

Ad l. Vel exilio 21.

Ratio dubitandi. Etiam exul potest constituere procuratorem *l. Papinianus exu'i 20. de minorib.* At qui procurator qui litem contestatus est, cùm sit factus dominus litis potest alium substituere *l. nulla 23. C. hoc tit.* Ergo non est hæc iusta causa mutandi procuratoris. Ratio decidendi. Qui procuratorem constituit, eligit industriam personæ, vt dixi ad *l. 19. vers. aut in vinculis supr. eod.*

a *Vel si latitet.* Cùm enim latitare dicatur is qui nec perse, nec per amicum defenditur, & se occultat *l. Fulcinius 7. §. latitare.* & passim *quibus ex caus. in poss. eat.* quomodo potest fieri vt alterius procurator sit, siue ad agendum, siue ad defendendum?

b *Vel inimicus posteà fiat.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. 14. §. eod.*

22. PAVLVS lib. 8. ad Edictum.

AVt adfinitate aliqua aduersario iungatur: vel heres ei existat[a].

Ad l. Aut adfinitate 22.

Ratio dubitandi. Adfinis non prohibetur ex ratione iuris quominus procurator aut aduocatus sit aduersus affinem. Potest autem procurator esse quisquis non prohibetur, cùm edictum De procuratoribus sit prohibitorium *l. mutus 43. §. 1. ff. hoc tit.* Ergo superueniens adfinitas, maximè post litē contestatam, non est iusta causa mutandi procuratoris: præsertim cùm dici soleat, Multa durare facta, quæ fieri prohibentur, vulg. *l. patre furioso 8. de his qui sunt sui vel alien. iur.*

Ratio decidendi. Adfinis non prohibetur aliqua iuris ratione, sed adfectu & humanitatis & publicę etiam honestatis veneratione *l. humanitatis 23. C. de excus. tut.* Si enim nemo cogendus est coram suspecto iudice litigare *l. apertissimi 16. Cod. de iudic.* multò minùs cogendus quispiam est suspectum procuratorem retinere.

a *Vel heres ei existat.* Nulla hîc occurrit apta ratio dubitandi. Nam cùm heres personam eius induat & repræsentet, cuius heres est *l. heres 22. de vsucapio. l. hereditas 62. de regul. iur.* esset hîc procurator contra seipsum, si procurator maneret, quod absurdum & impossibile est *l. nec cum filiofamilias 16. de furt.* sicut & vt quis sit debitor idem & creditor *l. Stichum an Pamphilum 95. §. aditio.* iunct. *l. si duo 92. de solut.*

23. VLPIANVS lib. 9. ad Edictum.

AVt longa peregrinatio, aut aliæ similes causæ impedimento sint:

Ad l. Aut longa 23. Ratio dubitandi & decidendi ead. quæ ad *l. 9. §. eo*

24. PAVLVS libro 8. ad Edictum.

MVtari debebit: vel ipso procuratore postulante[a].

Ad l. Mutari debebit 24.

a *Vel ipso procuratore postulante.* Ratio dubitandi. Nunquam debet esse in potestate illius qui obligatus est ad aliquid dandum vel faciendum, vt facto suo liberet se ab obligatione *l. si seruum 91. §. nunc videamus de verb. obligat. l. nec ei 17. §. 1. de adoptio.* Atqui procurator ex quo mandatum suscepit, obligatus est ad illud implendum iudiciumq; accipiendum *l. si mandauero 22. §. vlt. ff. mand. l. filiusfamilias 8. §. vlt. ff. hoc tit.* ac multò magis vbi per litis contestationem quasi contraxit cum aduersario, factusq; est dominus litis. Ergo non potest ipse postulare vt mutetur, præsertim ex supradictis causis, quæ volūtariæ magis quàm necessariæ reperiuntur, qualis illa est, si sacerdotium impetrauerit, si malo aliquo more suspectum se fecerit, si latitet, si cum aduersario inea adfinitatem, & aliæ huiusmodi.

Ratio decidendi. Sicut superiores omnes causæ iustæ sunt, propter quas inuitus procurator mutat possit à cōstituente, ita & propter quas possit & debeat cogi is, qui procuratorē constituit, vt procuratoré mutet. Nec. n. cogendus est procurator, vt officiū, quod vltro tāquā amicus suscepit, implere cogatur, si aliquod ex eo damnum vel incommodum passurus esse videatur. Nec enim debet ei officium suum esse damnosum *l. sed etsi 7. test. quem. aper.*

25. VLPIANVS libro 9. ad Edictum.

QVæ omnia non solùm ex parte rei[a], sed etiam ex persona actoris obseruabuntur. ¶ Sed si aduersarius, vel ipse procurator dicat, dominum mentiri: apud prætorem hęc finiri oportet[b]. nec ferendus est procurator[c], qui sibi adserit procuratiōnem: nam hoc ipso suspectus est[d], qui operam suam ingerit inuito: nisi fortè purgare magis conuicium[e], quàm procurationem exequi maluit: & hactenus erit audiendus, si dicat se procuratione quidem carere velle: sed si id inlæsa existimatione sua fiat. Cæterùm ferendus erit pudorem suum purgans. ¶ Planè si dicat, in rem suam se procuratorem datum[f], & hoc probauerit[g]: non debet carere propria lite. ¶ Item si retentione aliqua procurator vti velit[h], non facilè ab eo lis erit transferenda.

26. PAVLVS lib. 8. ad Edictum.

NIsi dominus ei soluere paratus sit.

Ad l. Qua

Ad l. Quæ omnia 25.

a *Non solùm ex parte rei.* id est, siue rei, siue actoris procurator quis esse proponatur. Ratio dubitandi. Est in arbitrio & potestate actoris, quem procuratorem constituere velit, sicut & quando agere velit *l. purè 5. §. vlt. de doli mali except.* Minus ergo ei permittendum est procuratorem mutare, quàm reo qui plerumque sicuti actionem excipere cogitur, vbi & quando nollet, ita nec tantùm temporis spatium habet ad eligendum procuratorem.

Ratio decidendi. Solent quidem rei in plerisque fauorabiliores esse quàm actores *leg. Arrianus 47. de oblig. & action. l. fauorabiliores 125. de regul. iur.* Sed hac parte omnium eadem ratio est, quia tam rei quàm actoris procurator officium amici præstat & liberum & gratuitum, & eadem de causa.

b *Apud prætorem hoc finiri oportet.* Nam cùm mutatio aut reuocatio procuratoris post litem contestatam non fiat nisi causa cognita *l. post litem 17. sup. eod.* causæ cognitio in duobus consistit. In hoc primùm vt prætor examiner an causa quæ siue à domino, siue à procuratore allegatur sit iusta, quæ disceptatio iuris magis quàm facti est: In eo deinde vt examinet an sit vera quæ quæstio facti est non iuris: quod & in concedendis in integrum restitutionibus fieri natur *l. 3. infr. de in integr. restit.* & in cæteris omnibus causis quę plenam cognitionem requirunt.

c *Nec ferendus est procurator.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. ante litem 16. §. hoc tit.*

d *Hoc ipso suspectus est.* Ratio dubitandi. Etiam inuiti nedum ignorantis cuiusque meliorem condicionem facere possumus *l. soluendo 39. de negot. gest. l. solutione 23. de solut. l. etiam 32. de acquir. rer. domin. l. seruus vetante 62. de verb. oblig. l. melior 133. de regul. iur.* Ergo non ob id potest quis suspectus videri quòd operam suam ingerat ei à quo fuit constitutus procurator, præsertim cùm id aliquando ipse voluerit licèt nunc nolit.

Ratio decidendi. Potest quidem conditio nostra fieri melior per alium etiamsi nolimus, sed non cogimur pati vt alius inuitis nobis res nostras tractet, nec facilè euenit, vt quis bona mente velit inuitis nobis tractare quæ ad nos pertinent: Adeò verum est, Malle quemque sibi bene esse quàm alteri, præsertim cùm dici soleat quod & verum est, Inuito beneficium non conferri *l. inuito 69. de reg. iuris.*

e *Nisi fortè purgare magis conuicium.* Ratio dubitandi. Iuris executio neque conuicium, neque iniuriam habet *l. iniuriarum 13. §. 1. de iniur.* nec iniuriam commiscitur qui ius suum tuetur. Atqui cùm is qui procuratorem constituit eum mutat, facit pro suo iure. Siquidem mandatum finitur finita voluntate *l. si verò 12. §. pen. mandat.* Non est ergo quod causetur procurator ad impediendam reuocationem aut mutationem, aliquam sibi ex eo iniuriam irrogari, præsertim cùm ex iis causis, propter quas potest mutari vel reuocari procurator, multæ sint quæ non onerant existimationem.

Ratio decidēdi. Iniuria est si procurator qui post litem contestatam non potest reuocari sine causæ cognitione reuocetur simpliciter, & nulla causa allegata nec probata. Hoc ipso enim fit quodammodo suspectus quod in dubio præbet ea res plerisque materiam suspicandi quod in re aliena tractanda fuerit malè versatus: Maximè verò si nulla euidenter appareat interuenire causa ex iis quæ faciunt vt procurator illęsa existimatione possit mutari vel reuocari. Et si autem non eò magis fieret infamis qui sine causa mutaretur, vel reuocaretur, interest tamen illius valde, ne qua ex parte ipsius existimatio apud bonos & graues viros lædatur *l. 2. de obseq. parent. & patron. præst. l. 4. §. aduersus. de doli mal. except.*

f *In rem suam procuratorem se datum.* Ratio dubitandi. Etiam procurator in rem suam agit nomine alieno & ex persona illius qui eum constituit *leg. qui stipendia 9. C. hoc tit. l. illam 33. C. de don.* Ergo perinde potest reuocari ne pro altero inuito agere videatur. Ratio decidendi. Agit quidem alieno nomine, sed ad suum & proprium commodum *dict. l. qui stipendia*, & ideò nec litis contestatione, nec alio vllo remedio indiget vt fiat dominus litis, nec possit reuocari, Transmitti enim ius suum ad heredem etiamsi moriatur ante litem contestatam *d. l. illam.* Nec finitur huiusmodi mandatum morte mandāntis, licèt sine herede defuncti, quin saltem vtilis actio procuratori danda sit *l. 1. C. de oblig. & act.* Denique etiam illi ipsi qui eum constituit præferendus est nedum alij eius procuratori, quia post rescriptū Diui Pij habet etiam proprio suo nomine vtiles actiones *l. si cum emptore 16. §. de pact. l. emptor 5. l. postquā 7. & seq. C. de hered. vel act. vendit. l. procuratore 55. ff. hoc t.* Idque est quod hîc Vlpianus ait, non debere illum carere propria lite. Iunge *l. 34. ff.*

g *Et hoc probauerit.* Quisquis enim alterius procurator est sicut ex aliena persona agit, ita & alieno commodo agere intelligitur, & tanquam simplex procurator nisi probet se in rem suam constitutum fuisse.

h *Item si retentione aliqua procurator vti velit.* Ratio dubitandi. Si quid procurator impenderit in rem domini, certum est habere illum hoc nomine contrariam mandati actionem ad repetitionem *l. idémque 10. §. idem Labeo. l. si verò 12. §. contrario. infr. mandat.* Nec esse similem illis qui retentiones solas habent, de quibus in *l. heres 21. ad SC. Trebellian. l. si in area 33. de cond. indeb.* Ergo non potest hęc iusta esse causa propter quam procuratoris reuocatio vel mutatio impediatur, præsertim cùm mandati actio siue directa siue contraria nullum habeat priuilegium tacitæ hypothecæ, sed tantùm sit actio personalis.

Ratio decidendi. Sicut interest nostra non soluere potiùs quàm solutum repetere *l. 3. de compens. l. si stipulatus 15. de fideiuss.* ita & per retentionem nobis consulere potiùs quàm per actionem. Qui enim retinet sibi ipsi quodammodo soluit quod potest fieri sine actione *l. si pupilli 6. §. vlt. de neg. gest. l. quoties 9. §. & generaliter. de admin. tutor.* denique cui damus actionem multò magis exceptionem & retentionem dandam esse constat *l. inuitus 156. §. cui damus. de reg. iur. l. 1. §. ij autem. de superfic. l. 1. in fine princip. de pignor.* Planè si dominus quicquid ei debet soluere sit paratus, nihil iam erit, quod de retentione tractari possit, vt subiicitur ex Paulo in *l. sequ.* cùm ea retentio non detur nisi ad indemnitatem consequendam *l. ei apud quem 5 deposit. l. furt. 6. §. vlt. ff. tit. 1.* iunct. *l. Paulus 16. §. 1. quib. mod. pign. vel hypot. soluit.* Idque non per modum pignoris, sed per modum reputationis *d. §. idem Labeo.* Non enim sicut vbicunq; pignus ibi & retentio est *d. l. 1. de pign.* ita è contrario pignus necesse est esse vbicunque retentio est, vt constat ex *d. l. heres. & d. l. si in area.*

27. VLPIANVS libro 9. ad Edictum.

IN cauſæ cognitione etiam hoc verſabitur, vt ita demum transferri à procuratore iudicium permittatur, ſi quis omnia iudicij ab eo transferre paratus ſit. cæterùm ſi velit quædam transferre, quædam relinquere: iuſtè procurator hanc conſtantiam recuſabit. Sed hęc ita, ſi mandato domini procurator egit. cæterùm, ſi mandatum non eſt: cùm neque in iudicium quicquam deduxerit[a], nec tu ea comprobaſti[b], quæ inuito te[c], acta ſunt, tibi non præiudicant, ideóque translatio earum litium non eſt tibi neceſſaria, ne alieno facto onereris[d]. ¶ Hæc autem cognitio procuratoris mutandi, prætoris eſt[e].

Ad l. In cauſæ 27.

Ratio dubitandi. Non debet cui licet quod plus eſt, quod minus eſt non licere *leg. non debet cui 21. de reg. iur.* Ergo qui poteſt omnia iudicia à procuratore ſuo in ſeipſum aut in alium procuratorem trãsferre, multò magis audiendus eſt ſi velit quædã transferre, quædam relinquere. Plus enim eſt totum iudicium quàm iudicij partem transferre.

Ratio decidendi. Inconſtantia & leuitas nimia eſt, procuratorem quem ſemel in ſolidum conſtitueris reuocare velle, nec niſi pro parte, poſteaquã factus ſit dominus litis in ſolidum per conteſtationem. Nam nec ille ab initio mandatum ſuſcepiſſet tractandi pro parte negotij & incidẽdi in communionem negotiationis. arg. *l. ſi quis aliam 46. de ſolut. l. ſi non ſortem 26. § ſi centum. de condict. indeb.* Sic in *l. cùm quæritur 16 de admin. tutor. l. nam abſurdũ 7. de bon. liber. l. ſi ita 39. § 1. de oper. libert.* Nihil tamen vetat eius negotij quod à procuratore geſtum ſit partem tantùm ratam haberi *l. cum debitore 17. & ſeq. rat. rem hab.* licèt nihil ea res profit ad pœnam euitandam *l. 4. § Cato. in fin. de verb. oblig.*

a *Cùm neque in iudicium quicquam deduxerit.* Litem ſcilicet conteſtando: qui enim procurator non eſt, nec mandatum vllum habet, etiamſi litem conteſtetur, rem tamen in iudicium deducere non poteſt.

b *Nec tu ea comprobaſti.* Si enim ſecuta eſſet ratihabitio aliud eſſet. Ratio dubitandi. Ratihabitio ſubſequens non facit, quominùs verum ſit litem conteſtatam fuiſſe ab eo qui mãdatum nullum habuit, ac proinde qui rem in iudicium deducere non potuit. Ergo nec facere poteſt vt iudicij tranſlatio neceſſaria ſit. Ratio decidendi. Ratihabitio æquiparatur mandato *l. vero procuratori 12. in fin. de ſolut. l. vlt. C. ad SC. Maced.* Proinde facit vt mandatum præceſſiſſe videatur.

c *Inuito te*, id eſt, ignorante. Nec enim contradictio vlla hoc caſu requiritur *l. 8. § inuitus. ff. eod.*

d *Ne alieno facto onereris.* Melior enim condicio noſtra per alium fieri poteſt, deterior non poteſt *l. ſoluendo 39. § de negot. geſt. l. 1. in princ. de alien. iud. mut. cauſ. fact. l. melior 133. de reg. iur.* Fieret autem condicio mea deterior per falſum procuratorem ſi neceſſe mihi eſſet transferre ab eo in me iudicium quod ille ignorante aut inuito me accepiſſet, ne alioqui ex eius perſona, vel potiùs in eius perſona condemnaret. Denique tranſlatio iudicij præſupponit iudicium aliquod eſſe, quod conſtitutum fuerit à falſo procuratore, qui tamen nullum vtique potuit conſtituere.

e *Prætoris eſt.* Ratio dubitandi. Hæc cognitio facti eſt magis quàm iuris *l. poſt litem 17. § 1. & ll. ſeqq. ff. eod.* Atqui alienum eſt à dignitate prætoris, vt cognoſcat de facto, & de eo pronunciet. Fuit enim toto iure vetere hic ritus iudiciorum, vt de quæſtione facti non cognoſceret prætor, ſed tantùm iudices daret, vſque ad *l. 2. C. de ped. an. iudic.* vt dixi ad *titul. de iuriſdict.* Ergo non debet hæc cognitio prætoris eſſe, ſed iudicis. Ratio decidendi. Erant tamen pleraque, de quibus licèt in facto conſiſterent, ſolius prætoris erat cognoſcere & pronunciare, ea ſcilicet quæ maiore priuilegio ac fauore digna videbantur cuiuſmodi erant quæſtiones ſtatus *l. non diſtinguemus 32. § de liberali de recept. qui arbitr.* reſtitutiones minorum itémque maiorum ex generali clauſula, *Si qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur. l. 1. de minor. l. 1. ex quibus cauſ. maior.* Eæque cognitiones dicebantur non iudicationes aut iudicia *leg. in cauſa 13. l. quod ſi minor 24. § vlt. de minor. tot. tit. de var. & extr. cognit.* Talis autem fuit cognitio mutandi procuratoris, ideò fortaſſe, quod ipſius quoque prætoris autoritas, contemni lædique videatur, ſi procurator qui apud prætorem litem conteſtatus eſt, atq; ita dominus litis factus fuit, ſine cauſa reuocetur. Præſertim cùm nec niſi ex autoritate prætoris trãſlatio iudicij fieri poſſit, quemadmodum ex ſolius prætoris autoritate iudicia omnia & accipiuntur & conſtituuntur.

1 ¶ Si ex parte actoris litis tranſlatio fiat: dicimus committi iudicatum, ſolui ſtipulationem[f] à reo factam. Ídque & Neratius probat, & Iulianus. & hoc iure vtimur: ſcilicet ſi dominus ſatis accepit. ¶ Sed & ſi procurator ſatis accepit, & transferatur iudicium in dominum: verius eſt, committi. & ex ſtipulatu actionem[a] à procuratore in dominum transferri. ¶ Sed & ſi à domino, vel à procuratore in procuratorem iudicium transferatur[b], non dubitat Marcellus, quin committatur ſtipulatio. & hęc vera ſunt. Et licèt procuratori commiſſa ſit ſtipulatio, tamen domino erit danda vtilis ex ſtipulatu actio, directa penitus tollenda.

Ad § 1. Si ex parte.

f *Dicimus committi iudicatum ſolui ſtipulationem.* Rat. dub. Cùm verus procurator litem conteſtatur, & ré in iudiciũ deducit, reus qui præſtat cautionẽ iudicatũ ſolui, de eo iudicato ſentire intelligitur, quod ſequetur in perſona eiuſdem procuratoris, ſiue dominus ipſe, ſiue procurator is ſit, qui cautioné accipit. Refertur. n. hæc ſtipulatio ſicut ad preſens iudicium, ita & ad eam perſonam quæ iudicium dictauit. Trãſlatione igitur iudicij facta à perſona procuratoris ſiue in dominum ſiue in alium procuratorem, noua ſtipulatione opus eſt, ſicuti dicimus cùm defenſor abſentis cautionem Iudicatum ſolui præſtitit, & in dominum poſtea iudicium transfertur, fideiuſſores ob rem iudicatam quos defenſor dedit non teneri, nec pignora quæ dederunt *l. 1. in fin. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.*

Ratio decidendi. Stipulationes prætoriæ & iudiciales qualis iſta eſt, non interponuntur, niſi vt iudicium ratum fiat *l. 1. de præt. ſtipulat.* Atqui tranſlatio iudicij, licèt perſonam mutet, non tamen mutat iudicium. Idem enim iudicium eſt quod fuit antea, transfertúrque cum omnibus ſuis qualitatibus, alioqui noua conteſtatione opus eſſet, neque tam iudicium acceptum transferri quàm nouum conſtitui videretur. Non ergo poteſt ea tranſlatio adimere domino commodum ſtipulationis Iudicatum ſolui, nec ſi procurator à quo iudicium transfertur ſatis acceperit, multò minùs ſi ipſe dominus, Ne alioqui tranſlationis faciendæ non modò liberras, ſed etiam neceſſitas huius incommodi metu impediatur. Longéque alia ratio eſt cautionis præſtitæ à defenſore abſentis. Ea namque licèt etiam propter iudicium ipſum vt ratum fiat, interponatur, tamen non tam à reo aut pro reo ipſo abſente interponitur quàm à defenſore abſentis ob propriam perſonam, & ratione illa quod abſentis defenſor idoneus nemo ſit ſine ſatisdatione *l. minor 31. § vltim. cum ll. ſeqq. infrà hoc tit.* Abſens enim ſi præſens eſſet ac ſe defenderet non cogeretur ſatisdare *l. hæc autem 5. § vltim. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Cui conſequens eſt vt tranſlato iudicio à defenſore abſentis in reum ipſum qui præſens eſſe cœperit, quamuis idem iudicium ſit, perſonæ tamen mutatio perimat ſtipulationem, quia neque fideiuſſores à defenſore dati, neque pignora quæ ipſi dederunt, pro reo ipſo, ſed pro defenſore ſolo interuenerunt, qui porro per iudicij tranſlationem ſicut à iudicio eximitur, ita & ab omni obligatione contracta ex ea cauſa. Noua igitur cautione & ſtipulatione opus eſt, quam ſi actor non interpoſuit eo tempore quo iudicij tranſlatio facta eſt, ſibi debet imputare. Proinde multum intereſt quod ad cautionem hãc Iudicatum ſolui pertinet. An tranſlatio iudicij fiat ex parte actoris vt in hoc § an ex parte rei, vt apud Papinianum in *dict. l. 1. § vltim. quib. mod. pign. vel hyp. ſoluit.*

a *Et ex ſtipulatu actionem.* Ratio dubitandi. Stipulatio non poteſt committi alij quàm ipſi procuratori qui cautionem accepit. In ſtipulationibus enim ſemper inſpiciendum eſt quæ perſona ſtipulata eſt, & quæ promiſerit, quoniam alia perſona numquam extrinſecus intelligitur, niſi expreſſa ſit, *l. ſi ita ſtipulatus 126. § Chryſogonus in fin. de verbor. obligat.* Atqui non poteſt actionem ex ſtipulatu habere alius, quàm ille ipſe cui commiſſa eſt ſtipulatio. Quiſquis enim agit ex ſtipulatione debet probare commiſſam eam eſſe, & quidem ſibi non alij *l. qui Romæ 122. § Agerius eod. leg. nuda 5. Codice de contr. & commit. ſtipulat.* Ergo non poteſt fieri vt ſtipulatio aut actio ex ſtipulatione commiſſa ipſi procuratori in dominum transferatur. Atqui ſtipulatio de qua agimus procuratori ipſi commiſſa eſt, vt Vlpianus hîc fabricit. Noua igitur ſtipulatione opus eſt vt actionem habere dominus poſſit.

Ratio decidendi. Procuratori quidem non domino committitur ſtipulatio, vt ait Vlpianus; ideóque nulla actio directa domino competit, ſed vtilis tantùm, Niſi ponas coactum procuratorem dõmino cedere & præſtare actionem ſibi ex ea ſtipulatione quæſitam ad quod ſanè cogi poteſt mandati actione *l. poſſeßio 49. § vltim. de acquirend. poſſeſſ.* tamen placet. Sed tamen placuit Triboniano ex æquitatis prætextu & circuitus, vt puto euitandi gratia dare domino vtilem etiam ſine ceſſione actionem, quaſi ſtipulatio à procuratore tanquam procuratore interpoſita hoc ipſo ad domini potiùs quàm ad procuratoris perſonam & vtilitatem referenda ſit, argum. *l. penultim. ſupr. ſi quis cautionis l. quoties quis alium 81. § 1. de verbor. oblig.* at. Dicendũ placuiſſe Triboniano non Vlpiano, quia ex iuris ratione nulla poteſt actio quæri domino ex ſtipulatione procuratoris, id eſt, ne vtilis quidem, *leg. 1. Cod. per quas perſ. nob. acquir.* niſi cùm procuratori præſentis domini cautum fuit *l. ſi procuratori 79. eod.* aut cùm procurator ex re domini mandato non refragante ſtipulatus eſt *l. quod procurator 68. infr. hoc tit.* vbi dicam. Et Triboniani manum inſcitiámque produnt manifeſtè verba illa vltima huius §: *directa penitus tollenda.* Quia enim autoritate potuiſſet Vlpianus tollere actionem directam ipſo iure competentem? Potuit tamen Tribonianus agens vt ſolet agere, imperatorem & reſpiciens ni fallor ad Iuſtiniani conſtitutionem in *l. 2. Cod. per quas perſon.* vbi tamen quod dicitur non fuiſſe neceſſariam olim ceſſionem non ad actionem ex ſtipulatu pertinet, ſed ad certi condictionem ex mutuo, quæ nobis acquiritur per procuratorem, ſi is pecuniam noſtram noſtro nomine mutuam dederit, quia nimirum ex re naſcitur ea actio, non etiam ſi fuerit ſtipulatus *l. 2. Cod. ſi certum petat.* Scripſi latiùs *libr. 12. Coniectur. cap. 4.* Niſi quod eo loco verba dumtaxat illa vltima Triboniano adſcripſi, cui nunc totum hunc § puto adſcribendum ſiue priora illa intueor *ſtipulationem à reo factam*, ſiue tam multos caſus cumulatos támque anxiè conquiſitas Iureconſultorum autoritates adiectis etiam illis verbis *& hoc iure vtimur*, mox iſtis *& verius eſt*, rurſum illis *& hæc vera ſunt*: itemque repetitis, ſed etſi iunge quæ dicam ad *l. ſeq.*

b *Sed etſi à domino vel à procuratore in procuratorem iudicium transferatur.* Intellige quod fuerat priùs conſtitutum vel cum ipſo domino, vel cum alio eius procuratore nunc mutato. Hic verò caſus dubitabilior eſt, quia difficilius videtur vt procuratoris vnius ſtipulatio committatur iudicio tranſlato in alium procuratorem, quàm ſi tranſlatum eſſet in dominum. Siquidem facilius eſt vt procuratoris factum pro facto domini accipiatur, quam pro facto alterius procuratoris. Sed reſponderi pro Triboniano poteſt diuerſos eiuſdem domini procuratores pro eodem haberi poſſe, quia vnius domini perſonam repræſentant.

28. IDEM lib. 1. Diſputationum.

SI procurator meus *iudicatum ſolui* ſatis acceperit: mihi ex ſtipulatu actio vtilis eſt, ſicuti

iudicati actio mihi indulgetur[a]. Sed & si egit procurator meus ex mea stipulatione. me inuito[b], nihilominùs tamen mihi ex stipulatu actio tribuitur[c]. quæres facit, vt procurator meus[d], ex stipulatu agendo, exceptione debeat repelli[e]: sicuti cùm agit iudicati[f] non in rem suam datus[g], nec ad eam rem procurator factus. ¶ Per contrarium autem, si procurator meus iudicatum solui satisfecerit[h], in me ex stipulatu actio non datur. Sed & si defensor meus satisfecerit, in me ex stipulatu actio non datur: quia nec iudicati mecum agi potest.

Ad l. Si procurator 28.

a *Mihi ex stipulatu actio vtilis est, sicuti iudicati actio mihi indulgeretur.* Ratio dubitandi. Ex procuratoris stipulatione nulla potest actio quæri domino sine cessione *l. possessio 40. §. vtim de acquirend possess. l. 1. C. per quas person nobis acquir. nisi in casu l. quod procurator 68. infr. h. t. et tit. l. si procuratori 29. de verbor. obligat.* Ergo ex stipulatione iudicatum solui à procuratore interposita non potest domino actio dari.

Ratio decidendi. Stipulatio ita iudicatum solui, cùm sit prætoria, recipit interpretationem ex mente prætoris *l. in conuentionalibus 52. de verbor. oblig. l. in prætoriis 9. de pact. stipul.* Prætor autem non alia de causa iubet eam interponi, quàm vt iudicati executio sit paratior. Ergo vt ei competat actio ex stipulatione, cui competeret actio iudicati. Atqui ex iudicato daretur actio domino, non procuratori ad iudicium dato, nisi in rem suam datus sit *l. item eorum 6. §. vlt. infr. tit. prox.* quia licèt per contestationem factus sit dominus litis, non tamen dominus est rei in litem deductæ, ideóque nec ei solui potest *l. hoc iure 86. de solut.* Ergo nec mirum est vtilem actionem ex ea stipulatione acquiri domino, cuius solius res agitur, & vtilitas spectatur *l. penult. ff. si quis caution.* Non tamen erit bona consecutio, si è contrario inferas. Nullam igitur ex huiusmodi stipulatione actionem competere procuratori, cui nec actio iudicati daretur. Plus enim iuris habet quod ad actionem ex stipulatu procurator, qui stipulatus est, quàm quod ad actionē iudicati, quia in stipulatione factum eius versatur, in iudicato verò non item, sed factum solius iudicis, qui porrò pronunciat de iure non procuratoris, sed domini.

b *Sed etsi egit procurator meus ex ea stipulatione, me inuito.* Ratio dubitandi. Directa actio quæ possit procuratori competere, penitus nulla est, vt apparet ex postremis verbis legis præcedentis. Atqui nemo agit sine actione *l. si pupilli 6. §. vlt. de negot. gest.* Ergo non potest meus procurator agere ex eiusmodi stipulatione, præsertim me inuito.

Ratio decidendi. Non potest fieri, vt qui vtiliter sibi stipulatus est, non acquirat sibi ex ea stipulatione actionem directam. Aut enim stipulatio non valet, aut vt ea quæratur stipulatori actio necesse est. Atqui valet stipulatio iudicatum solui interposita per actoris procuratorem, eáque sic interponi debet, vt procurator sibi, non domino stipuletur. Alioquin esset omnino inutilis stipulatio procuratoris, quæ in domini personam collata esset *l. 1. Cod. per quas personas nobis acquir.* Fieri ergo nequit vt non habeat procurator directam ex ea stipulatione actionem, nec proinde vt non possit ex ea agere, si velit, etiam me inuito, quia quominus vtatur quis actione sibi iure ipso competente, prohiberi à nemine potest. Hinc que apparet tantò manifestius verum esse quod ad l. præced. adnotauimus, Triboniani esse, non Vlpiani postremam illa verba, *directa penitus tollenda*, quę tanè penitus tollenda sunt.

c *Nihilominùs tamen mihi ex stipulatu actio tribuetur* scilicet vtilis, de qua initio legis. Ratio dubitandi Etsi eadem stipulatio interdum potest pluribus acquirere actionem etiā directam, vt in duobus correis stipulandi, non ideò tamen fit vt ex ea plures agere possint, sed primi occupantis melior conditio est, & vnius actio alterius actionem consumi *l. 2. l. 3. §. 1. de duobus reis* Hémque est pluribus procuratoribus in solidum simul datis *l. pluribus 32. infr hoc tit. l. si Titius 9. de verbor. obligat.* Nec enim vna stipulatio sæpiùs committi potest *l. cùm quærebatur 8 l. vltim. iudic. solui.* mulcé que minùs eadem actio sæpius exerceri, cùm necesse sit eam continui per contestationem propter nouationem, quam contestatio inducit *l. vltim. Cod. de exec. rei iud. l. 1. de gare u §. 1. l. aliam 29. de nouat. l. 3. Cod. eod.* Ergo fieri nequit vt si procurator meus ex ea stipulatione egerit me inuito, nihilominùs ex eadem stipulatione actio vtilis mihi tribuatur.

Ratio decidendi. Bona esset ratio, si directa illa actio, quæ competit meo procuratori, etiam me inuito, efficax esset. Atqui non est efficax, quia sum. moueri potest & debet per exceptionem doli mali, vt sequitur apud Vlpianum. Etsi enim semel tantùm committitur, tamen eodem instanti quo directa actio nascitur procuratori, vtilis etiam nascitur domino, quę per directam inutilis fieri nec potest nec debet.

d *Quæ res facit vt procurator meus.* Ratio dubitandi. Actio directa maior & plenior est quàm vtilis, & ideò nunquam damus vtilem ei qui habet directam *l. si heres 70. in princip. ad SC. Trebell.* Atqui maior obligatio semper tollit minorem *l. si reus 13. de duobus reis. l. si duo 93. de solut.* Ergo directa quæ competit procuratori tollit vtilem domino dandam.

Ratio decidendi. Plenior quidem & maior obligatio tollit minorem cùm vtraque concurrit in vnam eandémque personam, vt si reus fideiussori, vel fideiussor reo heres extiterit *l. cùm reus 14. de fideiuss.* vel fideiussor creditori, vel reus, aut contrà, reo vel fideiussori creditor *l. heres à debitore 21. eod.* Sed cùm directa actio est in persona vnius, vtilis verò in persona alterius, semper vtilis præferenda est directæ, quia directam inutilem & inefficacem esse nihil prohibet, vtilem verò inutilem esse implicat contradictionem *leg. procuratore 55. infr. hoc tit.* Sic iam olim quoties dominus bonitarius concurrebat cum quiritiario, bonitarius præferebatur, vt est apud Vlpianum in fragmentis *tit. 19. de acquisit. rer.*

e *Exceptione debeat repelli.* scilicet doli. & ita demum si agat domino inuito. Dolo enim facere videtur qui ex ea stipulatione agit, ex qua si ei soluatur non possit liberatio contingere soluenti, vt in *l. si cum emptore 16. de pact. l. si pecunia 77. de legat. 1.*

Ratio dubitandi. Non facit dolo qui iure suo vtitur *l. nullus videtur 55. de regul. iur.* Atqui procurator hîc suo iure vtitur, cùm agit directa actione competente sibi ex propria stipulatione. Ergo non est repellendus doli exceptione.

Ratio decidendi. Vtitur quidem suo iure procurator, qui agit huiusmodi actione directa ex propria stipulatione, sed facit contra naturalem æquitatem qui per occasionem iuris ciuilis velit extorquere solutionem ab eo quem liberare non possit, ac proinde qui si ei solueret mansurus esset in damno. Quę res doli exceptionem solet inducere *l. 1. de doli mal. except.*

f *Sicuti cùm agit iudicati.* Mallem legere *non agit.* Nā procurator qui nec in rem suam procurator datus, nec in eam rem specialiter procurator factus est, non potest agere ex iudicato *leg. hoc iure 86. de solut.* nec iudicati actio ei ex edicto datur *l. item eorum 6. §. vlt. infr. tit. prox.* Nullus ergo exceptioni doli locus esse potest, cùm exceptio quælibet præsupponat actionem *l. 1. 2. & pass. de exception.* Iunge quæ dixi ad princip. huius legis.

g *Non in rem suam datus.* Ratio dubitandi. Sententia ferri debet inter eos qui litem contestati sunt *l. de vnoquoque 47. de re iudic.* Atqui litem contestatus est procurator non dominus, & ex eo tempore factus est dominus litis *l. procuratoribus 22. & seq. C. hoc tit.* Ergo contra ipsum procuratorem aut pro ipso procuratore sententia ferri debet, & consequenter dari ei actio iudicati, non domino aut saltem non minùs quàm domino.

Ratio decidendi. Contestatio facit procuratorem dominum litis, sed non negotij: lis autem finitur per sententiam *l. 1. & 2. de iurcur. l. post rem iudicatam sup. de transact.* Ergo iudicati actio ex sententia non potest competere procuratori, nisi ad hoc specialiter datus sit aut in rem suam, quo posteriore casu, ideò potest agere iudicati, quia non tantùm litis, sed etiam ipsius rei in litem deductæ; totiúsque negotij dominus inuenitur *l. hoc iure 86. de solut.* iunct. *l. qui absente 4. & l. qui stipendia 9. Cod. hoc titul.*

h *Si procurator meus iudicatum solui satisfecerit.* Ratio dubitandi. Contrariorum eadem ratio esse solet *l. 1. C. de cupress. lib. 11. tit. vlt.* Atqui si procurator meus iudicatum solui satis acceperit mihi actio ex stipulatu saltem vtilis tribuenda est, vt diximus initio huius legis. Ergo per contrarium, si procurator meus iudicatum solui satisfecerit in me ex stipulatu, actio saltem vtilis dari debebit. Est enim multò facilius, vt ex promissione mei procuratoris teneat ego qui ei mandaui, quàm vt ex ipsius stipulatione actio aliqua siue directa, siue vtilis mihi acquiratur.

Ratio decidendi. Hac nimirum ratione motus puto abundare negationem in illis verbis *in me ex stipulatu actio non datur.* Nam Vlpianum nostrum idem iuris vtroque casu constituere voluisse indicat illa connexio *per contrarium autem.* Deinde ratio iuris manifesta hoc euincit. Nam cùm procurator meus satis accepit iudicatum solui, danda ideò mihi est vtilis actio ex stipulatu, quoniam actio iudicati mihi datur, & quidem directa non vtilis, quia soli mihi datur, nō etiam meo procuratori. Eadem igitur ratione, cùm procurator meus iudicatū solui satisfecit danda est in me vtilis actio ex stipulatu, quia & directa actio iudicati contra me solum competere potest, non etiam contra meum procuratorem, nisi in casu *l. 31. infr.* sicuti nec competit contra tutorem *l. 2. de admin. tutor.* cuius tamen persona magis repræsentat, vt ita dicam, pupilli personam quàm procuratoris persona repræsentet personam domini. Interpretem fefellisse videtur, vt hanc negationem adderet, quod subiicitur si defensor meus satisfecerit actionem ex stipulatu in me non dari: sed euidens est ratio diuersitatis inter defensorem & procuratorem. Nam cùm defensor meus condemnatus est, iudicati actione mecum agi non potest ne vtili quidem. At procuratore meo condemnato, iudicati agi mecum potest, quia procuratoris mei factum quodammodo meum reputatur, non etiam defensoris mei *l. procurator 11. de doli exception.* Habet enim procurator meus mandatum à me, defensor meus non habet: ideoque ex promissione defensoris mei qui iudicatum solui satisfecit nulla in me actio ex stipulatu dāda est ne quidem vtilis, at ex promissione mei procuratoris danda est in me non directa quidem, sed vtilis. Quare nec placet vt sic legamus, *sed etsi defensor meus*, at potius *sed si.* Addita enim fuit coniunctio, vt credibile est, ab eo ipso qui addit negationem, cùm putaret ille procuratoris & defensoris eandem hac parte rationem esse, quæ aperte diuersa est, vt constat ex *l. si ad defendendum 10. iudic. solui. l. Plautius 62. ff. hoc tit.*

29. IDEM lib. 9. ad Edictum.

SI actor malit dominum potiùs conuenire, quàm eum, qui in rem suam procurator est: dicendum est ei licere.

Ad l. Si actor 29.

Ratio dubitandi. Procurator in rem suam omnimodo præferendus est domino in agendo *l. procuratore 55. ff. hoc tit.* Ergo & in defendendo vt eadem sit ratio contrariorum.

Ratio decidendi. Præfertur procurator in rem suam domino ad agendum *d. l. procuratore.* ne alioqui fiat ei iniuria si domino postponatur, cùm rem suam persequatur. Præsertim cùm neque ex eo deterior fiat condicio: ei, cuius nihil interest à quo conueniatur aut cui soluat si modò liberetur. Sed in excipiendo non est omnimodo præferendus inuito actore, vt cogatur ille in procuratorem potiùs quàm in dominum experiri, quoniam id fieri non posset citra iniuriam actoris, cuius potest interesse vt contra dominum agat potiùs quàm contra procuratorem, & cui tamen non potuit nocere debitor constituendo procuratorem, vt nec aliud quicquam faciendo. *l. 27. sup. eod. l. 1. de alien. iudic. mut. caus. fact. l. 2. quod vi aut clam.*

30. PAVLVS libro 1. Sententiarum.

ACtoris procurator non in rem ſuam datus [a] propter impenſas, quas in litem fecit, poteſt deſiderare, vt ſibi ex iudicatione ſatisfiat [b], ſi dominus litis ſoluendo non ſit [c].

Ad l. Actoris 30.

a *Non in rem ſuam datus.* Nam qui in rem ſuam procurator datus eſt, non poteſt impenſas quas fecit repetere. Earum namque impenſarum repetitionem quis habere debet, quas in rem alienam fecit, non quas in rem ſuam: nec enim verendum eſt ne per huiuſmodi impenſas vnus ex alterius damno locupletetur, quæ tota ratio eſt concedendæ repetitionis expenſarum *l. planè 38. de petit. hered.*

b *Poteſt deſiderare vt ſibi ex iudicatione ſatisfiat.* Ratio dubitandi. Nulla actio pro expenſarum repetitione competit, niſi contraria mandati *l. idémque 10. §. idem Labeo. l. ſi verò 12. §. contrario mandat.* Atqui contraria mandati actio nullum habet priuilegium tacitæ hypotheca, quod nec habet directa. Non igitur poteſt deſiderare procurator, vt ſibi ex iudicatione ſatisfiat potiùs quàm ex aliis rebus, ſiue dominus ſoluendo ſit, ſiue non ſit.

Ratio decidendi. Poteſt deſiderare vt ſibi ex iudicatione ſatisfiat, non quaſi iure tacito, pignoris vere obligata ſint ei vel generaliter bona domini, vel ſpecialiter commoda iudicationis, ſed quia vtrunque mandati iudicium & directum & contrarium bonæ fidei eſt. Bona verò fides poſtulat, vt eo ſaltem caſu quo dominus ſoluendo non eſt, indemnitatem cõſequatur procurator ex iudicatione, non quidem eo tempore quo iudicati executio iam facta ſit, eiúſque commodum in bonis domini eſſe cœperit, (nec enim id fieri poſſet citra iniuriam aliorum creditorum etiam chirographariorum) ſed ante ſecutam executionem, & eo tempore quo æquius eſt indemnitatem ex iudicatione cõſequi procuratorem quàm vel dominum quem ponimus ſoluendo non eſſe, vel alios creditores, qui in pecunia, quæ ex iudicati executione ſperatur, nihil vnquam iuris habuerunt, quíque licet omnia ſi voles debitoris ſui bona titulo pignoris obligata habuerint, & conſequenter actionem ipſam quam procurator exercuit, hunc tamen actionis effectum & fructum nunquam habuiſſent, niſi procurator impenſas feciſſet, quas nunc vult repetere. Fructus enim cuiuſque rei intelliguntur deductis impenſis ad eos percipiendos, factis etiam in perſona prædonis. *l. ſi à domino 36. §. vlt. de hered. petit. l. quod in fructus 36. de vſur.* Nec debent cæteri creditores a grè ferre, quòd iis præferatur procurator, cuius pecunia ſaluam fecit totius pignoris cauſam. Nam & hæc ratio daret procuratori priuilegium præ lationis aduerſus cæteros omnes hypothecarios creditores, etiam poſt iudicationis commodum debitori eidémque victori acquiſitum, ſi fieri poſſet vt ius præ lationis in pignore haberet is qui nihil de pignore conuenieſſet *leg. huius 6. qui potior. in pign. hab.* iunct. *l. 3. quæ res pignor. obl. §. poſſ.* Ratio ergo bonæ fidei facit, vt quamuis nullum pignus hîc reuera ſit, tamen quaſi pignus aliquod conſtitutum videatur, vt in *l. Iulianus 13 §. offerri. de action. empt.*

c *Si dominus litis ſoluendo non ſit.* Semper enim cauendum eſt quantum fieri poteſt, ne periclitetur propter debitoris inopiam is cui indemnitatem præſtitaria quum eſt. Alioquin actionem ei ſuam adimis, cùm facis vt ea per debitoris egeſtatem inanis & illuſoria reddatur *l. nam is 6. de dolo.*

Ratio dubitandi. Cùm dominus ſoluendo non eſt, non tam intereſt domini quàm creditorum ne procuratori ex iudicatione ſatisfiat, cùm tantò minùs futurum ſit in bonis debitoris vnde indemnitatem conſequatur. Atqui non debet fauor procuratoris trahi ad aliorum iniuriam, cùm debeat ille ſibi imputare cur mandatum ſuſceperit, non autem ſimiliter poſſit imputari cæteris creditoribus cur eorum debitor hunc conſtituerit procuratorem. Minor igitur ratio eſt, vt procuratori non ſuccurratur cùm dominus ſoluendo non eſt, quàm ſi ſoluendo eſſet, quo caſu neque creditorum neque domini quicquam intereſſet.

Ratio decidendi. Satisfit procuratori ex iudicatione antequàm redacta ſit pecunia, quæ cœperit eſſe in bonis debitoris, & rurſum eo æquitatis iure, quòd non habuiſſent creditores paratam executionem, niſi laboribus & ſumptibus procuratoris parta fuiſſet, vt proximè diximus. arg. *l. minor annis 40. de minor.* iunct. *l. quòd ſi minor 24. §. Scæuola eod.* Nec eſt contrarium quod ab initio nõ poſſet procurator paciſci, vt pars aliqua eius quod ex ea lite datum eſſet ſibi præſtaretur *l. litem 15. C. hoc tit.* Aliud enim eſt paciſci de quota parte litis, quod eſt prohibitum, aliud verò de conſequenda ſumptuũ & ſalariorum indemnitate ex euentu & emolumento victoriæ, quod vtique licet *l. ſumptus 53. ſupr. de pact. l. ſalarium 7. mandat.* Quanquam & nos eum caſum tractamus quo pactum præceſſerit: quæ res facit vt tantò magis procuratori ſubueniri oporteat, qui nullum niſi in bona fide ſibi putauit quærendum auxilium.

31. VLPIANVS libro 9. ad Edictum.

SI quis, cùm procuratorio nomine condemnatus eſſet, heres extiterit domino litis [d]: iudicati actionem non rectè recuſabit. hoc ſi ex aſſe, ſin autem ex parte heres extiterit [e], & totum ſoluerit: ſi quidem ei mandatum eſt hoc quoque, vt ſoluat, mandati actionem aduerſus coheredes habebit: ſi non ſit mandatum, negotiorum geſtorum actio datur. ¶ Quod eſt, & ſi heres [f] procurator non extiterit, & ſoluerit.

Ad l. Si quis cùm 31.

Rat. dub. Iudicati actio aduerſus condemnatũ naſcitur ex ipſo inſtanti condemnationis, licèt executio humanitatis gratia in certum vſque tempus, quod condemnato indulgeri placuit, differatur. *l. vlt. C. de exec. rei iud. l. cùm militis 16. §. 1. de compenſat.* Ergo non aduerſus alium poteſt dari executio iudicati quàm contra quem dari deberet ipſo die ſententiæ. Atqui non poſſet dari eo die contra illum qui non niſi procuratorio nomine condemnatus fuit, ſicut nec procurator qui obtinuit iudicati agere poteſt *l. 28. §. eod. l. hoc iure 86. de ſolut.* Ergo neque ex poſtfacto dari debet, etiamſi procurator heres extiterit domino: non enim ſuperueniens caſus mutat formam ſententiæ aut iuriſdictionis, ſicut nec ſtipulationis in ſpecie *l. ſi ante 7. iudic. ſolui.*

Ratio decidendi. Cùm procurator heres extitit domino cenſetur non tantùm procuratoris iure, ſed etiam domini in cuius locum & iura ſucceſſit. Atqui dominus non poſſet recuſare, quamuis non fuiſſet ipſe condemnatus, ſed ſolus procurator: ergo multò minùs procurator, qui & condemnatus eſt & domini perſonam repræſentat, argum. *l. poſtulante 44. verſ. cæterum ad SC. Trebell.* Nam nec alius heres quilibet recuſare poſſet. Alia ratio eſt ſtipulationis iudicatum ſolui *d. l. 7.*

d *Domino litis.* Puto abundare dictionem *litis.* Nec enim lis vlla eſt poſt rem iudicatam, & ob id nec dominus quiſquam litis. Qui ſi aliquis eſſet is ſanè eſſet procurator, qui factus fuit dominus litis per conteſtationem *l. procuratoribus 22. & l. ſeq. C. hoc tit.* Semel enim factus dominus litis non poteſt deſinere quandiu lis ſubeſt.

e *Sin autem ex parte heres extiterit.* Ratio dubitandi. Inter coheredes comparatum eſt iudicium familiæ erciſcundæ ad mutuas omnes præſtationes *l. 1. & tot. titul. famil. erciſc. D. & C.* Nihil ergo eſt quod hîc de mandati vel negotiorum geſtorum actione tractari debeat.

Ratio decidendi. In iudicio familiæ erciſcundæ veniunt ea tantùm quæ heredes ſibi inuicem debent ex cauſa hereditaria, & tanquam heredes, vt puta ſi quis ex heredibus communi omnium coheredum nomine id fecerit, ſine quo non potuiſſet partem ſuam adminiſtrare & expedire *l. ex parte 39. in princip. famil. erciſc.* At in propoſito caſu nihil tale eſt. Nec enim hic procurator idémque ex parte heres cogebatur totum ſoluere, aut quicquam ſupra partem ſuam, cùm actiones omnes hereditariæ ipſo iure, & per legem 12. tabul. diuidantur inter coheredes omnes pro hereditariis portionibus *l. 1. C. ſi cert. pet.* Neceſſe igitur eſt vt indemnitati ſuæ conſulat, vel per actionem mandati ſi mandatum intereſſit, vel per actionem negotiorum geſtorũ nullo mandato interueniente *l. filiæ cuius 18. an fin. l. in familiæ 20. C. famil. erciſc.*

f *Quod eſt & ſi heres.* Senſus eſt idem iuris eſſe cùm procurator nulla ex parte heres eſt, qui totum ſoluit, diſtinguendum ſcilicet eſſe an aliquod mandatum interuenerit, necne, vt priore caſu habeat mãdati actionem in heredes. Poſteriore verò actionẽ negotiorum geſtorum. Ratio dubitandi. Fuerat ille condemnatus quamuis procuratorio tantùm nomine. Ergo præſumendus eſt ſuo nomine ſoluiſſe non alieno, & conſequenter nullam debet habere repetitionem: quia quod quis ſuo non alterius nomine ſolait non liberat debitorem *l. ſi quid poſſeſſor 31. de hered. petit. l. Papinianus 28. mandat.*

Ratio decidendi. Ea ſolutio non proficit procuratori qui nihil debuit cùm ex iudicati actione nõ potuerit conueniri, quíque etiamſi per iuris aut facti errorem debere ſe putaſſet, non tamen poſſet repetere à creditore qui ſuum recepiſſet ex reg. *l. repetitio 44. de cond. ct. indeb.* Proficit ergo heredibus condemnati, quibus ſaltem per doli exceptionem ſuccurritur ſi victor qui ſolutionem à procuratore conſecutus eſt aduerſus eos agere pergat. Quæ res parit ei actionem non ſolùm mandati ſi mandatum interuenerit (de quo dubitari non poteſt) ſed etiam negotiorum geſtorum ſi mandatum nullum intereſſit. Neque enim dubitari poteſt quin alterius negotia vtiliter geſſerit is, qui ei quæſiuit exceptionem doli aduerſus creditorem, argum. *l. procurator 8. §. 1. rat. rem haber. l. quo enim 12. §. penultim. in fin. eod.*

1 ¶ Vnius litis plũrium perſonarum plures dari procuratores, non eſt prohibitum.

Ad §. 1. Vnius litis.

Ratio dubitandi. Quoties de eadem re plures litigant neceſſe habent vnum eundémque procuratorem dare, ne defenſio per plures ſciſſa in commodo aliquo actorem adficiat *l. iam tamen 5. §. penul. iudic. ſolui.* Idem ergo dici debet pro reo ſi plures ſint actores, ne melioris condicionis ſit actor quàm reus contra *l. non debet cui 21. l. fauorabiliores 125. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Melior eſt hac parte condicio plurium actorum quàm reorum, aut vt dicam melius quàm plurium eiuſdem rei fideiuſſorum, vel heredum, de quibus agitur in *d. §. pen.* Plures enim vnius rei ſiue fideiuſſores ſiue heredes vnius tantùm perſonę loco habẽtur, cuius obligatio fuit indiuidua, quíque ad ſe vnum defendendum diuerſos procuratores dare non potuiſſet. Nec igitur ipſius fideiuſſoribus aut heredibus id permittendũ erit, ne defuncti obligatio ex perſonis heredũ aut fideiuſſorum immutetur *l. 2. §. ex his. de verbor. obligat.* Nec enim quiſquam dixerit boni viri arbitrio defendi reum, ſi ita defendatur, vt durior actoris cõdicio fiat, certum autem eſt fieri duriorem ſi in plures diuidatur defenſio. Ergo vnus tantùm procurator ab omnibus dari debet, vt & in *l. ſi familiæ 48. famil. erciſc. l. quòd ſi nolit 31. §. ſi plures de ædil. edict.* ne in plures aduerſarios diſtinguatur, qui ab initio vnũ duntaxat habuerit aduerſarium *l. 2. de exercit. act. l. vl. in fin. rem pup. ſalu. for.* Actorum alia ratio eſt. Nunquam enim plures actores vnius vicem ſuſtinent, quotieſcunque & proprio nomine & ad proprium commodum ſinguli agunt. Nec cauent de re petenda quomodo reus de re defendenda, ſed agunt quando & quomodo volunt, cùm ſatis dura ſit actoris cuiuſlibet condicio hoc ipſo, quòd actoris partes ſuſtinet *l. ſi priuſquam 15. in fin. de oper. noui nunciat.* Proinde cogendi non ſunt, vt litigent per vnum procuratorem. Quid ergo ſi ab initio plures ſint rei vnius litis? Vix ſanè eſt vt non tot lites eſſe videantur, quot ſunt rei. Sed etiamſi vna lis eſſet, ſi tamen poneres ſingulos reos cauiſſe de re defendenda per ſtipulationem iudicatum ſolui, nec vnam pro omnibus cautionem ſuf-

ficere, plures quoque procuratores ab iis dari posse non dubitarem, ex hoc §. vnitas igitur aut multiplicitas cautionis illa est ex qua æstimari debet.

2 ¶ Iulianus ait, eum, qui dedit diuersis temporibus procuratores duos: posteriorem dando, priorem prohibuisse videri.

Ad §.2.Iulianus.

Ratio dubitandi. Nihil vetat plures procuratores simul in solidum dari, ita vt occupantis melior condicio sit, nec posterior sit in eo quod petiit prior procurator, vt Paulus scribit in *l.seq.* Ergo & si diuersis temporibus duo procuratores dati sint, non videbitur dominus posteriorem dando priorem prohibuisse.

Ratio decidendi. Multum interest an plures procuratores simul dentur, an diuersis temporibus. Si simul non potest videri vnus ante alium constitutus, aut per alium reuocatus, cùm singuli tantundē iuris habeant, vt dici solet, cùm plures obligationes pares & æquales in vnam personam concurrunt, non posse sciri vtra per alteram perimatur *l.si reus* 13. *de duob. reis.* Sed cùm diuersis temporibus cōstituti sunt, & quidem in solidum singuli, apparet manifestè voluntatem constituentis eam fuisse, vt prior non esset amplius procurator cùm fieri nequeat, vt plures sint procuratores in solidū ex quo vnus occupauit, aut vt meliùs dicam ex quo sciri cœpit vter debeat præferri alteri. Atqui sicut certū est eum præferri debere, qui occupauit si plures eodem tempore in solidum fuerint constituti, ita & potiorem illius causam esse qui posterior constitutus fuit, quoniam in iis quæ ambulatoriam admittunt hominis voluntatem posterior actus semper vincit priorem, vt in testamentis, codicillis, donationibus causa mortis, mandatis & simul bus *l.4.de adim.leg. l. cùm hic status* 32. *§. pœnitentiam de don. int. vir. & vxor. l. si quis in principio* 22. *de legat.* 3. vt è contrario in cæteris quę voluntatis mutationem & pœnitentiam non recipiunt prior actus si sit validus, semper vincit posteriorem *l. sicut* 5. *l. siquidem* 8. *C. de oblig. & action.* Prior igitur procurator per posterioris cōstitutionem reuocatus intelligitur, quia mandatum finitur quacunque contraria voluntate *l. si verò* 12. *§. pen. mandat.* Et ob eam causam solent hodie qui iam constituto aliquo procuratore alium constituunt subiicere clausulam *sine prioris reuocatione*, quæ clausula facit, non vt plures sint eiusdem hominis in eadem re in solidum procuratores, quod fieri posse iam negauimus, sed vt prior non intelligatur per solam posterioris constitutionem reuocatus, ita vt occupando possit facere ne posterior in eo negotio in quo prior occupauerit, constitutus videatur. Vno enim occupante definit alius esse procurator, vt scriptum est in *l.seq.*

32. PAVLVS lib. 8. ad Edictum.

PLuribus procuratoribus in solidum simul datis, occupantis melior condicio erit[a]: vt posterior non sit in eo, quod prior petit, procurator.

Ad l. Pluribus 32.

Ratio dubitandi. Non potest fieri vt procuratores plures simul nominentur, sed alium priorem, alium posteriorem nominari necesse est. Atqui dominus nominando posteriorē procuratorem, hoc ipso videtur prohibuisse priorem, vt diximus in §. *vlt. l. præced.* Nunquam ergo fieri potest, vt pluribus procuratoribus simul & in solidum datis potior esse non debeat is qui posterior nominatus fuit, arg. *l. quoties* 34. *de vsufr. l. generaliter* 24. *§. quid ergo de fideic. libert. l. si quis habens* 24. *qui & à quib. manum.*

Ratio decidendi. Solus ordo scripturæ non potest immutare rationem iuris ac voluntatis *l. cùm pater* 77. *§. fidei tuæ de legat.* 2. Cùm ergo voluntas eius qui plures procuratores simul & in solidum constituit, ea sit vt omnes & singuli sint procuratores, non potest melior esse condicio eius qui posterior quàm qui prior nominatus fuit, ne fiat contra voluntatem, quod ex volūtate proficiscitur. Et quamuis simul nominari non possint, non ideò tamen diuersis temporibus nominati intelliguntur, sed illi demum qui separatim, & in quos solos cadit quod scriptum est in *l. præced.*

a *Occupantis melior condicio erit.* Ratio dubitandi. Voluntas domini ea fuisse proponitur, vt essent singuli in solidum procuratores, non vt occupantis melior esset condicio. Atqui mandatum ex voluntate proficiscitur, non ergo in potestate alterutrius procuratorum esse debet, vt occupando tollat ius alterius, qui æquè procurator constitutus fuit. Nemo enim facto suo ius alterius lædere potest *l. 1. de alien. iudic. mut. caus. fact. l. Granius* 71. *§ penul. de fideiuss.*

Ratio decidendi. Non est in domini arbitrio & potestate, vt plures sint in eodem negotio & eiusdem hominis in solidum singuli procuratores, nō magis quàm vt duo sint eiusdem rei in solidum domini *l. 5. §. si duobus vehiculum commod.* cùm procurator quasi dominus constituatur, adeóque verè dominus litis fiat per contestationem *l. procuratoribus* 22. *& seq. C. hoc tit.* Alterutrum igitur necesse est inuito quoque domino euenire, vt vel mutuo se impediant, vt in *dict. l. quoties* 34. *in princip. de vsufr. l. qui soluendo* 42. *cum l. seq. de hered. instit. l. huiusmodi* 84. *§. vltim. de leg.* 1. vel melior sit condicio occupantis, vt in *l. si quis à multis* 14. *de noxal. action. l. si Titius* 9. *de verbor. obligat. l.* 2. *l.* 3. *§.* 1. *de duob. reis.* Atqui prior sententia esset absurda quę faceret vt procuratorem nullum haberet is, qui plures constituisset. Necessariò igitur posterior sequenda est. An non ergo fieri potest, vt quis eodem tempore plures habeat procuratores? Imò potest, sed ita vt coniunctim omnes sint procuratores, nec quidquam sit quod per vnum ex procuratoribus sine aliis expediri possit: at non etiam vt singuli sint procuratores in solidum, nisi hactenus vt singuli possint in solidum occupare.

33. VL-

33. VLPIANVS libro 9. ad Edictum.

SEruum quoque, & filiumfamiliàs, procuratorem posse habere aiunt, & quantum ad filiumfamiliàs, verum est[a]: in seruo subsistimus[b]: & negotia quidem peculiaria serui posse gerere aliquem, & hoc casu procuratorem eius esse admittimus: quod & Labeoni videtur: actionem autem intendere vetamus[c].

Ad l. Seruum quoque 33.

a *Et quantum ad filiumfamilias verum est.* Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *l.* 8. *in princ. §. eod.*

b *In seruo subsistimus.* Ratio dubitandi. Seruus nihil proprium habere potest, nullúmque negotium quod sit suum, cùm pro nullo habeatur, nec aut ciuili aut prætorio iure aut extra ordinem computetur *l. quod attinet* 32. *de reg. iur. l. nullomodo* 7. *ad leg. Cornel. de falsi.* Ergo non potest dare procuratorem ex definitione procuratoris posita in *l.* 1. *§. hoc tit.*

Ratio decidendi. Seruus nulla quidem propria negotia habere potest, sed habet tamen peculiaria & dominica, quæ sicuti per seruum ipsum quantumuis legibus incognitum administrari possunt, quia administrare & gerere negotia facti est non iuris, ita & per procuratorem à seruo datum, quia in peculio seruus pro aliquo habetur, sicut & peculium serui, proprium ipsius patrimonium esse intelligitur *l. peculium* 39. *de pecul.* Ergo in serui negotiis peculiaribus procuratorem ab eo dari posse fatendum est, indéque vel maximè apparet dationem procuratoris non esse actum legitimum, alioqui non posset per seruum expediri qui legibus, vt dixi, omnino incognitus est. Sanè procurator ab alio fieri seruus non potest, & ideò si quando dominus velit eum procuratorem habere, debet manumittere *leg. si collectaneus* 13. *de manum. vindict.*

c *Actionem autem intendere vetamus.* Ratio dubitandi. Multa negotia sunt quæ sine actione expediri non possunt. Ergo quemadmodum seruo permittitur, vt negotia peculiaria gerat, ita & vt possit agere si aliter expediri negotium non possit. arg. *l. 2. de iurisdict.* Tantò magis quòd vsus procuratorum ad hoc inductus est, vt per alium facere quis possit quod per se facere vel nolit vel non possit *l. 1. §. vsus. supr. hoc tit.* Atqui non potest seruus per se agere, quia nec conuenire, nec conueniri potest *l. quoties* 13. *si quis caution.* Ergo permittendum est seruo, vt possit agere per procuratorem.

Ratio decidendi. Aliud est gerere & administrare negotia, aliud verò actionem intendere. Hoc iuris, illud facti est: eorum quæ iuris sunt, prorsus sunt incapaces serui, non etiam eorum quæ sunt facti. *l. nec seruus* 41. *de pecul. l. qui heredi* 44. *de condic. & demonstr.* Nec eò magis tamen potest seruus ea quæ iuris sunt peragere per procuratorem. Absurdum enim esset quod per se facere non possit ob incapacitatem & iuris prohibitionem vt per alium id facere ipsi liceat. Nam quod scriptum est in *dict. §. vsus*, non ad iuris, sed ad facti, vt ita dixerim impotentiam referendum est. Neque enim consulēdum fuit personis prohibitis, & omnino incapacibus, sed necessitate rerum impeditis *l. non enim* 16. *ex quibus caus. maior.*

Vetamus. Verbū hoc Imperatoris est magis quàm Iureconsulti, & ideò suspicor facilè Triboniani esse, vt & præcedentia illa *subsistimus, admittimus.* Vix enim vlpiam alibi videas sic loqui Iureconsultos. Sententia tamen loci non displicet. Nam quod scriptum est in *l. ab hostibus* 15. *ex quib. caus. maior.* cum qui in seruitute detinetur non posse habere procuratorem, non pertinet ad negotia peculiaria, nec ad seruum qui habeat peculium, sed qui ab hostibus captus sit.

1 ¶ Eum verò, qui de statu suo litigat, procuratorem habere posse non dubitamus, non solùm in administratione rerum: sed etiam in actionibus[d], quæ ei, vel aduersus eum competant: ex possessione siue seruitutis, siue libertatis de suo statu litigat[e]. Ex contrario quoque eum procuratorem dari posse manifestum est.

Ad §.1. Eum verò.

d *Sed etiam in actionibus.* Ratio dubitandi. Prius quærendum est de persona quàm de iure *l. quidam referunt* 14. *de iur. codicill.* Ergo cùm dubitatur de statu personæ priùs est, vt sciatur an liber sit an seruus, quàm vt procuratorem dare possit ad agendum, cùm certi iuris sit seruum, neque agere, neque conueniri posse *l. quoties* 13. *si quis caution.* neque in eam rem, aut dare, aut fieri procuratorem, vt proximè diximus.

Ratio decidendi. Fauor libertatis facit ne quisquis de suo statu litigat, interim constituatur in possessione libertatis *l. lite* 14. *C. de liber. caus.*

e *Ex possessione, siue seruitutis, siue libertatis de suo statu litigat.* Malo legere cum Haloandro *siue ex possessione seruitutis.* Sensus enim est, siue is de cuius statu litigatur ex possessione seruitutis se vindicet in libertatem, siue ex possessione libertatis ab alio vindicetur in seruitutem habere interim eum ius dandi procuratoris, siue ad agendum, siue ad defendendum, adeóque contra illum etiam qui se dominum esse dicit, quoniam ordinata liberali causa is liberi loco habetur *l. ordinata* 24. ī. *de liber. caus.*

Ratio dubitandi. Qualis quisque est eo tempore quo lis incipit in eius statu possessione retineri debet pendente lite quousque alium se probauerit, & consequenter remanere debet in possessione seruitutis, si in ea fuit tempore litis cœptæ *l. moueor* 4. *C. si seruus export. vent.*

Ratio decidendi. Ordinata liberali causa in possessione libertatis constituitur is de cuius libertate agitur, & interim pro libero habetur *d. l. ordinata. l. lite* 14. *C. eodem.* sed quod ad eam causam attinet duntaxat non etiam quod ad cętera, ideoque si interim aliquid acquirat, & posteà seruus pronuncietur, acquirit domino etiam à quo possessus non fuit *l. si cui* 25. *§. vlt. infr. eod. ill. tit.* Sed & hodie peculia eorum qui ex possessione seruitutis super libera

condicione litigant in tuto pro dispositione iudicis collocari, hoc est, sequestrari volunt Iulian. *l.1. §. super peculio. C. de adser. tollend.* Notandum autem est quod Vlp. noster ita scribit *Exposse ſsione siue seruitutis*, non autem *in possessione*. Qui enim fuit in possessione seruitutis tempore litis cœptæ, is ex possessione seruitutis litigat, non etiam in possessione seruitutis, sed in possessione libertatis *l. is autem 12. §. ex quib. caus. maior.*

f *Eum quoque procuratorem dari posse.* Ratio dubitandi. Non habetur pro libero is, de cuius statu litigatur, nisi propter fauorem debitum libertati, & vt in dubio potiùs pro eo, quàm contra eum pronuncietur *l. 3. §. 1. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Ergo quantum ad ipsius commodum attinet non quantum ad alios. Atqui vt procurator detur, ad alterius non ad ipsius vtilitatem pertinet. Ergo si ante liberalem causam ordinatus fuit hic in possessione seruitutis, non est dicendum vt ab alio procurator dari possit. Ratio decidendi. Quæ ad statum & condicionem personæ spectant, eadem sunt in omnibus & quoad omnes, quia fieri nequit, vt eadem persona diuersis iure censeatur *l. ex causa 9. supr. de postul. l. de statu 49. §. de minore.* Qui ergo in libertatis possessione est etiam contra dominum, multò magis quod ad alios omnes pro libero interim habeti debet, præsertim cùm ex eo quod procurator constituitur, nulla cuiquam fiat iniuria.

2 ¶ Publicè vtile est, absentes à quibuscunque defendi[g]. nam & in capitalibus iudiciis defensio datur[h]. ¶ Vbicunque itaque absens quis damnari potest, ibi quemuis verba pro eo facientem, & innocentiam excusantem audiri æquum est, & ordinarium administrare. quod ex rescripto Imperatoris nostri apparet.

Ad §. 2. Publicè.

Ratio dubitandi &. decid. eadem quæ ad *l.1. §. vsus supr. hoc tit.*

g *A quibuscunque defendi.* Supple potiùs quàm à nemine *l. exigendi 10. C. hoc tit.* Ratio dubitandi. Non quilibet admittitur ad alterius defensionem, etiamsi maximè velit *l. minor 51. in princ. & §. vltim. cum ll. sequentib. infr. hoc titul.* sicut nec quilibet potest esse procurator *l. filiusfamilias 8. §. veteranus. supr. eod. l. qui absente 4. l. qui stipendia 9. C. eod.* Ergo non est publicè vtile absentes à quibuscunque defendi, alioqui ius illud esset constitutum aduersus publicam vtilitatem. Ratio decidendi. Interest publicè absentes à quibuscunque defendi, quoniam eorum qui non defenduntur bona ex edicto à creditoribus possidentur, & publicè venduntur, quæ res inurit notam infamiæ, saltem apud bonos & graues viros *tot. tit. quibus ex caus. in possess. eat. & tit. De rebus auct. iudic. possid. l. paterfamilias 28. iunct. tit. Instit. quibus ex caus. manum. non licet. in princip.* Ea res igitur facit, vt quilibet ad defensionem alterius admittatur, nisi si quis tanquam minùs idoneus prohibeatur, ideoque hoc edictum, De procur. & defensor. prohibitorium, non permissorium est *l. munus 43. §. 1. infr. d. l. exigendi 12. C. eod.* & impersonaliter conceptum, ideò est edictum Prætoris, de quo in *l. 5. §. fin. quib. ex caus. in poss. eat.*

h *Nam & in capitalibus iudiciis defensio datur.* Ratio dubitandi. Publicè interest delicta puniri, ne maneant impunita *leg. ita vulneratus 51. §. vltim. ad legem Aquiliam. l. si à reo 70. §. vltim. de fideiussor.* Non ergo publicè interest in capitalibus iudiciis absentis defensionem permitti, præsertim cùm præsumptio faciat contra absentem potiùs quàm pro absente.

Ratio decidendi. Imò ob hoc ipsum permittendum fuit legibus publicorum iudiciorum, vt rei quoque capitalium criminum absentes per procuratorem defendi possent *leg. 3. Cod. de accusat.* vt & citiùs & tutiùs possent condemnari si nocentes reperirentur. Nec enim quisquam inauditus & indefensus condemnari debet. Ergo nec absens *l. 1. de requir. reis. leg. absentem 5. de pœn.* vbi ratio redditur, quia satius est impunitum relinqui factum nocentis, quàm innocentem damnari. Caue tamen ne absentium nomine passim intelligas etiam contumaces *dict. l. absentem.* Contumacia enim pro præsentia est *authentica ut provincia. Cod. vbi de crimin. agi oport.* Sed in proposito absentem etiam pro contumace accipi debere constat, eâm hîc loquatur Vlpianus de absente qui damnari absens & indefensus potest. Nemo enim sic damnatur nisi qui sit contumax *dict. l. absentem.*

Ratio dubitandi. Contumax habetur pro confesso, videturque sua quodammodo sententia damnatus *leg. de ætate 11. §. qui vocatur. de interrogat. in iur. faciend.* & dici solet iura omnia clamare aduersus contumaces. Ergo non est eis indulgendum, vt per alios defendi possint: nec enim merentur qui & legum & magistratuum autoritatem negligunt.

Ratio decidendi. Tantus fauor est defensionis & innocentiæ purgandæ, vt cuilibet auxilium admittat, etiam in criminibus publicis, non quidem ad plenam defensionem, sed ad excusationes absentium allegandas, vt si iustam rationem habeant, sententia differatur: sic enim hic locus accipi debet, vt constat ex *leg. inter 10. & i. penultim. §. 1. de public. iudic.* & ex his verbis Vipiani, *& innocentiam excusantem.* Nec alius sanè pro contumace habetur, quàm qui neque omnino responderit, neque qui se defenderet habuerit *leg. vltim. in princip. de requir. reis.* Vnde est quod etiam seruo condemnato permittatur appellare, si neque dominus, neque alius quisquam pro eo appellet *leg. seruò 15. de appellat.* quamuis fecui omnes pro mortuis aut potiùs pro nullis iure nostro habeantur *leg. nullomodo 7. de fals. leg. quod attinet 32. de regulis iuris.* imò & quilibet pro quolibet etiam inuito *lege non tantùm 6. de appellat.* Moribus tamen nostris aliud obseruatur: nemo enim ad purgandam per procuratorem innocentiam suam in capitalibus causis admittitur. Tantum abest, vt audiri debeat, qui contumacis defensionem vltrò suscipere velit. Vide tamen Iulium Clar. *§. vltim. qu. 32.*

3 ¶ Ait

3 ¶ Ait prætor: *Cuius nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum viri boni arbitratu defendat: & ei, quo nomine ager, id ratum habere eum, ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisfaciet.*

4 ¶ Æquum prætori visum est, eum, qui alicuius nomine procurator experitur, eundem etiam defensionem suscipere.

Ad §. 3. Ait prætor. & Ad §. 4. Æquum.

Ratio dubitandi, Actus non possunt nec debent operari vltra intentionem agentium. *l. non omnis 19. si certum petatur.* Ergo qui accedit ad agendum pro alio, non est arctandus, vt eum defendat, cùm aliud omnino sit actionem intendere, aliud defendere, nec semper qui ad agendum instructus est, æquè instructus sit ad defendendum. Idque apertè scriptum est in *l. inuitus 17. C. hoc tit.* procuratorem non esse compellendum subire absentis defensionem, cùm fidem susceptam implere sufficiat. Difficilior siquidem est defensio quàm actio, & ideò fauorabilior, qui non est in potestate rei quando aut de quo, aut à quo conueniatur. *leg. purè 5. §. vlt. de doli mali exceptione l. petenda 6. C. de temp. in entegrum restit.* Et verò cùm publicè interfit posse quemlibet agere per procuratorem *l. 1. §. vsus sup. hoc tit.* non debuerunt ij qui alieno nomine actionem sibi dari postulant, deterreri & impediri ne hoc officium præstent, metu coactionis imminentis, vt eum, cuius nomine agere velint, defendere compellantur.

Ratio decidendi, Æquum prætori visum est eum, qui alicuius nomine tanquam procurator experitur, eiusdem etiam defensionem suscipere. Nimirum ne alioqui melioris condicionis sit is qui per alium agit, quàm qui per se ipsum. Quis enim dubitet eum qui per se agat, si quid ab eo vicissim petatur, cogendum esse seipsum defendere? adeóque apud eundem iudicem, apud quem agit, tametsi alioquin esset alibi cõueniendus. *l. qui non cogitur 22. §. de iud.* Ergo quod contrà scriptũ videtur in *d. leg. inuitus*, accipiendum est de eo procuratore non qui agit pro absente, sed qui egit, & sententiam obtinuit, aut condemnatus prouocauit, quod prima legis pars ostendit. Sensus enim est eum qui procurationem suscepit ad agendum, & egit, non esse postea cogendum vt absentem defendat, cùm sufficiat quod susceptam fidem impleuerit. Aliud est in eo procuratore qui eodem tempore & agit & reconuenitur.

5 ¶ Si quis in rem suam procurator interueniat: adhuc erit dicendum, debere eum defendere: nisi fortè ex necessitate fuerit factus[a].

Ad §. 5. Si quis in rem.

Ratio dubitandi, Qui agit tanquam procurator in rem suam, licèt alieno agat nomine, agit tamen ad proprium commodum *l. qui stipendia 9. C. hoc titu.* Ergo non est cogendus in eum eam defendere, à quo mandatas habet actiones, ne alioqui noceat ei factum alienum. Ratio decidendi, Ex qua persona quis agit, eius factum præstare debet, non solùm si lucratiuam causam habeat, de quo loquitur *l. ex qua persona 149. de reg. iur. sed & si onerosam.* Nemo enim plus iuris in procuratorem suum aut in alium transferre potest, quàm ipse habeat. vulg. *l. nemo plus iuris 54. eod.* Debétque sibi imputare cur agat alieno nomine, non proprio; si ex persona sua vtiles habuit actiones. Nam in eo qui procurator in rem suam cõstitutus agit proprio nomine, non alieno, & actione vtili non directa, proculdubio aliud est, vt dicam ad *l. seq.*

a *Nisi ex necessitate fuerit factus.* Semper enim succurritur ei qui ex necessitate aliquid facit, nisi seipsum coniecerit in eam necessitatem *l. si fideiussor 7. §. si necessaria. ff. qui satisd. cog. l. cùm reus 14. de fideiuss. l. 3. de separat.* Is demum autem dicitur factus procurator in rem suam ex necessitate, non quilex causa onerosa factus est, vt vulgò malè interpretantur, sed qui non aliter suum consequi potuit, quàm accipiendo in solutum mandatas à debitore suo actiones, vt interpretati sumus *lib. 12. Coniectur. c. 10. vbi vide.* Iunge quæ dicam ad *l. pater 70. §.*

34. GAIVS lib. 1. ad Edictum prouinciale.

SI quis in rem suam procuratorio nomine[a] agit, veluti emptor hereditatis: an debeat inuicem venditorem defendere? & placet, si bona fide, & non in fraudem eorum[b], qui inuicem agere vellent, gestum sit negotium: non oportere eum in vicem defendere.

Ad l. Si quis in rem suam 34.

a *Procuratorio nomine.* Legendum omnino est, *procurator proprio nomine.* Est enim hæc lex de procuratore dato quidem in rem suam, sed agente proprio non alieno nomine, & actione vtili non directa. Alioqui pugnaret euidenter hæc lex non tantùm cum *§. vltim. leg. præced.* sed etiam cum manifesta iuris ratione, vt pluribus docui libro 12. Coniecturarum *c. 10.* Ratio dubitandi. Etiam procurator qui proprio nomine agit, & vtili actione quam habet post Diui Pij rescriptum, non ab alio ius habet, quàm ab eo ipso cuius est procurator. Ergo factum eius præsta-

re debet, & consequenter vicissim eum defendere.

Ratio dcidendi, Habet quidem vtiles actiones ob negotium quod cum eo gessit, cuius est Procurator: sed non tam ex ipso tamen contractu, quàm ex rescripto Diui Pij, de quo in *l. si cum emptore 16. de pactis.* Ideóque non cogitur eum defendere, cùm neque ipsius nomine agat, neque ex ipsius persona. Cætera explicauimus in Coniecturis.

b *Et non in fraudem eorum.* Nunquam enim prætor ratum habet quod in fraudem alterius, & malo more gestum reperitur. *toto titul. quæ in fraud. credit.*

35. VLPIANVS lib. 9. ad Edictum.

SEd & hæ personæ procuratorum debebunt defendere : quibus sine mandatu agere licet: vtputà liberi, licèt sint in potestate: item parentes [a], & fratres, & adfines & liberti.

Ad l. Sed & hæ personæ 35.

Ratio dubitandi. Nemo potest agere sine actione. *l. si pupilli 6. §. vlt. de negot. gest.* nec rursus actionem alij competentem exercere sine mandato *l. si procurator 10. C. hoc titu.* mandatum porrò cùm sit facti nunquam præsumitur nisi probetur. Ergo neque liberi, neque parentes, neque adfines, neque liberti audiendi sunt si pro alio quantumuis coniuncto velint agere citra mandatum, & consequenter non potest locus esse quæstioni, An cum pro quo agunt debeant inuicem defendere.

Ratio decidendi Coniunctio & adfectio personarum facit vt possint hi omnes agere sine mandato, non quasi possint agere nomine alterius vel ignorantis vel inuiti, sed quia præsumendi sunt habere tacitum mandatum, tácitámque eius, pro quo agunt, voluntatem. Cui enim meliùs quàm personæ tam coniunctæ actionem mandarent? *l. exigendi 12. l. maritus 21. C. hoc titulo.* Itaque dicimus personas istas minimè cogi habere mandatum scilicet expressum *Pomponius 40. §. vlt. j eo.* id est, non cogi probare *d. l. exigendi.* quia sufficit quòd pro se habent iuris præsumptionem. Neque tamen hoc ita accipiendũ est, vt sint verè procuratores. Quod enim eis agere permittitur ex edicto prætoris non facit eos procuratores *l. 3. §. sed esti fortè. j ind. sol.* Ideóque coguntur cauere de rato. *d. l. exigendi. & d. l. maritus.* ad quod non cogitur quisquis certum & indubitatum profert mandatum. *l. 1. C eo. hoc titulo.*

a *Parentes.* Masculi *l.* Nam matri non idem pro filio permittitur *l. alienam 18. C. h. tit. l. liberto 31. §. pen. inf. de neg. gest. nisi causa cognita l. 41. inf. hoc ti.*

1 ¶ Patronus libertum & per procuratorem vt ingratum, accusare potest : & libertus per procuratorem respondere.

Ad §. 1. Patronus.

Ratio dubitandi, Accusatio ingrati liberti quoties iusta probatur, tanti momenti est vt libertum retrahat in seruitutem *l. 2. 3. & 4. Cod. de libert. & cor. liber.* Ergo non aliter tractanda est quàm quomodo ij actus fiunt per quos datur libertas, vt eadem sit ratio dandæ & reuocandæ libertatis. arg. *l. nihil tam naturale 35. de reg. iur.* Atqui non potest dari libertas per procuratorem, quia manumissio per quam libertas datur, est actus legitimus, per procuratorem fieri nequit. *leg. actus legitimi 77. iunct. l. nemo alieno 123. eo. tit.* Ergo nec per procuratorem reuocari potest, quomodo tamen reuocaretur si accusatio ingrati per procuratorem institui posset.

Ratio decidendi. Libertas non reuocatur per accusationem ipsam ingrati, sed per solam sententiam super eiusmodi accusatione redditam. Nec enim sicut datio libertatis pendet ex sola dantis voluntate, ita & reuocatio ex sola voluntate reuocantis, cùm nec alio vllo casu, id est, extra causam ingratitudinis reuocari possit libertas, quæ semel cõpetit, & extra casum *l. Papinianus 8. §. vlt. cum lege seq. de inof. test. l. si ex causa 9. §. vlt. & l. seq. de minor.* Mirum igitur non est accusationem ingrati liberti per procuratorem tractari posse. *l. 4. de obseq. parent. & patr. præst.*

2 ¶ Non solùm autem si actio postuletur à procuratore, sed & præiudicium, vel interdictum, vel si stipulatione legatorum, vel damni infecti velit caueri: debebit absentem defendere in competenti tribunali [a], & eadem prouincia [b]. Cæterùm cogi eum etiam in prouinciam de Roma abire [c], vel è contrario : vel à prouincia in aliam prouinciam, & defendere : durum est.

Ad §. 2. Non solùm.

Ratio dubitandi, Verba edicti non loquuntur nisi de illo qui alterius nomine actionem sibi dari postulauit *l. seruum 37. §. ait prætor. supra eodem.* Atqui neque præiudicium, neque interdictum, neque stipulatio legatorum vel damni infecti propriè actio est, cùm & de præiudiciis, & de interdictis, & de stipulationibus legatorum vel damni infecti propria sit cognitio & iurisdictio prætoris, qui tamen nunquam ipse cognoscit de actione, sed iudex pedaneus quem dat ille hoc ipso quod dat actionem. Opponuntur enim ista ex diametro *actio & cognitio. l. in causa 13. §. interdum l. quòd si minor 24. §. vltim. de minoribus. & toto titulo de extraordin. cognitio l. 2. Cod. de pedaneis iudicibus.* Ergo hoc edictum prætoris non pertinet ad eum, qui pro alio postulauit præiudicium, vel interdictum, vel stipulationem, siue damni infecti nomine, siue legatorum.

Ratio decidendi, Actionis appellatione generali omnia ista continentur. *l. actionis verbo 37. inf. de obligationib. & actio.* vbi dicitur actionum instar stipulationes istas obtinere, & vicem actionum repræsentare, vt scriptum est in *leg. non solùm 20. ratam rem haberi. leg. 1. §. cautionales. de stipulat. prætor.* quia nimirum nulla actione impetrata & ex solo edicto prætoris perinde cogitur aduersarius cauere, ac si in eá rem actio in ipsum aliqua data esset à prætore, & tum quoque cùm non cauit, perinde condemnatur ac si cauisset *l. 7. de dam. infect.* Ergo prætoris edictum ex vi verborum ad ista quoque omnia porrigi potest, præsertim cùm in omnibus eadem ratio iuris & æquitatis locum habeat.

a *Incompetenti tribunali.* Non ergo quodcunque tribunal competens est in causa conuentionis, etiam competens est in causa reconuentionis: vt hic locus omnium optimè probat. Contra interpretes nostros, qui volunt eam esse potestatem reconuentionis, vt faciat competentem non modò iudicem, sed etiam iurisdictionem: quod sanè falsum est. Nam reconuentio non potest tollere incompetentiam iurisdictionis, licèt tollat incompetentiam iudicis dati, quãdo incompetentia ex eo solo nascitur, quod iudex ad actionem datus non similiter datus est ad reconuentionem, vt in specie *leg. cùm Papinianus 14. Cod. de sententi. & interlocut. omnium iudicum.* Non autem cùm incompetentia iudicis nascitur ex incompetentia iurisdictionis, id est, ex eo quod iudex datus sit ab eo qui non habeat ius dandi iudicis, aut etiam per se cognoscendi de ea re quæ in reconuentionem deducitur. De quo scribemus in Decadibus nostris *De error. pragmat. & ad legem qui non cogitur 22. j. de iudic.*

b *Et eadem prouincia.* Hinc similiter infero de bonis quæ in alia prouincia sint, quàm in qua agitur non posse actionem in rem eadem in prouincia exerceri, ne quidem per viam reconuentionis. Alioqui non esset quærendum, An qui pro alio agit, possit pro eo reconueniri in alia prouincia. Esset enim semper commodius ei qui conuenitur, vt procuratorem siue defensorem absentis reconueniret in eadem prouincia, si facere id posset.

c *Cogi eum etiam in prouinciam de Roma abire.* Ratio dubitandi, Quamuis durum sit eum qui pro alio agit cogi in prouinciã de Roma abire, vel è contrario, vel ab vna prouinciam in aliam prouinciam, vt defendat eum, cuius nomine reconuenitur, sibi tamen debet imputare qui se in eam necessitatem vltro coniecerit, ideóque nulla iuris aut æquitatis ratio, patitur vt ei subueniatur. *le. si fideiussor 7. §. sinceſſaria. qui satisd. cog.*

Ratio decidendi, Qui absentis nomine actionem instituit vt boni amici aut parentis. aut etiam optimi ciuis officium impleat, cùm faciat rem publicè vtilem, laudandus magis est, quàm ex ea causa incommodo aliquo iniusto adficiendus. argum. *leg. 1. §. vsus. & leg. seruum 33. §. publicè supra eodem.* Atqui magno incommodo adficeretur, si cogeretur in prouinciam de Roma abire, vel è contrario, vel ab vna prouincia in aliam. Non est igitur ad hoc cogendus ne tam dura interpretatione ad id tandem adigatur, vt officij suscepti eum non pœniteat. Nemini enim officium suum debet esse damnosum. *l. sed si quis 7. testament. quemadmodum aperiantur. lege 3. §. vltim. de testibus. lege quod nisi 20 §. 1. de oper. libert.*

5 ¶ Defendere autem est, id facere quod dominus in litem faceret, & cauere idoneè. nec debebit durior condicio procuratoris fieri, quàm est domini : præterquàm in satisdando. ¶ Præter satisdationem procurator ita defendere videtur, si iudicium accipiat [a]. vnde quæsitum est apud Iulianum, an compellatur, an verò sufficiat, ob rem non defensam, stipulationem committi. & Iulianus scribit libro tertio digestorum, compellendum accipere iudicium [b] : nisi & agere causa cognita recusauerit, vel ex iusta causa remotus fuerit. Defendit procurator etiam, qui patitur quod dominus pateretur. ¶ Defendere videtur procurator, & si in possessionem venire patiatur cùm quis damni infecti satisdari, vel legatorum desideret:

Ad §. 1. Defendere.

Ratio dubitandi. Defendere est eandem vicem quam reus subire. *leg minor 51. §. defendere. infra eodem.* Atqui reus non cogitur cauere & satisdare, si per se litem defendat. Ergo neque procurator aut defensor eius cogi debet, vt caueat & satisdet, ne incommodo afficiatur is qui boni ciuis & amici optimi officium vltro implet, vt ad proximum paragraphum dicebamus.

Ratio decidendi, Non debet quidem durior fieri condicio procuratoris quàm domini, sed subiicienda exceptio est, *præterquàm in satisdando.* Qui enim alium aut rem alienam defendit, nunquam locuples habetur, etiamsi locupletissimus sit. *dict. leg. minor 51. §. vltim. & leg. sequent. inf. ea eo tit. leg. qui rem alienam 166. de regulis iuris.* Hactenus enim ei imputandum est, quod alienæ rei & ad se nihil pertinenti se immiscere velit, in quo etiam culpa esset. *lege culpa 36. eodem.* nisi publica vtilitas aliud induxisset. Ex eóque perenda est ratio diuersitatis inter reum & eius defensorem. Reo enim non potest imputari cur sit reus, cùm inuitus iudicium accipere compellatur. *lege inter stipulantem 83. §. primo. de verborum obligation.* At imputari potest procuratori & defensori, cur procuratoris & defensoris officium susceperit, cùm non cogeretur : quod sciebat aut scire debebat non posse sustineri nisi hac lege & conditione. Dicam ad *dictam legem 51. §. vltim. infra eodem.* Iunge *leg. vnic. Cod. de satisd.*

a *Ita defendere videtur si iudicium accipiat.* Ratio dubitandi, Iudicium accipere is demum potest & debet, qui & condemnationem & condemnationis executionem pati possit. Nec enim iudicia in alium finem comparata sunt. *lege prima. & toto titulo. Cod. de executione rei iudicatæ. leg. à Diuo Pio. 15. de re iudicata.* Atqui actio iudicati non datur in procuratorem, nisi in casu *leg. si quis cùm 31. supra eodem.* Ergo non est cogendus accipere iudicium procurator, multò minùs defensor qui mandatum nullum habet.

Ratio decidendi. Et procurator & defensor iudicium accipere cogitur, sed diuersa ratione. Procurator quidem ex edicto prætoris, quia mandatum susceptum & passus est pro se satisdari à domino iudicatum solui. *leg. filiusfamilias 8. §. vltim. supra eodem.* licèt iudicati actio in eum nõn detur, sed in dominum, quia id fit sine noua lite, & sine nouo iudicato. Defensor verò quia & vltrò interuenit, & iudicati actio in eum datur, non in dominum, quem absentem defendit. *leg. si procurator 28. in fine.* Vnde etiam est quod cogitur suo nomine satisdare iudicarum solui. *l. si ad defendendum 10. ratam rem haber. l. Plautius 61. infr. hoc titul. l. 5. §. vltim. quib. ex caus. in poss. eat.*

b *Compellendum accipere iudicium.* Ratio dubitandi. Accipere iudicium facti est. Atqui nemo cogitur ad factum præcisè, ne ciui Romano vis aliqua & impressio fiat, sed in locum obligationis faciendi succedit præstatio eius quod interest, tum quoque cùm obligatio eiusmodi nascitur ex stipulatione. *leg. si quis ab alio* 13. *§. vltim. de re iudicata. l. stipulationes non diuidantur* 72. *l. quoties* 81. *de verborum obligat.* Ergo non est cogendus procurator accipere iudicium: præsertim cùm abundè sufficere debeat actori, eidémque stipulatori quod habiturus sit actionem ex stipulatione iudicatum solui ob rem non defensam, quæ vna est ex tribus clausulis eius stipulationis. *Iudicatum 6. l. vlt. & pass. iudic. sol.*

Ratio decidendi. Qui litem contestari & iudicium accipere recusat, is non tantùm aduersario iniuriam facit, sed etiam prætori, cuius autoritatem contemnit, ad quam pertinet vt lite contestata iudicem det, & iudicium dicter. Ideóque dicitur is demum non obtemperare ius dicenti. *l. 1. si quis dicent. non obtemper.* Cogendus ergo est etiam procurator iudicium accipere. *l filiusfamilias* 8. *§. vlt.* ff. *hoc titul.* non quidem per vim & impressionem quam semper execratur prætor, sed pignoribus captis, & pœnarum comminatione, quomodo etiam Senatores olim cogebantur vt in Senatum venirent. Nec quod procuratore nolente iudicium accipere committatur stipulatio iudicatum solui ob rem non defensam, facere debet vt eo minùs procurator iudicium accipere compellatur. Satisfaciendum enim est prætori non minus quàm actori, ne prætoris autoritas impunè contempta videatur.

c *Nisi & agere causa cognita recusauerit.* ex aliqua scilicet iustarum causarum ex quibus supra dictum est posse excusari procuratorem, ne iudicium accipere cogatur. *l. filiusfamilias* 8. *§. vlt. & legib. seqq. supra eodem.*

d *Vel ex iusta causa remotus fuerit.* Nam ex quibus causis potest se excusare procurator, ne inuitus iudicium accipere cogatur, ex iisdem & aliis præterea quibusdam potest inuitus quoque remoueri etiam post litem contestatam, vt diximus ad *l. post litem* 10. *& seq.* ff. *eod.*

e *Et sin possessionem eatur patiatur.* Ratio dubitandi Prætor non aliter iubet veniri in possessionem bonorum absentis, quàm si absens ille latitet, nec defendatur. *l. Fulcinius* 7. *& passim quib. ex causis in possessionem eatur.* Ergo non defendit qui patitur aduersarium mitti in possessionem bonorum absentis.

Ratio decidendi. Multùm refert an mittatur quis in possessionem bonorum absentis ex solius prætoris autoritate, an verò ex consensu aduersarij. Priore casu missio pœna est latitantis, qui à nemine defenditur: posteriore verò pro defensione est. Nihil enim vetat ita quem defendi, vt vltro subeat eam condemnationem, quam prætor inuito irrogaret. arg. *l. si conuenerit* 26. *de re iudi.* Et ideo quod hic dicitur, debet sic intelligi vt procurator caueat dominum eam missionem ratam habiturum, vt ex Paulo subiicitur in *l. seq.*

f *Cum quis damni infecti satisdari.* Ex edicto námque prætoris, si is, cuius ædes ruinam minantur, non satisfaciat, mittitur aduersarius in possessionem earum ædium, vt tædio possessionis extorqueat cautionem. Idémque est si legatorum nomine non caueatur ex edicto, Vt *legat. nomin. caueat. l.* 4. *§. 1. & pass. de damno infecto. l. is cui* 5. *vt in poss. legat.*

36. PAVLVS lib. 8. ad Edictum.

VEl in operis noui nuntiatione. Sed & si seruum ex causa noxali patiatur duci [a], defendere videtur. Ita tamen, vt in his omnibus ratam rem dominum habiturum caueat [b].

Ad l. Vel in operis 36.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. non cogendum* 43. *§. vlt.* ff. *hoc ti. vbi dicemus.*

a *Sed & si seruum ex causa noxali patiatur duci.* Ratio dubitandi. Non ducitur seruus ex causa noxali, nisi cùm nō defenditur. *l. 2. in fi.* C. *si ex nox. caus. agat.* Ergo non defendit qui seruum ex causa noxali duci patitur, & ideo salua domino est quandocunque postea defensio, vt scriptum est in *d. l.* 2. Ratio decidendi Qui patitur absentis seruum duci, ita demum videtur defendere si caueat dominum ratam rem habiturum, vt hæc lex ait. Perinde namque est ac si dominus ipse ad defensionem accederet, nec tamē quicquā allegaret aut faceret propter quod serui ductio impediretur, putà quia neque delictum eius excusaret, neque litis æstimationem pro eo offerret.

b *Ratam rem dominum habiturum caueat.* Ratio dubitandi. Is qui defensoris partes sustinet, neque cogendus est cauere de rato, neque cæteras exceptiones procuratorias timet. *l. 5. §. penult. l. 9.* ff. *de oper. nou. nunc.* Ergo cum defensione nihil commune habet cautio. Ratio decidendi. Tractat hic locus non de defensore, qui non sit procurator, sed de procuratore qui ob hoc ipsum quod procurator est, defendere tenetur. Omnis procurator defensor est, sed non omnis defensor est procurator. Neque notum est, vt is quoque, qui verus procurator est, teneatur aliquando cauere dominum ratam rem habiturum, vt in specie §. *qui procuratorio antep. l.* 5. *de oper. noui nunciat.*

37. VLPIANVS lib. 9. ad Edictum.

OMnium autem actionum nomine debet defendere, etiam earum, quæ in heredem non dantur [a].

Ad l. Omnium 37.

a *Etiam earum, quæ in heredem non dantur.* Ratio dubitandi. Procurator non tam repræsentat personam domini quàm heres, cuius persona eadem esse intelligitur cum persona defuncti. *lege cùm heres* 11. *de diuers. temp. præscript. lege heres* 22. *de vsucapio.* Certè non magis procurator potest domini personam sustinere, quàm heres, in eo præsertim, in quo non est procurator. Ergo actiones quæ non dantur in heredem, non sunt dandæ in procuratorem, vt earum quoque nomine absentem dominum

dominum defendere procurator debeat.

Ratio decidendi. Durius agitur cum procuratore quàm cum herede, quia procurator non nisi viuentis est, heres verò defuncti. *l. 1. C. de obligationib. & actionib. l. 1. infr pro hered.* Itaque quo tempore procurator agit, actio adhuc viuit & durat, quæ proinde sicuti contra dominum ipsum exerceri posset, ita & contra ipsius procuratorem. At quo tempore iam heres aliquis est, intercidit actio quæ sui natura non fuit transitoria ad heredem. Proinde nullus quæstioni locus relinquitur, An heres debeat defunctum defendere in ea actione quæ amplius nulla sit. Sic diximus exceptionem pacti personalis à filiofamilias initi prodesse etiam patri adeóque patris heredi quandiu filius viuit, quod tamen heredi filij prodesse non posset. *leg. adquirent.* 19. *§. 1. iun. C. leg. & heredi.* 21. *in principio. & leg. idem* 25. §. 1. *supra de pactis.*

1 ¶ VNde est quæsitum, si aduersarius plures intendat actiones, & in singulas singuli existant defensores suscipere parati: videri eam rectè defendi Iulianus ait. quo iure nos vti Pomponius scribit.

Ad §. 1. Vnde est quæsitum.

Ratio dubitandi. Procurator qui agit vnus tantùm est, & quatenus procurator actoris, cogitur eum defendere omnium actionum nomine. Ergo solus eum defendere cogitur, nec sufficit vt in singulas actiones singuli defensores existant.

Ratio decidendi, Nihil interest rei à quo actor defendatur, an ab actoris procuratore, an ab alio, dūmodo defendatur. Et quod dicimus actoris procuratorem debere illum defendere, hactenus verum est vt actor, cuius nomine agitur, non defendatur, non vt omnimodo debeat procuratorem defendere, si alius sit, qui defensionem eius suscipere sit paratus. Ideó que bene hic Vlpianus ex Iuliano scribit, *videri eum rectè defendi*, non autem *videri procuratorem eum rectè defendere* Rectè enim defenditur si omnium actionum nomine defendatur, licèt ab alio etiam quàm à procuratore.

38. IDEM lib. 8. ad Edictum.

NOn tamen eousque procedendum erit: vt, si decem millia petantur, & existant duo defensores parati in quina defendere [a]: audiantur.

Ad l. Non tamen 38.

Ratio dubitandi. Et qui vnum defendit liberum est vel in vnam rem defendere. *l. qui proprio* 40. *§. 1.* ff. *hoc tit.* Satis enim abundéque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur. *l. tutori.* 20. C. *de neg. gest.* Ergo si decem petantur, & existant duo defensores parati in quina defendere, audiendi sunt.

Ratio decidendi. Qui defendit alium multùm interest an ipsius etiam nomine agat, an non. Priore casu obtinet quod hic dicitur: posteriore verò quod in *d. §. 1.*

a *Parati in quina defendere.* i. singuli in quinque, ita vt simul iuncta vtriusque defensio tota decem complectatur. Ratio dubitandi. Nihil interest hoc casu aduersarij qui reconuenit in decem, cùm pro integris decem defensores existant. Nec quod plures sunt ad rem facit. Nam & cùm plures actiones per reconuentionem aduersus actorem intenduntur, etiamsi in singulas actiones singuli defensores existant, acter tamen rectè defendi intelligitur, vt dictum est in lege præcedenti. Ratio decidendi. Imò interest rei actorem reconuenientis ne defensio per plures scindatur. *l. 5. §. pen. l. iudic. solui. l. 2. de exercit. action.* nempe cùm defensio aptanda est ad vnicam dumtaxat actionem Secus enim est si plures actiones intendantur, vt in *l. præced.* Non enim scinditur defensio, cùm in singulas actiones singuli defensores existunt, si quidem vna actio nihil cum alia commune habet nec eadem est ratio scindendæ summæ quæ tota petatur vnica actione, & separandarum actionum quæ simul intendantur. Idque est quod hæc lex ait, *non tamen eousque procedendum erit*, non esse scilicet bonam comparationem plurium defensorum, qui in singulas actiones defendant, & plurium qui defensores existant in partes eiusdem summæ per vnam duntaxat actionem petitæ. Neque contrarium est quod idem Vlpianus noster scribit in *leg. quidam* 21. *de rebus creditis.* Eum à quo decem petuntur, si quinque offerat, & pro quinque tantùm velit defendere, audiendum esse. Id enim fit fauore diminuendarum litium, vt ea lex ait. At in casu nostro multiplicarentur lites, non minuerentur multiplicatis in partes defensoribus aduersus vnam duntaxat actionem. Non enim tot possunt videri lites, quot summæ sunt, aut quot numeri in ea quantitate quæ vna petitur, quomodo è contrario verum est tot esse lites quot sunt actiones quæ in iudicium deducuntur, licèt inter easdem actoris & rei personas agitentur. *l. singulis* 6. *de except. rei iudic.*

39. IDEM lib. 9. ad Edictum.

NOn solùm autem in actionibus, & interdictis, & in stipulationibus debet dominum defendere: verùm in interrogationibus quoque [z]: vt in iure interrogatus ex omnibus causis respondeat, ex quibus dominus [a]. ¶ An igitur heres sit absens, respondere debebit: &, si responderit, vel tacuerit, tenebitur [b].

Ad l. Non solùm 39.

z *Verum in interrogationib. quoque.* Ratio dubitandi. Multùm differunt interrogationes ab actionibus, præiudiciis, interdictis, & stipulationibus cautionalibus, de quibus dictum est in *l. sed & hæ* 35. *§. non solū.* ff. *h. t.* Nam actionum quidē appellatione de quibus solis mentio fit in edicto prætoris, & præiudicia cōtinentur, & interdicta, & stipulationes cautionales, quę actionum vicem repræsentant, vt diximus ad *d. §. non solùm.* At interrogationes quæ in iure apud prætorē fiūt, neque actiones sunt, neque præiudicia, neq. interdicta, neq. stipulationes. Ergo ad eas edictū prętoris nō pōt pertinere, siue ponas actoris procuratorem qui interrogaturagere, siuè interrogare,

Ratio decidendi. Interrogationes, quæ in iure fiunt, licèt non sint actiones, tamen actionum iam competentium præparatoriæ sunt, adeóque actiones nouas pariunt, quæ ob eam causam interrogatoriæ appellantur. de quibus in *l. 1. & tot. tit. de interrog in iur. fac.* ideóque nec mirum est si eadem ipsarum quæ actionum ratio constituatur.

a *Ex omnibus causis respondeat, ex quibus dominus.* Ratio dubitandi. Interrogationes non fiunt de iure, sed de facto, & ideò alius pro alio non debet cogi respondere. De se enim debet quis interrogari, non de alio, id est, de suo facto, non de alieno. *l. si fine 9. §. alius. de interrogationib. in iure faciendis.* quomodò alieni facti ignorantiam prætendere quilibet potest. *leg. vlt. pro suo.* nec æquum esset captiosam eam esse procuratori qui interrogatur, multò minùs domino cuius nomine agit: quod tamen eueniret facilè, si procurator de facto domini respondere compellatur. Ratio decidendi. Alius pro alio non debet cogi respondere, cùm ipse conuenitur, vt scriptum est in *d. §. alius.* Secus est si ipse pro alio agat. Tunc enim sicut cum defendere, ita & pro eo respondere cogitur, sed impetrato priùs tempore ad deliberandum, quod ne illi quidem denegatur, qui de proprio facto interrogatur, ne alioqui facilè incidat in captionem. *l. qui interrogatur 5. eo. tit.* Nihil enim vetat procuratorem intra illud tempus certiorem fieri ab eo cuius nomine agit, quid ex rei veritate habeat respondendum. Ob eámque causam largius tempus si petat ad deliberandum præfiniri ipsi æquum est, quàm si de proprio facto interrogaretur, nempe pro distantia locorum & qualitate rerum ac personarum. arg. *l. 1. §. vlt. & l. 3. mf. de iur. delib.*

b *Et si responderit vel tacuerit, tenebitur.* Si responderit, tenebitur tanquam ex mendacio, si tacuerit, tanquam contumax. Vtrumque ex edicto prætoris, *De interrog. in iur. fac. l. de ætate 11. §. qui tacuit. ill. tit.* Sed an nocebit responsio domino, qui non fuit interrogatus? Vtique nocebit, quia procuratoris sui factum improbare nemo potest in eo quod procurator tanquam procurator facere coactus fuit, ne alioqui decipiatur qui cum procuratore in iudicio, aut, quod plus est, in iure apud prætorem quasi contrahit.

1 ¶ Qui alieno nomine agit quamcunque actionem, *id ratum habiturum eum*, ad quem ea res pertinebit, cauere debet[a]. ¶ Sed interdum, licèt suo nomine procurator experiatur[b], tamen de rato debebit cauere, vt Pomponius libro vicesimoquarto scribit. vtputà iusiurandum procuratori retulit: iurauit absenti dari oportere. agit hoc iudicio suo nomine propter suum iusiurandum: neque enim hæc actio domino competere potuit, sed debebit de rato cauere. ¶ Sed & si procuratori constitutum est[c], & ex ea causa agat: dubitandum non est, quin locus sit de rato cautioni: idque Pomponius scribit.

Ad §. 1. Qui alieno.

Hic §. pertinet ad interpretationem secundæ partis edicti, de quo in *l. seruum 33. §. ait prætor. supr. hoc tit.*

a *Cauere debet.* Ratio dubitandi. Frustra videtur interponi hæc cautio. Nam cùm interponatur ob validitatem iudicij, æquè ratum esset iudicium, si postea dominus quandocunque ratum haberet quod procurator gessisset, etiam nulla interposita stipulatione. Domino verò volente ratum habere, non facit interposita stipulatio vt eo magis valeant quæ falsus procurator gessit. Quòd si verus procurator fuit, tàtò magis magis superuacua est hæc stipulatio. Quid enim opus est ratihabitione, vbi adest mãdatum, cùm nihil aliud facere possit ratihabitio, nisi vt mandatoæ quiparetur. *l. 1. C. hoc tit. l. vlt. C. ad SC Mace.* Ratio decidendi. Is demum cauere de rato debet, qui dicit se procuratorem, nec tamen mandatum profert vsque adeò certum, vt de eius fide dubitari non possit. *dict. l. 1.* Nam cùm de mandato constat, non solet necessaria esse hæc cautio. *l. si procuratorem 65. infra hoc titul.* Cùm autem falsus procurator fuit qui egit, nec dominus ratum habere vult, quamuis non eò magis possit iudicium subsistere, facit tamen hæc stipulatio vt non possit dici impunè illusum autoritati prætoris, quandoquidem ex ea stipulatione tenetur promissor ad id omne quod interest stipulatoris, aut in certam quantitatem, quæ eo nomine deducta sit in stipulationem, vt fieri potest & debet ex consilio Venuleij, in *l. vlt. de stipulat. prætor.* Bene ergo prætor prouidit, vt in limine iudicij hęc cautio interponatur à dubio procuratore, id est, quem neque indubitatum sit verum esse procuratorem, nec indubitatum sit esse falsum. Hęc autem cautio tanti momenti est, vt sit etiam ex eorum numero quæ exigunt satisdationem arbitratu boni viri, vt habent verba edicti. *d. §. ait prætor.*

b *Licèt suo nomine procurator experiatur.* Ratio dubitandi, Verba edicti non alium procuratorem adstringunt vt caueat, quàm eum qui agat tanquam procurator, & alieno nomine. *d. §. ait prætor. l. 33. sup.* Ergo nunquam debet cauere is qui proprio nomine experitur. Et sanè videntur ista implicare contradictionem, vt quis agat suo nomine, & caueat tamen alium ratum habiturum.

Ratio decidendi. Potest interdum, quamuis perrarò fieri vt quis & suo nomine experiatur: & tamen tanquam procurator inspecta totius negotij origine, nimirum si actionem in qua proprio nomine experitur, sibi quæsierit quasi procurator, non habiturus eam si procurator non fuisset, vt in exemplo quod hîc Vlpianus proponit. Finge procuratori tuo agenti tuo nomine relatum fuisse ab aduersario iusiurandum, eo nimirum casu quo potuit ille deferre, de quo in *l. iusiurandum quod ex conuentione 17. §. vlt. de iureiurando.* Eum iurasse tibi absenti dari oportere. Aget vtique hoc iudicio suo nomine, non alieno, quia aget propter suum iusiurandum: neque enim potuit hæc actio, quæ ex procuratoris iureiurando nascitur, competere domino qui non iurauit, & cui non magis actionem potuit acquirere procurator iurando quàm stipulando. *l. 2. C. si certum petatur.* imò multò minùs, quia iusiurandum est quid personalissimum, quod iurantis animæ adhæret, nec faciliùs potest alij non iuranti prodesse, nisi per consequentias, quàm illud fieri vt anima vnius in alterius animam transformetur. Debebit tamen procurator hoc casu de rato cauere, quia hoc ipsum quod iurauit, & ex iureiurando suo hanc actionem sibi adquisiit, fecit tanquam procurator tuus, non suo nomine. Obstare tamen maximè videtur quod ex eodem Vlpiano scriptum legimus in *l. nam posteaquàm 9. §. penult. de iureiuran.* ex procuratoris iureiurando non solùm exceptionem domino acquiri, sed etiam actionem. Nos ad eam locum dicemus.

c *Sed & si procuratori constitutum est.* Alterum exemplum est, in quo procurator agit suo nomine, & nihilominùs tanquam procurator. Nempe si ei constitutum fuerit. Nam cùm possit procuratori quoque constitui, sed ita tamen vt promissor constituat se ipsi procuratori soluturum, non domino. *l. eum qui 5. §. Iulianus. de pecunia constituta.* apparet non posse hanc actionem acquiri domino per procuratorem, non magis quàm actionem ex stipulatu, si procurator stipulatus fuisset, & consequenter ex huiusmodi constituto non posse procuratorem agere nisi suo nomine. Et tamen nemo negauerit agere illum tanquam procuratorem, cùm agat ex constituto, non fuerit ei autem constitutum nisi tanquam procuratori. Ergo hoc etiam casu debebit cauere de rato, ne alioqui videatur dolo facere, si ad proprium commodum velit agere inuito domino ex ea conuentione, quam non nisi procuratoris iure interposuerit.

2 ¶ Quæritur apud Iulianum, vtrùm dominum solum ratam rem habere debet satisdare, an etiam cæteros creditores. & ait dumtaxat de domino cauendum: nec illis verbis, *ad quem ea res pertinet*, creditores contineri. nam nec ipsi domino hæc incumbebat cautio.

Ad §. 2. Quæritur.

Ratio dubitandi, Verba edicti non tantùm de domino loquuntur, sed multò generaliùs de eo ad quem res pertinet. Sic enim habent, *id ratum habere eum ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisfiet. l. seruum quoque 33. §. ait prætor. eod.* Atqui ea res non tantùm pertinet ad dominum, sed etiam ad ipsius creditores quorum quippe valdè interest ne quid in re domini eiusdémque debitoris malè fiat. Ergo cauere procurator debet non solùm dominum, sed etiam domini creditores ratum habituros quod procurator fecerit. Ratio decidendi. Interest quidem etiam creditorum, sed non principaliter, ac tantùm per consequentias. Non solent autem ea valde curari quæ fiunt per consequentias. *l. 1. de autorit. tutor.* Et sanè cùm non debeat alia esse condicio procuratoris quàm domini. *l. sed & hæ 35. §. non solùm. supr. eodem.* dominus autem quantumlibet debitor non posset cogi vt caueat creditores suos ratum habituros, quia ei proprio nomine, non ipsius creditoribus actio competit. Nulla prorsus ratio est vt eius procurator cauere debeat creditores quoque domini ratum habituros, quos etiam difficilius esset consentire, & à quibus neque habet, neque dicit se habere mandatum.

3 ¶ Si de dote agat pater, cauere debet ratam rem filiam habituram[d]. sed & defendere eam debet[e], vt & Marcellus scribit.

Ad §. 3. Si de dote.

Ratio dubitandi. Pater cùm de dote agit, non tantùm nomine alieno, id est filiæ suæ agit, sed etiam suo, quia dotis actio communis est patri & filiæ, nec posset filia dotem repetere sine patre. *l. 2. & pass. soluto matrim.* Ergo non est cogendus pater vt caueat filiam ratum habituram, cùm non alios cogat prætor ad cauendum, quàm qui alieno agunt nomine. *l. seruum 36. §. ait prætor supra hoc titul.* Præsertim cùm ad filiæ verecundiam pertineat vt neque patri contradicat, neque contradicere velle credenda sit, si patris persona sit honesta & frugi, nec vllam habeat filia causam contradicendi. *d. l. 2. §. vlt. solut. mat.* Aut quid si filia sit leuis mulier, vel admodum iuuenis, aut nimia circa maritum non merentem? Cur non debeat prætor potiùs acquiescere patri, daréque ei actionem? *l. si cùm dotem 22. §. nec non illud. in fin. eod.* Ratio decidendi. Cùm dotis actio sit communis patri & filiæ non potest pater solus ita agere suo nomine, vt non agat etiam alieno. Ergo hic quoque casus ad edictum pertinet. Sufficit enim ex verbis edicti, vt is qui agit, agat quoquomodo nomine alieno. Nec filia præsumitur patri consentire hoc ipso quod non contradicit, nisi cùm scit patrem agere. *d. l. 2. in fin.* quo tamẽ etiam casu non semper filia habenda est pro consentiente. putà si absens esse ideò voluerit, vt patri per absentiam verecundè contradicere, aut si latuerit ne patri fortassis probroso & prodigo consentire cogatur. *d. l. si cùm dotem. §. necnon.*

d *Ratam rem filiam habituram.* Ratio dubitandi. Pater tanquam coniuncta persona præsumitur habere mandatum, nec illud probare cogitur, vt dixi ad *l. sed & hæ 35. in princ. sup. eod. ex l. exigendi 12. C hoc tit.* Atqui is qui mandatum habet, non cogitur cauere de rato. *l. 1. C. eo.* Ergo nec pater, etiamsi non suo nomine agat, sed tantùm nomine filiæ, multò minùs si agat & pro se & pro filia.

Ratio decidendi. Permittitur quidem coniuncto agere pro coniuncto, sed ita tamen vt caueat de rato, quia mandatum, quod habere creditur, dubium est & præsumptum dumtaxat non indubitatum. Nec enim edictum prætoris, quod permittit vt agant sine mandato, facit eos procuratores. *l. 3. §. sed. etsi fortè iud. sol. Dixi ad d. l. sed & hæ.*

e *Sed & defendere eam debet.* Ratio dubitandi. Is demum alium defendere tenetur, qui pro alio agit. *l. seruum 33. §. ait prætor. supra hoc titulo.* Atqui ponimus patrem agere suo nomine. Ergo non est cogendus filiam defendere.

Ratio decidendi. Agit quidem suo nomine, sed quasi ex filiæ voluntate, & tanquam adiuncta ipsius persona, quoniam nec aliter ei sine filia agere permitteretur. Atqui si pater ageret adiuncta filiæ persona, cogeretur eam defendere. *l. 3. §. vlt. ver. amot.* Ergo vt cùm solus de dote agit sine filia, eam nihilominùs defendere debet. Non enim duæ sunt de dote actiones, quarum vna competat patri, altera filiæ, vt de iniuriarum actione scriptum est in *§. seq.* sed vna tantùm est actio, eáque communis patri & filiæ. *d. l. 2. solut. matrim.*

4 ¶ Si pater filij nomine,iniuriarum agat:(cùm duæ sint actiones[f],vna patris, altera filij)cessat de rato cautio[g].

Ad §.4.Si pater.

Ratio dubitandi, Pater qui filij nomine iniuriarum agit,alieno vtique agit nomine. Nec enim patris & filij personæ hoc casu confundi possunt prætextu patriæ potestatis,cùm Vlpianus hîc dicat duas esse iniuriarum actiones, vnam patris,alteram filij. Atqui quoties agit quis alieno nomine, cogitur cauere de rato *l.seruum 33.§.ait prætor.de procurat.* Ego etiam pater qui filij nomine agit iniuriarum, cogendus est cauere,sicut & cùm agit de dote siue adiuncta,siue absente filia.

Ratio decidendi. Vlpianus hîc intelligendus est de patre qui agit nomine filij, id est, ob iniuriam non sibi ipsi, sed filio illatam, cæteriùm proprio suo iure & nomine non ex ipsius filij persona. Nam cùm duæ sint actiones, vna patris, altera filij,vt rationis loco subiicit Vlpianus, non potest hic locus intelligi de ea actione iniuriarum quæ sit filij, sed de ea intelligendus necessariò est quæ sit patris, ac proinde quam pater proprio non filij nomine exerceat, vt mirum non sit cessare de rato cautionem.

f *Cùm duæ sint actiones.* Ratio dubitandi. Actio iniuriarum non nascitur nisi ex iniuria & contumelia. *l.si vnus 27.§.pactus ne peteret.de pact.* Atqui vna tantùm iniuria est quę filio illata fuit. Ergo vna tantùm actio iniuriarum esse potest.

Ratio decidendi. Cùm filiofamilias iniuria fit, duplex iniuria fieri creditur, vna patri, altera filio, quia potest quis pari iniuriam non solùm per semetipsum, sed etiam per alium, putà per filium quem habet in potestate,aut per vxorem.*§. patietur. Instit.de iniur.* Ideóque duplex etiam nascitur actio iniuriarum,vna patri, altera filio,adeò vt potentior eriam illa sit quæ patri quam quæ filio datur, quia actionem filio competentem potest pater remittere,non filius eam quę competit patri;nec rursus admittitur filius ad agendum iniuriarum proprio nomine, nisi eo demum casu quo neque pater ipse agat,nec alius quisquam patris nomine. *l. sed si vnius 17.§.ait prætor.& seqq.de iniur.*

g *Cessat de rato cautio.* Ratio dubitandi. Cùm quis iniuriarum agit nomine patris & eanquam ipsius procurator ob iniuriam illatam filio, cogendus est in præstanda cautione de rato filij quoque personam comprehendere, id est, cauere filium quoque eam rem ratam habiturum. *l.si sine iudice 22.§.penul.ff.rem rat.hab.* Atqui nihil interest an pater ipse agat,an alius eius nomine. Ergo etiam pater iniuriarum agens cogendus est cauere de rato. Ratio decidendi. Nihil interest quod ad patrem attinet,an ipse iniuriarum agat,an ipsius procurator. Sed interest quantum ad procuratorem propter rationem positam in *dict.§.penul.* quæ ratio non habet locum in patre, quoniam actio iniuriarum,quam semel pater exercuit, consumit actionem filio competentem, nec ad filium redire vnquam potest, adeóque nec filiis procurator eam exercuerit, dummodo sciente patre. Sicut è contrario si filiusfamilias iniuriarum egerit, patri actio non competit.*l. sed si vnius 17.§.ff filiusfamilias.pen.de iniur.*

5 ¶ Si status controuersiam cui faciat procurator: siue ex seruitute in libertatem aduersus eum qui litiget[h], siue ipse ex libertate in seruitutem petat[i]: debet cauere ratam rem dominum habiturum : (& ita edicto scriptum est) vt ex vtroque latere quasi actor habeatur[k].

Ad §.5.si status.

h *Siue ex seruitute in libertatem aduersus eum quis litiget.* Ratio dubitandi. Procurator hoc casu reus est, non actor. Is enim qui se vindicat in libertatem, cùm antea in seruitutis possessione esset, actor est, aut saltem actoris partes sustinet. *l. circa 14.de probatio.* Atqui solus actoris procurator cogitur cauere de rato. Procurator enim rei si nullum mandatum proferat,saltem defensoris loco habetur. Defensor autem cogitur quidem cauere & satisdare iudicatum solui, & quidem proprio nomine.*l qui in proprio 46.§. qui alium. ff. eo.* sed non cogitur satisdare dominum ratam rem habiturum, cùm iudicati actio in eum proprio nomine detur.*l.si procurator 28. in fi.ff.* Ergo non est hoc casu procurator satisdare cogendus. Ratio decidendi. Imò etiam hoc casu procurator actor esse intelligitur,quia is qui se vindicat in libertatem, licèt fuerit antea in possessione seruitutis,hoc ipso tamen constituitur in possessione libertatis statim atque ordinata est causa liberalis,vt diximus ad *§.1.l.seruum 33.ff.eod.ex l.ordinata 24. ff.de lib.can.* tametsi necessitas ei incumbat probandi status sui propter quod non tam actor esse,quàm actoris partes sustinere dicitur in *d.l.circa iunct.l.si prius 15.ff.de oper.noui nunciat.* Necesse igitur habet satisdare vt alius quilibet actoris procurator, id est, quisquis agit alieno nomine.

i *Siue ipse ex libertate in seruitutem petat.* Ratio dubitandi,Etsi hoc casu certum est procuratorem actorem esse, tamen videtur frustrà & inutiliter interponi stipulatio, Ratam rem dominum habiturum. Nam vel is qui status controuersia sit, pronunciabitur seruus,vel liber. Si seruus nulla ei quęsita erit actio, quia nec acquiri potuit, sed ipsi domino,cuius seruus est, si qua posset ei acquiri contra seipsum : si verò pronunciabitur liber, in infinitum extendetur quantitas stipulationis, quę committitur ad id quod interest stipulatoris,cùm libertatis æstimatio sit infinita. *l. procurator 8. §. vlt.infr.ratam rem haber.* Inutilis ergo est stipulatio. Ratio decidendi, Vtilis est,sed eo demum casu quo pronuncietur pro libertate, & ita tamen si certa quantitas in stipulatione comprehendatur, ne alioqui commitatur inutiliter stipulatio, cùm libertatis æstimatio nulla sit hoc ipso quod est infinita. *d. §.vlt.*iunct.*l.libertas 106.de reg.iur.*

k *Vt ex vtroque latere quasi actor habeatur.* Non est igitur verè actor, sed quasi actor, nec tamen actoris partes sustinet,nisi eo casu quo is cui status controuersia fit,erat antea in possessione libertatis, vt dixi ad principium paragraphi. Est autem valdè singularis hæc species,in qua etiam is qui conuenitur & in probationibus rei non actoris partes sustinet, in cæteris tamen quasi actor est. Iunge *§.seq.*

6 ¶ Est

6 ¶ Est & casus,quo quis eiusdem actionis nomine & de rato caueat,& iudicatum solui.vtputà,postulata est cognitio de in integrum restitutione, cum minor circumscriptus in venditione diceretur, alterius procurator existit. debet cauere hic procurator & ratam rem dominum habiturum:ne fortè dominus reuersus velit quid petere : item iud catum solui:vt,si quid fortè propter hanc restitutionem in integrum præstari adolescenti debeat, hoc præstetur.& hæc ita Pomponius libro 25.ad Edictum scribit.

Ad §.6.Est & casus.

Ratio dubitandi.Cautio de rato præstatur ex parte actoris, cautio verò iudicatum solui ex parte rei. *l.in causa 27.§.1.& l.seq l.seruum 33.§. ait prætor.& passim hoc tit.* Atqui non potest fieri vt idem sit & actor & reus,nisi in tribus illis iudiciis,familiæ erciscundæ,communi diuidundo, & finium regundorum, quæ ob eam causam mixta appellantur. *l.10 finium regundorum.l.actionis 37.§.1.de obligat & action.* Ergo nec casus vllus esse potest, in quo eadem persona debet cauere ratam rem haberi & iudicatum solui.

Ratio decidendi.Cùm minor qui se in venditione circumscriptum dicit, postulauit cognitionem de in integrum restitutione aduersus emptorem, & emptor causam agit per procuratorem,propter absentiam, potest fieri vt emptor eiúsve procurator non tantùm pro reo haberi debeat, sed etiam pro actore diuersis respectibus. Pro reo quidem in eo quod defendit non esse minorem restituendum,pro actore verò in eo quod cùm restitutionis in integrum mutuas habeat præstationes & reputationes. *l.vnic.Cod. de repud.quæ fiant in iudic.in integr. restit.* quia restitutio sic facienda est,vt ex vtraque parte omnia in pristinum statum reponantur. *l.quod si minor 24. §.restitutio 1.patri 27.§.1.de minor.* fieri potest vt dominus fortè reuersus velit aliquid petere ex natura iudicii eo quoque casu quo minor vicerit,si modo victoria sua vti volet.*l.si iudex 41.eo.tit.* & nihilominus aliquid vicissim debeat præstare adolescenti propter hanc restitutionem.Itaque ex qua parte potest fieri vt emptor reuersus aliquid velit petere, interponenda est stipulatio iudicatum solui quasi ex parte rei. Vtrique igitur cautioni locus ideo est, quia cognitio de restitutione, licèt neque act o neque iudicium sit.*d.l.quod si minor 24.§.vlt.* duplex tamen esse videtur, nec male duplicibus illis actionibus comparanda.

7 ¶ Item ait,si suspectus tutor postuletur, defensorem eius oportere etiam de rato cauere,ne reuersus ille velit retractare,quod actum est.Sed non facilè per procuratorem quis suspectus accusabitur[l] quoniam famæ causa est : nisi constet ei à tutore mandatum nominatim:aut si etiam absente tutore,quasi non defenderetur,prætor erat cogniturus.

Ad §.7.Item ait.

Ratio dubitandi.Defensoris est cauere iudicatum solui,non autem Ratam rem haberi. Defendere siquidem nihil aliud est quàm eandem vicem quam reus subire.*l.minor 51.§.quoniam.infr. hoc tit.* reus autem satisdat de iudicato soluendo, non de rato, sicut è contrario actor de rato, non de iudicato soluendo,vt diximus ad *§. præced.* Ergo in proposito casu defensor non est cogendus vt caueat de rato.

Ratio decidendi.Specialis casus est in quo defensor cogitur cauere de rato, quia non potest fieri in eum executio sententiæ, quam necesse est ferri de fama,non de pecunia.Hæc enim sola ratio est,propter quam defensor quamuis agat sine mandato, non tamen cogitur cauere de rato, quia scilicet iudicati executio in eum dari solet, non in eum quem ipse defendit.*l.si procurator 28.in fin.supra eodem.l si ad defendendum 10. iudicatum solui.* Et ob id nimirum suspecti postulatus tutor, qui absens defensus est, cùm non ipse,sed ipsius defensor fuerit condemnatus retractare quæstionem potest : quæ res facit vt iudicium inutiliter à defensore acceptum fuisse appareat,nisi de rato cauerit,vt nolente tutore ratum habere possit defensor teneri ad omne id quod interest stipulatoris.

l *Sed non facilè per procuratorem quis suspectus postulabitur.* Atqui loquimur de suspecto tutore qui defenditur, non qui accusatur, & qui defenditur per defensorem sine vllo mandato,non per procuratorem. Inepta igitur est hæc adnotatio,& planè Triboniano digna, qui haud dubiè his verbis nihil aliud significare voluit, quàm quòd potuerat & debuerat sic exprimere,*Sed non facilè potest per procuratorem quis defendi,cùm suspectus postulabitur.* Idque indicat etiam ratio quæ sequitur, *quoniam famæ causa est.* Nec enim possis ex eo inferre. Non posse igitur quem suspecti postulari per procuratorem, sed hoc tantùm, non posse quem defendi, nisi constet eià tutore mandatum hoc nominatim fuisse, vt sequitur in textu. Quæ etiam ratio ostendit non de eo qui per procuratorem suspectus postuletur, sed qui per procuratorem defendatur. Tutor enim ille est, qui suspectus postulatur,non qui suspectum postulat. Deinde solet Tribonianus requirere vt nominatim & specialiter quid fiat etiam cùm non est necesse,aut cùm ineptè dicitur, sicut in proposito. Nam cùm tractet Vlpianus de defensore, quem vult cogendum esse vt de rato caueat, quis non videt non posse locum hunc intelligi de defensore, cui tutor sui defensionem mandauerit nominatim? Nec enim vnquam euenire potest vt de rato cauere debeat is qui probat sibi aliquid nominatim mandatum fuisse.*l. si procuratorem 65.infra eod.* Sed nec absurdi quicquam est, etiamsi suspecti accusatio famæ causa sit, defendi tamen suspectum per procuratorem, imò per defensorem, qui nec dicat se procuratorem,si modò caueat de rato,vt in principio huius §. Vlpianus ex Pomponio scribit. Ita enim fit vt tutore nolente ratum habere, sed retractante quod actum est, consequatur tamen accusa-

tor quanti sua interest, quo nomine si certa quantitas deducta sit in stipulationem expedita est, & euidens vtilitas stipulationis. Rursus quod additur, *aut si etiam absente tutore, quasi non defenderetur, prætor erat cogniturus*, non habet bonam sententiam. Etti enim etiam absente tutore, si nemo eum defendat, prætor æquè cogniturus fuit, & tutorem condemnaturus, ideóque defensorem quemlibet admittere debet, vt aliquis sit potius quàm nullus, vt in *l. exigendi* 12. *C. h. t.* multùm tamen interest an condemnetur tutor indefensus, an verò habuerit defensorem. Cùm defensor aliquis fuit, condemnatur non tutor, sed defensor, qui tamen suspectus ipse esse non potest: nec proinde vllum ex condemnatione incommodum pati, si non cauerit de rato. Cùm verò tutorem nemo defendit, & eo non tantùm absente, sed etiã contumace prætor de suspecto cognoscit ac pronunciat, necesse est vt sententia concipiatur in personam ipsius tutoris, & habet effectum, licèt de raro cautum non sit. Quis enim illo casu cauere posset? Ergo quod nemine tutorem defendente prætor æquè cogniturus erat, non facit vt si defensor aliquis appareat, eo minùs cauere debeat de rato, qui tamen nullomodo cogeretur cauere si haberet mandatum speciale. Non igitur bene casus isti comparantur. Scio Haloandrum locum hunc ita emendasse, vt pro *accusabitur* legerit *excusabitur*, quæ lectio sanè minùs mala est, sed tamẽ nec placere mihi potest. Primum quia cætera quæ diximus semper me mouent, vt Triboniani manum agnoscere mihi videar. Deinde quia non quemadmodum dicimus suspectum quem postulari, ita possit quis dicere bene suspectum quem excusari. Excusatur namque innocentia, accusatur crimen, aut saltem suspicio criminis. *l. sanum quoque 33. §. publicè. ff. eod.* Denique longè aliud est excusari absentem, aliud verò defendi. In capitalibus iudiciis potest absentis innocentia excusari, quæ tamen non posset per alium etiam procuratorem, & mandatum habentem defendi. *d. §. publicè. iunct. l. inter. 10. & l pen. §. 1. de publ. iudic.* Non potuit ergo verbum excusationis vsurpari cum de plena defensione ageretur. Alioquin excusari per alium innocentiam absentis tutoris, qui suspectus postulatur, etiã si famæ causa sit nihil prohibet, cùm in capitalibus quoque causis, quæ multò grauiores sunt, & quę defensorem non admittunt, ea tamen excusatio, quæ per alium pro absente fit, recipiatur.

40. IDEM lib. 9. ad Edictum.

POmponius scribit, non omnes actiones per procuratorem posse quem instituere. Denique vt liberi, qui in potestate absentis dicuntur, ducantur, interdictum non posse desiderare ait: nisi, vt Iulianus ait, causa cognita: id est, si & nominatim ei mandatum sit, & pater valetudine, vel alia iusta causa impediatur.

Ad l. Pomponius 40.

Ratio dubitandi. Vsus procuratorum introductus est, vt qui agere ipsi per se vel nolunt vel non possunt, per alium possint *l. 1. §. vsus. sup. eod.* Ergo indistinctè permittendum est cuilibet vt actionem quamlibet per procuratorem instituere possit.

Ratio decidendi. Regulariter quidem id verum est, sed non semper. Quid enim si agatur de filio ducendo, qui in parentis absentis potestate esse dicatur? (Quam in rem competebat olim interdictum De liberis exhibendis, item ducendis *l. 1. & pass. tot. ill. ti.* hodie actio extraordinaria in vicem & locum veteris interdicti substituta, vt habet *titu. De interdic. siue extr. action.* quæ pro his competunt. *& Inst. eo. tit.*) Non est sanè permittendum cuilibet etiam dicenti & probanti se procuratorem patris, in cuius potestate filius esse dicitur vt filium ducat, sed causa tãtũ cognita, i. duobus istis cõcurrentibus, vt & mandatum ei sit nominatim, & pater valetudine, vel aliqua simili de causa impediatur, ne per se interdicto experiri possit. Nimirum quia res hæc tanti momẽti est, vt digna sit quam pater ipse per se expediat si facere possit, siue ius sui heredis spectes ex persona illius qui in potestate est, siue ex persona illius qui habet in potestate. Nam ex vtraque parte est inæstimabile, habétque maxima & commoda & incommoda, vt alibi scripsi.

1 ¶ Si stipuletur procurator damni infecti, vel legatorum: debebit de rato cauere.

Ad §. 1. Si stipuletur.

Ratio dubitandi. Is demùm cauere de rato cogitur ex edicto qui agit alieno nomine *leg. seruum. 33. §.* ait prætor. *supra eodem.* Atquin is qui stipulatur damni infecti vel legatorum nomine non agit. Nec enim stipulatio est actio, sed contractus qui verbis perficitur, ex quo nascitur actio. Ergo siue ex his causis, siue ex qua alia stipuletur aliquis, non ideò cauere de rato debet.

Ratio decidendi. Huiusmodi stipulationes & alię similes, quas cautionales appellamus, dicuntur habere instar actionum *l. 1. §. cautionales. de stipulat. prætor.* & vicem actionum repręsentant *l. non tantùm 20. rat. rem. haber.* ideóque actionis appellatione continentur *l. actionis 37. de oblig. & actio.* vt dixi ad *l. sed & hæ 35. §. non solùm. ff. hoc tit.*

2 ¶ Sed & is, qui, quasi defensor, in rem actione conuenitur, præter solitam satisdationem iudicatum solui, etiam de rato debet cauere. quid enim, si in hoc iudicio rem meam esse pronuntietur: reuersus ille, cuius defensor extiterat, velit fundum vindicare? nónne ratum non videbitur habere, quod iudicatum est? denique si verus procurator extitisset, vel ipse præsens causam suam egisset, & victus esset: si à me vindicaret, exceptione rei iudicatæ summoueretur: & ita Iulian. lib. 50. Digest. scribit. nam cùm iudicatur rem meam esse, simul iudicatur illius non esse.

Ad §. 2. Sed

Ad §. 2. Sed & is.

Ratio dubitandi. Is qui quasi defensor conuenitur, siue in rem, siue in personam actione, non ad aliud tenetur quàm vt proprio nomine satisdet iudicatum solui. *l. si procurator 28. supra hoc tit. leg. qui ad defendendum 10. & pass. ind. sol.* Nec enim debet ipsius conditio durior esse quàm domini, nisi quod ad illam satisfationem. *l. sed & hæ 35. §. defendere. supra. l. minor 51. §. 1. infra eod.* Ergo non est cogendus vt caueat etiam de rato. Ratio decidendi, Cùm actione in rem conuenitur quis quasi defensor & condemnatur, non potest iudicato satisfacere pariendo solam iudicati executionem, nec ti possessionem rei, quæ petebatur, transferat in petitorem. Quid enim si absens dominus reuersus eam ipsam rem, cuius possessio in actorẽ translata fuit, vindicare velit? Vtique tam facit contra iudicatum, quàm si possessionem in aduersarium transferri nõ pateretur. Hoc ipso namque quod pronunciatur rem esse actoris in solidum, pronunciatur quoque non esse rei qui defenditur, nec alterius cuiusli bet. *l. ex sextante 30. §. vlt. de except rei iudic.* cùm non possit esse duorum. *leg. 5. §. si duobus vehiculum. infr. commod.* Non aliter igitur defensor qui iudicato satisfacere omnino cogitur, videri potest boni defensoris partes implesse, quàm si cauerit de rato, quia nec aliter potest actor tutus esse, qui tamẽ cõtra defensorẽ iudicium instituere compellitur, quãdoquidem recusare non potest quominus defensor admittatur, si talis sit eius persona, cui nihil possit obiici. Sed hoc casu cautio de rato pars velut quædam est cautionis iudicatũ solui, in eáque cõstituta, vt proinde mirũ videri nõ debeat, si à defensore quoque præstetur contra regulas iuris. Nec ad rem facit, quod dominus ipse, aut, vt melius dicam, possessor si iudicium in rem acciperet, cogeretur tãtùm satisdare de iudicato soluendo, non etiam de rato sit. de satisd. Inst. Satisdatio enim de rato in persona eius qui suo nomine conuenitur, & inepta est, & inutilis. Inepta, quoniam refertur semper ad voluntatem & factum alterius, i. dominihic verò idẽ esset & dominus & qui caueret. Inutilis, quoniam possessor qui condemnatus aut potiùs victus fuit (neque enim vlla in actionibus in rẽ sit condẽnatio, vt docui, *lib. 15. Coniect c. 1.*) si postea eandem rem petere ac vindicare velit, repellitur exceptione rei iudicatæ, quod nõ similiter dici potest victo defensore. Nulla.n. ex eiusmodi iudicato nasci potest actio vel exceptio, nisi contra defensorẽ ipsum, qui solus iudiciũ accepit & quidẽ suo nomine, licèt quasi absẽtis defensor. Secus esset si verus procurator extitisset, quia tunc eo victo ille ipse, qui eũ procuratorẽ cõstituisset victus videretur, eique noceret & actio & exceptio rei iudicatæ. Et tamen verus quoque procurator de rato cauere cogitur, sed ita si de mandati veritate vel validitate dubitetur, non aliter. *l. 1. C. h. t.* Est verò inutilis semper cautio, cùm non possit dominus ratum non habere factum veri procuratoris. Nam nec vlla ratihabitione opus est, vbi verũ mandatum intercessit. Ergo de falso non de vero procuratore accipi debet quod scriptum est in *l. vlt. de fideiuss.* & aliis similibus.

3 ¶ Ratihabitionis autem satisdatio ante litis contestationem à procuratore exigitur: cæterum, semel lite contestata, non compelletur ad cautionem.

Ad §. 3. Ratihabitionis.

Ratio dubitandi. Ratihabitionis satisdatio prætoria est, & interponitur ex voluntate prætoris id agentis quãtum potest, ne frustrà iudicium accipiatur, ne scilicet postea necesse etiam sit frustrà iudicari. Atqui litis contestatio facta cum falso procuratore non impedit quominus æquè fiat irritum & inutile iudicium & iudicatum, si dominus ea quæ cum falso procuratore gesta sunt rata habere nolit. Æquæ igitur hoc etiam casu interponẽda est satisdatio ratihabitionis post litem contestatã. *l. 2. C. de consort. eiusd. lit.* Ratio deci. Per litis contestationem quasi contrahitur. *l. 3. §. idem scribit de peculio.* & post id temqns non amplius res agitur apud prætorem; ex cuius autoritate stipulationes prætoriæ interponuntur, sed apud iudicem, ad quem non pertinet vt iubeat caueri de rato: sibique debet imputare is qui litem contestatus est non petita huiusmodi satisdatione. Nec enim id agit prætor vt alteruter litigatorum satisfiatione oneretur, sed tantùm vt caueatur petenti. Peti autem debet ante litem contestatam aut in ipsa litis cõtestatione. Vnde est quod exceptio ista quę opponitur actori qui satis non dedit, dicitur dilatoria. Omnes autem dilatoriæ exceptiones opponi debent ante litem contestatam *leg. exceptionem 19. C. de prob. l. pen. C. de excep.* Neque pugnat *d. l. 2. C de consort. eiusd. lit.* Ibi.n. tractatur de hac exceptione danda non post litẽ contestatã, sed post litem ordinatam, quod diuersum est. Constituitur per litis contestationem: ordinatur verò per ea quæ sunt præparatoria contestationis *l. ordinata 24. de liber. caus. l. lite 14. C. eo.*

4 ¶ In his autem personis, in quibus mandatum non exigimus, dicendum est, si fortè euidens sit contra voluntatem eos experiri eorum, pro quibus interueniunt, debere eos repelli. ergo non exigimus, vt habeant voluntatem, vel mandatum, sed ne contraria voluntas probetur, quamuis de rato offerant cautionem

Ad §. 4. In his autem.

Ratio dub. In hoc tractatu de procurationibus inuitus accipitur is non solùm qui cõtradicit, sed & qui non consentit. *l. filiusfamilias 8. §. inuitus. ff. hoc tit.* Ergo nunquam sufficit aliquem non contradicere, nisi etiam consentiat, siue agamus de illo qui procurator datur, siue de illo cuius procuratorem quis se dicit. Rat. dec. Ex parte procuratoris quidem hoc verum est, Non consentientem dare procuratorem pro inuito accipiendum esse. Sed non ex parte illius cuius procurator quis dicitur. Nam possum etiam ignorantis procuratorem me dicere, & eo nomine agere tanquam procurator, dummodo caueam de rato; valebúntque gesta procuratorio nõmine, si ratihabitio sequatur, quod non similiter dici potest de iis quæ gesta sunt pro contradicente;

& verè inuito. Mandatum sanè aliquod necessarium est, sed vel expressum, vel tacitum. Tacitum autem duplex est, alterum quod ex ratihabitione inducitur, & hoc parum distat ab expresso, cùm ratihabitio ipsa expressa sit: alterum quod habere intelliguntur coniunctæ personæ, quoties agunt pro coniunctis, de quo agitur in hoc §. & in *l. sed & hæ* 35. *supr. eod. l. exigendi.* 12. C. *eod.* Hoc verò cùm non sit nisi præsumptum, vt qui agit non cogatur exhibere & probare mandatum, proculdubiò cessat, cùm appareat euidenter de contraria voluntate. Semper enim præsumptio probationi & veritati cedit. *l. si chirographum* 24. *de probat.* Nec oblata cautio de rato quicquam prodesse potest, cuius scilicet nullus vsus est, nisi in dubia eius pro quo agitur voluntate. *l.* 1. C. *eod. hoc tit.*

a *Debere eos repelli.* Ratio dubitandi. Hæ personæ nō cogunt probare mandatum. *l. exigendi* 12. C. *hoc titul.* Ergo nihil interest an pro se habeant vel contra se voluntatem eorum pro quibus interueniunt. Ratio decidendi. Vt non cogantur probare mandatum ex eo fit quod tacitam voluntatem habere præsumuntur, cui præsumptioni locus nullus relinquitur cùm de veritate constat in contrarium, vt proximè diximus. Nec enim prætoris edictum, ex quo admittuntur sine mandato, facit eos procuratores. *l.* 3. §. *sed & si fortè. iudicat. solui.* Et tamen etiamsi essent veri procuratores, haberéntque mandatum expressum, desinerent esse procuratores finita voluntate saltem ante litem contestatam, *l. ante litem* 17. ff. *h. tit. l. si verò.* 12. §. *penult. mandat.*

b *Quamuis de rato offerant cautionem.* Ratio dubitandi, Satisdatio facit vt de indemnitate securus sit aduersarius. *lege prima, supr. qui satisdare cogantur.* Ergo non est repellendus is, qui alieno agit nomine, si caueat de rato, quamuis agat contra alterius voluntatem. Ratio decidendi, Satisdatio adfert quidem indemnitatem, sed non debet ea res facere vt semper & omnimodo audiendus sit is qui offert satisdationem. Quid enim si id sibi licere velit, ex quo alius iniquè damnum aliquod sensurus sit? An non melius est impedire ab initio ne damnum emergat, quàm de indemnitate præstanda postmodum disputare? Sic in *leg. testamento* 17. §. *non omnimodo. de testamentariæ tutelæ. l. suspectus* 5. & *sequen. de suspect. tutor.* Atqui damnum & incommodum nec modicum est, quod quis lite vexetur, quam fortassis redimere quocunque pretio mallet, adeóque interdum potiùs re ipsa carere. *leg.* 4. *de alienation. iudic. mutand. caus. fact.* Melius igitur est vt eum vexare prohibeatur is qui alieno tantùm nomine agere vult contra domini voluntatem. Interest enim cuiusque non soluere potiùs quàm solutum repetere. *l.* 3. *de compensat. l. si stipulatus.* 15. *de fideiussoribus.* Nec æquum est obligari quemquam aut incommodo aliquo adfici ob id solum, quia postmodum recepturus sit ab alio quod ipse præstiterit, si alia causa non sit eius obligandi. *leg. nemo ideo* 171. *de regul. iur.*

41. PAVLVS lib. 9. ad Edictum.

FOeminas pro parentibus agere interdum permittetur causa cognita: si fortè parentes morbus, aut ætas impediat: nec quemquam, qui agat, habeant.

Ad l. Fœminas. 41.

Ratio dubitandi. Alienam suscipere defensionem virile est officium, & vltra sexum muliebrem id esse constat, adeò vt neque matri pro filio agere permittendum sit etiam impubere, cui ob hanc causam tutorem potiùs petere ipsa debet. *l. alienam* 18. C. *h. t. l. liberto* 31. §. *pen.* ff. *de neg. gest.* Ergo multò minùs permittendum vnquam est filiæ vt agat pro patre, cùm neque maior possit esse adfectio liberorū erga parentes, quàm parentū erga liberos, neque maior ratio habenda sit huius adfectionis personarū, quàm publicæ honestatis. Ratio decidendi. Facilius est vt liberis permittatur etiam fœminis agere pro parētibus, quàm vt matri permittatur agere pro liberis etiam impuberibus. Nā impuberibus liberis tutor dari potest, ipsa etiam matre id postulante, vt *in dict. leg. alienam.* At parentibus prouideri ea ratione non potest nec alia vlla, si fortè aut absentes illi sint, aut valetudine impediantur, nec quisquam sit qui eorū nomine agere velit. Non enim sicut inuitus quis tutor esse cogitur, ita & inuitus procurator. Hoc ergo casu permittendum est filię vt agat pro patre, sed causa cognita. Nec enim verendum est ne quid inhonestè fiat, cùm id agitur vt pietatis officia custodiantur, quæ violari publicè priuatimque inhonestum semper est. Eadem ratione puto etiam matri, quanquàm difficilius, permittendum esse interdum causa cognita vt agat pro filio, si fortè pupillus in ea causa sit vt tutor ei tam citò ad agendum dari nō possit, quod tamen nō nisi perrarò euenire potest.

42. IDEM lib. 8. ad Edictum.

LIcèt popularibus actionibus procurator dari non possit[a]. tamen dictum est meritò eum, qui de via publica agit[b], & priuato damno ex prohibitione adficitur, quasi priuatæ actionis dare posse procuratorem. Multò magis dabit ad sepulchri violati actionem[c] is ad quem ea res pertinet[d].

Ad l. Licèt. 42.

a *In popularibus actionibus procurator dari non possit.* Ratio dubitandi. Qui populari actione conuenitur, procuratorem ad defendendum dare potest. *l. qui populari* 5. *infr. de popul. action.* Ergo & ad agendum dare poterit is qui eam mouet. Ratio decidendi. Non est bona consecutio, vt constat ex *dicta lege* 5. Et ratio diuersitatis est, quia contra bonos mores esse videtur, vt ei qui populi procurator esse noluit ad tuendum ius populi actione populari, licere debeat in eo ipso negotio procuratorem agere priuati. Quod non idem est in procuratore dato ad defendēdum. Publicè námque interest defendi quoscunque à quibuscunque *l. seruum* 37. §. *publicè sup. eod.* etiamsi contra populum litigandum habeat aut contra Principem, qui hodie vice populi est. Potest alia etiam ratio adferri sumpta non ex persona procuratoris, sed ex persona eius qui dat procuratorem. Qui enim agit populari actione vltrò & voluntariè agit cùm nihil fortasse interfit ipsius priuatim, & agit alieno nomine scilicet populi, cuius veluti procurator esse intelligitur. Siquidem ad tuendum ius populi in quo publica vtilitas versatur, quilibet è populo censendus est habere mandatum, non à populo solùm, sed à natura ipsa, quæ nos omnes patriæ non minùs quàm nobis ipsis nasci voluit. *l.* 1. §. & *generaliter de ventr. in poss. mitt.* præsertim cùm ipse populus agere per se non possit. Procurator autem alium procuratorem dare non potest nisi postquàm factus est dominus per litis contestationem. *l. procuratoribus* 22. & *seq. C. hoc tit.* At is qui conuenitur populari actione propriam rem tuetur, nec procuratoris, sed domini iure, ideóque procuratorem constituere potest, perinde acsi priuata actione conueniretur, quia nec eius quicquam interest an à pupillo siue populi nomine, an à priuato siue priuati nomine conueniatur.

b *Eum qui de via publica agit.* Ratio dubitandi. Qui de via publica agit de iure populi agit. Via. n. publica populi est adeò vt nec populus eam possit amittere non vtendo. *l.* 2. *de via public. & in itin. pub. reste.* nam & quęcunque publica sunt ideò sic appellantur, quasi, *populica.* Atquin is qui de populi iure experitur non potest dare procuratorem, vt proximè dictum est. Ergo neque huic qui de via publica agit permittendum est vt possit procuratorem dare. Ratio decidendi, de via publica potest agi, vel ab eo qui damnum nullum patiatur ex prohibitione, vel ab eo qui è contrario afficiatur damno aliquo ex prohibitione. Primo casu actio merè publica est. *l.* 1. §. 1. *ne quid in loc. public.* & ideò nec procuratorem dare actor potest. Posteriore verò partim publica partim priuata actio est, & interdictum illud de via publica quamuis competat omnibus tanquam publicum, tamen non habet condemnationem nisi in id quod interierit actoris, *l.* 1. §. *vltim. de vi. t publ. & itin. public. reste.* Nihil ergo vetat quominus talis actor procuratorem dare possit tanquam in quali-bet alia actione rei priuatæ.

c *Ad sepulchri violati actionem.* Ratio dubitandi. Sepulchri violati actio popularis est. *l.* 3. §. *vl. de sepulchr. violat.* Atqui in popularibus actionibus procurator dari non potest, vt suprà diximus. Ergo neq; in actione sepulchri violati. Ratio decidendi. Actio sepulchri violati competit quidem omnibus quia popularis est, sed tamen habet interdum admixtam vtilitatem priuatam actoris, nempe quoties ipsius priuatim interest. *d. l.* 1. §. *qui de sepulchri.* & §. *si is cuius.* Hoc ergo posteriore casu non etiam priore poterit actor procuratorem dare.

d *Ad quem ea res pertinet*, id est, *cuius interest.*

1 ¶ Ad actionem iniuriarum ex lege Cornelia procurator dari potest. nam, & si pro publica vtilitate exercetur, priuata tamen est.

Ad §. 1. Ad actionem.

Ratio dubitandi. Actio iniuriarum quæ ex lege Cornelia exercetur est criminalis, cùm descendat ex lege publici iudicij. Atqui criminalis actio præsertim quę sit publici iudicij nō potest per procuratorē exerceri. Et solis illustribus hoc pro priuilegio datum est à Zenone in *l. vlt. C. de iniur.* Ergo ad eam actionem procurator dari non potest. Ratio decidendi. Etsi duplex actio iniuriarum est vna prętoria, quæ ex edicto prætoris descendit, altera legitima quæ ex lege Cornelia. *l.* 5. *in princip.* & §. *illud quæritur de iniur.* vtraque tamen ciuilis est, & ciuiliter moueri potest etiam illa quæ ex lege Cornelia descendit. *l. constitutionibus* 37. §. 1. *eod.* Exercetur enim pro publica quidem vtilitate, sed tamen priuata actio est, quoniam actor per eam consequitur quanti sua interest. Procurator autem non prohibetur dari in alia actione iniuriarum, quàm quæ criminaliter instituatur. *d. l. vlt.* & §. *in summa Inst. eod.*

2 ¶ Ea obligatio, quæ inter dominum, & procuratorem consistere solet, mandati actionem parit[a]. aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati[b]: sicut euenit: cùm in rem suam pro curatorem præstamus[c], eóque nomine iudicatum solui promittimus: nam si ex ea promissione aliquid præstiterimus, non mandati, sed ex vendito, si hereditatem vendidimus: vel ex pristina causa mandati[d] agere debemus: vt fit, cùm fideiussor reum procuratorem dedit.

Ad §. 2. Ea obligatio.

a *Mandati actionem parit.* Directam quidem ex parte mandantis, contrariam verò ex parte mandatarij. Ratio dubitandi. Qui mandat non sibi legem dicit, sed mandatario, quoties solius mandantis gratia mandatum contrahitur. *l.* 2. *mandat.* solum ergo mādatum sibi obligat non se mandatario. Ratio decidendi. Solum mandatarium sibi obligat principaliter, sed tamen se quoque obligat mandatario per consequentias, quoniam id ex bona fide est, vt dicemus *ad tit. mandat.*

b *Non contrahitur obligatio mandati.* Ratio dubitandi. Quoties mandatum intercedit vtiliter contract[9] mandati est, Atqui ex contractu mandati necesse omnino est, vt vel mādati obligatio nascatur, vel prorsus nulla. Nec enim obligationes quę ex contractib. nascuntur aliud nomen habere possunt, quàm contractus ipsi à quibus nascuntur, neq; rursus actiones aliud nomen quàm obligationes à quibus proficiscuntur. Ratio decidendi. Mandatum cùm ita fit, vt sit contractus per se subsistens nihil nisi obligationem & actionem mandati producere potest. At si fiat in consequentiam & executionem alterius negotij principalioris, nullam obligationem aut actionem nouam parit, quia nec necesse est cùm sufficiat prior. Nunquam enim ius ciuile patitur induci nouam obligationem, quæ futura sit superuacua, quoniam obligatio quælibet aliquatenus odiosa est ex qua parte inducit vinculum iuris. *tit. de oblig. Inst.* per quod libertas ciuis Romani quodammodo imminui videtur.

c *Sicut euenit cùm in rem suam procuratorem præstamus.* Exemplum subiicitur, si quis hereditatem vendat & emptorem constituat procuratorem in rem suam, vt habeat ille directas actiones ex persona venditoris, cùm ex sua & propria non nisi vtiles habiturus esset ex rescripto D. Pij, de quo in *l. si cum emptore* 16. §. *de pact.* Ergo si venditor hereditatis emptorem constituerit procuratorem in rem suam, & pro eo tanquam pro suo procuratore iudicatum solui promiserit (stipulatio enim ista nõ à procuratore, sed à domino litis interponi solet. *l. si ad defendendum* 10. *iudic. solui.*) mox ex ea promissione aliquid præstiterit, non mandati agere debebit, vt indemnitatem consequatur, sed actione ex vendito quæ competit hereditatis venditori contra emptorem. *l. 2. C. de hered. vel actione vend. l. 2. ĵ. eo. tit.*

Ratio dubitandi. Non est nouum vt plures actiones eidẽ pro eadẽ etiam re dẽtur, dum ita tamen vt alia per aliam consumatur, & actor habeat tantùm electionem vtra agere malit. *l. cùm filius* 76. §. *varius. de legat. 2. l. quoties* 41. *de oblig. & action.* Ergo cùm in proposito & mandatum & venditio interuenerit, vtraque actio competere debet & ex vendito & mandati.

Ratio decidendi. Cùm vtraque actio sit bonæ fidei & æquè plena, neque necessitas, neque vtilitas vlla est quæ suadeat, vt præter actionem ex vendito actio quoque mandati inducatur: nam neque mandatum hoc casu interuenit animo nouæ obligationis inducendæ, sed prioris potius implendæ, quæ contracta fuerat per venditionem. Ideóque ne actus operetur vltra intentionem agentis contra *l. non omnis* 19. *de reb. cred.* dicendum est nullam hîc obligationem aut actionem aliam esse quàm venditi.

d *Vel ex pristina causa mandati.* Id est, ex priore actione mãdati, quæ competebat ex negotio gesto priùs etiam, quàm mandatum in rem mandatarij factum esset. Exemplum est cùm fideiussor reum procuratorem dedit, & pro eo tanquam pro suo procuratore interposuit cautionem iudicatum solui. Nam si postmodum aliquid ea de causa præstiterit, non est necesse vt ad consequendam indemnitatem noua ei nascitur actio mandati, cùm sufficiat prior quam habet ex causa fideiussionis. Neque enim necessitatem habuisset rei constituendi procuratoris in rem suam ad se defendendum, nisi pro eo priùs fideiussisset. Quod ergo posteà factum est, à fideiussore cùm ob fideiussionem factum sit, debet vtique in eam ipsam actionem venire quæ ex fideiussione iam nata erat.

3 ¶ Is, cui hereditas ex Trebelliano senatusconsulto restituta est, heredem iure dabit procuratorem.

Ad §. 3. Is cui.

Ratio dubitandi. Debet esse distincta persona domini & procuratoris. Nec enim potest fieri, vt quis sit sui ipsius procurator. Atqui heres qui fideicommissariam hereditatem restituit etiam post restitutionem heres nihilominus manet. *§. restituta. instit. de fideic. hered.* & consequenter dominus, cùm heredis nomen ipsum nihil aliud sonet quàm dominum. *§. vlt. Inst. de hered. qualit. & differ. l. de hereditate* 19. *§. pater. de castren. pecul.* Non potest igitur fieri vt in actionibus hereditariis exercendis sit ille fideicommissarij procurator. Nam etsi vellet agere fideicommissarij nomine, non alias quàm vtiles actiones exercere posset, quia nec alias habet fideicommissarius. *l. 1. l. ita tamen* 27. *§. qui ex Trebelliano. & pass. ad SC. Trebel.* Atqui iam habet directas tanquam heres, & ex propria persona etiam inuito fideicommissario. *d. §. qui ex Trebelliano. l. si heres.* 70. *eod.* Non possunt autem directæ & vtiles in eadem persona concurrere, quia directæ cùm sint pleniores & potentiores tollunt ipso iure vtiles tanquam minores & infirmiores. *d. l. si heres. l. si rem* 13. *de duob. reis.* Ergo heres qui hereditatem restituit, non potest fideicommissarij procurator esse.

Ratio decidendi. Quamuis heres etiam post restitutam hereditatem heres maneat, fideicommissarius autem heredis loco sit. *d. §. restituta. l. 2. ad Trebell.* alia tamen est persona heredis, alia fideicommissarij, cúmque fideicommissarius actiones omnes hereditarias exercere possit pro suo iure inuito etiam herede qui si directas exercere velit omnimodo submouendus est exceptione restitutæ hereditatis, quemadmodum si qua actione directa conueniretur posset actorem eadem exceptione submouere. *d. §. qui ex Trebelliano*, consequens est vt non minùs heres ipse, quàm alius quilibet fideicommissarij procurator esse possit, vt scilicet actiones exerceat vtiles quæ fideicommissario competunt, non vt directas. Nec enim quicquam vetat & directas & vtiles actiones in eandem personam cõcurrere, dummodò diuersis respectibus, putà si directas habeat suo iure eásque inutiles, & inefficaces propter autoritatem senatusconsulti Trebelliani, vtiles verò & efficaces ex persona fideicommissarij ac tanquam ipsius procurator. Sicut è contrario potest quis vtiles actiones habere ex propria persona, directas verò ex persona alterius si factus sit procurator in rem suam ex ea causa ex qua vtiles etiam habeat suo iure post rescriptum D. Pij, vt in *l. si cum emptore* 16. §. *de pact. l. emptor* 5. *l. postquàm* 7. *& seq. C. de hered. vel act. vendit.* Et sanè actiones directæ quæ remanent in persona heredis post restitutam hereditatem, cùm sint inutiles & inefficaces propter exceptionem, non possunt eam vim habere, vt tollant vtiles, quæ semper sunt efficaces, nisi in casu. *d. l. 70. ad Trebell.*

4 ¶ Sed & dominum pignoris creditor rectè dabit procuratorem ad Seruianam.

Ad §. 4. Sed & dominum.

Ratio dubitandi. Creditor quasi procurator debitoris sui intelligitur esse in pignore: possidet. n. pignus pro alieno. *l. pignori* 13. *de vsucap.* & possidet debitori ad causam vsucapionis. *l. seruus* 16. *eod.* Ergo non potest dominus pignoris, idémq; debitor fieri procurator creditoris. Nemo. n. procuratoris sui procurator esse potest. Ratio decidendi. Creditornõ est procurator debitoris, nisi quod ad vsucapionẽ: Quantum

Quantum enim ad cæteras omnes causas, ipse possidet & quidem sibi non debitori præsertim quod attinet ad Seruianam, scilicet soli creditori potest competere non etiam debitori. *d. l. seruus.* iunct. *l. neque pignus* 45. *de regul. iur.* Quid ergo prohibet, quominus debitor à creditore detur procurator ad Seruianam exercendam? Nam quod pignoris dominus manet non debet obstare, cùm non iure domini acturus sit, sed iure creditoris in ea actione quam quasi creditoris procurator exercebit.

5 ¶ Porrò si vni ex reis credendi constitutum sit, ísque alium, in constitutam pecuniam det: non negabimus posse dare. Sed & ex duobus reis promittendi[a] alter alterum ad defendendum procuratorem dabit.

Ad §. 5. Porrò si vni.

Ratio dubitandi. Correorum credendi vnum idémque ius est, vnúmque debitum quod ipsis debetur licèt diuersę sint eorum personæ, *l. 2. l. 3. §. 1. & pass. de duob. reis.* Ergo non magis fieri potest vt correus credendi correi sui procurator sit, quàm vt sui ipsius. Rat. dec. Etsi plurium correorum credendi vna tantùm actio, idémque ius est, qui tamen prior agit is totam actionem suam facit, & correi ius cõsumit. *d. l. 3. §. 1.* itémq; is cui constituitur. Nã & constitutum solutionis loco est, & solutum videtur ei cui fuit constitutum, *l. Idem est* 10. *de pecun. const.* Potest igitur vnus ex correis debendi ab alio procurator fieri ad petendam pecuniam, siue ex priore obligatione, siue ex causa constituti.

a *Sed & ex duobus reis promittendi.* Ratio dubitandi. Cùm vnus ex reis promittendi conuenitur, alius quoque per eum conueniri intelligitur, siquidẽ vnica omniũ obligatio est, vnáque actio quæ contra singulos in solidum cõpetit. *d. l. 3. §. 1.* Ergo qui correi sui procurator est ad defendendum, sui ipsius procurator esse intelligitur, quod tamen absurdum est. Ratio decidendi. Electione vnius ex correis debendi omnes liberantur ex ratione iuris veteris quòd obtinuit vsque ad *l. vlt. C. de fideiuss.* Non potest igitur qui correi procurator est, videri procurator sui ipsius, qui nec est debitor. Sed etsi debitor maneret hodie manet, nõ eò minùs tamẽ correi sui procurator esse posset. Nõ enim defenderet tanquã qui esset ipse correus, sed tanquam alius quilibet alterius correi procurator. Sic & in *l. patersfamilias* 15. *§. 1. de adopt.*

6 ¶ Si plures heredes sint & familiæ herciscundæ, aut communi diuidundo agatur; pluribus eundem procuratorem non est permittendum dare[b]: quoniam res expediri non potest circa adiudicationes[c], & condemnationes, planè permittendum dare, si vni coheredi plures heredes existant[d].

Ad §. 6. Si plures.

b *Pluribus eundem procuratorem non est permittendum dare.* Ratio dubitandi. Cùm plures de eadem re litigant non solùm commodius sed plerumq; etiam necesse est vnum dumtaxat procuratorem dari ne iudicium in partes scindatur. Præsertim verò in iudiciis familiæ erciscundæ communi diuidundo, aut finium regundorum. *l. si familiæ* 48. *famil. erciscund. l. 3. §. pen. iudic. solui.* Nam si non est absurdum in iis iudiciis vtrũque & actorem & reum esse quam ob causam duplicia iudicia dicuntur, *l. actionis* 37. *§. 1. de oblig. & act. l. 10. fin. regund.* cur absurdum videbitur vnum & eundem ab omnibus constitui procuratorem? Ratio decidendi. Vno tantùm ab omnibus heredibus aut condiuisoribus procuratore constituto, nullo modo posset res expediri, quia fieri nequit vt expediatur citra mutuas adiudicationes & condemnationes, nec rursus vt in eadem persona mutuæ illæ adiudicationes, & condemnationes fiant, quoniam ita eueniret vt sibi ipsi quis condemnaretur, quod absurdum adeóque impossibile esset. In eóque manifesta ratio est diuersitatis inter heredes ipsos aut condiuisores, & procuratorem ab iis constitutum. Etsi enim heredes & condiuisores singuli actorem & reorum vicem sustinent, alij tamen aliis commodè possunt inuicem condemnari, quia re vera & naturaliter distinctæ sunt eorum personæ. At vnius procuratoris persona vna est. Nec æquè facile est vt vna persona plures personas sustineat. *l. si plures* 9. §. *de pact.* puto vt quis tanquam procurator Titij condemnetur sibi ipsi tanquam procuratori Sempronij. Neq; illud rursum dici potest concipiendas esse cõdemnationes & adiudicationes in personis dominorum. Iudicium enim cum procuratore acceptum cum eodem finiri debet, quod non sit nisi per rem iudicatam, quę proinde dirigenda est in personam procuratoris non domini. Præterquàm in casibus quibus contrà expressim constitutum est vt in *l. plt. C. de iniur.*

c *Circa adiudicationes.* Legendum puto *citra.* Hoc sensu, vt non possit expediri Iudicium familię erciscundæ aut communi diuidundo sine mutuis adiudicationibus & condemnationibus, id est, quin mutuæ adiudicationes & condemnationes fiant. *l. item Labeo* 22. *§. 1. & seqq. famil. erciscund.* Sic in *l. cùm hi* 8. *vlt. de transact. & passim.*

d *Si vni coheredes plures existant.* Ratio dubitandi. Cùm vni coheredi plures heredes existunt, etiam inter eos locus est iudicio familię erciscundę. Ergo non est iis permittendum vt vnũ dent procuratorẽ secundùm ea quæ §. diximus. Ratio decidendi. Possunt plures coheredes iudicium accipere aut communiter tanquam repræsentantes vnam illius personam, cuius sunt heredes, aut inter se vt hereditas illius cuius heredes sunt inter ipsos diuidatur. Priore casu sicut plures vnius personam repræsentant, ita procuratorem vnum dare non solùm possunt, sed etiam debent ne iudicium cum vno acceptum in plures scindatur. *l. 3. §. penultim. rat. rem haber. l. si familiæ* 48. *famil. erciscund.* Nec enim mutuis vllis adiudicationibus, aut condemnationibus inter eos locus vllus est, sicut nec fuisset in persona defuncti. Condemnatus enim fuisset coheredibus non sibi, & adiudicatum fuisset ei aliquid ex portionibus coheredum non ex portione ipsius. At posteriore casu obtinent ea demum quæ diximus initio huius §.

7 ¶ Reo latitante post litem contestatam, ita demum fideiussores eum defendere videbuntur: si vel vnus ex his eum pro solido defendat: vel omnes, vel qui ex his vnum dederint, in quem iudicium transferetur.

Ad §.7. Reo latitante.

Ratio dubitandi, Si reo post litem contestatam latitante, vnus tantùm ex fideiussoribus reum defendat, quamuis in solidum, tamen verum est eos non defendere qui non concurrunt ad defensionem. Nec enim factum vnius est factum alterius, vt ex eo apparet quod condemnato eo solo fideiussore qui latitantem reum defendit, nemo dixerit in alios fideiussores, qui non defenderunt, dandam esse iudicati actionem. Ergo etiamsi vnus ex fideiussoribus reum in solidum defendat, non eò minùs verum est committi stipulationem iudicatum solui ex ea parte qua continet hæc stipulatio clausulam De re defendenda. *l. iudicatum 6. iudicatum solui.* Itémque tractari potest, si aliqui ex fideiussoribus, & non omnes simul, vnum dederint procuratorem, in quem iudicium transferatur. Nam quemadmodum non posset reus ipse partim se defendere, partim non defendere: ita neque fideiussoribus eius permittendum videtur vt pars fideiussorum eum defendat, pars non defendat, siquidem omnes vnius tantùm personam repræsentare creduntur, & vnius loco habentur. Ratio decidendi, Stipulatio iudicatum solui non ad personam aliquam, sed ad factum ipsum impersonaliter, refertur, vt verba ipsa demonstrant, *iudicatum solui*, ac proinde committitur quod pertinet ad clausulam quam continet de re defendenda, non si hic vel ille non defendat, sed si res non defendatur. Ergo è contrario non committitur, si res defendatur, siue ab hoc, siue ab illo, dum tamen in solidum defendatur. Non enim defensionem illud scindit, quòd pars fideiussorum defendat, pars non defendat, si modò pars quæ defendit, in solidum defendat. Defensionem scindi non permittitur, ne durior actoris conditio constituatur: quæ porrò fit melior, si vnus & solus, dummodò in solidum, defendere sit paratus. Quare etsi omnes fideiussores absentem & latitantem reum defendere velint, non aliter sint audiendi, quàm si defendant per vnum procuratorem. Nec enim hac parte quicquam puto interesse, an plures eiusdem debitoris heredes sint, an fideiussores, & in vtrisque locum habet ratio Vlpiani in *dicta lege 3. §. penult. iudicatum solui. l. 2. de exercit. action.* Et hoc esse puto quod Paulus hîc scribit, *vel omnes, vel qui ex his vnum dederint.* Non enim sic accipi debet, vt rectè defendi videatur reus latitans, cuius nomine fideiussores omnes iudicium accipere sunt parati, nisi etiam illud concurrat, vt omnes velint vnum procuratorem dare. Nam quid si omnes quidem vellent defendere, sed per seipsum quisque, non per procuratorem? Incommodo afficeretur actor qui in tot personas actionem suam scindere cogeretur. Itaque quod Paulus ait, *vel omnes*, non ad id referendum est quod immediatè præcedit, *si vel vnus ex his eum pro solido defendat*, ac si scriptum esset, *vel omnes defendant*, repetito hîc verbo illo *defendat*: sed ad id quod statim sequitur, *vel qui ex his.* Disiunctiua enim posita est inter omnes vel aliquos ex fideiussoribus: & ideò verbum *dederint* tam ad verba illa *vel omnes* aptari debet, quàm ad ista, *vel qui ex his*, ac si scriptum esset, *vel omnes fideiussores vnum dederint, in quem iudicium transferatur, vel aliqui ex his.* Quomodo si scriptum esset, nullam res haberet dubitationem.

43. IDEM lib. 9. ad Edictum.

MVtus & surdus per eum modum, qui procedere potest, procuratorem dare nō prohibetur, forsitan & ipsi dantur[a]: non quidem ad agendum, sed ad administrandum.

Ad l. Mutus 43.

Ratio dubitandi, Muto & surdo curator dari solet & debet, qui personas résque ipsorum tueatur. *l. vel fundo 20. de rebus auctoritate iudic. possidendis.* non alia vtique ratione quàm quòd ipsi per se rebus suis superesse non possint, nec per procuratorem. *leg. 2. de curator. furios.* Nec enim curatore indiget is qui suis rebus superesse potest per procuratorem. *lege prima. §. vsus. supra hoc titulo.* Ergo non licet muto nec surdo vt det procuratorem. Ratio decidendi, Regulariter quidem & eo modo quo possunt aliæ personæ procuratorem dare, mutus & surdus non possunt, sed tamen possunt per eum modum qui procedere potest, id est, mutus per scripturam, si literas sciat, surdus verò etiam voce, dummodò sciat loqui, & quid loquatur intelligere. Si enim ponas esse quem surdum & mutum à natura, res expedita est non posse ab eo procuratorem dari, vt nec aliquid fieri, in quo possit requiri conclusio & probatio certæ voluntatis. Sed extra hunc casum nihil vetat eum qui non à natura, sed ex casu surdus factus sit, constituere procuratorem, itémque eum qui mutus. Nam & alia negotia omnia peragere possunt, in quibus sermone opus non est sufficiente consensu. *leg. in quibuscunque 48. de obligationibus & actionibus.* Atqui mandatum per quod procurator quis constituitur, est ex istorum genere. Nihil enim nisi cōsensum requirit, de quo aliter quàm per vxorem, putà per literas, constare potest. Quia tamen minùs commodè possunt mutus & surdus ista expedire, vtilius est curatorem iis dari, siue ipsorum vtilitas spectetur, siue illorum cum quibus contrahunt. Itaque quod possunt & debent habere curatorem, non impedit ne possint habere procuratorem. Nam & idem euenit in minore annis vigintiquinque, vt & curatorem habere debeat. *l. 1. de minor.* & tamen habere procuratorem possit. *l. Papinianus 20. eod.*

a *Forsitan & ipsi dantur.* Nunquam mihi persuadebo Paulum adeò dubitanter scripsisse de ea re, de qua ius certum fuisse dubitandum non est. Et quamuis probares rationem iuris in hoc dubiam fuisse, quòd non credo, non ideò tamen euinceres ignorasse

ignorasse Paulum quo iure suis temporibus romani hac in re vterentur. Illud verò longè minùs mihi persuadeam surdum vel mutum procuratorem dari posse. Non enim maior ratio est vt procurator quàm vt tutor vel curator dari possit, siue ad agendum, siue ad administrandum. Atqui neque tutor esse potest, neque curator: nec solum si de testamentario aut datiuo tutore loquamur, sed nec si de legitimo. *l. 1. §. pen. & vlt. de tutel. l. pen. in fin. de legit. tutor.* quamuis lex duodecim tabularum deferat tutelam agnato quisquis ille sit, etiamsi pupillus qui ipse indigeat tutore. quod Iustin. primus correxit in *l. vlt. Cod. de legit. tutel.* Fateamur ergo totam adiectionem hanc esse Triboniani primùm quidem addubitantis suo more, deinde distinguentis. Nam posteaquam dixit dubitanter, *forsitan & ipsi dantur*, mox quasi pœniteret dubitasse subiungit distinctionem his verbis, *Non quidem ad agendum, sed ad administrandum.* Et vero an non esset ridiculus & curatore dignus, qui mutum vel surdum quem talem esse sciret, vltrò eligeret procuratorem?

1 ¶ Cùm quæreretur, an alicui procuratorem habere liceat: inspiciendum erit, an non prohibeatur procuratorem dare, quia hoc edictum prohibitorium.

Ad §.1. Cùm quæreretur.

Ratio dubitandi. Eius est probare qui dicit, non qui negat. *l. 2. de probat.* Ergo qui dicit licere sibi procuratorem dare hoc ipsum probare debet, non qui dicit prohiberi eum ne dare possit. Ratio decidendi. Distinguendum est inter ea quæ sunt ex genere permissorum, & ea quæ sunt ex genere prohibitorum. Quæ sunt ex genere permissorum, id est, talia quæ permitti necesse fuerit vt fieri possent siue antea essent prohibita siue etiam quod magis est, nec prohibita nec permissa, ea nisi permissa probentur fieri nullomodo possunt, licèt nec prohibita probentur, vtputa si quis quærat, Cur filiusfamilias testari non possit. Nemo bene responderit, quia prohibitum ei sit ne testetur. (nulla enim legè id prohibitum est) sed responderi debet, Quia non est ei permissum cùm lex 12. tabul. quæ testandi ius indixit de solo patrefamilias fit locuta. *l. verbis legis 120. de verb. signific.* Idémque est si quæratur, Quare peregrinus testari non possit. *l. 1. C. de hered. instit.* At quæ sunt ex genere prohibitorum, id est, talia quæ prohiberi debeant, illam è contrario hoc ipso quod prohibita non sunt censentur permissa. Eiusmodi est ius dandi procuratoris, quia edictum prætoris De procuratoribus est prohibitorium, Procuratorem ergo dare potest quisquis prohibitus non est. Et generaliter ab ea parte quæ dicit aduersarium suum ab aliquo iure prohibitum esse specialiter lege vel constitutione, vel edicto prætoris, id probari oportet. *l. ab ea parte 5. de probat.*

2 ¶ In popularibus actionibus, vbi quis quasi vnus ex populo agit: defensionem, vt procurator, præstare cogendus non est.

Ad §.2. In popularibus.

Ratio dubitandi. Qui agit populari actione is populi ius tuetur & defendit. *l. 1. de popul. act.* Ergo tanquam procurator populi. Atqui quisquis agit alieno nomine & tanquam procurator cogitur ex edicto eum defendere cuius est procurator. *l. seruum 33. §. ait prætor. sup. hoc ti.* alioqui non est audiendus. Hæc enim pœna est non defendentis procuratoris vt actio ei denegetur. *§. pœna infra hac lege.* Ergo in popularibus actionibus vbi quis quasi vnus ex populo agit defensionem vt procurator præstare cogendus est. Ratio decidendi. Publicè interest admitti quemlibet ad ius populi tuendum per actionem popularem citra onus vllius satisdationis præstandæ, aut defensionis populi in aliis casus suscipiendæ. Præsertim cùm is qui populari actione experitur, tanquam vnus ex populo, non tantùm alieno nomine agat, sed etiam proprio, tanquam qui membrum quoddam sit eius corporis cuius causam tueatur: non quasi populus sit idem quod singuli. *l. 7. §. 1. ff. ut prox.* sed quia, populus ex singulis constat, tanquam ex distantibus. *l. rerum mixtura 30. de vsucap.* iunct. *l. proponebatur 76. de iudic.* Denique qui agit populari actione non potest verè ac propriè dici procurator populi, cùm neq; expressum, neque tacitum habeat mandatum siue à populo siue ab alio, qui vice populi potuerit mandare. Habetur tamen quasi procurator in quibusdam, & in eo maximè vt alium procuratorem dare non possit, *l. prox. in princip.* vbi dixi *sup.*

3 ¶ Is, qui curatorem alicui præsenti petat, non aliter audietur, nisi adulto consentiente. quod si absenti[a]: ratam rem eum habiturum necesse habet dare.

Ad §.3. Is qui curatorem.

Ratio dubitandi. Adolescenti etiam inuito curator dandus est, cùm huius ætatis hominibus non sit permittenda rerum suarum administratio quamuis bene rem suam gerentibus. *l. 1. in fin. ff. de minor.* Ergo qui adolescenti petit curatorem audiendus est etiam si adolescens nolit. Ratio decidendi. Curator non datur inuito, nec nisi petenti. *§. item inuiti. Inst. de curat. l. 2. §. vlt. qui pet. tutor.* quamuis si iam habere cœperit tutorem vel curatorem aliquem non sit ei danda administratio rerum suarum. *d. l. 1.* Facilius enim est vt minor in aliena cura in qua reperitur etiam inuitus retineatur, quàm vt inuitus in eam detrudatur.

a *Quòd si absenti.* Ratio dubitandi. Satisdationum vsus introductus non est, præsertim cautionis de rato nisi ad indemnitatem ei præstandam, qui alioquin ex eo quod fit læderetur. *l. 1. ff. qui satisd. cogant.* Nam nec committitur ea stipulatio nisi ad id quod interest actoris. *l. si commissa 13. l. si procurator 18. & passurat. rem haber.* Atqui ex eo quod absenti curator petitus adeóq; datus sit nemo potest damnum sentire, nec si adolescens eam petitionem aut dationem ratam habere nolit. Eueniet enim hoc duntaxat vt petitio & datio illa inutilis reperiatur.

Ergo qui bona mente ac fortassis, vt officio pietatis fungatur petit absenti & ignoranti curatorem non est onerandus superuacua satisdatione, vt nec alius quilibet. *l. hæc stipulatio* 14. *in fin. vt leg. Æ. seu fideic. nomin. caueat.* Ratio decidendi. Potest fieri vt ex ea curatoris datione minor lædatur, nec tantùm minor, sed etiam alij cum quibus curator datus contraxerit quasi curator, si forte cœperit administrare incerto eo, an minor ratum habiturus sit, qui tam en postea ratum habere nolit. Cautio igitur necessaria est, non minùs quàm si curatorem absenti petens ageret ipsius nomine. Etsi enim is qui absenti curatorem petit non agit, cùm curatoris petitio non sit actio. Dictum verò cùm iubet caueri de rato loquitur illo qui agit alieno nomine (quæ altera & fortasse accommodatior ad hunc locum dubitandi ratio est.) Tamen cùm curator non nisi petenti dari possit, vt proximè diximus, serè est vt minoris nomine agere videatur ille qui absenti minori petit curatorem. Debet enim ille sibi ipsi petere, non alius ei. *l. 2. §. vlt. qui pet. tutor.*

4 ¶ Pœna non defendentis procuratoris hæc est, vt denegetur ei actio.

Ad §. 4. Pœna.

Ratio dubitandi. Pœna debet sequi suos autores. *l. si pœna* 20. *ff. de pœn. l. sancimus* 22. *C. eod.* Atqui in proposito casu si quod delictum est, cùm procurator eum cuius nomine agit non vult defendere, procuratoris delictum est, non domini: Procurator enim ille est qui hac in re peccat contra formam edicti perpetui. Nihil autem refert, an contra edictum, quid fiat an vetante expressim prætore. *l. qui vetante* 102. *de regul. iur.* At pœna illa quæ huic procuratori infligitur, vt actio ei denegetur, non ipsius damno cedit, sed domini absentis. Maximè si ponas actionem fuisse temporalem, cuius dies interim exierit, & tamen datum fuisse ab absente procuratorem ob hoc ipsum, vt ageret ne dies actionis exiret. Ergo non est pœna hæc iusta & conueniens.

Ratio decidendi. Non debet latiùs patêre pœna quàm delictum, & in eo ipso puniendus quis est in quo deliquit, non in cæteris. *l. heres. qui tacitam. inde his quæ vi indign. l. beneficio* 59. *ad leg. falcid.* Atqui nullum istius procuratoris delictum est in eo quod non vult absentem, cuius procurator est, defendere, nisi quatenus procurator est. Alioqui constat de fensoris officium esse omnino & merè voluntarium. Eatenus ergo puniri debet, vt non admittatur tanquam procurator, id est, vt ei actio denegetur. *l. actionem* 5. *C. hoc tit.* ita enim fit vt non tam cogitandum videatur de pœna delicto irroganda, quàm ne qua in re deliquerit procurator. Nec verendum est ne incommodo aliquo ex ea denegatione actionis dominus afficiatur, siue quòd actione mandati obligatum habeat procuratorem, qui non fecerit ea omnia quæ ex officio facere debuit, siue quòd imputari ei possit cur talem elegerit procuratorem. *l. 3. §. vlt. cùm mandatu* 23. *in fin. de minor. l. 1. §. item quæritur de separ.*

5 ¶ Si procurator agat, & præsens sit absentis seruus. Atilicinus ait, seruo cauendum, non procuratori.

Ad §. 5. Si procurator.

Ratio dubitandi. Seruus non potest stipulari nisi ex persona domini. *tot. tit. de stipulat. seruor.* Atqui procurator personam ipsam domini representat, & quod per procuratorem fit, præsertim ex mandato per ipsum dominum fieri videtur. *l. 1. §. vsus & pass. ff. hoc titu.* Cùm ergo persona procuratoris sit dignior quàm serui, quia & liber est & mandatum à domino habet cuius nec capax est seruus, quem scilicet constat procuratorem fieri non posse, consequens est vt si procurator absentis agat, & præsens sit eiusdem absentis seruus maior ratio sit vt procuratori, quàm vt seruo reus caueat iudicatum solui. Ratio decidendi. Cauendum est seruo potiùs quàm procuratori, quia id vtilius & commodius est domino quippe qui ex serui stipulatione directam habiturus est actionem, quam ex procuratoris stipulatione habere non posset. Nam ex stipulatione procuratoris, vel nulla penitus actio acquiritur domino, sed soli procuratori, qui tamè subinde mandati actione ea cedere cogitur. *l. 1. C. per quas pers. nob. acquir. l. 2. C. si cert. pet. l. possessio* 49. *§. 1. de acquir. poss.* vel si qua acquiritur ea vtilis tantùm est, vt in prætoriis stipulationibus. *l. in causæ* 27. *§. 1. & l. seq. ff. hoc tit.* Sic & in *l. vlt. ff. ti. prox.* Nec audiendi sunt qui volunt ex prætoria stipulatione procuratoris acquiri directam actionem domino ex *l. 5. de prætor. stipul.* Nam quod ibi dicitur ex stipulatione procuratoris mei competere mihi actionem causa cognita ostendit, satis vtilem duntaxat esse illam actionem, quę tamen competere dicitur, non quia competat ipso iure, sed quoniam à prętore datur sine cessione. Idque apertiùs indicat Paulus in exemplo alio quod subiicit in eadem lege iis verbis *Succurrere enim domino prætor debet.* Dicam ad *l. 68. & l. 72. ff.* Acquiritur autem vtilis ex prætoriis stipulationibus contra iuris regulam, quia stipulationes illæ non tam videntur interponi, vt nouum ius acquiratur quàm vt vetus conseruetur. *d. l. 72. ff. d. l. vlt. ff. tit. 1.* vbi dicam.

6 ¶ Qui non cogitur defendere absentem, tamen si iudicatum solui satisdedit defendi absentis gratia: cogendum procuratorem iudicium accipere[a], ne decipiatur is, qui satis accepit. nam eos, qui non coguntur rem defendere, post satisdationem cogi. Labeo, causa cognita, temperandum[b]: & si, captio actoris sit propter temporis ractum, iudicium eum accipere cogendum: quod si aut adfinitas direpta sit, aut inimicitiæ interceſſerint, aut bona absentis possideri cœperint[c].

44 VL-

44. VLPIANVS libro 7. Disputationum.

VEl si longinquo sit abfuturus, vel alia iusta causa interuenerit.

Ad §. 6. Qui non cogitur. & l. Vel si 44.

Ratio dubitandi. Qui satisdedit iudicatum solui pro absente quem defendere non cogebatur non pertinet ad edictum prætoris, quo prætor iudicium accipere cogit procuratorem ad litem susciendam datum, pro quo consentiente dominus iudicatum solui satisdedit *l. filiusfamilias* 8. *§. vlt. ff. eod.* Ergo non est cogendus accipere iudicium.

Ratio decidendi. Quamuis non cogeretur iudicium accipere pro absente, & eum defendere, tamen posteaquam iudicatum solui satisdedit defendendi absentis gratia, cogendus est, ne decipiatur is qui satis accepit, qui alioquin deciperetur. Imputet enim sibi qui cùm defendere non cogeretur vltrò satisdedit. Nam nec facilè succurri solet ei qui se in aliquâ necessitatem vltrò coniecit *l. si fideiussor* 7. *§. si necessaria ff. qui satisd. cogant.* Defensor siquidem cùm satisdedit, domini loco habendus est *l. Titius* 76. *ff. hoc tit.* & quemadmodum procurator sit dominus litis per contestationem *l. procuratoribus* 22. *& seq. C. eod.* ita & defensor ab initio per satisdationem.

a *Cogendum procuratorem iudicium accipere.* Deest aliquid ad constructionem, nisi repetas ex §. præced. verba illa *Atilicinus ait:* Apparet enim ex sequentibus Paulum his verbis non suam sed cuiusdam alterius sententiam referre mox Labeonis, aliâ deinde Sabini planè diuersam. Ac fortassis de Iuliano hîc Paulus sensit. Exat enim illa Iuliani sententia in *l. Titius* 76. *ff. eod.*

b *Labeo causa cognita temperandum.* Id est, adhibendam esse distinctionem, vt ita demum cogatur defensor qui satisdedit, iudicium accipere si alioqui futurum sit vt actor lædatur, putà si eius actio tempore peritura sit, vt in *l. sed etiam* 12. vbi dixi *ff. eod.* At non etiam si adfinitas direpta sit quæ mouerat defensorem, vt absentis defensionem susciperet. Aut inimicitiæ interceſſerint, aut bona absentis possideri cœperint, vel si longinquo sit abfuturus, vel si qua alia noua causa interuenerit. Nam ex quibus casibus succurritur etiam procuratori, qui mandatum litis susceperit defendendæ, vt litem quoque cõtestatam possit deserere ex iisdẽ succurrendum etiam est defensori, quem neque susceptæ defensio, neque præstita satisdatio ad aliud obligare potest, quàm ad quod procurator verus obligatur, & ex mandato, & ex litis contestatione: vterque enim perinde dominus litis est *d. l. Titius* 76. *ff. hoc tit.*

c *Aut bona absentis possideri cœperint.* Intellige postulantibus aliis creditoribus, ita vt videat defensor periclitandum sibi de expensis, quas pro absentis adeo inopis defensione sit erogaturus. Nam etsi mandatum accepisset, attamen ex hac causa susceptum officium deserere posset. Fideiussores tamen ab eo dati vtique tenebuntur, & idcirco non multum ei præstaret prætor etiamsi illum non cogeret iudicium accipere *d. l. Titius* 76. *ff.* Itaque nihil simile habet sententia huius loci cum *§. vltim. l. sed & ha* 35. *ff. eod.* Ratio dubitandi. Contra Labeonem, Omnimodo decipitur actor cui satisdatum est ii defensor qui satisdedit iudicium accipere non compellatur, vt proximè diximus. Ergo omnimodo & indistinctè iudicium accipere cogendus est.

Ratio decidendi, pro Labeone. Non solùm actoris cui satisdatum fuit ratio habenda est, sed etiam defensoris qui bona fide satisdedit, vt amici optimi officium impleret. Dignus enim maximè est cui succurratur ex noua causa, ne officium ei suum sit damnosum *l. sed si quis* 7. *vers. aut. quem. aper.* Scilicet cùm nulla in eo futura est captio actoris. Nam nec aliud promittit qui satisdat iudicatum solui, nisi rem defendere arbitratu boni viri *l. pen. ff. l. ex clausula* 17. *iudic. solui.* Vir autem bonus non arbitratur eum qui iustam excusationem adferat defendere cogendum, vt scriptum est in *l.* 45. *ff.*

45. PAVLVS libro 9. ad Edictum.

NOn cogendum. Sabinus autem nullas prætoris partes esse[d] ad compellendum defendere: sed ex stipulatu ob rem non defensam agi posse. ac, si iustas causas habeat, cur iudicium accipere nolit, fideiussores non teneri: quia vir bonus arbitraturus non fuerit, vt, qui iustam excusationem adferret, defendere cogeretur. Sed & si satis non dedit[e], sed repromittenti ei creditum est: idem statuendum est.

Ad l. Non cogendum 45.

d *Sabinus autem nullas prætoris partes esse.* Tertia hæc sententia est Sabini existimantis in proposita specie prætorem se interponere debere, non vt cogat defensorem iudicium accipere, sed hactenus duntaxat vt in eum det actionem ex stipulatu ob rem non defensam, in qua actione datus iudex postea examinare debeat quid vir bonus fuerit arbitraturus. Ratio dubitandi. contra Sabinum, eadem est quam proximè attulimus contra Labeonem, sed fortior contra Sabinum, quia euidentius est decipi actorem, cui satisdatum fuit si non cogatur defensor iudicium accipere, ne illius quidem actionis nomine quæ tempore sit peritura.

Ratio decidendi. Pro Sabino, verba edicti ad hunc casum non pertinent, vt diximus ad initium *§. vlt. l. 43. ff.* Nec igitur edictum ipsum, cuius per interpretationem protrahendi, neque vlla necessitas est, cùm actoris indemnitati possit esse consultum per actionem ex stipulatu. Alioqui dicendum erit omnes qui satisdederint iudicatum solui cogendos esse defendere: quod tamen si verum esset, nunquam stipulatio illa ob rem non defensam committeretur. Est igitur non solùm ciuilius, sed etiam expeditius, vt agatur ex stipulatu con-

tra defensorem eiusq; fideiussores, quàm vt defensor inuitus iudicium accipere compellatur. Dices eadem ratione posse euinci,ne quidem procuratorem pro quo consentiente dominus iudicatum solui satisfecerit cogendum esse iudicium accipere, cũ semper possit actor agere ex stipulatu: quod tamen pugnaret cum verbis edicti *l.filiusfamilias* 8. *§.vlt.*ẽ. Sed facilis responsio est, Prætorem de procuratore cogendo locutum fuisse non de defensore,nec id sine ratione, quia defensor ipse satisfacit proprio nomine, & proprio quoque nomine ex stipulatu conueniri potest, non etiam procurator, pro quo scilicet dominum satisfacere oportet *l. si ad defendendum* 10.*iudic.solui.*Et sanè hęc Sabini sententia & verior & æquior est, ideoq; Paulus in eadem conquiescit.

e *Sed etsi satis non dedit.*Ratio dubitandi.Sola satisfactio facit vt defensor sit loco domini *l.Titius* 76.ẽ. *hoc tit.*Ergo in eo qui satis non dedit, sed tãtùm repromisit,non idem dicendum est.Ratio decidẽdi. Cùm is cui satisfieri debuit repromissione, id est, nuda cautione sine fideiussoribus & sine pignoribus,cõtentus fuit,repromissio pro satisfactione est, saltemq; satisfactionis verbũ vsurpare licebit, quæ si pro solutione plerunque est multò magis pro satisfactione erit *l.1.*ẽ.*qui satisd.cog.l.solut.am* 49 *in fin.*vbi pro *satisdationis* lego *satisfactionis*. *l. satisfactio* 52. *de solut.l.si rem* 9.*§.omnis de pign.act.*

1 ¶ Qui ita de publico agunt,vt & priuatum commodum defendant: causa cognita,permittuntur procuratorem dare,& postea alius agens exceptione repelletur.

Ad §.1.Qui ita.

Ratio dubitandi.In popularibus actionibus procurator dari non potest *l licèt* 42.ẽ.*hoc tit.* Ergo nec causa cognita id permittere prætor debet. Atqui popularis actio est, quoties de publico, id est, de populi iure agitur *l.1.de popul.act.*

Ratio decidendi. Id obtinet in popularibus actionibus quę solum populi ius tuentur,nec priuatam vllam actoris vtilitatem continent, vt dixi ad *d.l licèt.* Causæ igitur cognitio necessaria est,vt inspiciat prætor an qui de publico agunt, priuatum quoque commodum defendant.Nam & hi præferuntur cæteris eandem popularem actionem mouere volentibus *l.3.§.1.l.mulieri* 6.*de popul.action.* Idq; est quod hîc sequitur,si alius postea velit eadem actione experiri,esse illum repellendum.

2 ¶ Si procuratori opus nouum nuntiatum sit,isq; interdicto vtatur,*ne ei vis fiat ædificanti*: defensoris partes eum sustinere, nec compelli cauere ratam rem dominum habiturum Iulianus ait.Et,si satisfecerit,non animaduerto (inquit Iulianus) quo casu stipulatio committatur.

Ad §.2.Si procuratori.

Ratio dubitandi. Nihil interest an alieno nomine postulet quis actionem à prætore an interdictũ *l.sed & hæ* 35.*§.non solùm & l.non solùm* 39.*in princ.supr. eod.* Nam & actionis appellatione interdictum cõtinetur *l.actionis* 37.*de oblig.& act.* Atquin is qui alieno agit nomine cogitur cauere de rato *l. seruum quoque* 33.*§.ait prætor supr.eo.* Ergo & procurator, cui tanquam procuratori nouum opus nunciatum est si interdicto vtatur ne vis fiat ei ædificanti, actoris partes sustinere dicendus est, & consequenter cogendus cauere dominum ratam rem habiturum: non minùs quàm si ipse procuratorio nomine nũciaret. Nam & is satisdare cogeretur,tametsi esset verus procurator,alioquin omnimodo remitteretur nunciatiò *l. de pupillo* 5. *§. qui procuratorio de oper. noui nunciat.*

Ratio decidendi. Noui operis nunciatio facit aduersarium possessorem *dict.l.de pupillo §.meminisse.* Ergo procurator qui pro possessore interdicto vtitur,ne vis fiat ei ædificanti non nisi defensoris partes sustinere dici potest. Sicut & si absentis nomine remissionem nunciationis desideraret, quem similiter quasi defensorem cogi satisdare certum est *d.l.de pupillo §.penult.* Sed ea satisdatio non pertinet ad ratihabitionem, vt ibi Vlpianus ait, sed ad operis noui nunciationem,vt si apparebit eum qui nunciauit ius nunciandi habuisse,atque ita remissionem non tenere ex *l.1.de remiss.*nuncianti qui ædificare prohibitus est,satis cautum reperiatur.Duplici enim remedio potest defendi is cui nouum opus nunciatur, nempe satisdationis,vel remissionis. Vtroque modo assequitur, vt liceat sibi ædificare interim & pendente lite, in eamq; rem habet interdictum,de quo in *l.prætor ait* 20. *§.deinde de oper.noui nunciat.* & in *d.l.1.de remiss.* Quid enim ad causam defensionis prodesset, vel satisdedisse, vel remissionem impetrasse: si non etiam interdicto vteretur procurator, ne vis ei fieret ædificanti? Quamuis ergo aliàs dici soleat nihil referre, an interdictum quis postulet an actionem,id tamen locum non habet in casu nostro in quo petitur interdictum in consequentiam necessariam susceptæ,& inchoatæ defensionis.Nec si procurator satisdederit dominum ratam rem habiturum, vllo tamen casu poterit vtiliter committi stipulatio, cùm non possit committi nisi ad id quod interest stipulatoris *l.si commissa* 15.*& pass.rat.rem haber.* nihil autem possit interesse stipulatoris, cui iam satisdatum fuit vt ædificare liceret. Fortasse quem mouerit, quòd si procurator ipse nouum opus nunciauerit, & satis acceperit, deinde is cui nunciatum fuit, interdicto aduersus eum vtatur, ne vis fiat ei quominùs ædificet, intelligitur procurator sustinere partes defensoris, & ideò cauere iudicatum solui,nõ etiam de rato *d.l.de pupillo.§.vlt. & duab.seq.* Nempe quòd actor ille sit qui interdicto experitur tametsi nouum opus fuerit ei nunciatum. Quidni ergo similiter dicimus pro actore potiùs quàm pro defensore habendum procuratorem qui vtitur interdicto,licèt ipsi nouum opus nunciatum proponatur? Nam & in specie *dict.§.vlt.* æquè dici potest eum qui vtitur interdicto post satisdationem à se præstitam

præstitam de opere demoliendo,id facere vt possessionem suam defendat potiùs quàm vt agat. Nos ad eum locum dicemus.

46.GAIVS libro 3.ad Edictum Prouinciale.

QVi proprio nomine, iudicium accepisset,si vellet procuratorem dare, in quem actor transferat iudicium,audiri debet,sollennitérque pro eo iudicatum solui satisdatione cauere.

Ad l. Qui proprio 46.

Ratio dubitandi.Qui proprio nomine iudicium accepit quasi contraxit cum aduersario litem contestando *l.3. §.idem scribit de pecul.* Ergo non potest nisi ex magna aliqua causa iudicium transferre in procuratorem, sicut nec posset transferre in se post litem à procuratore contestatam, nisi causa priùs cognita *l.post litem* 17.*supr.hoc tit.* Nam sicuti de qua re & in quo loco iudicium acceptum est de eadem re, & in eodem loco finem accipere debet *l.vbi acceptum* 30.*l.de qua re* 74.ẽ.*de iudic.* Ita & cũ eadem persona cum qua & cœptum fuit *l. de vnoquoque* 47.*de re iudic.* Non potest autem tractari de iudicio transferendo nisi quod iam acceptum sit, nec rursus de iudicio accipiendo nisi post litem contestatam,vt ridiculum sit quod Accursius, Bar. & alij notant,hunc locum accipiendum de iudicij translatione quam reus velit facere post litem contestatam,quasi verò aliqua sit,quæ antè fieri possit.

Ratio decidendi. Translatio iudicij quæ fit in procuratorem permittitur indistinctè ac sine vlla causæ cognitione,quoniam aduersario nec onerosa nec captiosa esse potest,cui magis consulitur interposita propter hanc translationem satisdatione iudicatum solui,quæ ex persona procuratoris, sollenniter,vt hæc lex ait,interponenda est. Procuratori verò in quem iudicium transfertur, etiam honorifica hæc translatio est. At cùm à procuratore qui litem contestatus fuit transfertur iudicium in dominum,fit iniuria & procuratori & aduersario cui fideiussores procuratoris nomine dati eriperẽtur,nisi translatio à prætore causa cognita permitteretur.Dixi ad *d.l.post litem.*&ad *l.in causa* 27.*§.1.*ẽ.*eo.*

1 ¶ Ei,qui defendit eum,cuius nomine ipse non agat[a], liberum est vel in vnam rem defendere.

Ad §.1.Ei qui.

Ratio dubitandi. Defensio scindi non debet ne actor incommodo afficiatur *l.3. §. pen.iudicat.solui.* Ergo non est liberum defensori absentem in vnam duntaxat rem defendere.

Ratio decidendi. Defensori qui sponte ac sine mandato ad absentis defensionem accedit, sola & propria voluntas finem administrationis & officij facit, abundéque sufficit si cui vel in paucis amici labore consulatur *l.tutori* 20.*C.de negot.gest.* Non est igitur cogendus ille, qui in vnam tantùm rem defendere paratus est,vt in omnes defendat, ne alioqui à suscipiendæ defensionis studio reuocetur. Nec ob id incommodo vllo actor adficitur. Ponimus enim plurium rerum nomine plures planeq; separatas actiones exerceri, non autem vnam quæ sit indiuidua plurium rerum nomine: hoc enim casu non posset scindi defensio *d.§.pen.& l. rem hereditariam* 66.*de euict.*Ponimus item in solidum defendi eam rem pro qua defensor iudicium accipere sit paratus.Nam si vellet pro parte defendere nõ audiretur,quia nec videtur boni viri arbitratu defensa res,quæ non in solidum defensa sit *l.ex clausula* 17.*rat.rem haber.l.3.§.vlt.rer.amot.l.in stipulatione* 23. *de dam.infect.l.cùm ex causa* 139.*de verb.oblig.*

a *Cuius nomine ipse non agat.* Qui enim alieno nomine agit, omnium actionum nomine debet eum defendere pro quo agit *l.omnium* 37. vbi dixi *supr. hoc tit.*

2 ¶ Qui alium defendit, satisdare cogitur. nemo enim alienæ litis idoneus defensor sine satisdatione intelligitur.

Ad §.2.Qui alium.

Ratio dubitandi. Superuacua satisdatione onerari nemo debet *l. hæc stipulatio* 14. *in fin. vt leg.seu fideic.nom.caueat.* Atqui superuacua cautio est quæ à locuplete præstatur, cùm alia causa nulla sit præstandæ satisdationis, nisi vt aduersarium securum faciamus datis fideiussoribus *l.* 1.ẽ. *qui satisd. cogant.* Aduersarius porrò securus est quoties incidit in locupletem defensorem, quo scilicet condemnato futurum est vt habeat in eum actionem iudicati, ex eaq; causa capiat ipsius bona pignori *l.si procurator* 28.*in fin.sup.hoc tit. l.si ad defendendum* 10.*iudic.solui.* iunct.*l.à Diuo Pio* 15.*§.1.& pass.de re iudic.* Non ergo cogendus est defensor satisdare,nisi causa cognita, id est,ita demum si appareat,vel minùs idoneas,vel saltem suspectas esse ipsius facultates. Præsertim cùm publicè interfit defendi absentes, à quibuscunque *l.seruum* 33. *§.publicè supr.eod.* non autem facilè & obuium sit cuilibet inuenire fideiussorem *l.omnes* 33.*§.præterea & seq.C.de episc.& cleric.*

Ratio decidendi.Nemo alienæ litis defensor satis idoneus sine satisdatione intelligitur,quia nunquam locuples habetur qui rem alienam defendit *l.qui rem* 166.iunct.*l.in eo* 110.*§.1.de reg.iur.*etiamsi alioqui locupletissimus sit & consularis *l.minor* 51.*§. vlt.& l.seq.*ẽ.*h.t.*vbi dicemus. Imò etsi pater sit, qui absentem filium defendat, vel filius qui absentem patrem *l.filiusfamilias* 14.ẽ.*qui satisd.cogant. l.vnic.C.de satisd.§.si verò reus Instit.eod.tit.*

3 ¶ Item quæritur, si iudicium acceperat defensor, & actor in integrum restitutus sit: an cogendus sit restitutorium iudicium accipere. & magis placet cogendum.

Ad §. 3. Item quæritur.

Ratio dubitandi. Iudicium restitutorium quod exercetur postquàm actor in integrum restitutus fuit, nouum & aliud iudicium est, quàm quod primùm defensor pro absente acceperat. Ergo non est cogendus defensor vt iudicium illud nouum subeat, non magis quàm si absentis defensionem numquam suscepisset.

Ratio decidendi. Iudicium restitutorium nouum quidem est, & diuersum à priore, sed eiusmodi tamen quod in locum prioris subrogatum videri possit & debeat. Est enim de eadem re mutata duntaxat forma actionis. Nouum igitur non est vt eodē iure censeatur quo prius iudicium censebatur, arg. *l. si eum* 10. *§. qui iniuriarum* 8. *si quis caution.* ac proinde, vt quemadmodum defensor acceptum prius iudicium deserere nullomodo poterat, ita & restitutorium accipere cogatur, quamuis si prius iudicū nunquam accepisset, illud vt acciperet cogi non potuisset, ne quidem post præstitam satisdationem iudicatum solui, vt ex Sabini sententia diximus ad initium legis præcedentis.

4 ¶ Procurator, vt in ceteris quoque negotiis gerendis, ita & in litibus[a] ex bona fide rationem reddere debet. Itaque quod ex lite consecutus erit, siue principaliter ipsius rei nomine, siue extrinsecus ob eam rem: debet mandati iudicio restituere: vsque adeò, vt & si per errorem, aut iniuriam iudicis[b] non debitum consecutus fuerit: id quoque reddere debeat.

Ad §. 4. Procurator.

a *Ita & in litibus.* Ratio dubitandi. Dubius & incertus ac plerumque malus est euentus litis etiam bonæ, magnaque ex lite vexatio in persona procuratoris alienam litem tractantis siue agat, siue cōueniatur. Æquum igitur esset si quid commodi ex lite emergat id ad procuratorem pertinere, dum ne in damno vllo moretur is qui procuratorē dedit, vt hoc veluti præmio inuitentur procuratores ad aliena negotia tantò diligentiùs & fidelius tractanda. Præsertim cùm è contratio aliqua sint quę si procurator præstiterit ex causa litis, postea repetere nunquam potest, putà si pœnam soluerit, vt dicitur in *§. seq.* Esset enim multò conuenientius & publicè vtilius, vt lucrum aliquod ex lite, quàm vt damnum vel minimum ad procuratorem perueniret.

Ratio decidendi. Procuratoris officium gratuitum est, alioqui in aliam negotij speciem cadit *§. vlt. Instit. de manda.* & cùm ex bona fide impleri debeat, nihil tam conueniens est bonæ fidei, quàm vt quicquid ex lite aliena consecutus est procurator siue principaliter, ipsius rei nomine siue etiam extrinsecus ob eam rem, debeat totum id mandati iudicio restituere: Præsertim quia nec periculum litis ad eum pertinet, in quem scilicet neque iudicati actio datur, sicut nec ipse agit iudicati *l. si procurator* 28. *§. hoc tit. l. hoc iure* 86. *de solut.* Nam & si quid ob rem iudicatam præstitisset, id subinde contrario mandati iudicio recuperaret, excepta pœna si quam præstiterit ex proprio delicto, quomodo scriptum est in *§. seq.*

b *Vt etsi per errorem aut iniuriam iudicis.* Ratio dubitandi. Quod procurator ex lite consecutus est indebitum, siue per errorem & imperitiam iudicis, siue per eius iniuriam, sordes, & gratiam non potest videri consecutus nomine alieno aut quasi procurator, quia mandatum quantumuis generale cùm ex bona fide interpretationem recipiat *l. creditor* 60. *§. vlt. ff. mandat.* nunquam porrigendum est ad indebitum consequendum *l. si procurator* 6. *§. Celsus. l. cùm indebitum* 57. *§. 1. de condict. indeb.* Non ergo cogendus est, vt mandati iudicio id reddat, arg. *l. debitor* 59. *in fin. ad SC. Trebell. l. 3. ad leg. Falc.*

Ratio decidendi. Id quod indebitum procurator ex lite consecutus est, licèt non fuerit consecutus ex mandato, habuit tamen occasione mandati & quasi procurator, quia non fuerat habiturus si procurator non fuisset: adeoq; hoc verum est vt etiam in negotiorum gestore qui nullum penitus mandatum habet, idem obtineat *l. si autem* 8. *§. item si fundum de neg. gest.* Ne alioqui honesta interpretatio, non honesto quæstu lucrum adferat *l. si possessor* 52. *de hered. pet. iunct. l. eu. cta* 57. *& seq. eod. tit.*

5 ¶ Item contra, quod ob rem iudicatam[c] procurator soluerit, contrario mandati iudicio recuperare debet. pœnam autem, quam ex suo delicto præstitit[d], recuperare non debet.

Ad §. 5. Item contra.

Ratio dubitandi. Diligenter custodiendi sunt fines mandati *l. 5. infr. mandat. l. si procurator* 10. *C. hoc tit.* Atqui non ponimus mandatum fuisse procuratori vt quicquam impenderet, ergo si quid impendere rit debet sibi imputare, nec ei danda repetitio est, quamuis negotium vtiliter gesserit, sicut neque datur ei, qui pro inuito aliquid præstitit, nec si debitoribus eius soluerit *l. vlt. C. de neg. gest.* Nec videtur posse dici tacitam voluntatem debitoris interuenisse, quoniam vbi constat de mandato quod certam formam habuit, etiam illa quæ alioqui ex tacita voluntate fieri nullo mādato interueniente potuissent, prohibita intelliguntur si mandato ipso non contineantur *l. maritus* 21. *C. hoc tit.* Ratio decidendi. Mandato semper intelliguntur contineri ea omnia sine quibus mandatum expediri nō possit, & quæ mandato cohærent *l. ad rem mobilem* 56. *l. ad legatum* 62. *ff. hoc tit.* Eiusmodi verò sunt impensæ, quas ad mandati executionē fieri necesse est. Semper enim iusta est procuratoris intentio, cùm allegat se impensas illas facturum non fuisse, nec hoc vel

vel illud damnum passurum si mandatū non suscepisset *l. si seruus* 61. *§. quod verò de furt.* Alioqui non reperiretur qui absentis negotia vellet gerere, siue cum mandato, siue citra mandatum *l. 2. ff. de negot. gest.* Planè impensas illas & damna eiusmodi esse necesse est, vt mandato imputari probabiliter possint *l. inter causas* 26. *§. non omnia ff. mandat.* Est autem in hanc rem comparata iure ciuili contraria actio mandati, & iure prætorio contraria negotiorum gestorum, vt mandatarij vel negotiorum gestoris indemnitati consulatur, & in quā ideò dicitur agi de calculo non de fide rupta *l furti* 6. *§. vlt. supr. de his qui not. infam. l. ei apud quem* 5. *ff. depositi.* Nam & iniquū esset dominum negotiorum ex procuratoris fai vel negotiorum gestoris damno fieri locupletiorem *l. nam hoc natura* 14. *de condict. indeb. l. iure naturæ* 206. *de regul. iur.*

c *Ob rem iudicatam.* Ratio dubitandi. Procurator non cogitur pati executionem rei iudicat, sicut nec posset ipse agere iudicati *l. si procurator* 28. *§. hoc tit. l. hoc iure* 86. *de solut. l item eorum* 6. *§. vlt. ff. tit. prox.* Ergo sibi imputare debet si quid præstiterit ob rem iudicatam, non autem mandato: quod hac de re nullum habuisse proponitur.

Ratio decidendi. Tantò dignior est procurator cui per contrarium mandati iudicium succurratur, ne in damno moretur, cùm fines mandati egressus sit ob id tantùm vt meliorem faceret domini condicionem, cuius quippe intererat iudicato quàm primùm satisfieri, vt tumptibus qui in iudicati executione fieri solent parceretur, quos sem per necesse est damno cedere condemnati: nec quisquam iudex propitiis auribus dominum audiat imputantem procuratori suo factum ex quo dominus ipse lucrum senserit *l. si extraneus* 33. *l. cùm in fundo* 78. *§. quòd si mulier. de iur. dot.* Sentit autem lucrum dominus ex huiusmodi facto procuratoris, quia si posteà iudicati executio contra eum petatur, habiturus est doli exceptionem *l. de qua re* 74. *§. vlt. ff. de iudic.*

d *Pœnam autem quam ex suo delicto præstitit.* Ratio dubitandi. Non præstitisset hanc pœnam procurator si procurator non fuisset, ac quamuis eam ex delicto suo præstet, attamen etiam delicto si non causam, certè occasionem mandatum dedit. Atqui iusta est allegatio procuratoris quoties id agit ne damnum patiatur, quod passurus non fuerat si procurator non fuisset *d. l. si seruus* 61. *§. quod verò de furt.* Ergo pœnam quoque, quam ex delicto suo procurator præstitit, recuperare contrario iudicio debet.

Ratio decidendi. Ea tantùm recuperare debet procurator quæ præstitit propter mandatum, non autem omnia indistinctè quę impensurus non fuerat si mandatum nō suscepisset. Finge aliqua eum amisisse aut erogasse quæ casibus fortuitis magis quàm mandato imputari oporteat, vt in *d. l. inter causas* 26. *§. non omnia mandat.* Non repetet. Multò igitur minùs pœnam quam præstitit ex delicto proprio: debet enim pœna sequi suos autores *l. sancimus* 22. *C. de pœn.* Maximè cùm mandato nunquam delinquendi facultas contineatur, q. ia nec illicite rei mandatum vllum esse potest *l. si a reo* 70. *§. vlt. de fideiuss.* Denique nemo alieno nomine delinquit. Ergo nec alieno nomine & tanquam procurator pœnam soluisse dici potest, qui factum nomine pœnam meruit *l. si communis* 9. *de noxal. action.*

6 ¶ Litis impendia, bona fide facta vel ab actoris procuratore, vel à rei, debere ei restitui æquitas suadet.

Ad §. 6. Litis impendia.

Ratio dubitandi. Impendia facta in litem à procuratore qui posteà siue iustè siue iniustè succubuerit non possunt dici facta in rem & vtilitatem domini, cùm ex iis nullum fructum commodú nve percipiat, in quo differt species huius §. ab illa de qua diximus in *l. actoris* 30. *§. hoc tit.* Ergo non est æquum vt ea procuratori dominus restituat. Nec enim verēdum est ne ex procuratoris iactura & damno hic dominus locupletetur, quæ tamen principua videtur ratio inducendæ contra dominum cōtrariæ actionis pro indemnitate procuratoris.

Ratio decidendi. Negotium hoc ex quo nascitur obligatio & actio mandati totum ex bona fide est, ad quam maximè pertinet, vt non tam euentus litis spectetur, quàm verum hoc, vtrum bona fide procurator impensas fecerit tanquam rem domini vtiliter gesturus, & eas tantùm quas vt necessarias vel vtiles facere de suo debuisset dominus, & alius quilibet diligens paterfamilias si litem per se tractasset. Hoc enim casu tametsi lis amissa sit non eo minus tamen locupletatus intelligeretur dominus ex procuratoris sui iactura si eas non redderet, qui scilicet totum id lucraretur, quod alioqui de suo fuerat erogaturus. Quanquam actionem contrariam non tam hæc ratio inducit, ne dominus fiat locupletior ex iactura procuratoris, quàm illa ne procurator ob susceptum mandatum fiat pauperior, & in aliquo damno moretur. Proinde non quid lucri ex pecunia procuratoris ad dominum peruenerit, inspiciendum est, sed quid & quantum absit procuratori ex eo quod bona fide impenderit *l. inter causas* 26. *§. abesse. ff. mandat.* Abest autem quicquid ex causa litis prorogauit sumptuum nomine, quod facere potuit honestè *l. sumptus* 53. *sup. de pact.* Nec debet ei nocere quod litem amisit, si nulla in eo culpa ipsius interuenerit, imò possit ille ob hanc causam non immeritò vsurpare Martialis dictum illud

Tanto plus debes Sexte, quòd erubui.

Denique etiam in negotiorum gestore idem euenit, vt si vtiliter gesserit, actionem habere debeat, quamuis negotium quod gessit effectum nullum habuerit *l. sed an vltrò* 10. *§. 1. infr. de neg. gest. l. seruus* 17. *in princip. de in rem vers. l. qui mutuam* 56. *§. vltim. infr. mandat.*

7 ¶ Si duobus mandata sit administratio negotiorum, quorum alter debitor sit mandatoris: an alter cum eo rectè acturus sit? & vtique rectè: non enim ob id minus procurator intelligitur, quòd is quoque, cum quo agitur, procurator sit.

47. VLPIANVS lib.4.ad Vrseium Ferocem.

QVi duos procuratores omnium rerum suarum relinquit: nisi nominatim præcepit vt alter ab altero pecuniam petat: non videtur mandatum vtrilibet eorum dedisse.

48. GAIVS libro 3. ad Edictum Prouinciale.

ITaque si hoc specialiter mandatum est: tunc, excipiente eo, cum quo agitur, *Si non mihi mandatum sit, vt à debitoribus peterem:* actorem ita debere replicare, *aut si mihi mandatum est, vt à te peterem.*

Ad §.7.Si duobus.& l.Qui duos 47. & Itaque si 48.

Ratio dubitandi. Qui duos procuratores omnium rerum suarũ relinquit, nisi nominatim præceperit, vt alter ab altero pecuniam petat, non videtur mandatum vtrilibet eorum dedisse, vt scribit Vlp.in *l.prox.seq.* Ergo non rectè tanquam procurator aget is qui non est debitor contra eum qui debitor est.

Ratio decidendi. Rectè agit & quidem tanquam procurator, quia, vt Caius ait, nõ ob id minùs procurator intelligitur, quod is quoque cum quo agitur, procurator sit. Nec quisquam dubitat quin mandato generali contineatur ius exigendi pecuniam à debitoribus *l.procurator cui 58.& seq.ff. hoc tit.* Non igitur potest hic procurator condemnari & causa cadere quasi malè agat, ac sine mandato. Sed tamen alter qui conuenietur habet exceptionem, *si non mihi quoque mandatum sit vt à debitoribus peterem,* vt ex eodem Caio nostro scriptum est in *l.itaque* 48.ff. vbi, quod magis est datur hæc eadem exceptio etiam contra eum cui specialiter & nominatim mandatum est vt ab altero procuratore petat, Quasi speciale mandatum illud non tam prodesse debeat ad dandam alteri in alterum actionem, aut ad impediẽdum ne possit quicquam excipere procurator qui conuenietur, quàm ad parandam ei, qui aget, replicationem per quam elidat eiusmodi exceptionem. Replicatio enim illa procuratori agenti dabitur, *at si mihi mandatum est vt à te peterem. d. l.itaque.* Ideò autem ea exceptio omnimodo omnique casu datur procuratori, eidemq; debitori qui ab altero procuratore conuenitur, quia eius qui duos in solidum procuratores constituit omnium rerum suarum voluntas euidens illa est, vt non plus vni quàm alteri mandatum esse intelligatur. Atqui nemo dixerit ei qui debitor sit mandatum fuisse vt ageret contra seipsum. Ergo neque alij procuratori vt contra eum ageret, mãdatum videtur. Quomodo etiam dicimus tutori aduersus contutorem durante tutela actionem competere nullam posse *l.2.C.de admin.tutor. l.cùm plures 12.in princ. l.sine herede 32.§.vlt.ff.eod.ill.tit.* Necessaria igitur replicatio est, ad elidendam exceptionem quæ impediri non potest. Et fortior est replicatio, quoniam in proposito casu exceptio nascitur ex tacita voluntate, replicatio verò ex speciali & expressa. Quanquam mirum sanè est tacitæ istius & satis obscuræ voluntatis tantam rationem haberi, vt exceptionem parere possit, cùm de contraria expressa liquidò & ex ipsis mandati verbis constat. Itaque parum abest vt suspicer Triboniani manum, præsertim ob illa verba *nominatim, specialiter,* quæ ferè semper mihi sunt suspecta. Non tamen ausim adfirmare, quia non satis adhuc liquet.

49. PAVLVS lib.54.ad Edictum.

IGnorantis domini condicio deterior per procuratorem fieri non debet.

Ad l.Ignorantis 49.

Ratio dubitandi. Quod quis ex culpa sua damnũ sentit, sentire non videtur *l. quod quis ex culpa 203. de regul.iur.* Atqui potest domino culpa imputari, cur talem procuratorem elegerit, nec diligentiori homini negotia sua commiserit *l.3.§.vlt. l.cùm mandatu 23.in fin.de minor.* Ergo nihil absurdi aut iniqui emerget etiamsi dicamus ignorantis domini condicionem per procuratorẽ fieri deteriorem posse.

Ratio decidendi. Vsus procuratorum vtilitatis causa introductus est, vt absentibus consuleretur, non vt iis noceretur *l.1.§.vsus supr.hoc tit.* nec ratio vlla iuris aut æquitatis patitur, vt deterior nostra cõdicio per alium fiat, quamuis melior fieri possit, *l.non debet alteri 74.l.melior 133. de reg.iur.* Hominem enim beneficio non incommodo aut damno aliquo adfici interest hominis *l.si venditor 6.§.1.de seru. export.* Nec potest imputari domino cur talem procuratorem elegerit, nisi in illis ipsis negotiis quę ei mandauit. Circa quæ non est dubitandum, quin factum procuratoris noceat domino, siue pactus sit *l.rescriptum 12.§.vlt.l.nam & nocere 12. supr. de pact.* siue iusiurandum detulerit *l. iusiurandum quod 17.§. vltim.infr.de iureiur.* siue fuerit condemnatus *l.si mater 11.§. hoc iure de except. rei iudic.* Sed de his Paulus hîc non loquitur. Nec enim potest dominus ignarus dici eorum, quæ mandauit. Lex autem hæc est de domino ignorante, & hunc sensum habet, vt si quid procurator fecerit egressus fines mandati, & citra domini voluntatem, domino id nocere non oporteat, quod & scriptum est in *l.si procurator 10.C. hoc tit.* & alibi sæpe.

50. GAIVS libro 22. ad Edictum Prouinciale.

QVacunque ratione procurator tuus à me liberatus est, id tibi prodesse debet.

Ad l.Quacunque 50.

Ratio dubitandi. Procuratoris obligatio non est obligatio domini. Alia enim vt persona ita & obligatio est domini, alia procuratoris, siue de actiua, vt vocant, obligatione loquamur, siue de passiua *l.2.C. si cert pet l.1.& 2.C.per quas person.nob.acquir.* Ergo nec liberatio procuratoris potest liberare dominum aut aliter ei prodesse. Neque enim per liberam personam qualem ponimus esse personam procuratoris quicquam acquiri nobis potest *d. l. 1.l. solutum 11.§. per liberam de pign.act.* Ergo neque liberatio vt nec obligatio *l.si ita stipulatus 26.§. Chrysogonus de ver.obl.*

Ratio decidendi. Hæc lex intelligenda est de prætoris stipulationibus ex quibus procurator si quid promittat obligatur directo, dominus verò vtiliter, ita vt ex eiusmodi stipulatione, putà iudicatum solui competat actio directa contra procuratorem si ipse domini eiusdémque rei nomine satisfecerit (nec enim ipsius esset, sed domini hanc interponere satisdationem *l.si ad defendendum 10.iudic.solui.*) vtilis verò danda sit aduersus dominum *l. in causa 27.§.1. & l.seq.§.hoc titu.* Si ergo ponas procuratorem tuum qui mihi tuo nomine satisfecerat quicumque ratione à me liberatum esse, siue quòd iudicatum soluerit, siue quòd acceptum ei tulerim, siue quòd ab alio stipulatus sim nouandi animo, siue quo denique alio exitus modis quibus obligationem iure extingui placet, eares sibi prodesse debebit vt non magis actio vtilis ex stipulatu mihi contra te competat, quàm directa contra tuum procuratorem. Neque mirum hoc videri debet cùm vtrumque non principaliter fiat, sed tantùm per consequentias, vt & obligato procuratore dominus obligetur, & liberato liberetur. Quamquam multo faciliùs est vt per alium quis liberetur, etiam inuitus nedum ignorans, quàm vt obligetur *l. soluendo 9.inf. ad de negot.gest. l.solutione 23. de solut.* Sed & ille huius legis sensus esse potest, vt tum quoque cum solus procurator obligatus fuit si qua ratione liberetur, id non minùs domino quàm ipsi prodesse debeat, ne scilicet procurator liberationis commodum vsque adeò suum faciat vt eo nomine velit agere contra dominum perinde atque si aliquid ei abesset, quasi quod nihil ei absit suæ soli industriæ adscribere debeat, quàm porrò æquum sit non alij quàm ipsi prodesse. Nam imò verò debet prodesse domino, æquè ac procuratori, quod procurator liberatus est hactenus vt nõ magis à procuratore liberato quàm ab eo, qui procuratorem liberauit, conueniri possit. Nihil autem cùm hac lege simile habet quod adduci solet ex *lege si quis Stichum 66.infra hoc tit.* Ibi enim procurator tuus non à me liberatur, sed me liberat.

51. VLPIANVS lib.60.ad Edictum.

MInor 25.annis, si defensor exstat, ex quibus causis in integrum restitui possit, defensor idoneus non est: quia & ipsi [a], & fideiussoribus eius [b] per in integrum restitutionem succurritur.

Ad l.Minor 25.annis 51.

Ratio dubitandi Puberes etiam sine curatoribus possunt ex stipulatu obligari *l.puberes 101.de ver.oblig.* Ergo & fideiussores multo magis dare *tot.tit.C.de fideiuss.minor.* ac proinde idonei sunt defensores. sicut & procuratores esse possunt *l.si collactaneus 13.de manum.vind.*

Ratio decidendi. Non sunt idonei defensores ex quibus causis in integrum restitui possunt, quia & ipsis & fideiussoribus eius per in integrum restitutionem succurritur ex edicto prætoris De minoribus. Ipsis quidem ex propria persona propter lubricum ætatis si qua in re capti læsíque proponantur *l.1.& pass.de minor. l.nam posteaquàm 9.§.si minor.de iureiur.* Eorum verò fideiussoribus, ne alioqui fideiussores necesse esset, vel regressum habere contra minorem pro quo interuenissent, vel in damno morari, quorum alterum ipsi minori alterum fideiussoribus ipsius iniuriosum videretur *l. Titius 76.ff. hoc tit.l.3 & 5.de liber.leg.l.cùm lex 46.de fideiuss.* Itaque quod ipso iure obligentur ad rem non facit. Nec rursus quod possunt esse procuratores. Nam minoribus procuratoribus maiorum non datur restitutio ne alioqui eo modo maiores potiùs restitui viderentur contra propositum prætoris *l.cùm mandatu 23.de minor.* Nec enim procuratores nomine proprio periclitantur, quod in defensoribus secus est *l. si procurator 28.in fin.ff.eod. l.si ad defendendum 10. iudic. solui.*

a *Et ipsi.* Ratio dubitandi, Prætor non succurrit minoribus decipientibus, vt nec SC. Velleianum, sed deceptis tantùm aut facilitate sua damnum passis *l.ult.C.si minor se maior dixer. l.2.§.sed ita demum ad SC.Velleian.* Atqui is qui satisfecit iudicatum solui si postea iudicium accipere nolit, aut accepto iudicio condemnatus nolit satisfacere iudicato, videtur decipere actorem qui satis accepit *l.mutus 43.§ vlt.ff. eod.* Ergo non est audiendus si petat restitutionem à Prætore. Ratio decidendi, Non facit dolo qui iure suo vtitur *l.nullus videtur 55.de reg.iur.* & qui facti sui autorem prætorem habeat, quomodo habet minor qui non seipsum restituit in integrum, sed restituitur à Prætore. Et quamuis ea restitutione decipi videatur is qui satis acceperat, non tamen decipitur dolo malo minoris, sed potiùs à seipso qui tam parum cautus fuerit vt pro idoneo defensore admiserit eum quem sciebat aut scire debebat in integrum restitui posse, arg. *l.nam si actor 26.de rei vindic. l.qui cum alio 19. de reg iur.* Itaque non est talis hæc deceptio vt impediat restitutionem cùm sit permissa, vt & illa de qua in *l.in causa 16.§.idem Pomponius de minorib, lege item si precio 22.§.fin. & l.seq.locat.conduct.*

b *Et fideiussoribus eius.* Ratio dubitandi. Restitutio in integrum minori concessa non ideò fideiussoribus eius prodest *l.1.& 2.Cod.de fideiussor.minor.* Ergo quamuis succurratur minori qui alium defendere voluit, nulla tamen ratio est cur eius quoque fideiussoribus subueniatur.

Ratio decidendi. Interest an fideiussores à minore dati pro eo interuenerint tanquam pro minore

& contemplatione iuris prætorij, vt loquitur Papinianus in *l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *quod vulgò. de fi.in.* id est, ob hoc ipsum vt cautum esset stipulatori in eum casum, quo minor in integrum restitueretur: an verò fideiussores interuenerint pro minore, tanquam pro alio quolibet, i. quomodo interuenirent etiam pro maiore. Priore casu restitutio minoris prodest etiam fideiussoribus: posteriore non item, vt Paulus scribit in Sententiis, & nos docuimus *lib. 8. Coniectur. cap. 1.* Atqui fideiussores qui dati sunt à defensore minore, non tanquam à minore dati intelligu ntur, sed tanquam à maiore, quia quisquis alium defendere vult, etiam si sit maior, satisdare cogitur *l. qui proprio 46. §. qui alium. ff. eod.* Et in dubio quod duplicem causam habere potest, ordinariam vnam & communem, alteram extraordinariam & specialem, ad ordinariam & communem potiùs referendum est *l. 3. in pr. & §. 1. de tut.* Inde igitur fit vt restitutio in integrum minori cõcessa prosit fideiussoribus, quibus scili. prosunt auxilia omnia reo competentia, dummodò rei cohæreant, non personæ *l. exceptiones 7. de except.*

1 ¶ Quoniam tamen defendere, est eandem vicem, quam reus, subire [a]: defensor mariti in amplius, quàm maritus facere possit, non est condemnatus [b].

Ad §. 1. Quoniam.

a *Defendere est eandem vicem quam reus subire.* Ratio dubitandi. Reus qui proprio nomine iudicium accipit non tenetur satisdare iudicatum solui, sed is demum qui iudicium accipit per procuratorem *l. qui proprio 46. in pr. ff. hoc tit. l. si ad defendendum 10. ff. iudic. solui l. 5. §. vlt. quib. ex caus. in poss. eat.* Atqui defensor quilibet satisdare cogitur. *d. l. qui proprio §. qui alium. & §. vltim. huius l.* Ergo defendere non est eandem quam reus vicem subire. Ratio decidendi. Defensor subit eandem vicem quam reus in omnibus, præterquàm in satisdando. *l. sed & hæ 35. §. defendere. ff. eo.* Est enim deterior condicio defensoris, quàm rei in hoc solo, quod satisdare tenetur. In cæteris eadem penitus est *d. §. defendere.*

b *Defensor mariti in amplius quàm maritus facere possit, non est condemnandus.* Ratio dubitandi. Priuilegium illud mariti personale est, id est, eius personæ cohæreus vt non possit condemnari, nisi in quantum facere potest, ideóque nec ad fideiussorem mariti transit *l. exceptiones 7. de excep. neque ad heredem lege maritum 12. & sequen. solut. matrim* Ergo nec ad defensorem transire debet *l. ex pluribus 42. de administr. tutor.*

Ratio decidendi. Alia causa est defensoris quàm sit vel heredis, vel fideiussoris *l. alia 14. solut. matrim.* Nam cùm defendere nihil aliud sit quàm eandem vicem quam reus subire, vt proximè diximus, dubitandum non est quin sufficienter maritum defendisse videatur is qui tantùm vxori præstitit quãtum ea consequeretur, si maritum ipsum conuenisset *d. l. alia.* Non ergo inspiciendum est quantum facere defensor possit, sed quantum maritus, quem ille defendit, siue plus siue minus possit quàm defensor.

2 ¶ Is, qui suscepit defensionem, & si locupletissimus est [c].

52. PAVLVS lib. 57. ad Edictum.

ET si consularis sit [d],

53. VLPIANVS lib. 60. ad Edictum.

NOn videtur defendere, nisi satisdare fuerit paratus [e].

Ad §. 2. Is qui. & Ad l. 52. & 53.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad §. qui alium *l. qui proprio 46. ff. hoc titul.*

c *Et si locupletissimus est.* Ratio dubitandi. Qui alium defendit ideò tenetur satisdare quod locuples non habeatur. *leg. qui rem 166. de regulis iuris.* Atqui hæc ratio cessat cùm cõstat esse illum locupletissimum, quia implicat contradictionem, vt qui locupletissimus probatur, non locuples habeatur, & præsumptionem illam iuris veritati cedere necesse est *l. si chirographum 24. & sequenti. Imperatores 29. & sequenti. de probationibus.* vt & alias quaslibet quantumuis efficaces. *leg. filium 6.* de his qui sunt sui vel alieni iuris. Ergo defensor qui locupletissimus & est & probatur, satisdare cogi non debet.

Ratio decidendi, Is qui alterius defensionem suscipit, alienæ rei se immiscet, nil ad se pertinenti, & ideò quamuis bona mente id faciat, non tamen deest quod ei imputari possit, cuius pœnam hanc eum subire æquum est, vt pro locuplete non aliter haberi possit, quàm si satisdederit de iudicato soluendo. Nec enim actor eum eligit, quomodo eligeret si cum eo contraheret, sed in ipsum incidit, nec id casu, sed defensore ipso se obuiam vltro exponente. Quem idcirco tanquam ignotum hoc ipso suspectum habere actor potest. Nam & suspectus dici solet, qui se ingerit *leg. quæ omnia 25.* vbi dixi. *supra hoc tit.* Alioquin oneraretur actor, si dispiciendum & inquirendum haberet an locuples esset defensor necne, cùm id æstimandum sit & ex conueniendi facilitate, & ex modo facultatum *leg. 2. leg. si verò 5. §. 1. qui satisd. cogant.* qui modus facultatum nesciri potest, nisi explorato & subducto priùs ære alieno *l. non possunt 11. de iur. fisc.* cuius tamen inuestigatio & perdifficilis & longa est, quia plerumque æs alienum latet, deindepost longum tempus emergit. Fuit ergo expeditius ita ius constitui, vt pro locuplete nunquam haberetur is, qui pro alio defendendo interueniret.

d *Et si consularis sit.* Ratio dubitandi, Iubendi non sunt, nedum cogendi satisdare illi qui sunt eius existimationis vel honestatis, vt non debeant hanc contumeliam satisdationis subire. Contumelia enim est, si qua persona bene probata, idonea & honesta satisdare iubeatur *lege testamento 17. §. vltim. de testamentaria tutela.* Ergo multò magis consularem virum ab hac contumelia eximendum esse dicendum est. Ratio decidendi, Nulla consulari viro fit iniuria aut contumelia cùm iure defensoris satisdare iubetur, quia satisdat non tanquam consularis, sed tanquam alius defensor quilibet, ac eo iure quod aduersus defensores omnes communiter & generaliter constitutum est. Cùm enim accessit ad alterius defensionem, quam sciebat aut scire debebat, non nisi præstita satisdatione suscipi posse, ea lege & conditione defensionem suscepisse videtur arg. *l. si duo 38. in fi. de acquir. hered.*

e *Nisi satisd. re fuerit paratus.* Ratio dubitandi. Oblatio non sufficit vbi facto ipso opus est *l. nec creditores 10. C. de pign. act. l. acceptam 19. C. de vsur.* Ergo non sufficit defensori vt paratus sit satisdare nisi re vera satisdet.

Ratio decidendi. Verba hæc vt & aliàs semper cum effectu sunt accipienda *l. 1. §. hæc autem verba sic. quod quisque iur. l. pen. §. pen. ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.* Itaque is demum dicendus est paratus satisdare, qui re vera & cum effectu satisdare statim vult & potest nisi stet per aduersarium. Quid enim si nolit ille à fideiussoribus stipulari? Aut fideiussores quantumlibet idoneos & probatos nolit admittere? Hoc sanè casu satisdatio pro præstita haberi debet, vt & in edicto *de oper. nouæ nunciat. l. prætor ait 20. §. deinde ill. tit. l. si verò 5. §. 1. qui satisd. cogant.* Sicut & pro impleta habetur conditio quælibet quoties per aduersarium stat quominus impleatur *l. iure ciuili 24. de condic. & demonstr.* Quin etiam aliquando sufficit vi non stet per eum qui implere debuit, licèt nec alius quisquam sit ex aduerso per quem stare dici possit vt in *l. vlt. de leg. commiss.*

54. PAVLVS lib. 50. ad Edictum.

NEque fœmina [g], neque miles [h], neque qui reipublicæ causa abfuturus est [i], aut morbo perpetuo tenetur [k], aut magistratum initurus est [l], aut inuitus iudicium pati non potest [m], idoneus defensor intelligitur.

Ad l. Neque fœmina 54.

g *Neque fœmina.* Ratio dubitandi. Fœmina etiam pro eo pro quo contra senatusconsultum intercessit accipere iudicium potest vt non in veterem debitorem actio detur si modò caueat se exceptione senatusconsulti non vsuram *l. vlt. §. pen. ff. ad SC. Velleian.* Atqui alium defendere nihil aliud est, quàm iudicium pro alio accipere *l. sed & hæ 35. §. vltim. vers. præter satisdationem. ff. hoc tit.* Ergo etiam fœmina ad alienam defensionem admitti potest.

Ratio decidendi, Alienam suscipere defensionem virile officium est & vltra sexum muliebrem *l. alienam 8. C. eo.* Itaque non solùm autoritas senatusconsulti Velleiani quo prohibetur generaliter fœmina ne pro alio intercedat, sed etiam sexus ratio impedit ne ad alterius defensionem fœmina non admitti possit. Planè cum pro alio intercessit si iudicium accipere velit & parata sit cauere se exceptionem nõ vsuram, audienda est, quia tunc non tam alium pro quo intercessit defendere videtur, quàm seipsam quæ intercessit, & quia intercessit. Nihil enim fit contra senatusconsultum quoties mulier renunciat, exceptioni iam sibi competenti, sed fieret si renunciaret exceptioni sibi competituræ, quòd tamen fieri necesse esset si eam prætor admitteret ad suscipiẽdam alterius defensionem. Mulier enim quæ alicui ius defensor existit p[r]oculdubio intercedit, siquidem suscepit in se alienam obligationem quippe cùm ex hac re subeat condemnationem *l. 2. §. vlt. ad SC. Velleian.* Atque ita acciperetur actor qui ex prætoris autoritate mulieris fidem secutus esset ac fideiussorum ab ea datorum. Nam & fideiussoribus mulieris adeóque iis qui eius mandato interuenerunt Senatus succurrit *l. si fideiussores 6. l. si decipiendi 30. §. 1. eo. l. si vxor 15. C. eod.* Quòd si prætor minorem ad suscipiendam alterius defensionem non admittit, quia in integrum potest restitui *l. minor 51. ff. hoc titu.* quantò minùs admittet m[u]lierem, quæ nullo indigens auxilio restitutionis ipso iure tuta est aut saltem ope exceptionis?

h *Neque miles.* Ratio dubitandi. Miles potest esse procurator si modò non sit ei opposita militiæ præscriptio ante litem contestatam *l. filiusfamilias 8. §. veterani supra eod. l. ita demum 13. C. eo.* Quidni ergo defensor etiam esse possit?

Ratio decidendi. Miles neque procurator neque defensor alterius esse potest nec si aduersarius consentiat. Idque ob eas rationes quas attuli ad *d. §. veterani.* Quæ enim rationes faciunt ne procurator esse possit, multò magis faciunt ne possit esse defensor. Illa præsertim quòd armis non priuatis negotiis occupari milites debent, vt numeris & signis suis iugiter inhærentes rempublicam à qua aluntur ab omni bellorum necessitate defendant vt scriptum est in *l. milites 31. C. de locat.* Et quod miles potest esse procurator si ei ante litem contestatam exceptio procuratoria non opponatur, aliam rationem habet quæ defensori accommodari non potest, quia non aliqua exceptione opus est ad defensorem repellendum, quæ dilatoria sit & intra tempus contestationis opponenda, vt euenit in exceptione procuratoria, sed opus est approbatione ad eum admittendum, quæ approbatio neque expressa voluntate fieri potest *d. §. veterani*, neque tacitè induci ex contestatione, ne plus possit tacita voluntas quàm expressa.

i *Neque qui reipublicæ causa abfuturus est.* Ratio dubitandi. Non iuuatur restitutione. in integrum is qui reipublicę causa abfuturus est, sed is demum qui abfuit *l. 1. & toto tit. ex quibus cáusis máior.* Ergo non eo minùs idoneus defensor haberi quis debet quod reipubl. causa abfuturus sit. Ratio decidendi, Prospicit prætor quantum potest ne decipiatur is contra quem defensio suscipitur *l. mutus 43. §. vltim. supra.* Deciperetur autem si ad defensionem is admitteretur, qui reipublicæ causa sit abfuturus antequàm lis peracta esse possit. Paratum namque illi est auxilium restitutionis, nec valde interest an restitutionis indulgendæ causa iam nata sit, an verò iamiam sit nascitura, sufficit incertum absentiæ & restitutionis vt non satis idoneus defensor videatur;

vt in *l. si Titius* 48. *§.1. de fideiuſſ.* Sic & alias ſæpe quæ in eo ſunt, vt proximè facienda ſperentur, pro iam factis habentur *l. pen. de teſtam. milit.* quamuis regula iuris habeat, id quod pendet non pro eo eſt quaſi ſit *l. is damnum dat* 169. *§.1. de reg. iur.*

k *Aut morbo perpetuo tenetur.* Ratio dubitandi. Etiam is qui morbo perpetuo tenetur poteſt iudicio adeſſe per procuratorem, cùm nulla lege procuratorem dare prohibeatur. *l. mutus* 43. *§.1. ſ. hoc titul.* Ergo non eſt prohibendus, quominùs alium poſſit defendere ſaltem per procuratorem.

Ratio decidendi. Qui alium defendit, ipſe ſe vltro quaſi procuratorem conſtituit, eius quem defendit vnde eſt quod nemo poteſt idoneus defenſor eſſe, niſi qui poſſet eſſe procurator: Atquin is qui morbo perpetuo laborat procurator fieri nullomodo poteſt, cùm is ne propriis quidem negotiis ſupereſſe per ſe poſſit. Ergo multò minùs ei permittendum eſt vt alterius defenſionem ſuſcipiat. Nam & ſuperueniés morbus ſorticus etiam inuitis litigatoribus, & iudice diem differt *l. quæſitum* 60. *de re iudic.*

l *Aut magiſtratus inturus eſt.* Ratio dubitandi. Qui magiſtratum inturus eſt nondum magiſtratus eſt. Ergo interim defenſor idoneus eſt.

Ratio decidendi. Non illud duntaxat tempus intueri debemus quo vult quis ſuſcipere defenſionẽ, ſed totum iudicij tempus ante oculos quaſi vnum inſtans proponere, vt qui ſemel iudicium pro abſente defendendo acceperit, iudicium perſequi ad finem vſque poſſit nec cogitandum ſit de iudicij tranſlatione in alium neceſſariò facienda, quæ actori vtique ſi non ſemper damnum certè incommodum eſſet allatura. Atqui iudicia tractum habent tẽporis nec tam citò expediuntur *l. quod debetur* 51. *de pecul. l. etiam* 15. *vt legat. nom. caueat.* Nondebet igitur tanquam idoneus defenſor admitti ille qui nõdum magiſtratus eſt ſi breui cum magiſtratum inturus ſit, cuius veneratione fiat, vt vel in ius vocari, vel vt iudicium accipiat cogi non poſſit *l. 2. §. de in ius voc.*

m *Aut inuitus iudicium pati non poteſt.* Ratio dubitandi. Iudicium redditur etiam in inuitum *l. inter ſtipulantem* 83. *§.1. de verb. oblig.* Ergo non relinquitur locus quæſtioni an quis inuitus iudicium pati poſſit. Ratio decidendi. Quædam perſonæ ſunt, quæ vt iudicium accipiant ſi nolint cogi non poſſunt, cuiuſmodi ſunt eæ omnes quas nec in ius vocare licèt ſine fraude, vt putà maiores magiſtratus, & cæteri, de quibus in *d. l. 2. de in ius voc.* Sicut & ſunt quædam res de quibus iudicium accipere quis non cogitur *l. vir bonus* 18. *iudi. ſolui.* Si quis ergo talis ſit qui iudicium accipere cogi non poſſit, non poteſt haberi pro idoneo defenſore, cùm hoc maximè ad defenſoris munus pertineat vt iudicium accipiat. *l. ſed & hæ* 35. *§. defendere ſ. hoc tit.*

1 ¶ Tutores, qui in aliquo loco adminiſtrauerunt, eodem loco & defendi debent.

Ad §.1. Tutores.

Ratio dubitandi. Tutores non ideò tenentur tutelæ quòd adminiſtrauerint, ſed quia tutores dati fuerunt & adminiſtrare ex officio debuerunt. Vnde eſt quod etiamſi nihil adminiſtrauerint, perinde tamen tenentur *l. 1. & tot. tit. C. ſi tut. vel curat. non geſſer. l. pro officio* 20. *C. de admin. tutor.* Ergo non vbi adminiſtrauerunt defendendi ſunt, ſed vbi tutores dati fuerunt. Plerunque autem alibi dantur, quàm vbi eos adminiſtrare oportet *l. nunc. C. vbi pet. tutor. vel curat.* Alioqui vbi defendendus erit is qui nihil vſquam adminiſtrauit?

Ratio decidendi. Qui nihil adminiſtrauerunt, eo loco defendendi ſunt vbi vel tutelã acceperunt, vel domicilium habent, quia & ibi conueniendi ſunt *l. 1. & 2. de reb. autor. iud. poſſ.* At qui adminiſtrauerũt, de quibus ſolis hæc lex loquitur in eo ipſo loco in quo adminiſtrarunt, & conueniri & defendi debent, ſiue quod res pupillares adminiſtrando videantur, quaſi contraxiſſe cum pupillo (nam nec actio tutelæ directa eum tenet qui non geſſit *l. 4. §. ſed enim rẽu pupill. ſalu. for.*) defendendus autem quiſque eſt eo loco in quo contraxit *l. heres abſens* 19. *§.1. & 2. ſ. de iudic.* Siue quod veritatis, & rei geſtæ probationes ex quibus tota ratio tutelæ pendet, faciliùs haberi poſſint eo in loco in quo tutela adminiſtrata eſt *l. 1. & 2. C. vbi de ration. tam publ. quàm priuat. agi oporteat.*

55. VLPIANVS lib. 65. ad Edictum.

PRocuratore in rem ſuam dato, præferendus non eſt dominus procuratoris in litem mouendam, vel pecuniam ſuſcipiendam, qui enim ſuo nomine vtiles actiones habet, rectè eas intendit.

Ad l. Procuratore 55.

Ratio dubitandi. Procurator in rem ſuam datus non habet niſi vtiles actiones ſuo nomine, idque ex reſcripto Diui Pij, de quo in *lege ſi cum emptore* 16. *ſu. de pact.* aut ex eius interpretatione. *vt in l. 2. Cod. de oblig. & act. lege vltim. Cod. quand. fiſc. vel priuat. l. ex nominis* 8. *Cod. de hered. vendit. lege ex legato* 18. *Codic. de legat. lege* 14. *Codic. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Directas autem non habet niſi ex perſona mandantis *lege qui ſtipendia* 9. *C. hoc tit. lege* 1. *Cod. de obligat. & action. l.* 3. *C. de nouat.* At is qui procuratorem conſtituit directas habet ex propria perſona, earũmque dominus eſt ſuo iure. Alioqui quomodo eas mandare poſſet ſi non haberet? Nec quod eas mandat procuratori in rem procuratoris, facit vt eo minùs habeat, quia nec ſi velit poſſunt ab eo ſeparari, niſi iis modis quibus placet actiones ipſo iure extingui, vt ſolutione, acceptilatione, delegatione, & aliis ſimilibus. Porrò directam actionem habere plus eſt, quàm habere vtilem quoniam directa maior eſt, idcóque is qui directam habet non indiget vtili. *l. ſi heres* 70. *ad SC. Trebell.* & ſi in eãdem perſonam concurrant vtilis tollitur non directa, quia maior ſemper tollit minorem. *lege ſi reus* 3. *infra de duobus reis.* Et quamuis procurator in rem ſuam directus, non tantùm vtilem habeat, ſed etiam directam, attamen ex hac parte minus iuris habet, quàm dominus, cùm eam non habeat, niſi ex domini mandato, quod mandatum, vt aliud quodlibet, reuocabile eſt ad nutum mandantis. Præferendus igitur eſt dominus procuratori.

Ratio decidendi. Si procurator in rem ſuam datus non haberet niſi directam actionem ex perſona mandantis, præferendus ei eſſet dominus, quia non poſſet eam exercere contra domini voluntatem rebus adhuc integris. *l. non abſtulit* 4. *C. de noua.* Sed cùm habeat etiam vtilem & quidem ſuo iure, nec tam ex domini voluntate quàm ex Imperatorum autoritate, adeò vt non ſit in poteſtate domini hanc ei auferre quam non dederit, præferendus eſt domino habenti directam ſolam, ne alioqui alienum factum ei noceat ſi propter mutatam domini voluntatem cogatur carere propria lite, & actione *l. quæ omnia* 25. *ad fin. ſ. eo.* Denique cùm vtilis actio ex eo dicatur quod habet vtilitatem, nec proinde poſſit eſſe vnquam inutilis, fieri nunquam poteſt vt non præferatur directæ, quoties in diuerſis perſonis reſidet. Quomodo & olim obtinente diſtinctione illa duplicis dominij, bonitarij ſcilicet, & quiritiarij, dominus bonitarius ſi quando concurreret cum quiritiario ei præferebatur, vt ſcribit Vlp. in *Inſtit. ti.* 19. *De acquiſit. rer. & conſtat ex l. docet* 6. *C. de rei vind.* iunct. *l. quamuis* 78. *de iur. dot.* Et hodie dominus vtilis, quem imperitè ſic vocant, directo præferetur. Itaque non poſſunt hoc caſu mandatæ actiones reuocari. *l. illam* 33. *C. de don.* quod etſi fieri poſſet, fruſtrà tamen fieret, quia nec directa actione valde indiget is qui vtilem habet *l. 1. C. de oblig & action. l. actio.* 47. *ſ. de negot. geſt.*

a *Præferendus non eſt dominus procuratoris.* Legendum eſt *procuratori.* Nec enim procuratoris, ſeu rei & negotij dominus eſt is qui procuratorem conſtituit.

b *Vel pecuniam ſuſcipiendam.* Ratio dubitandi. Procuratori ad lites non poteſt ſolui, quia mandatum ad hoc habere non intelligitur. *l. hoc iure* 86. *de ſolut.*

Ratio decidendi, Qui in rem ſuam procurator eſt non tantùm ad litem tractandam, ſed etiam ad ſolutionem accipiendam procurator conſtitutus intelligitur quia proprium negotium gerit, non alienum *l. 4. l. qui in ſtipendia* 9. *C. hoc ti. l. 4. in pr. ſ. de re iudi. l. 1. §. propriam inf. quand. appel. fit.*

56. IDEM lib. 66. ad Edictum.

AD rem mobilem petendam datus procurator, ad exhibendum rectè aget.

Ad l. Ad rem mobilem 56.

Ratio dubitandi. Procurator non debet nec potèſt egredi fines mandati *l. ſi procurator* 10. *l. maritus* 21. *C. hoc tit. l. diligenter* 5. *in princip. inf. mandat.* Atqui alia eſt actio per quam petitur res mobilis, id eſt, rei vindicatio alia verò actio ad exhibendum, ſiquidem vindicatio in rem actio eſt *l. in rem* 23. *de rei vindit.* ad exhibendum verò actio eſt in perſonam, licèt ſcripta in rem *l. 3. §. eſt autem perſonalis. inf. ad exhib.* Ergo procurator datus ad rem mobilem petendam non poteſt agere ad exhibendum.

Ratio decidendi. Qui aliquid fieri mandat, ea quoque omnia mandare intelligitur, ſine quibus id quod mandatum eſt expediri non poteſt *l. ad legatum* 62. *inf. hoc titu. l. 2. de iuriſd.* Poſito enim conſequenti, ponuntur, vt aiunt philoſophi, neceſſaria antecedentia. Atqui actio ad exhibendum eſt præparatoria vindicationis *l. 1. ad exhib.* Nemo ſiquidem vindicare rem poteſt niſi qui hæc ſolemnia vindicationis verba proferre poſſit, *hanc rem ex iure Quiritium meam eſſe aio*, quæ tamen proferri non poſſunt niſi de re coram exhibita, non etiam de occultata, vnde fit vt actio illa ad exhibendum non pertineat niſi ad res mobiles, quia immobiles occultari non poſſunt. Exhibere autem nihil aliud eſt, quàm facere in publico poteſtatem, vt ei qui agat experiendi ſit copia *l. 2. eo.*

57. IDEM lib. 74. ad Edictum.

QVi procuratorem dat, vt confeſtim agat, is intelligendus eſt permittere procuratori & poſtea litem peragere.

Ad l. Qui procuratorem 57.

Ratio dubitandi. Is qui procuratorem dat, vt confeſtim agat, hoc ipſo videtur prohibere, ne poſtea agat. Alioqui ad quid prodeſſet adiectam in mandato dictionem *confeſtim*? Ergo non eſt intelligendus permittere procuratori, vt & poſtea litem peragat. Ratio decidendi. Poteſt quidem procurator ſtatim agere & confeſtim, ſed non litem cõfeſtim peragere, quia iudicij executiõ habet tractum temporis *l. quod debetur* 51. *de pecul. l. etiam* 15. *vt leg nom. caueat.* Qui ergo mandat confeſtim agi non id mandare credendus eſt vt ſtatim lis peragatur, quod eſſet impoſſibile, ſed vt quamprimùm fieri poterit lis inchoetur, & inchoata peragatur. Quid enim prodeſſet inchoari litem ſi non perageretur? Imò teneretur procurator iudicio mandati ſi deſereret, nec peragaret litem, quam inchoaſſet *l. 5. §. 1. l. ſi quis* 27. *§. qui mandatum. ſ. mandati.*

1 ¶ Si quis remiſit exceptionem procuratoriam, non poterit ex pœnitentia eam opponere.

Ad §. 1. Si quis remiſit.

Ratio dubitandi. Procuratores eſſe prohibentur non alia ratione prohibentur, quàm publicæ vel vtilitatis vel honeſtatis, vt cernere eſt in muliere, milite & ſimilibus, de quibus in *l. qui abſente* 4. *l. qui ſtipendia* 9. *l. alienari* 18. *C. hoc titulo.* Atqui non poteſt nec debet in cuiuſquam eſſe poteſtate, vt quid faciat aut fieri permittat, quod ſit contra publicam vel vtilitatem vel honeſtatem. Id enim bonis moribus & legibus repugnaret. *l. ius publicum* 38. *ſupra de pact. lege* 4. *Cod. de inutili ſtipulati.* iunct. *lege filius* 15. *de condict. inſtit.* Ergo etiamſi quis vltro remiſerit exceptionem procuratoriam, poterit tamen ex pœnitentia eam opponere. Præſertim cùm

quædam sint exceptiones procuratoriæ, quas nec expressa voluntate remitti posse placuit, qualis ea est, quæ nascitur ex militia. *l.filiusfamilias 8.§.veterani.ff.hoc ti.* quam neque ex sacro rescripto tolli posse certum est. *l.militem 7.C.eod.*

Ratio decidendi. Remittentibus exceptiones suas non est dandus regressus, qui nec datur remittentibus suas actiones *l.quæritur 14.§.si vendit.de ædil.edict.* Potest enim quilibet suæ exceptioni aut alteri iuri suo renunciare *l.pactum 46.ff.de pact.l.penul.C.eo.* Exceptio autem procuratoria semel remissa ideo repeti non potest, non solùm quòd remissa sit, sed etiam quòd sit dilatoria, quæ ex iuris ratione non potest opponi post litem contestatam *l. exceptionem* 19. *C.de probat.l.pen.C.de except.* Itaque parum interest an is cui exceptio competit, eam remittere velit necne, sed illud tantùm inspici oportet, an opponat eam ante, an post litem contestatam. *d.§.veterani.* Nec enim vsque adeò alienum est ab vtilitate vel honestate publica militem esse procuratorem, vel fœminam, vt non possit aliquo casu id permitti, putà si sint procuratores in rem suam *d.l. 4. d.l.qui stipendia 9.C.hoc tit.* Quod ergo priuatorum voluntas aliquo casu facere potest, quidni faciet etiam autoritas iudiciorum? Aliud iuris est in iis quæ omni casu & omni tempore prohibita sunt, tanquam contraria publicæ vtilitati vel honestati. Ea enim nunquam permittuntur, ne quidem per consequentias.

58. PAVLVS lib. 71. ad Edictum.

PRocurator, cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest exigere, aliud pro alio permutare.

Ad l. Procurator 58.

Ratio dubitandi. Procurator etiam totorum bonorum, cui res administrandæ mandatæ sunt, res domini neque mobiles, neque immobiles, neque seruos sine speciali domini mandato alienare potest, sed tantùm fructus, aut alia res quæ facilè corrumpi possunt *l.procurator totorum* 63.*ff.eo.* Ergo neque potest exigere, neque permutare. Nam qui exigit, alienat cùm liberet debitorem. *§.nunc admonendi. Instit.quib.alien.licet vel non.* Qui verò permutat, similiter alienat, cùm permutatio nulla esse possit sine dominij translatione, ideóque nec alienæ rei valeat. *leg.1.de rerum permut.*

Ratio decidendi, Lex hæc loquitur de eo, qui nõ tantùm bonorum omnium procurator sit, quem vulgò procuratorem generalem appellamus, sed etiam habeat liberam bonorum administrationem: quæ adiectio præcipui momenti est, vt pleráque possit facere hic procurator, quæ alioqui non posset. Quid non enim posse debeat is cui dominus liberam rerum omnium administrationem cõcessit? Sunt tamen nonnulla, quæ nec per talem procuratorem expediri possunt quia speciale mandatum requirunt *l.mandato* 60.*ff.vbi dicam. & add.l.* 63.

59. IDEM lib. 10. ad Plautium.

SEd & id quoque ei mandari videtur, vt soluat creditoribus.

Ad l. Sed & id quoque 59.

Ratio dubitandi. Non potest solutio fieri quin nummi alienentur, & fiant accipientis, ideóque non potest pupillus soluere sine tutore, quia nec alienare quicquam potest. *§. nunc admonendi. Instit.quib.alien. licet vel non.* Atqui procurator qui soluit non est dominus nummorum quos numerat. Ergo etiamsi eos tradat, non tamen alienat, nec proinde potest igitur soluere.

Ratio decidendi. Qui mandat solui, ipse videtur soluere *l.solutam* 49.*l.qui mandat* 56.*de solut.* Alienantur ergo nummi qui soluuntur à procuratore, perinde ac si à domino ipso soluerentur, dummodo fiat solutio ex mandato domini. Nemo autem negauerit eum, qui procurator datus est cum libera administratione, mandatum habere ad soluendum creditoribus, cùm habeat potestatem etiam alienãdi, vt diximus ad *l.præced.* Idque adeò verum est, vt etiam is qui procurator est bonorum omnium, non tamen cum libera administratione, possit nihilominus soluere *l.quodlibet* 87.*eo.ti. de solu.quamuis non possit alienare l.procurator* 63.*ff.hoc tit.* Nempe quoniam qui creditoribus soluit, ita alienat, vt tamen acquirat fiátque locuplotior *l.si pupilli* 66.*in fi.de solut.* Species enim acquirendi est liberari ab obligatione. *l. species* 11. *de acceptilat.* Quare nec expectandum est vt dominus ratam habeat solutionem, quæ ex ipsius mandato facta intelligitur *d.l.quodlibet.*

64. IDEM libro 4. Responsorum.

MAndato generali non contineri etiam transactionem decidẽdi causa interpositam[a]: & ideo si postea is, qui mandauit, transactionem ratam non habuit: non posse eum repelli ab actionibus exercendis.

Ad l. Mandato 60.

a *Non contineri eam transactionem decidendi causa interpositam.* Ratio dubitandi. Mandatum aut generale non est absolutè, aut omnia continet. Generales enim dispositiones omnia complectuntur *l. in fraudem* 15. *§. vlt. de testam. milit. lege vxori meæ* 37. *de vsufr. leg.* Ergo mandato generali continetur etiam transactio decidendi causa interposita: præsertim cùm transactio nunquam fiat nisi decidendi & terminandi negotij gratia, vt ab omni lite, litisque metu discedatur *l. 1. sup. de transact. l. transactionis* 7. *C.eod.* Sibique debet imputare is qui procuratori suo mãdauit generalem bonorum suorum administrationem, cur non exceperit transactionem, si nolebat eam generali mandato contineri, cùm in ipsius potestate fuerit legem mandati quam vellet conscribere.

bere. *l.veteribus.* 39. *ff.de pact.* Alioqui facilè decipietur qui cum tali procuratore contraheret fidem generalis mandati secutus. Nec sanè ratio vlla est, cui minor sit potestas procuratoris generale mandatum habentis, quàm sit tutoris. Cuius potestas vtique non aliunde causam & originem habet quàm quod generale mandatum à lege habere intelligatur, quamuis limitatum hactenus vt rem pupilli bene administret, non vt pupillum spolier. *leg. qui fundum* 7. *§. si tutor pro emptor.* Et tamen certum est tutorem posse transigere, itémque curatores qui tutoris exemplo personæ non rebus tantùm dantur. *leg. interdum* 56. *§. qui tutelam. de furt.* dum ne transigat diminuendi causa, vt scriptum est in *l. Lucius.* 46. *§. vlt. de admin. tutor.* Quidni ergo procurator totorum bonorum etiam transigere poterit? Maximè si ponas mandatam ei fuisse liberam administrationem. Ratio decidendi. Fatendum sanè est posse illum transigere, qui mandatum generale habet, etiamsi non cum libera administratione, sed ita tamen vt non deminuendi causa transactio interponatur, id est, vt nihil ob eam causam ex domini patrimonio deminuatur. Itaque probo quod Cuiac. *in Instit.* docuit ad tit. *de rer. diuis. in fin.* legendum hîc esse *deminuendi* pro *decidendi* ex *d.l.* 46. *§. vltim. de admin. tut.* vt eadem sit ratio tutoris & procuratoris generalis. Cur autem neutri istorum permittatur deminuendi causa transigere, cùm vtrique permittatur res domini saltem mobiles alienare, & permutare. Ratio illa nec eo iudicio afferri potest, quod qui transigendo patrimonium diminuit, tanti habet lite carere. *leg.* 4. *§.1. de alien. iudic.mut. causfact.* Quod ipsum non alius æstimare potest, quàm is cuius lis est, & cui damnum aut incommodum aliquod lis esset allatura. Is verò dominus est non procurator. Quare nec aliud dicendũ putarem, etiamsi mandato specialiter facultas transigendi contineretur, nisi adiectum illud esset vt diminuendi quoque causa transigere procuratori liceret. Posset enim & deberet mandatum intelligi de transactione quæ ita fieret vt nihil ex patrimonio domini diminueretur. Diminui autem patrimonium tunc dicendum est, non cùm aliquid ex causa transactionis præstatur vt rem de qua lis erat, retinere liceat (nec enim transactio fit nisi aliquo dato vel promisso vel retento. *l. transactio* 38. *Cod. de transact.*) sed cùm aliquid ex bonis amittitur quod anteà possidebatur, & de quo lis erat, quæ res licèt non animo donandi fiat cùm subest iustus metus litis vel motæ vel mouendæ, non tamen fit sine animo perdendi, quamuis nec sine iusta causa & laudabili proposito eius qui lites execratur. dict. *leg.* 4. *§.* 1. Atqui mandato generali nunquam continetur potestas perdendi, neque si libera administratio permissa sit, adeò vt donatio quoque extra talis mandati causam esse intelligatur, non alia vtique ratione quàm quia donare sit perdere. *l. filiusfamilias* 7. *de dona.* Mirum igitur non est minùs iuris hac parte habere procuratorem quantumuis generale mandatum habeat cum libera administratione, quàm dominum ipsum, qui rem suam, & quantum vult ex bonis suis perdere pro arbitrio potest. *l. in re mandata* 21. *C. mandat.* Itaque si postea is qui mandauit huiusmodi transactionem ratam non habuerit, non poterit repelli ab actionib. exercendis, quæ ei necessariæ sunt vt recuperet rem, cuius possessionem amisit per transactionem procuratoris. Proinde si procurator vt rem litigiosam domino liberam acquireret, aliquid præstiterit vel promiserit, quamuis ex patrimonio domini, valebit transactio nec pertinebit is casus ad hanc legem in qua tractatur de actionibus exercendis, quarum scilicet vsus nullus esse potest circa eam rem, quæ per transactionem acquisita est, non amissa. Sunt & alia pleraque similia quæ mandato quantumlibet generali non continentur: inter quæ illud etiam est quod ad propositum nostrum maximè pertinet, quod pignus remittere procurator generalis non potest. *l. si consensit 7. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* An quia is qui pignus remittit donare aliquid intelligatur? vt vulgò putant. Minimè, vt constat ex *l.* 1. *§.* 1. *eod. l. etsi pignus* 18. *quæ in fraud. cred.* Sed quia perdit aliquid qui pignus vltro remittit, & remittendo amittit. Nunquam verò procuratori mandatum intelligitur, vt quicquam perdat. *d.l. filiusfamilias 7. de donat.*

61. IDEM lib. 1. ad Plautium.

PLautius ait, Procuratorem damnatum non debere conueniri[a], nisi aut in rem suam datus esset[b], aut obtulisset se, cùm sciret cautum non esse[c], omnibus placuit. ¶ Idem erit obseruandum[d], & si defensoris loco cum satisdatione se liti obtulerit.

Ad l. Plautius. 61.

a *Procuratorem damnatum non debere conueniri.* Ratio dubitandi. Executio iudicati debet esse conformis sententiæ, & absurdum est ex iudicato agi contra alium, quàm qui fuerit condẽnatus. *l.pen.vlt. & pass. C. de exécut. rei iudic. l.* 1. *& tot. tit. Cod. int. alios. act. vel iudic. alis non nocer.* Ergo cùm procurator fuit condemnatus debet ipse conueniri in executione iudicati non dominus: saluo ei regressu aduersus dominum per contrariam actionem mandati ad consequendam indemnitatem. Ratio decidendi. Procurator ad litem datus, tandiu duntaxat procurator est, quandiu lis est. Lis autem esse desinit, & finem accipit per sententiam, quæ ait absolutionem continet, aut cõdemnationem. *l.* 1. *de rè iudic.* Etsi autem per eam sententiam procurator condemnatus est, cùm tamen non nisi tanquam procurator condemnatus fuerit, nec hoc rursus, nisi ex necessitate, quia litem fuerat contestatus & iudicium acceperat, sententia verò non cum alio ferri potest, quàm cum illo ipso qui iudicium accepit, non est æquum pati eum executionem iudicati, qui nec si vicisset, potuisset agere ex iudicato. *leg. hoc iure* 86. *de solut.* satisque actori eidémque victori esse debet, quod dominus ipse qui procuratorem constituit executionem iudicati recusare non possit, non magis quàm si fuisset ipse condemnatus. Quid enim aliud præuidere potuit is, qui litigauit cum procuratore,

tanquam procuratore? iunge quæ dixi ad *l. si procurator* 28. §. *eod.*

b *Nisi aut in rem suam datus esset.* Ratio dubitandi. Qui in rem suam procurator datus est, non eo minùs est procurator. Ergo non debet conueniri quâuis sit cõdemnatus. Ratio decidendi. Est quidẽ procurator, sed in rem suam, ac proinde commodum omne & incommodum ad eum debet pertinere *l. qui stipendia* 9. *C. hoc tit. l.* 4. *in princ. de re iudic.*

c *Aut obtulisset se cùm sciret cautum non esse.* Nec enim aliter audiendus est procurator quàm si dominus ipse pro eo satisfecerit iudicatum solui. *l. si ad defendendum* 10. *iudic. solui.* Ratio dubitandi. Imputare sibi debet actor qui talem procuratorem, tanquam procuratorem admiserit ad defendendum, priusquàm satisdatio interposita esset. Quis enim melius scire potuit non fuisse interpositam satisdationem, quàm ille ipse, qui in ea interponenda stipulari debuisset? Ratio decidendi. Imputari magis potest procuratori eius qui conuenitur, quàm actori, qui vtique sciuit habiturum se omnimodo & in omnem casum actionem iudicati, aut contra dominum eiúsque fideiussores si ipse satisfecisset, aut contra procuratorem si is ante interpositam satisdationem se liti obtulisset, quod facere non debebat si iudicati executionem in propria persona postmodum volebat recusare. Semper enim qui se vltro & sine causa liti offert condemnationem proprio periculo pati debet, ne alioquin aduersarium suum quem decipere voluit, impunè deceperit. *l. is qui se obtulit* 25. & *l. sin autem* 27. *de rei vindic. d. l.* 4. *in princi. de re iudic.* Nec obiici potest actori, quod à seipso decipiatur, qui non ignorauit sibi cautum non esse. arg. *leg. nam si actor* 26. *de rei vindic.* Replicabit enim ille, admissum à se procuratorem nulla per dominum præstita satisdatione, quia sciebat futurum vt paratam haberet iudicati executionem aduersus talem procuratorem. arg. *l. sicut* 8. §. *non videtur. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Nec in eo fit vlla iniuria procuratori, qui sciuit aut scire debuit, non alia condicione posse liti offerre pro eo, qui actori non satisfecisset. arg. *l. si duo* 38. *de acquir. hered.*

d *Idem erit obseruandum.* Non quod in huius legis principio dictum est, sed quod in duobus proximis casibus, vt scilicet debeat conueniri ex iudicato ille qui defensoris loco, id est, tanquam defensor se liti obtulit cum satisdatione, quemadmodum & procurator, qui vel in rem suam datus est, vel se liti obtulit cùm sciret cautum non esse. Ratio dubitandi. Defensor dicitur, qui non seipsum, sed alium defendit, & qui de alieno iure litigat non de suo. *leg. sed & hæ* 35. §. *defendere. l. minor* 51. §. 1. §. *hoc titul.* Ergo condemnato defensore danda est iudicati executio cõtra dominum non contra defensorem, cùm verendum non sit, ne dominus conqueratur se indefensum fuisse, quod vnum præcipuè spectari solet, ne scilicet indefensus quis condemnetur, aut iudicati executionem pati cogatur. *leg. contra* 54. *in princip. iunct. l. acta* 45. §. *vlt. de re iudic.* Ratio decidendi. Defensor etsi alienam litem defendit, tamen sine mandato defendit, & pro absente & ignorante. Itaque si eo condemnato daretur executio iudicati contra dominum eueniret, vt res inter alios iudicata noceret ei qui defensus quidem fuisset, sed nõ auditus, quíque qui vel per se vel procuratorem litigasset, vicisset fortasse. Non ergo quæ ratio facit vt condemnato procuratore danda sit executio iudicati contra dominum, eadem locum habet defensore condemnato. Qui enim litigauit per procuratorem iudicio ipse adfuisse intelligitur, cùm procurator in negotio alieno domini vice fungatur. *l. procurator* 11. *de doli excep.* non etiam qui absens & ignorans litigauit per defensorem. Proinde sententiam contra defensorem redditam omnino necesse est, vel nullius esse momenti, vel aduersus defensorem ipsum qui condemnatus fuit, executioni mandari. *l. si procurator* 28. *in fin.* §. *hoc titul. leg. si ad defendendum* 10. *iudic. solui.* Iunge quæ dicam ad *leg. is cuius* 64. §. *hoc tit.* Hoc enim verè est eandem vicem subire quam reus subiret. *d. l.* 51. §. 1. §. pati scilicet executionem iudicati quam reus ipse si iudicatus esset pati cogeretur.

62. POMPONIVS lib. 2. ex Plautio.

AD legatum petendum procurator datus si interdicto vtatur aduersus heredem *de tabulis exhibendis*, procuratoria exceptio, quasi non & hoc esset ei mandatum, non obstat.

Ad L. Ad legatum 62.

Ratio dubitãdi. Aliud est petere legatum siue petatur actione personali ex testamento, siue vindicatione, putà relictum per vindicationem (varię námque actiones in eam rem comparatæ sunt. *l. huiusmodi* 84. §. *vlt. de leg.* 1. *l. cùm filius* 76. §. *variis de legat.* 2.) Aliud verò agere interdicto, De tabulis exhibendis. Actiones enim quæ pro legatis competunt, ciuiles sunt, & apud iudicem datum tractãtur. Interdictum verò hoc vt & cætera omnia ex prætoris iurisdictione est & à prætore ipso expeditur. Ergo qui mandatum habet restrictum & limitatum ad legatum petendum si aduersus heredem vtatur interdicto De tabulis exhibendis, repellendus est exceptione procuratoria, quasi non hoc etiam fuerit mandatum. Etsi enim mandati iudicium bonæ fidei est quantum ad substantiam iudicii, faciendáque ex eo præstationes & condemnationes, tamen mandatum ipsum strictum est strictéque accipiendum, hactenus vt fines eius custodiantur nec transiliantur. *l.* 5. *in princip. mandat. l. si procurator* 10. *l. maritus* 21. *C. hoc tit.* Ratio decidendi eadem quæ ad *leg. ad rem mobilem* 56. §. *eod.* quia mandato consequenti mandata intelliguntur antecedentia omnia necessaria, sine quibus id quod specialiter & restrictè mandatum est impleri non posset. *leg.* 2. §. *de iurisdict.* Atqui interdictum de tabulis exhibendis est præparatorium actionis ex testamento ad legatum petendum competentis. Quisquis enim legatum vel fideicommissum petit, proferre scripturam debet qua probet sibi relictum fuisse, alioqui succumbit deficiente probatione non iure. *l. postquàm* 5. §. *si dies. vt leg. seu fideic. nomin. caueat.* Quomodo autem scripturam proferet procurator, si testamenti tabulę à possessore, quisquis ille sit non exhibeantur? Interdictum igitur De tabu. exhib. in hanc rem necessarium est. *leg.* 1. & *pass. ill. tit.* Et consequenter fatendum est ei cui mandatum fuit vt legatum peteret, hoc quoque mandatum intelligi debere, vt, interdicto De tabulis exhibendis si necesse esset experiretur.

63. MODESTINVS lib. 6. Differentiarum.

PRocurator totorum bonorum, cui res administrandæ mandatæ sunt, res domini neque mobiles, vel immobiles, neque seruus sine speciali domini mandatu alienare [a] potest: nisi fructus aut alias res, quæ facilè corrumpi possunt.

Ad l. Procurator totorum 63.

Ratio dubitandi. Administratio negotiorum exigit plerunque vt fiat alienatio etiam seruorum aut aliarum rerum mobilium siue immobilium pro domini vtilitate. *leg. ab agnato* 12. *leg. vlt. §. de curat. furios.* Ergo procurator totorum bonorum cui res administrandæ mandatæ sunt non indiget speciali mandato vt res domini siue mobiles, siue immobiles, aut se mouentes alienare possit. Ratio decidendi. Multum interest an procuratori mandata sit administratio simpliciter, an administratio libera. Mandato quantumlibet generali rerum administrãdarum non continetur potestas alienandi, quia res quæ alienantur, non administrantur, imò hoc ipso desinunt posse administrari, cùm desinant esse in patrimonio cuius administratio commissa est. At is qui non modò generalem, sed etiam liberam habet bonorum omnium administrationem, liberam habet alienandi potestatem, sed cum hac tamen restrictione quatenus negotiorum exigit administratio, vt scriptum est in *d. l.* ab agnato, & vtilitas illius cuius sunt negotia. Procuratores enim etiam cum libera administratione non in hoc dantur, vt patrimonium minuatur, sed vt augeatur. Minuitur autem vt plurimùm per alienationes cùm alienatio dicatur actus omnis per quem dominium transfertur. *leg* 1. *Cod. de fund. dotal. leg.* 1. *vers. ideóque Pedius de ver. permut.* Sola excepta permutatione, quæ facit vt nihil videatur abesse domino qui vice permutati

a *Alienare.* Ergo nec permutare, cùm alienationis appellatione etiam permutatio contineatur. *l.* 1. *C. de fund. dot.* Neque obstat. *d. l. procurator cui* 58. §. *eod.* Ibi enim Paulus loquitur de procuratore habente mandatum generale cum libera potestate. Hîc verò Modestinus de procuratore generali quidem, sed non habente liberam administrationem, vt proximè dixi.

64. IDEM lib. 3. Regularum.

IS, cuius nomine defensor extitit, si ante litem contestatam in præsentia fuerit, & postulet suo nomine litem suscipere: causa cognita audiendus est.

Ad l. Is cuius 64.

Ratio dubitandi. Defensor sponte interuenit & sine mandato, ideóque proprio nomine & conueniri potest, & iudicati executionem pati debet. *l. Plautius* 61. §. *hoc tit.* Ergo is qui defenditur, non est audiendus si postulet suo nomine litem suscipere, etiamsi ante litem contestatam præsens fuerit, qui susceptæ defensionis tempore erat absens: alioqui ex eius voluntate lis pendebit, quæ absente & ignorante illo susceptа fuit. Nec eadem ratio videri potest defensoris quæ procuratoris. Nam dicimus liberam esse potestatem domino, ante litem cõtestatam mutãdi procuratoris vel iudicium per seipsum accipiendi, quia liberum ei est reuocare mandatum, quod habet procurator. *leg. ante litem* 16. *vbi dixi* §. *hoc tit.* At defensor nullum mandatum habet, qui si haberet iam procurator non defensor esset. Lis ergo cum eo cœpta, quamuis nondum contestata ex domini arbitrio pendère non potest. Ratio decidendi. Defensor licèt in seipso suscipiat periculum litis quam defendit. *l.* 2. §. *vlt. ad SC. Velleian.* alienam tamen defendit litem non suam, nec suo commodo studet, sed alieno. Proinde quamuis non egeat contestatione, vt fiat dominus litis quomodo procurator, non est tamen prohibendus dominus litem suo nomine si velit suscipere, sed hoc causa cognita, id est, ita demum si nulla in eo futura sit captio actoris, neque defensoris: potest enim fieri vt alterutrius interfit dominum non audiri. Quod si nihil interfit, nemo negauerit eum qui suo nomine velit defendere præferendum ei esse qui alieno. arg. *le. 4. de solut.* Et verò cùm defendere sit eandem

vicem,quam reus subire *l.minor* 51.*§.1.ff. hoc tit.* quis ferat,vt præsentis & inuiti vicem alius subire possit,si præsens facere per se velit idipsum quod alius absentis nomine facturus erat? Quid aliud hoc esset quàm imagine veritatem adumbrare, vt loquitur Papin.in *l.fi'io 23.de liber. & post.*

65. IDEM lib. singulari de Euremeticis.

SI procuratorem absentem dominus satisdatione reuelare velit,literas suas aduersarium dirigere debebit,quibus significet,quem aduersus eum procuratorem, & in qua causa fecerit,ratúmque se habiturum,quod cum eo actum sit:hoc enim casu, literis eius adprobatis,velut præsentis procuratorem interuenire intelligendum est.Itaque & si postea, mutata voluntate [a],procuratorem esse noluerit,tamen iudicium,quo quasi procurator expertus est,tamen esse debet.

Ad l.si Procuratorem.65.

Ratio dubitandi. Procurator absentis cogitur ex edicto cauere de rato.*l.seruum quoque 33.§. ait prætor. l.Pomponius 40.§.ratihabitionis. & pass.ff. hoc tit.* Atqui literæ ab eo qui procuratorem constituit ad aduersarium missæ , non faciunt quò minùs verum sit dicere,& procuratorem absentis esse procuratorem.Nec enim epistolarum vsus nisi inter absentes vllus est. Ergo non possunt huiusmodi literæ facere,vt procurator non debeat satisdare de rato. Ratio decidendi. Absentis quidem hic procurator est, sed tamen habetur veluti procurator præsentis,quia de domini voluntate perinde constat ex ipsius literis dummodò adprobarę sint (pragmatici nostri dicunt *recognuës*,) atque si præsens esset. Præsentem enim exigimus domini non personam sed voluntatem,quæ si aperta est,nullus præstandæ cautioni locus relinquitur.*l.1.C.hoc titul. l. nec satisdatio 21. ff. rat. rem haber.leg.vnic. Cod. de satisd.§.fin autem.Inst. de satisdat.*

a *Et si postea mutata voluntate.* Ratio dubitandi. Procurator etiam à præsente datus,non eo minus reuocari quandoque potest,nec solui ante litem contestatam, sed etiam post contestationem dummodò causa cognita.*l.ante litem 16.& seq.ff. hoc tit.* Ergo l terræ de quibus in hac lege agitur, non possunt facere quominùs procurator reuocetur. Ratio decidendi. Potest is qui procuratorem, siue præsens, siue absens constituit mutare voluntatem,sed re integra,& ita si non lædatius quæsitum aduersario ex iis quæ gesta sunt cum vero procuratore. Re námque amplius non integra certum est mandatum reuocari non posse.*l.si mandassem 15.& pass.ff.mandat.l.3.C.cod.l. si cùm Cornelius 82. de solut.* Sicut nec potest quisquam mutare consilium in alterius iniuriam. *leg.nemo potest mutare 75. de reg. iur.* Atqui res amplius integra non est accepto semel iudicio, quoniam alioqui deciperetur is , qui cum tali procuratore iudicium accepisset, tanquam cum vero procuratore non alioqui accepturus sine satisdatione.arg.*leg.mutus 43.§.vlt.ff.eod.* Ergo mutatio voluntatis domini non faciet , quominùs ratum esse debeat iudicium , quo hîc procurator quasi procurator expertus est.

66.PAPINIANVS libro 9.Quæstionum.

SI is,qui Stichum vel Daman,vtrum eorum ipse vellet , stipulatus est : & ratum habeat, quod alterum procuratorio nomine. Titius petit:facit , vt res in iudicium deducta videatur,& stipulationem consumat.

Ad l.Si is qui Stichum.66.

Ratio dubitandi.Cùm quis Stichum aut Damam promisit vtrum stipulator volet ,neuter potest dici in obligatione esse priusquàm stipulator elegerit. *l. plerumque 10.§.vlt.de iur.dot.l. Stichum aut Pamphilum 95.de solut.* Ergo si interim alterutrum petat Titius tanquam procurator stipulatoris , neutrum videri potest in iudicium deduxisse , nec obligationem & actionem alterius nomine competentem consumpsisse,quia prius est vt quid debeatur quàm vt peti, & in iudicium deduci possit. *l. cedere diem 213.de verb. signific.*Non enim potest videri in iudicium venisse id quod postea accidisset , ideóque alia interpellatione opus est.*l.non potest 23.de iudic.* Ratio decidendi. Ratihabitio subsequens domini æquiparatur mandato.*l.vero 12. in fin.de solut.l. vlt. C. de SC. Maced.* Atqui si procurator mandasset Titio , vt Stichum peteret,hoc ipso satis Stichum elegisset,nec dubitari posset, quin rectè Titius procuratorio nomine Stichum in iudicium deduxisset,atque ita stipulationem totam,id est,Damæ quoque nomine consumpsisset , quoniam in obligatione alternatiua alterutrum tantùm est non vtrumque. Idem ergo est secuta stipulatoris ratihabitione.

67. IDEM lib.2. Responsorum.

PRocurator , qui pro euictione prædiorum , quæ vendidit, fidem suam adstrinxit, & si negotia agere desierit , obligationis tamen onere prætoris auxilio non leuabitur:nam procurator,qui pro domino [b] vinculum obligationis suscepit , onus eius frustrà recusat.

Ad l. Procurator qui. 67.

R. dub.Hic procurator qui pro euictione prædiorum,quæ vendidit,fidem suam adstrinxit , nihil fecit nisi

nisi tanquam procurator. Non enim fidem suam pro euictione adstrinxisset , nisi & procurator fuisset,& tanquam procurator vendidisset. Ergo statim atque administrare negotia, & procurator esse desiit,leuandus est onere obligationis, non quidem ipso iure, quia non est hic modus tollendæ obligationis , sed saltem per exceptionem doli , quasi in dolo sit is qui ex contactu procuratorio agit contra procuratorem,postquàm desiit esse procurator. Sic enim dicimus tutorem qui pecuniam se soluturum cauit,in quam pater pupilli condemnatus fuerat,actionem post tutelam finitam rectè recusare, itémque curatorem furiosi iustè recusare iudicati actionem mortuo furioso. *leg.post mortem 5. in princip. & §.1.ff.quand ex fact. tutor.l.1.C.eod.* Ratio decidendi.Vendidit quidem hic procurator prædia domini tanquam procurator , sed cùm pro euictione prædiorum fidem suam adstrinxit,obligauit se proprio nomine tanquam fideiussor sui mandatoris:ne alios fideiussores conquirere cogeretur, cùm fortè conuenisset vt pro euictione satisfieret , emptore aliter emere nolente , vt *in leg. pacta conuenta. 72. de contr. empt.* Non ergo quod definit esse procurator facere potest , vt existimatur,aut eximendus sit ab obligatione quam proprio nomine contraxit, non tanquam procurator. Nam & idem accidit in tutore , & curatore quoties non tantùm tutorio aut curatorio nomine , sed etiam proprio fidem suam adstrinxerunt. *leg. si non subscripsisti 15.Cod. de admin. tutor.* Idem etiam in actore ciuitatis. Nam in eum qui administrationis suæ tempore creditoribus reipublicæ nouatione facta pecuniam cauit,hoc est,pro republica quę erat debitrix debitorem se scripsit nouandi animo , post depositum officium actionem denegari non oportet. *l.3 §. in eum. de admin. rer. ad ciuit. pertin.* Nempe quia non potest dicere obligatum se esse tanquam actorem reipublicæ,is qui nouationem facere voluit, vt se pro republica scriberet debitorem priuato nomine,& priuato contactu. Diuersa causa est eius qui quod respub. debebat solui constituit citra nouationem.Hic enim nihil facit, nisi quod alius quilibet actor ciuitatis facere posset & deberet,ac proinde tanquam actor ciuitatis, vt si publicè rem aliquam ciuitatis vendidisset aut locasset, vt ostenderet se publico nomine rem agere,non suo priuato. Etsi enim quod alius debet , possum nomine proprio constituere, tamen etiam debitor ipse potest constituere quod ipse debet.*leg.1.§.vlt. l.2. & pass.de const.pecun.*& proinde actor vniuersitatis quod vniuersitas debet,sicut & actori quod vniuersitati debetur.*l.5.§.pen.eod.*Maximè cùm ciuitatis actor nullum negotium publicum per procuratorem agere possit.*l.nec ciuitatis 74 ff.*

b *Qui pro domino.* Intellige pro vtilitate domini,sed tamen nomine proprio non domini,& tanquam fideiussor euictionis,vt in *d.l.si non subscripsisti 15.C. de admin.tutor.*

68. IDEM lib.5.Responsorum.

QVod procurator ex re domini,mandato non refragante,stipulatur : inuito procuratore,dominus petere potest.

Ad l. Quod procurator 68.

Ratio dubitandi. Excepta possessionis causa nihil potest nobis acquiri per liberam procuratoris personam,nec proinde actio ex ipsius stipulatione. *l.1. Cod.per quas person.nob acquir.leg.si ita stipulatus 126.§. Chrysogonus. de ver. oblig.* & ideò cogitur procurator actione mandati præstare domino eam actionem quam sibi quæsiit stipulando. *leg. possessio 49. §. vlt. de acquir. poss.leg.2.si cert. pet.* qua præstatione & cessione nil opus esset si inuito procuratore dominus ex ea stipulatione agere posset. Ergo quod procurator ex re domini , quamuis mandato non refragante stipulatus est , inuito procuratore dominus petere non potest , nisi extorta priùs ab eo inuito per mandati actionem cessione. Præterquàm si dominus fuerit præsens stipulationi : quo casu actionem vtilem ex stipulatu domino competere nemo ambigit. *leg. si procuratori 79. de verbor. oblig.* quasi dominus qui præsens est stipulari ipse videatur,quod procurator eius stipulatur. Item si tutor vel curator vel militis procurator stipulatus fuerit pecuniam à se creditam pupilli , vel minoris, vel militis ; quibus casibus cùm ob fauorem & priuilegium personarum vtilis actio acquiratur pupillo , minori , & militi.*leg.2.ff.quand.ex fact.tutor.leg.si pecuniam 26. de reb. credit.* ex eo tantò magis apparet in cæteris personis ius commune aliter se habere. Cui etiam conuenit quod dici solet rem ex mandatu meo emptam non priùs meam fieri ; quàm si mihi tradiderit qui emit *l.res ex mandatu 59. de acquir.rer.domin.*

Ratio decidendi. Quidam casus sunt in quibus iam olim obtinebat, vt actio posset quæri domino etiam absenti ex contractu procuratoris,Non dico ex stipulatione,sed ex cõtractu,vtputà si procurator pecuniam domini non suo,sed domini nomine credidisset , condictio enim quæ ex mutuo nascitur, non tam à facto procuratoris causam habet , quàm à re ipsa, & à numeratione pecuniæ , quæ cùm alienata fuerit ex voluntate domini , necesse est , vt ipsi quoque domino acquirat condictionem , eámque non vtilem sed directam *l.certi 9.§.si nummos. de reb. cred.l.2.in princ.C.per quas person.nob acquir.* Nam & si mea voluntate nummos tuos Titio mutuos dedisses mihi condictio acquireretur non tibi.*l.2.§.pen.de reb.cred.d.§.Chrysogonus.versf.planè.* Finge igitur hoc casu procuratorem stipulatum fuisse non sibi , sed domino reddi eam pecuniam quam domini nomine mutuam dedisset ; & quæ ipsius domini fuissets Idque mandato non refragante. Certum est interposita stipulatione pecuniæ creditæ non duos contractus esse vnum pecuniæ creditæ alterum stipulationis,sed vnicum duntaxat obligationis:verborum, cui mutuum causam dederit. *d.§. Chrysogonus.l.si ita 6.§.1.& l. seq. de nouat.* Ergo quemadmodum nulla interposita stipulatione condictio certi ex mutuo acquiretur domino non procuratori. Ita & stipulatione interposita quamuis procuratoris nomine

non dominiactionem ex ea necesse est acquiri domino non procuratori, Actionem, inquam, etiam ex stipulatu, non tamen directam, vt puto, quæ nullo saltè casu potest acquiri per procuratorem, ne quidem in prætoriis stipulationibus, vt dixi ad *leg. mutuis* 43.§ *si procurator. ff. hoc tit.* sed vtilem, quæ hoc ipso quod vtilis est, danda mihi est etiam inuito procuratore meo, vt lex ait: procuratori autem meo directa quidem competit si suo nomine sibiq; stipulatus sit, sed quam me inuito exercere non potest quin doli mali exceptione repellatur, vt in *leg. si procurator* 28.*ff. eod.* Dixi *si suo nomine sibique stipulatus sit.* quia in personam domini expressim conferri stipulatio procuratoris non nisi inutiliter posset. Nec est quod quis miretur, ex stipulatione conuentionali quam procurator suo nomine conceperit, dari domino actionem. Nam præter id quod in prætoriis stipulationibus idem euenit. *d. l. si procurator*, etsi non ignoro speciale hoc ius esse stipulationum prætoriarum. *leg. in omnibus* 5. *de prætor. stipulat. leg. damni* 18. *§. vlt. de damn. infect.* æquitas tamen hanc vtilem actionem inducit etiam ex stipulatione conuentionali, eo nimirum casu quo stipulationi causam dederit tale negotium, ex quo si nulla interposita fuisset stipulatio actionem directam quoque habere dominus potuisset. Nam cùm stipulationes omnes pendeant ex negotio contracto. *leg. 5. vers. conuentionales. de verb. oblig.* mirum non est vtilem actionem dari domino ex stipulatione procuratoris, quæ pendeat ex negotio quod etiam directam quærere domino debuisset. Quoties enim præcedit numeratio & sequitur stipulatio, licèt vnus tantùm contractus sit, isque stipulationis, vt diximus, nunquam tamen recessum creditur ab obligatione quæ naturaliter ex facto ipso nascitur, id est, ex numeratione creditæ pecuniæ, ne tum quidem cùm stipulatio ipsa omnino inutilis est, vt in specie *d. §. Chrysogonus. vers. planè.* Semper enim causa stipulationis inspicienda est quæ per se vtilis & efficax esse potuit ad producendam domino actionem etiam directam. Quod igitur facit voluntas & interpretatio prætoris in stipulationibus prætoriis, vt ex procuratoris stipulatione vtilem actionem dominus habere debeat. *d. l. 5. de stipul. prætor.* idem in stipulatione conuentionali faciet causa stipulationis, si procurator ex re domini fuerit stipulatus, mandato non refragante: ne alioqui actio ex numeratione procuratoris acquisita ei adimatur per subsequentem stipulationem, quę tamen è contrario interponitur firmandæ obligationis gratia non infirmandæ. Quid ergo proprium & peculiare habebunt pupillus, minor, miles, ex quorum pecunia stipulatio per procuratorem interposita vtilem iis tribuit actionem? Hoc vnum quod eam vtilem actionem habent, etiamsi eorum procurator suo nomine non solùm stipulatus sit, sed etiam crediderit pecuniam, sibi soli negotium gerens parum bona fide. Fauor enim personarum facit vt nihil aliud inspiciendum sit, quàm cuius fuerit pecunia nõ cuius nomine credita. *d. l. 2. quand. ex fact. tutor. leg 2. C. eod. d. l. si pecuniam* 26. *de reb. credit. leg. si vt proponis* 8. *Cod. de rei vindi. leg. 3. Cod. arbitr. tutel.* quod in cæteris diuersum est. *d. l. 2. C. si cert. pet. l. si patruus* 4. *C. communia vtr. iudic. leg. qui alienæ* 8. *C. si quis alter. vel sib.* Scio virum doctissimum Iacobum Cuiacium existimare, Ex conuentionali stipulatione procuratoris non aliter posse acquiri actionem domino, ne quidem vtilem, quàm si duo illa concurrant, vt & ex re domini facta sit stipulatio & domino præsente ex *d. l. si procuratori* 79. *de verborum obligatione.* Sed ea sententia, neque huic, neque illi legi conuenit. Nam sicut illa sola domini præsentiam requirit, non etiam vt procurator ex re domini stipulatus fuerit, ita hæc nihil aliud nisi vt procurator ex re domini stipulatus sit mandato non refragante, non etiam vt dominus fuerit præsens, nec rursus hanc interpretationem verba illa patiuntur, *mandato non refragante.* Etsi enim procurator contra mandati formam stipularetur, putà ab eo cui dominus vetuisset credi pecuniam, si tamen dominus præsens esset, non noceret pristini mandati forma, quæ per nouam & contrariam presentis domini voluntatem apertè immutata esset. Aliud ad hanc legem exemplum adferri potest ex *l. Iulianus* 13. *§. si procurator* 25. *de action. empt.* vbi ex venditione facta per procuratorem, cui dominus mandauerat vt venderet, datur vtilis actio & domino ex vendito & aduersus dominum ex empto, ad exemplum institoriæ actionis, vt ibi Vlpianus ex Papin. scribit. Nempe quia contractus ille procuratoris ex re domini causam habet. Quid enim si procurator meus rem suam meo nomine vendidisset etiam me maddante? Nulla sanè mihi aut in me ex eiusmodi venditione actio, ne quidem vtilis, competere posset. Quod autem adduximus ex *leg. res ex mandatu* 59. *de acquir. rer. dom.* alium planè diuersum nec minùs obscurum tractatum habet, de quo ad eum locum dicemus. Iunge quæ dicam ad *leg. per procuratorem* 72. *ff.* Extra casum huius legis, & *d. l. si procuratori*, nunquam habet dominus actionem ex stipulatione conuentionali sui procuratoris citra cessionem.

69. PAVLVS libro 3. Responsorum.

PAulus respondit, etiam eum, qui ad litem suscipiendam procuratorem dedit, causæ suæ adesse non prohiberi.

Ad l. Paulus respondit 69.

Ratio dubitandi. Vsus procuratorum non est inductus, nec receptus nisi propter eos qui ipsi per se rebus suis superesse, vel nolunt vel non possunt. *leg. 1. §. vsus. ff. hoc tit.* Atqui ex eorum numero hic nõ est, qui vt proponitur causæ suæ adesse & vult & potest. Ergo vel non est ei permittendum vt adsit, vel potiùs dicendum est ex hac causa mandatum reuocatum intelligi debere. Quid enim procuratore indiget is, qui præsens est in iudicio? R. dec. Facilè fieri potest vt is, qui procuratorem dedit suspectam habeat ipsius vel fidem vel industriã, & ideo velit adesse propriæ liti, ne fortè procurator cum aduersario colludat, aut ne quid malè per imperitiã faciat, audiendus est, cùm neque procuratori ipsi, neque aduersario ea res vel onerosa sit vel damnosa, quin potiùs vtilis vtrique, vt tantò firmius nimisque suspectum sit quicquid gestum erit cum procuratore. Nec enim verendum est vt ob hoc solùm procurator reuocatus videri possit, cum reuocandi neque animus adsit, neque facultas, non modò post litem contestatam, sed ne quidem ante contestationem, quandiu vel alius procurator datus non est, vel dominus ipse professus non est paratum esse se iudiciũ accipere *l. ante litem* 17. *cum seq. ff. hoc ti.* Ita enim domino libera est reuocatio procuratoris, si nulla ex eo futura sit captio aduersarij, aut etiam iudicij. Potest etiam alia dubitandi ratio ad hunc locum adferri, sed minùs generalis, & ad eum duntaxat casum pertinens, quo procurator iam fuerit litem contestatus. Illa nimirum, quòd per contestationem procurator factus sit dominus litis *l. procuratoribus* 23. *& seq. C. hoc tit. l. procurator* 21. *de dol. mal. exceptio l.* 45. *vl. de appellationibus.* Inde namque fieri videtur vt nullo iure videatur dominus postulare vt sibi liceat adesse, cùm litis dominus esse desierit. Nec enim litis magis quàm alterius vllius rei duo in solidum domini esse possunt *l. 5. §. si duobus. commod. l. de hereditate* 19. *§. pater. de castrens. pecul.* Sed ratio decidendi est, quòd quamuis procurator per contestationem fiat dominus litis, tamen is qui eum constituit non eo minùs remanet dominus causæ & negotij. Ad quod proculdubio Paulus hîc respicit, cùm eleganter scribit, *causæ suæ adesse non prohiberi.* Non enim ait *litis suæ*, sed *causæ suæ*, quod longè diuersum est.

70. SCÆVOLA lib. 1. Responsorum.

PAter filio suo pupillo tutorem dedit Sempronium, creditorem suum. is, administrata tutela, reliquit fratrem suum heredem, qui & ipse decessit, & per fideicommissum nomen debitoris Titio reliquit, eique mandatæ sunt actiones ab heredibus: quæro cùm tam tutelæ actio, quàm pecuniæ creditæ, ex hereditate Sempronij descendant, an non aliter mandata actio ei datur, quàm si defendat heredes, à quibus ei actiones mandatæ sunt? respondi debere defendere.

Ad l. Pater 70.

Ratio dubitandi. Is qui in rem suam factus procurator proprio nomine agit, si bona fide & non in fraudem eorum qui inuicem agere vellent gestum sit negotium, non est cogendus dominum à quo mandatas actiones habet inuicem defendere *l. si quis* 34. *ff. h. ti.* Atqui in specie proposita fideicommissarius, cui mandatæ sunt actiones ab heredibus mediatis Sempronij tutoris, nihil in fraudem pupilli fecisse proponebatur, sed suo & communi iure vsus fuisse. Non ergo cogendus est vt Sempronij heredes aduersus pupillum defendat.

Ratio decidendi. Agebat hic fideicommissarius non proprio suo nomine, sed heredum, à quibus mandatas habebat actiones, nec nisi mandatis actionibus ipsis experiebatur, quia nec vtiles vllas habebat ex propria persona. Nec enim sicut ex legato nominis etiam vtilis actio tribuitur legatario *l. ex legato* 18. *C. de legat.* ita & ex fideicommisso, quia cùm fideicommissa iure ciuili sint incognita, & ad specialem prætoris tuitionem pertineant, non est protractum restriptum D. Pij, de quo in *l. si cùm emptore* 16. *ff. de pact.* ad fideicommissum nominis per interpretationem prudentum, quia nec necesse fuit. De quo scripsi *lib.* 12. *Coniect. c.* & ad *d. l. si quis*, quam ostendi intelligendam esse de procuratore quidem in rem suam dato, sed agente proprio nomine non alieno: & ita non pugnare cum hac lege, in qua agitur de procuratore in rem suam dato & agente procuratorio nomine mandatisque actionib. Quem proinde mirum non est cogi defendere, quia in cæteris omnibus procuratoribus in rẽ suã datis, & procuratorio nomine agentibus, idem obtinet *l. seruũ* 33. *§. vlt. ff. eo.* vbi vna tantum exceptio additur illis verbis, *nisi fortè ex necessitate fuerit factus*, quæ tamen exceptio casui nostro aptari nõ potest, quia is demum procurator ex necessitate in rem suam datus intelligitur, qui non alia ratione potuit indemnitati suæ consulere, quàm mandatas actiones suscipiendo, vt ibi explicauimus: quod in proposita specie nõ euenit, in qua poterant heredes fideicommissum in pecunia soluere, aut alia ratione fideicommissario consulere, si id maluissent, quàm directas ei actiones præstare quas contra pupillum habebant.

71. PAVLVS libro 1. Sententiarum.

ABsens reus causas absentiæ (per) procuratorem reddere potest.

Ad l. Absens 71.

Hæc videtur pertinere ad reum criminis, qui magis propriè & perpetuò reus appellatur. Ratio dubitandi. In criminalibus iudiciis, siue publicis, siue etiã priuatis procurator frustrà interuenit, ne quidem ad agendum, multò minùs ad defendendum. *l. pen. §. 1. de pub. iud.* Extra casum *l. vlt. C. de iniur. vt dixi ad l. licet* 42. *§. 1. ff. h. ti.* Ergo absens reus causas absentiæ per procuratorem reddere non potest, ne hoc modo facile sit vel scelerato & contumaci cuilibet iustam & imminentem condemnationem vel euadere penitus, vel differre, cum corporalis pœna non nisi ei, qui & condemnatus & præsens sit, irrogari possit.

Ratio decidendi. Aliud est absentem defendere, quod in causis criminalibus per procuratorem fieri nequit, aliud verò causas tantùm absentiæ allegare ad excusandam innocentiam, ne iusta absentia pro contumacia, & innocentia pro delicto habeatur *d. l. pen. §. 1. & l. inter* 10. *in princ. de public. iud. d. l. licèt. §. 1. ff.* Nam & publicè interest absentes quoscunque à quibuscunque defendi etiam in capitalibus iudiciis *l. seruum* 33. *§. publicè. vbi etiam dixi ff.*

72. IDEM lib. 1. Manualium.

PEr procuratorem non semper adquirimus actiones[a], sed retinemus[b]: veluti si reum conueniat intra legitimum tempus[c]: vel si prohibeat opus nouum fieri: vt interdictum nobis vtile sit *quod vi aut clam*[d]: nam & hic pristinum ius nobis conseruet.

Ad l. Per procuratorem 72.

a *Non semper acquirimus actionem.* Est proculdubio Tribonioni dictio illa *semper*, respicientis ad Iustiniani nouam constitutionem in *leg. 2. Co. per quas personas nobis acquirend.* quæ primùm induxit vt ex pacto & stipulatione procuratoris possit acquiri domino hypotheca, etiam sine cessione, saltem eo casu quo ex eiusdem contractu personalis quoque actio, id est, certi condictio ex mutuo, quæ sola ius hoc habebat, sine cessione acquirebatur. Quò etiam respiciens idem Tribonianus in *l. solutum 11. §. per liberam. de pign. act.* adiecit ad Vlpianum dictionem *plerunque* in illis verbis, *adeò vt nec per procuratorem plerunque vel tutorem acquiratur.* item in fine eiusdem §. ea ipsa verba *non semper* quæ in hac lege. Neutro enim loco potuisse Iureconsultos ita scribere ex eo constat, quod qui sic loquitur, *Per procuratorem non semper acquiri actionem*, illud non obscurè significat, Regulariter ergo acquiri. Non enim quod regulariter fit, semper fit, sed quod non semper fit, regulariter fit. Atqui regula est in contrarium, Per procuratorem quæri actionem non posse *l. 1. Cod. per quas personas l. 2. Cod. si cert. pet. lege si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus. de verborum obliga.* Nec per tutorem. *l. vlt. Cod. quand. ex fact. tutor.* vbi additur, *nisi ex certis causis*, vt intelligamus, si quando per tutorem actio pupillo quæratur, id esse contra regulam iuris. Debuerat ergo scribi potius, Non semper actionem non quæri per procuratorem, quàm quomodo scriptum legimus, Non semper acquiri. Deinde nec antithesis, qua hîc Paulus vtitur, hanc loquendi formulam patitur. Nam cùm sic scribit, Per procuratorem non semper acquiri actionem, sed retineri, fatendum est vel nullam esse antithesim, vel ita explicandam, vt actionem quam per procuratorem non semper acquirimus, semper tamen retinemus. Atqui non semper ius nostrum conseruare possumus per procuratorem. Multa enim sunt, quæ per procuratorem fieri non possunt, & quæ personam ipsam domini requirunt *l. Pomponius 42. in princip. lege licèt 42. supra hoc titulo.* Concludamus igitur Paulum scripsisse, Per procuratorem acquiri non posse actionem, sed posse retineri. Vtraque regula est, sed neutra perpetua. Nam interdum actio per procuratorem quæritur, sed nunquam directa sine cessione, nisi in casu *d. l 2. Cod per quas personas.* idque non ex ratione iuris, sed ex constitutione Iustiniani contra rationem. Quod enim placuit, nummis meis meo nomine creditis acquiri mihi condictionem directam, non ad procuratoris ius referendum est, sed ad potestatem numerationis, vt ex eo constat, quod idem obtinet, etiamsi is qui nummos meos credidit, non fuerit mens procurator, adeóque etsi nummos suos, non meos, crediderit, dum tamen meo nomine. *l. 2. §. penult. l. certi 9. §. si nummos de rebus creditis.* Quę ergo per procuratorem quæritur sine cessione non potest esse nisi vtilis, siue acquiratur ex stipulatione *lege 5. de pratoria stipulatione lege damni 18. §. vltim. ad damn. infect.* siue ex conuentionali in casu *leg. quod procurator 68.* vbi dixi *supra hoc titulo. & leg. si procuratori 79. de verbor. obligation.* Ex quo apparet tantò clariùs verba illa *non semper* Triboniani esse. Actionem enim simpliciter cùm dicunt Iureconsulti, directam intelligunt atque ita perinde est ac si scriptum esset actionem directam non semper acquiri per procuratorem, quæ tamen Pauli temporibus nunquam acquirebatur. Maximè cùm actiones quæ per procuratorem retinentur, non vtiles sint, sed directæ. Nulla enim erit antithesis, si dicas per procuratorem actiones directas non acquiri, vtiles verò retineri, siquidem vtiles etiam acquiruntur. Nec est quod dicas adiecta verba illa *non semper* ad excidiendum casum *d. l. quod procurator 68. supr.* Ibi enim quæ per procuratorem domino acquiritur actio vtilis est, non directa, vt nos ad eum locum ostendimus.

b *Sed retinemus.* Ratio dubitandi, Eiusdem potestatis est acquirere & acquisita retinere, argu. *leg. vlt. §. de legibus.* Atqui per procuratorem nullam possumus actionem saltem directam acquirere. Ergo nec acquisitam retinere.

Ratio decidendi, Facilior retentio quàm acquisitio, quia in eo retinendo quod iam acquisitum est nihil fit noui. Sic dicimus posse nos habere & retinere seruitutem inutilem, acquirere autem nō posse *l. a fundo 15. iunct. l. quoties 15. de seruitut.* Sic & matrimonium & vxor, & liberi furore superueniente retinentur, qui tamen non possent eo tempore acquiri *l. patre furioso 8. de his qui sui vel alieni iuris sunt.* Sic vnus ex creditoribus missus in possessionem omnium ius tuetur & retinet, quamuis nihil possit iis acquirere *leg. cùm vnus 12. de rebus autorit. iudic. possid.*

c *Intra legitimum tempus.* Id est, intra tempus quod proponendæ actioni à lege aut à principalibus constitutionibus præfinitum est. Sunt enim actiones quædam ex legibus vel Imperatorum constitutionibus temporales *l. omnes 4. C. de præscription. triginta vel quadraginta ann.* vt querela inofficiosi testamenti *l 2. C. in quib. caus. in integr. restit. non est necess.* querela non numeratæ pecuniæ. *§. vlt. Inst. de liter. obli.* & aliæ si quæ sunt similes.

d *Vt interdictum nobis vtile sit, Quod vi aut clàm.* Vi enim facit qui quis fuit prohibitus antequàm faceret, *l. 1. §. quid sit vi factum.* ℣. quòd vi aut clàm, etiamsi fuerit prohibitus à procuratore *l. si procurator 17. de oper. noui nunciat.*

73. IDEM libro singulari de officio Adsessorum.

SI reus paratus sit ante litem contestatam pecuniam soluere, procuratore agente, quid fieri oportet? nam iniquum est, cogi eum iudicium accipere, propter quod suspectus videri potest, qui præsente domino non obtulit pecuniam. quid si tunc facultatem pecuniæ non habuit? nunquid cogi debeat iudicium accipere? quid enim, si & famosa sit actio? Sed hoc constat, vt ante litem contestatam præses iubeat in æde sacra pecuniam deponi: hoc enim fit & in pupillaribus pecuniis. quòd si lis contestata est: hoc omne officio iudicis dirimendum est.

Ad l. Si

Ad l. Si reus 73.

Totam hanc legem pugnare cum ratione iuris, ideóque Triboniano magis quàm Paulo adscribendam esse docui clarissimè *lib. 12. Coniectur. cap.* Vnde peti volumus omnia quæ hîc à diligentia nostra desiderari possent.

74. VLPIANVS lib. 4. Opinionum.

NEc ciuitatis actor negotium publicum per procuratorem agere potest.

Ad l. Nec ciuitatis 74.

Ratio dubitandi. Non debet ciuitas & respublica deterioris conditionis esse quàm priuatus, imò potiùs melioris *l. si pignus 8. qui potior. in pigno. hab. l. ciuitas 27. de rebus creditis.* Atqui priuati possunt dare procuratorem quoties rebus suis per seipsos superesse vel nolunt vel non possunt *leg. 1. §. vsus 8. hoc titul.* Ergo & ciuitas poterit, & consequenter ciuitatis actor, qui totam vniuersitatem repræsentat *l. 2. infra titulo proximo.*

Ratio decidendi, Ciuitas non potest dare procuratorem, quia vniuersi consentire non possunt. Vnde est quod nec per se quicquam possidere aut vsucapere summo iure possunt *l. 1. §. vltim. de acquirend. possession.* sed tantùm potest ciuitatis actor constitui is quem maior pars elegerit, cùm duæ partes ciuitatis adessent, aut amplius quàm duæ *l. nulli 3. infr. tit. prox.* qui actor procuratoris loco est, nec minùs iuris habet ad res omnes ciuitatis tractandas *litem eorum 6. §. vlt. eo tit. prox.* Atqui pr curator a pr uato constitutus alium procuratorem dare non potest, quem neque tutor dare potest, nisi factus sit aut hic aut ille dominus litis per contestationem *l. neque tutores 11, l. nulla 23. Cod. hoc titul.* Procuratores enim itémque tutores ideò dantur, vt per se negotia sibi commissa gerant, non per alios, cùm ipsorum industria sit electa. argum. *l. cùm hi 8. §. si prætor adstus. de transact. l. inter artifices 31. de solut.* Ea ergo ratio actoris esse debet, vt ante litem à se contestatam procuratorem dare non possit, post litem verò contestatam possit tanquam & ipse dominus litis. Rem namque in iudicium deducit non minùs quàm procurator, cum datus est actor in litem mouendam *d. l. item eorum 6. §. 1. ℣. tit. prox.* Hodie syndici ciuitatum etiam citra contestationem possunt & solent dare procuratorem, vt dicam ad *d. §. 1.*

75. IVLIANVS libro 3. Digestorum.

QVi absentem emptorem, eundémque possessorem fundi defendebat, & iudicium nomine eius accipiebat, postulabat à venditore fundi, vt ab eo defenderetur: venditor desiderabat caueri sibi ratam rem emptorem habiturum, puto eum venditori de rato satisdare debere: quia si fundum agenti restituerit, nihil prohibet dominum rempetere, & cogi venditorem rursus defendere.

Ad l. Qui absentem 75.

Ratio dubitandi, Defensor absentis non solet satisdare de rato, sed tantùm de iudicato soluendo, cùm iudicati executionem in propria persona patiatur *l. in causa 27. §. 1. cum l. sequenti l. sed & hac 35. §. defendere l. Plautius 61. & passim sup. hoc ti.* Ergo qui absentem emptorem eundémque possessorem fundi controuersi defendit, & iudicium eius nomine accepit, si postulet à venditore fundi vt ab eo defendatur, non est cogendus cauere de rato, cùm id postulet, quod emptor ipse si adesset, postulare posset, achaud dubiè postularet. Quotus enim quisque emptor est qui ab alio vindicante conuentus defendi à venditore suo nolit? Ratio decidendi. Non cogitur defensor absentis satisdare de rato, cùm iudicati actio & executio in eius personam plenè dirigi potest. Sed cùm tale negotium est, vt condemnato & executionem passo defensore nihilominùs adhuc moueri lis aliqua possit per eum qui defensus fuit, necessaria est ratihabitionis satisdatio, vt aduersarij indemnitati & securitati consulatur, vt in *l. Pomponius 40. §. sed & is qui. ℣. hoc tit.* Id verò euenit etiam in specie proposita. Nam condemnato defensore absentis, quem defensorem venditor denunciatus etiam defendisset, atque ita restituto fundo actori, qui eam vindicauerat, si ponas dominum, id est, emptorem postea reuersum nolle ratum habere iudicium cum defensore acceptum, dubitari non potest quin defensore quoque inuito possit ille eundem fundum quasi suum petere *l. vlt. de fideiussorib.* eundémque venditorem, qui absentis defensorem iam defenderat, cogere actione ex empto, vt rursum defendat, aut duplam præstet, vel quasi interierit emptoris. *leg. emptor 8. & sequent. & passim Cod. de euiction.* quæ res facit vt frustrà & inutiliter prior defensio contra eundem aduersarium suscepta videatur. Quod ne accidat, & vt venditoris indemnitati cautum sit, necesse est etiam à defensore ratihabitionis satisdationem præstari. Neque verò nouum est vt quis eiusdem actionis nomine & de rato cauere debeat, & de iudicato soluendo *l. non solùm 39. §. est & casus cum sequent. & d. l. Pomponius 40. §. sed & is. supra hoc tit.*

76. IDEM lib. 5. ad Minicium.

TItius, cùm absentem defenderet, satisdedit, & priùs quàm iudicium acciperet, desiit reus soluendo esse, quam ob causam defensor recusabat iudicium in se reddi oportere. quæro, an id ei concedi oporteat? Iulianus respondit: Defensor, cùm satisdedi: domini loco habendus est: nec multum ei præstaturus est prætor, si eum non coëgerit iudicium accipere: cùm ad fideiussores eius iri possit: & hi, quidquid præstiterint, à defensore consecuturi sint.

Ad l. Titius 76.

Ratio dubitandi, Qui non cogitur absentem defendere, tamet si iudicatum solui satisfecerit defendendi absentis gratia, non ideò tamen iudicium accipere semper cogendus est, sed causa cognita sic temperanda res est, vt si captio aliqua futura sit actoris propter temporis tractum, accipere iudicium cogatur, at non etiam si qua fortè noua causa superuenerit, putà si adfinitas dirempta sit, aut inimicitiæ interceſſerint, aut absentis bona possideri cœperint à creditoribus *leg. mutus 43. §. vlt. supr. hoc titul.* Atqui non possidentur bona ex edicto à creditoribus, nisi cùm debitor non est soluendo, ita vt latitet, nec eum quisquam defendat *l. 1. & tot. titul. quibus ex causis in possessionem eatur. & tot. titu. De rebus autoritate iudicis possidendis.* Ergo cùm absens soluendo esse desiit, quem alius defendere cœperat, iusta illa est causa propter quam defensor non debeat cogi iudicium accipere.

Ratio decidendi. Fuit hæc quæstio inter veteres Iureconsultos controuersa. Alij enim nolebant defensorem omnimodo & indistinctè cogendum, in qua sententia fuit proculdubio Iulianus, vt constat ex hac lege. Alij cum Labeone distinguendum, vt modò diximus. Alij denique, vt Sabinus, nullas esse partes prætoris *d. §. vlt.* iunct. *l. non cogendum 45. 5. eo. vbi dixi.* Non ergo tractandum est de conciliandis prudentibus, sed de meliore sententia eligenda. Nos Sabini opinionem magis probauimus. Neque verò Iulianus in hoc loco auderet absolutè respondere cogendum esse defensorem, licèt eam sententiam non solùm exprimere, sed etiam confirmare videatur, cùm ait, *Defensor cùm satisfecerit domini loco habendus est.* Alia enim ratio reddi nulla potest, cur iudicium accipere sit cogendus. Sed tamen non satis bene concludit, Esse igitur omnimodo cogendum. Et cùm subiicit Iulianus, *nec multum ei præstaturus est prætor, si eum non coegerit iudicium accipere,* innuit non obscurè in ea se esse sententia, vt non sit hoc casu defensor cogendus à prætore, sed ait parum hoc profuturum defensori, cùm æquè futurum sit vt per medias fideiussorum suorum personas & conueniatur, & condemnetur: siquidem poterunt illi ex propria stipulatione ob rem non defensam conueniri, & consequenter habere regressum aduersus defensorem, pro quo fideiusserunt. Sed nos qui Sabini sententiam probamus, facilè ex eodem Sabino respondebimus, ne quidem fideiussores hoc casu conueniri posse, si præsupponas quod Labeo dicebat, & verè facto debitore non soluendo iustam causam habere defensorem iudicij non accipiendi. Nam quoties iustas causas habet defensor, cur iudicium accipere nolit, fideiussores eius non tenentur, quia nec quisquam vir bonus arbitraretur non defendi eum qui iudicium accipere non cogatur. *dict. l. non cogendum.* iunct. *leg. vir bonus 18. iudic. solui.* Dices eum qui absentis defensionem suscepit, & satisfecit, potuisse prospicere quod potuit euenire, vt absens ille desineret esse soluendo, ac proinde sibi debere imputare si non prospexerit *leg. si quis domum 9. §. 1. versic. quia hoc euenire. infr. locat.* Respondeo non posse cuiquam imputari cur non prospexerit ea, quæ sine malo omine prospici non potuerunt, cuiusmodi sunt aduersi casus, inter quos ille est, vt vir probus, diligens & locuples inopinato fortunæ impetu rem familiarem amittat, vt loquitur Papin. in *l. 4. infr. vt in poss. legat.* iunct. *l. inter stipulantem 83. §. sacram. vers. sed hæc dissimilia. de verbor. oblig.*

77. PAVLVS lib. 57. ad Edictum.

OMnis, qui defenditur, boni viri arbitratu defendendus est.

Ad l. Omnis 77.

Ratio dubitandi. Defensor propria sua voluntate mouetur ad suscipiendam absentis defensionem nō susceptur us si nollet *l. mutus 43. §. qui non cogitur. ff. h. t.* Ideóque liberum ei est vel in vnam tantùm rem defendere absentem, quamuis plura sunt in quibus egeat defensione *l. qui proprio 46. §. qui alium. ff. eo.* Ergo & arbitratu suo eum defendere debet, non alieno. Ratio decidendi, Verba & edicti prætoris & stipulationis, itémque satisdationis quam à defensore præstari necesse est, disertè requirunt vt absens rectè defendatur *l. 5. §. vlt. quib. ex cauſ. in possess. eatur.* Rectè verò defendi non potest, nisi qui arbitratu viri boni defenditur *d. §. qui non cogitur. & d. l. 5. §. vlt. l. ex clausula 17. cum l. seq. iudic. solui. l. non cogendum 45. in prin. sup. eo.* Nec debet ea res ipsius defensoris arbitrio committi, cùm ille suscipiendo alienam defensionem se obliget proprio nomine *l. Plautius 61. sup.* non debeat autem esse in potestate illius qui obligatus est, quomodo aut quandiu sit obligatus *l. 2. §. Scæuola. de eo quod cert. loc. l. sub hac 8. de oblig. & act.* nec si tanquam vir bonus arbitrari velit, nisi eodemmodo arbitretur, quo alius quilibet vir bonus & non infestus arbitraretur, vt scriptum est in *l. fideicommissa 11. §. proinde 8. de leg. 3.* Et sanè cum hęc stipulatio sit prætoria stipulationes autem prætorię semper recipiant interpretationem ex mente prætoris *l. In conuentionalibus 52. de verb. obligat. l. 1. l. in prætoriis 9. de præt. stipu.* an non ridiculus esset prætor, qui stipulationis interpretationem ab ipsius defensoris arbitrio pendêre pateretur? Vtique. n. semper negabit ille se ad defensionem alia mente aut alio consilio accessisse *l. inter stipulantem. 83. §. 1. de verb. oblig.*

78. AFRICANVS lib. 6. Quæstionum.

ET ideò non potest videri boni arbitratu litem defendere is, qui, actorem frustrando, efficiat, ne ad exitum controuersia deducatur.

Ad l. Et ideo 78.

Ratio dubitandi. Reorū est fugere vnde & à Græcis φίυγοντες *l. pars literarum 48. de iudic.* & à Triboniano nostro, vt solet græcisare, passim fugientes. appellantur in *lege properandum. & alibi sæpè. Codic. de iudic.* Atqui defendere est eandem quam reus vicem subire *lege minor 51. §. quoniam supra hoc titul.* Ergo

Ergo defensori quoque permittendum est vt fugiendo frustretur actorem quantum poterit, ne ad exitum controuersia priùs deducatur, quàm absens reuersus forsasse sit, qui suo nomine litem suscipere possit, secundùm id quod diximus ad *leg. is cuius 64. §. eod.*

Ratio decidendi. Solent quidem rei fugere, sed nō debet ex eo quod sit sumi argumentum ad id quod fieri debeat. Neque enim quisquam vir bonus arbitrabitur permittendum vnquam esse ei ipsi qui se defendat, vt fugiendo ac tergiuersando frustretur actorem, cùm si bonam causam reus habeat, tanto diligentior esse debeat, vt citiùs vincat. Si verò malam ne quidem expectandum habeat vt conueniatur. Nam & inde est quod scribit Theophilus initio tituli De action. actiones non nisi in perfidos homines iure ciuili comparatas esse: sempérque ciuili legislatori odiosa est frustratio quælibet ac tergiuersatio *l. ab hostib. 15. in fi. l. sed & a Deos 24. ex quibus causis maior l. 11. C. de dilation.* quæ scilicet in longius tempus lites producit, quas è contrario quamprimùm finiri non modò vtriusque litigantium interest, verùm etiam reipublicæ *l. 11. C. de admin. tut. l. quidam 21. de rebus creditis l. tutor 41. infr. de vsur.* Tantóque magis debet hoc locum habere in defensore, quod cùm alienam defensionem vltrò suscipiat, verendum maximè est ne hoc sibi onus vltrò iniunxerit, vt sub prætextu nominis alieni propter suas simultates securè lites suas exerceat, quod ne quidem tutoribus permissum est *lege non est ignotum 6. Cod. de administr. tutor.* Et sanè reo magis quàm actori solemus fauere, tum etiam cùm fugit, & plures aut longiores ad causam suam ad instruendam dilationes petit, quia non est in eius potestate quando conueniatur *lege petendæ 6. Cod. de tempor. in integrum restit. leg. purè 5. §. vltim. de doli mali exception. lege vltim. supr. de fer. & dilat.* At in potestate defensoris est, an & quando velit defendere. Nemo enim illum cogit vt defensionem suscipiat & iudicium accipiat *l. mutus 43. §. qui non cogitur. supra eodem.* Sibi ergo imputet qui sponte susceperit præsertim cùm ex sententia contra eum lata nihil damni sensurus sit absens, si cùm reuersus erit, iudicium ratum habere nolit. Neque tamē hoc adeò destrictè accipiendum est, vt non etiam aliquo fauore dignus sit defensor, siue ex persona propria, quia viri boni & amici optimi officium implet absentis defensionem suscipiendo, siue ex persona absentis, cuius vicem subit, qui si adesset, vtique non tantopere vrgeri deberet, quin iustis dilationibus admitteretur.

1 Ad duas res petendas procurator datus, si vnam rem petat, exceptione non excluditur, & rem in iudicium deducit.

Ad §. 1. Ad duas.

Ratio dubitandi, Exceptione procuratoria excluditur quisquis vel sine mandato, vel contra aut præter mandati formam agit *l. Pomponius 40. §. vlt. l. ita que 48. l. ad legatum 62. & pass sup hoc titulo.* Atquin is qui ad duas res petendas procurator datus est, si vnam tantùm rem petat, non id facit quod mandatum fuit, & consequenter videtur facere aduersus mandatum. *l. qui non facit 121. de regulis iuris.* Aliud enim est rem vnam, aliud duas petere, ideóque is qui è contrario ad vnam rem petendam datus est, duas petere non potest *l. si procurator 10. C. hoc ti.* Ergo & qui ad duas res petendas datus fuit, si vnam tantùm petat, exceptione procuratoria repellendus est.

Ratio decidendi. In mandato duarum rerum petendarum continetur mandatum rei vnius petendę, sicut in maiore numero semper minor continetur *l. 1. §. si stipulanti. de verborum obliga. l. egi tecum 26. de exceptt. rei iudic.* Et quod dicitur procuratorem debere fines mandati diligenter custodire *l. 5. infr. mandat.* eò pertinet vt non illos transilire & prætergredi debeat, non etiam vt non possit minùs facere quàm ei mandatum fuerit, si modò talis res sit quæ possit diuidi: quomodo sanè diuidi possunt & debent lites de rebus pluribus competentes. Singulis enim controuersiis singulas actiones tribuendas esse placuit *l. singulis 6. de except. rei iudic.* tótque lites esse intelliguntur, quot sunt res quæ in litem deducuntur, etiam cùm eadem est causa petendi *l. cùm quæritur 12. & seqq. eod. l. quia dicitur 32. de euictio.* Tot ergo etiam mandata, quot sunt res quæ mandato continentur. Itaque sicut is qui de Sticho & Pamphilo interrogatus respondet de Sticho solo, videtur ad vnam ex duabus stipulationibus respondisse *l. inter 83. §. item si ego. de verb. oblig.* ita & qui ad duas res petendas procurator datus alteram tantùm petit, vnum ex duobus mandatis videtur impleuisse. Quamuis non satis bene officio suo fungatur procurator, qui duas res petere iussus vnam tantùm petit, si eadem fuit ratio, idem ius vtriusque petendæ, ac tam facilè potuit acceptum de duabus, atque de altera duntaxat iudicium expedire. Numerus enim litium frustrà multiplicandus non est *d. l. singulas.*

QVOD CVIVSCVMQVE VNIVERSITATIS nomine vel contra eam agatur.

TITVLVS III.

GAIVS lib. 3. ad Edictum Prouinciale.

NEQVE societas, neque collegium, neque huiusmodi corpus passim omnibus haberi conceditur. nam & legibus & senatusconsultis, & principalibus constitutionibus ea res coërcetur. Paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora: vt ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum, vel argentifodinarum, & salinarum.

¶ Item collegia Romæ certa sunt, quorum corpus senatusconsultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est: veluti pistorum, & quorundam aliorum, & nauiculariorum, qui & in prouinciis sunt.

Ad Tit. 4. Quod cuiusc. vniuers. nom. vel contr. eam agat.

Ad l. Neque societas 1.

Ratio dubitandi, Vnaquæque res facilè redditur formæ suæ pristinæ & naturali *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret. in fi. sup. de pact.* Atqui natura inter omnes homines sodalitatem & cognationem quandam constituit *l. 3. §. de instit. & iure.* quam qui primi violarunt ius naturale corruperunt, iurisque gentium inducendi causam & necessitatem dederunt *leg. 4. & 5. eod.* Ergo & societatem & collegium & huiusmodi corpus habere passim omnibus concedi debet. Nec videtur ea res aut legibus aut senatusconsultis aut principalibus constitutionibus posse coerceri, cùm habeat rationem naturalem, quam nulla ratio naturalis aut ciuilis potest corrumpere *leg. eas obligationes 8. de capit. minut. §. vlt. Inst. de legit. agnat. tutel. iunct. §. vl. de iur. natur. gent. & ciuil.*

Ratio decidendi, Ciuilis legislator qui omnia æstimat ex publica vtilitate, & cui semper ac in omnibus & per omnia, salus populi suprema lex est, periculosum credidit, si huiusmodi societates, sodalitates, & collegia permitterentur, ne hoc prætexto coeuntes sceleratissimi quique occasionem inde capiant coniurandi aduersus Principem aut rempublicam *l. 1. 3. & pass. ff. de colleg. & corpo.* vbi latiùs dicemus. Itaque paucis admodũ in causis concessa sunt huiusmodi corpora, in iis scilicet, in quibus visum est ad publicam quoque vtilitatem ea pertinere, vt purà religionis ergò, dum ne quid per hoc fiat contra senatusconsultum, quo illicita collegia vetantur *l. 1. §. sed religionis. eo.* Item vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, non quod nesciat legislator quantæ audaciæ ac temeritatis sint publicanorum factiones *l. quantæ audaciæ 12. ff. de publ. & vect.* sed vt eo veluti priuilegio inuitarentur ad publicas conductiones maiore pecunia faciendas. Item sociis aurifodinarum, vel argentifodinarum, vel salinarum. Item fabris in quorum corpore non nisi artificij sui causa vnusquisque adsumitur. Et si qua alia sunt corpora eandem originis rationem habentia, i. quæ idcirco instituta sint, vt necessariam operam publicis vtilitatibus exhiberent. *l. 5. §. quibusdam 12. de iure immun.* Hæc enim non solùm permissa sunt, sed etiam priuilegium immunitatis habent *d. §. quibusdam*, & capacitatem vt iis legari possit *l. cùm senatus 20. de rebus dub. d. l. 5. §. vlt. & l. vlt. de iur. immun.* Hoc igitur iure vtimur, vt hodie collegia omnia illicita sint, nisi quæ specialiter permissa sunt & confirmata vel SC. autoritate vel Cæsaris *l. 3. §. in summa. ff. de colleg. & corpor.*

1 ¶ Quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis, siue cuiusque alterius eorum nomine proprium est, ad exemplum reipublicæ habere res communes, arcam communem & actorem siue syndicum. per quem, tanquam in republica, quod communiter agi, fieríque oporteat, agatur, fiat.

Ad §. 1. Quibus autem.

Ratio dubitandi, Ij quibus permissum est corpus habere collegij vel societatis, non ideò constituunt rem publicam. Sunt enim priuati, nec magis quàm alij quilibet à toto reipublicæ corpore distincti. Vnde est quod immunitatis priuilegio indigent, ne cogantur ea subire onera, quibus reliqui ciues adstringuntur, quàm immunitatem nec omnia huiusmodi collegia habent, sed ea tantùm, de quibus in *d. l. 5. §. quibusdam. & §. vlt. & in l. vlt. de iure immunitatis.* Ergo non possunt habere res communes, neque arcam communem, neque actorem siue syndicum, per quem id omne quod communiter agi fierive oporteat, agatur, fiat. Hæc enim sunt propria reip. & fieri non potest vt non sit reip. & vniuersitatis, quicquid neque commune, neque singulorum, neque nullius est: aut contra vt non sit singulorum quicquid neque commune, neque publicum, neque reipublicæ, neque nullius est *l. 2. & sequenti. sup. de rerum diuis.*

Ratio decidendi, Sunt quidem isti priuati, qui collegiis adscribuntur, sed non tanquam certi & priuati homines habentur, cùm sub collegij & corporis liciti nomine ac iure considerantur. *l. cum Senatus 20. de rebus dubiis.* sed ad exemplum reipublicæ, vt Gaius hîc scribit. Quemadmodum enim reipublicæ corpus vnum est ex pluribus distantibus constans *l. proponebatur 76. inf. de iudic. l. rerum mixtura 30. de vsuca.* ita & istorum, quibus coire licet, vnum corpus esse intelligitur, quod licèt reipublicæ nomine donari non satis aptè possit, vniuersitas tamen dici potest & debet. In vna enim republica plures respublicæ esse non possunt, at vniuersitates esse possunt, ideóque titulus hic bene sic conceptus est, *Quod cuiuscunque vniuersitatis*, non autem, *quod cuiuscunque reipublicæ nomine.* Non ergo à publico ad priuatum hîc infert Gaius, vt ab Vlpiano factum est in *leg. itẽ veniunt 20. §. in priuatorum. de petitione hereditatis.* sed multò conuenientiùs est à republica, quæ vniuersalissima vniuersitas est, ad minorem & specialem vniuersitatem.

2 ¶ Quòd si nemo eos defendat: quod eorum commune erit, possideri: & si admoniti non excitentur ad sui defensionem, venire se iussurum proconsul ait. Et quidem non esse actorem, vel syndicum tunc quoque intelligimus, cùm is absit, aut valetudine impedietur[a], aut inhabilis sit ad agendum.

Ad §. 2. Quòd si nemo.

Ratio dubitandi, Etiam municipes ipsi nihil per se possidere fúmo iure possunt, quia possessio nulla est sine animo possidendi *l. quemadmodum 8. & pass. de acquir.* animum autem possidendi habere municipes nequeunt, quia vniuersi consentire non possunt. *leg. 6. §. vtrum. eod.* Ergo nec eorum bona possidere alius poterit, quia non in aliorum bonorum professionem mittuntur creditores ex edicto, quam quæ debitor ipse missionis tempore possidebat, vt simul cum debitore ipso possideat. *l. 5. in princip. vt in possess. legat.* Quòd verò de municipibus dicitur, idem de corporibus & collegiis istis dictum videri debet, quæ sunt ad exemplum & instar reipublicæ, vt proximo §. dictum est. Augeri verò potest ratio dubitandi ex eo quòd cùm vniuersitas consentire non possit, neque rursus latitare, non videtur æquum vt eam pœnam patiatur, quam prætor irrogat iis qui latitant, nec defenduntur: præsertim quia nec dolo facere quicquam possunt. *l. sed & ex dolo 15. §. 1. infra de dolo.* Venditio autem bonorum, & quæ ipsam præcedit, missio in possessionem non permittatur edicto, nisi in pœnam eius qui fraudandi causa latitat, adeò vt nec contentus sit prætor animo fraudandi, nisi probetur etiam animus fraudandi creditores. *l. Fulcinius 7. §. sed is qui fraudationis. quib. ex caus. in possess. eat.* Ratio decidendi. Ob has nimirum causas specialiter edixit prætor, si nemo istos defendet quod eorum commune erit, possideri, & si admoniti non excitentur ad sui defensionem, venire se promittérúmve: cùm ratio communis edicti non sufficeret. Habet enim hoc quoque edictum summam rationem: quia cùm iis omnibus qui corpus aliquod collegij aut societatis habent ex permissione Principis vel Senatus, permittatur etiam hoc ipso actorem siue syndicum habere, per quem defendantur, imputare sibi debent quod non defenduntur. Nec debet eorum siue fraus, siue negligentia damno afficere creditorem, cui non si aliter possis imputare cur cum corpore & collegio licito contraxerit. Denique etiam collegia ista fraudis cõmiscẽdæ malorúmq; consiliorũ capacia sunt. *l. metum 9. §. animaduertendum. quod met. c. us.* qua sola ratione sunt prohibita omnia, nisi quę permissa, vt dixi ad princ. huius l. Et quamuis vniuersitas summo iure nihil possidere queat, vtilitatis tamen causa receptum est, vt priuatorum exemplo & possidere & vsucapere possit. *l. 2. de acquir. possess.*

[a] *Cùm is absit, aut valetudine impediatur.* Ratio dubitandi, Nec ciuitatis actor negotium pub icum per procuratorem agere potest. *l. nec ciuitatis 74. supr. titulo proximo.* Multò minùs igitur actor collegij. Atqui eo casu quo actor vniuersitatis vel abest, vel valetudine impeditur, nihil potest imputari neque vniuersitati quæ actorem constituit, neque actori quem ponimus abesse ex causa vel necessaria vel saltem probabili, aut vi valetudinis impediri, ne commissa sibi negotia expedire possit. Iniquum igitur est permitti hoc casu venditionem bonorum vniuersitatis, quæ nunquam permittitur, nisi in pœnam eius cui vel fraus, vel saltem culpa aliqua possit imputari. Ratio decidendi. Cùm actor ab vniuersitate constitutus abest aut valetudine impeditur, potest imputari vniuersitati cur alium actorem nõ eligit. Non minùs enim permissum ei est plures quam vnum eligere. *leg. ciuitates 8. infra hoc titulo* præsertim ex causa, id est, vbi actor primùm constitutus officio suo fungi non potest. Eadémque ratio multò magis locum habet, si ab initio datus sit actor inhabilis ad agendum. Duplex enim hoc casu culpa est vniuersitatis. Vna quod talem actorem elegerit: Altera quod eum subinde non mutauerit. Nam & actoris mutandi potestas est ex iisdem causis, ex quibus & procurator mutari potest. *l. item 6. §. vtrum. infra hoc tit.* Paria enim sunt. Nullum esse actorem, Et esse aliquem, sed inhabilem, Non esse quid & esse inutiliter. *l. quoties 6. sup. qui satisd. cogant. l. 2. de autor. tutor.*

3 ¶ Et si extraneus defendere velit vniuersitatem, promittit proconsul, sicut in priuatorum defensionibus obseruatur: quia eo modo melior condicio vniuersitatis fit.

Ad §. 3. Etsi extraneus.

Ratio dubitandi. Defendere est eandem quam reus vicem subire. *l. minor 51. §. 1. ff. tit. prox.* Atqui vniuersitas neque se defendere per seipsum potest, neque dare procuratorem ad sui defensionem, quia vniuersi consentire non possunt, sed tantùm ei permissum est vt det actorẽ qui procuratoris loco sit. *l. 2. & 3. l. it ẽ 56. §. vlt. §. ff. eod* iunct. *l. 1. §. vlt. de acq poss.* Ergo vniuersitatis defensor esse nemo potest. Necesse enim esset defensorem vices gerere actoris, quẽ tamen ponimus nullum esse, & qui tum quoque cùm ab vniuersitate datus fuit, vniuersitas, non est, vt qui eum defendit, vniuersitatem defendere videatur. Ratio decidendi, Permittit prætor defendi vniuersitatem etiam ab extraneo quolibet ad exemplum priuatorum, & eo ipso modo qui in priuatorũ defensionibus obseruatur, id est, interposita per defensorem satisdatione iudicatum solui, & ita vt in defensorem condemnatum executio iudicati detur, quia eo modo melior fit conditio vniuersitatis: ne alioqui eueniat vt deteriore iure censeatur vniuersitas quàm priuatus, cuius condicionem meliorem facere quilibet potest, quamuis non deteriorem, vt dixi ad *l. ig orantis 49. ff. titul. prox.* Nam si publicè interest absentes quoscunque etiã reos capitaliũ criminum à quibuscunque defendi. *l. seruum 33. §. publicè. ff. t. 1.* quantò magis defendi vniuersitatẽ, quæ ipsa sit ad exemplum & instar reipubl. *§. 1.* huius legis. Speciali tamen permissione in hanc rem opus fuit, vt verba illa Gaij probant, *permittit proconsul*, quia iuris communis ratio refragari, aut saltem non suffragari videbatur.

2. VLPIANVS lib. 8. ad Edictum. 2.

SI municipes, vel aliqua vniuersitas ad agendũ det actorẽ: nõ erit dicẽdum, quasi à pluribus datũ, sic haberi: hic. n. pro republica, vel vniuersitate interuenit, non pro singulis.

Ad l. Si municipes 2.

Ratio dubitandi, Actor à municipibus vel ab aliqua vniuersitate datus ad agendum, perinde in iu-

dicium deducit ius omnium & singulorum ac si ab omnibus & singulis datus esset: Alioqui quod ab eo gestum esset, non afficeret singulos, nisi à singulis mandatum habere crederetur. Ergo sic haberi debet quasi à pluribus, imò ab omnibus & singulis datus sit, & consequenter cauere debet omnes & singulos ratum habituros: præsertim cùm negari non possit quin agat alieno nomine is qui agit nomine vniuersitatis, nec prætor actorem vniuersitatis admittat, nisi ad exemplum procuratoris. *l. item 6. §. vltim. infra eodem.* & eo modo, qui in priuatorum actionibus mouendis obseruatur. *argum. leg. 1. §. vlt. infra eodem.* iunct. *l. seruum 33. §. aut prætor sup. tit. prox.* Ratio decidendi. Actor quem vniuersitas dedit ad agendum, à pluribus quidem & ab omnibus & singulis datus fuit, sed non sic habetur quasi datus ab omnibus & singulis, sed tanquam ab vnico corpore reipublicæ vel vniuersitatis, collectiuè scilicet non distributiuè considerato. Non enim qui dicit vniuersitatem dicit singulos, nec contrà qui singulos dicit vniuersitatem. *l. secus 7. §. 1. ff. h. ti. l. proponebatur 76. de iudic. l. rerum mixtura 30. de usucap.* Si ergo actor vniuersitatis mandatum proferat, & decretum, non est cogendus cauere de rato propter singulos, nec rursus propter vniuersitatem, nisi vno casu, si de vniuersitatis decreto dubitetur. *dict. l. 6. §. vlt ff. l. 1. §. 2. quod falsi. tutor.*

3. IDEM lib. 9. ad Edictum.

NVlli permittetur nomine ciuitatis, vel curiæ experiri: nisi ei, cui lex permittit, aut lege cessante, ordo dedit[a], cùm duę partes adessent[b], aut ampliùs quàm duæ.

Ad l. Nulli 3.

a *Nisi ei cui lex permittit, aut lege cessante ordo dedit.* Ratio dubitandi, Hominis promissio solet facere vt cesset promissio legis. *l. vlt. Cod. de pacto conuento tam sup. dot.* Nec enim solet lex se interponere in priuatorum negotiis, nisi quantum necesse est ad ferendum auxilium vt is consulatur. Ille igitur ad res vniuersitatis vel curiæ, id est, decurionum, tractandas præferendus est, cui ordo ipse, id est, corpus vniuersitatis eam potestatem dedit, tum cessante ordine ille cui lex permittit. Ratio decidendi, In iis quæ pendent à voluntate priuatorum, nec legis autoritate constituuntur, nunquam se lex interponit, nisi in subsidium & auxilium, si necesse sit: vt in specie *d. l. vlt. l. maritus 21. C. h. tit. l. vlt. Cod. quæres pignor. oblig. poss.* At in iis, quæ fieri prohibentur, nisi specialiter à lege permittantur, aut quæ etiam citra prohibitionem vllam præcedentem indigent speciali promissione, vt fieri possint, sicuti legis est ea permittere, ita & in iis permittendis quam velit legem dare, cui si non pareatur, nulla permissio, & consequenter inutilis in contrarium omnis cautio, ne alioqui priuatorum cautiones legum autoritate censeantur. *leg. vltim. de suis & legit.* Huius verò generis est id, de quo tractamus. Actorem enim vniuersitas constituere nullum posset, nisi lex permitteret. Collegia verò multò minùs posset, quæ si nõ sint specialiter permissa, hoc ipso prohibita, vt supra diximus, & illicita existimantur. Is ergo omnimodo præferendus est, cui lex ipsa permittit agere nomine vniuersitatis. Si lex nihil statuerit, is demum actor erit, quem ordo constituerit.

b *Cùm duæ partes adessent.* Ratio dubitandi, Quod ad omnes pertinet, ab omnibus adprobari debet. *l. vt in fin. C. de autorit. præst. an.* ne alioqui condicio quorundam per alios deterior fiat. *l. 2. quod vi aut clàm.* Præsertim cùm in pari iure potior sit causa prohibentis. *l. Sabinus 28. communi diuidundo.* Ergo non sufficit vt adfuerint duę partes vniuersitatis in constituendo actore, sed omnes & adesse & consentire oportet, vt possit actor ille dici actor vniuersitatis, cùm omnes æquè sint ex vniuersitate. Ratio decidendi, Quod maior pars vniuersitatis effecit, pro eo habetur, ac si ab omnibus factum esset. *leg. quod maior 19. ad municipalem.* Alioqui vix erit vt actor vnquam ab vniuersitate constituatur, quia difficile, imò penè impossibile est vt omnes consentiant. *l. 1. §. vltim. de acquir. possess.* non solùm propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem. *l. item si 17. §. principaliter de recept. qui arbitr.* sed etiam propter discordias, quas materia communionis excitare solet. *l. cùm pater 77. §. dulcissimis. de leg. 2.* Itaque vnius prohibitio & dissensus impedier ne quid fiat cæteris quoque omnibus consentientibus. *dict. leg. Sabinus.* Hoc verò à publica vtilitate abhorret, cùm vniuersitatis iura conseruari, & per aliquem tractari intersit reipublicæ. Et verò multùm interest an quid pertineat ad omnes tanquam vniuersos, an ad omnes tanquam ad singulos. Priore casu non est necesse vt approbetur à singulis, sed sufficit vt ab vniuersis, & proinde vt à maiore parte. *dict. leg. quod maior.* Posteriore verò, necesse est vt à singulis adprobetur. *dict. l. vlt. C. de autor. præst.*

4. PAVLVS lib. 9. ad Edictum.

PLanè, vt duæ partes decurionum adfuerint, is quoque, quem decernent, numerari potest.

Ad l. Planè 4.

Ratio dubitandi, Nemo seipsum eligere aut sibi ipsi aliquid mandare vel imperare potest. *leg. 4. in fraudem tutor. & curator dat.* Ergo cùm quæritur an duæ partes decurionum aut ciuium adfuerint, is quem actorem esse decreuerunt, numerari non potest: ne sit in eius arbitrio & potestate facere vt actor ritè rectéque constitutus esse videatur. Ratio decidendi, Numeratur inter eos qui adfuerunt, at non etiam inter eos qui hanc ei potestatem demandarunt, id est, non ei proderit suffragium proprium, si vel vnum ei desit vt à maiore parte nominatus videatur. Esset enim hoc mali exempli nimísque impudentis ambitionis, cùm vix alio honore dignus quis videri debeat, quàm eo, quem si non recusauerit, certè non ambierit.

5. VLPIA-

5. VLPIANVS lib. 8. ad Edictum.

ILlud notandum Pomponius ait, quod & patris suffragium filio proderit, & filij patri.

Ad l. Illud notandum 5.

Ratio dubitandi, Patris & filij vna eadémque persona iure ciuili esse intelligitur propter ius patriæ potestatis. *l. ne cum filiofamilias 16. inf. de furt. l. Imperator 50. ad Senatusconsul. Trebellian. leg. vlt. Cod. de impuber. & aliis substitut.* ita vt vox patris vox filij existimetur, & contrà. *§. si quis alij. Inst. de inut. stipulat.* Ergo patris suffragium non magis potest filio prodesse, quàm suffragium ipsius filij, nec rursus suffragium filij prodesse patri, quàm suffragium ipsius patris. Nam & solemus dicere idoneos testes non esse illos, quibus imperari potest vt testes fiant. *leg. idones 6. de testibus.* At qui potest pater imperare filio vt patri suffragium ferat, cùm in filium habeat omnem potestatem. *l. in suis 11. de liber. & posthum.* Ob eámque causam nec filius patri idoneus testis est, vt neque pater filio. *leg. testis 9. & sequen. de testibus. leg. parentes 6. Cod. eodem.*

Ratio decidendi, Filiusfamilias in iis quæ ad ius publicum pertinent, non sequitur ius, patriæ potestaris. *l. nam quod 14.* iunct. *§. vlt. l. præced. ad SC. Treb.* adeò vt & pater possit esse iudex in causa filij & filius in causa patris, quia iudicare munus publicum est. *l. in pretates 77. cum seq. ff. de iud.* Quidni ergo & patris suffragium proderit filio, & filij suffragium patri? Puto enim vtrumque esse decurionem: quod munus publicum est. *tot. tit. Decur.* Neque verò vox filij vox patris est, aut contrà, nisi in iis quæ patri per filium acquiri possunt. *d. §. si quis alij. in fin.*

6. PAVLVS lib. 9. ad Edictum.

ITem eorum, qui in eiusdem potestate sunt, quasi decurio enim hoc dedit, non quasi domestica persona. Quod & in honorum petitione erit seruandum: nisi lex municipij, vel perpetua consuetudo[a] prohibeat.

Ad l. Item eorum 6.

Ratio dubitandi, Sicut patris & filij vna eadémque persona iure ciuili esse intelligitur, ita & eorum omnium qui in eiusdem patris sunt potestate. Adeò vt non magis inter fratres, quàm inter patrem & filium possit obligatio ciuilis consistere. *l. frater à fratre 38. de condition. indebit. l. sed si damnum 9.* aliàs *leg. peculium. §. huic definitioni de pecul.* Ergo vnius suffragium alteri prodesse non debet, tanquam eiusdem personæ aut saltem domesticæ. Nam & domestici testimonij fides iure ciuili improbatur. *l. penult. infra de testibus. leg. 3. C. eodem.*

Ratio decidendi, Frater hîc fratri suffragium dedit, non quasi frater, aut quasi domestica persona, sed quasi decurio, id est, tanquam publica persona, & in ea re, in qua nulla prorsus habetur ratio familiæ & patr[illegible] potestatis, vt ad prox. legem dicebamus ex *leg. nam quod 14. ad Senatusconsultum Trebellian. & quippe 78. de public. iudic.* Non tam autem inspiciendum est quid quis faciat, quàm quasi quid, & quasi quis. *leg. si pater familias 15. §. 1. supra de adoptionibus. l. debitor 59. in fin. d. Trebellian.* Idem igitur in quorumlibet honorum petitione seruandum erit, vt & patris suffragium prosit filio, & filij patri, & fratris fratri. Nisi lex municipij, inquit Paulus, vel consuetudo perpetua hoc prohibeat. Plerisque enim locis ita constitutum videmus, vt in eundem ordinem fortassis senatorium pater & filius, duóve fratres cooptari, si quando in idem votum concurrant, quod plerumque fit, non nisi pro vno numerentur in sententiis numerandis, vt solent numerari magis quàm ponderari. Nec malè in tanta seculi infelicitate, quanta nostri est, ne tam facilis delinquendi occasio præbeatur.

a *Vel perpetua consuetudo.* i. perpetuò & constanter obseruata. Nam ex eo quod aliter atque aliter obseruatum variè fuit, non potest induci consuetudo, vt neque ex iis quæ variè iudicata sunt: *leg. nam imperator 38.* vbi dixi. *§. de legib.*

1 ¶ Si decuriones decreuerunt, actionem per eum mouendam, quem duumuiri elegerint: is videtur ab ordine electus, & ideò experiri potest. parui enim refert, ipse ordo elegerit, an is cui ordo negotium dedit. sed si ita decreuerint, vt quæcumque incidisset controuersia[b], ëius petendæ negotium Titius haberet: ipso iure id decretum nullius momenti esse, quia non possit videri de ea re, quæ adhuc in controuersia non sit. decreto datam persecutionem. sed hodie hæc omnia per syndicos solent secundùm locorum consuetudinem explicari[c].

Ad §. 1. Si decuriones.

Ratio dubitandi, Nulli permittitur nomine ciuitatis vel curiæ, id est, decurionum experiri, nisi ei cui lex permittit, aut cui lege cessante ordo dedit. *lege 3. supra eodem.* Atqui is quem duumuiri elegerint, neque à lege, neque à decurionum ordine datus est, sed à duumuiris. Ergo ciuitatis vel curiæ nomine experiri non potest. Ratio decidendi, Videtur ab ordine ipso electus, cùm elegerint eum duumuiri ex mandato decurionum. Parui enim refert an ordo ipse elegerit, an is cui ordo negotium dedit, cùm quodcumque quis per alium facit per seipsum facere videatur. *l. si quis 7. §. vlt. ff. de iurisd. l. 1. §. 1. de eo per quem fact. erit. l. 5. §. quod si quis. de admin. tut.* Nec potest obiici. Ordinem decurionum debuisse actorem dare, non rem hanc negligere, ac duumuiris committendo donare. arg. *l. cum hi 8. §. si prætor adiutu. de transact.* Id enim verè dicitur de iis, quæ ordini vel alicui magistratui specialiter à lege aliqua, vel senatusconsulto, vel Principis constitutione mandata sunt, vt [illegible] specie *d. §. si prætor. & l. 1. de off. eius cui mand. & iurisd.* non etiam de cæteris. *l. solet. 16. & seq. de iurisd. l. dies 4. §. duas. de damn. infect.*

b *Vt quæcunque incidisset controuersia.* Ratio duditandi, Etiam ad litem futuram procurator dari potest. *l. 3. supra titulo proximo.* Ergo & actor vniuersitatis , qui procuratoris loco est §. vlt huius legis.

Ratio decidendi , Potest dari actor non minùs quàm procurator etiam ad litem futuram , sed ita tamen si sciatur quænam illa lis futura sit. Alioqui neque decretum , neque causæ cognitio vlla circa rem penitus incertam interponi posset. Dari autem actor à decurionibus præsertim ad litem tractandam sine decreto non potest, nec rursus, nisi cùm necesse est, cùm speciali iure permissum sit vniuersitatibus, quæ iure communi procuratorem habere non possunt , vt habeant actorem ad res vniuersitatis tractandas. Cuius permissionis contra vel saltem præter ius concedendæ nulla ratio est, nisi cùm necessitas subest, nec vlla rursus necessitas est ratione litium quæ ita futuræ sunt , vt nihil adhuc de iis coniici vel diuinari possit. Et hoc est quod Paulus hîc scribit non posse videri de ea re , quæ adhuc in controuersia non sit, decreto datam persecutionem. Alia ratio est procuratorum, qui à p riuatis constituuntur , vt dixi ad *d. legem 3. sup. tit. prox.*

c *Sed hodie hæc omnia per syndicos solent secundùm locorum consuetudinem expediri.* Totus hîc versiculus proculdubio Triboniani est, cuius temporibus iam obtinuerat quod nostris etiam obtinet, vt per syndicos locorum , qui per annos singulos eligi solent, res vniuersitatis tractentur , nec actor vllus constituatur , quasi hoc ipso quod syndici fiunt , mandatum habeant ad res omnes vniuersitatis quæ inciderint tractandas, nisi si qua in re mandato speciali opus sit , quod Pauli temporibus non obtinebat. Sic & hodie syndici dant procuratorem, quem actor olim dare non potuerat. *l. nec ciuitatis 74. §. tit. prox.*

2 ¶ Quid, si actor datus, postea decreto decurionum prohibitus sit? an exceptio ei noceat? & puto sic hoc accipiendum, vt ei permissa videatur, cui & permissa durat.

Ad §. 2. Quid si actor.

Ratio dubitandi, Is experiri potest nomine ciuitatis vel curiæ , cui aut lex aut cessante lege ordò permisit. *l. 3. hoc titulo.* Atqui verum est huic actori permissum fuisse vt ageret , cùm fuerit actor constitutus ritè ac solemniter. Ergo quamuis postea prohibeatur , non eò minùs experiri potest, nisi ipse prohibitioni consenserit. Ratio decidendi , Qui ordinis decreto actor datus est, contrario decreto prohiberi & remoueri potest , cùm pendeat hoc ex ordinis voluntate , dum salua actoris existimatione fiat. argum. *leg. quæ omnia 25. supra titulo proximo.* iunct. *l. nihil tam naturale 35. de regulis iuris.* Si ergo post prohibitionem experiri pergat, nocere ei debet exceptio non quidem procuratoria, cùm non agat tanquam procurator, sed doli vel in factum, quę sunt subsidiarię, quod agat cõtra voluntatem eorum quorum nomine agit. Non enim minùs mutari actor potest , quàm procurator, vt dicemus ad §. seq. Nec videtur permissa facultas agendi ei, cui non durat permissa. Sicut neque videtur in rem versum, quod non durat versum. *l. si patre 10. §. versum. de in rem. vers.* neque obligata pecunia quæ non durat obsignata. *l. acceptam 19. C. de vsur.* neque absens defensus, etiãsi aliquãdo defensus fuerit, si defensio non duret. *l. 2. §. vlt. quib. ex caus. in poss. eat.* Actorem igitur aliquem datum esse cùm dicimus, παρατατικῶς intelligere debemus, id est, fusiùs & cùm extensione, vt loquitur Vlp. in *d. §. vlt.*

3 ¶ Actor vniuersitatis, si agat, compellitur etiam defendere: non autem compellitur cauere de rato[d]. Sed interdum si de decreto dubitetur , puto interponendam & de rato cautionem. Actor itaque iste procuratoris partibus fungitur: & iudicati actio ei ex edicto non datur, nisi in rem suam datus sit: & constitui ei potest. ¶ Ex iisdem causis mutandi actoris[e] potestas erit, ex quibus etiam procuratoris. ¶ Actor etiam filiusfamilias dare potest[f].

Ad §. 3. Actor.

Ratio dubitandi, Edicto prætoris non alius iubetur defendere , quàm qui & actoris procurator est , & tanquam procurator agit. *l. seruum quoque §. ait prætor. & sequent. supra titulo proximo.* Atqui actor vniuersitatis non est procurator , cùm vniuersitas procuratorem dare non possit, nec rursus agit nomine alicuius personæ , siquidem non singulorum , qui ex vniuersitate sunt actor est, sed ipsius vniuersitatis, quæ personam non habet. *l. 2. §. hoc titulo.* Ergo non est compellendus etiam defendere. Ratio decidendi, Actor iste etsi procurator non est , attamen procuratoris partibus fungitur, ideóque hac etiam in re , vt in cæteris omnibus, procuratoris iure censeri debet. Agit enim vtique alieno nomine, cùm agit nomine vniuersitatis , non minùs quàm si ageret nomine singulorum. Nec vniuersitas est quid imaginarium, sed corpus quod oculis videtur, non quidem quale intellectu constituitur collectiuè ex pluribus & singulis, sed distributiuè in omnibus illis corporibus distantibus , ex quibus constat. *l. proponebatur 76. de ind. l. rerum mixtura 30. de vsuca.* Hinc est quod iudicati actio huic actori ex edicto non datur , nisi in rem suam datus sit, & constitui ei potest, quia & in procuratore idem obtineret. *leg. si procurator 28. l. Plautius 61. supr. titul. 1. l. eum. qui 5. §. Iulianus de pecun. const.*

d *Non autem compellitur cauere de rato.* Ratio dubitandi , Actor iste etsi procurator non est, partibus tamen procuratoris fungitur, vt proximè diximus. Atqui procurator actoris cogitur cauere & satisdare de rato. *d. l. seruum 33. §. ait prætor. l. Pomponius 40. §. ratihabitionis. & passim supra tit.*

tit prox. Ergo & actor hîc cogendus est cauere de rato. Ratio decidendi. Priuat procurator quilibet esse potest, dum ne prohibeatur edicto prætoris. *l. mutus 43. §. 1. eod.* & potest priuatus quos vult, & quot vult procuratores dare. *l. si quantum 31. §. vlt. & l. sequent. eod.* Proinde potest facilè quilibet se dicere procuratorem, licèt non proierat mandatum, si modò alleget se habere. Nam ratihabitionis satisdatio mandati vice cedit. *l. 1. Cod. de procuratorib.* At vniuersitatis nomine agere nemo potest , nisi cui aut lex permisit, aut ordo cessante lege. *lege 3. supra hoc titulo.* Prius ergo est vt quis ostendat se actorem esse , & à lege vel ab ordine constitutum , quàm vt agere vniuersitatis nomine possit. Nec audiendus est aliter , tametsi maximè paratus sit cauere. Nam quemadmodum qui ageret tanquam primarii procurator contra ipsius voluntatem non esset audiendus, ne quidem oblata cautione. *dict. leg. Pomponius. §. vltim.* ita nec qui agit nomine vniuersitatis , sine permissione, quam ei vel lex vel ordo dederit. Namque in genere permissorum quod expressim permissum non est , eodem loco censetur ac si prohibitum esset, vt dixi ad *dict. l. mutus 43. §. 1.* Verum igitur esse non potest quod sequitur apud Paulum, *sed interdum si de decreto dubitetur , puto interponendam & de rato cautionem.* Nam si is qui se actorem dicit, non probet liquidò se talem esse , non est admittendus ad agendum nomine vniuersitatis , nec si millies satisdare paratus sit , quamuis ad agendum priuati nomine admitteretur. Præterid quod nec decreti probatio præcisè ab huiusmodi actore exigenda est, cùm fieri possit vt nullo indigeat decreto, putà si talis sit cui lex ipsa permittat agere nomine vniuersitatis. Est enim hæc in re potior & antiquior autoritas legis, quàm decreti: nec de decreto quærendum est, nisi cessante lege, vt scriptum est in *d. l. 3. §. eod.*

e *Eiusdem causis mutandi actoris.* Ratio dubitandi, Actor non constituitur nisi à lege vel ab ordine. *dict. l. 3. supr.* Atqui neque legem neque ordinem decet inconstantia ista, quæ tamen non potest non subesse aliqua cùm mutatur procurator. *l. in causæ 27. in illis verbis. super procuratore hanc inconstantiam recusabit. sup. tit. prox.* Ergo non tam facilè permitti debuit mutatio actoris quàm procuratoris. Ratio decidendi, Inconstantia est si mutatio fiat sine causa, vel si pro parte tantùm, vt in *d. l. in causæ*, vbi dixi. non etiam si fiat ob causam aliquam superuenientem ex iis de quibus dictum est in *l. post litem 17. §. vlt. & legibus sequentib. eod.* Nam quæ de nouo emergunt, nouo semper indigent auxilio. *l. de ætate 11. §. ex causa de interrogan. fac. fac.* Ergo quamuis ante litem contestatam libera ut potestas priuato mutandi procuratoris etiam sine causa. *l. ante litem 17. sup. tit. prox.* non tamen facile idem eueniet in actore vniuersitatis , maximè si lex illa sit quæ actorem constituit, non ordo. Nunquam enim lex mutationem vllam admittit vnquam sine causa.

f *Actor etiam filiusfamilias dari potest.* Ratio dubitandi, Actor rationem administrationis suæ reddere debet, & reliqua soluere plenámque vniuersitati indemnitatem præstare , vt & cæteri administratores omnes. *leg. 5. §. Iuliani. alias. l. quidam. de administration. tuto. l. cùm seruus 82. de condic. & demonstrat.* Atqui filiusfamilias non habet vnde soluat reliqua, si quid fortè reliquatus fuerit , cùm nulla habeat bona. *l. lex Cornelia 28. de vul. & pupill. substit.* Ergo cùm non nisi ob vtilitatem vniuersitatis permissum ei sit vt habeat actorem, non est ei permittendum, vt filiumfamilias eligere possit , ne fortè ex mala ipsius administratione periclitetur, quemadmodum nec liberum est ciuitati vt mutuam pecuniam accipiendo per actorem obligetur , sed ita demum si in eius vtilitatem pecuniæ versæ sint *l. ciuitas 27. de reb. cred.* In eóque alia ratio esse videtur vniuersitatis, alia priuati, qui etiam filiumfamilias dare procuratorem potest. *l. filiusfamilias 8. §. tit. 1.* nempe quia potest priuatus conditionem suam facere deteriorem, sibíque debet imputare cur talem elegerit procuratorem. At nihil potest imputari vniuersitati, quæ nunquam ipsa elegit, sed decuriones, cùm tamen non de decurionum , sed de vniuersitatis damno & periculo agatur. Ratio decidendi. Cum filiusfamilias actor eligitur, si quidem patre consentiente, etiam pater ipse tenetur quasi fideiussor, si verò pater non consenserit , tenentur ij omnes qui elegerunt , atque ita omni casu indemnitas vniuersitati præstatur. *l. 2. ad municip. l. honores 7. §. vl. de decurionibus l. si filius 20. alias l. si vnus.* idem scribit. *famil. ercis. l. 1. in princ. de minor. l. conuen.* Cæterùm fieri facilè potest vt filiusfamilias, qui in actorem eligitur, talis sit probitatis, industriæ & diligentiæ, vt cæteris omnibus etiamsi pater consentire ac pro eo fideiubere nolit, præferendus videatur. Bonum enim actorem & idoneum, sicut tutorem vel procuratorem, mores faciunt, non facultates.

7. VLPIANVS libro 10. ad Edictum.

Sicut municipum nomine actionem prætor dedit , ita & aduersus eos iustissimè edicendum putauit. Sed & legato, qui in negotium publicum sumptum fecit, puto dandam actionem in municipes.

Ad l. Sicut 7.

Ratio dubitandi, Quod vniuersitati cuilibet permissum est, vt actorem habere possit, qui procuratoris partibus fungatur , non nisi fauore vniuersitatis constitutum est vt habeat illa per quem tanquam in republica omnia negotia administrentur, quæ alioqui perire necesse esset. *l. 1. §. 1. h. t.* Ergo non debet in perniciem & incommodũ vniuersitatis hoc ius retorqueri. *l. nulla 25. §. de legib. l. quod fauore 6. C. eod.* Atqui reperietur, cùm prætor tam facilè dat actionem in municipes , aut in actionem nomine municipum, quàm municipibus aut actori ipsi in alios. Ergo non sicut municipum nomine actionem prætor actori dedit, ita & aduersus actorem municipum nomine actionem polliceri edicto suo debuit. Ratio decidendi. Non tantùm publicè interest, sed ipsius etiam vniuersitatis, vt conueniri possit. *l. pen. §. eod.* sicut & obligari. Ne alioqui nemo reperiatur qui cum eius actore velit contrahere, atque ita quodammodò omni commercio vniuersitatibus interdicatur. Pertinet ergo hoc ad fauorem non ad odium vniuersitatis. *l. quod si minor 24. §. non semper. §. de minor. l. ratas 7. C. de rescind. vend. l. Diuus 24. §. de test. milit.*

a *Sed & legato.* Ratio dubitandi, Legatus vel gratuitam legationem suscepit, vel non gratuitam. Si gratuitam, nihil est quòd possit petere, si non gratuitam, accipit legatiuum quod ei sufficere debet. *l. 2. §. vlt. de legation. l. 2. C. eod. l. munerum 18. §. legati. de muner. & honor.* Ratio decidendi. Siue legatiuum acceperit, siue non: attamen sumptus quos in publicum negotium fecit, ei restitui æquum est. Legatiuum enim quod ei datur, qui non gratuitam legationem suscepit, nihil nisi viaticum est. *d. §. legati.* Danda igitur ei est hoc nomine actio in municipes: vel ideò vt ad legationes obeundas alacriùs inuitentur, qui plus ingenij & animi habent, quàm facultatem. Nam, vt ille dicebat, Nemo militat suis stipendiis.

1 ¶ Si quid vniuersitati debetur, singulis non debetur: nec, quod debet vniuersitas singuli debent.

Ad §. 1. Si quid.

Ratio dubitandi, Vniuersitas constat & conflatur ex singulis, ita vt si singuli nulli sint, vniuersitas tamen nulla esse possit. *l. proponebatur 76. de iudic. l. rerum mixtura 30. de vsucapio.* Ergo quod vniuersitati debetur, singulis omnibus debetur, & contrà.

Ratio decidendi. Constat quidem vniuersitas ex singulis tanquam ex partibus suis integralibus, aut, vt loquuntur, integrantibus. Sed tanto magis ab iis distinguitur ratione & essentia. Nemo enim Titium aut Mæuium dixerit esse populum vel vniuersitatem, non magis quàm manum aut brachium hominis, hominem: non dico vniuersitatem differre à singulis, tanquam abstractum à concreto vt genus vel speciem ab indiuiduis. Vniuersitas enim non est quid abstractum, sed concretum ex singulis tanquam corpus conflatum ex distantibus, collectiuè tamen non distributiuè. *d. l. rerum mixtura. l. 1. §. vlt. & l. seq. de rei vind.*

2 ¶ In decurionibus, vel aliis vniuersitatibus nihil refert, vtrùm omnes idem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint. Sed si vniuersitas ad vnum rediit[b], magis admittitur, posse eum conuenire, & conueniri: cùm ius omnium in vnum receiderit, & stet nomen vniuersitatis.

Ad §. 2. In decurionibus.

Ratio dubitandi, Omnibus mutatis partibus totum quoq; mutari necesse est. Nec enim totum sine partibus suis esse potest, nec proinde idem totum, nisi manentibus iisdem partibus. Alioqui dicendũ erit omnibus omnino defunctis nihilominùs vniuersitatem & populum manere: quod tamen falsum est, vt fatetur Vlpianus in fine huius legis. Ratio decidendi. Cuius eadem species & forma extrinseca manet, idem totum manet. *d. l. proponebatur 76. in fi. de iud. l. Iulianus 9. §. sed si quis rem. ad exhi.* Atqui fieri potest vt partes integrales omnes mutentur, & tamen forma & species eadem remaneat: nimirum si mutatio illa fiat non simul & semel, sed per partes ac vices. *d. l. proponebatur l. quires 98. §. aream. de solut.*

b *Sed si vniuersitas ad vnum rediit.* Ratio dubitandi, Vniuersitas non potest ab vno incipere, quia saltem tres esse oportet vt sit collegium. *l. Neratius 85. de verbor. significat.* Ergo nec in vno potest vniuersitas consistere, quia intercidit res, quoties ad eum casum & statum peruenit, à quo non potuit incipere. *l. quia 16. ad leg. Aquil. l. si à me 11. de iudicis.* Nam & grex esse desinit, quoties ita deminutus est, vt vnus tantùm bos superstit. *l. si grege 22. de legat. 1.* Est autem gregis corpus vnum ex distantibus capitibus. *§. si grex. Institut. de legat.* sicut & populus & legio. *dict. l. rerum mixtura.* Ratio decidendi, Quandiu aliquis vel vnus supereſt ex vniuersitate, tantundem iuris solus ille habere debet, quantum tota vniuersitas haberet si non esset diminuta, quia ius omnium in vnum recidit. Sicut & grege legato, etiam si grex esse desinat, quia ad vnum bouem vsque deminutus sit, ille tamen bos debetur, & vindicari potest. *dict. leg. si grege.* Stat enim nomen gregis & vniuersitatis, licèt re vera & vniuersitas & grex esse desinat, quandoquidem [in vno sanè indiuiduo non potest ea species consistere, quæ non nisi ex distantibus capitibus constet, si tamen ea species dicenda est potiùs quàm totum.

8. IAVOLENVS lib. 15. ex Cassio.

(AN) ciuitates si per eos, qui res earum administrant, non defenduntur, nec quicquam est corporale reipublicæ, quod possidetur: per actiones debitorum ciuitatis, agentibus satisfieri oportet.

Ad l. Ciuitates 8.

Ratio dubitandi. Prætor edicto pollicetur. Si nemo municipes defendat, se quod eorum commune erit possideri, & si admoniti non excitentur ad sui defensionem, venire permissurum. *l. 1. §. quòd si nemo 3. hoc tit.* Atqui iura & nomina debitorum non possunt possideri. *l. 1. §. vlt. de rer. diuis.* Ea demum enim possideri possunt, quæ sunt corporalia. *l. 3. in pr. de acquir. poss. l. 4. §. si viam. de vsucap.* Ergo actiones debitorum vniuersitatis non possunt vendi ex edicto, etiamsi nihil corporale sit reipublicæ quod possideatur, Ratio decidendi. Prætor dat actionem vniuersitati & in vniuersitatem ad exemplum priuatorum. *d. l. 1. §. quod si nemo. & §. vlt. & l. prox. prætor. hoc tit.* Atqui in priuatorum personis ita obseruatur, vt si nihil sit corporale quod possideri & distrahi queat, veniendum sit ad iura & actiones, vt non tam pignori, quàm pignoris loco capiatur. *l. à Diuo Pio 15. §. in venditione de re iudic. l. 23. & 4. C. quand. fisc. vel priuat. debit. sui debitores conuen. poss.* Aliud enim nihil supereſt ex quo satisfieri actori possit. Idem ergo & circa debitores vniuersitatis fieri oportet. Nam & quod vniuersitati debetur, vniuersitatis est. *l. cedere diem 213. §. 1. de verb. signif.*

9. POM-

9. POMPONIVS lib. 13. ad Sabinum.

SI tibi cum municipibus hereditas communis erit: familiæ herciscundæ iudicium inter vos redditur. Idémque dicendum est in finium regundorum, & aquæ pluuiæ arcendæ iudicio.

Ad l. Si tibi 9.

Ratio dubitandi. Iudicia ista non possunt expediri quin mutuę adiudicationes fiant, ideóque in his iudiciis vterque litigatorum & actor & reus est. *l. item Labeo 22. §. 1. & 2. famil. ercisc. l. 10. fin. regund.* Atqui res vniuersitatis non possunt alienari sine decreto, nec nisi per actorem qui in eam rem fuerit nominatim datus. *l. 1. §. 1. l. item 6. §. 1. hoc tit.* Ergo etiamsi tibi cum municipibus hereditas communis erit, nõ ideò tamen iudicium familiæ erciscundæ inter te & municipes accipi poterit, cùm municipes ne quidem possidere summo iure quicquam possint *l. 1. §. vlt. de acquir. poss.*

Ratio decidendi. Iudicium familiæ erciscundæ, vt & aliud quodlibet dari potest & municipibus, & contra municipes *l. sicut 7. §. hoc ti.* sed dato ab iis actore, vel ad agendum tantùm si agere velint municipes iudicio simplici, vel ad defendendum si conueniantur, vel ad vtrumque si iudicium sit duplex. Ne alioqui deterioris condicionis sit vniuersitas, quàm priuatus, postquàm placuit etiam municipibus hereditatem relinqui vel directò vel per fideicommissum posse *l. cùm alicui 26. § tit. prox. l. ciuitatib. 122. de leg. 1. l. omnibus 26. & seq. ad SC. Trebell.* Esset enim difficilior communio hereditatis inter priuatum & vniuersitatem, quàm diuisio. Præterid quod nemo inuitus cogitur manere in communione, siue vltro eam contraxerit, siue ignorans in eam inciderit *l. vl. C. commun. diuid.* propter discordias quas materia communionis excitare solet *l. cùm pater 77. § dulcissimis de leg. 2.*

10. PAVLVS lib. 1. Manualium.

CONstitui potest actor etiam ad operis noui nunciationem, & ad stipulationes interponendas: veluti legatorum, damni infecti, iudicatum solui: quamuis seruo potius ciuitatis caueri debeat[y], sed & si actori cautum fuerit, vtilis actio administratori rerum ciuitatis dabitur[z].

Ad l. Constituit 10.

Ratio dubitandi. Prætoris edictum non fuit locutum nisi de actione vel municipibus vel in municipes danda *l. sicut, in princip.* Atqui nec is qui nouum opus nunciat, nec qui stipulatur legitorum nomine vel de damno infecto vel iudicatum solui, agit. Ergo edictum prætoris ad hunc casum non pertinet.

Ratio decidendi. Habent ista instar actionis, præsertim verò stipulationes, de quibus diximus, adeò vt actionis quoque appellatione contineantur *l. actionis 37. de oblig. & act. l. sed & hæ 35. §. non solum l. Pomponius 40. §. 1. ff. tit. prox.* quia ex edicto prætoris perinde cogitur aduersarius eas interponere, atque si in eam rem aliqua actio competeret. Noui autem operis nunciatio licèt neque actio sit, neque actionis præparatoria, tamen actionis loco esse ideò potest, quia post operis noui nunciationem litigatores committunt se prætoriæ iurisdictioni *l. 1. §. & post operis. de oper. noui nunciat.* Adde aliam rationem dubitandi & decidendi ex iis quæ dicam ad *vers. vlt. huius legis.*

y *Quamuis seruo potius ciuitatis caueri debeat.* Ratio dubitandi. Actoris persona dignior est, quia libera, quàm serui. Ergo si vniuersitas & actorem & seruum habeat, cauendum est potiùs actori quàm seruo.

Ratio decidendi. Per stipulationem serui acquiritur directa actio municipibus, per actorem verò non nisi vtilis, vt sequitur in hac lege. Qua etiam ratione placet in priuatorum negotiis si procurator agat, & absentis seruus præsens sit, seruo cauendum esse potiùs quàm procuratori *l. mutus 43. § si procurator. vbi sup. tit prox.*

z *Sed etsi actori cautum fuerit, vtilis actio administratori rerum ciuitatis dabitur.* Ratio dubitandi. Per liberam personam nulla acquiri potest actio, ne quidem per procuratorem *l. 1. C. per quas pers. l. 2. C. si cer. pet. l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus de verb. obli.* Ergo multò minùs per actorem, præsertim verò administratori ciuitatis, cùm non sit actor administrationis, sed ciuitatis & vniuersitatis.

Ratio decidendi, Actor procuratoris loco est *l. 6. §. vlt. ff.* & ideò potest acquirere vtilem actionem iis casibus quibus procurator acquireret. Et quidem vniuersitati non administratori, sed quam tamen administrator ipse ciuitatis exercere potest & debet. Dicam *ad tit. De admin. rer. ad ciuit. pertin.* Neque verò per nunciationem noui operis & per istas stipulationes tam nouum ius acquiri videtur, quàm pristinum conseruari. arg. *l. 1. §. nunciatio & §. pe. de oper. nou. nunciat.* Per aliumverò præsertim per procuratorem & actorem. licèt nihil acquirere possimus, retinere tamen ius nostrum & conseruare possumus *l. per procuratorem 72. sup. tit. 1.* ideóque nimirum ex stipulationibus prætoriis acquiritur per procuratorem vtilis actio *l. 5. de stipul. prætor.* quia interponuntur non tam vt nouum ius acquiratur, quàm vt vetus conseruetur.

DE NEGOTIIS GESTIS, TITVL. V.

VLPIANVS lib. 4. ad Edictum.

HOc edictum necessarium est: quoniam magna vtilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem [a], aut venditionem patiantur[b], vel pignoris distractionem [c], vel pœnæ committendæ actionem [d], vel iniuriâ rem suam amittant.

Ad l. Hoc edictum 1.

Ratio dubitandi, Imputari potest ei qui abest cur absuturus non constituerit & reliquerit procuratorem aliquem in ciuitate qui negotia sua interim gereret & curaret. Ergo non est ei subueniendum aut fauendum. arg. *l. Papinianus 20. de minor l. sed etsi 26. §. 1. ex quib. caus. maior.* Nec proinde vtilitatis absentium gratia debuit proponi hoc edictum *De negot. gest.* Ratio decidendi, Plerumque homines eo animo peregrè proficiscuntur quasi statim rediturí, nec ob id vlli curam negotiorum suorum mandant, deinde nouis causis interuenientibus ex necessitate diutiùs absunt, quorum negotia interim deperire iniquum erat, quæ sanè deperirent si actio negotiorum gestorum vtrimque proposita nõ fuisset à prætore *l. si quis absentis 5. de obligat. & action.*

a *Rerum possessionem.* Ex edicto. *Quib. ex caus. in poss. eat.*

b *Vel venditionem patiantur.* Ex tit. *De reb. autor. iudic. possid. seu venund.*

c *Vel distractionem pignorum.* Ex tit. *De distract. pignor. D. & C.*

d *Vel pœnæ committendæ actionem.* Pœna enim deducta in stipulationem omnimodo committitur existente condicione stipulationis etiamsi nihil possit imputari promissori, adeóque etiamsi nemo fuerit eo tempore qui soluere aut cui solui potuerit *l. ad diem 77. de verb. oblig. l. vlt. de leg. commiss.* Pœna enim adiecta, nihil aliud quærendum est nisi quænam sit quantitas & condicio stipulationis. *l. stipulatio ista 38. §. alteri. de verb. oblig.*

e *Vel iniuria rem suam amittant.* Est enim fauorabilis conseruatio iuris quæsiti, ita vt per eos quoque per quos actionem acquirere non possumus, conseruare tamen & retinere possimus *l. per procuratorem 72. §. de procurat.*

2. GAIVS lib. 3. ad Edictum Prouinciale.

SI quis absentis negotia gesserit, licèt ignorantis [f] : tamen quidquid vtiliter in rem eius impenderit, vel etiam ipse se in rem absentis alicui obligauerit [g], habeat eo nomine actionem. Itaque eo casu vltro citróque nascitur actio [h], quæ appellatur negotiorum gestorum. Et sanè sicut æquum est, ipsum actus sui rationem reddere, & eo nomine condemnari, quidquid vel non, vt oportuit, gessit [i], vel ex his negotiis retinet [k] : ita ex diuerso iustum est [l], si vtiliter gessit [m], præstari ei, quidquid eo nomine vel abest ei, vel abfuturum est [n].

Ad l. Si quis absentis 2.

f *Licèt ignorantis.* Ratio dubitandi. Non potest ignorantis nihil delinquentis condicio deterior fieri per alium *l. 2. §. quod vi aut clam.* Ne quidem per procuratorem *l. ignorantis 49. §. de procurat.* Atqui fit deterior condicio eius qui obligatur, cùm obligatio omnis sit iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ. *Instit. tit. de obligat.* Non ergo induci potuit, vt ex negotiorum gestione ab alio facta dominus negotiorum absens & ignorans obligaretur. Ratio decidendi. Nemo ignorans obligatur hac negotiorum gestorum actione, nisi eo demum casu, quo negotium eius vtiliter gestum sit. Quod cùm euenit æquum est illum obligari etiam ignorantem si quidem ea obligatio, & quę inde nascitur actio non facit eum pauperiorem qui nec aliam ob causam tenetur quàm ne ex aliena iactura locupletetur, quod esset contra naturam *l. nam hoc natura 14. de cond. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* Sed etsi ignorans dominus obligetur, non tamen inuitus obligatur. Quis enim est qui negotia sua per absentiam suam perire malit, quàm obligari ei qui vtiliter ipsa sit gesturus? Itaque credendus est potius quilibet prudens paterfamilias mandaturus vtilem illam negotiorum gestionem si sciret & mandare posset, quàm prohibiturus. Vnde etiam est quod hæc negotiorum gestorum obligatio & actio dicitur nasci ex quasi contractu *dict. l. 5. de obligat. & act. §. 1. instit. de obligation. quæ ex quas. contr.* nec tantùm ex ipsa re & gestione quanquam hæc quoque posterior ratio sufficit in eo qui non magis ex quasi contractu quàm ex contractu potest obligari, cuiusmodi est pupillus, & furiosus *l. furiosus 46. de oblig. & action. l. 3. §. pupillus. & seq. ĩ hoc tit.*

g *Ipse se in rem absentis alicui obligauerit.* Ratio dubitandi. Ei qui se tantùm obligauit, nec quicquam præstitit, nihil adhuc abest. Ergo interim danda ei actio non est. Actio enim ius est persequendi in iudicio quod actori debetur, non quod actor ipse debeat *l. nihil aliud 51. de oblig. & action.*

Ratio decidendi. Debitori obligato abesse intelligitur pecunia quam debet, cùm possit ab eo exigi, quandocunque volente creditore, & quemadmodũ locupletior fit qui liberatur à debitore *l. si pupilli 66. in fi. de solut.* ita & pauperior qui obligatur, cùm per obligationem perueniatur tandem ad bonorum alienationem *l. 3. §. pignori. l. 5. §. si pupillus. de reb. eor. qui sub tutel.* Qua de causa fideiussor plerunque habet actionem mandati etiam priùs quàm soluerit *l. Lucius 38. §. 1. ĩ. mand. l. si pro ea. 10. C. eod.* Nihil ergo interest an negotiorum gestor vtiliter quid impenderit, an se tantùm obligauerit. Nisi quòd is qui impendit agit vt sibi pecunia restituatur, qui verò se obligauit vt liberetur. At vterque vt plenam indemnitatem consequatur. Datur enim hæc actio non ad id tantùm quod abest, sed ad id etiam quod abfuturum est, vt Caius ait in fine huius legis.

h *Vltro citróque nascitur actio.* Non tamen æquè principaliter. Vna enim est directa quæ domino competit aduersus negotiorum gestorem, altera contraria quæ negotiorum gestori contra dominum. Vtraque idem habet nomen, *negotiorum gestorum*, sicut euenit quoties vna tantùm directa est & altera contraria. Est autem hoc nomen vtrique accommodatissimum, quia vtraque nascitur ex vtili negotiorum gestione.

i *Quic-*

i *Quicquid vel non vt oportuit gessit.* Ratio dubitandi. Etiamsi quid minus diligenter gestum sit ab amico, non tamen potest dominus conqueri cui semper vtilius est ipsius negotia geri ab aliquo quantumuis negligente, quàm à nemine, & geri quoquomodo & qualiter quàlibet, quàm nullomodo arg. *l. exigendi 12. vers. sed multò iustius. C. hoc procur. l. tutori 20. C. hoc tit.* Ergo non debet teneri negotiorum gestor etiamsi non vt oportuit gesserit, qui potuit nihil etiam omnino gerere si maluisset.

Ratio decidendi. Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti *l. culpa est 36. de reg. iur.* & aliena inuadere negotia vt loquitur Vlpianus in *l. de oblig. & action.* nisi fiat hoc ab eo qui & propositum & industriam habeat bene gerendi. Debétque sibi imputare is qui nullam industriæ sibi conscius, propriisque fortasse negotiis administrandis impar, aliena vltro attingere voluerit, quæ si ipse non attigisset, alius vt credibile est diligentior amicus ad eorum administrationem accessisset *l. si pupilli 6. §. vl. inf. hoc ti. l. 1. §. vlt. de eo qui pro tutor.* Indéque petenda est ratio dubitandi ad *l. aduersus 8. C. hoc tit.* vbi putabat miles permittendum sibi agere criminaliter aduersus eum qui negotia sua manumiserat, quasi non tantùm culpa, sed etiam delictum illud esset.

k *Vel ex his negotiis retinet.* Quasi venerit ad prædam cùm ad absentis negotia tractanda venit. Ad hos pertinet. Ouidianum illud à nobis iam supra allatum:

Tuta frequẽnsque via est per amici fallere nomen
Tuta frequẽnsque licet sit via, crimen habet.

l *Ita ex diuerso iustum est.* Ratio dubitandi. Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti & aliena inuadere negotia vt proximè diximus. Arqui nemo ex culpa sua debet habere actionem *l. itaque 12. §. 1. de furt.* Ergo æquum non est vt qui absentis & ignorantis negotia vltro gessit quamuis vtiliter gesserit habere debeat eo nomine actionem. Potiúsque dicendum esset nullum videri damnum sentire gestorem qui non nisi ex culpa sua sentiat *l. quod quis 203. de reg. iur.* Ratio decidendi, Nemo potest alteri culpã ob iicere ex eo facto ex quo ille ipse qui culpam obiecit lucrum sentiat *l. si extraneus 33. l. cum in fundo 78. §. quòd si mulier de iur. dot.* Nec quicquam iniquus est quàm vt ex aliena iactura quis locupletetur *l. nam hoc natura 14. de cond. indeb. l. iure nat.* [illegible] *206. de reg. iur.* Denique euentus aut etiam propositum bonumque initium negotij vtiliter gesti, ostendit nullam culpam in gestore interuenisse.

m *Si vtiliter gesserit.* Ratio dubitandi. Negotiorum gestorum actio datur gestori etiamsi negotiũ quod gessit effectum non habuerit, nec bonum euentum *l. sed an vltro 10. §. 1. hoc tit.* vt euenit etiam in eo qui mandatum habuit alicuius rei gerendæ, quam ad finem perducere non potuit *l. qui mutuam 36. §. vlt. ĩ. mandat. l. seruus 17. de in rem vers.* Ergo non est necesse vt negotium vtiliter gesserit.

Ratio decidendi. Imò necesse est vt vtiliter gesserit, sed tum quoque vtiliter gessisse dicendus est cùm bonum euentum res non habuit, si modo negotium vtiliter cœptum sit, & ita vti à diligente paterfamilias incipi & geri debuisset *d. l. sed an vltro §. 1. & l. si seruum 10. C. eo.*

n *Vel abest et vel abfuturum est.* Ratio dubitandi. Hæc actio datur etiam ad vsuras sumptuum in alienam rem factorum *l. atquin 9. §. pen ĩ. hoc tit. l. ob negotium 18. C. eod. l. & in contraria 37. de vsur.* Atqui vsuræ nec absunt nec abfuturæ sunt, cùm non natura, sed iure percipiantur *l. si mutuis 62. de rei vindic.* id est, non tam ex ipsa pecunia quæ sui natura sterilis est quàm ex negotiatione. arg. *l. venditor 21. de hered. vel act. vend.* Ergo datur hæc actio etiam ad id quod neque abest neque abfuturum est.

Ratio decidendi. Vsuræ quoque abesse intelligũtur, non tantùm quas negotiorum gestor alij præstitit à quo pecuniam sub vsuris mutuari coactus fuerit, sed & quas potuit colligere ex pecunia quam habuit domi. *d. l.* & in contraria, quia de negotiorum gestore vt de quolibet paterfamilias diligente credendum sit, quod nõ fuerat diutius pecuniam suam ociosam habiturus, sed hoc ita si plus commodi quàm incommodi attulerit domino hæc solutio vsurarum, *d. l. & in contraria in fi.* Hoc enim exigit bona fides, cuius præcipua ratio habenda est in huiusmodi actione quæ bonæ fidei est *d. l. ob negotium l. in bonæ fidei 13. C. de vsur.*

3. VLPIANVS lib. 10. ad Edictum.

AIt prætor: *si quis negotia alterius, siue quis negotia, quæ cuiusque, cùm is moritur, fuerint, gesserit: iudicium eo nomine dabo.*

Ad l. Ait Prætor 3.

Verba sunt edicti prætoris ex quibus apparet actionem hanc non ciuilem esse, sed ad prætoriam. Interpretatio sequitur apud Vlpianum.

1 ¶ Hæc verba *si quis*, sic sunt accipienda, *siue suæ*, nam & mulieres negotiorum gestorum agere posse, & conueniri, non dubitatur:

Ad §. 1. Hæc verba.

Ratio dubitandi, Aliena negotia per mulieres non aliter agi possunt quàm in rem suam & ad proprium lucrum *l. qui absente 4. C. de procurat.* Ergo edictum prætoris. De negotiis gestis quod de masculis duntaxat locutum fuit ad fœminas extendi non debet.

Ratio decidendi, Alienam quidem defensionem suscipere aut alienas lites tractare virile officium est *d. l. 4. & l. alienam 18. C. eo* sed in cæteris in quibus neque sexus verecũdia neque publica honestas violatur non prohibentur fœminæ aliena gerere negotia, præsertim absentium parentum aut aliorum coniunctorum *l. fœminas 41. §. de procurat.* Deinde negotiorum gestorum actione & conueniunt & conueniuntur, non illi tantùm qui aliena gerunt negotia, sed illi potissimum quorum geruntur. Iis enim directa competit non gestoribus. Atqui fœminarum negotia sunt non minùs quàm masculorum, tantóque digniora quæ per alios tractentur, quantò imbecillior is sexus est ad res bene gerendas. Non minùs ergo ad fœminas quàm ad masculos edictum hoc pertinet. Quanquam posterior hæc ratio non ad verba ista *si quis* aptanda est, sed ad dictionem alterius quæ sequitur in edicto & de qua in §. 3. *infra*

Nec quod prætor verbis edicti masculinum sexum demonstrauit reprehensionem meretur, quia verbum hoc *si quis* tam fœminas quàm masculos complectitur *l.1.l.pronunciatio* 195. *in pr. de ver. sig.* & semper sexus masculinus continet fœmininum eminèter, si rei, de qua agitur, natura hoc patiatur, quamuis non contra *l. qui duos* 62. *l. legatis* 65. *§. pe. l. seruis* 31. *de leg. 2.* iunct. *l. si ita sit scriptum* 45. *in pr. de leg. 2.*

2 ¶ *Negotia* sic accipe: siue vnum, siue plura.

Ad §. 2. Negotia.

Ratio dubitandi, Pluralis locutio duorum saltem numerum exigit *leg. vbi numerus 12. de testibus.* Ergo dictio *negotia*, quæ pluralis numeri est, in vno negotio verificari non potest. Ratio decidendi, Vsus est prætor numero plurali, vt vno verbo casus omnes comprehenderet. Nam in plurali numero etiam singularis continetur, & siue vnum negotium sit quod gestum est, siue plura, eadem semper ratio subest concedendæ gestori & in gestorem huius actionis.

3 ¶ *Alterius*, inquit, & hoc ad vtrumque sexum refertur.

Ad §. 3. Alterius.

Ratio dubitandi. Non tam facile est vt fœmina quàm vt masculus obligetur saltem vtiliter & cum effectu, vt apparet ex SC. Velleiano, & ex lege Iulia de fundo dotali. *tot. tit. ad SC. Velleia l. vn. §. & cùm lex Iulia. C. de rei vxo. act.* Ergo non tam facilè permittendum fuit vt fœmina quàm vt masculus hac negotiorum gestorum actione teneretur. Ratio dec. Nulla inter masculos & fœminas differentia est, cum agitur de fœminis non nisi ob earum vtilitatem obligãdis, quod euenit in actione negotiorum gestorum, quæ si illis ipsis masculis contra quos datur vtilis esse creditur, vt ait *l. 1. & 2. §. h. ti.* lõgè vtilior est fœminis, quarum negotia tantò iustius est, etiam iis ignorantibus, ab alio geri, quantò minùs possunt illę per se rebus suis superesse, aut in bono procuratore eligendo industriam illam & prudentiam adhibere, quam masculi adhibere solent, vt dixi ad *§. 1. §.*

4 ¶ Pupillus sanè, si negotia gesserit, post rescriptum D. Pii etiam conueniri potest in id, quod factus est locupletior: agendo autem compensationem eius, quod gessit, patitur [a].

Ad §. 4. Pupillus.

Ratio dubitandi. Pupillus non obligatur, etiamsi expressim contrahat, si modò sine tutoris autoritate *l. obligari 9. de autor. tutor.* Ergo multò minùs potest obligari ex quasi contractu, si aliena negotia gerat sine tutoris autoritate. Nam qui contrahere non potest, nec quasi contrahere. Ratio decidendi, Non tenetur pupillus actione ista ob id solùm quod aliena negotia gesserit, quomodo cæteri tenentur, sed ob id maximè quod ex eiusmodi gestione locupletior factus sit, nec nisi quatenus locupletior factus est. Idque post rescriptum D. Pij quo primùm fuit inductam vt pupillus ex iis etiam quæ sine tutore fecit, & obligari & conueniri possit, in quantũ factus est locupletior, cum antea nullo casu posset conueniri, nisi ex iis quæ vel ipse tutore autore gessisset, vel tutor eius nomine, præterquàm si hereditarius contractus proponeretur. Et ratio rescripti euidens est, quia nec pupillum æquum sit locupletari cùm aliena iactura *d. l. nam hoc natura 14.* iunct. *§. vlt. l. præc. de cond. inde. l. Nesennius* 34. *ff. tit.* Scio Cuiacium malle hîc legere *pupilli* quàm *pupillus*, addita etiam dictione *quis*, sed non necessariò, vt mihi videtur. Vtrumque enim perinde verum est, & pupillum conueniri posse actione negotiorum gestorũ quatenus locupletior factus est, si aliena negotia gesserit. Et conueniri eundem posse, si ipsius negotia quis alius gesserit. Nec hoc rursum, nisi quatenus locupletior factus probabitur *l. si pupilli 6. l. litis* 39. *ff.* eod. Nã & ad pupillorum vtilitatem hoc pertinet, vt huiusmodi actione puberum exemplo teneantur, ne ipsorum negotia deserantur *l. 2. C. eo.*

a *Agendo autem compensationem eius, quod gessit, patitur.* Ratio dubitandi. Compensatio non fit, nisi de liquido ad liquidum *l. vlt. C. de compens.* Atqui pecunia quæ debetur actione negotiorum gestorũ vix liquida esse potest. Pendet enim ex varia quæstione facti, An negotia gesta sint & quomodo, & quid quãtúmque ex hac causa debeatur. Nã cùm debetur ad id quod interest, id est, quod actori abest abfuturúmque est *l. 2. in fi. §. h. tit.* iunct. *l. si commissa 13. rat. rem haber.* certum est quatenus cuiusque interfit in facto non in iure consistere *l. quatenus 24. de reg. iur.* vnde est quod incerti actio in libris nostris passim dicitur ea quæ competit ad id quod interest actoris *l. 7. §. 1. in fi. §. de pact. l. legem 9. l. cùm res 22. Cod. de donatio.* Ergo huius actionis compensatio fieri non potest cum alia actione per quam certum & liquidum petatur. Ratio decidendi. Compensatio fiebat Vlpiani temporibus, cuius hæc lex est, cuiuscunque debiti ad quodcunque debitum, siue liquidum esset, siue nõ, adeóque etiãsi naturà tantum deberetur, *l. etiam 6. de compensat.* manſitque ius hoc vsque ad tempora Iustin. in *d. l. vlt.* quę lex primũ fecit vt nõ liquidi ad liquidum obiici possit compensatio, at non etiã vt nõ liquidi ad nõ liquidũ. Si enim ex vtraque parte liquidandum sit quid & quantũ debeatur, nihil vetat obiici etiã hodie compensationem, vt & olim *leg. si autem 8. §. si quocunque. ff. hoc titulo.* Et è cõtrario si post discussam causam negotiorũ gestorũ constet quantum debeat is vel qui aliena negotia gessit, vel cuius negotia gesta sunt, etiã hodie cõpẽsari poterit quod debitum esse cõstabit, cùm non modò naturaliter debeatur, sed etiam iure prætorio, & ciuiliter, quatenus ius prætoriũ portio quæ dã iuris ciuilis existimatur. Cùm enim ob hoc sint comparatæ compensationes, quòd interfit nostra non soluere potiùs quàm solutum repetere *l. 3. de compensationibus. lege si stipulatus 15. de fideiussorib.* quid ni poterit compensari quod etiam actione negotiorum gestorum peti potest? Siquidem longè facilius est vt retentionem quis habeat & exceptionem, qualis compensatio est, quàm actionem *l. 1. §. is autem de superfic. leg. inuitus* 156. *§. 1. de regulis iuris.* Ex hac verò adiectione magis moueor, vt supradictã Cuiacij emendationẽ probare nõ possim Quænam enim dubitandi causa adferri posset cur is qui pupilli negotia gessisset, postmodum agendo contra pupillum cogeretur pati compensationem eius quantitatis quam pupillus etiam actione negotiorum gestorum exigere ab eo posset? At ne contra pupillum tam facilè compensatio danda esset, illud suadere videbatur, quod rescriptum diui Pij non fuerat locutum nisi de actione danda contra pupillum locupletiorem factum. Cuius rescripti tanquam noui & correctorij potestas non eoúsque protrahenda videbatur, vt eriam actionis pupillo competentis vim & effectum remorari quis posset ob id quod inscio tutore pupillus gessisset.

5 ¶ Et si furiosi negotia gesserim, competit mihi aduersus eum negotiorum gestorum actio. Curatori autem furiosi [a], vel furiosæ aduersus eum, eámve dandam actionem Labeo ait.

Ad §. 5. Etsi furiosi.

Ratio dubitandi. Furiosus neque ex contractu obligari potest, neque ex quasi contractu, cùm neque consentire possit, neque quasi cõsentire qui nec sentire intelligitur *l. si tibi 8. §. si vnius, de opt. lega.* Nam sicut contractus sine consensu nullus esse potest *l. 1. §. de pact. l. quæcunque gerimus 11. de obli. & act.* ita neque quasi contractus sine aliquo quasi consensu *tot. titul. Instit. de oblig. quæ ex quas. contr. nasc.* Adeò autem verum est furiosum nullo modo posse obligari, vt neque ex iis teneatur quę gessit curatore autore in quo peioris conditionis est quam pupillus qui omnia ferè negotia gerere potest tutore autore *l. in negotiis 5. de reg. iur.* Multò minùs igitur fieri potest, vt si quis furiosi negotia gesserit furiosus eo nomine obligetur. Nam cæteri quidem obligantur gestori ex quasi contractu, non quia mandasse videatur, sed quia credantur fuisse mandaturi, potius quàm passuri negotia sua deseri si mandare potuissent. At furiosus nullomodo mandare potuisset ne quidem ex autoritate curatoris, quia nec fieri poterat vt sciret, aut vt ratum haberet: Proinde non est habendus absentis loco *l. 2. §. 1. §. de procur.*

Ratio decidendi. Furiosus non tenetur actione negotiorum gestorum ob ea quæ ipse gesserit, sed ob id tantùm quod ipsius negotia ab alio gesta sint. Quam in rem nullo ipsius facto aut consensu vel quasi consensu opus est, sed tantùm facto eius qui gessit quia ex gestione & re ipsa actio hæc proficiscitur, & ex æquitate illa quæ non patitur furiosum vt nec alium quemlibet ex alterius iactura locupletari *l. furiosus 46. de oblig. & act.* Furiosum enim quantumuis pro ignorante habeatur, obligari tamen nouum non est ex iis causis ex quibus etiam ignorans obligaretur, sicut & ei obligatio acquiritur ex eisdem causis ex quibus ignoranti quoque acquireretur *l. si à furioso 24. eodem l. si à furioso 12. de rebus credit.*

a *Curatori autem furiosi.* Ratio dubitandi. Neque obligari neque conueniri furiosus potest ne quidem cum curatoris sui autoritate, sed tantùm curator eius vt proximè dictum est ex *l. 5. de reg. iur.* Atqui absurdum est & impossibile eundem curatorem furiosi & agere & conueniri ex eadem causa. Ergo curatori furiosi in furiosum ipsum actio dari nullomodo potest. Ratio decidendi. Obligatio furiosi erga curatorem & actio contraria quæ curatori cõperit aduersus furiosum nascitur ex sola administratione. Adeò vt ex hac causa etiam pupillus tutori suo, siue vllius autoritate ciuiliter obligetur *l. 1. in princip. & §. sed etsi. de contr. tutel. & vtil action.* Itaque hoc casu furiosus ipse obligatur, non curator nomine furiosi: Et quamuis furiosus actionem excipere non possit, alius tamen curator in hanc rem furioso dari potest qui excipiat, aut finito furore furiosus excipere poterit, aut denique mortuo furioso heres ipsius. Prouocandi enim fuerunt curatores furiosi sicut & tutores pupilli & cæteri curatores omnes huiusmodi iudicio contrario vt promptius de suo id impenderent, quod se aliquando recepturos scirent, *d. l. 1.* Nec quod curatores furiosi ex necessitate negotia ipsius gerant, actionem hanc iis aufferre potest *l. 3. §. pen. ff. hoc titu.*

6 ¶ Hæc verba, *siue quis negotia, quæ cuiusque, cùm is moritur, fuerint, gesserit,* significant illud tempus, quo quis post mortem alicuius [b] negotia gessit, de quo fuit necessarium edicere [c]: quoniam neque testatoris iam defuncti, neque heredis, qui nondum adiit, negotium gessisse videtur. Sed si quid accessit post mortem [d], vt putà partus, & fœtus, & fructus, vel si quid aliud adquisierint: & si (ex) his verbis non continentur, pro adiecto tamen debent accipi.

Ad §. 6. Hæc verba.

b *Post mortem alicuius.* Ratio dubitandi. Hæc verba edicti *cùm moritur* significant instans mortis. Illud námque instans mortis est quo quis moritur. Atqui instans illud vitæ non morti adscribitur *l. vlt. de condic. instit. l. qui duos 18. §. 1. de manum. testam.* Nec enim mortuus quisquam moritur, sed viuus. Ergo hęc verba non significant tempus quod sequitur mortem.

Ratio decidendi. Non referuntur hęc verba edicti ad gestorem, sed ad dominum negotiorum. Sic enim edictum habet *quæ cuiusque cum moritur fuerint.* Pertinet enim hæc pars edicti ad negotia quæ fuerunt quidem defuncti eo tempore quo moriebatur, sed quæ gesta sunt post ipsius mortem.

c *De quo necessarium fuerit edicere.* Ratio dubitandi. Videtur hæc pars edicti superuacua, quia quandiu hereditas adita nõ est ea defuncti personam repræsentat *l. non minus 31. §. 1. de hered. instit. l. in eo. 33. §. vlt. & l. seq. de acq. rer. dom. l. heres 22. de vsucap.* ac proinde potest interim obligari hereditas, sicut & defunctus ipse posset si viueret. Posteà verò quam hereditas adita est, heres quandocunque adierit iam inde ex die mortis testatoris adisse retrofingitur *l. heres quandocunque 49. de acquir. her. l. omnia 131. de reg. iur.* & consequenter heredis negotia gessisse videtur qui gessit hereditaria *l. si ex re 28. §. vltim. de stip. serui.* Non fuit ergo necessariũ quicquam edicere de illo qui negotia hereditaria gessisset. Rat. dec. Actio negotiorum gestorũ cùm non ciuilis sit, sed prætoria;

licèt ciuiliter exerceri dicatur, id est, non criminaliter in *l. aduersus* 8. C. *hoc tit.* æstimari non debet ex fictionibus iuris ciuilis, sed ex ipsa rei veritate & æquitate: quà porrò inspecta verum est dicere eum qui negotia hereditaria gessit, nullius gessisse. Res enim hereditariæ si omnem iuris nostri fictionem tollas interim nullius sunt. *leg.1. de rer. diuis.* Atqui negotiorum gestorum actio non nisi ex vera & naturali gestione inducitur, vt scriptum est in *§. seq. iunct. l.atquin* 10. *§. si libero. ff. eod.* Ergo nec contra alium dari summo iure edicti potest quàm contra eum qui tunc dominus fuerit, consequenter aduersus neminem, si, vt in proposita specie nemo eo tempore dominus fuit. Bene igitur prætor hoc specialiter edicendum esse putauit. Iunge quæ dicam ad *l. 6. §. 1. & ad l. cùm pater* 29. ff.

d *Sed si quid accesſit post mortem.* Ratio dubitandi. Iureconsulti non est supplere, sed interpretari. *l. commodissimè* 10. *de liber. & post. iunct. leg. vlt. Cod. de post. hered. instit. leg.* 4. *de vulgar. & pupill. substit.* Atqui verbis edicti nullomodo continentur ea quæ post mortem patrisfamilias accesserunt, vt putà partus, fœtus, fructus, & si quid ferui acquisiuerint. Ergo non potuerunt prudentes ista pro adiectis habere, quia non est hoc interpretari, sed supplere. Ratio decidendi. Non potest hic aut ille Iureconsultus quicquam supplere propria autoritate quam nullã habet. Sed sunt quædam in quibus ob euidentissimam siue iuris siue æquitatis rationem, adeò prudentes omnes consentiunt, vt quamuis aut legis aut edicti verbis nullomodo contineantur, perinde tamen habeantur ab omnibus prudentibus acsi continerentur. Nempe si diuersitatis ratio nulla reddi possit, cur in iis constitui non debuerit, quod in aliis rebus constitutum est. Namvt dicebat Pedius, quoties lege vel edicto, vel constitutione Principis vnum vel alterum introductum est, bona occasio est cætera quæ tendunt ad eandem vtilitatem non solùm iurisdictione, sed etiam interpretatione, quantum fieri potest supplere *l. nam vt ait* 13. *ff. de legib.* Eiusmodi verò est hoc de quo agimus. Quid enim potest interesse an fundum hereditarium qui defuncti morientis fuit administrauerit: an verò fructus ex eo fundo post mortẽ collectos, quominus æquè negotiorum gestorum & agere & conueniri possit? Haberi ergo pro adiectis debẽt ista omnia quæ habẽt eandem rationem æquitatis, & vtilitatis vt ꝙ edicti verbis omissum est, non omittatur religione iudicantium. argum. *lege quæsitum* 13. *de testib.* Nec nouum est vt edictum prætoris aut mancum reperiatur, aut etiam malè conceptum, vt in *l. ait prætor* 5. *de re iudic.*

7 ¶ Hæc autem actio, cùm ex negotio gesto oriatur, & heredi, & in heredem competit.

Ad §. 7. Hæc autem actio.

Ratio dubitandi. Hæc actio non potest dari nisi ei vel in eum cuius negotia gesta sunt, aut saltem cuius contemplatione *l. si pupilli 6. in princip. & §. 1. infra hoc tit.* Oritur enim ex ipso negotio gesto, vt hîc Vlpianus ait. Atqui neque fuit negotium heredis eo tempore quo gestum est, neque heredis contemplatione gestum siquidem nullus tùm adhuc erat *l. 1. pro hered.* neque quis futurus esset sciri poterat *l. qui liberis 8. §. vlt. de vulg. & pup. substit.* Ergo hæc actio, neque heredi neque in heredem dari potest.

Ratio decidendi. Competit & heredi & in heredem non ex propria ipsius persona quasi is negotia gesserit, aut eius negotia gesta sint, sed ex persona defuncti in cuius locum & vniuersum ius heres succedit *l. cùm heres* 11. *de diuers. temp. præscript. l. nihil est aliud* 24. *de verb. signific.*

8 ¶ Si exsecutor à prætore in negotio meo datus, dolum mihi fecerit, dabitur mihi aduersus eum actio.

¶ Interdum in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solummodo versari: nam, si affectione coactus, *ne bona mea distrahantur*, negotiis te meis obtuleris, æquissimum esse dolum duntaxat te præstare, quæ sententia habet æquitatem.

Ad §. 8. Si exsecutor.

Ratio dubitandi. Non datur hæc actio nisi contra eum qui alienis negotiis se immiscet animo ea gerendi nomine domini absentis, & vt eum sibi obliget, viciſſimque ei obligetur *l. in hoc iudicium* 14. *§. 1. ad fin. commun. diuid.* Atqui apparitor à prætore datus ad exequendam extra ordinem sententiam non id agit vt gerat negotia condemnati, sed vt pareat prætori. Ergo quamuis dolo malo aliquid faciat in eo negotio, non tamen actione negotiorum gestorum teneri potest, sed tantùm actione de dolo vt disertè scriptum est in *lege si pignora* 50. *de euict.* quæ actio de dolo excludit proculdubio actionem negotiorum gestorum, cùm nunquam possit concurrere cum alia actione, siue ciuili, siue honoraria. *lege 1. §. ait prætor. infra de dolo.* Qualis hæc negotiorum gestorum actio est *l. 1. hoc titul.* Potiúsque danda esset in prætorem ipsum actio negotiorum gestorum si qua posset competere, cum executori prætor mandauerit, vt negotium gereret. Nam & idem euenit cùm mandatu suo Titius negotia mea gesſit, vt non ille mihi, sed tu actione negotiorum gestorum tenearis *l. nam & Seruius* 21. *§. vlt. ff. hoc tit.* Quanquam absurdum esset dicere, prætorem teneri, cùm mandando negotium executori nihil fecerit nisi quod magistratus sui iure facere, & potuit, & debuit, nec ei mandasse intelligatur, vt quicquam faceret dolo malo. arg. *l. creditor* 60. *§. vlt. mandat.* Nullo igitur modo potest hoc casu locum habere negotiorum gestorum actio. Ratio decidendi. Non ait Vlpianus hoc loco dandam mihi esse actionem negotiorum gestorum aduersus executorem, sed simpliciter dandam mihi actionem, quod omnino intelligendum est de actione de dolo, ex *d. l. si pignora.* quæ est eiusdem Vlpiani secum alioquin pugnaturi. Quid ergo inquies, commune habet hic *§.* cum hoc tractatu in quo non agitur nisi de negotiorum gestorum actione? Hoc vnum, quod huic actioni de dolo

de dolo negotium meum si non causam, saltem occasionem præbuit, & quod in negotio meo gerendo dolus admissus est. Alioqui tam facilè fuisset Vlpiano scribere *hac actio* quam simpliciter scripsit *actio*, si de hac sensisset actione. Nec rursus accommodatè sequeretur, quod subiicitur in *§. seq.* Interdum in negotiorum gestorum actione dolum solummodo versari, neque eius rei vllum exemplum quærendum erat, cùm iam idipsum in huius *§.* specie expressum fuisset. Executorem enim à prætore datum non aliter teneri certum est, quàm si quid dolo malo fecerit. *d. l. si pignora.* Proinde si negotiorum gestorum actione teneretur, casus hic vnus esset in quo dolus solummodo in hac actione versaretur. Sed & quod sequitur *interdum in negotiorum gestorum actione*, subindicat interruptum fuisse tractatum, De actione negotiorum gestorum, interiecta mentione alterius actionis, quæ non potest alia esse quàm de dolo. Scribendum enim fuisset *in hac actione*, quemadmodum paullo antè scripserat Vlp. *hec autem actio.* Puto igitur hûc *§.* vnico textu legendũ esse cum seq. qui vulgò incipit à sectione illa *interdum*, & hunc Vlpiani sensum esse, quasi scripserit, quemadmodum dolus in negotio meo admissus aliquando mihi tribuit actionem de dolo, & actione de dolo vindicatur, vt si executor à prætore in negotio meo datus dolum mihi fecerit (nunquã enim culpa etiam lata vindicatur per actionem De dolo) ita & aliquando euenire vt negotiorum gestorum actione perinde atque actione de dolo, dolus solummodò vindicetur. Quod fuisset apertius si Vlpianus ita scripsisset, quomodo intelligi eũ volo, *si exsecutor à prætore in negotio meo datus dolum mihi fecerit dabitur mihi aduersus eum de dolo actio: sic & interdum in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solummodò versari.* Nos ergo sic explicemus quasi vnus sit *§.* sic & depositi actione dolus solus vindicatur, quamuis non ideò actio depositi sit actio de dolo. *l. si vnus* 27. *§. illud nulla de pact. dolum solummodò versari.* Ratio dubitandi. Actio negotiorum gestorum bonæ fidei est. *l. in bonæ fidei* 13. *C. de vsur. l. quia tantundem* 7. *ff. hoc tit.* Atqui bona fides exigit, vt qui aliena negotia inuasit etiam culpæ rationem reddat. *l. curatoris* 17. *C. eod.* cùm hoc ipsum culpa sit immiscere se rei ad se non pertinenti. *l. culpa est* 36. *de regul. iur.* Nunquam ergo fieri potest, vt in huiusmodi actione dolus solummodò versetur. Ratio decidendi. Verum illud est in eo, cuipotest culpa illa impurari, quod alienis negotiis se immiscuerit, sed non in eo, qui nimia adfectione coactus ne bona mea distraherentur, negotiis meis se obtulerit. Ingratissimus námque sim si ei obiiciam, cur tãtam erga me adfectionem habuerit. Hoc ergo casu æquissimum est nihil nisi dolum ab eo præstari.

9 ¶ Hac actione tenetur non solùm is, qui sponte, & nulla necessitate cogente, immiscuit se negotiis alienis, & ea gessit: verùm & is, qui aliqua necessitate vrgente, vel necessitatis suspicione gessit.

Ad §. 9. Hac actione.

Ratio dubitandi. Actionis negotiorum gestorũ à prætore inducendæ non alia ratio fuit, quàm quia fuerunt prouocandi amici ad absentium negotia ne deperirent vltrò suscipienda, vt dixi ad *leg. 1. & 2. §. eod. ex l. 5. de oblig. & act. l. 1. de contrar. tutel. & vtil. act.* Atqui hæc ratio cessat in iis qui in aliqua necessitate vrgente, vel necessitatis suspicione aliena negotia gesserunt. Nec enim fuerunt isti alia qua actione proposita prouocandi. Ergo sicut in iis locum non habet ratio, quæ hanc actionem induxit, ita neque actio locum habere debebit. arg. *l. adigere 6. §. quamuis. de iur. patron.* Ratio decidendi. Plerumque latiùs patet actio quàm ratio inducendæ actionis: in actionibus enim euenit quod in aliis plerisque rebus, vt certis rationibus inductæ ad publicam vtilitatem, protrahantur ad omnes casus in quibus eadem vtilitas locum habere possit, licèt deficiat ratio quę illas induxit. Ita námque sit vt iura paulatim crescant, & quotidie in melius producantur. *leg. 2. §. post originem 13. de orig. iur. l. 4. de vulg. & pup. substit. l. 2. C. de oblig. & action.* Cùm ergo perinde verum sit negotia mea gesta fuisse ab eo qui vrgente vel necessitate, vel necessitatis suspicione ea gessit, atque si vltro gessisset, vtilitas sanè & æquitas facit vt perinde possit à me conueniri actione negotiorum gestorum ne ex iactura mea locupletetur, aut impunè alienis negotiis malè administrandis se immiscuerit. *leg. atquin* 19. *§. si libero. l. fi liber homo* 36. *ff. eod. hoc tit.* Eadémque ratio æquitatis facit vt vicissim ei debeam teneri si quid hoc nomine illi absit, abfuturúmque sit. Exemplum esto, si te mihi curatorem pater meus testamento suo dederit, túque putares tibi tanquam iure dato administrandi necessitatem incumbere, vt in *leg. curatorem 6. C. hoc tit.* Aut si successores curatoris perseuerauerint in administratione, putantes fortasse, non esse finitum morte officium curatoris, vt in *leg. curatoris* 17. *eod.* Sed & ipsi curatores ritè dati tenentur vtili actione negotiorum gestorum, cùm nulla in eos legitima prodita sit, quia nec dantur nisi petenti, quamuis vbi dati sunt habeant administrandi necessitatem non minùs quàm curatores *lege 2. Cod. de hered. tutor. vel curator. l. 1. & tot. titul. de tutel. & ration. distr. & vtil. curat. cauſ. action.* iunct. *lege 3. lege si tutor* 13. *& l. seq. ill. titul. lege quicquid 7. Codice arbitr. tut.*

10 ¶ Apud Marcellum libro secundo digestorum quæritur, si cùm proposuissem negotia Titij gerere, tu mihi mandaueris, vt geram: an vtraque actione [a] vti possim: & ego puto, vtramque locum habere, quemadmodum ipse Marcellus scribit, si fideiussorem accepero, negotia gesturus: nam & hic dicit, aduersus vtrumque esse actionem [b].

Ad §. vlt. Apud Marcellum.

a *Vtraque actione.* Mandati scilicet, & negotiorum gestorum. Ratio dubit. Actio mandati non datur, nisi

cùm mandatum interuenit. Actio autem negotiorum gestorum ita demum si mandatum nullum interuenerit. *l. ex mandato 20. §. 1. l. qui fide 53. ff. mandat. l. mandastè 46. hoc titul.* At qui fieri non potest vt in eodem casu mandatum intercesserit & non intercesserit. quia sunt ista contradictoria quæ simul stare nunquam possunt. Ergo nec fieri potest vt actio mandati concurrat cum actione negotiorum gestorum. Indéque est, quod si tu o mandatu negotia mea Titius gesserit, non teneatur ille mihi actione negotiorum gestorum, sed tu qui ei mandasti, quasi tu per eum gesseris, non ipse. *leg. nam Seruius 21. §. vlt. eod.* Ratio decidendi. Propositum quod habui negotia Titij gerendi priusquàm mihi mandares vt gererem, tribuit mihi actionem negotiorum gestorum, secuta quando que licèt post mandatum tuum gestione. Quod verò ad meum illud propositum accessit, tuum quoque mandatum parit mihi contra te actionem mandati. Feciſſem enim propter mandatum tuum, etiamsi ante eà propositum illud non habuissem. Ita fit vt vtráque quidem actio eidem personæ in vna eadémque specie competat, sed non in eandem personam. Datur enim mihi actio negotiorum gestorum non contrate, qui mandasti, sed contra Titium cuius negotia gesti, actio verò mandati non contra Titium, qui nihil mandauit, sed contra te.

b *Si fideiussorem accepero negotia gesturus: nam & hîc dicit aduersus vtrunque esse actionem.* Nimirum aduersus fideiussorem ex stipulatione & aduersus eum cuius negotia gessi actione negotiorum gestorum. Ratio dubitandi. Qui absentis Titij negotia gesturus accipit fideiussorem eodem Titio ignorante, non tam id agit vt absentem sibi obliget, quàm vt fideiussorem, cuius solius fidem præsentem sequitur. Ergo etiamsi negotia Titij vtiliter gerat, non ideò tamen danda ei est negotiorum gestorum actio, ne ipsius gestio vltra eiusdem intentionem operetur, contra *leg. non omnis 19. de reb. cred.* non magis quàm si mandante fideiussore negotia Titij gessisset. *leg. nam & Seruius 21. §. vlt. ff. hoc tit.* Præsentim cùm actio negotiorum gestorum non sit comparata nisi ex necessitate ad indemnitatem ei præstandam qui bona fide in aliena negotia quid impenderit. *leg. 1. & 2. §.* quæ porrò necessitas nulla subest, cùm is qui aliena negotia gessit, habet fideiussorem obligatum. Ratio decidendi. Posset hoc dici si is qui negotia gessit non aliter fuerat gesturus, quàm si fideiussor interuenisset. At nos ponimus interuenisse fideiussorem, cùm iam ille gerendi propositum haberet. Quamuis ergo solum gerendi propositum non possit producere actionem negotiorum gestorum nisi gestio sequatur, secuta tamen gestione non est fundandus gestor ea actione, quam habiturus fuit, etiamsi fideiussor nullus accessisset. At quemadmodum superueniens fideiussor nõ adimit ei animum gerendi negotia, sed tantò magis confirmat, ita neque tollit actionem negotiorum gestorum adiectio quæ fit superuenientis ex fideiussione actionis ex stipulatu.

4. IDEM lib. 45. ad Sabinum.

SEd videamus, an fideiussor hîc habere aliquam actionem possit: & verum est, negotiorum gestorum eum agere posse, nisi donandi animo fideiussit [a].

Ad l. Sed videamus 4.

Ratio dubitandi. Hic fideiussor nihil gessit in vtilitatem absentis cùm fideiusserit apud eum qui æquè gesturus erat, quíque habet etiam ipse ex propria persona ob suam gestionem in eundem absentem actionem negotiorum gestorum, vt dictum est in *§. vlt. l. præced.* Ergo non debet habere negotiorum gestorum actionem, præsertim cùm hęc actio ex negotio gesto oriatur. *l. prox. §. hæc. actio.* §. vna verò duntaxat gestio sit, & consequenter vna tantùm esse debeat actio negotiorum gestorum. Ratio decidendi. Vterque gessit vtiliter absentis negotia, & is qui fideiussit, vt tantò citiùs & tutiùs gerentur & is qui gessit accepto fideiussore post susceptũ iam propositum bene gerendi. Et ex huiusmodi gestione damnum vterque sentit, is quidem qui gessit si quid ob eam causam impenderit, fideiussor verò si indemnitatem gestori præstiterit. Mirum ergo non est vtríque competere actionem negotiorum gestorum. Neque id absenti cuius negotia gesta sunt, oneroſum est, quippe qui vnica præstatione a vtroq; liberari possit. Siue enim præstiterit indemnitatem gestori, siue fideiussori, si postea ab altero cui nihil præstitit conueniatur, defendi debebit, & indemnis ipse fieri ab eo qui satisfecit. Etsi cautiùs facturus est si gestori soluerit, quàm si fideiussori. Nisi eo casu quo per solutionem à fideiussore factam sublata iam sit actio quæ gestori competebat. Ita enim assequetur vt non ab vno tantùm, sed ab vtróque liberetur ipso iure, ab vno per solutionem, ab altero, quòd nihil ei absit, neque abesse vnquam ex hac causa possit.

a *Nisi donandi animo fideiussit.* Qui enim donandi animo fideiussit, regressum habere nullum debet, quem nec habere voluit. *l. si filius 12. C. hoc tit. l. si quis rem 5. de liber. legat.*

5. IDEM lib. 10. ad Edictum.

ITem si, cùm putaui à te mihi mandatum, negotia gessi: & hîc nascitur negotiorum gestorum actio, cessante mandati actione. ¶ Idem est etiam, si pro te fideiussero, cùm puto mihi à te mandatum esse.

Ad l. Item si cùm 5.

Ratio dubitandi. Qui putauit mandatum sibi esse, vt absentis negotia gereret, is non habuit animum acquirendę sibi aduersus absentem actionis negotiorum gestorum, sed tantùm actionis mandati, quia nunquam agitur negotiorũ gestorum contra eum, qui

qui mandauit. Ergo non debet habere negotiorum gestorum actionem. Nec ad rem pertinet quod multò minùs actionem mandati habere possit mãdato nullo intercedente. Non enim nouum est vt neutram habeat, non hanc, defectu potestatis, non illam defectu voluntatis. arg. *l. quoties 9. de hered. instit. l. multum interest 6. C. si quis al er. vel sibi.* Ratio decidendi. Habuit animum sibi obligandi omnimodo eum cuius negotia gessit. Itaque quamuis in causa obligationis errauerit, veritate tamen inspecta cùm vtiliter negotia gesserit in damno morari non debet, ideóque negotiorum gestorum actio ei necessariò danda est *l quæ vtiliter 45. §. vlt. ff. hoc titul.* In hac enim actione quæ ex negotio gesto oritur *l. 3. §. hæc autem actio sup.* non tam qua mente quam quid & cui negotium re vera gestum sit inspiciendum est.

b *Etiam si pro te fideiussero dum puto mihi à te mandatum esse.* Ratio dubitandi & nec. eadem quæ ad speciem præcedentem. Nec enim mandati actione iubere potest fideiussor cui nihil mandatum fuit, etiãsi mandatum sibi esse putauerit, quia in eo, quod facti est plus veritas potest quàm opinio; & tamen morari eum in damno æquum nõ est, cùm non donandi animo fideiusserit, sed vt alium sibi obligaret. Actionem igitur negotiorum gestorum habere debet. *l. ex mandato 20. §. 1. ff. mandat. iunct. §. si quis rem suam. Inst. de legat.*

1 ¶ **Sed & si, cùm putaui Titii negotia esse, cùm essent Sempronij, ea gessi: solus Sempronius mihi actione negotiorum gestorum tenetur.**

Ad §. 1. Sed etsi.

R. dub. Is qui Sempronij negotia gessit cùm putaret esse Titij non habuit animum obligandi Sempronij, sed Titij Ergo neque Sempronium sibi obligauit, quia non voluit, neque Titium, quia nõ potuit. Ratio decidendi. Sufficit vt habuerit animũ sibi aliquem obligandi, licèt in persona errauerit. *l. quæ vtiliter 45. §. vlt. ff. si quis putans 6. l. in hoc iudicium 14. §. 1. vers. diuersum. l. si quis cùm 49. ff. commun. diuid.* Iunge quæ dixi ad duas species proxime præcedentes. Sunt enim omnia similia, nisi quod in illis erratum fuerat in causa non in persona: in hac verò fuit erratum in persona non in causa.

6. IVLIANVS libro 3. Digestorum scribit.

SI pupilli tui negotia gessero, non mandatu tuo, sed ne tutelæ iudicio tenearis: negotiorum gestorum te habebo obligatum: sed & pupillum, modò si locupletior fuerit factus [a].

Ad l. Si pupilli 6.

Ratio dubitandi. Non gessi tua negotia sed pupilli. Ergo quamuis ideo gesserim ne tutelæ iudicio tenearis, non tamen contra te, sed contra pupillum danda mihi est negotiorum actio, sicut & daretur mihi si mandatu tuo, id est, tutoris, gessissem negotia pupilli. *l. 4. C. hoc tit.* Ratio decidendi. Nõ tantùm pupilli, sed etiam tutoris negotium gerit qui bona pupilli absente tutore ideò administrat, ne tutor iudicio tutelæ teneatur. Nam bona quidem sunt impuberis, sed negotium est tutoris qui si in administratione cessaret indemnitatem de suo præstare pupillo deberet. Aequum igitur est eum teneri actione negotiorum gestorum cùm quicquid ex ea causa præstabit, idipsum pupillo suo reputaturus sit iudicio tutelæ. Ita enim fit vt neque tutor, neque is qui tutoris contemplatione negotia pupilli gessit moretur in damno quod vnum inspiciendum est.

a *Sed & pupillum modò si locupletior fuerit factus.* Ratio dubitandi. Non gessi negotia pupilli, cõtemplatione ipsius, nec vt ei prodessem, sed contemplatione tutoris ne is tutelæ iudicio teneretur. Ergo nõ possum negotiorum gestorum habere pupillum obligatum, nec si locupletior factus sit. Nam etsi absens etiam ignorans huiusmodi actione obligatur, non similiter tamen ignorans quisquam aut non volens eam obligationem acquirere sibi potest: satisque mihi esse debet, quod non ideò moraturus sim in damno qui tutorem ipsum habeo in solidum, vt modò diximus, obligatum. R. dec. Non tamen cuius cõtemplatione gesserim negotia inspici debet, quàm cuius negotia, & cui ea gestio bono sit. Atqui non tantùm tutoris fuerunt negotia, sed etiam & multò magis pupilli, cuius patrimonium administratum proponitur, & ex ea gestione pupillus locupletior factus est. Ergo pupillum quoque teneri æquum est, inquantum saltem locupletior factus fuit, ne alioqui contra naturalem æquitatem ex iactura mea locupletetur. *leg. naturaliter 13. §. vlt. cum leg. seq. de condict. indeb.* Maximè post rescriptum D. Pij quo inductũ fuit, vt ex omnibus causis pupillus non tantùm naturaliter, sed etiam ciuiliter obligetur sine tutoris autoritate quatenus locupletior factus, proba tur. *l. 3. §. pupillus. §. l. Neseni. 34. l. litis 37. in princip. ff. hoc tit.*

1 ¶ **Item si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, vt creditorem tuum, vel pignus tuum liberet: aduersus te negotiorum gestorum habebo actionem: aduersus eum cum quo contraxi, nullam. Quid tamẽ si à procuratore tuo stipulatus sum [b]: potest dici, superesse mihi aduersus te negotiorum gestorum actionem: quia ex abundanti hanc stipulationem interposui.**

Ad §. 1. Item si procuratori.

R. dub. Certi condictio ex mutuo nascitur ex contractu mutui, & ex ipsa numeratione quam ponimus

factam procuratori, Actio autem negotiorum gestorum non nascitur nisi ex quasi contractu. §. 1. *Inst. de oblig. quæ ex quasi contr. nasc.* Ergo potest competere certi condictio ex mutuo contra procuratorem, qui ipse contraxit, & mutuam pecuniam accepit, nec proinde danda est creditori negotiorum gestorum actio contra dominum, vt potior sit causa contractus quàm quasi contractus. Præsertim cùm actio hæc sit comparata quodammodo in subsidium, ne qui absentis negotia bona fide gessisset, in damno moraretur: quod in proposito verendum non est, siquidem is qui pecuniam credidit, habeat procuratorem obligatum, qui rursus mandati iudicio indemnitatem consequi potest ab eo, qui mandauit. Ratio decidendi. Qui contraxit cum procuratore contemplatione domini numerata procuratori pecunia, vt is creditori domini solueret, vel pignus liberaret, non id egit vt procuratorem sibi proprio nomine obligaret, sed vt negotia domini gereret per interpositam procuratoris personam, qui nihil nisi ministerium hoc casu præstare intelligitur, vt in *l. & licet 15. de const. pec.* Nullam ergo actionem habere debet contra procuratorem, sed tantum actionem negotiorum gestorum contra eum cuius negotia gerere voluit. Nam in numerationibus potissimùm illud obseruatur, vt non tam cuius pecunia, vel à quo, vel cui numerata sit inspici oporteat, quàm qua mente & quo proposito. *l. 2. §. pen. l. certi 9. §. si nummos. leg. non omnis 19. de reb. credit. leg. qui mihi 13. de donat.* iunge *l. liberto 31. in princip. ff. hoc titul.*

b *Si à procuratore tuo stipulatus sim.* Ratio dubitandi. Cùm à procuratore tuo stipulatus sum, negari non potest, quin cum eo contraxerim, Nec dici potest quod in præcedenti specie diximus procuratorem nudum ministerium præstitisse videri, cùm stipulatio non sit ex earum rerum numero quæ fieri possunt per procuratorem. *leg. 2. C. si cert. pet. leg. 1. Cod. per quas person. vt dixi ad l. quod procurator 68. & l. per procuratorem 72. ff. de procurat.* Non ergo hoc casu ratio aut necessitas vlla subest dandæ mihi contra dominum actionis negotiorum gestorum. Ratio decidendi. Valet quidem stipulatio, & ex ea competit mihi actio contra procuratorem eundémque promissorem, quia non secus numeratio alium potest obligare quàm qui pecuniam naturaliter accipit, ita & stipulatio alium potest obligare quàm qui promittit: sed non eò minùs verum est superesse mihi aduersus te negotiorum gestorum actionem, quia stipulatio cum procuratore interposita non facit, quin pecunia numerata sit tui contemplatione, ac deinde in rem tuam versa, quod sufficit vt negotium tuum dici possit vtiliter gestum, nec à procuratore tuo, sed à me qui pecuniam in hoc dedi procuratori. Est igitur stipulatio hæc interposita non inutiliter, sed tamen ex abundanti & non necessariò, cùm actio negotiorum gestorum posset sufficere, si modò eras soluendo. Aliud esset si procuratori tuo numerassem pecuniam ipsius non tui contemplatione. Etsi enim postmodum ea pecunia in rem tuam versa probaretur, non eo tamen magis haberem te obligatum negotiorum gestorum. *l. eum qui 13. C. si cert. pet.* Nimirum, quia non quasi contrahere tecum volui sed contrahere tuo procuratore, eiúsque solius fidem sequi.

2 ¶ **Si quis pecuniam, vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit: quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio aduersus eum competit.**

Ad §. 2. Si quis pecuniam.

Ratio dubitandi. Pecunia vel alia res quam quis sine vllo mandato meo ad me preferendam accepit, non priùs facta fuit mea quam mihi reddita fuit. *l. absenti 10. de donat. l. pen. in princip. de acquir. rer. domin.* Ponimus enim esse hominem liberum qui rem ad me perferendam acceperit, non seruum meum, cui fanè tradita res ea mente vt mea fiat, statim mihi acquiritur *d. l. absenti. in fin.* Ergo non possum hanc rem petere actione negotiorum gestorum, quia prius est vt res mea sit, quàm vt qui eam administrat, negotium meum gerere videatur. Ratio decidendi. Nihil vetat rem ipsam nondum meam esse, & tamen negotium ab alio susceptum eius rei ad me perferendæ meum esse, cùm mea interfit ad me preferri, vel ob hoc ipsum vt possit fieri mea. Negotium enim meum est ex quo incipit mea interesse, damnóque aliquo vel minimo adficior ob factum ab alio quod facere non debuit, vel non factum quod facere debuit. Quid ergo si tertius ille mandatum habuerit rei ad me perferendæ. Non negotiorum gestorum, sed mandati tenebitur, non propter gestionem ipsam quæ aliam actionem parere non potest quàm negotiorum gestorum, sed propter mandatum *l. ex mandato 20. §. 1. mandat. leg. si mandatum 14. C. hoc tit.*

3 ¶ **Sed & si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa: Labeo scripsit, suum eum potiùs, quàm meum negotium gessisse: qui enim deprædandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilominùs, immo magis, & is tenebitur negotiorum gestorum actione, ¶ Ipse tamen, si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbè ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum [a], habet contra me actionem.**

Ad §. 3. Sed & si quis.

R, dub. Si quis negotia mea gesserit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, suum potiùs quàm meum negotium gessisse intelligitur, quia cùm deprædandi causa accedat suo lucro studet non meo Ergo non est dãda mihi cõtra ipsum, multo minùs ipsi contra me negotiorum gestorum actio, cùm ex verbis edicti non alij aut in alium detur, quàm ei & in eum qui alia negotia gessit, non qui sibi maximè consultum voluit. *leg. creditor 60. §. 1. ff. mandat.*

Ratio

Ratio decidendi. Nihilominùs imò tãtò magis debet hic teneri actione negotiorum gestorum. Ne alioqui melioris condicionis sit is qui deprædandi animo aliena negotia inuadit, quàm qui bona fide ad ea gerẽda accedit. Dolus enim semper quo magis qui teneatur facere debet, non quominùs. Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non debet habere contra me actionem contrariam negotiorum gestorum in omne id quod ei abest, quia improbe ad mea negotia accessit, sed in id tantùm in quod ego factus sim locupletior.

a *Sed in quod ego locupletior factus sim.* Ratio dubitandi. Quod quis ex culpa sua damnum sentit, sentire non videtur. *l. quod quis 203. de regul. iur.* Atqui huic gestori culpa, adeóque dolus malus imputari potest, non ob id tantùm quod se immiscuerit rei ad se non pertinenti. *l. culpa est 36. eod.* sed ob id maximè quod mea negotia deprædãdi animo inuaserit. Ergo nulla ei contra me actio danda est, multò minùs negotiorũ gestorum quàm vlla alia, cùm negotium suum gerere voluerit non meum, nec habuerit animum se obligandi, imo potiùs mihi donandi, vt dici solet de illo, qui in alienam rem sciens impendit. *leg. adeò 7. §. ex diuerso de acquir. rer. domin.* Maximè vero cùm nemo ex sua improbitate actionem consequi debeat. *l. itaque 12. §. 1. de furt.* Ratio decidendi. Non consequitur hic gestor actionem ex dolo suo, sed ex sua gestione quatenus ea fuit vtilis domino, & ipsum fecit locupletiorem. Vincit enim semper ratio illa æquitatis naturalis, tanquam potentissima quòd nemini vnquam permittendum sit vt cum aliena iactura locupletetur. *leg. nam hoc natura 14. de condict. indeb. leg. iure naturæ 206. de reg. iur.* Adeò vt prædoni quoque soleat ea res dare exceptionem doli si expensæ necessariæ, aut etiam vtiles quas in rem alienam fecit ei, non restituantur. *leg. planè 38. de peit. hered.* Nec enim donandi animum habere videri potest qui habet animum deprædandi. Etsi autem difficilius est vt habeat etiam actionem, in proposito tamen habet contrariam inquantum ego locupletior factus sum, non vt vltro possit eam exercere si ego nõ agam (nec enim hoc ei permittendum esset, neque nouum est, vt non possit vltro agere is qui conuentus agere posset. *leg. sed an vltro 10. in princ. infrà hoc tit.* licèt contrariarum actionum omnium alia natura esse soleat. *l. in commodato 17. §. 1. commod. l. 1. in fi. de contr. tut. & vtil. act.*) At potiùs vtà me conuentus possit vicissim me reconuenire, vt se tueatur exceptionis quodammodo & compensationis cuiusdam magis quàm actionis iure, quod indicant verba illa *ipse tamen.* Parum enim distat contraria actio à compensatione cùm ab eo opponitur qui directa actione conuenitur. *leg. in rebus 18. §. vltim. commod.* vt ex eo constat quòd compensatio à iudice reprobata sit, postea contrario iudicio agi non potest. *leg. si autem 8. §. si quocunque. infrà hoc tit. l. quod in diem 7. §. 1. de compensat.* quasi de actione quoque contraria iudicatum sit, vt Vlpianus ait. Huius autem iuris æquitas ex eo proficiscitur, quod cùm ago negotiorum gestorum aduersus eum qui deprædandi animo negotia mea inuasit, hoc ipso videor ratam habere ipsius gestionem, non vti ne teneatur, sed vt tantò magis teneatur, & quidem quasi ab eo factam mei non sui contemplatione. Cùmque actio directa non possit mihi contra eum competere, nisi in id quod mihi abest aut abfuturum est, nemo non videt nec abesse mihi, nec vnquam abfuturum esse id in quo facturus sum locupletior. Abutuntur itaque hoc loco, qui ex eo probant prædoni quoque dandam esse vltro actionem ob vtiles impensas quas in rem alienam fecit, vt pluribus à nobis disputatum est contra Molineum in secunda parte Chiliadis nostræ. De erroribus pragmat.

4 ¶ **Si quis ita simpliciter [b] versatus est, vt suum negotium in suis bonis, quasi meum gesserit: nulla ex vtroque latere nascitur actio [c]: quia nec fides bona hoc patiatur. Quòd si & suum & meum, quasi meum, gesserit [d]: in meum tenebitur. nam & si cui mandauero [e], vt meum negotium gerat quod mihi tecum erat commune: dicendum esse Labeo ait, si & tuum gessit sciens, negotiorum gestorum eum tibi teneri.**

Ad §. 4. Si quis ità.

b *Ita simpliciter.* Id est, adeò supinè & incautè. Vix enim est vt quisquam sit tam supinus & incautus, & rerum suarum tam imperitus, vt in bonis suis negotium quod re vera suum est sic gerat tanquam alienum. *l. vlt. vers. neque enim sic homo simplex. C. arbitr. tutel.*

c *Nulla ex vtroque latere nascitur actio.* Ratio dubitandi. Verum est hunc negotia gessisse, & quidem alterius contemplatione, ac proinde eo animo, vt sibi alium obligaret. Ergo cùm actio hæc negotiorum gestorum ex ipsa gestione nascatur, nõ est hoc casu deneganda, præsertim quia fuit in gestoris potestate vt negotium quod alioquin erat suum faceret alienum scilicet donando rem suam ei cuius negotium in illa re gerere volebat. Quid enim tam naturale est quàm voluntatem domini rem suam in alium trãsferre volentis ratam haberi? *l. quâ ratione 9. §. nihil autem de acquir. rer. domin. l. 2. si quis à parent. manum.* Neque verò nouum est, vt qui agit negotiorum gestorum faciat per ratihabitionem suum negotium quod ab initio fuerat alienum. *§. item quæritur. ff. hac l. & l. Pomponius 9. infrà eod.* Ratio decidendi. Sola gestio etiam alterius contemplatione facta non parit hanc actionẽ, sed illud omnimodo requiritur vt aliena negotia gesta sint. *l. 3. in princ. ff.* Nemo enim ex eo quod suum negotium gerit, alij obligatur. Hic autem negotium suum gessit non alienum, Et quamuis quasi alienum gesserit, non ob id tamen fecit alienum, quia nec voluntate certõque iudicio id fecit, sed supino errore, neque si donandi animum habuisset, potuisset tamen donare nisi vel per traditionem, vel per stipulationem ante constitutionem Iustiniani in *l. si quis argentum 35. §. pen. Cod. de donat.* quorum neutrum hic interuenisse proponebatur. Bona igitur fides non patitur, vt cùm quis negotium suum in bonis suis quasi alienum gessit, actio negotiorum gestorum vllo ex latere nascatur: non ex latere gestoris, quia suum negotium re vera gessit non alienum. Non etiam ex latere illius cuius negotium esse putabatur, quia

cùm re ipſa eius non fuerit, non poteſt dicere quicquam ſua intereſſe.

d *Quod ſi & ſuum & meum quaſi meum geſſerit.* Ratio dubitandi Non debet induci diuiſio voluntatis. *leg. eum qui* 18. *§. vlt. de his quæ vt indign.* Atqui voluit hic geſtor & ſuum, & meum negotium gerere quaſi meum. Ergo neceſſe eſt vt vel in totum habeat locum negotiorum geſtorum actio, vel nulla ex parte. Ratio decidendi. In iis quæ pendent à voluntate perpetuum illud eſt vt nõ debeat induci diuiſio voluntatis. At negotiorum geſtorum actio non tam ex geſtoris voluntate pendet quàm ex ipſa geſtione & qui dem alieni negotij. *l. 3. in princ. & §. hæc actio. ſ. eod.* Ergo cùm quis negotium & ſuum & meum geſſit, quamuis non niſi quaſi meum, fieri non poteſt, vt negotiorum geſtorum actio ei comperat, aut in eũ quatenus negotium ſuum geſſit, nec rurſus vt non debeat competere quatenus geſſit meum.

e *Nam & ſi cui mandauero.* Ratio dubitandi. Mandatum dedit cauſam huic geſtioni, præſertim cùm res pro indiuiſo communis non potuerit geri pro parte. *leg. ſi communes* 40. ĩ. *hoc tit. l. heredes* 25. *§. non tantùm dolum. famil. erciſc.* Ergo non poteſt hoc caſu competere actio negotiorum geſtorum. *d. §. non tantùm.* Ratio decidendi. Mandatum non poteſt parere actionem mandati, niſi inter dominum, qui mandauit procuratorem. *l. licèt* 42. *§. ea obligatio. de procurat.* Ergo ſi cui mandauero vt meum negotium gerat quod mihi tecum erat commune, & is mandatum ſuſceperit, geſſeritque negotium ſciens eſſe tecum commune, non poteſt mandatum meum facere quin pro tua parte naſcatur inter nos negotiorum geſtorum actio. Siquidem verum eſt & negotium tuum ab eo geſtum eſſe, & animo te obligandi. *leg. ſi mandatum* 14. *C. hoc tit.* Planè ſi neſciuiſſet negotium tibi mecum eſſe commune, aliud reſponderi oporteret, quia licèt non eo minùs verum eſſet negotiũ tuum geſtum fuiſſe. Attamen geſtum eſſet ab eo, qui non habuiſſet animum te obligandi, quíque totum negotium quaſi meum gerendo ſolam fidem meam ſecutus, id magis agebat, vt ſe à ſuſcepti mandati obligatione liberaret, quàm vt aliquam ſibi acquireret actionem.

5 ¶ Si quis quaſi ſeruus meus, negotium meum geſſerit, cùm eſſet vel libertus, vel ingenuus: dabitur negotiorum geſtorum actio.

Ad §. 5. ſi quis quaſi ſeruus.

Ratio dubitandi. Hæc actio non datur niſi ei qui vltro abſentis vtilitatem ſpectauit, & eo animo ad gerenda ipſius negotia acceſſit, vt tanquam alius geſtor quilibet & obligaretur, & obligaret. *l. 1. & 2. ſ. hoc tit.* Atqui geſtor hîc non libera voluntate negotium meum geſſit, ſed quaſi ex neceſſitate ſeruili. *l. atqui natura* 19. *§. ſi libero. ĩ. hoc titul.* nec quaſi amici, ſed quaſi domini negotium geſſit. *l. ſi liber homo* 36. *eod.* ac proinde citra animum contrahendæ obligationis ciuilis, cuius ſcilicet prorſus incapax eſt ſeruus. *leg. nec ſeruus* 41. *de pecul.* ita vt neque conuenire poſſit neque conueniri. *l. quoties* 13. *ſi quis caution. leg. cum ſeruo* 107. *de reg. iur.* Ergo etiamſi is reuera, vel libertus vel ingenuus fuerit, non tamen debet, aut ei, aut in eum dari negotiorum geſtorum actio. Ratio decidendi. Actio negotiorum geſtorum non ex opinione & adfectione gerentis naſcitur, ſed ex re ipſa & ex negotio geſto, id eſt, ex naturali facto geſtionis. *leg. 3. §. hæc autem actio. ſ. hoc titul.* Proinde parum refert, an libera voluntate, an quaſi ex neceſſitate ſeruili, quis geſſerit negotium, ſicut nec an vrgente neceſſitate, aut aliqua neceſſitatis ſuſpicione. *dict. leg. 3. §. pen.* quia rei veritas ſufficit ad inducendam actionem negotiorum geſtorum, quæ tamen non ſufficeret ad inducendam actionen mandati, quoniam ea ciuilis eſt, nec facto ſolo contenta eſt, ſed exigit liberam voluntatem in eo qui ſuſcipit mandatum, vt dicam ad *d. §. ſi libero. & ad d. l. ſi liber homo.*

6 ¶ Sed ſi ego tui filij negotia geſſero, vel ſerui: videamus, an tecum negotiorum geſtorum habeam actionem: & mihi videtur verum, quod Labeo diſtinguit, & Pomponius libro viceſimo ſexto probat: vt, ſi quidem contemplatione tui negotia geſſi peculiaria, tu mihi tenearis: quòd ſi amicitia filij tui, vel ſerui, vel eorum contemplatione, aduerſus patrem, vel dominum, de peculio duntaxat dandam actionem [a]. ¶ Idémque eſt, & ſi ſui iuris eſſe eos putaui [b]. Nam & ſi ſeruum non neceſſarium emero filio tuo, & tu ratum habueris: nihil agitur ratihabitione [c]. Eodem loco Pomponius ſcribit, hoc adiecto: quod putat, & ſi nihil ſit in peculio [d], quoniam plus patri, dominóve debetur, & in patrem dandam actionem, in quantum locupletior ex mea adminiſtratione factus ſit.

Ad §. 6. Sed ſi ego.

Ratio dubitandi. Negotium peculiare magis eſt patris vel domini, quàm filij vel ſerui. *l. 3. §. ſed vtrùm ad fin. l. patri* 27. *in princip. de minor.* Ergo qui vel filij vel ſerui alieni negotia peculiaria geſſit, re vera patris ipſius vel domini negotia geſſit, & conſequenter ſiue patris aut domini contemplatione, ſiue amicitia filij vel ſerui geſſerit, indiſtinctè danda eſt inter eum & patrem aut dominum actio negotiorum geſtorum, & quidem in ſolidum, perinde acſi alia quælibet patris aut domini negotia geſta eſſent. Ratio decidendi. Negotia peculiaria neque ita ſunt patris aut domini, vt non ſint etiam filijfamilias vel ſerui, cuius ſcilicet peculium proprium ipſius patrimonium eſſe intelligitur. *leg. hinc quæritur* 19. *§. leg. peculium* 39. *leg. quoties* 47. *§. vlt. de pecul.* neque rurſus ita etiam ſunt filiifamilias vel ſerui, vt non ſint patris quoque aut domini. *d. §. ſed vtrum. & d. l. patri.* Cùm ergo ſint vtriuſque & patris & filii, aut domini, & ſerui neceſſariò admittenda eſt Labeonis & Pomponij diſtinctio cuius contemplatione geſta

geſta ſint, vt actio negotiorum geſtorum naſcatur quod ad eum in cuius perſona & geſtoris adfectio & rei veritas concurrat.

a *De peculio duntaxat dandam actionem.* Cui nimirum locus eſt quoties ex contractu & ex perſona vel filij familias vel ſerui pater aut dominus cõuenitur. *l. 1. & tot. tit. de pecul.* Qui enim filiifamilias vel ſerui negotia peculiaria gerit non patris facultates cæteras aut domini, ſed ſolum peculium, tanquam eius cum quo cõtrahit patrimonium intuetur. *d. l. 19. §. 1. & in leg. ſi quis cum filiofamilias.* 44. *eodem titulo.* Iunge *l. is qui amicitia.* 44. *infra hoc titulo.*

b *Etſi ſui iuris eos eſſe putaui.* Ratio dubitandi ſui iuris eſt peculium habere nullo penitus caſu poteſt. Peculium enim nihil niſi puſillum patrimonium eſt hominis in aliena poteſtate conſtituti. *l. 5. §. peculium de pecul.* Ergo qui negotia geſta geſſit eius quem ſui iuris eſſe putabat cùm reuera eſſet in aliena poteſtate non poteſt habuiſſe animum obligandi ſibi patris vel domini actione de peculio. Nec proinde ex ſua geſtione actionem de peculio habere debet.

Ratio decidendi. Negotiorum geſtio quo caſu parit actionem negotiorum geſtorum in ſolidum contra filium cuius negotia peculiaria geſta ſunt, & pareret contra ſeruum habentem peculium, ſi ſeruus exemplo filijfamilias conueniri poſſet, eo ipſo caſu parit actionem de peculio contra patrem vel dominum, quia & actio de peculio naſcitur ex ipſo geſtione, ſicut & actio negotiorum geſtorũ, i. ex eo quod reuera & naturaliter geſtum eſt cum filiofamilias aut ſeruo *tot. tit. C. quod cum eo qui in alien. poteſtat. eſt negot. geſt. eſſe dicet*, iunct. *l. ſi quis cum filiofamilias* 44. *de pecul.* Et in eo commodior eſt actio de peculio quàm negotiorum geſtorum quod non inquirit an peculiare negotium vtiliter geſtum ſit necne, niſi cùm principalis actio quæ competit aduerſus filium, quæve competeret aduerſus ſeruum ſi conueniri, poſſet, hoc ipſum requirit neceſſariò vt peculiare negotium vtiliter geſtum ſit quod proprium eſt actionis negotiorum geſtorum.

c *Nihil agitur ratihabitione.* Id eſt ratihabitio tua non faciet vt ſi ſeruum non neceſſarium emero filio tuo, naſcatur eo nomine inter nos actio negotiorum geſtorum, aut alia vlla quàm de pecul.

Ratio dubitandi, Ratihabitio ſicut æquiparatur mandato ſi quis negotium meum geſſerit me ignorante. *l. vltim. Cod. de Senatuſconſulto. Macedon.* ita facit negotium meum quod ab initio alienum fuit, & conſequenter facit plerunque vt mihi competat negotiorum geſtorum actio quæ alioqui non eſſet competitura. *§. item quæritur*, & *§. ſeq. huius legis & leg. Pomponius.* 9. ĩ. *hoc tit.* Ergo ſi ratam habuero emptionem factam filij mei nomine perinde danda erit mihi & in me actio negotiorum geſtorum acſi emptus mihi fuiſſet.

Ratio decidendi. Ratihabitio neque poteſt æquiparari mandato in iis quæ alterius quàm ratum habentis negotia fuerunt, neque facere meum negotium quod alterius quàm meo nomine geſtum fuit. Vt enim res meum negotium fiat quod reuera alienum fuit, illud ſaltem opus eſt vt meo nomine geſtum fuerit, vt in *d. §. item quæritur & ſequent. & d. l. Pomponius.* Atque in propoſita ſpecie, neque negotium mihi geſtum fuit neque meum. Non mihi quia emptio facta fuit filio meo. Non meum quia ne quidem filio meo fuerat is ſeruus neceſſarius, qui ſi neceſſarius aut etiam vtilis fuiſſet, meum ſanè negotium aliqua ex parte geſtum videri potuiſſet hoc ipſo quod peculium locupletius factum fuiſſet, atque ideò teneret emptori ſaltem de peculio. Proinde neque in me neque in filium meum actio negotiorum geſtorum danda eſt, etiamſi ratum habuero, at nec de peculio, quia neque contractum quicquam eſt cum filio meo, neque quaſi contractum ex negotio inutiliter geſto. Actio autem de peculio contra patrem ſupponit ſemper præcedentem filijfamilias obligationem. Sed ſi filius meus ratam emptionem habuiſſet, vtique per hanc ratihabitionem feciſſet ſuum negotium, & ita ſe obligaſſet in ſolidum directa actione negotiorum geſtorum, me verò per conſequentias actione de peculio. *d. l. ſi quis cum filiofamilias*, quia ſcilicet negotium emptionis ei geſtum fuerat non mihi & quamuis inutiliter geſtum fuerit, attamen ratihatio facit vt pro vtiliter geſto habeatur. *d. l. Põponius. 9. infra.*

d *Etſi nihil ſit in peculio.* Ratio dubitandi, Pater ob geſtionem etiam vt lem factam filij nomine non tenetur niſi de peculio, vt dictum eſt in princip. huius §. Atqui peculium non dicitur niſi deducto eo quod domino debetur vel patri. *leg. 5. §. vltim. l. ſed ſi damnum 9. §. peculium de pecul.* Ergo ſi tantum domino vel patri debeatur quàntum in peculio eſt computato etiam eo quod peculio acceſſerit ex negotij peculiaris geſtione aut etiam plus, nihil in peculio eſſe videbitur. Et conſequenter non poterit pater actione de peculio conueniri. Notiſſimum enim eſt actionem de peculio ſic appellatam, non quia detur ob peculium, ſed quia non datur niſi quatenus eſt in peculio.

Ratio decidendi. Cùm dicimus peculium computandum eſſe deducere eo, quod patri domínóve debeatur, non illud etiam computamus, quod ex vtili negotiorum geſtione acceſſit, quia tametſi peculium ex eo locupletius factum ſit, non poteſt tamen nec debet ea res poſſe patri vſque adeò vt in acceſſione geſtori quoque præferendus ſit, quoniam ita fieret vt cum aliena iactura ipſe ex alieno dãno locupletaretur, quod iniquiſſimum eſſe diximus. Deinde ratio quæ facit vt ex peculio ſub ducendũ ſit quod Patri Dominóue debetur non alia eſt, quàm quia non eſt veriſimile patrem vel dominum, id concedere filio vel ſeruo in peculium habere quod ſibi debetur. *dicta lege. Sed ſi damnum* 9. alias *leg. peculium. §. præterea de pecul.* Hæc autem ratio non habet locum in ea pecunia, quæ peculio acceſſit, non ex ipſius patris conceſſione, ſed ex alterius geſtione. Ergo quod patri vel domino debetur deducendum quidem eſt de peculio ante omnia, ſed de illo peculio quod fuit antequam ex ea geſtione locupletaretur, aut ſaltem in quo non computetur id quo locupletius factum eſt

per negotiorum peculiarium gestionem. Aut etiam si largiamur patri vel domino vt ex tota massa peculij deducatur id omne quod patri dominóve debetur, vt ita nihil sit in peculio, in eum tamen adhuc actionem dabimus, non quidem de peculio, quæ sanè nulla esse potest, cùm nihil est in peculio, sed negotiorum gestorum in quantum locupletior ipse ex administratione factus est. Factus enim fuit locupletior, & quidem ex re gestoris, cum tibi soluit ex peculio filij, quod soluere nequiisset si peculium ex administratione auctum non fuisset. Et hæc Pomponij sententia fuisse mihi videtur. Cui omnino dissimile est quod scribitur in *leg.* 1. §. *si cum impubere. de peculio.* Si cum impubere filiofamilias vel seruo contractum sit, dandam esse in dominum vel in patrem actionem de peculio, ita demum si locupletius eorum peculium factum est. Illius enim loci sententia est negatiua, Patrem vel dominum non teneri de peculio ex contractu inito cum filiofamilias vel seruo, nisi quatenus peculium locupletius factū sit, quod omnino ita debet accipi, etiamsi sit in peculio vnde solui possit, deducto etiam omni eo quod domino vel patri debetur, vt melior sit condicio patris vel domini quando contractum est cum filio vel seruo impubere, quàm si cum pubere. Nam neque ex contractu facto cum pubere teneri posset suprà quàm locupletius factum fuisset peculium, si in peculio nihil esset. At huius loci sententia è contrario est affirmatiua, Patrem ex gestione negotiorum filij teneri quatenus locupletior ex ea administratione factus est, etiamsi nihil sit in peculio post factam deductionem omnium eorum, quæ patri ipsi debentur, quia locupletior fit pater ex administratione hoc ipso, quod ob factam gestionem negotiorum filij habet quod possit ex peculio locupletiore facto deducere vt tibi soluat, qui alioquin non haberet. Quod ergo si quis contraxerit cum filiofamilias vel seruo pubere & peculium locupletius factum sit, ita tamen vt deducto omni eo quod patri dominóve debetur, nihil supersit in peculio. An adhuc dabimus ei, qui contraxit aduersus patrem vel dominum de peculio actionem? Non puto, quia, vt iam dixi, vbi peculium nullum est, neque actio de peculio vlla esse potest. An igitur dabimus negotiorum gestorum actionem? vt in specie huius §. Ne hoc quidem, quoniam is qui cum filiofamilias vel seruo sine pubere sine impubere contraxit, neque filij aut serui, neque patris aut domini negotia gerere voluit, sed sua. Neque rursus patri aut domino condici potest id quo locupletius peculium factum est, vulgari condictione ex *l. g. sime & Tuium.* 32. *de rebus creditis*, quasi pecunia creditoris penes patrem aut dominum locupletiorem factum sine causa reperiatur. Non enim reperitur sine causa quod ex iusto filiifamilias vel serui contractu quæsitum fuit: debétque sibi imputare extraneus qui cum filiofamilias vel seruo contraxit, cur non antea diligentius inquisierit in facultates peculij, & quantum patri vel domino deberetur, vt scire posset an peculium soluendo esset, necne. argum. *leg. qui cum alio* 19. *de regulis iuris.* Nam ex pecunia posteriorum creditorum priores dimitti nihil prohibet, nec tamen ea res condictionē acquirit posteriori contra priorem, qui suum recepit. *leg. si ventri.* 24. §. *vltim. de rebus auctoritate iudic. possidendis* iunct. *leg repetitio* 44. *de condictione indebiti*, cum similibus. Ita ergo fiet vt melior sit condicio eius qui absentis negotia filiifamilias vel serui gerit, & cum eo quasi contrahit, quàm illius qui contrahit cum filiofamilias præsente. Hic enim solum filium sibi ex cōtractu obligat in solidum, patrem verò non nisi de peculio, ac proinde ita demum si aliquid sit in peculio deducto omni eo, quod ipsi etiam patri debetur. Qui verò absentis filiifamilias negotia vtiliter gessit, non tantùm filium ipsum habet sibi in solidum obligatum ex quasi contractu & actione negotiorum gestorum, sed etiam patrem etiam suprà quàm in peculio, & quidem ea eadem actione negotiorum gestorum, sed non ad eundem modum, id est, non in solidum, sed quatenus duntaxat locupletius peculium, & locupletior pater ex ea administratione factus est, quia eatenus verum est patris quoque negotium gestum fuisse in effectu, licèt nihil patris contemplatione gestū sit, quia nec nouum est vt negotiorum gestorum actio detur, etiam contra eum, cuius inuitu nihil gestum est, & tamen non in solidum, sed quatenus tantùm is locupletior factus est, vt putà in pupillum, in specie huius legis in prin. Sufficit enim eum qui gessit habuisse animum gerendi negotia aliena, & vtiliter gessisse negotia etiam patris, quem potuit sibi non minùs quàm filium obligare, saltem quatenus locupletior factus esset. arg. *dict. leg. aiunt.* 19. §. *si libero. infr. hoc tit.*

7 ¶ Sed si hominis liberi, qui tibi bona fide seruiebat, negotia gessero: si quidem putans tuum esse seruum gessi, Pomponius scribit, earum rerum peculiarium causa, quæ te sequi debent, tecum mihi fore negotiorum gestorum actionem. earum verò rerum, quæ ipsum sequuntur, non tecum, sed cum ipso: sed si liberum sciui, earum quidem rerum, quæ eum sequuntur, habebo aduersus eum actionem: earum verò, quæ te sequuntur, aduersus te.

Ad §. 7. Sed si hominis.

Ratio dubitandi. Si hominis liberi, qui bona fide tibi seruiebat, negotia peculiaria gessi putās eū seruū t ū esse, id sanè egi vt nō illū mihi, sed te obligaret: Sciebā. n. seruū obligari mihi nō posse ciuiliter. *l. nec seruus* 41. *de pecul.* neque ipsum actione aliqua vel conuenire vel conueniri posse. *l. quoties* 13. *si quis caut.* Ergo etiā earū rerū nomine quæ liberū hominē sequūtur, nec bonę fidei possessori per eū acquirūtur, i. quę aliunde quā ex operis suis, vel ex re bonæ fidei possessoris obuenerunt. *leg. liber homo* 19. *l. qui bona fide* 23. *de acq. rer. do.* danda mihi est contra te nō contra ipsum actio negotiorum gestorū, sicut & earū nomine quę te sequūtur. Alioqui inducetur diuisio volūtatis, quod fieri non debet, vt dixi ad §. 4. *vers. quod si & suum. huius legis.* Ratio decid. eadem pene quæ ad illum vers. Actio negotiorum gestorū non tā ex opinione & affectione gestoris quàm

quàm ex ipso negotio gesto nascitur ac proinde contra eum danda est cuius negotia vtiliter gesta reperiuntur, etiamsi de illo non cogitauerit, is qui gessit: vt videre est in iis ferè omnibus speciebus de quibus in hac lege Vlpianus hucusque dixit, iunct. *l. atquin.* 19. §. *si libero. & l. si liber homo* 36. ff. *eod.* Eadem porrò dubitandi & decidendi ratio est circa aliam speciem quæ sequitur apud Vlp. si hominis liberi qui bona fide mihi seruiebat negotia gesserim cùm liberum esse scirem.

8 ¶ Si Titij seruum putans, qui erat Sempronij, dedero pecuniam, *ne occideretur*; vt Pomponius ait, habebo negotiorum gestorum aduersus Sempronium actionem.

Ad §. 8. Si Titij.

Ratio dubitandi. Is qui Titij seruum putans Stichum qui tamen erat Sempronij dedit pecuniam ne occideretur, non Sempronij negotium gerere voluit, sed Titij. Ergo contra Titium actionem habere debet negotiorum gestorum, non contra Sempronium, vel saltem cōtra neutrū. Ratio decidēdi, Voluit gerere negotium Titij, sed in effectu & re vera gessit negotium Sempronij, cuius erat seruus. Proinde contra Sempronium danda ei est negotiorum gestorum actio, quàm contra Titium habere non potest. Sic in *l.* 5. §. & *tota hac lege.*

9 ¶ Item quæritur apud Pedium libro septimo: si Titium quasi debitorem tuum, extra iudicium admonuero, & is mihi soluerit, cùm debitor non esset, túque posteà cognoueris, & ratum habueris: an negotiorum gestorum actione me possis conuenire? Et ait dubitari posse: quia nullum negotium tuum gestum est, cùm debitor tuus non fuerit. Sed ratihabitio, inquit, facit tuum negotium, & sicut ei à quo exactum est, aduersus eum datur repetitio, qui ratum habuit [a]: ita & ipsi debebit, post ratihabitionem aduersus me competere actio. sic ratihabitio constituet tuum negotium [b], quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum.

Ad §. 9. Item quæritur.

Ratio dubitandi. Si Titium quasi debitorem tuū extra iudicium admonuero & is mihi soluerit, cùm debitor non esset, quamuis tu postea cognoueris & ratum habueris, verum tamen est nullum negotium tuum gestum esse cùm debitor tuus non fuerit. Ergo non potest inter nos locum habere negotiorum gestorum actio quæ nascitur ex gestione negotij alieni, nec nisi contra eum cuius negotium fuit. *l.* 3. §. *hæc autem actio & pass. tot. hac lege*

Ratio decidendi. Ratihabitio facit negotiū tuū. quod antea ita erat tuum vt tamen non esset alienum. Hæc enim vis est ratihabitionis si modo contemplatione tua negotium gestum fuerit, vt & in specie § *seq. & in l. Pomponius.* 9. ff. *eod.*

a *Aduersus eum datur repetitio, qui ratum habuit.* Ratio dubitandi, Condictio indebiti aduersus eos solos competit, quibus quoquomodo soluta fuit pecunia, non aduersus eos in quorum vtilitatem solutio facta est *l. his solis.* 49. *de condict. indeb.* Oritur enim ex quasi contractu. Quasi contractum autem est cum eo qui solutionem accepit. Atqui in proposito casu solutio facta est non quidem procuratori, quia mādatum nullum interuenit, sed negotiorum gestori. Ergo cùm indebitum fuerit quod solutum est condicendum est negotiorum gestori non domino tametsi ratum habuerit.

Ratio decidēdi. Ratihabitio facit vt quod negotiorū gestori vel procuratori solutū est ipsi domino solutum videatur *l. si procuratori* 14. *de condict. caus. dar. l. cùm indebitum* 57. § 1. *de condict. indeb. l. si vendidero* 80. § *si Titius de furt.* Danda ergo est actio illa & condictio indebiti non contra negotiorum gestorem aut procuratorem, sed contra dominum qui ratum habuit, quæ alioqui contra eum qui accepisset daretur *l. si quis negotia.* 23. ff. *hoc tit.* Indéque fit vt qui ratum habuit ficuti condictione indebiti tenetur, ita & obligatum habeat negotiorum gestorum vt eam pecuniam quam accepit sibi reddat. Idque per actionem negotiorum gestorum vt consequatur indemnitatem qui alioquin moraretur in damno.

b *Sic ratihabitio constituet tuum negotium.* Ratio dubitandi. Ratihabitio æquiparatur mandato *l. semper qui non prohibet* 60. *de reg. iur. l. vlt. C. de SC. Maced.* Atqui mandatum parit actionem mandati, & consequenter impedit actionem negotiorum gestorum, quæ scilicet nunquam potest competere interueniente mandato *l. si mandatum* 14. *C. hoc tit. Lex mandato* 20. § 1. ff. *mandat.* Ergo neque ratihabitio potest parere actionem negotiorum gestorum.

Ratio decidendi. Tunc ratihabitio æquiparatur mandato, cùm negotium eius gestum fuit, qui ratum habet: At si non fuit eius negotium, licet eius contemplatione gestum nō potest habere vim mādati, quia necesse est vt ratihabitio prius faciat negotium eius qui ratum habet, quā vt madato æquiparari possit, quando nemo creditur mandaturus alicui vt aliena gereret negotia, quod neque hunc facturum fuisse ex eo clarè constat quod negotium non suum ideò voluit habere ratum vt faceret suū. Non potest autem vna eadémque ratihabitio simul facere vt & negotium quod ratum habeo fiat meū & ex meo mandato gestum videatur. In iis enim quæ ordinem faciendi requirunt, & volūtate hominis non à lege pendent, non possunt duæ res diuersæ fieri vno eodémque actu, at neque per fictionem induci. Responderi etiam potest vt dicam ad *l. Pomponius* 9. *in fin. Infrà eod.*

10 ¶ Idem ait, si Titij debitorem, cui te heredem putabam cùm esset Seius heres, conuenero similiter, & exegero, mox tu ratum habueris, esse mihi aduersus te, & tibi mutuam negotiorum gestorum actionem. Atquin alienum negotium gestum est: sed ratihabitio hoc conciliat, quæ res efficit, vt tuum negotium gestum videatur, & à te hereditas peti possit.

Ad §. 10. Idem ait

Ratio dubitandi. Si Titij debitorem cui te heredē esse putabā, cùm Seius heres esset, cōuenero, id est, admonuero extra iudicium, vt in specie §. præced. similiter & exegero, quamuis tu postea ratum habueris, non eò minùs tamen verum est nullum negotium tuum gestum esse. Ergo negotiorum gestorum actio inter nos esse non potest. Ratio decidendi. Ratihabitio cōciliat hoc negotium, facítque tuum quod reuera non fuerat tuum. Ex quo illud etiam fit vt Seius hereditate à te petere possit post ratihabitionem, qui ex eo tempore incipis habere aliquid hereditarium quod sufficit, quantulūcunque illud sit, vt hereditatis petitio contra te instituí possit. *leg. regulariter. 9. & seq. ff. de petit. hered.* Iunge quæ dixi ad §. præced.

11 ¶ Quid ergo, (inquit Pedius) si, cùm te heredem putarem, insulam fulsero hereditariam, túque ratum habueris? an sit mihi aduersus te actio? Sed non fore ait: cùm hoc facto meo alter sit locupletatus, & alterius re ipsa gestum negotium sit: nec possit, quod alij adquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri.

Ad §. 11. Quid ergo.

Ratio dubitandi. Ratihabitio facit tuum negotiū, quod antea nō fuit, eáq; res parit actionē negotiorum gestorum §. *item quæritur. & §. prox. præced. huius legis.* Ergo si cùm te heredem putarem insulā fulsero hereditariā, cū Seius heres esset, túq; ratum habueris, danda mihi est contra te negotiorum gestorum actio. Ratio decidendi. Hæc species dissimilis est superioribus, quia negotium quod à me gestū est tuo nomine, non solùm tuum non fuit cùm heres non esses, sed etiā reuera fuit alienum, id est, Seij, cùm Seio fuerit acquisitum gestu ipso, siquidem locupletatus ille est facto meo, & cœpit habere insulam preciosiorem quæ in eo erat vt esset ruitura. Atqui fieri nullomodo potest, vt negotium quod ipso gestu alij acquisitum est, hoc propter tuam ratihabitionem negotium tuum esse videatur. Ratihabitio enim tunc conciliat negotium, vt ex non tuo fiat tuum, cùm non, est reuera alienum, vt contingit si à debitore hereditario exigam tuo nomine quasi heres esses cùm alius heres esse: ipso enim gestu neq; tuum negotium est cùm heres non sis, neq; Seij, cùm huiusmodi exactione non fiat ille locupletior, ideóque nihil impedit quominùs per ratihabitionem facias tuum negotium quod re vera nullius est. At quod iam alterius est non similiter potes tuum facere, etiamsi maximè velis, quia termini non sunt habiles, & implicat contradictionem vt quod iam vnius est, & eius manet, fiat alterius *l. 5. §. si duobus commod. l. de hereditate. §. pater de castr. pecul.*

12. ¶ Videamus in persona eius qui negotia administrat, si quædam gessit, quædam non, contemplatione tamen eius alius ad hæc non accessit, & si vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea gesturus fuit an dici debeat, negotiorum gestorum eum teneri & propter ea, quæ non gessit. quod puto verius. Certè si quid à se exigere debuit[a], proculdubio hoc ei imputabitur: quanquam enim hoc ei imputari non possit, cu alios dei itores non conuenerit, quoniam conueniendi eos iudicio facultatem non habuit, qui nullam actionem intendere potuit: tamen, à semetipso cur non exegerit, ei imputabitur. & si fortè non fuerit vsurarium debitum, incipit esse vsurarium [b]: vt diuus Pius Flauio Longino rescripsit: nisi fortè, inquit, vsuras ei remiserat[c].

Ad §. 12. Videamus.

Ratio dubitandi citra mandatum negotia aliena sponte gerit propria volūtas finem administrationis facit, abunde quę sufficit si cui vel in paucis amici labore consulatur. *leg. tutori 20. C. h. tit. leg. tutores 9. §. qui se negotiis. de admin. tutor.* Ergo qui negotia aliena administrat si quædam gessit, quædam non gessit, nunquam teneri debet actione negotiorum gestorum propter ea quæ non gessit, nec si alius diligentius pater familias ea gesturus fuit, adeóque nec si huius gestoris cōtemplatione alius ad hæc negotia non accesserit qui alioqui fuisset accessurus. Semper enim dicer dominus non fuisse defuturum aliquē, qui suscepisset negotia si hic non cœpisset, vt scriptum est in *l. in commodato 17. §. sicut cōmoda.* Rat. dec. Regulariter nō tenetur quis actione negotiorum gestorū ob ea, quæ non gessit, nisi sint cōnexa cū iis quæ gessit, ita vt nō possint negligi quin deserātur ea ipsa quę sunt inchoata, quod sanè nunquam permittitur. d. §. sicut. Sed tamen si constet, nec tantùm allegetur verū etiam probe tu. hunc gestorē accessisse ad negotia gerenda eo tempore quo alius aderat, accessurus vtique ad eandem gestionem nisi huius cōtemplatione ab eo instituto renocatus fuisset, magis est vt debeat teneri, vtque hoc casu similis sit protutori, qui omnimodo tenetur de neglectis iis quæ alius verisimiliter gesturus fuit *d. §. qui se negotiis* iunct. *l. 1. §. vlt. de eo qui pro tutor.* Sed probationem hoc casu à domino exigimus scilicet quòd contemplatione huius gestoris alius non accesserit qui fuerat accessurus, sicut & probare pupillus debet alium diligentiorē patremfamilias gesturum fuisse, quæ protutor neglexit si is se pro tutore non gessisset.

a *Certè si quid à se exigere debuit.* Ratio dubitandi. Exactio præsupponit actionem. Est enim effectus actionis *l. exigere 65. ff. de iudic.* Atqui nullā actionē potest habere negotiorum gestor, neque ex propria persona cùm non sit creditor, neque ex persona domini cùm nullum habeat mandatum. Multò minùs verò contra seipsum, quia cum seipso agere non potest *l. ne cum filiofamilias 16. de furt.* Ergo negotiorum gestori nunquam potest imputari cur debitum non exegerit præsertim à semetipso. Ratio decid. Alios quidē debitores in iudicio conueniendi facultatē non habet gestor, quia nullā actionē intendere potuit, neq; rursus agere sine actione, & ideò

& ideò nihil ex hac parte potest ei imputari etiamsi debitores interim facti sint non soluendo quomodo, & de illo scriptum est qui tutor esse desiit. *d. leg. tutores 39. in prin. leg. cùm post mortem 43. in princip. ff. de admin. tutor.* Sed aduersus seipsum vt solueret quod se debere sciebat, nulla ei opus fuit actione, quia potuit & debuit sibi ipsi vltro soluere bonámque fidem agnoscere vt de tutore quoque scriptum est in *leg. quoties 9. §. & generaliter eod. tit.* cùm actiones non nisi in perfidos sint comparatæ, & aduersus eos qui ius gentium violant & quorum fidem creditor secutus est vt Theoph. scribit initio *tit. De action. ex leg. cùm amplius 184. §. is natura debet. de reg. iur.*

b *Incipit esse vsurarium.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. qui sine vsuris. 38. ff. hoc tit.*

c *Nisi forte inquit vsuras ei remiserat.* Sensus est debitum quod nunquam fuit vsurarium, facilius fieri vsurarium in persona eius qui creditoris sui negotia gessit, quàm debitum quod fuit quidem ab initio vsurarium, sed postea esse desiit remissis per creditorem vsuris, siue expressa conuentione siue tacita, vt in *leg. quidam 17. §. Diuus Pius de vsur. l. vir vsuras 54. de donat. int. vir. & vxor.* Ratio dubitandi. Vnaquæque res facilè redditur pristinæ suæ formæ. *l. si vnus. 27. §. pactus ne peteret. in fin. de pact.* Ergo debitum quod aliquando fuit vsurarium licet esse desierit, facilius tamen vsurarium fieri potest ex superueniente gestione quàm quòd nunquam fuit vsurarium. Ratio decid. Facile vnaquæque res redit ad pristinam suam formam, si ea fuit naturalis. Nā & illud est, quod solemus dicere. Vnāquamque rem facilè redire ad suam naturam. Atqui natura debiti pecuniarij non est vt sit vsurariū, quia vsura iure non natura percipitur. *l. sinauis 62. de rei vindic.* Est enim pecunia res sterilis quæ pecuniam aut quid aliud naturaliter gignere non potest. Vnde fit vt toto iure nostro vsura pecuniæ fœnebris sit odiosa. *leg. 3. iunct. l. frumenti 12. & l. oleo 23. C. de vsur.* Non est igitur fauorabilius debitum quod fuit aliquando vsurarium: quàm quod nunquam. Imò postquam remissæ semel vsuræ fuerunt siue expressè siue tacitè, tam fauorabilis est ea remissio, vt noua & expressa cōuentione opus sit ad nouam obligationem vsurarum inducendam. Ne alioqui debitum fiat vsurarum non modò ratione iuris non suffragante, sed etiam voluntate creditoris refragante. Etsi enim superuenit, gestio, non eò minus tamen intelligitur durare voluntas creditoris qui vsuras remisit cùm eo absente & ignorante gestio fiat.

7. Pavlvs lib. 9. ad Edictum.

QVia tantundem in bonæ fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio.

Ad l. Quia tantumdem 7.

Ratio dubitandi. Etiam in bonæ fidei iudiciis datus iudex adstrictus est formulæ non minùs quàm instrictis: Atqui in formula nihil exprimitur, neque solet exprimi de vsuris. Ergo ad inducēdā cōdemnationem vsurarum fortior est stipulatio in quam nominatim vsuræ deductæ sint, quàm officium iudicis. Nullus enim ambigendi locus relinquitur, quin ea omnia quæ in stipulationem expressim deducta sunt debeantur, & sint etiam deducenda in condemnationem. *leg. quicquid 98. de verb. oblig.* Ratio decidendi. Est quidem iudex datus & pedaneus semper adstrictus formulæ, siue bonæ fidei siue strícti iuris, siue deniq; arbitrariū iudicium proponatur, ita vt si iniqua sit formula & ab improbo aut imperito prætore dictata, iniquam etiam & improbam iudicis sententiam esse omnino oporteat, quantumuis sit ille, & iuris & officij peritissimus, vt loquitur M. Tullius. 4. in Verrem. Sed notissimum est in eo vno differentes fuisse formulas iudiciorum bonæ fidei & strícti iuris quod in formula iudiciorum bonæ fidei addebat prætor verba illa *ex fide bona*, quæ in formula iudiciorum strícti iuris nunquam addebantur. Faciebat autem hæc adiectio, vt exipsis etiam verbis formulæ liberum esset iudici aut potius necessarium pronuntiare quicquid ex bono & æquo esse videretur, ac proinde etiam de vsuris si quę ex mora non minùs quàm ex stipulatione deberentur, quia nimirum id exigit bona fides quæ in huiusmodi iudiciis dominatur, vt ex mora & vsuras & fructus præstari oporteat. *l. mora 32. §. in bonæ fidei. ff. de vsur. leg. in bonæ fidei 13. C. eod. leg. 3. C. in quib. caus. rest. non est necess.* Non quasi debeantur iure obligationis, sed quia officio iudicis & ex æquitate iudicij. *leg. qui per collusionem 49. §. 1. de action. empt. leg. quæro 54. locat.* vt & sumptibus de quibus in *leg. 3. C. de fructib. & lit. exp.* Tantundem ergo iudicis officium potest ad vsurarum condemnationem faciendam, quantum expressa vsurarum stipulatio. Nisi quod sublata actione bonæ fidei siue per sententiam siue quo alio iure nullus amplius de vsuris pronunciandi locus relinquitur. *d. leg. qui per collusionem. §. 1.* de quibus tamem pronunciari & posset & deberet si ex stipulatione deberentur, aut alterius obligationis iure non officio iudicis, Nimirum quia iudicis officio locus esse nullus potest, si nulla sit actio. Vnde est quod interpretes vulgò hoc officium iudicis mercenarium appellant, quòd subseruiat actioni ad differentiam officij nobilis vt vocant, quod per se nulláque actione præsuppositа exercetur. Sed ridiculè vt aliàs docui. Nihil enim tale vnquam apud prudentes reperias. Quid ergo iuris erit hodie post differentias formularum adeóque impetrationes sublatas? ex *tit. de formul. & impetr. act. sublat. C. idemprorsus.* Etsi enim formulæ sublatæ sunt, actionum tamen natura non magis est immutata quàm in totū sublata: Semperque interest quanam actione agatur & quænam competat, licèt hanc aut illam impetrari non sit necesse.

d *Officium iudicis valet.* Ratio dubitandi, Officium iudicis nunquam facere potest vt vsuræ debeantur, ne quidem in bonæ fidei iudiciis, nisi mora interueniente. *dict. leg. 3. Cod. in quibus causis restit. non est necess. leg. Titio Seio 87. §. vsuras de legat. 2.* Atqui mora nulla esse potest

vbi nulla est petitio. *l. mora.32. in princip.de vsuris. leg.si pupillus* 127. *de verbor.oblig.leg.nulla* 88. *de reg. iur.* nemo autem potest petere à seipso. *leg. ne cum filiofamilias* 16.*de iurt.* Ergo non probat hæc ratio quod probare vult Paulus eum qui creditoris sui negotia gessit, cui pecuniam sine vsuris debebat, incipere vsuras debere actione negotiorum gestorũ, ex quo die pecunia tuit & debuit sibi soluere. Ratio decidẽdi. Cùm quis à seipso exigere quid debet, nulla interpellatione aut petitione opus est ad morã cõtrahendam, quia eo casu contrahitur ipso iure & re ipsa, vel ob hoc ipsum quod debitor suggerẽte sola debiti conscientia seipsum, interpellare debuit. *d.l.* 3. *& d.§. vsuras.* Quidni enim potuit sibi soluere qui ab aliis quoque debitoribus solutionem accepit? arg. *l.cùm quidam* 17.*§. si pupillo de vsur.*

a *Instipul.sicue.* Ex qua nascitur actio stricti iuris in qua nullus vnquam iudicis officio locus esse potest, quod ad vsuras attinet, sed tantùm quod ad fructus, si qui post litem contestatam percepti sint, idque ex sententia Sabinianorum. *leg. videamus* 38. *§. si actionem. de vsur.* cuius ratio redditur in *leg.eodem titul.* At negotiorum gestorum actio, vt initium huius legis demonstrat, bonæ fidei est. *l.& in contraria* 37.*eod.tit.de vsur. leg.in bonæ fidei* 13.*C.eod.*

8. VLPIANVS lib.10.ad Edictum.

SI autem is fuit, qui negotia administrauit, à quo mandatum non exigebatur : posse ei imputari [a], cur oblata de rato cautione, eum non conuenit: si modò facile, ei fuerit satisdare. certè in sua persona indubitatum est: & ideò si ex causa fuit obligatus [b], quæ certo tempore finiebatur [c], & tempore liberatus est: nihilominus negotiorum gestorum actione erit obligatus. Idem erit dicendum [d] & in ea causa, ex qua heres non tenetur, vt Marcellus scribit.

Ad l.Si autem 8.

a *Posse eiimputari.* Ratio dubitandi. Edictum prætoris quod coniunctis potestatem facit vt possint agere pro coniuncto, etiamsi mandatum nullũ proferant, oblata tantùm satisdatione de rato. *l. sed & hæ* 35. *in princ.de procur.* non facit eos procuratores. *leg.*3.*§.sed si fortè.iudic.sol.* Ergo non potest iis imputari, cur non egerint, etiamsi satisdare potuerint, quia quod arbitrio & facultati committitur, non etiam committitur iuris necessitati. *l. non quicquid* 40. ĩ. *de iudic.* Nam & si expressim mandaretur iis vt agerent, liberum haberent vel suscipere mandatum, vel recusare. *leg. in commodato* 17. *§. sicut commod.leg.si mandauero* 22. *§. vlt.mandat.* Ratio decidendi. Si nihil gessissent pro coniuncto, nihil posset iis imputari. Sed cùm quis cœpit gerere, imputandum ei est si non fecerit omne id quod alius diligens paterfamilias facere potuisset & debuisset. Atqui potuit exigere nõ tantùm à seipso, sed etiam ab aliis debitoribus oblata rati satisdatione, si modò in eius potestate fuit vt satisdaret. Ergo hoc quoque nomine condemnandus est actione negotiorum gestorũ: nempe si eius contemplatione alius ad hæc negotia gerenda non accessit, qui alioqui fuerat accessurus. Hoc enim repetẽdum est ex specie *§.vlt.leg.*6.*sup.* vt hic locus aliquam habeat rationem. Quamquam, vt liberè dicam quod sentio, mihi hæc ratio satisfacere nequaquam potest. Nam etsi ponas alium fuisse accessurum ad negotia gerenda, qui contemplatione eius qui prior occupauit, non accesserit, non ideò tamen assequeris vt acturus ille fuerit aduersus alios debitores. Nec enim agendi ius haberet, ne quidem oblata cautione nullo allegato mandato: nisi adderes æquè illum coniunctum esse, & ex iis personis à quibus mandatum non exigatur, quod sanè minùs esset commẽtitiũ. Quod si nequidem illud repetas ex *§. vlt. leg. præced.* tantò euidentior erit ratio, quæ faciet pro gestore. Quia nimirum is qui aliqua negotia gessit, non ob id cogendus fuerit alia gerere, ne quidem ea quæ sine vllo suo incommodo gerere potuisset, *leg.tutori* 20. *C. hoc tit. leg.tutores* 39.*§.qui negotiis. de admin. tutor.* Quantò minùs ea quæ non potuit gerere sine satisdando? Nam & eo casu quo facilè fideiussorem inuenire quis possit, habet tamen satisdatio sua incommoda, nec ratio vlla probabilis adferri potest, cur debeat quis teneri sine negotiorum gestorum actione siue alia ob id solùm, quòd alieni compendij gratia non quæsierit & dederit fideiussorem, quem inuenire plerísque impossibile, multis difficile, omnibus sanè onerosum & graue est. Vel ideò quod non nisi valdè imprudenter & ingratè possis recusare, ne postea quandocunque rogatus fidem tuam obstringas pro eo, qui prior fuam pro te obstrinxerit. Quare, aut valde me fallo, aut totum huius legis initium vsque ad verba illa *& ideò*, Triboniani est, volentis extendere Vlpiani sententiam ad alium casum tãquam similem, qui tamen omnino dissimilis est, sed dubitanter, vt solet. Quod enim ait *posse ei imputari*, non absolutè dictũ videri debet, sed pro eo quod voluit Tribonianus, & solet dicere *possedisci ei imputandum*, vt probat manifestè quod sequitur, *certè in sua persona indubitatum est.* Non enim potuit apertiùs exprimi sententiam præcedentem non carere dubitatione. Quam & subinde aliquo temperamento corrigendam Tribonianus more suo, putauit, adhibita scilicet illa distinctione, *si modò facile ei fuerit satisdare*, quasi verò nullo penitus incommodo adficiatur is qui satisdare cogitur cùm potest. Quod si ita esset, cur cõtumeliam satisdationis dixisset idem Vlpianus in *leg. testamento* 17. *§.vlt.de tutor.& curat.dat* Cur etiam in *leg. hæc stipulatio* 14. *in fin. vt legat.nomin. caueat.* iniquum esse onerari quem superuacua cautione? Cur denique passim Iureconsulti onus satisdationis appellarent? Atqui nullum incommodum est eius, qui à seipso exigere debuit, nec exegit. Non enim satisdare in eam rem debuit, in quo euidens dissimilitudo est harum specierum, quas Tribonianus pro similibus accepit. Qui agit sine mãdato tanquam coniuncta persona non agit sine actione, nec rursum sine satisdatione. Qui verò debuit à seipso exigere, is neque actionis ius & com

commodum desiderare potuit, neque satisdationis incommodum timere.

b *Et ideò si ex ea causa fuit obligatus.* Congruit optimè hæc illatio cum fine *leg.*6. vbi actum est de illo qui à seipso exigere potuit, & debuit, & cuius debitum ex non vsurario factum est ob eam causam vsurarium. Eadem enim ratio quæ hoc euincit, illud etiam facit, quod hîc subiicitur, vt si is qui creditoris sui absentis negotia gessit, ex ea causa fuit obligatus quæ tempore finiebatur, & tempore liberatus sit, nihilominùs negotiorum gestorum actione sit obligatus. Quò magis verisimile fit quod volumus totam intermediam sententiam non Vlpiani esse, sed Triboniani, qui vt ad Vlpianum quem interpolauerat rediret, necesse habuit versiculum illum addere, *Certè in sua persona indubitatum est.* Satis ineleganter, pro eo quod voluit dicere *in ipsius persona quantum ad ea, quæ à seipso exigere debuit.*

c *Quæ tempore finiebatur.* Ratio dubitandi. Qui liberatur tempore, liberatur solo lapsu temporis, ac sine vllo facto suo, neque verò potest facere vt non liberetur si contra eum non agatur, non magis quàm vt tempus quod sui natura in continuo fluxu est, nõ elabatur. Nec potest calumniari creditor cui actio periit tempore acturum se fuisse intra tempus constitutum, si debitor eius negotia non gessisset, cùm ponamus gesta esse negotia & absentis & ignorantis. Cur ergo deterior erit condicio gestoris ob id quod saltem in aliqua re amici officiũ impleuerit, cùm etiãsi nihil gessisset, nõ eò minus peritura actio fuisset arg *l.si plures* 14.*in fin.depos. l.is qui* 44.*ex quib. caus.maior. l. si alius* 7. *§. est & alia quod vi aut clam.* Non enim perit actio propter gestionem, sed propter lapsum temporis. Nõ quasi tempus sit modus tollendæ obligationis *l. obligationum ferè* 44.*§. placet. de obligat. & action.* sed quoniam actio certo tempore coarctata ab iis ipsis legibus à quibus inducta fuit, vltra tempus illud porrigi & viuere nõ potest *tot. ti.de perpet.& tẽp.act.* iũct. *l.imperator* 8. *in fin.supr.de postul.* Ratio decidendi. Gestio non impedit quin actio temporalis tempore suo finiatur, sed facit vt ex eo tempore quo negotia geri cœperunt, ac proinde priusquàm tempore finita esset, ea actio videatur trãsfusa in actionem negotiorum gestorum, vt in *l. si tutor* 13. *de tutel. & rat. distr.* aut saltem vt posteaquàm tempore finita est, incipiat gestor teneri eo nomine actione negotiorum gestorum, quasi malè gesserit negotia in eo quod passus est eam actionem perire tempore cuius commodum saluum facere poterat absenti, si pecuniam quam faciebat se debere à seipso exigere vt debuerat, voluisset: Aut denique, vt teneri debeat gestor, non quasi debitor ex pristina actione, nec quod à seipso non exegerit, at contraria potiùs ratione quòd à seipso exegisse credendus sit, & cõsequenter perinde habendus ac si à quolibet alio debitore exegisset. Quælibet enim ex his tribus causis sufficiens est ad inducẽdam actionem negotiorum gestorum. Secunda tamen conuenientior videtur *l. atquin* 19. *in princ.*ĩ.

d *Idem erit dicendum.* Ratio dubitandi. Actio quæ finitur morte, nec in heredem dari potest, quales sunt actiones furti, iniuriarum de dolo & similes non ideò perit creditori, quod eius negotia gesta sint, nec alio vllo facto gestoris, sed solo facto, & ob id tantùm quod gestor, idémq. debitor decesserit priusquã conueniretur. Ergo non potest eo nomine teneri ipsius heres actione negotiorũ gestorum quippe quam necesse sit oriri, ex ipso negotio gesto *l.*3. *§.hæc autem actio.*5. *hoc tit.* Ratio decidẽdi. Etiam hoc casu nascitur hæc negotiorum gestorũ actio ex ipsa gestione, cùm non alia de causa is qui creditoris sui negotia gessit relinquat moriens heredem suum obligatum eius quoque actionis nomine quę morte finiebatur, quã quod à seipso ante mortem suam intelligatur eam pecuniam exegisse aut quia non exegerit, culpam saltem leuem contraxisse cùm diligens quilibet gestor alius id facturus fuerit. Cuius culpæ, etiam quæ leuis tantùm sit, succedaneum relinquit heredem qui etiam vitiorum defuncti omnium successor est *d. §. hæc autem actio.*iunct *l. tutori* 20. *C. eod. l. cùm heres* 11.*de diuers. tem.præscr.*

1 **¶Item si fundum tuum, vel ciuitatis per obreptionem petiero, negotium tuum, vel ciuitatis gerens, & ampliores, quàm oportuit, fructus fuero consecutus, debebo hoc ipsum tibi, vel reipublicæ præstare, licèt petere non potuerim.**

Ad §.1.Item si fundum.

Ratio dubitandi, Qui mandatum nullum habet, actionem siue personalem, siue realem alterius nomine instituere nullam potest *leg.*6.*§. vltim.supr.* quia nemo agit sine actione *l. quoties* 9. *§. & generaliter. de administrat. tut.* Ergo si fundum tuum vel ciuitatis petiero per obreptionem, id est, simulans me habere mandatum, quod tamen re vera nullum habebam, & obtinuero nõ tantùm fundum, sed etiam fructus, & quidem amplioresquàm oportuit, putà ex die motæ controuersiæ, quos ex ratione iuris non potuissem petere etiam cum mandato, nisi à die litis contestatæ contra bonæ fidei possessorem, licèt animum habuerim gerendi tua vel ciuitatis negotia, non possum tamen actione negotiorum gestorum teneri tibi aut ciuitati, vt eos fructus restituam, qui neque peti, neque in condemnationem deduci potuerunt, quia eos habui non propter gestionem, sed propter imperitiam & iniuriam iudicis, quæ lucro meo cedere iustiùs debet, quàm tuo. argumen. *lege* 3.*ad legem Falcidiam. leg. si per imprudentiam* 51. *de euiction. l. exceptione* 67. *de fideiussoribus.* Ratio decidendi, Qui alienis negotiis se immiscet, cùm bonam fidem non minùs quàm procurator præstare debeat, nihil commodi ex iis retinere sibi debet, ne quidem quod per errorem aut iniuriam iudicis cõsecutus est *leg. qui proprio* 46. *§ procurator. supra de procuratoribus.* Id enim non esset ex bona fide: satisque ei esse debet quod nec damnum sensurus sit, si nihil fecerit quod ei possit imputari. *leg. si quis negotia* 23. *infra hoc titulo.* Atqui non potest damnum sentire, etiamsi domino restituat quod indebitè consecutus fuit ex iudicato, quia li-

cèt condictione indebiti teneatur, ipse non dominus si ratihabitio nulla sequatur, vt dixi ad §. *item quæritur. l.* 6. §. timeri tamen non potest condictio eius quod solutum fuit ex iudicato, cùm nec indebitum dici possit quod in condemnationem deductum est, Res enim iudicata pro veritate habetur *l. Iulianus* 59. *de cond. indeb.* Præter id quod satis ratum habet iudicatum dominus qui negotiorum gestorum agit vt quod gestor ex iudicato consecutus est restituat.

2 ¶ Si quocunque modo ratio compensationis habita non est à Iudice, potest contrario iudicio agi. Quòd si post examinationem [a] reprobatæ fuerint pensationes [b] : verius est, quasi re iudicata, ampliùs agi contrario iudicio non posse [c], quia exceptio rei iudicatæ opponenda est [d].

Ad §. 2. Si quocunque modo.

Ratio dubitandi. In compensationem hoc casu illud ipsum deductum est quod in contrariam negotiorum gestorum actionẽ deduci potuisset. Nimirum id quod negotiorum gestor se in aliena negotia bona fide impendisse adfirmauit. Ergo si cõpensationis ratio à iudice habita non est, neque cõtrario iudicio agi poterit: quia exceptio rei iudicatę opponi potest, quoties de eadẽ re agitur in posteriore iudicio de qua in priore actum fuit, licèt non eadem actione *l. de eadem re* 5. *de except. rei iudi.* Ratio decidẽdi. Cõpensatio tametsi fauorabilis existimatur quod intersit nõ soluere potiùs quàm solutum repetere. *l* 3. *de compens. l. si stipulatus* 15. *de fideiuss.* non tamen semper fauore digna est, sed eo demum casu quo ex probationibus facti apparet verè debitum id esse cuius compensatio obiicitur. Si enim res altiorem requirat indaginem non est audiendus compensare volens ne rei iudicandæ iam paratæ mora fiat, ex eáque causa in longius tempus lis protrahatur, quod olim videtur in arbitrio fuisse iudicantis, hodie verò expressim ita sancitum à Iustiniano in *l. vlt. C. de compensat* Hoc igitur casu bonus iudex nullam oppositæ compensationis rationem habere debet, neque tamen ea mente vt qui eam opposuit à iure suo cadat, sed vt veritati locus supersit, & petitioni per contrariam actionem instituendæ. Itaque cùm iustè fieri vtrunque possit vt & compensationis ratio non habeatur, & nihilominùs in contrario iudicio vincere debeat is qui opposuerat compensationem, apparet ex eo quod compensationis ratio habita non est, exceptionem rei iudicatę oriri non posse aduersus contrariam actionem, cùm non semper idem ius sit actionis contrariæ submouendæ, & compensationis interim reiiciendæ.

a *Quòd si post examinationem.* Id est, post discussam quæstionem facti, fortè quòd non minùs obscura esset actoris intentio, nec citiùs expediri posset, quod euenit plerunque.

b *Reprobatæ fuerint pensationes.* Idest, reiectæ tanquam improbæ, aut quia non veræ, aut quia etiamsi veræ, non tamen iustæ. In his enim duobus tota causę cognitio consistere solet, vt iudex negotij, & veritatem & iustitiam examinet. *l* 3. *j. de in integr. restitut.* quorum prius ad factũ solum, posterius verò ad ius refertur.

c *Quasi re iudicata amplius contrario iudicio agi nõ posse* Ratio dubitandi. Non est bona consecutio à compensationis exceptione reiecta ad cõtrariam actionem riiciendam, vt proximè dictum est. Ergo is qui nunc agit contrario iudicio negotiorum gestorum non est submouendus exceptione rei iudicatæ ob id quod compensatio quam idem opposuit antea, fuerit reprobata. Nam cùm quæritur an res iudicata noceat, eandem rem esse oportet *l. cùm quæritur* 12. *cum duabus seqq. de exception. rei iudic.*

Ratio decidendi Minùs quidem bona est consecutio si quis ex eo quod iudex non habuit rationem compensationis, inferre velit etiam quod ad cõtrarium iudicium rem iudicatum esse. Sed est optima si compensatio non solùm reiecta sit, sed etiam reprobata post discussam plenissimè totam facti quę stionem, quia sic reprobatam esse compensationem nihil aliud est, quàm pronunciatum fuisse nihil deberi ei qui opposuit compensationem, quæ ipsa nihil aliud est quàm mutua débiti & crediti facta inter se contributio *l.* 1. *de compensat.* Atqui cùm iudicatum est nihil deberi siue disertis verbis, siue æquipollentibus id factum sit, certum est neque contrario iudicio peti quicquam posse. Vt enim compensari non potest, nisi quod debetur, ita nec peti. Nam & quædam compensari possunt, quæ tamen peti non possent, vt quod natura tantùm debetur *leg. etiam* 6. *de compensat.* at nihil peti potest, quod non multò magis possit compensari, cùm compensatio non tantùm petitio sit *leg. amplius* 15. *rat rem hab.* sed etiam exceptio & retentio quæ solet esse fauorabilior actione *l.* 1. *de pignor. l.* 1. §. *is autem de superfic.* Nec quod aliud re vera sit compensare, aliud agere, potest impedire exceptionem rei iudicatæ, quæ vt competat sufficit in posteriore iudicio agi de eo ipso quod iudicatum est, licèt alia sit actio *leg. de eadem re* 5. *& d. l. cùm quæritur* iunctis *duab. seq. de except. rei iudic.*

d *Quia exceptio rei iudicatæ opponenda est.* Hinc apparet multum interesse, quibus verbis sententia concipiatur, & quam periculosè errent ex interpretibus & pragmaticis illi qui omnes verborum differentias quasi verborum aucupia damnant & rident. Compensationis rationem non habet iudex qui apud nos sic pronunciat *sans auoir esgard à la compensation opposee*, aut etiam ita *sans nous arrester à la compensation requise par le defendeur.* Reprobat verò compensationem qui adiicit *de la quelle nous l'auons debouté.* Meliùs tamen faciunt & cautiùs, qui vt nullum quæstioni locum relinquant, cùm nullam cõpensationis rationem habent adiiciunt, *sauf au defendeur de se pouruoir par action separée & à part si bon luy semble, & au demandeur audit cas ses deffences au contraire.* Iunge *l. quod autem* 7. §. 1. *de compens.*

3 ¶ Iulianus

3 ¶ Iulianus libro tertio tractat, si ex duobus sociis alter me prohibuerit administrare, alter non, an aduersus eum qui non prohibuit, habeam negotiorum gestorum actionem? mouetur eo, quod si data fuerit aduersus eum actio, necesse erit & eum pertingi, qui vetuit: sed & illud esse iniquum, eum, qui non prohibuit, alieno facto liberari, cùm, si mutuã pecuniam alteri ex sociis, prohibente socio, dedissem, vtique eum obligarem: & puto secundùm Iulianum debere dici, supereſse contra eum, qui non prohibuit, negotiorum gestorum actionem: ita tamen, vt is, qui prohibuit, ex nulla parte, neque per socium, neque per ipsum, aliquid damni sentiat.

Ad §. 3. Iulianus.

Ratio dubitandi. In textu posita est, Cùm ex duobus sociis quorum negotia pro indiuiso communia gererecœperã, alter me prohibuit administrare, alter non prohibuit, & quæritur an aduersus eũ qui non prohibuit habeam negotiorum gestorum actionem, si dicas dandam mihi esse necesse erit vt is etiam qui prohibuit pertingantur, cùm societas quæ inter eos est faciat vt dum vnus conuenitur, alius quoque conueniri videatur. *l* 3. *§. nunc de effectu vers. sed quid si socij de liber. legat.* Atqui hoc absurdum, & iniquum est eum conueniri actione negotiorum gestorum qui prohibuit sua negotia geri licèt vtiliter gesta sint, quia non quemadmodum ignorantis ita & prohibentis negotia gerendo possum mihi contra ipsum acquirere actionem, de quo tamen non videtur omnino constitisse interveteres vsque ad constitutionem Iustiniani in *l. vlt. C. hoc tit.* vbi magis probat ille sententiam Iuliani, quæ in hoc ipso §. refertur & probatur ab Vlpiano. itémque à Paulo in *l. si pro te* 40. *mandat.* Rursum si neges dandam mihi actionem contra eum ex sociis qui non prohibuerit, fiet vt qui non prohibuit liberetur facto alieno, id est, ob socij prohibitionem, quod ipsum quoque iniquum est, cùm si mutuam pecuniam vni ex sociis altero prohibẽte dedissem vtiq. eũ obligassem. Nec simile est quod alieno facto contingit liberatio, cùm is per solutionem eius nomine factam ab alio liberatur *l. soluendo* 39. *j. hoc tit. l. solutione* 23. *de solut.* Ibi enim liberatio contingit ex voluntate creditoris solutionem accipientis, & cuius proinde nihil interest, hic verò contingeret inuito creditore, id est, eo qui pecunias suas bona fide in alterius ignorantis quidem, sed non prohibentis negotia erogasset. Neutrum ergo videtur dici posse. Ratio decidendi. Supereſt contra eum qui non prohibuit, negotiorũ gestorũ actio, quèadmodũ si eius sol[u]s negotia gesta essent, sed pro parte duntaxat, id est, ita tamen, vt neque conueniatur pro parte socij qui prohibuit, neque rursum is qui prohibuit vlla ex parte, siue per socium, siue perseipsum aliquid dãni sentire possit. Hoc enim tẽpera mẽtũ difficultatibus omnibus medetur, vt & in *l. Granius* 71. *vers. cum altero. j. de fideiuss.*

SCÆVOLA lib. I. Quæstionum.

POmponius scribit [a] si negotium à te, quàmuis malè gestum, probauero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. Videdum ergo [b], ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat: nam quomodo, cùm semel cœperit, nuda voluntate tolletur [c]? sed superius ita verum se putare [d], si dolus malus à te absit. Scæuola: Immo puto, & si comprobem [e], adhuc negotiorum gestorum actionem esse. Sed eo dictum [f], te mihi non teneri, quod reprobare nõ possim semel probatum, & quemadmodum quod vtiliter gestum est, necesse est apud iudicem pro rato haberi: ita omne quod ab ipso probatum est. Cęterùm si, vbi probaui non est negotiorum actio: quid fiet, si à debitore meo exegerit, & probauerim? quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique, si quid impendit, quemadmodum recipiet? nam vtique mandatum non est: erit igitur & post ratihabitionem negotiorum gestorum actio.

Ad l. Pomponius 9.

a *Scribit.* Non tantùm ex sua, sed etiam ex communi aliorum prudentum omnium, veráque sententia, quam & Scæuola probat, si negotium à te quamuis malè gestum probauero, te mihi non teneri negotiorum gestorum actione.

b *Videndum ergo* supple *esse scribit idem Pomponius.* Est enim hic versic. etiam ex Pomponio, vt & cætera omnia quæ sequuntur vsque ad versicul. Scæuola. Erat autem hæc illatio Pomponij ex superiore prudentum omnium propositione. Nam si verum est quod omnes volunt, non teneri te actione negotiorum, gestorum, si negotium quamuis malè à te gestum probauero. Ita ergo dicendum erit, inquiebat Pomponius, in dubio hoc & pendente, An ratum sim habiturus necne, actionem negotiorum gestorum pendêre. Et hanc illationem ex eo probabat, quod alioquin si semel cœpisset actio non posset tolli postea nuda voluntate, id est, ratihabitione quæ fit per nudam & quamlibet voluntatem. Hoc enim significant verba illa, *Nam quomodo cùm semel cœperit nuda voluntate tolletur?* Quod enim receptum est in actione iniuriarum, vt etiam dissimulatione tollatur. *§. vlt. Inst. de iniur.* valde singulare est, & inductum fauore conseruandæ inter ciues cõcordiæ per obliuionem iniuriarum, vt non tam actio iniuriarum quàm actionis materia per dissimulationem tolli videatur. Nam nec iniuriarum actio nascitur simpliciter ex iniuria & contumelia, sed ita demum si is qui iniuriam pas-

us est eam statim ad animum reuocauerit *d. §. vlt.* Quid verò interest an ad animum nunquam reuocauerit, an verò semel reuocatam postea deleuerit? vt probum quemq; virum, præsertim Christianum facere decet *l. si venditor 6. § 1. & l. seq. de seru. ex por. l. auxilium 37. de minor.* Cæterùm illud exploratum est non nisi certis & legitimis modis finiri & obligationes & actiones *l. obligationum ferè 44. §. placet. de oblig. & act.* inter eos verò modos non esse nudam creditoris voluntatem, cùm nec si pacto expresso declarata sit, tamen sufficiat nisi pactũ fuerit legitimum furti scilicet, vel iniuriarum *l. si tibi decem 17. § 1. ff. de pact.*

b *Sed superius ita verum se putare*, supple & repete *scribit idem Pomponius.* Nam & in hoc versic. eiusdem Pomponij sentẽtia refertur existimantis propositionem illam iuris à prudentib. omnibus probatam, de qua in principio legis, & quę habet si negotium à te, quamuis malè gestum, probauero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri, sic esse accipiendam si dolus malus à te absit. Nempe quòd non ita facilè doli mali atque culpæ remissio præsumenda videatur: Nam & inde est quod dici soler in generali remissione dolum malum non venire *l. Aurelio 20. in fin. de liber. legat l. 5. §. Iulianus* aliàs *l. quidam decedens. de adim., tutor l. si seruus vetitus 119. ad leg. 1.*

c *Scæuola Immo puto etsi comprobem.* Hinc Scæuolę sententia incipit reprobantis, non quod Pomponius ex aliorum omnium sententia dixerat, si negotium quamuis malè à te gestum probauero te mihi negotiorum gestorum actione non teneri, sed quod ex ea propositione Pomponius inferebat. Pendẽre igitur actionem negotiorum gestorum quandiu pẽdeat ratihabitio, ne subsecuta quandocunque ratihabitione tam agendum sit de tollenda actione quæ nuda voluntate tolli non posset, quàm de impedienda actionis, vt ita dixerim natiuitate. Contrà enim putat Scæuola, neque pendẽre interim actionem negotiorum gestorum, neque semel competentem tolli postea per ratihabitionem: sed & statim nasci ex ipsa gestione, & semel natam durare etiam post ratihabitionẽ, idque probat variis argumentis in vers. cæterùm, vsque ad finem legis. An ergo illud etiam improbat Scæuola quod aliis omnibus placet, si negotium quamuis malè à te gestum probauero te mihi negotiorum gestorum actione non teneri? Imo probat, se aliter quàm Põponius explicat illa verba *te mihi non teneri.* Sic enim Pomponius ea accipiebat, quasi actio negotiorum gestorum nulla competat, Scæuola verò ita vt competat quidem, sed ita tamen vt non eò magis condemnandus sit is qui malè gessit, sicut & si benè ac vtiliter gessisset, non eò minùs teneretur. Ideò autem non cõdemnatur post ratihabitionem is qui malè gessit, quòd reprobare non possim id quod semel probaui, & quemadmodum quod vtiliter gestum est, id necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita & omne id quod à meipso probatum est. Sic enim lego non vt vulgò *quod ab ipso* cùm & præcedentia & sequentia omnia sint de me in prima persona. Ex his apparet, nec illam Pomponij distinctionem à Scæuola probari, an dolus malus gestoris interuenerit necne. Sic enim Pompon. distinguebat quod absurdum putaret sola ratihabitione tolli actionem negotiorum gestorũ quæ ob dolum competeret. Atqui verũ est quod vult Scæuola eam actionem etiam post ratihabitionem durare etiam dolo nullo interueniente. Non ergo potest dolus facere vt magis duret. Nihilne igitur interetrit, an dolus interuenerit, necne? imò intererit, sed hactenus tantùm vt exceptio ratihabitionis per doli replicationem eludatur, non in eo vt actio retineatur, quæ nunquam per ratihabitionem tollitur, siue bene gestum sit negotium siue malè.

f *Sed eo dictum*, id est, *ideò dictum.* scilicet non à Pomponio tantũ, sed ab aliis etiã omnibus prudentibus, ex quorũ sententia Pomponius ita scripserat. De huius legis interpretatione, quæ obscurissima esse creditur ab iis à quibus malè verba construuntur scripsi pluribus lib. Coniect. cap.

g *Nam vtique mandatum non est.* Ratio dubitandi. Ratihabitio æquiparatur mãdato *l. vlt. C de SC. Maced.* Ergo post ratihabitionem actio mandati cõpetere debet non negotiorum gestorum.

Ratio decidendi. Ratihabitio æquiparatur mãdato, quantum ad hoc ne is qui ratũ habuit quod ipsius ignorantis nomine gestum fuit improbare id vnquã possit, nõ magis quàm si idipsum fieri mãdasset. At nõ etiam quantum ad hoc vt mandati obligatio contrahatur. Exigit enim illa præcedens mandatũ idque verum & expressum, non fictum aut tacitum.

10. VLPIANVS lib 10. ad Edictum.

SEd an vltro mihi tribuitur actio sumptuum, quos feci? & puto competere: nisi specialiter id actum est, vt neuter aduersus alterum habeat actionem[a].

Ad l. Sed an vltro 10.

Hæc lex cùm sit Vlpiani referenda est non ad legem proximè præcedentem quæ est Scæuolæ, sed ad speciem, tractatam in §. *vltim. l. 8.* quę est eodem libro Vlpiani de illo qui duorum sociorum commune negotium gessit prohibitus ab vno, non etiam ab altero. In qua specie diximus ex Iuliano negotiorum gestorum agi posse contra eum qui nõ prohibuit. Quod quia satis difficile videbatur, & ex quadam æquitate magis quàm ex mera iuris ratione responsum, ideò subiungit Vlpianus quasi difficilius quidpiam. Vtrũ mihi vltrò tribuenda sit actio eorum sumptuum nomine, quos feci in negotium commune sociorum, pro parte scilicet eius qui non prohibuit. An verò ita demum, si cõueniar directa negotiorum gestorum actione?

Ratio dubitandi. Fauorabilor est actio contraria quæ proponitur, cùm directa exercetur, quàm quę sola & vltro instituitur, vt dixi ad. *l 6. §. sed & si quis ff. hoc tit.* In specie illa cùm quis inuasit mea negotia animo deprędandi. Habet enim contrariã actionẽ negotiorum gestorum contra me si à me directa conueniatur, non etiam vltro, quod priore casu videatur habere actionem ex mea quodammodo voluntate, qui sciui aut scire debui, non posse me agere negotiorum gestorum actione directa etiam contra prædonem, quin hoc ipso

ipso pati debeam actionem contrariam, quasi quæ eo casu non tam conuentio quàm reconuentio, aut quasi quædam compensatio dicenda sit *l. in rebus 18. §. vl. commod.* Est enim reconuentio fauorabilior conuentione. itémque compensatio quæ ideò plerisque cusibus locum habet, quibus petitio locum habere non potest *l. si id quod 28. §. vlt. de don. int. vir. & vxor. l. etiam 6. de compen.* At posteriore casu acquireret prædo actionem contra me ex sua improbitate quod absurdum esset, vt ibi dixi.

Ratio decidendi. Non minor ratio & æquitas suadet, vt in proposito casu detur actio contraria ei qui sumptus fecit, etiamsi non conueniatur directa quàm si conueniretur, cùm nihil dolo malo aut alter fecerit propter quod non ei licere debeat, vltro agere ad sumptus repetendos quos vltrò fecit bona fide. Nam licèt actio contraria sic dicatur ex cõparatione & in antithesim directæ, vt proinde cõtraria nulla esse possit, vbi directa nulla est, nihil tamen vetat directa non proposita ab vna parte, cõtrariam ex altera parte exerceri *l. in commodato 17. §. 1. & l. seq. §. vlt. ff. commod. l. 1. §. vlt. de contr. tutc. & vtil. act.*

a *Nisi specialiter hoc actum est vt neuter aduersus alterum habeat actionem.* Ecce rursum Triboniani nostri manum simul & insciti am. Cùm enim actio negotiorum gestorum non detur nisi ei vel in eum cuius absentis & ignorantis negotia gesta sunt (alioqui si sciam te negotia mea gerere, nec prohibeam hoc ipso videor tibi mandare vt geras; ideóque contrahuntur inter nos mutuæ obligationes mandati. *l. qui patitur 18. l. qui fide 55. mandat. l. semper qui non prohibet 60. de regul. iur.*) quomodo fieri potest vt id actum sit specialiter ne actione negotiorum gestorum inter eos agatur? Sed neque puto valere huiusmodi conuentionem si ab initio interponatur, vt neuter aduersus alterum habeat actionem. Esset enim id alienum à bona fide, vt vel gestor impunè retineret, quòd ex alienis bonis deprædatus esset, vel is cuius negotia gesta essent ex gestoris iactura locupletaretur, quorum vtrunque pugnaret cum æquitate naturali, & ad delinquendum inuitaret *l. ex empto 11. §. vltim. dict. leg. bona fides 50. de action. empt. l. 1. §. 1. de pact. dotal.* Vno tantùm casu posset ea pactio valere. Nempe si fieret ex post facto, & post examinatum quantum ex vtraque parte & vtraque actione tam directa quàm contraria deberetur: Tunc enim non tam exactio iusti debiti impedita quàm solutio cuiusdam compensationis iure vtrimque facta videretur, quasi positis rationibus & calculis omnibus subductis. Deinde si excipienda fuit pactio aliqua, nónne accommodatiùs debuisset illa exceptio adiici, *nisi specialiter id actum est, vt sumptuum nomine non posset gestor agere cõtrario iudicio, si non priùs directo conueniatur.* Est enim ea conuentio æquior, & quæ fac. liùs ex facto incidere potest.

1 ¶ Is autem, qui negotiorum gestorum agit, non solùm si effectum habuit negotium, quod gessit, actione ista vtetur: sed sufficit, si vtiliter gessit, & si effectum non habuit negotium, & ideò, si insolam fulsit, vel seruum ægrum curauit: etiam si insula exusta est, vel seruus obiit, aget negotiorum gestorum: idque & Labeo probat. ¶ Sed (vt Celsus refert) Proculus apud eum notat, non semper debere dari: quid enim, si eam insulam fulsit, quam dominus, quasi impar sumptui, dereliquerit [b], vel quam sibi necessariam non putauit? Ornauit, (inquit) dominum secundùm Labeonis sententiam [d]: cùm vnicuique liceat & damni infecti nomine rem derelinquere [e]. Sed istam sententiam Celsus eleganter deridet. is enim negotiorum gestorum (inquit) habet actionem, qui vtiliter negotia gessit: non autem vtiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quæ oneratura est patrem familiâs, adgreditur. ¶ Iuxta hoc est, & quod Iulianus scribit: eum, qui insulam fulsit, vel seruum ægrotum curauit, habere negotiorum gestorum actionem, si vtiliter hoc faceret, licèt euentus non sit secutus. ego quęro, quid si putauit vtiliter facere [f], sed patrisfamiliâs non expediebat? Dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem. vt enim euentum non spectamus, debet vtiliter esse cœptum.

Ad §. 1. Is autem.

Ratio dubitandi. Hæc actio oritur ex negotio non gerendo, aut geri cœpto, sed iam gesto. *l. 3. §. hac autem actio. ff. hoc tit.* Non ergo sufficit vt negotium vtiliter cœptum & inchoatum sit, nisi etiam vtiliter sit perfectum. Quemadmodum dicimus nõ videri in rem versum, quod non durat versum *l. si propatre 10. §. versum de in rem vers.* nec mandatũ aut permissum quod non durat mandatum & permissum *l. item eorum 6. §. quid si actor. ff. tit. prox.* Certum enim est ad actionem hanc negotiorum gestorum inducendam non sufficere vt negotium alienum gestum sit, nisi sit etiam vtiliter gestum *l. 1. & 2. ff. hoc tit.* nec rursum sufficere propositum gerẽtis, id est, quod vtiliter gerere voluerit, nisi etiam rẽ ipsa vtiliter gesserit, vt ex Celso scribit Vlp. in hoc §. *vers. sed & istam.*

Ratio decidendi. Vtiliter gessit is qui vtiliter gerere cœpit faciendo, id quod alius quilibet diligẽs paterfamilias facere debuisset ad rem vtiliter gerendam, licèt euentus cœptis non responderit, quod & in actione de in rem verso obseruatur, *l. seruus 17. in princ. de in rem vers. l. vlt. in princ. de exercit. act.* & in actione tutelæ contraria *l. 3. §. sufficit de cõtr. tutel. & vtil. act.* Exemplum adfert. Vlp. si quis insulam fulserit, vel seruum ægrum curauerit. Nam tametsi postea insula exusta sit, vel seruus obierit non eò minùs aget negotiorum gestorum *l. si seruum 10. C. hoc tit.* Sunt enim isti casus futuri qui etiam præuisi gestionem tamen impedire non debuerunt, sicut nec præberent minori iustam causam in integrum restitutionis *l. verum 10. §. item non restituetur & sequ. de minor. l. fluminum 24. §. Seruius de damn. infect.*

b *Quam domin⁹ quasi impar sumptui dereliquerit.* Ratio dubitãdi. Etiãsi dominus eam insulam dereliquerit quasi impar sumptui non eò minùs verum est pretiosiorem factam esse quæ sumptib⁹ gestoris fulta

fuit, ac proinde locupletiorem factum dominum ad quem ea pertinet. Perinde igitur teneri debet actione negotiorum gestorum.

Ratio decidendi. Si in fula illa aut non fuit necessaria domino aut non potuit fulciri vel refici sumptibus domini sine magno eius incommodo fatendum est oneratum fuisse dominum potiùs quàm locupletatum. Finge adeò pauperem vt si cogatur id reddere quod bona fide impensum fuit, laribus, & sepulcris auitis carendum habeat, vt in *l. in fundo.* 38. *de rei vendic.* aut saltem re ipsa in quam impensa facta est. vt in *l. si seruos* 25. *de pignor. action.* Non enim permissum est absentium negotia in hoc genere vt sumptibus mergantur, quorumodo de pupillis scriptum est in *l. 3. de contr. tutel. & vtil. act.* Et ideò hanc Proculi notam ad Labeonem eleganter Celsus deridebat, vt sequitur apud Vlpianum: is enim negotiorum gestorum habet actionem, inquiebat Celsus qui vtiliter negotia gessit. Non autem gessit vtiliter, qui rē non necessariam vel quæ patremfamilias oneratura fuerat, adgressus est, non magis quàm si voluptarias impensas feciſset *l. ex duobus* 37. *in princ. ff. eod.*

c *Dereliquerit.* Id est, defendere noluerit, non tamē eam habuerit pro derelicto. Alioqui hoc ipso dominus esse desiisset *l. 5. & pass. ff. pro derelict.* nec proinde locus quæstioni vllus relinqueretur, an quod in eam rem impensum esset restitui deberet à vetere domino, eum in rem alienam facta impensa reperiretur.

d *Secundùm Labeonis sententiam.* Id est, Se virum est quod Labeo dicebat, dandam hoc etiam casu negotiorum gestorum actionem. Sed ridicula erat hæc reprehensio, quia Labeonis sententia ad hunc casum porrigi non poterat, vt ex Celso pro Labeone contra Proculum subiungit Vlpianus. Labeo enim locutus fuerat de illo qui vtiliter negotia gessisset, Proculus verò reprehendendi Labeonis studio eum casum quæsiit, in quo inutiliter gestum fuerit negotium.

e *Damni infecti nomine rem derelinquere.* 7. §. 1. *ff. de dam. infect* vbi dicam. *Iuxta hoc est.*

Ratio dubitandi, & decid. eadem quę ad initium huius §. Iunge *l. 12. §. vlt l. 13 l. siue* 22. *ff. hoc tit.*

f *Quid si putauit vtiliter se facere?*

Ratio dubit. Euentus non est spectandus, vt dictū est in toto hoc §. Ergo tametsi patrifamil. nō expediret, perinde tamē negotiorū gestorū agi potest si is qui gessit bona fide sumptus fecit, cum se vtiliter putaret. Ratio decid. Quamuis euentū non spectemus, debet tamen vtiliter esse cœptum negotium, nec sufficit propositum vtiliter gerendi. Et hoc est quod Vlpianus ait *vt euentum non spectamus. Vt* enim dixit pro *quanquam* eleganter.

11. POMPONIVS lib. 21. ad Quintum Mucium.

SI negotia absentis & ignorantis geras: & culpam, & dolum præstare debes, sed Proculus interdum etiam casum præstare debere g: veluti si nouum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales nouicios coëmēdo, vel aliquam negotiationem ineundo: nam si quod damnum ex ea re secutū fuerit, re sequetur: lucrum verò absentem h, quòd si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet i.

Ad l. Si negotia 11.

Ratio dubitandi. Qui absentis & ignorantis negotia geri non suam, sed solius absentis vtilitatem spectat, cuius gratia nec proprio labori parcit nec sumptibus prorogandis, quod vtrumque non fit sine incommodo: ergo nihil nisi dolum præstare debet, cùm enim quęritur in contractibus. An dolum duntaxat an culpam eámque vel latam, vel leuem vel leuissimam præstare quis debeat illud vnum inspici solet, cuius gratia contractus celebratus sit. Si enim solius agentis gratia non debet reus præstare nisi dolum, vt in deposito *l. si vnus* 17. *§. illud nulla de pact. & latam culpam. l. 1. C. de oss.* Si gratia vtriusque debet præstari culpa etiam leuis, vt in pignore. *§. vlt. Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Si gratia solius rei etiam culpa leuissima, vt in commodato. §. *item is cui. eo.* Atqui negotiorum gestor solius absentis gratia gerit negotia. Ergo non est æquum vt teneatur, nisi de dolo & lata culpa.

Ratio decidendi. Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti *l. culpa est* 36. *de reg. iur.* nisi is, qui gerit aliena negotia, ostendat se & dolo & culpa carere gerendo vtiliter quomodo gereret sua. Mirum igitur non est si cogatur præstare culpam non modò latam, sed etiam leuem, quam solent prudentes nostri intelligere, cùm culpam simpliciter dicunt *l. tutori* 20. *C. h tit.* Non tamen præstat culpam leuissimam, quia non maior diligentia exigenda est ab eo qui aliena gerit negotia, quàm in rebus & negotiis suis esset adhibiturus. Et hoc solùm ab eo requiritur vt sit vir diligens *l si pupilli* 6. *§. vlt. ff. h. tit.* non etiam vt sit diligentissimus. Sed & interdum nihil nisi dolum præstare debet, vt in specie *l 3. §. antepen. ff.* At nonnunquam etiam casum, vt sequitur in hac lege.

g *Etiam casum præstare debere.*

Ratio dubitandi. Casus fortuiti nullo bonæ fidei iudicio præstantur *l. quę fortuitis* 6. *C. de pignor. act. l. contractus* 23. *in fin. de reg. iur* Atqui negotiorum gestorum actio bonæ fidei est *l. quia tantundem* 7. vbi dixi *ff. h. tit.* Ergo negotiorum gestor nunquam casum præstare debet, nisi interueniente speciali pacto *l. negotium* 22. *C. h. tit.*

Ratio decidendi. Regulariter non præstat casum *d l. contractus*, imò neque culpam leuissimam, vt proximè diximus. Sed interdum tamen id fit, veluti si absentis nomine nouum negotium gesserit, quod non erat solitus absens facere, veluti venales nouitios coëmendo, vel aliquam aliam huiusmodi nouam negotiationem ineundo. Nam si quid damni ex ea re secutum sit, sequetur gestorem, lucrum verò absentem, vt hic Pomponius ait.

h *Lucrum verò absentem.* Ratio dubitandi. Secundùm naturam est cuiusque rei commoda eum sequi, quem sequuntur incommoda *l. secundùm naturā 10. de reg. iu.* Ergo si damnū sequitur gestorē, lucrum quoq. eūdē sequi debet. Ratio decidēdi. Idē ius solet cōstitui in lucro & in dāno, cū eadē vtriusq. ratio est: At

est: At in proposito casu diuersa ratio est, quia vt lucrum pertineat ad eum cuius negotia gesta sunt nihil impedit, cùm gestor eo animo sit vt absenti non sibi lucrum acquirat: vt verò damnum ad eum non pertineat, illud facit quod culpa est in gestore non solùm in eo, quod immiscet se rei ad se non pertinenti, sed etiam in eo quod absentis nomine instituit periculosam negotiationem quam dominus ipse siue timidior siue prudentior nunquam adgressus nec adgressurus fuerat periculi prætuli metu. Debuit enim prospicere posse euenire vt serui nouicij morerentur *l. verum* 1. *§. si locupleti ff. de minor. l. si quis domum* 9. *§. hic subiungi locat.* Nihil ergo absurdi est vt lucrum ad absentem pertineat, damnum verò ad gestorem. Nam & naturalis simul & ciuilis ratio suadet alienam conditionem meliorem etiam inuito & ignorante alio facere nos posse, deteriorem non posse *l. soluendo* 39. *hoc titul.* dicam ad *l. 23. ff. eo.*

i *Absens pensare lucrum cum damno debet.* Ratio dubitandi. Qui compensat petere videtur *l. amplius* 15. *rat. rem haber.* parúmque interest an contrario iudicio quis agat an compenset *l. in rebus* 18. *§. vltim. commod.* Atqui is qui aliena negotia gessit lucrum habere hoc casu non debet, sed damnum tantummodo sentire. Ergo neque lucri & damni compensatio fieri potest ne quod directò prohibetur, indirecto concedatur *l. si autem* 8. *§. vlt. ff. hac leg. l. scire oportet* 21. *§. 1. de tutor. & curator. dat.*

Ratio decidendi. Facilior & fauorabilior est compensatio, quàm petitio, non solùm quia non tam actio, quàm exceptio est, exceptiones autem omnes sunt fauorabiliores *lege 1. §. is autem de superfic. l. inuitus* 156. *§. cui damus. de reg. iur.* sed etiam quia compensatio opposita ei cuius negotia gesta sunt, non irrogat ei damnum, sed lucrum duntaxat ei adimit, quod alioquin haberet: Semper autem legislator facilior est in lucro aufferendo, quàm in damno irrogando *lege 3. in princ. de vi & vi armat. l. quod autem 6. §. simili modo dicimus quæ in fraud. credit. l. si minoris* 25. *de administrat. tutor. lege 4. §. si cum legitima. de doli mali except.* Obseruandum tamen est hanc Pomponij sententiam de compensando lucro cum damno, neque aliis prudentibus placuisse, neque Imperatoribus vt constat ex *lege de illo* 23. *§. primo.* pro socio vbi licèt species dissimilis proponatur de sociis non de negotiorū gestorum, vix tamen ratio reddi potest cur in illa specie potius quàm in hac debuerit Diuus Marcus pronunciare non posse obiici socio: Abstine commodo quod per seruum accessit, si damnum petis. De quo dicemus latiùs ad eum locum.

12. VLPIANVS lib. 10. ad Edictum.

SVccessori eius, cuius fuerunt negotia, qui apud hostes decessit, hæc actio danda erit.

Ad l. Successori 12.

Ratio dubitandi. Qui apud hostes est verè seruus est *tot. tit. de captiu. & postlim.* Atqui serui pro nullis habentur non solùm iure ciuili *leg. quod attinet* 32. *de reg. iur.* sed etiam iure prætorio cum neque extra ordinem computētur *l. nullomodo* 7. *ad leg. Cornel. de falsis.* Ergo qui captiui negotia gerit, nullius gerit. Non igitur debet habere actionem negotiorum gestorum, quæ scilicet non alij competit quàm ei qui alicuius absentis negotia gessit *l. 3. in princ. & §. alterius. ff. hoc tit.* aut quæ cuiusque cùm moritur fuerunt vt habent verba edicti, de quo in *d. l. 3. in princip.* Nec est quod quis dicat ciuem Romanum, qui apud hostes decessit videri in ciuitate decessisse ipsa hora captiuitatis ex fictione legis Corneliæ *l. lege Cornelia 12. qui test. fac. poss.* Tantò enim apertius fit non fuisse ipsius negotia quæ gesta sunt durante captiuitate quasi gesta post mortem: At neque fuerunt heredis quoniam qui in captiuitate est cùm nec liber nec mortuus sit & adhuc in ciuitatem redire possit, heredem habere nullum potest.

Ratio decidendi. Fictio legis Corneliæ sicuti facit vt captiuus videatur in ciuitate decessisse ex die captiuitatis, ita efficit vt qui eius negotia tempore captiuitatis gessit perinde haberi debeat ac si defuncti negotia hereditaria gessisset, quo casu haberet & pateretur proculdubio actionem negotiorum gestorum ex edicto, de quo in *d. l. 3. in princ.* cuius verba illa *quæ cuiusque cùm moritur fuerint* ad eam gestionem referuntur, quæ facta si post mortem *d. l. 3. §. hac verba*, vbi dixi. Danda igitur est ei & in eum actio negotiorum gestorum successori & contra successorem captiui quemadmodum daretur heredi & in heredem cuiusl. libet alterius mortui *leg. fin autem* 20. iunct. *leg. siue hereditaria* 22. *ff. hoc titulo* Iunge *finem huius legis.*

1 ¶ Sed si filij familiàs militis defuncti testamento facto gessi, similiter erit danda actio.

Ad §. 1. Sed si.

Ratio dubitandi. Filius familias miles quamuis castrense peculium habeat, non omnimodo tamen & omni casu heredem habet, sed ita demum si moriatur cum testamento *l. 2. de castren. pecul. l. vlt. §. 1. ad S. C. Tertyll.* Si enim moriatur intestatus pater bona ipsius occupat non tanquam hereditatem, sed iure peculij *d. l. 2.* Ergo qui filij familias militis iam defuncti negotia gerit siue defunctum sciens siue ignorans, non potest cogitare de obligando sibi futuro herede, aut de se obligando heredi futuro, nisi illud etiam sciat militem testatum decessisse. At neque videtur hoc sufficere vt possit nasci actio negotiorum gestorum tanquam gestis negotiis hereditariis: non enim satis est & testatum & defunctum fuisse filiumfamilias militem vt hereditatem aliquam reliquisse videatur, cuius negotia proinde sint hereditaria, sed illud præterea requiritur, vt aditio hereditatis iam secuta sit, quia non fit hereditas nisi aditione *l. filiusfamilias* 18. *ad leg. Falcid.* Quicquid ergo ante aditionem gestum est, cùm neque defuncti filij qui iam nullus est, neque hereditatis quæ adhuc nulla est negotium dici possit, neque heredis qui nondum adiit, nec denique patris qui nullum ius habet in castrensi peculio filij testati, consequens est vt nullius negotium sit ac proinde vt eo nomine neque gestori neque in gestorem actio negotiorum gestorum danda sit, aut saltem vt danda sit patri vel in patrem cuius peculium & ius extranei quandiu nulla hereditas est, non successori & in successorem.

Ratio decidendi. Adita quandocunque hereditas retro fingitur adita ex die mortis *l. heres quandocunque 49. de acq. hered. l. omnia 131. de reg. iur. l. si ex re 28. §. vlt. de stipul. seruor.* Et consequenter videtur heredis negotia gessisse, non patris qui filijfamilias militis testato defuncti negotia gessit. Euanescit enim ius patris, nec vllum in castrensi peculio vnquam fuisse intelligitur, statim atque cœpit filius habere in eo heredem: adeò vt filio quoque defuncto intestato, non nisi postliminij cuiusdam similitudine pater antiquo iure habeat peculium, retróque dominium rerum peculij castrensis habuisse videatur, vt scriptum est in *l. de hereditate 19. §. pater. & seq. & pass. de castr. pecul.* Aditio enim quandocunque subsecuta ex testamento filijfamilias militis, sicut extinguit omne ius patris & spem illius veluti postliminij, ita & facit vt ab eo die quo mortuus est filius ad diem vsque aditionis hereditas aliqua filij, cáque iacens fuisse intelligatur. Id que nimirum est quod ait Paulus in *d. l. filiusfamilias aditione fieri hereditatem.* Alioqui certum est hereditatem quámlibet, quo instanti adita est, imò quo aditur definere esse hereditatem, fieríque patrimonium heredis *l. 1. & tot. titul. de separat. l. sed si plures 10. §. filio. & l. si filius 12. de vulg. & pup. substit.* Ergo edictum prætoris, qua parte dat actionem in negotiorum hereditariorum gestorem, ad hunc quoque casum pertinet. Nec debent ista videri contradictionem implicare, cùm sint ex eorum numero in quibus non nisi ex postfacto apparet quid actè fuerit, & in quibus rei veritas cum iuris fictione pugnat *l. quæres 98. §. rem autem de solut. d. §. pater & seq.* iunct. *l. quadam sunt 15. de reb. dub.*

a *Similiter danda erit actio.* Id est, successori & in successorem quomodo in specie præcedenti: non autem patri & in patrem, quia nec successor est pater filijfamilias militis intestati, cùm eius bona castrensia occupet, non titulo successionis, sed tanquam peculium & iure antiquo ac pristino, vt scriptum est in *d. §. pater & alibi pas. eod. tit.*

2 ¶ Sicut autem in negotiis virorum gestis sufficit vtiliter negotium gestum: ita & in bonis mortuorum, licèt diuersus exitus sit.

Ad §. 2. Sicut autem.

Ratio dubitandi. Sicuti grauior culpa est eius qui defuncti negotia inuadit à quo prohiberi non possit, si malè administret, ita maior fides & diligentia exigi videtur ab eo qui mortui, quàm qui viui hominis negotia gerit. Esse enim adhuc curæ hominibus fidem & officium, tunc maximè appparet, cùm sunt qui defunctorum amicos agant, inquit *Plin. l. ep. 17.* Ergo quamuis in negotiis viuorum sufficiat vtiliter cœptum esse negotium, licèt bonum euentum non habuerit *l. sed an vltro 10. in fin. 8.* tamè in negotiis mortuorum illud præterea exigendum videtur, vt negotium non tantùm vtiliter cœptum, sed etiam vtiliter perfectum sit, bonúmque exitum habuerit. Ratio decidendi. Ex bona fide pendet initiũ dutaxat & propositum negotij vtiliter gerendi, siue viuorum, siue mortuorũ negotia gerantur, nec quicquam est quod possit imputari ei qui vtiliter cœpit gerere, etiamsi diuersus exitus sit, nisi fortè aut cœptum negotium deseruerit, aut eius perdendi causam vel occasionem, siue dolo, siue saltem facto suo præbuerit. At si negotio vtiliter cœpto aliquid accidat quod efficiat ne bonum exitum habere possit quod optima fide ac industria fuerat inchoatum si tale illud sit, quod impediri non potuerit, iniquum esset ex ea causa deteriorem fieri condicionem gestoris. Ne alioqui nemo futurus sit, qui ad negotia siue viuorum siue mortuorum gerenda velit accedere, si futuros casus præstare cogatur, quos dici solet, neque prouidi esse, neque sapientis præstare.

13. PAVLVS lib. 9. ad Edictum.

DEbitor meus, qui mihi quinquaginta debebat, decessit. huius hereditatis curationem suscepi[a]: & impendi decem, deinde redacta ex venditione rei hereditariæ centum in arca reposui, hæc sine culpa mea perierunt: quæsitum est, an ab herede, qui quandoque extitisset, vel creditam pecuniam quinquaginta petere possim, vel decem, quæ impendi. Iulianus scribit, in eo verti quæstionem, vt animaduertamus, an iustam causam habuerim seponendorum centum[b]: nam si debuerim & mihi, & cæteris hereditariis creditoribus soluere, periculum non solùm sexaginta, sed & reliquorum quadraginta (millium) me præstaturum: decem tamen, quæ impenderim retenturum[c], id est sola nonaginta restituenda: si verò iusta causa fuerit, propter quam integra centum custodirentur, veluti si periculum erat, ne prædia in publicum committerentur, ne pœna traiecticiæ pecuniæ augeretur, aut ex compromisso committeretur, non solùm decem, quæ in hereditaria negotia impenderim, sed etiam quinquaginta quæ mihi debita sunt, ab herede me consequi posse?

Ad l. Debitor 13.

a *Huius hereditatis curationem suscepi.* Id est, bonorum hereditariorum: quomodo & in *lege vlt. §. 1. in fin. C. de bon. quæ liber.* Iustinianus dixit, *curatorem hereditati dari*, pro eo quod dicere voluit, dari hereditariis bonis curatorem, imò iis bonis quæ nec amplius erant hereditaria, cùm hereditas filio delata iam ab eo adita proponeretur. Nemo enim nescit hereditatem per aditionem definere hereditatem esse, vt dixi ad *§. 1. legis præcedent.* Nec sanè prætor dat vnquam curatorem iacentis hereditati, cùm hereditas repræsentet personam defuncti, qui non indigebat curatore, quique etiamsi minor fuisset desiisset tamen indigere curatore mortis suæ tempore, sed dat curatorem bonis, nunc hereditatis, vt in hac *lege, & dicta lege vltima & in lege si quis instituatur 23. §. item si conditioni, de hereditat. instituen. leg. 1. de curator. bon. dand.* nunc absentis vt putà

vt putà capiui *lege ab hostibus 15. ex quibus caus. maior.* nunc inopis debitoris & latitantis si à nemine defendatur, aut si bonis cesserit *lege 2. 4. & vltim. de cùrat. bon. dand. lege creditore 14. de rebus auctor. iudic. possid.* iunct. *lege idem 22. §. 1. eod. titul.* Vnde est quod hic curator neque conueniri potest à creditoribus, neque actiones vllas exercere nisi si quæ sint temporis periturę *dict. l. 1. de cur. bon. d. and. & §. vltim. d. l. creditore 14. lege 5. in fin. & l. 6. & l. 7. in fin. de iur. delib.* quod vtrumque falsum esset in eo qui esset verè curator hereditatis. Habet enim hereditas debita & credita & potest hereditati deberi non bonis, & potest hereditas debere non bona, quia non sicut hereditas ita & bona personam aliquam repræsentant. Alia ratio est curatoris dari bonis distrahendis, de quo in *l. 2. §. 1. & l. 3. de cur. bon. dand. & toto illo titul. l. 90.* Ei enim & in eum vtiles actiones dantur, non etiam cæteris. Et in hoc errant grauiter Pragmatici nostri qui solent dare curatorem hereditati tanquam iacenti, adeóque illo etiam casu quo sit adita ab herede cum beneficio legis & inuentarij. Item illo quo certum sit nullum amplius sperari heredem aut successorem, cùm tamen vtróque casu desinat esse hereditas & priore quidem fiant bona heredis, posteriore verò bona vacantia vt disputaui pluribus in *Error. Decad. De error. Pragmat.*

b *An iustam causam habuerim seponendorum centum.* Ratio dubitandi, Semper iusta causa est seponendæ, id est, seorsim & separatim habendæ alicuius pecuniæ præsidij causa, Solebant enim veteres dicere pecuniam sine peculio fragilem esse peculium appellantes id quod præsidij causa seponeretur *lege si eborum 79. §. 1. de leg. 3.* Ergo frustrà Iulianus hanc distinctionem adhibebat.

Ratio decidendi, Eius est pecuniam præsidij causa seponere, qui rem suam tractat, non eius qui alienam. Hic enim nullum sibi in aliena pecunia ponere debet præsidium: Sed neque diligentis patris familias est pecuniam habere domi ociosam si æris alieni exsoluendi necessitate vrgeatur. Ea namque omnium optima administratio & acquisitio est si quis à creditoribus suis liberetur *l. si pupilli 66. in fin. de solutionib. l. species 11. de acceptilat.* In proposito igitur si debuerim mihi & cæteris creditoribus soluere ex ea pecunia quam seposui imputandum mihi est cur seposuerim ac non potius mihi & aliis soluerim, vt in *lege quoties 9. §. sicut autem. de adminis. tutor.* ideóque & periculum ad me pertinet non solùm sexaginta quæ mihi debebantur, sed etiam reliquorum quadraginta, in quibus tamen ideò maior erat ratio dubitandi, quia cùm nullum in iis ius haberem iustius videbatur vt domino perirent, id est, hereditati quæ dominæ loco habetur, aut potiùs domini, scilicet defuncti *lege non minùs 31. §. 1. de hered. instit.* iunct. *lege quæ fortuitis 6. Cod. de pignor. act.* Sed ratio decidendi est quia casus ille non contigisset si nulla in me culpa præcessisset, nec tam videor in hac specie casum præstare quàm culpam. Si verò iusta causa fuerit propter quam integra centum custodirentur, vt in casibus quos hæc lex recenset, non solùm decem quæ impenderim, sed etiam quinquaginta quæ mihi debita sunt potero consequi ab herede, qui postmodum adierit hereditatem.

c *Decem tamen quæ impenderim retenturum.* Puto hanc adiectionem in textum irrepsisse ex glossa imperiti interpretis, vt & verba illa quæ statim sequuntur, & quæ tanquam magis suspecta lineis intercluſa sunt, *id est, sola nonaginta restituenda.* Nam sicuti eadem erat ratio dubitandi & quærendi de illis decem in negotia hereditaria impensis, quæ de quinquaginta mihi debitis. Ita & de vtriusque simul Paulus ex Iuliano respondit illis verbis *periculum me non solùm sexaginta.* Nec enim sexaginta debebantur ex mutuo, sed tantum quinquaginta: fiunt autem sexaginta additis decem illis, quæ in negotia hereditaria impenderam. Quid verò aliud est me præstare periculum sexagintæ, quàm esse mihi deperdita sexaginta illa quæ casu fortuito perierunt? Ac rursum quid aliud est ea sexaginta mihi periisse, quàm si dictum esset amissam à me duplicem illam actionem quam alioqui habiturus eram contra heredem ad ea consequenda? Nempe certi condictionem ex mutuo ad quinquaginta negociorum verò gestorum ad decem. Nam cogi me ad restituenda & numeranda sexaginta heredi qui postea quandóque exiterit, absurdum sanè & iniquum esset, cùm tam ipsi heredi quàm mihi commodior sit ratio illa præstandi periculi vt actionem amittam quasi soluerim mihi ipsi, quàm vt amissam pecuniam reponere debeam & heredi numerare, mox tantundem ab eo per actiones istas condictionem certi ex mutuo & negotiorum gestorum repeturus. An non interest vtriusque nostrum me non soluere potius quàm solutum repetere? *l. 3. de compensat. Lege si stipulatus 15. de fideiuss.* Cùm quoin omnibus bonæ fidei iudiciis compensatio locum habuerit iam olim *§. in bonæ fidei. Institut. de actionibus*, actio autem quæ competit aduersus curatorem bonis datum sit bonæ fidei, tanquam quæ sit negotiorum gestorum, aut eadem saltem præstationes habeat, quas haberet actio negotiorum gestorum: *lege creditore 14. §. 1. de rebus autor. iudic. possid.* iunct. *lege 3. §. vltim. de cur. bon. dand.* nihil causæ est, cur non perinde possim compẽsare quinquaginta mihi debita ex mutuo, atque decem illa quę impendi in negotia hereditaria. Atquè enim sunt debita, nisi fortè magis, quia ex vero contractu debentur, mihi, quę verò impendi, non nisi ex quasi cõtractu. Neq; rursus video quomodo possit dici retenturum me decem ex centum illis quę amissa & deperdita proponuntur: Nisi intelligas retenturum me ex centum illis quæ actione negotiorum gestorum restituere debeo. Sed quid necesse est me restituere amissam pecuniam si potest commodiùs res explicari & expediri per irrogatam mihi actionis meæ amissionem? Denique aut centum integra restituere debeo & mox repetere sexaginta, si non sit locus compensationi, aut si compensationi locus est, non tantùm decem quæ impendi retinere debeo, sed & quinquaginta illa mihi debita ex mutuo, id est, sexaginta integra, & consequenter quadraginta tantùm restituere debeo: nõ vt lex ait nonaginta. Imperitum interpretem duo fefellerũt. Illud imprimis quod ea Iuliani & Pauli verba *periculum non solùm sexaginta sed & reliquorum quadraginta me præstaturum*, sic accepit acsi scriptum esset me non modò sexaginta, sed etiam quadraginta præstaturum. Cùm tamen sint hæc valdè differentia, Præstare sexaginta, & præstare periculum sexaginta:

Præstantur sexaginta, cùm numerantur, & eo casu retentioni locus esse potest & compensationi, si ei qui præstat & numerat aliud quid vicissim debeatur. Et hoc quidem sensu posset dici me qui centum restituere deberem ex illis centum, decem retenturum quæ impendi, sed tamen eodem sensu dicendum esset etiam quinquaginta mihi ex mutuo debita me retenturum, vt iam probaui. At periculum sexaginta quę amisi, cùm totidem mihi deberentur, præstari potest, & verò præstatur commodius, si denegetur mihi actio, quâ alioquin habiturus eram ad sexaginta consequenda, quàm si cogar ea præstare, mox acturus vt tantundem repetam. Siquidem post factam à me restitutionem totius quantitatis, quæ per culpam meam amisi, nemo iustè mihi denegauerit, eorum omnium quę mihi vicissim debeantur, petitionem. Sanè quod attinet ad quadraginta reliqua quæ amisi, & quibus nullam possum opponere quantitatem quæ mihi debeatur, nihil interest an quis dicat præstare me quadraginta, an periculum quadraginta, quia nec alia ratio est præstandi periculi huius, quàm si quadraginta numerentur à me ac restituantur. Itaque inter sexaginta & quadraginta, de quibus vtrisque in hac lege agitur, nihil planè refert si loquamur de præstatione periculi. Refert tamen valdè si loquamur de præstatione & numeratione quantitatis, & ideò vtrasque summas exæquat Iulianus & Paulus, quia de præstando periculo tractant, non de præstanda & numeranda quantitate. Alterum quod interpretem fefellit illud est, quod in fine legis scriptum est in hæc verba, *non solùm de eem, quæ in hereditaria negotia impenderim, sed etiam quinquaginta quæ mihi debita sunt ab herede me consequi posse.* Sic enim ab eo accepta sunt, quasi maior ratio sit consequendorum decem quæ impensa sunt in negotia hereditaria, quàm consequendorum quinquaginta quæ mihi iam à defuncto debebantur: item quasi in priore specie in qua diuersum ius constituti videbat, non vtraque, sed altera tantum, id est, decem, non quinquaginta deberetur. Nec animaduertit ita Iulianum & Paulum scripsisse & scribere debuisse, quia facilius videbatur vt ego conuentus actione negotiorum gestorum possem consequi decem per exceptionem & compensationem, quæ scilicet eriam contrario negotiorum gestorum iudicio persequi possem *l. in rebus* 18. *§. vlt. commod. l. sed an vltro. 10. in pr. §. hoc tit.* quàm vt possem vltro petere quinquaginta, quæ nec in contrarium iudicium negotiorum gestorum venire possunt. Est enim fauorabilius debitum quod descendit ex eodem negotio, ex quo agitur *l. cùm Papinianus 14. C. de sent. & interloc. omn. iudic. l. 6. §. sed & si quis. §. hoc tit.* Sed non eo minùs tamen verum est quinquaginta mihi deberi, & ideò dandam mihi eorum petitionem, multò magis verò permittendam compensationem, si quid à me debeatur petatúrque actione negotiorum gestorum. Multa enim sunt quę non veniant in contrariam actionem negotiorum gestorum, & quę tamen aut compensari possunt aut peti, licèt non è contrario quæcunque vel peti possunt vel compensari, possint etiam in contrariam actionem venire. Denique non poterit negari quin sibi Iulianus contradixerit, si scripsit quod habet vulgata lectio, & periculum sexaginta me præstaturum, & nihilominùs decem quæ impenderim retenturum. Si enim salua mihi sint decem per retentionem, supererunt duntaxat quinquaginta mihi ex mutuo debita, quorum periculum ad me pertinere possit. Illud etiam errori causam dare potuit, quod initio legis Paulus ita scribit, *quæsitum est, an ab herede, qui quandoque extitisset, vel creditam pecuniam quinquaginta petere possim, vel decem quæ impendi.* Sic enim videtur Paulus scripsisse, quasi putaret aliquo saltem casu non vtraque peti posse, sed altera tantùm: quæ vis & potestas est disiunctionis *leg. cùm pupillus 78. §. 1. de condic. & demonstr.* Sed nemo non videt disiuncta fuisse à Paulo hæc debita, non quòd diuersam rationem haberent, sed quia diuersam originem, cùm alterum ab ipsa negotiorum gestione, alterum à contractu, qui cum defuncto initus fuerat, proficisceretur. Quanquam nec illud nouum est, vt disiunctio pro coniunctione accipiatur, & contrà *l. sæpè 53. de verbor. signif.* quod si vsquam aliàs, hoc certè loco admittendum esse apertum est. Non enim de decem tantùm, aut de quinquaginta tantùm, quærebat Paulus, sed de sexaginta simul, vt ex eo apparet quod mox ad propositam quæstionem respondet de sexaginta, eandem vtriusque summæ rationem constituens quantum ad hoc vt vtriusque periculum ad me pertineat, si nullam habuerim iustam causam se ponendæ pecuniæ, quæ postea casu fortuito amissa fuit.

14. VLPIANVS lib. 10. ad Edictum.

SI filiusfamilias negotia gessisse proponatur: æquissimum erit, in patrem quoque actionẽ dari: siue peculium habet, siue in rem patris sui vertit. ¶ Et si ancilla, simili modo.

Ad l. Si filiusfamilias 14.

Probo quod vult Cuiacius *libro 13. obseruation. c. 7.* legendum esse, *Si filiafamilias.* non quod aliud iuris sit in filiofamilias, sed quia maior erat ratio dubitandi. in filiafamilias propter sexum, & quia hoc suadent verba illa vltima legis, *Et ancilla simili modo.* Comparanda enim fuit ancilla cum filiafamilias, non cum filiofamilias.

Ratio dubitandi, Pater qui filiæfamilias, vel dominus qui ancillæ peculium dat, eo animo dat, vt ipsa pecuniam illam pupillarem administret, non etiam vt aliena negotia: præsertim cùm sit inuerecundum & à condicione sexus alienum, vt fœmina siue libera siue serua sit, accedat ad alienorum negotiorum administrationem, vt dixi ad *legem tertiam §. primo. & §. alterius. §. hoc tit.*

Ratio decidendi, Actio de peculio, & quæ eius pars quædam est, actio de in rem verso, datur contra patrem vel dominum non tantùm ex contractibus eorum quos habet in potestate, sed etiam ex quasi contractibus *lege si quis cum filiofamilias 44. de peculio. lege si filiusfamilias 7. de tutel. lege Lucius 21. de administrat. tutor.* Atqui quasi contrahit is qui aliena gerit negotia *lege 5. in princip. de obligatio. & actionib.* Ergo & ex hac causa patrem dominúmve obligari dicendum est. Nec refertan filiusfamilias sit, an filia, an seruus, an verò ancilla. *lege 3. §. penult. lege & ancillarum 47. in princip. de pecul.* Nam &

Nam & fœminæ possunt aliena negotia tractare, & consequenter negotiorum gestorum, & agere & conueniri *d. l. 3. §. 1. §. vbi dixi.*

a *Et ancilla simili modo.* Ratio dubitandi, Facilius est vt pater obligetur de peculio ex contractu filij, quàm vt dominus ex contractu serui. Semper enim obligatur pater non etiàm dominus *l. 1. §. si seruus. & seq. ff. de pecul.* Non igitur eadem ratio constituenda est filiæfamilias & ancillæ.

Ratio decidendi. Eadem vtriusque ratio est in actione de peculio quando actio nascitur ex negotio gesto cum filiafamilias vel ancilla aut cum filiofamilias vel seruo *d. §. si seruus.* gerit autem negotium quoties vel contrahit vel quasi contrahit, ita vt vel ex contractu vel ex quasi contractu nascatur causa & origo obligationis. Atquin is qui aliena negotia gerit videtur cum eo quasi contrahere *§. 1. Inst. de oblig. quæ ex quas. contr. nasci. l. sed & cum 16. infra hoc titul.* Ergo nihil hac parte differt filiafamilias ab ancilla.

15. PAVLVS lib. 9. ad Edictum.

POmponius libro vicesimo sexto, in negotiis gestis, initio cuiusque temporis conditionem spectandam ait. quid enim, inquit, si pupilli negotia cœperim gerere, & inter moras pubes factus sit? vel serui, aut filij familiâs, & interea liber, aut paterfamiliâs effectus sit? hoc & ego verius esse didici: nisi si ab initio quasi vnum negotium gesturus accessero [b], deinde alio animo ad alterum accessero eo tempore, quo iam pubes, vel liber, vel paterfamiliâs effectus est. hìc enim quasi plura negotia gesta sunt: & pro qualitate personarum & actio formatur, & condemnatio moderatur [c].

Ad l. Pomponius 15.

Ratio dubitandi. Actio negotiorum gestorum oritur ex negotiorum gesto *l. 3. §. hæc autem actio §. hoc titul.* Ergo vel singula momenta gestionis spectãda sunt, vel finis potius quàm initium gesti negotij. Non enim verè gestum dici potest quandiu aliquid superest gerendum *l. pen. in fin. C. de his quib. vt indign.*

Ratio decidendi. Is qui aliena negotia gerit obligatur negotiorum gestorum ex quasi contractu, quòd cum eo cuius negotia gerit quasi contrahere videatur *l. prox. ff.* Atqui contrahendi animus & propositum eo tempore maximè elucet quo quis adgreditur gestionem, non adgressurus vtique nisi ex eo instanti cogitaret de acquirenda sibi actione negotiorum gestorum. Cùm enim finita iam sunt negotia, non quasi contrahitur, sed quasi contractum intelligitur. Et quod postea factum est non videtur factum nisi in consequentiam cœptam gestionis quam deferere gestor non potuisset, etiamsi maximè voluisset *l. in commodato 17. §. sicut ff. commod.* non solent autem attendi quæ fiunt per consequentias eius actus qui iam perfectus fuit, aut pro perfecto habendus *l. 3. §. scio de minor.* Ergo tempus illud necessario inspiciendum est quantum ad personarum qualitatem &. condicionem attinet quod fuit initio gestionis, vt si eo tempore pupillus erat is, ad cuius negotia administranda accedebam, non debeat teneri nisi quatenus ex mea gestione locupletior factus reperietur, quamuis ante perfectum negotium peruenerit ad pubertatem. Idem erit si serui vel filij familias negotio gerendo cœpero, & is interim paterfamilias aut liber factus sit. Non enim eo minùs tenebitur pater, aut dominus de peculio, qui tamen non tenetur inspecto eo tempore, quo negotium finitum fuit. Sic & in delictis initium spectandum esse placet *l. 1. de pœn.* Non idem semper est in contractibus si vno tempore inchoentur alio perficiantur vt in *l. liberis 7. §. 1. ff. de liber. caus.* Iunge quæ dicam ad *l. nam & Seruius 21. §. si vno Titio. ff. hoc tit.*

b *Nisi si ab initio quasi vnum negotium gesturus accessero.* Ratio dubitandi. Cùm quis alterius negotia gerit, non sunt tot contractus aut quasi contractus, quot sunt negotia, imò nec multa sunt negotia, sed vnum negotium & vnus contractus, aut quasi contractus esse intelligitur *l. prox. inf. hoc tit.* Ergo etiamsi plura sint negotia, initium tamen gestionis inspiciendum erit non finis quantum ad qualitatem & conditionem personarum.

Ratio decid. Tunc intelligitur vnum esse negotiũ & vnus contractus cùm quis eo animo accessit ad aliena negotia gerenda quasi vnũ negotiũ gesturus. Non etiã si ab initio ad vnũ tantùm negotiũ accesserit vt eo finito discederet ab administratione, & tamen eo finito nouum animum nouúmque propositum susceperit alterius negtij adgrediendi, vt scriptum est tam in hac lege quàm in sequenti. Mens igitur & propositum gestoris addendi potissimum debet ad inducendam diuersitatem & negotiorum & contractuum & actionum: quia cùm hic quasi contractus non habeat consensum duorum, tantò magis spectanda est voluntas eius qui vltro accedit ad negotia aliena vt & se obliget, & obligetur.

c *Et pro qualitate personarum & actio formatur & condemnatio moderatur.* Totus hic versiculus meo iudicio Tribonianeus est. Adeò parum eleganter conceptus mihi videtur. Neque verò necesse erat vt quicquam adderetur de moderanda condemnatione, cùm sufficeret dicere actionem formari pro qualitate personarum. Nam forma actionis præscribit formam condemnationi, ita vt nec moderatio vlla adhiberi possit, quæ formam actionis immutet.

16. IDEM lib. 7. ad Plautium.

SEd & cùm aliquis negotia mea gerit: non multa negotia sunt, sed vnus contractus: nisi si ab initio ad vnum negotium accessit, vt finito eo discederet: hoc enim casu, si nouo voluntate aliud quoque adgredi cœperit, alius contractus est.

Ad l.Sed & cùm aliquis 16.

Ratio dubitandi, In stipulationibus tot dicimus esse stipulationes quot sunt res *l. scire debemus 29.de ver obli.* itémque in emptionibus tot esse emptiones & euictiones quot sunt res separatim venditę *l.quia dicitur 32 decemb.* Sic & mandato ad plures res dato, plura mandata esse intelliguntur *l.vlt.§.1.vbi dixi ff.de procurat.* & in legato pluribus rebus expressis plura sunt legata *l.2.de leg.2.* Ergo & in negotiorum gestorum actione & obligatione dicendum est tot esse contractus, aut quasi contractus quot sunt negotia & tot negotia quot sunt res quæ geruntur.

Ratio decidendi. Actionem negotiorum gestorum facit sola gestio facta animo se alij obligandi,& alium sibi *l.3.§.hæc autem actio & pass.hoc tit.* Vna autem gestio est quoties quis ad aliena negotia gerẽda accessit, quasi vnum hoc negotium habiturus vt omnia gereret quia vno animo, vnóque voto omnia gerit,nec nisi semel se obligat. Diuersum est,si ab initio ad vnum negotium accessit ea mente vt finito illo discederet.Hoc enim casu si noua voluntate,aliud quoque negotium adgredi cœperit, alius contractus est, quia voluntate alia opus fuit. Dixit porrò Paulus in hac lege bis negotiorum alienorum gestionem esse contractum pro quasi contractu. Reuera enim contractus non est,sed quasi contractus ex quo tamen non quasi obligatio nascitur,sed vera obligatio. Videtúrque Paulus ad id respexisse, quod idem scribit in *l.omnem 20.de iudic.* omnem obligationem pro contractu habendam esse, vt vbicunque & qualescunque aliquis obligatur, etiam contrahere videatur, non minùs quàm si ex crediti causa deberetur.

17. VLPIANVS lib.35.ad Edictum.

EVm actum quem quis in seruitute egit [a],manumissus non cogitur reddere [b]. ¶ Planè si quid connexum fuit[c],vt separari ratio eius,quod in seruitute gestum est,ab eo,quod in libertate gessit non possit : constat venire in iudicium vel mandati, vel negotiorum gestorum,& quod in seruitute gestum est. Denique si tempore seruitutis: aream emerit,& in ea insulam ædificauerit,eáque corruerit,deinde manumissus fundum locauerit : sola locatio fundorum in iudicio negotiorum gestorum deducetur:quia ex superioris temporis administratione nihil ampliùs iudicio deduci potest, quàm id, sine quo ratio libertatis tempore administratorum negotiorum expediri non potest.

Ad l.Eum actum 17.

a *Quem quis in seruitute egit.* Ratio dubitandi,Actio negotiorum gestorum nascitur ex ipsa negotij gestione quæ facti non iuris est *l.3. §.hæc autem actio.ff.* iunct.*l.atiquin.19.§.si libero ff.eod.* Atqui eorum quæ facti sunt capaces sunt serui *l. qui heredi 44. de condi. & demonstr. l. nec seruus 41.de pecu.* Ergo etiam ex ea gestione quam quis in seruitute fecerit conueniri poterit post adeptam libertatem.

Ratio decidendi,Ipsa quidem gestio facti est,sed obligatio & actio quæ ex ea gestione nascitur,vtraque iuris est, cuius proinde suscipiendæ incapax est seruus siue ad agendum siue ad hoc vt conueniatur, quia neque conuenire neque conueniri potest*l.quoties 13 §.si quis caution.*Nec quod adeptione libertatis capax fiat, quicquam facit. Quæ enim ex gestione nasci debuit obligatio & actio si eo ipso gestionis tempore nata non fuerit,quia non potuit,nec postea potest. Præsertim cùm seruus manumissus, alius quidam &nouus homo esse videatur *l.si Pamphilo 10. de opt.leg.l.seruus legatus 27.in fin.de adim.legat.l.4.de caminut.l.qui res 98.§.aream.de solut.* Ex quo fit vt generaliter placeat de iis quæ quis in seruitute gessit, non posse illum post manumissionem conueniri *l. si cognati 21.C.hoc tit.l.1.2.& pass.C.an seruus pro suo fact. post manum.ten.* Excepto eo si quid promiserit ad extorquendam manumissionem,aut si deliquerit *l.3.& 4.eo.ill.tit.*

b *Non cogitur reddere.*Id est,non cogitur reliqua soluere quod precipuum est in rationibus reddendis *l. non solum 8.§.is qui rationes.de liber.leg. l.cùm seruus 82. de cond.& dem.* Corpora planè rationum edere & si quas res vel pecunias ex his detinet cogendus est per prætorem restituere,item de singulis instruere, sed ita vt non ideò præstandæ libertati mora fiat *l.si purè 37.de fideic.libertat.excepta specie l.pen. de liber.caus.*

c *Planè si quid connexum fuit.* Ratio dubitandi.Connexitas negotiorum non facit quin verum sit eum qui negotia in seruitute gessit alium hominem esse post manumissionem, vt proximè diximus. Ergo nec facere debet , vt de iis quæ in seruitute gessit post adeptam libertatem conueniatur.

Ratio decidendi. Connexitas facit vt ea omnia quæ quis in seruitute gessit, videatur quasi repetisse post adeptam libertatem cùm alia gessit , quæ sine prioribus in seruitute gestis expediri non potuerunt Exemplo eius quod scriptum est in *l.iuris gentium 7. §.*adeò in illis verbis *quasi repetita partis emptione.ff.de pact.*Mirum igitur non est si omnia simul veniant in vnam eandémque actionem,quasi posteriore parte gestionis priorem ad se trahente. Sicut è contrario prior pars gestionis,interdum trahit ad se posteriorem,vt in actione tutelæ,si tutor finita tutela perseuerauerit gerere ea negotia sine quibus tutelæ administratio expediri non potuit *l. si tutor 13.de tutel. & rat.distr.*Denique sufficit inconnexis alterutrum tempus siue prius siue posterius fuisse habile ad inducendam actionem,vt in eam omnia simul veniat, quia connexorum vna eadémque ratio est *l.tutorem 37.§.1.de admin.tutor.l.nam & Seruius 21.§.si vitio Titio l.cùm pater 29 ff.eo.*

18. PAVLVS lib.9.ad Edictum.

PRoculus, & Pegasus bonam fidem eum, qui in seruitute gerere cœpit, præstare debere aiunt:ideóque, quantum si alius eius negotia gessisset, seruare potuisset, tantum eum

qui à semetipso,non exegerit, negotiorum gestorum actione præstaturum, si aliquid habuit in peculio [a],cuius retentione id seruari potest.Idem Neratius.

Ad l. Proculus.18.

Ratio dubitandi. Non debet dolus vel culpa gestoris in seruitute admissa in obligationem reuocari, adeò vt si inueniatur pecunia malo more in seruitute erogata nihilominùs gestor liberetur. *l.prox. §.1.ff.* Ergo non est exigenda bona fides ab eo qui in seruitute gerere cœpit. Ratio decidendi. Cùm Paulus in hac lege tractat de eo qui negotium cœpit gerere in seruitute,hoc ipso ostendit illud ipsum negotium quod cœptum fuit geri in seruitute fuisse perfectum tempore libertatis,& seruum etiam post manumissionem in eodem actu perseuerasse, vt idẽ Paulus loquitur in *l.seq.* Quo casu proximè diximus rationem connexitatis facere,vt totius gestionis vna ratio reddenda sit, etiam illius quæ facta fuit tempore seruitutis, quemadmodum si totum negotium ab initio gestum esset tempore libertatis. Atqui eo casu bonam fidem in toto negotio præstare gestor deberet, nec minùs in principio rei gerendæ quàm in fine. Ergo & qui in seruitute gerere cœpit eandem bonam fidem inspecto etiam seruitutis tempore præstare debet. Et consequenter quantum dominus seruare potuisset per actionem negotiorum gestorum,si alius negotia eius gessisset, tantùm eum præstare æquum est, qui à semetipso non exegerit seruitutis tempore , cùm haberet in peculio vnde soluere sibi posset & deberet, ille inquã quasi gestor ibi quasi seruo domini cuius negotia gessisset.*l.6.§ vlt.l.debitor 13.ff.& l.seq.in princ.ff.eo.leg.quoties 9.§.sicut.de admin.tutor.*

a *Si aliq. id habuit in peculio.*Ratio dubitandi.Etiamsi nihil habuerit in peculio,non eò minùs verum est debere hunc sibi postea soluere in eodem actu perseuerantem, quia natura debitor fuit, vt ex eodem Paulo subijcitur in *l.seq.* Ergo non debuerunt Proculus Pegasus & Neratius hanc adhibere distinctionẽ,An aliquid si in peculio necne.Ratio decidendi. Non est quidem necessaria distinctio hæc si quæratur quid & quantum præstare debeat is qui in seruitute negotium gerere cœpit,& postea liber factus in eodem actu perseuerauit,vt dicemus ad *leg.seq.* Sed necessaria est cùm quæritur. An gestor hic bonam fidem præstiterit in seruitute , & in eo quod gessit tempore seruitutis. Non enim aliter videri potest bonam fidem non præstitisse, quàm si à se ipso non exegerit quod ex causa gestionis debere cœperat: nec rursus potest ei obijci cur eo tempore à se ipso non exegerit, si tunc nihil habuit in peculio vnde posset exigere:quanquam non ideò liberatur si quid postea liber factus in bonis habere cœperit.

19. IDEM lib.2. ad Neratium.

ATquin natura debitor fuit,etiam si in peculio nihil habuit : & sibi postea soluere debet in eodem actu perseuerans [b] : sicut is , qui temporali actione tenebatur [c],etiam post tempus exactum negotiorum gestorum actione id præstare cogitur.

Ad l. Atquin natura. 19.

Ratio dubitandi. Non potest contrahi obligatio inter dominum & seruum non magis quàm vt dominus sibi ipsi obligetur, cùm quicquid per seruum acquiritur id statim & ipso iure acquiratur domino, ita vt ne momento quidem temporis consistat acquisitio in serui persona.*l.placet 79. de acquir. here.* Vnde etiam est quod inter dominum & seruum nulla lis esse potest.*l.4.ff.de iudic.* nisi quod vix certis ex causis seruo contra dominum consistere, non in iudicio, sed apud prætorem ex summa æquitate concessum est.*l.vix certis 53.eod.*Ergo non potest fieri vt seruus domino etiam naturaliter obligetur, cùm natura ipsa impedimento sit ne sibi quisquam debere,aut secum agere possit. *leg.ne cum filiofamilias 16.de furt.*Ratio decidendi. Naturalis obligatio cùm tota ex facto non ex iure æstimetur,potest consistere in persona serui,siue actiua sit,vt loquuntur, siue passiua.*l.nec seruus 41.de pecul.* quia eorum quæ sunt factí capaces sunt serui. *l. qui heredi 44. de condic. & demonstr.* Nec proinde per seruum acquiri vnquam potest obligatio naturalis domino , qui alioquin sui ipsius debitor esset quod hic locus omnium optimè probat , & *d. l. nec seruus aliique innumeri.* Nec quod dominus actione de peculio ex persona serui conuentus potest deducere id omne quod in seruo & conseruis eius debetur, ex *l. sed si damnum 9. alias. l.peculium.§.præterea de pecul. ad rem facit.* Deducit enim dominus non quasi debitum sibi, sed quasi debitum ipsi seruo , cui si solutum esset quomodo ex regulis iuris gentium solui debuit. *leg. cùm amplius 184.§.is natura debet.de reg. iur.* vtique commodum solutionis domino per seruum acquisitum fuisset. Non enim sicut obligationis naturalis capax est seruus, ita & eorum quæ possunt acquiri per solutionem , siue per deductionem , aut per compensationem factam ex obligatione naturali. Sunt enim isti quidem effectus obligationis naturalis , sed inducti à iure ciuili , cui prorsus incogniti sunt serui. *leg. quod attinet 32.de reg.iur.* Dixi pluribus contra Cuiacium ad *l. frater à fratre 38. de condict. indeb. lib. 19. Coniectur.*

b *In eodem actu perseuerans.* Quia si post adeptam libertatem noluisset hic gestor negotia tractare nihil omnino posset ei imputari, neque cur in seruitute cœpisset ea gerere, neque cur cœpta deseruisset,siquidem ex eo quod in seruitute gessit , nullomodo tenetur.*l.17.vbi dixi ff.*Ratio dubitandi.Quod natura tantùm debetur , nõ potest peti neque exigi, quia obligatio quę naturalis tantùm est,nullã actionem parit.*l.naturales 10.de oblig.& act.* Ergo non potest huic seruo manumisso imputari cur à seipso nõ exegerit id quod naturaliter tãtùm debuit, & quod alius cui similiter debitum fuisset , exigere non potuisset.Ratio decidendi.Quod naturaliter tãtùm debetur,potest tame solui solutúmque retineri, adeóque solui debet iure negotium inspecto.*leg.cùm amplius 184.§.is natura debet.de re.iur.*Imputari ergo huic

gestori potest, cur non soluerit tibi tanquam gestori & nomine domini quod ipse domino tanquam gestor naturaliter debebat. Nam & is qui temporali actione tenebatur, si creditoris sui negotia gesserit, & interim actio tempore finita sit, etiam post tempus exactum negotiorum gestorum, actione cogitur id præstare, quod per actionis peremptionem & lapsum temporis periit.

c *Sicut & is qui temporali actione tenebatur.* Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. si autem 8. vers. quæ meo tempore finiebatur. ff. eod.*

1 ¶ Scæuola noster ait putare se, quod Sabinus scribit, debere *à capite rationem reddendũ*, sic intelligi [d], vt appareat, quid reliquum fuerit tunc, cùm primùm liber esse cœperit, non vt dolum, aut culpam in seruitute admissam in obligationem reuocet. itaque si inueniatur vel malo more pecunia in seruitute erogata [e], liberabitur.

Ad §. 1. Scæuola.

d *Quod Sabinus ait à capite rationem reddendam debere sic intelligi.* Ratio dubitandi. Rationes reddere non videtur qui eas edit etiam à capite, nisi & soluat reliqua *l. non solùm 8. §. is qui de liber. legat. leg. cùm seruus 82. de condic. & demonstr.* Quod ergo Scæuola scripsit eum qui in seruitute negotia domini gessit cogendum à capite rationes reddere, non alium sensum habere potest, quàm vt etiam à capite reliqua soluere compellatur. Ratio decidendi. Seruus rationes reddens post consecutam libertatem non ad aliud tenetur, quàm vt rationes edat vt sciri possit quid reliquum fuerit, tunc cùm primum liber esse cœpit, non etiam vt vel reliqua soluat, vel dolum aut culpam in seruitute admissam in obligationem reuocet. Itaque tametsi inueniatur vel malo more pecunia in seruitute erogata, nihilominùs intelligetur, liberatus per manumissionem cùm de eo quod in seruitute gessit conueniri nullomodo possit. *l. eum actum 17. ff. hoc tit. vbi dixi. leg. si purè 37. de fideic. libert.* si quas tamen res vel pecunias detineat ex his quę gessit in seruitute, cogendus est per prætorem restituere *d. l. si purè. in fin.*

Malo more pecunia in seruitute erogata. Ratio dubitandi. Seruus qui in seruitute deliquit, tenetur eo nomine etiam post manumissionem, quia noxa caput sequitur. *l. 4. C. an seruus pro suo fact.* Ergo & si malo more pecuniam in seruitute erogauerit, eo quoque nomine teneri debebit. Ratio decidendi. Aliud est derelinquere, Aliud verò pecuniam dominicam malo more erogare: delicta vindicantur actionibus venientibus ex delicto, cuius neque memoria neque probatio per manumissionem abolet̃ur. At pecunia quantumuis malo more erogata etiam ab eo, qui conueniri posset, non nisi per ciuilem actionem peti potest ex contractu ipso, aut quasi contractu descendentem: qualis actio nulla potest competere in seruum post manumissionem. *Malo more* dixit hîc Paulus pro eo quod est *contra bonos mores*. vt & in *l. 1. §. si cui 12. de extr. cogn.*

2 ¶ Si libero homini, qui bona fide mihi seruiebat, mandem, vt aliquid agat: non fore cum eo mandati actionem [f], Labeo ait: quia non libera voluntate exsequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate seruili. erit igitur negotiorum gestorum actio [g]: quia & gerendi negotij mei habuerit affectionem, & is fuit, quem obligare possem.

Ad §. 2. Si libero.

f *Non fore cum eo mandati actionem.* Ratio dubitandi. Mandatum reuera intercessit, & inter liberas personas inter quas potuit intercedere. Mandati ergo actio danda est non negotiorum gestorum tametsi ei mandauerim qui mihi bona fide seruiebat. Plus enim valere debet quod in veritate est quàm in opinione, cùm voluntas exitum habere potest. *§. si quis rem suam in fin. Inst. de legat.* Ratio decidendi. Mãdatum esse non potest quod non est liberum, siue ex parte mandantis, siue ex parte suscipientis. *leg. si mandantis, siue ex parte suscipientis. l. si mandauero 22. §. vlt. mandat. §. antep. Inst. eod.* At in proposito casu non est liberum ex parte suscipientis, quia licèt reuera sit liber, cùm tamen putet se seruum esse non libera voluntate exequitur mandatum, sed quasi ex necessitate seruili. Ergo mandatum non est, nec proinde actio mandati. Malè tamen solet in hanc rem adferri. *leg. in commodato 17. sicut commod.* in illis verbis, *voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare.* Nam abundat proculdubio dictio *mandatum*, pro qua suppleri debet *negotia*, cùm eo loco nec de mandato nec de mandati actione tractetur, sed de negotiis gestis & de actione negotiorum gestorum.

g *Erit igitur negotiorum gestorum actio.* Ratio dubitandi. Negotiorum gestorum actio competere nõ potest intercedente mandato. *leg. Pomponius scribit 9. in fin. ff. hoc tit. l. ex mandato 20. §. 1. ff. mandat.* Atqui mandatum hîc intercessit. Ergo negotiorum gestorum actio competere non potest. Ratio decidendi. Mãdaui quidem libero homini, qui bona fide mihi seruiebat vt negotia mea gereret, sed non ideò potest videri contractus mandati intercessisse, nec proinde obligatio aut actio vlla mandati ex eo mandato competere, vt dixi proximè. Necessaria igitur est negotiorum gestorum actio, quam mihi competere certum est, cùm & negotia mea re vera gesta sint & actionem hanc impedire non soleat quod gestor vel putauerit sibi mandatum vel necessitate, aut necessitatis suspicione vrgente gesserit. *leg. 3. §. hec autem actio. & §. pen. & leg. item si 5. ff. hoc titul.* Sufficit enim vtis & gerendi negotii mei affectum habuerit, & talis persona sit quam obligare mihi re vera possim. Negotiorum enim gestorum nomen factum & veritatem rei magis, quàm ius aliquod præ se fert, Mandati verò nomen habet implicitam quodammodo iuris causam, quia non ex solo facto sed

sed etiam ex iure æstimatur, nec mandatum esse intelligitur, nisi eas condiciones habeat quas ius præscribit, inter quas hæ duæ potissimæ sunt vt sit & liberum & gratuitum. *d. §. antepen. & vlt. Instit. de mandat.*

3 ¶ Cùm me absente negotia mea gereres, imprudens rem meam emisti, & ignorans vsu cepisti [a], mihi negotiorum gestorum, vt restituas, obligatus non es [b], sed, si antequam vsucapias, cognoscas rem meam esse [c], subiicere debes aliquem, qui à te petat meo nomine [de]: vt & mihi rem, & tibi stipulationem euictionis committat, nec videris dolum malum facere [f] in hac subiectione: ideò enim hoc facere debes, ne actione negotiorum gestorum tenearis.

Ad §. 3. Cùm me absente.

a *Et ignorans vsucepisti.* Assentior Cuiacio, qui ex Archetypo Florentino mauult legere *ignoran.* quàm *ignorantis*. vt & in *l. 2. §. procuratorem. ff. pro emptor.* Adiecta enim est hæc dictio in antithesim eius quod in sequenti specie ponitur, te antequàm vsucepisses cognouisse rem meam esse: quia poterat fieri vt tu imprudens quidem rem meam emisses, nec tamens ignorans sed sciens eam vsucepisses, superueniente, scilicet scientia rei alienæ & mala fide, quæ mala fides etsi vsucapionem inchoandam præpediebat inchoatam, tamen non interrumpebat. *leg. si aliena 10. & pass. de vsucap.* nec hodie interrumpit iure ciuili. *l. vnic. Cod. de vsucap. transform.* adeóque nec litis contestatio. *leg. si post acceptum 18. de rei vindicatione.*

b *Mihi negotiorum gestorum vt restituas obligatus non es.* Ratio dubitandi. Qui aliena gerit negotia siue mãdatum habeat, siue non habeat, nullum ex iis negotiis lucrum retinere debet, sed omne omnino restituere. *leg. si autem 8. §. item si fundum. ff. hoc titul. leg. qui proprio 46. §. procurator. de procurat.* ne alioqui animo deprædandi ad ea accessisse videatur. *leg. si pupilli 6. §. sed etsi quis. ff. hoc tit.* Ergo & si quam rem ex iis bonis vsuceperit, eam hoc iudicio restituere debet, quamuis ipsius retinendæ & acquirendæ iustam causam habiturus erat si alienis negotiis se non immiscuisset. Nec enim nouum est vt deterioris condicionis sit vir probus quoque & diligens hoc ipso quod aliena gerit negotia quàm si non gereret, vt in specie. *d. l. 6. §. vlt. & d. leg. 8. in princip. iunct. l. prox. & hac leg. in princip.* Ratio decidendi. Non debet gestor lucrum vllum retinere quod ex ipsa gestione percepit, sed non ideò cogitur reddere quicquid lucri fecit tempore gestionis, si modò non ex ipsa gestione, sed ex suo contractu suáque negotiatione fecerit. Nam nec tutor cuius obligatio strictior est rem suam agere prohibetur; dum agit rem pupilli, modò ex re pupilli non locupletetur, nec dolo malo versetur in bonorum pupillarij administratione. *l. tutor rerum 56. de admin. tutor.* In proposito autem gestor qui rem meam vsucepit, non ideò eam habet, quod negotia mea gesserit, sed quia illam & emit & vsucepit, vtrunque ignoranter ac bona fide dum petat rem esse suam, fuisséque sui venditoris, non meam. Nulla ergo ratio est cur mihi actione negotiorum gestorum hoc nomine teneatur.

c *Sed si antequam vsucapias cognoscas rem meam esse.* Ratio dubitandi, Superueniens mala fides non nocet vsucapienti siue ius vetus spectemus siue nouum, vt dixi ad princip. huius §. Ergo non debet tibi nocere, quod ante completam vsucapionem cognoueris rem meam esse. Ratio decidendi. Non debet tibi nocere quominùs vsucapias: Nam & procuratorem & negotiorum gestorem vsucapere posse placuit vtilitatis causa. *l. 2. §. procuratorem. infrà pro emptore.* Ne scilicet aliter posito iure deterrerentur plerique à negotiis alienis gerendis, ad quod fuerunt potiùs prouocandi. Sed nocebit tibi superueniens mala fides vt mihi negotiorum gestorum actione tenearis.

d *Subiicere debes aliquem qui à te petat meo nomine.* Ratio dubitandi, Negotiorum gestor non tenetur nisi de dolo vel de culpa, aut lata aut leui. *leg. si negotio 11. sup. hoc titul.* Atqui neque dolus, neque culpa vlla est, ne quidem leuissima eius gestoris, qui etiam post malam fidem superuenientem complet vsucapionem, quam bona fide inchoauit, cum iure communi vtatur. *leg. nullus videtur 54. de regul. iur.* Nec enim potest huic obiici quod obiicitur debitori negotia creditoris gerenti, cur non sibi soluerit, & à seipso debitum sine actione exegerit. *l. 6. §. vltim. & l. 8. in princip. supr.* quia non quemadmodum potest quia sibi ipsi soluere, ita & à seipso rem vindicare potest, aut sibi ipsi tradere ad interrumpendam vsucapionem, neque rursus in sua potestate habet facere, ne cœpta vsucapio currat suo marte & compleatur, cùm ad id sola iuris autoritas sufficiat iuncto temporis cursu, Nisi fortè volumus huic imputare, cur non vltro desierit possidere ne posset cõtinuari vsucapio, quę scilicet sine possessione continuari nequit. *leg. sine possessione 25. de acquir. possess.* aut cur non vltro rem restituat ei, contra quem vsucapio cœpta fuit, sed hoc nemo probabiliter dixerit, quia sic fieret vt negotiorum gestor, idémque bonæ fidei emptor gratis amitteret, non tantùm acquirendi occasionem, sed actionem de euictione sibi ex contractu suo competentem: quo damno eum affici esset sanè iniquum & iniuriosum, adeóque domino cuius negotia gesta essent onerosum, quem actione contraria cogi oporteret ad indemnitatem gestori præstandam, siquidem ob solam gestionem hoc damnum gestor pateretur, non passurus vtique si directam negotiorum gestorum actionem non timuisset. Cùm ergo nihil sit quod huic gestori imputari queat, nihil causæ est cur alium subiiciat, qui ab eo rem nomine domini petat, vt effugiat directam actionem negotiorum gestorũ. Ratio decidendi. Potest huic gestori imputari, non cur rẽ emerit illius cuius negotia gerebat, cùm ignorãs emerit, sed cur vsucapionem compleuerit, ex quo sciuit rẽ domini esse. Debet enim continuam bonã fidem præstare

in negotiis gerendis, nec proculdubio præstat vsucapiendo rem quam scit eius esse, cuius negotia gerit. Ac quoniam nec bona fides patitur, vt propter vtilitatem alienam amittat ille propriam actionem hoc vnum remedium supereſt, vt subiiciat aliquem qui ab eo petat nomine domini, atque ita domino rem, gestori verò stipulationem euictionem committat.

e *Qui à te petat meo nomine.* Ratio dubitandi. Hic quem nemo subiectum & suppositum esse, cùm sit falsus procurator, nec mandatum vllum habeat ad agendum, non potest habere actionem, neque ex sua neque ex domini persona. Atqui nemo agit sine actione. *l. si pupilli 6. §. vlt. ff. hoc tit.* Ergo nec quicquam prodest subiicere aliquem qui petat nomine domini. Ratio decidendi. Aliud est agere, aliud petere. Agere nemo potest sine actione, quoniam agere iuris est. At petere quilibet potest, etiam qui nullũ ius habeat agendi, quoniam petere est facti non iuris, vt dixi ad *l. pacto 15. ff. de transact.* Et ad committendam stipulationem sufficit petitio, quæ fiat de facto licèt nullo iure. *leg. nuda 5. C. de contr. & commit. stipulatione.*

f *Nec videris dolum malum facere.* Ratio dubitandi. Dolus malus præsumitur & probatur quoties fit per cuniculos & per subiectam ac suppositam personã quod palàm & apertè fieri deberet. *leg. vlt. de rit. nupt. leg. pupillus 5. sed si per interpositam de autor. tutor. leg. non existimo 54. de admin. tutor. leg. & qui sub imagine 10. Cod. de distr. pignor.* Malum enim est quod occultatur. Dolo igitur malo facit hîc gestor, qui subiicit personam euincentis, cum re vera nemo euincat. Nec quicquam ei prodesse debeat ad committendam euictionis stipulationem is per calumniam aut simulationem & dicis causa instituta. *leg. in summa 65. §. 1. de cond. in deb.* cùm simulata pro infectis haberi debeant. *l. si ex precio 6. C. si cert. petat.* Ratio decidendi. Dolo facit qui aliam personam subiicit & supponit ad hoc tantùm vt alij noceat, non etiam qui id principaliter agit vt damnum, fraudem & captionem sibi alioqui imminentem excludat. Non enim dolo facit qui fraudem excludit, licèt eueniat per consequentias vt alteri noceatur. *leg. quia autem 6. §. si patronus. ff. si quis omiss. caus. test. leg. cùm pater 77. §. Titio ante. de leg. 2.* In proposito autem negotiorum gestor cogitur subiicere personam quæ domini nomine euincat, ne alioqui vel compeacentem iam & quæsitam sibi actionem amittat, vel se obliget domino actione negotiorum gestorum, quorum alterutrum effigere sanè non posset, cùm tamen vtrunque sit iniquum.

4 ¶ Non tantùm sortem, verùm etiam vsuras ex pecunia aliena perceptas negotiorum gestorum iudicio præstabimus, vel etiam quas percipere potuimus. Contra quoque vsuras (quas) præstabimus [g], vel quas ex nostra pecunia percipere potuimus [h], quam in aliena negotia impendimus, seruabimus negotiorum gestorum iudicio.

Ad §. 4. Non tantùm.

Ratio dubitandi. Vsura non natura sed iure percipitur. *l. si nauis 62. de rei vindic.* id est, non ex pecunia ipsa quomodo fructus qui ex fundo percipiuntur, sed ex negotiatione, vt precium quod ex rei vẽditione redigitur. *l. venditor 21. de hered. vel action. vendit.* Nec enim pecunia pecuniam gignit. Neque rursus vsuræ ob lucrum petentium. sed ob moram non soluentium infliguntur. *l. cùm quidam 17. §. si pupillo de vsur.* Ergo nulla ratio est, cur is qui aliena negotia gessit vsuras pecuniæ præstare debeat, quas nõ tam ex re domini quàm ex sua industria perceperit, multò minùs eas quas non percepit, licèt percipere potuerit. Ratio decidendi. Quisquis aliena gerit negotia eam diligentiam præstare debet, quam alius diligens paterfamilias quilibet rebus suis præstaret. *leg. si pupilli 6. §. vlt. leg. si negotia 11. §. eod. leg. tutori 20. C. eo.* Atqui non est diligentis patrisfamilias ociosam habere pecuniam quam sub vsuris possit tuto credere, & ideóque etiam tutores, tametsi pecuniam pupillarem ociosam reliquerint ad vsuras tenẽtur, adeóque ipsorum heredes. *l. tutor 7. §. si deponi & seqq. & §. pecuniæ ff. de adm. tutor.* Ergo vsuræ quoque in hoc iudicium veniunt, nec tantùm quæ perceptæ sunt, sed etiam quæ percipi potuerunt, multò tamen magis perceptæ, de quibus dubitari, ideò minùs potest, quia licèt non ex re aliena, tamen per occasionem rei alienæ perceptæ sunt, crederéntque lucro gestoris, cui tamen illa etiam lucra eripienda sunt, quæ dominus per se iure consequi non potuisset. *l. si autem 8. §. item si fundum. ff. hoc tit.* vbi dixi iunge *leg. 31. §. qui aliena. ff.*

g *Contra quoque vsuras quas præstauimus.* Ratio dubitandi. Vsuræ pecuniæ creditæ non debentur citra vinculum stipulationis. *leg. 3. Cod. de vsur. l. Titius 24. de præscr. verb.* Ergo sibi suæque promissioni & facilitati non alienis negotiis imputare gestor debet vsuras si quas præstiterit Ratio decidendi. Nõ potest dominus cuius negotia vtiliter gesta sunt imputare gestori, cur vsuras promiserit & præstiterit, si alia ratio commodior non fuit negotij gerendi, cùm ex ea gestione lucrum ipse senserit. Nemo enim factum ex quo lucrum ipse sentiat alteri imputare potest. *leg. si extraneus 33. leg. cùm in fundo 78. §. quod si mulier. de iur. dos.* Cùm autem dicimus vsuras deberi contraria actione negotiorum gestorum semper ponendum est plus lucri & commodi ex negotij gestione ad dominum peruenisse, quàm possit ex vsuris sentire incommodi. Alioqui non vtiliter aliena negotia gessisset, qui pro iis gerendis pecuniam, siue suo, siue domini nomine fœnori accepisset. Hoc verò posito, vt negotium vtiliter gestum sit, sanè bonæ fidei ratio non patitur vt vsuræ non debeantur, quæ ex omnibus bonæ fidei iudiciis præstantur. *leg. & in contraria 37. iunct. leg. mora 32. §. in bonæ fidei. infrà de vsur. leg. in bonæ fidei 13. Cod. eodem.*

h *Vel quas ex nostra pecunia percipere potuimus.* Ratio dubitandi. Actio contraria negotiorũ gestorum nõ datur nisi ad id quod abest absturúmve est. *l. 2. in fi. §. l si quis 28. in fin. ff. hoc tit.* Atqui vsuræ quas non præstiti, licèt eas percipere potuerim, neque absum mihi, neque abfuturæ sunt. Ergo non veniunt in contrariam actionem. R. dec. Abesse mihi intelliguntur

guntur, hoc ipso quod eas percipere potui, si pecuniam meam in negotia tua impendissem. Mea namque interesse credendum est, non ob id tantùm quod reuera mihi abest, & in quo diminutum est meum patrimonium, sed ob id etiam quod lucrari potui, & in quo factus essem locupletior, si tua negotia non gessissem. *l. commissa 13. rat. rem haber.* Tua verò nihil interest cùm ponamus plus te commodi ex mea gestione percepisse computato etiam incremento vsurarum quas percipere potui, quàm ex earum vsurarum præstatione sensurus sis incommodi. Hoc ergo facit bona fides, maximè quæ tuam vtilitatem coniunctam habeat.

5 ¶ Dum apud hostes esset Titius, negotia eius administraui, postea reuersus est, negotiorum gestorum mihi actio competit, etiamsi eo tempore, quo gerebantur, dominum non habuerunt.

Ad §. vlt. Dum apud hostes.

Ratio dubitandi. Verum est negotia Titij quandiu apud hostes fuit nullũ dominum habuisse, quia cùm toto eo tempore fuerit seruus hostium nihil potuit in sua potestate habere is qui nõ fuit suæ potestatis. *l. sic eueniet 21. ad leg. Iul. de adult. l. lege Cornelia. 12. qui testam. fac. poss.* Atqui negotiorum gestorum actio non potest locum habere, nisi quis alterius negotia gesserit. *l. 3. in princ. & §. alterius. ff. hoc tit.* Ergo non est hoc casu danda actio negotiorum gestorum. Nec dicendum est reuerso Titio ab hostibus fictionem postliminij facere, vt semper in ciuitate fuisse videatur. Nam fictio postliminij coniungit instans reditus cum instanti captiuitatis, sicut & fictio legis Corneliæ coniungit instans captiuitatis cum instanti mortis, vtráque ad hoc vt totius eius temporis memoria deleatur quo ciuis Romanus fuit seruus hostium quasi nec vnquã fuerit *l iusto errore 44. §. vlt. de vsucap.* Ergo siue rei veritatem, siue postliminij fictionem spectes, verum est negotia Titij toto captiuitatis tempore quo gesta sunt dominum nullum habuisse. Quod cùm ita sit quî fieri potest vt negotiorum gestorum actio, vel Titio vel in Titium detur? Ratio decidendi. Negotiorum gestorum actio quàm sola absentium vtilitas & prætoria æquitas induxit, non aliunde nascitur quàm ex ipsa negotii gestione. *l. 3. §. hac autem actio. ff. hoc tit.* quæ gestio facti tantùm est, non etiam iuris, vt dixi ad §. *si libero. hac lege.* Atqui verum est gestorem cum animum habuisse vt gereret negotia, non tantùm quæ aliena essent, sed etiam quæ essent Titij captiui, & ea mente vt vel ipsi si ab hostibus rediret, vel si apud eos moreretur eius successori rationem redderet, viciſſimque aut Titium, aut eius successorem sibi obligaret, cùm alterutrum euenire necesse esset, vt vel quandoque rediret Titius, vel apud hostes moreretur. Ergo quamuis reuera non habuerint dominum ea negotia, quandiu captiuitas durauit, cùm tamen verum sit, nunquam alterius fuisse quàm Titij, nec eius temporis, quo captiuus fuit, ratio vlla haberi possit, consequens est, vt non minùs actio negotiorum gestorum competere debeat, quàm si toto illo captiuitatis tempore ea negotia eundem dominum Titium habuissent, quæ si non Titium certè nec alium vllum habuerunt. Et certè quod vtraque fictio & postliminij & legis Corneliæ delet memoriam captiuitatis, cùm fiat in gratiam captiuorum, vt alacriùs subeant pro repub. periculum captiuitatis non debet in eorum odium ita retorqueri, vt eorum negotia quasi quæ nullius sint licere debeat cuilibet inuadere, impunè. Ideóque & curam ipsorum negotiorum gerit prætor dato bonis curatore. *l. in possessionem 6. §. vlt. quibus ex caus. in poss. eat. l. idem prunilegium 22. §. 1. de reb. autor. iudi. possid.* itémque data reuerso ab hostibus, si quid interim amiserit in integrum restitutione. *l. ab hostibus 15. ex quib. caus. maior. in integr. rest.*

20. VLPIANVS lib. 10. ad Edictum.

SIn autem apud hostes constitutus decessit: & successori, & aduersus successorem eius, negotiorum gestorum directa & contraria competit.

Ad l. Sin autem 20.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. successori 12. ff. hoc tit. vbi dixi.*

21. PAVLVS lib. 9. ad Edictum.

NAm & Seruius respondit, vt est relatum apud Alfenum libro trigesimo nono digestorum, cùm à Lusitanis tres capti essent, & vnus ea condicione missus, *vt pecuniam pro tribus adferret, & nisi rediisset, vt duo pro eo quoque pecuniam darent*; iisque reuerti noluisset, & ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam soluissent. (Seruius respondit) æquum esse, prætorem in eam reddere iudicium.

Ad l. Nam & Seruius 21.

Ratio dubitandi. Negotiorum gestorum actio nunquam ei competit qui suum negotium gessit, licèt alii quoque profuerit. *l. creditor 60. §. 1. mandat.* Imò nec retentio. *l. deducta 58. §. qui post tempus. ad SC. Treb.* Sed neque ei qui alienum negotium gerit cõpetit negotiorum gestorum actio, si tale illud sit vt nec suum proprium possit explicare, nisi alienum quoque gerendo. *l. heredes 25. §. non tantum. fami. ercis. l. si communes 40. ff. hoc tit. l. si quis putans 6. §. siue autem. vers. hoc autem, & ver. cæterum. commu. diuid.* Atqui in proposita specie duo illi capti & retenti à Lusitanis non potuerunt libertatem consequi, si non pro tertio quoque pecuniam darent, in eóque non tam tertij absentis, quàm suum negotium gesserunt. Nõ igitur negotiorum gestorũ agere possunt. Ratio decidendi. Nõ ait Paulus cõpetere hoc casu negotiorũ gestorum actionem quæ certè non competit, sed

æquum esse prætorem iudicium reddere in eum, qui fecerit, noluit, quoniam ei quoque solutio profuit, vt ne quid ab eo Lusitani petere vnquā possent. Quod de actione non negotiorum gestorū, sed in factum subsidiaria vel de actione de dolo intelligi debet, vt pluribus docui *libro* 11. *Coniectur. cap.* 7. Actio negotiorum gestorum competit ex autoritate prætoris mortui, id est, datur ex edicto Hæc de qua agitur non competit nisi decernatur à prætore viuo. Dices, Quid ergo species ista ad titulum? Nempe ad comprobandum id quod ex eodem Paulo scriptum fuerat in §. *vlt. l.* 19. Si quis captiui negotia administrauerit, dandam ei actionem negotiorum gestorum, quamuis negotia nullius fuerint quandiu fuerint captiui. Est enim longè facilius, vt captiuus libero homini obligetur, aut eum obligatum habeat, quàm vt intercaptiuos siue mandato interueniete, siue citra mandatum obligatio contrahatur. Dixi *dict. cap.* 7. *lib.* 11. *Coniect.*

1 ¶ Qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem, séque ei oligat, ideóque nihil refert, an etiam pupillus heres existat[a]: quia id æs alienum cum cæteris hereditariis oneribus ad eum transit.

Ad §. 1. Qui negotia.

Ratio dubitandi. Negotia heredtaria si veritatem rei inspicas interim nullius sunt *l.* 1. *de rer. diuis. leg.* 3. *in princ. de pecul.* Si verò retrofictionem à iure ciuili introductam, sunt heredis, quia heres quandocunque, adeundo ex die mortis adisse retrofingitur *leg. heres quandoque* 49. *de acquir. hered. leg. si ex re.* 28. §. *vlt. de stipulat. seruor.* Ergo nullomodo potest is qui ea gerit obligare sibi hereditatem, aut ei obligari. Ratio decidendi. Si veritas naturalis & realis inspiciatur, vtique hereditaria negotia nullius sunt, sed si iuris ciuilis fictio consideretur, sunt re vera hereditatis quæ interim personam defuncti non heredis sustinet. *l. non minùs* 11. §. 1. *de hæred. inst. l. in eo* 33. §. *vlt. cum l. seq. de acquir. rer. domin. l. heres* 22. *de vsucap.* Si denique iuris ciuilis non solùm fictio, sed etiam retrofictio consideretur, sunt heredis: ideóque nimirum fuit necessarium edicere, prætorem specialiter de isto qui hereditaria negotia gessit, vt negotiorū gestorum, & agere & conueniri posset. *l.* 3. *hæc autem verba.* §. *hoc tit. vbi dixi.*

a *Nihil refert an etiam pupillus heres existat.* Ratio dubitandi. Pupillus non potest obligari ne quidem volens nisi autoritate tutoris interueniente. *leg. obligari de autor. tutor. aut nisi ex re eius actio veniat. l. furiosus* 46. *de oblig. & act.* Atqui hîc neque tutoris autoritas interuenit, neque ex re pupilli actio nasci potest cùm negotia quæ gesta sunt, hereditaria fuerint non pupillaria, nec denique ipsius pupilli voluntas qualiscunque accessit. Ergo ex rei hereditariæ gestione pupillus etiamsi postea heres existat obligari non potest. Ratio decidendi. Omne æs alienum transit in heredem ex lege 12. *tab. l.* 1. *C. si cert. pet. l. vlt. Cod. de her. act. l.* 1. *& 2. si vnus ex plurib. her. debit. vel credit.* Quic quid enim fuit hereditatis totum id hereditas transfundit in heredem. *l.* 1. §. *Scæuola si is qui testam. lib. esse iuss. est*, nec hæredis ætas impedimento esse potest, cùm obligatio non à voluntate hominis pendeat, sed ab autoritate legis, cui non minùs pupillus quàm alius heres quilibet acceptum ferre debet quod heres sit. Nec enim obligationis qualitas & condicio ex persona heredis vnquam immutatur. *l.* 2. §. *ex his. de verb. oblig.* nec rursus æquum est eum qui cùm pupillo non contraxerit expectare pupilli pubertatem *l. apud Iulianum* 3. *quib. ex caus. in poss. eat. l. Aemilius* 38. *de minor.* Hic autem qui negotia hereditaria gessit, neque contraxit, neque quasi contraxit cum pupillo, sed cum hereditate ipsa quæ non pupilli, vt nec alterius cuiuslibet heredis, sed defuncti personam repræsentat. *leg. hereditas* 34. *de acquir. rer. domin.* Nec est quod quis dicat onus hoc non esse hereditarium, quia cœperit post mortem defuncti cum quo nunquam agi potuit negotiorum gestorum. Nam hereditarium æs alienum intelligitur etiam id de quo cum defuncto agi non potuit. *leg. hereditarium* 7. *de reb. autor. iudic. possid.* adeóque interdum etiam hereditariarum obligationum appellatione continentur eæ quæ incipiunt ab herede, vt euenit in legatis. *leg. hereditariarum* 40. *de oblig. & action.* Quantò magis igitur eæ quæ incipiunt ab ipsa hereditate priusquam aliquis heres existat, vt hæc de qua tractamus actio negotiorum gestorum, quoties gesta sunt negotia hæreditaria.

2 ¶ Si viuo Titio, negotia eius administrare cœpi: intermittere mortuo eo non debeo: noua tamen inchoare necesse mihi non est[b], vetera explicare, ac conseruare necessarium est: vt accidit cùm alter ex sociis mortuus est: nam quæcunque prioris negotij explicandi causa geruntur, nihilum refert, quo tempore consummentur, sed quo tempore inchoarentur.

Ad §. 2. Si viuo Titio.

Ratio dubitandi. Negotiorum gerendorum necessitas quæ inducitur ex mandato præcedente finitur morte, quia & mandatū ipsum morte extinguitur, siue mandantis, siue mandatarij. *l. inter causas* 26. §. *mandat.* Ergo multò magis morte illius, cuius negotia gerebantur finiri debet officium negotiorum gestoris, qui non nisi adfectione & contemplatione illius certæ personæ, vt de probo viro credibile est, ad negotia eius gerēda accesserat. Nā & in quolibet negotiorum gestore ita comparatum est, vt nihil gerendum habeat, nisi quod ipse gerere vltro velit, quia satis abundéque sufficit, si cui vel in pauperis amici labore consulatur. *l. tutori* 20. *C. hoc tit.* Ratio decidendi. Sine mandatum aliquod sine nullum præcesserit, non potest tamen is qui aliqua negotia gerere cœpit ea intermittere ob mortem illius, cuius negotia fuerunt. Inchoata enim semper debent perfici & consummari, nunquam verò deseri. Vt & in sociis euenit, de quibus in hoc §. & in tutore & curatore. *leg. vnic. C. vt causa post pubert. ad stut. l.* 5. §. *post completum. de admin. tutor.*

d *Noua tamen inchoare necesse mihi non est.* Ratio dubitandi, Cùm quis alterius negotia gerit, non multa negotia sunt, sed vnus contractus nisi ab initio ad vnum negotium accessit ea mente, vt finito eo discederet. *leg. sed & cùm* 16. §. *hoc tit.* Atqui cùm vnum negotium est, si cœptum sit viuo domino, ad quem pertinebat, cogitur gestor etiam post mortem domini illud perficere, vt proximè diximus. Ergo etiam noua inchoare cogendus est, quasi quæ partem aliquam faciant eius negotij, quod viuo domino inchoatum fuit.

Ratio decidendi. Non sunt plura negotia quantū ad multiplicandam negotiorum gestorum actionē, quando vnum fuit propositum aliena negotia gerendi, aut quantum ad inspiciendam qualitatem & condicionem personæ, cuius negotia sunt quæ geruntur, vt in *d. l.* 16. *& l.* 13. §. *eod.* Sed tamen non potest negari quin re vera diuersa sint negotia, si forte fulcienda sit insula, locandi fundi, exsolucndum æs alienum, aut alia huiusmodi quæ nullam inter se habeant connexitatem *l. eum actum* 17. §. *eo.* Proinde qui vnum ex his negotiis gessit aut gerere cœpit, licèt eo animo vt omnia gereret, non eò magis tamen cogitur omnia gerere, si nolit *d. l. tutori* 20. *C. hoc tit.* §. *l. tutores* 39. §. *qui negotiis. de admin. tutor.*

c *Vt accidit, cùm alter ex sociis mortuus est.* Ratio dubitandi, Societas finitur morte *leg. actione* 65. §. *morte. ff. pro socio.* Ergo cùm alter ex sociis mortuus est, non est cogendus alter socius vt quicquam faciat quod pertineat ad causam societatis.

Ratio decidendi. Etiamsi morte finiatur societas, non tamen finitur necessitas consummandi & perficiendi eius negotij, quod durante societate cœptum fuit: quia, vt hic Paulus scribit, quæcunque prioris negotij explicandi causa geruntur, nihilum refert quo tempore consummentur, sed quo tempore inchoentur.

3 ¶ Mandatu tuo negotia mea Lucius Titius gessit, quod is non rectè gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum teneris, non in hoc tantùm, vt actiones tuas præstes[a]: sed etiam quòd imprudenter eum elegeris: vt quidquid detrimenti negligentia eius fecit[b], tu mihi præstes.

Ad §. 3. Mandatu tuo.

Ratio dubitand. Actio negotiorum gestorum ex ipsa naturali & vera gestione nascitur *l.* 3. §. *hæc autem actio l. atquin* 19. §. *si libero. & §. vlt. §. h. tit.* Atqui cum mandatu tuo negotia mea Lucius Titius gessit, non tu gessisti, sed ille. Debet ergo ille negot. gest. actione teneri mihi non tu.

Ratio decidendi, Etiam is videtur gessisse qui alij vt gereret mandauit. Nec enim quicquam refert an quis gerat per se, an per alium *l. si quis* 7. §. *vlt. §. de iurisdict. l.* 1. §. 1. *de eo per quem fact. erit l.* 5. §. *quod si quis tutelam. de adminis. tutor.* Teneri ergo is qui mandauit, quasi ipse gesserit, non qui re vera gessit: quia nec gessurus fuerat si mandatum ei non fuisset, nec tam id egit vt eum cuius sunt negotia, quàm vt mandatorem, séque illi vicissim obligaret.

a *Non in hoc tantùm vt actiones tuas præstes.* Ratio dubitandi, Qui non aliam ob causam tenetur, quàm quòd aduersus alium habeat actionem, ad aliud nō tenetur, quàm vt eam actionem præstet: *l. quòd si in diem* 16. §. *vlt. l. item veniunt* 20. §. *ait Senatus* 17. *de petitione hereditatis. l. quod debetur* 51. *in fin. de pecul.* Atqui in proposita specie non teneris mihi, nisi quia habes actionem mandati contra Titium. Ergo ad aliud teneri non debes quàm vt eam actionē mihi præstes.

Ratio decidendi, Non teneris mihi actione negotiorum gestorum ob id solùm quod habeas contra Titium actionem mandati, sed ob id maximè, quia mandasti, & mandando Titio vt mea negotia gereret, tu hoc ipso gessisti. Præstare ergo mihi debes quidquid venit in actionem negotiorum gestorum, id est, plenissimam indemnitatem, perinde ac si tu ipse gessisses, cum tibi debeas imputare cur tam imprudenter eam elegeris. In quo vt dolo careas, non tamen cares culpa.

b *Vt quicquid detrimenti negligentia eius fecit.* Ratio dubitandi. Alienæ negligentiæ pœnam nemo pati debet, nec si socius sit *leg. cum duobus* 52. *alias leg. si fratres* §. *vltim. l. si igitur* 55. *& sequentibus pro socio.* Ergo damnum quod ex Titij negligentia mihi contingit præstare non debes.

Ratio decidendi. Non teneris mihi ob negligentiā Titij, sed ob tuam imprudentiam, quòd elegeris Titium ad negotia mea gerenda, quæ malè gessit. Obstare huic §. videtur quod scriptum est in *l.* 3. §. *si executor. ff. h. tit.* Non ad eum locum explicatum tuss Iunge *l. item videndum* 18. *in princ. de petit. hered. l. cùm in plures* 60. §. *seruum. locat.*

22. GAIVS lib. 3. ad Edictum Prouinciale.

Siue hereditaria negotia, siue ea, quæ alicuius essent, gerens aliquis, necessariò rem emerit. licèt ea interierit[a], poterit quod impenderit, iudicio negotiorum gestorum consequi, veluti si frumentum, aut vinum familiæ parauerit, idque casu quodam interierit, forte incendio, ruina. Sed ita scilicet hoc dici potest, si ipsa rui na, vel incendium, sine vitio eius acciderit[b]: nam cùm propter ipsam ruinam, aut incendium damnandus sit, absurdum est: eum istarum rerum nomine, quæ ita consumptæ sunt, quicquam consequi.

Ad l. Siue hereditaria 22.

a *Licèt ea interierit.* Ratio dubitandi, Quod interiit priusquàm vtilitatem aliquam præstaret non potest alicuius postea vtilitatis, adeóque nec æstimationis esse. *leg. in actionibus* 5. *in fin. de in litem iurando.* Atqui negotiorum gestorum actio nunquam competit gestori ob id solùm quòd pecuniam suam in aliena negotia impenderit, nisi etiam illud concurrat vt vtiliter impenderit. *lege sed an vltro* 10. §. 1. *vers. sed & istam. hoc titulo.* Ergo prorē perempta, & cuius emptio nullam vtilitatem attulit, negotiorum gestorum actio contraria dari non potest. Ratio decidendi, Vtiliter geritur negotium quoties necessaria res aliqua, aut quæ etiam vtilis tantùm sit comparatur, licèt subinde pereat sine facto, aut quouis alio modo, dum sine culpa vlla gestoris. Danda igitur est gestori hoc etiam casu negotiorum gestorum actio, quia sufficit ei vt negotium vtiliter sit cœptum, licèt effectum bonúmque euentum non habuerit. *dict. leg. sed an vltro.* §. 1. *ad finem vsque.* vbi dicit

Dices superuacuam esse disputationem hanc in frumento,vino,oleo, & similibus,de quibus in hoc loco agitur,cùm ista in genere consistant *l.2.§.1.de rebus creditis*.genus autem neque incendio, neque ruina perire possit *l.incendium* 11.C.*si cert.petat*.Respondeo consistere ista in genere cùm debentur,sed quę venduntur & traduntur , ea non in genere consistunt , sed in specie, & ideò perinde possunt perire atque alia quælibet species. Nec enim genus tradi posset,quod neque tangi potest.

b *Sine vitio eius acciderit.* Ratio dubitandi. Etiamsi incendium culpa & vitio gestoris acciderit , non eo minùs tamen verum est negotium vtiliter & bona fide non modò cœptum, sed etiam gestum esse. Atqui hoc sufficit vt negotiorum gestorum actio locum habeat , vt proximè diximus. Ergo etiam casu danda erit gestori contraria negotiorum gestorum actio.

Ratio decidendi. Absurdum est gestorem , qui propter ipsam ruinam aut incendium damnandus sit,istarum rerum nomine,quæ ita consumptæ sunt, quicquam consequi.Est enim multò equius ad eum pertinere damnum,cuius nomine si ad alium pertineret eo ipso eam indemnitatem ei præstare cogeretur. Denique gestor tenetur etiam casum præstare quem culpa præcessit *l.*13.vbi dixi *l.*13.§.

23. PAVLVS lib.20.ad Edictum.

SI quis negotia aliena gerens indebitum exegerit:restituere cogitur[a].de eo autem,quod indebitum soluit[b],magis est,vt sibi imputare debeat.

Ad l.Si quis negotia 25.

a *Restituere cogetur.*Siue ei qui soluit, si velit repetere condictione indebiti , nisi is, cuius negotia gesta sunt,ratam habeat indebiti solutionem,si ei illi ipsi, cuius negotia gesta sunt, si per ratihabitionem velit negotium suum facere *leg. si pupilli 6.§.item quæritur. leg si autem* 8.§.*item si fundum sup.hoc tit.*

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ à nobis allata fuit ad supradictos duos iuris locos. Iunge *leg. si vendidero* 80.§.*si Titius.de furt.* Solet autem huic loco obiici quod scriptum est in *l.item veniunt* 20.§ *sed si vendidit.in fin.de petit.hered.*vbi dicitur falsum heredem nõ cogi vero heredi restituere quod indebitũ accepit. Sed alia est ratio falsi heredis,alia veri gestoris. Nam falsus heres quod accipit indebitum, accipit suo nomine,gestor autem alieno.

b *De eo autem quod indebitum soluit.* Ratio dubitandi. Secundùm naturam est cuiusque rei commoda eum sequi,quem sequuntur incommoda. Et contra vt cuius rei quis lucrum sensit , sentiat & damnum *l. secundùm naturam* 10.*de regulis iuris.leg.si igitur* 55.*in fi. pro socio.* Atqui lucrum non pertinet ad gestorem, si quid indebitè solutum acceperit, sed ad dominum. Ergo nec damnum ad eum pertinere debebit , si quid indebitum soluerit. Ratio decidendi.Eadem causa est lucri & damni,cùm eadem vtriusque ratio est.Hîc autem diuersa est , quia licèt perinde culpa sit indebitum accipere alieno nomine , atque indebitam pecuniam soluere:neutrum enim probi &diligentis patrisfamilias est. Attamen facilius est vt facto nostro alterius conditionem meliorem facere possimus,quàm vt deteriorem *l.soluendo* 39. *infr. hoc tit.l.2.quod vi aut clam l.melior* 133.*de reg.iur.* Dixi ad *l. l.*11.*in vers.lucrum verò.*ſ.*eod.*

24. IDEM lib.24.ad Edictum.

SI ego hac mente pecuniam procuratori dem , vt ea ipsa creditoris fieret : proprietas quidem per procuratorem non adquiritur: potest tamen creditor,etiam inuito me,ratum habendo[a],pecuniam suam facere:quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit.& ideò creditoris ratihabitione liberor.

Ad l.Si ego 24.

Ratio dubitandi,Si procurator meus rem aliquam mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine,dominium mihi,id est,proprietas acquiritur etiam ignoranti *leg. si procurator rem* 13. *inf.de acquirendo rerum dominio.* quia licèt per liberam personam nihil nobis iure acquiri possit , vtilitatis tamen gratia placuit possessionem acquiri nobis per procuratorem posse & per possessionem dominium *l.*1.*C. per quas personas nobis acquir. l. per procuratorem* 8. *C.de acquirenda possessione.*Ergo & si ex hac mente pecuniam procuratori dem , vt ea ipsa creditoris statim fieret , dicendum est proprietatem eius pecuniæ statim acquiri per procuratorem creditori , cuius ille verus procurator fuit. Alioqui procurator dicendus non esset, qui non nisi falsus procurator esset.

Ratio decidendi , Hæc lex intelligenda est de eo procuratore qui verus quidem procurator fuit , sed qui tamen speciale mandatum non habuit accipiẽdæ solutionis , neque generale omnium bonorum administrandorum, quorum tamen alterutrum necessarium est , vt solutio procuratori facta liberet ipso iure debitorem, ac proinde vt proprietas solutæ pecuniæ acquiratur statim creditori non expectata ratihabitione *l. vero procuratori* 12. *l. hoc iure* 86. *& seq.de solut.* Non enim potest alterutrum ex his mandatis minorem potestatem habere quàm ratihabitio,cum tota ratihabitionis potestas in eo sit vt æquiparetur mandato *d l.vero.in fi.l. vlt.C.ad SC. Maced.* Neque nouum est vt procurator quis vocatus sit,& neutrum tamen ex his mandatis habeat *l.communis* 42.§.1.*de acq posſeſſ.l.ſi quis offerenti* 52.*de ſolutioni.* Procurator enim verus est quisquis mandatum aliquod habet de re vel minima gerenda.

a *Etiam inuito me ratum habendo.* Ratio dubitandi , Quandiu creditor ratum non habuit factum sui procuratoris , verum est pecuniam manere debitoris , cùm neque creditoris facta sit, vt lex ait , neque procuratoris , quia nec ea mente data fuit,vt procuratoris fieret. Ergo res integra est,& consequẽter possum mutata voluntate & repetendo quod dedi , impedire ratihabitionem.

l.ſi

l. si quis offerenti 58. *in pr. de solu.* vbi dicitur posse hoc casu me statim condicere procuratori , & tunc extingui condictionem,cùm is ratum habuerit, nõ etiam si solueram ea mente,vt tunc liberarer, cùm creditor ratum habuisset. Tunc enim expectandum esse an ratum habere velit, nec priùs incipere condictionem quàm is ratum habere noluerit. Ratio decidendi. Possum quidem condicere statim procuratori , id est , priusquàm creditor meus ratum habeat, & inuito procuratore , sed non etiam inuito creditore. Vbi enim cœpit ille ratam habere solutionem , impedit hoc ipso ne possim condicere, quia procurator eius in accipiendo non suum, sed creditoris duntaxat negotium gessit , & ideò creditoris ratihabitione liberor, quia solutio , quæ desinit posse vnquam parere condictionem, hoc ipso parit liberationem. *l.cùm quis* 38.§.1.*& seqq.de solut.*excepto casu *l.Neratius* 63.*de condict.indeb.*

25. IDEM lib.21. ad Edictum.

SI quis negotia aliena gerens,plus,quàm oporteret,impenderit:recuperaturum eum id, quod præstari debuerit.

Ad l.Si quis negotia 25.

Ratio dubitandi. Contraria negotiorum gestorum actio datur ad omne id quod gestori abest abfuturúmque est. *l.* 2. *in fin.* ſ. *hoc tit. l.ſi quis mandatu* 28.*infr.eod.* Atqui abest gestori omne id quod impendit,& quidem bona fide. Ponimus enim & negotium ab eo gestum , & impensam omnem factam esse ex bona fide. Ergo etiamsi gestor plus impenderit quàm oportuit,recuperare debet quicquid præstiterit.

Ratio decidendi. Ita demum actionem habet ad recuperandum id omne quod ei abest abfuturúmque est, si vtiliter impenderit. Non potest autem videri vtiliter impendisse , nisi quatenus impendi oportuit.*l.liberto* 31.§.*libertos.*ĩ.*hoc tit.*

26. MODESTINVS lib.1.Responsorum.

CVm alicui ciuitati per fideicommissum restitui iussa esset hereditas[a], magistratus actores horum bonorum Titium , & Seium , & Gaium idoneos creauerunt.Postmodum hi actores inter se diuiserunt administrationem bonorum : idque egerunt sine auctoritate, & consensu magistratuum. post aliquod tempus testamentum,per quod restitui ciuitati hereditas fideicommissa esset,irritum probatum est pro tribunali:atque ita ab intestato Sempronius legitimus heres defuncti extitit , sed ex his actoribus vnus non soluendo decessit : & nemo heres eius extitit. Quæro, si Sempronius conueniet actores horum bonorum, periculum inopis defuncti , ad quos pertinet? Herennius Modestinus respondit, quod ab vno ex actoribus ob ea, quæ solus gessit , negotiorum gestorum actione seruari non potest,ad damnum eius,cui legitima hereditas quæsita est,pertinere[b].

Ad l.Cum alicui 26.

a *Ciuitati per fideicommissum restitui iussa esset hereditas.* Nempe post Senatusconsultum Apronianum , de quo in *leg. omnibus* 26. vbi dicam *infr. ad SC.Trebell.*

b *Ad damnum eius , cui legitima hereditas quæsita est,pertinere.* Ratio dubitandi, Diuisio administrationis facta est inter istos curatores propria autoritate, & sine consensu magistratuum, vt lex ponit. Ab initio enim creati erant à magistratibus tres curatores, iique omnes idonei , & vt communiter ac pro indiuiso , non vt pro diuiso administrarent. Atqui pactio priuata curatorum non potuit ius lædere legitimi heredis , nec cuiusquam alterius, ad quem ea res pertineret. Ergo dicendum est inopis defuncti periculum ad alios curatores pertinere, quibus aliquid imputari potest : præsertim quòd non fecerint suspectum curatorem , potiùs quàm ad legitimum heredem , cui nihil potest imputari. Aut potiùs dicendum est pertinere periculum ad magistratus, vt in specie *l. Lucius* 46. §.1.*de admin.tutor.*Ratio decidendi,Nihil potest imputari magistratibus,qui & idoneos creauerunt,& diuisioni consenserunt,nec rursus cæteris curatoribus , siue non singuli in solidum facti erant curatores, sed omnes communiter,siue indiuiduum eis curæ officium iniũctum sit,vt in *dict.*§.1.inter quos tamen commodius fuit diuidi administrationem , quod fieri potuit bona fide, cùm eo tempore omnes essent soluendo.Superest igitur vt periculũ pertineat ad legitimum heredem , ad quem hereditas pertinere cœpit , & de quo tamen nihil cogitabatur tempore administrationis , vt perinde habeatur ac si res fortuito casu interiisset , vt ait Pomponius in *lege vltim. de administrat. & pericul. tutor.* Qua enim fronte possit legitimus heres istis curatoribus imputare cur non fecerint suspectum curatorem,cùm nõ ad id dati essent vt legitimi heredis rem agerent , sed vt reipublicæ,ad quam hereditas ex causa fideicommissi pertinere credebatur. Nec obstat quod contrà responsum videtur in *dicta lege Lucius* §.*primo.* Nam, vt ad eum locum docebimus,deest negatio in illis verbis , *Magistratus conuenire oportere* , legendúmque est , *nec magistratus*,quod & præcedentia indicant, & quæ rationis loco subiiciuntur , *Alia enim causa est tutorum, alia eorum qui reipublicæ negotia administrant.* Scripsimus latiùs in nostra Iurisprudentiæ scientia ad *tit.De tutel.Princip.illat.*

27. IDEM lib.2. Responsorum.

EX duobus fratribus, vno quidem suæ ætatis, alio verò minore annis, cùm haberent cõmunia prædia rustica,maior frater in saltu cõmuni habenti habitationes paternas,

ampla ædificia ædificauerat: cúmque eundem saltum cum fratre diuideret, sumptus sibi, quasi re meliore ab eo facta, desiderabat, fratre minore iam legitimæ ætatis constituto. Herennius Modestinus respondit, ob sumptus nulla re vrgente, sed voluptatis causa factos eum, de quo quæritur, actionem non habere[b].

Ad l. Ex duobus 27.

a *Suæ ætatis.* i. perfectæ, quæ & legitima in hac ipsa lege appellatur, s. annor. 25. completorum, vt & in *l. vlt. C. de his qui ven. ætat. impetr.*

b *Actionem non habere.* Ratio dubitandi. Impensæ quamuis factæ nulla necessitate vrgente, adeóque voluptatis causa, faciunt tamen rem pretiosiorem. & consequenter locupletiorem eum qui sit dominus. Ergo venire debent in contrariam actionem negotiorum gestorum ex bona fide, ne alioqui ex gestoris damno & iactura dominus locupletetur, quod esset contra bonam fidem. vulg. *l. nam hoc natura* 14. *de cond. indeb.* Nam & inde est quod etiam prædoni exceptionem doli accommodamus, si petitor nolit voluptarias quoq; impensas ei restituere, aut saltem pati vt eas tollat quatenus sine rei detrimento tolli possint. *l. planè* 38. *cum l. seq. §. 1. de her. pet.* Quantò magis igitur consulendum erit fratri, qui impensas fecit voluptarias quidem, sed bona fide & in rem communem? Ratio decidendi. Contraria negotiorum gestorum actio non potest competere gestori, nisi quatenus negotium vtiliter gestum est. *l. 2. l. sed an vltrò* 10. *§. 1. ff.* vtiliter verò gestum videri nequit, nisi cùm impensum est quantum impendi necesse fuit ad rem bene ac vtiliter gerendam. In quo impensarum genere voluptariæ nunquam continentur, *l. 25. ff.* Nec enim diligens paterfamilias & frugi solet pecunias suas voluptatis causa consumere. Planè si impensæ, quas fecit, sint eiusmodi vt possint tolli sine rei detrimento, non potest recusare frater quominus vel eas tolli patiatur, vel earum æstimationem præstet, ne alioqui durior sit condicio fratris, qui eas fecit bona fide, quàm prædonis. arg. *d. l. planè.* iunct. *l. 6. §. sed & si quis 3. in fi. ff. hoc tit. l. sed mque* 10. *§. idem ait. mandat. l. 3. §. sed si mutua. de in rem verſ.* Quæri tamen potest, Cur in hac specie tractemus de actione negotiorum gestorum, ac non potiùs de actione communi diuidundo, cùm tractemus de diuisione bonorum communium quę sit inter fratres. Certum enim est iudicium communi diuidundo quod bonæ fidei est, sicut admittit retentionem impensarum per doli exceptionem, ita & earundem repetitionem inducere. *l. in hoc iudicium* 14. §. 1. iunct. *l. 7. l. 4. §. sicut. l. si quis cum* 29. *ff. comm. diuid.* Sed respondendum est impensas in rem communem factas tunc repeti aut retineri, æquitate iudicij communi diuidundo, aut etiam familiæ erciscundæ, cùm factæ sunt ab eo qui propter suam partem habuit causam communis negotij gerendi. *l. heredes* 25. *§. non tantùm. famil. erciscund.* quod vtique nemo dixerit voluptariis dũtaxat impẽsis factis, quas scilicet nemo facere cogitur: nec debet, neq; propter suam partem, neque propter partem socij. Cùm ergo constaret iudicio communi diuidundo in proposita specie locum esse non posse, quærendum fuit de actione negotiorum gestorum, quæ subsidiaria plerumque est actionis communi diuidundo, vt in *d. l. in hoc iudicium* 14. *§. 1. in fin. com. diuid.* vtpote quæ nihil aliud requirit nisi gestionem negotij alieni cum animo contrahendæ obligationis, *l. 3. §. hæc autem actio. l.* 19. *§. si libero. & §. vlt. ff. eo. l. cùm pater* 29 *ff. eo.*

1 ¶ Titium, si pietatis respectu fororis aluit filiam, actione m hoc nomine contra eam non habere respondi.

Ad §. 1. Titium.

Ratio dubitandi. Non debet cuiusquam conditio deterior fieri ob id quod pietatis officium impleuerit, sed potiùs melior, ne huius periculi metu ab exercendis pietatis officiis homines deterreantur. Atqui ei qui alimenta præstitit, datur pro eorum repetitione actio negotiorum gestorum, si non pietatis intuitu ea præstitisset. *l. Nesennius* 34. *ff.* Ergo etiamsi pietatis intuitu ea præsteriterit, eandem actionem habere debebit.

Ratio decidendi. Qui pietatis intuitu alimenta vel quid aliud erogauit, nihil potest repetere, non vt pietas puniatur, quæ laudanda potiùs & remuneranda est, sed quia non habuit animum repetendi, nec sibi quemquam obligandi, sed magis donandi, coniunctæ nimirum & miserabili personæ, in quo maximè pietas elucet, vt dicemus ad *d. l. Nesennius. l. si paterno* 15. *C. h. tit.*

28. IAVOLENVS lib. 8. ex Cassio.

SI quis, mandatu Titij, negotia Seij gessit: Titio mandati tenetur[z]: ísque æstimari debet, quanto Seij, & Titij interest[a]. Titij autem interest, quantum is Seio præstare debet: cui vel mandati, vel negotiorum gestorum[b] nomine obligatus est. Titio autem actio competit cum eo, cui mandauit aliena negotia gerenda, & antequàm ipse quicquam domino præstet[c]: quia id ei abesse videtur, in quo obligatus est.

Ad l. Si quis mandatu 28.

z *Titio mandati tenetur.* Ratio dubitandi. Non gessit negotia Titij, sed Seij. Ergo Seio, non Titio obligatus esse debet. Ratio decidendi. Non Seius ei mandauit, sed Titius. Ergo Titio mandati actione obligatus esse debet, non Seio, à quo res actione neg. gest. conueniri potest, sed Titius ipse qui mandauit, quia nec Seij contemplatione gessit eius negotia, sed contemplatione solius Titij, à quo habuit mandatum gerendi. Titius verò ille est, qui Seio tenetur actione negotiorum gestorum, quasi solus ipse gesserit qui geri mandauit. *l. nam & Seruius* 21. *§. vlt.* vbi dixi *supr. eod. l.* 5. *§. quòd si quis. l. res tutores* 55. *§. non solùm. de admin. tut.*

a *Quanti Seij & Titij interest.* Datur enim actio mandati ad id quod interest. *leg. ad comparandas* 16. *& passim. Cod. mandat.* Ratio dubitandi, Titij tantùm interest, quantum is Seio præstare debet, vt lex

vt lex ait. Sufficiebat ergo dicere tanti condemnandum gestorem quanti interesset Seij, non quanti & Titij & Seij.

Ratio decidendi, Plus est præstare quanti interest Titij & Seij, quàm quanti interest Seij, quia si Titius cogatur præstare Seio quanti eius interest, hoc amplius interest Titij, quod Seio pecuniam præstare de suo & prorogare compellitur. Interest enim cuiusque non soluere potiùs quàm solutum repetere *l. 3. de compensationib. l. si stipulatus* 15. *de fideiussor.* Et ideò non est liberandus gestor si præstet id tantùm quod Titius Seio præstare coactus fuit, nisi etiam præstet quanti interest Titij.

b *Vel mandati, vel negotiorum gestorum.* Mandati nimirum si mandatum intercesserit, vt in *l. si procuratorem* 8. *§. si quis mandauerit. ff. mand.* Negotiorum verò gestorum si mandatum vllum interuenit *l. ex mandato* 20. *§. 1. eo.*

c *Et antequàm ipse quicquam domino præstet.* Ratio dubitandi, Actio mandati non datur nisi ad id quod interest actoris, vt dictum est ex *leg. ad comparandas* 16. *C. mandat.* id est, ad id quod ei abest *l. inter causas* 26. *§. abesse. inf. eodem ill. titul.* Atqui nihil adhuc ei abest qui nihil adhuc præstitit. Ergo nullam eo nomine actionem habere debet.

Ratio decidendi, Abesse iam videtur id omne quod is quandocunque præstare iam obligatus est. *dict. §. abesse. & lege Lucius* 38. *§. 1. eodem lege si pro ea.* 10. *Cod. eodem.* Sicut enim is qui actionem habet, rem ipsam habere videtur *l. is qui actionem* 15. *de regulis iuris.* ita & qui obligatus est ad soluendum, perinde habendus est ac si iam soluisset. Vnde & æs alienum appellamus, quod nos alij debemus *l. cedere diem* 213. *§. 1. de verb. signif.* scilicet quasi iam solutum, quamuis alioqui debitorem necesse sit dominum esse eius pecuniæ quam debet quandiu eam non soluit, vt soluendo liberari possit. *l. 1. de liber. leg.* Atqui in proposito casu Titius qui mandauit geri negotia Seij, obligatus est Seio actione *neg. gest.* non ex die mandati, sed ex die gestionis. *dict. l. nam & Seruius* 21. *§. vlt. sup hoc titul.* Ergo & in actionem mandati id omne veniet, quod actione illa negotiorum gestorum præstandum est, licèt nihil dum præstitum sit. Sed & dicendum est neque mandati neque negotiorum gestorum actionem dari ad id tantùm quod iam abest. Datur enim vtraque ad id etiam quod abfuturum est. *l. 2. 3. d. l. 37. §. 1. ff. mandat.* Sic in *l. vlt. de contr. tut. & vtil act.*

29. CALLISTRATVS lib. 3. Edicti monitorij.

CVm pater testamento, posthumo tutorem dederit: ísque tutelam interim administrauerit, nec posthumus natus fuerit: cum eo non tutelæ, sed negotiorum gestorum erit agendum[a]: quod si natus fuerit posthumus, tutelæ erit actio: & in eam vtrumque tempus veniet[b]: & quo, antequam nasceretur infans, gessit: & quo posteaquam natus sit.

Ad l. Cùm pater 29.

a *Sed negotiorum gestorum erit agendum.* Ratio dubitandi, Non potest videri gessisse & administrasse negotia eius qui natus non fuit. hic enim nullus est, & habetur pro nunquã concepto. Sicut nec is qui conceptus est habetur aliter pro nato, quam si postea nascatur. *l. is cui* 18. *quãd. dies leg. ce.* Ergo nõ potest teneri negotiorum gestorum non magis quàm actione tutelæ aut protutelæ, & ideò necesse est subsidiariam vtilem actionem in eum dari. *l. pen. de tutel. & rat. distr.*

Ratio decidendi. Non potest quidem teneri directa actione negotiorum gestorum de qua in *dict. l. pe.* sed tenetur vtili actione negotiorum gestorum, quia verum est eum negotia gessisse aliena, & quidem animo se obligandi, licèt animum habuerit se obligandi posthumo, & quasi tutor magis quàm quasi negotiorum gestor. Vt proinde non malè comparandus videatur ei, qui aliena quidem negotia voluit gerere, sed in persona lapsus est, cui nemo denegauerit saltem vtilem negotiorum gestorum actionem. *l. in hoc iudicium* 14. *§. 1. l. si quis cùm* 29. *commun. diuid.* Habet verò hoc maiorem rationem, si ponas substitutum esse illum qui agit negotiorum gestorum, vt in specie quam tractat Vlpianus in *leg. si nemo.* 19. *§. vlt.* de testamentaria tutela. Nam qui gerit negotia contemplatione nascituri posthumi, & tanquam futura posthumi, non potest fieri vt non gerat etiam contemplatione pupillaris substituti, quem scit in tota hereditate successurum, si posthumus non nascatur. Sed tamen idem quoque Vlpianus generaliter & omni casu videtur cum Callistrato dedisse actionem negotiorum gestorum in gestorem. *l. 1. §. si quis quasi tutor. de eo qui pro tutor. negger.* Itaque si quis dixerit Paulum in hac quæstione à cæteris dissensisse, vt solet ille facilè præsertim ab Vlpiano dissentire, is meo iudicio simplicius & candidius, id quod verum est, dixerit. Est enim menti & verbis Pauli in *dict. l. penult.* conuenientius, vt quod ait de vtili actione, intelligendum sit de vtili in factum subsidiaria, quàm de vtili actione negotiorum gestorum.

b *Tutelæ erit actio, & in eam vtrumque tempus veniet.* Ratio dubitandi, Tutelæ actio non potest præcedere tutelam, cùm nascatur ex tutela, neque rursus tutela vlla esse prius quàm sit ille cuius tutor alius esse possit. Ob eámque causam ventri non tutor, sed curator dari solet. *l. ventri* 20. *de tutor. & curator. dat leg. inter bonorum* 48. *de administrat. tutor.* Atqui posthumus quandiu in vtero est, ne quidem homo est, sed tunc esse incipit cùm editus fuit. *l. in Fa'cidia. 9. §. 1. ad legem Falcid.* ideóque nec in patris morientis potestate esse dici potest. *l. vlt. inf. de collationib.* Ergo neque potest interim esse in tutela, neque pro toto eo tempore in quo vtero fuit, potest actio tutelæ competere.

Ratio decidendi, Tutelæ quidem actio non priùs nascitur, quàm sit tutela, nec priùs tutela esse incipit, quàm editus fuerit posthumus, sed vbi semel natus est, vtrumque tempus, & quod præcessit, & quod secutum est natiuitatem, venit in actionem tutelæ, non solùm quòd qui in vtero est habendus sit pro iam tum nato, si quandóque posted nascatur. *leg. qui in vtero 7. de statu hominum* lege *ii cui* 18. *quando dies legat. ced.* sed etiam quia vna tantùm administratio facta esse intelligitur, quæ vnius tantùm personæ contemplatione facta fuit, & ex vnius eiusdémque officij necessitate,

Nam qui posthumi tutor est, siue testamentarius, siue legitimus cogitur administrare priùs etiam quàm posthumus nascatur, licèt si neque testamentarius, neque legitimus tutor aliquis esset, ventri tutorem dare magistratus non posset *d.l.ventri*, vbi dicemus. Ita fit vt in hac specie vnum tempus trahat aliud ad se, & vna administratio aliam propter connexitatem & temporum & negotiorum, vt in *l.si tutor* 13. *cum l.seq.de tut.& rat.distr.l.tutor post puberem* 11. *C.arbit.tut.l.eum actum* 17. vbi dixi §. *hoc tit.*

30. IVLIANVS libro 3. Digestorum.

EX facto quærebatur: quendam ad siliginem emendam curatorem decreto ordinis constitutum: eidem alium subcuratorem constitutum siliginem miscendo corrupisse, atque ita pretium siliginis, quæ in publicum empta erat, curatori adflictum esse. quaque actione curatoi cum subcuratore experiri possit, & consequi, id vt ei saluum esset, quod causa eius damnum cepisset. Valerius Seuerus respondit, aduersus contutorem negotiorum gestorum actionem tutori dandam. Idem respondit, vt magistratui aduersus magistratum eadem actio detur. ita tamen, si non sit conscius fraudis. ¶ Secundùm quæ etiam in subcuratore idem dicendum est.

Ad l. Ex facto 30.

Ratio dubitandi. Tutor qui de suo præstat damnum quod pupillo contigit ex dolo vel culpa contutoris, id præstare cogitur proprio suo nomine, quia & ipse tutor est & vt seipsum liberet, cùm pro contutore teneatur, si vel gestio communis fuit, vel contutor soluendo esse desierit *l. 1. §. nunc tractemus. de tutel.& rat.distr.l.1.& 2.C.si tut. vel curat.non gess.* Atqui is qui soluit quod ipse debet, quamuis alium liberet, suum tamen potiùs quàm alienum negotium gerere dicitur, ideóque nec potest ex ea solutione acquirere sibi aduersus alium actionem *l. Papinianus* 28. *mand.* multò minùs actionem negotiorum gestorum *l heredes* 25. *§. non tantùm famil.erciscun.* Ergo non potest tutor habere actionem negotiorum gestorum aduersus contutorem: præsertim cùm Diuus Pius induxerit primus vtilem actionem fauore tutoris, qui pro contutore quid præstiterit, si non sint ei suo tempore mandatæ actiones *d. §. nunc tractemus.* quia vtili actione nil opus erat, si iam antea & temporibus Iuliani, cuius hæc lex est, & qui floruit ante tempora Diui Pij, competebat ex iuris ratione actio negotiorum gestorum. Vtiles enim actiones omnes ex necessitate inductæ sunt deficientibus directis.

Ratio decidendi. Etsi tutor pro contutore soluens seipsum liberat, tamen liberat, etiam contutorem, pro quo soluit, & cuius culpam ponimus, & obligationi & solutioni causam dedisse. Hoc enim necessariò ponendum est, vt quod hîc dicitur de tutoribus aptari possit ad quæstionem propositam de curatore, qui ex culpa subcuratoris sui damnum sensit. Proinde non potest negari quin contutoris sui negotium gesserit, eóque nomine proinde habere debeat aut reputationem, vt in *l.si quid possessor* 31. *in pr. de hor.pet.* aut repetitionem actione negotiorum gestorum, quippe cùm ipso iure eum liberauerit, scilicet ex æquitate, vt ait *l.2.§ actio autem. de admin.rer.ad ciuit.p.rti.* Nam ad inducendam actionem hanc negotiorum gestorum sufficeret quod contutori exceptionem doli mali acquisiuisset *lege de quare* 74. *§. cùm absentem* 3. *de iud.* Nec quod tutor hic culpam sui contutoris præstare coactus fuit, vel ob id maximè quod suspectum eum fauere si perfederit, ad fauorē cōtutoris pertinet qui culpam admisit, sed ad fauorem pupilli, quem omnimodo indemnem præstari oportet. Neque cò minùs rescriptum D. Pij accommodandum est ad hunc casum, quod in eo fuisset superuacuum competente iam ex ratione iuris actione negotiorum gestorum. Est enim fauorabilior actio ciuilis quàm prætoria, & vtilis actio tutelæ, quæ actionis directæ loco est (quam pupillus ante solutionem sibi factam mandare & potuisset & debuisset) quàm directa actio negotiorum gestorum: præsertim propter tacitæ hypotheceæ priuilegium, quod habet actio tutelæ & curæ etiam vtilis *l. pro officio* 28. *C. de admin.tu.* non etiam actio negotiorum gestorum *l.pen.C.h.tit.* Sanè non potest accommodari ad casum illum, quo vel communis culpa fuerit omnium tutorum, vel etiam fraus communis. Vtilem enim actionem Diuus Pius induxit eo demum casu quo posset contutor petere, vt sibi directa mandaretur *d. §. nunc tractemus.* Non posset autē petere si fraus communis interceſſisset *l. si plures* 38. *in fi. de admin.tut.* quod nec Vlp. prætermisit in *d. §. nunc tractemus. vers. planè si ex dolo.* Cætera quæ hîc dici possent, explicauimus *lib.* 11. *Coniect.c.* 7. Quod autem circa contutores diximus etiam dictum videri debet circa magistratus reipu. quorum alter pro alterius facto aliquid præstiterit. Item circa curatorē & subcuratorem, de quibus in hac lege. Cui iunge *d. l.2. §. ius reipublicæ, & seq. de admin.rer.ad ciuit.pert.& l.* 4. *C. de in lit.dand.tutor.*

31. PAPINIANVS lib. 2. Responsorum.

IIberto, vel amico mandauit pecuniam accipere mutuam: cuius literas creditor secutus contraxit & fideiussor interuenit, etiam si pecunia non sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori, vel fideiussori, scilicet ad exemplum institoriæ actionis[a].

Ad l.Liberto 31.

Ratio dubitandi, Actio negotiorum gestorum non competit, nisi negotium absentis vtiliter gestum sit *lege* 2. *l. sed an vltro* 10. *§.* 1. *& possim hoc tit.*

Atqui

Atqui nō potest dici vtiliter gestum esse negotium illius, in cuius rem pecunia non est versa, cùm non possit videri factus locupletior. Ergo ex hac causa non potest competere actio negotiorum gestorū. Ratio decidendi, Negotium quantum ad effectum rei attinet, vtiliter gestum non est, sed tamen initio inspecto, nec minùs domini voluntate & mente attenta, qui liberto vel amico mutuam pecuniam accipere per literas mandauerat, quàm eius qui literas secutus pecuniam numerauit, aut pro absente fideiussit, negari non potest quin negotium vtiliter cœptum sit, quòd sufficit vt actio negotiorum gestorum locum habeat. *d.l.sed an vltro. in fin.* Nam quod negotij effectus vtilis secutus non est, non accidit culpa creditoris vel fideiussoris, cui sanè imputari nihil potest quominus & probi & diligentis amici officium expleuerit, sed tātùm culpa eius qui mutuam pecuniam accepit ex domini mandato, cuius tamen siue perfidiam, siue socordiam æquius est nocere domino qui talem eum elegit, quàm ei qui bona fide absentis domini literas secutus cum eius procuratore contraxit. Nam etsi mandatum is procurator nullum habuisset, si tamen causam aliquam habebat negotij pro absente gerendi. *l. seruus* 17. *de in rem vers. l.vlt.de exercit. act.* Iunge *l.si pupilli* 6. *§.* 1. *§. h.tit.*

a *Ad exemplum institoriæ actionis.* In qua scilicet non quæritur an institor vtiliter impenderet pecuniam quam ab alio mutuam accepit, quasi postea in rem domini impensurus, sed tantùm an præpositus fuerit ei negotiationi, in quam dixit se mutuam pecuniam accipere. *l. 1.& tot.tit.de instit.actio.* vbi dicemus. Simili ferè argumento idem hic Papinianus noster apud Vlpianum usus est in *l. Iulianus* 13. *§. si procurator. de action.empt.* Iunge *l.idemque* 10. *§. idem Papinianus. mandat.* vbi refertur Papiniani sententia non quæ extat in hac lege, sed quæ in *l. pen. de instit.act.*

1 ¶ Inter negotia Sempronij quæ gerebat, ignorans Titij negotium gessit, ob eam quoque speciem Sempronio tenebitur: sed si ei cautionem indemnitatis officio iudicis præberi necesse est aduersus Titium, cui datur actio idem in tutore iuris est[b].

Ad §. 1. *Inter negotia.*

Ratio dubitandi. Hic gestor qui Titij negotium gessit quod putabat esse Sempronij, re vera tamen nō Sempronij, sed Titij negotium in eo gessit. Ergo Titio, non Sempronio debet esse obligatus eo nomine: præsertim cū nihil interfit Sempronij, qui vtique Titio vllomodo tenetur, nec possit Sempronius etiam per ratihabitionem facere suum negotium, quod re vera fuit alienum & alij acquisitum ipso gestu. *l. 6. §. quid ergo.* vbi dixi *sup. hoc tit.* ac vicissim Sempronium, non Titium, habere debet obligatum, quia error in persona illius cuius sunt negotia, non impedit actionem negotiorum gestorum cōtra dominum, etiamsi gestor cogitauerit de alio sibi obligando. Sufficit enim vt aliquem sibi obligare voluerit. *l. 6. §. si Titij. sup. hoc tit. l.in hoc iudicium* 14. *§.* 1. *in fi. l. si quis ei m* 29. *com. diui.* Ratio decidendi, Gestio negotiorum Titij dedit causam gerendo huic negotio Sempronij, quod gestum est inter ipsa Titij negotia, & ab eo qui Titij esse ignorabat. Proinde quamuis Titio & in Titium actio negotiorum gestorum danda sit, cuius reuera negotium fuit, dabitur tamen etiam Sempronio & in Sempronium, tanquam si negotiū Sempronij fuisset, cuius non solùm contemplatione, sed etiam occasione gestum fuit. Nam sicuti propter gestionem bonorum Titij nullum damnum pati debet, ideóq; danda ei est contra Titium actio negotiorum gestorum, vt indemnis seruetur erga Sempronium, quia non potest Titius imputare gestori, cur hoc quoque negotium, quod Sempronij erat, gesserit cùm ille iusto & probabili errore facti putaret esse Titij, scirétq; futurum vt etiam de neglectis teneretur, cùm fortè alius fuisset accessurus ad negotia, si ipse non accessisset. *dict. l.6. §. vlt. supr.* Ita & Titio contra ipsum dari actio debet, ne alioqui ex vna tantùm parte negotiorum gestorum actio nascatur, quæ nascitur semper vltrò citróque. Sed tamen debebit huic gestori Sempronius officio iudicis præbere cautionem indemnitatis aduersus Titium, cui diximus, & verum est, æquè competere tanquam domino actionem negotiorum gestorū. Nec enim agentem Titium posset gestor repellere aliqua exceptione siue doli siue alia, quamuis Sempronio integram litis æstimationem soluisset: cùm nihil commune habuerint negotia Titij cum negotiis Sempronij. Neque rursus æquum esset ex eadem gestione duobus in solidum condemnari eum qui bona fide gessit negotium, nec nisi vnius negotia gerere voluit, licèt summo iure duobus teneatur: qui casus sanè notabilis ac propemodum singularis est. Aliud probandū esset si gestor nō ignorasset negotium esse Titij. Tunc enim hoc nomine soli Titio, non etiam Sempronio teneretur, quia neque Sempronij negotium gessisset, sed Titij: neque contemplatione aut occasione vlla negotiorum Sempronij, sed quia vltro Titij negotium gerere voluisset. Aliud item si gestor negotia quędam Sempronij tractasset, non vniuersa. Facit enim vniuersitas illa negotiorum Sempronij vt in eam facilè confluat negotium Titij, quod alioqui non conflueret, vt alia pleraq; fiunt per vniuersitatem, quæ singula & per se fieri non possent. *l.1.§.1. de fundo dotali. l. pater* 38. *§. fundum & sequentib. de legat.* 3. *quædam* 62. *de acquir.rer.domin.*

b *Idem in tutore iuris est.* Vt scilicet tutor qui inter cætera pupilli negotia alienum quoq; ignorans gessit quasi pupillare, teneatur eo nomine pupillo actione tutelæ, & vicissim pupillum contrario tutelæ iudicio habeat obligatum. Debebit ergo pupillus similiter cùm tutelæ aget præstare illi cautionem indēnitatis aduersus eum, qui fuit re vera dominus negotij, non etiam tutor pupillo, si contrario aduersus eum tutelæ iudicio experiatur, quia nō sicut dominus obligatum habet actione negotiorum gestorum tutorem, cui proinde consulendum est, ne duobus in solidum condemnetur, ita & videri potest obligatum habere impuberem, qui nihil ipse gessit, quamuis tutela huic quoque gestionī causam, vel vtiùs occasionem præbuerit.

2 ¶ Item in iudicium deductam, & à reo desertam frustratoris amicus vltrò egit, causas absentiæ eius allegans iudici: culpam contraxisse non videbitur, quod sententia contra absentem dicta, ipse non prouocauit. Vlpianus notat: Hoc verum est: quia frustrator condemnatus est. cæterùm si amicus, cùm absentem defenderet, condemnatus negotiorum gestorum aget: poterit ei imputari, si, cùm posset, non appellasset.

Ad §. 2. Litem.

Ratio dubitandi. Quisquis amicum absentem defendit, & condemnatus est, si negotiorum gestorum agat, repellitur doli exceptione, quasi non vtiliter gesserit negotium, si cùm posset appellare non appellauerit ad extinguendam vim condemnationis, quam vtique extinguit auxilium prouocationis. *l. furei 6. §. 1. de his not. infa. l. 1. §. vlt. ad SC. Turpill.* Nimirum si is qui defensus ab amico fuit, probet se iniustè condemnatum, atque ita iustam fuisse causam interponendæ appellationis. Hoc enim meo iudicio probandum necessariò est. Et hoc esse videtur quod in Vlpiani ad Papinianum nota significant ea verba, *cùm posset*. Non enim potest appellare qui nullam habet causam appellandi. *l. 13. §. 1. de appell. l. 1. de app. recip.* Alioqui qua fronte posset dominus imputare amico, cur calumniosam & frustratoriam appellationem non interposuisset? Procurator sanè quotiescunque condemnatur appellare cogitur, quasi hoc quoque mandatum ei intelligatur hoc ipso quod mandatum ei est vt litem prosequeretur. *l. inuitus 17. C. de procurat.* quod & in fideiussore malè & ad quantitatem indebitam condemnato iuris est. *l. si procuratorem 8. §. quod & ad actionem ff. mandat.* Ideoq; solent procuratores nostri temporis, cùm appellant, addere, id se facere ne ad interesse teneantur, ne alioqui possit etiam iis imputari si appellationem non prosequantur, quam interponere quasi inuiti & ex officij necessitate coacti fuerunt. Non enim sicut appellare, ita & appellationem sine nouo mandato prosequi coguntur, nisi hoc ipsum quoque iis mandatum proponatur. *d. l. inuitus.* quia lis appellatoria alia quo dammodo esse videtur. *l. pen. iudic. solui.* Ergo cùm in proposito casu amicus absentis condemnari non prouocauerit, & ei possit hoc imputari, non est danda ipsi negotiorum gestorum actio, quæ scilicet nunquam datur ei cui potest aliquid imputari. Maximè cùm ei possit etiam imputari, cur litem à reo desertam prosecutus sit, & in eam impensas vltrò fecerit, quas proinde videtur feciſse inuito eo, quo casu certum est non competere negotiorum gestorum actionem. *l. vlt. Cod. hoc tit. l. si pro te 40. infr. mand.*

Ratio decidendi, Hic qui ab amico defensus fuit: propriam litem deseruerat frustrandi causa. Proinde qua fronte potest imputare amico qui pro eo litem desertam vltro egit, & causas absentiæ ipsius allegauit, cur non prouocauerit, id est, cur non protraxerit litem, quam ille ipse deseruit? Nam per appellationem litis protrahitur. *leg. tutor 41. de vsur. leg. vlt. de re iudicata.* Cur enim diligentiam ab amico requirat, quam ille sibi ipsi præstare noluit? Aut quomodo potuit non frustrationis causa interponi appellatio pro eo qui in ipsa instantia frustrator ipse fuit? Et hoc est quod Vlpianus ad Papinianum notat ita respondisse Papinianum, quia condemnatus fuerat frustrator, & aliud proculdubio responderi debuisse, si is frustrator non fuisset, aut si amicus ipse tanquam defensor condemnatus fuisset. Aliud enim est condemnari defensorem ipsum, aliud verò condemnari absentem, maiórque necessitas appellandi incumbit defensori condemnato, quàm si absens condemnatus sit. Denique in hac specie amicus non propriam litem tractauerat iure defensoris. Alioqui debuisset satisdare & ipse condemnari proprio nomine non absens qui ab eo defensus fuisset. *l. is cuius 64.* vbi dixi *supra de procuratoribus.* sed vltro egerat eam ipsam quæ fuerat in iudicium deducta cum absente eodémque frustratore. Nec tam vt frustratorem defenderet, quàm vt causas absentiæ ipsius allegaret, quod longè diuersum est. Hoc enim excusare est, non defendere. *l. inter 10. & l. penult. §. 1. de public. iudic.* Vtrumque verò pertinet ad vtilitatem absentis, ne post litem quoque desertam condemnaretur si hoc impetrari potuisset.

3 ¶ Qui aliena negotia gerit, vsuras præstare cogitur[a]: eius scilicet pecuniæ, quæ purgatis necessariis sumptibus supereſt[b].

Ad §. 3. Qui aliena.

a *Vsuras præstare cogitur.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *leg. atquin natura 19. §. non tantùm. ff. h. tit.*

b *Quæ purgatis necessariis sumptibus supereſt.* Siue legas *purgatis*, vt vulgò, siue cum Cuiacio *putatis* pro *computatis*, vt in *l. Thais 41. §. Titius 7. de fideicommiss. libert.* bonus sensus est. Scilicet non aliam pecuniam penes gestorem mansisse intelligi quàm quæ supereſt deductis sumptibus qui ad absentis negotia vtiliter gerenda necessariò fieri debuerunt. Sicut nec fructus vlli esse intelliguntur, nisi qui supersunt deductis expensis ad eos percipiendos & colligendos. *leg. si à domino 36. §. vltim. de hereditatis petitione. l. quod in fructu 46. de vsuris.*

4 ¶ Libertos certam pecuniam accipere testator ad sumptum monumenti voluit, si quid amplius fuerit erogatum iudicio negotiorum gestorum ab herede non rectè petetur de iure fideicommissi[c]: cùm voluntas finem erogationis fecerit.

Ad §. 4. Li-

Ad §. 4. Libertos.

Ratio dubitandi. Testator qui certam pecuniam liberto dari voluit ad sumptum monumenti cogitauit proculdubio de tota illa pecunia eroganda, quæ necessaria esset ad extruendum monumentum: nec enim videtur onus illud iniunxisse liberto, vt de suo quidpiam præstaret, sed tantùm vt laborem ipse conferret, heres verò pecuniam. Ergo fatendum est negotium non modò vtiliter gestum esse, sed etiam secundùm voluntatem testatoris, tametsi ad monumenti extructionem plus impensum sit, quàm impendi testator iusserit. Proinde quamuis quod excedit destinatam testamento quantitatem, ex testamento peti non possit, nihil tamen vetat deberi actione negotiorum gestorum, quasi vtiliter gesto heredis negotio, ac tantò vtilius quantò maior fuit impensa, vt in honorem memoriæ defuncti magnificentius monumentum extrueretur. Nisi fortè cum Seneca putamus sepulchri impensam non sentienti superuacuam, sentienti autem onus esse.

Ratio decidendi. Cùm testator certam summá libertis dare voluit ad sumptum monumenti, hoc ipso videtur prohibuisse ne plus erogaretur, fauore scilicet heredis, quem grauiore ex sumptibus incommodo affici testator noluit. Imputari ergo libertis potest cur amplius erogauerint contra voluntatem testatoris & citra iussum heredis, cuius vtique non potest dici negotium vtiliter gestú quatenus à libertis voluntatem testatoris scientibus plus impensum est, quàm testator voluerit, potiúsque de bonis & gratis libertis credi potest vltro eos donare voluisse: quod supra destinatam quantitatem impenderunt: præsertim nulla pæna eos in contrarium facta protestatione, argum. *l. donari 28. de donationibus leg. donari 82. de regulis iuris.* Nec ad rem pertinet, si quis pro augenda dubitandi ratione adiiciat, heredis commodo cessurum fuisse, si liberi minùs quàm testator statuerat, impendidissent, *l. Lucius 88. §. 1. de legat. 2.* & secundùm naturam esse vt damnum sentiat qui sensurus fuisset lucrum *l. secundum 10. de regul. iur.* Meliorem enim heredis condicionem facere liberti potuerunt, deteriorem non potuerunt, arg. *l. soluendo 39. ff.*

a *De iure fideicommissorum.* Sensus est, Si quæratur quantum liberti consequi debeant ab herede non actione negotiorum gestorum, quam diximus iis competere nullam posse, sed ex fideicommisso, non illud inspiciendum esse quantum erogauerint, sed quantum & accipere eos & erogare testator voluerit, cuius scilicet sola voluntas illa est, quę finem erogationi facit. Nec sanè videtur hoc vllam posse admittere dubitationem, cùm in testamentis voluntas testatoris illa sit quæ totum facit *l. si mihi 12. in fin. de legat. 1.* Nisi rationem dubitandi quis desumat ex eo quod scriptum est in *dict. leg. Lucius 88. §. 1. de legat. 2.* hanc actionem ex testamento recipere deminutionem, si fortè minùs impensum sit in monumentum quàm testator impendi voluerat. Cur non enim eadem ratione recipiet etiam augmentum? vt eadem sit ratio & augmenti & diminutionis, sicut in *l. vbi exigitur 8. in fin. de edend. l. scribit 34. §. vltim. de auro & argento legato.* si cum Cuiacio legas *& deminutionem legati & augmentum.* quomodò sanè legendum est, vt probat ille pluribus *lib. 2. obseruatio. cap. 39. in fin.* Sed respondendum est non semper bonam esse consecutionem à diminutione ad augmentum, vt apparet ex *leg. deducta 58. §. penultim. ad Trebellianum.* In eo námque quod plus est continetur quidem quod est minus, sed non contrà. Et ratio diuersitatis in proposito est euidens, quia quod minus impensum est quàm impendi testator voluit, necesse est vt alicuius lucro cedat. Cuius verò, nisi heredis? Alioqui erit in potestate legatariorum aut fideicommissariorum, quibus aliqua summa legata fuit ad extructionem monumenti, minimum quid impendant, reliquum verò omne sibi retineant, atque ita voluntatem testatoris circumueniant, quod vtique non facilè facturi sint alieni quàm proprij compendij causa. E contrario autem cùm plus erogatum est in sumptum monumenti, quàm testator erogari voluit, necesse omnino est id quod plus impensum fuit ad onus & incommodum alicuius pertinere. Cuius verò, nisi eorum qui impensam fecerunt? Alioqui erit in ipsorum potestate vt pro arbitrio heredem onerent, quem noluit testator onerari supra taxatam à se quantitatem. Præter id quod etiam in dubio, si quid hîc dubij est, parcendum esset heredi *l. Sempronius 47. l. vnum ex familia 67. §. si rem. de legat. 2.* Dixit autem hîc Papinianus *fideicommissorum* in plurali numero, quia tot erant fideicommissa, quot liberti.

5 ¶ Tutoris heres impubes filius ob ea, quæ tutor eius in rebus pupillæ paternæ gessit, non tenetur: sed tutor proprio nomine[a] iudicio negotiorum gestorum conuenietur.

Ad §. 5. Tutoris.

Ratio dubitandi. Tutor personam pupilli repræsentat in omnibus quæ gerit tanquam tutor, idéoque domini loco esse dicitur *l. interdum 56. §. qui tutelam de furt.* in iis scilicet quæ gerit bona fide *l. qui fundum 7. §. si tutor. pro emptor.* & pupillum non scipsum obligat *l. 5. in princip. & §. 1. l. penul. & vlt. quand. ex fact. tutor.* Ergo tutoris heres impubes filius ob ea quæ tutor eius in rebus pupillæ paternæ gessit, teneri debet, non tutor ipse actione negotiorum gestorum. Quid enim refert an tutor contrahat, an quasi contrahat?

Ratio decidendi. Pupilli loco habetur tutor in iis tantùm quæ gerit & ex officij necessitate cogitur gerere quasi tutor, non etiam in cæteris quę extrinsecus administrat, & quæ sunt extra causam tutelæ *l. at si extrinsecus 4. eod. tit. quod ex facto tutor.* Atqui negotia pupillæ paternæ sunt extra causam tutelæ filij, qui prior tutor fuit: quia nulla tutela hereditario iure ad alium transit *l. tutela 16. §. 1. de tut.* id est, nemo tutor ideò est, quia sit tutoris heres *leg. furti 6. §. pen. ff. de his qui notantur infam.* quamuis tutoris heres interdum tutelæ iudicio etiam proprio nomine condemnetur *l. 1. & vlt. C. de hered. tutor. l. 1. l. 14. de fideiuss. & nomin. & hered. tutor.* Pupillus igitur ex huiusmodi gestione sui tutoris, quæ prorsus voluntaria nullo modo necessaria fuit, teneri non potest.

a *Sed tutor proprio nomine.* Ratio dubitandi. Actio negotiorum gestorum nascitur ex sola gestione *l.3. §.hoc autem actio supr.hoc tit.* Ergo eatenus tantùm competit contra gestorem quatenus gessit. Atqui tutor hic, de quo agimus, non gessit proprio nomine, sed pupilli & quasi tutor & ex bona fide, cùm fortè vereretur ne alioqui de iis, quæ ipse neglexisset, conueniti aliquando pupillus posset tanquam heres tutoris, & ipse rursum ad indemnitatem pupillo suo præstandam actione tutelæ. Ergo non proprio nomine, sed quasi tutor teneri debet actione negotiorum gestorum.

Ratio decidendi. Non potuit quasi tutor ea negotia gerere, quæ extra tutelæ causam fuerunt, vt proximè diximus. Et tamen re vera gessit. Consequens igitur est vt proprio nomine & gesserit & obligatus sit, sibique debeat imputare errorem iuris, si credidit onus tutelæ transire ad heredem tutoris. Neque verò huius tutoris valde interest, an teneatur domino actione negotiorum gestorum, an potiùs pupillo suo actione tutelæ, cùm non possit recusare quominus alterutri teneatur. Vtique enim sic gessit quasi rationem alicui redditurus. Et vtrâque actio bona fide est, easdemque admittit exceptiones, compensationes, reputationes: nisi quod in plerisque duriùs agitur cum tutore quàm cum negotiorum gestore. Vel in eo saltem quod tutelæ actio habet hodie admixtam priuilegium tacitæ hypothecæ *l.pro officio 20. Cod.de admin. tut.l.vnic.§.1.Cod.de rei vxo. act.* quod actio negotiorum gestorum nec habuit olim, nec hodie habet *l. pen.C hoc tit.*

6 ¶ Quanquam mater filij negotia secundùm patris voluntatem, pietatis fiducia gerat: tamen ius actoris periculo suo, litium causa constituendi[a] non habebit: quia nec ipsa filij nomine rectè agit[b], aut res bonorum eius alienat, vel debitorem impuberis accipiendo pecuniam liberat.

Ad §.6. Quanquam mater.

Ratio dubitandi. Cùm pater tutorem dat eum quem dare non potuit, aut cui non potuit, aut vbi non potuit, licèt datio non teneat, prætor tamen eum confirmare & solet & debet, vt patris voluntati iterum, nisi euidens pupilli vtilitas repugnet *l.1. 3.6.l.vtilitatem 10.& pass.* de confirmando tutore. Ergo & in proposito cùm mater impuberis filij sui negotia gessit secundùm patris voluntatem, nec tantùm bona fide, sed etiam fiducia & instinctu pietatis, perinde rata debet haberi omnia quæ gessit, ac si verè tutrix fuisset, siue actorem litium causa constituerit, siue ipsa filij nomine egerit, siue res bonorum eius alienauerit, siue denique à debitore impuberis pecuniam acceperit: ne alioqui decipiantur qui bona fide cum ea tractarunt, secuti & ipsi voluntatem patris, & pietatem matris, vt in *l.filia 88.de solutionibus.*

Ratio decidendi. Mater hæc neque tutrix fuit, neque esse olim potuit, quia id munus virile est & masculorum, nisi à Principe specialiter hoc impetrasset *l.vlt. §.de tutel.* ideoque nec à prætore confirmari poterat, quia is demum tutor à prætore confirmandus est, qui aliquo saltem casu à testatore vtiliter dari potuisset. Itaque qui cum hac matre contraxerunt de re, quam ad pupillum pertinere sciebant, non possunt causari bonam fidem, cùm sciuerint aut scire debuerint matrem nullum ius administrationis habere posse *d. l. filia ad fin.* ideóque sibi debent imputare. Aliud igitur hodie est, postquàm placuit Iustiniano vt & mater & auia tutrix esse possit, non solùm testamentaria, sed etiá legitima & datiua. *Nouell.118.de heredibus ab intest.ven. cap.5.§.ex his autem. & Nouell.94. vt sine prohib. matr. debit.* Distinguendum enim est, non an qui cum ea contraxerunt, sciuerint eam esse pupilli, sed an sciuerint eam esse tutricem necne, vt si cum ea contraxerint, quam sciebant tutricem nō esse, idipsum obtineat, quod Papinianus respondit in hoc §. iuncta distinctione quam Claudius ad Scæuolam notauit in *d.l.filia.* Si verò tutricem esse putauerint, quod ea se pro tutrice gereret, atque ab omnibus vulgò pro tali haberetur, sic contraheret, sic ageret, sic conueniretur, succurrendum iis sit, vt eo saltem iure censeantur, quo censeri solent ij qui contrahunt bona fide cum protutore, quem tutorem esse arbitrantur. Quos placuit ipso iure liberari, si soluant ei qui pro tutore negotia gerebat, si modò pecunia in rem pupilli versa sit *l. debitores 28. eod titul.de solutionibus.* Planè si ponas contractum fuisse debitum ex stipulatione matris, quamuis stipulationi causam & materiam dederit alienatio bonorum filij, & hoc ipsum debitor sciuerit, si tamen mater soluendo sit, vt filio suo plenissimam indemnitatem præstare possit, dubitandum non est quin debitor liberetur, non solùm si mater se pro tutrice gerebat, qui casus longè minorem habet dubitationem, sed & si constabat nullum eam ius administrationis habere, vt in specie *dict. l.filia.* quia nihil hoc casu interest pupilli qui matrem habet vtiliter & efficaciter obligatam, interest autem creditoris vt liberetur per solutionem factam illi ipsi personæ, cui fuit obligatus, quæ præcipua ratio est responsi Scæuolæ in *dict. l.filiæ.* & notæ Claudij ad Scæuolam in postremis illis verbis, *Scilicet si mater soluendo non sit.* At quid si mater re vera tutrix aliquando fuerit, sed tamen eo tempore contraxerit, siue alienando res filij, siue debitas filio pecunias à debitoribus accipiendo, quo iam finita erat tutela per filij pubertatem? Certum est non magis posse hoc casu matrem filij nomine actiones vllas mouere, quàm si tutrix nunquam fuisset, licèt per errorem officij durans tutrix rerum administrationem retinuerit *l.tutores 39. in princ. de administration. tutor.* quia nemo potest agere sine actione *l. si pupilli 6. §. vltim. supr. hoc titulo.* actionem verò tanquam tutrix habere nullomodo potest ea, quæ tutrix re vera non est. Sed quod ad contractus cum ea gestos attinet, distinguendum sanè est, an qui cum ea contraxerunt, sciuerint finitam tempore tutelam esse, an ignorauerint. Si sciuerunt, idem iudicio meo iuris est, quod esset si mater tutrix nunquam fuisset, nec esse potuisset, quia non est in cuiusquā potestate, adeoq; nec in legis aut magistratus arbitrio, vt qui iam pubes est, habeat tutorem.

At si

At si nescierunt, nulla ratio est cur non perinde seruentur omnia, acsi verè tutrix adhuc fuisset, ne alioqui decipiantur qui bona fide cum ea contraxerunt, secuti etiam fidem publicam & autoritatē magistratus, à quo data ea tutrix, vel saltem confirmata fuerit. Nec enim potest mater tutrix esse, nisi autoritate magistratus interueniente. *Auth.matri & auiæ, & seq. Cod. quando mul. tutel. offic. fung. potest.* quod & in omnibus tutoribus obtinet, vt quantumuis ritè dati, tamen confirmādi sint ex eo pragmaticorum errore, quem nos refutauimus *Decad.1.cap.vlt.* Nisi fortè volumus imputare iis qui cū tutoribus quancunq; cōtrahunt, cur nō prius inquisierint diligenter in ætatem pupilli, vt scirent vtrum tutela finita esset pubertate, necne, quod tamē esset ridiculum, nec minùs à pupillorum, quàm ab eorum, qui cum ipsis contraherent, vtilitate alienum: nemine nisi cùm magna cunctatione cum tutoribus in posterum contracturo, exemplo eius quod scriptum est de minoribus in *l. ait prætor 7.* aliàs *leg. 4) sisine §. quæsitum. leg. quòd si minor 24.§.non semper de minor.* Vnde enim potest diuinare is qui contrahit cum eo quem scit ritè datum fuisse tutorem, & qui etiam tum pro tutore abomnibus habeatur, pupillum peruenisse ad pubertatem? arg. *l. 4. §. illa etiam. quæstio de dolo except.* Hoc verò cùm in iis omnibus verum est, qui quoquomodo tutoris personam in contrahendo bona fide sequuntur, tum in eo maximè qui soluit matri tāquam tutrici quod pupillo debuit. Semper enim benignius agitur cum eo qui soluit, quàm cum eo qui aliter contrahit, siue emendo, siue pecunias credendo, quia nec pupillo credere, nec ab eo quicquā emere necesse est, at æs alienum soluere est necesse. *d. l. quòd si minor 24. §. restitutio. de minoribus.* Idque indubitatius erit, si præterea illud concurrat, vt eadem mater stipulata fuerit tanquam tutrix, cui solutum fuit tanquam tutrici. Item vt sit soluendo. *d.l.filiæ.* Quid si etiam illud accedat, vt filius ipse pubes iam factus matrem adhuc pro tutrice agnoscat, tutricem eam fateatur, & se ab ea tanquam tutrice procuratorem fieri patiatur, ad exigendum quod mater ipsa siue tutorio siue proprio nomine siue vtroque fuerat stipulata? Non potest dubitari quin nihil possit imputare ei qui matri huic soluerit tanquam tutrici. Nam præter id quod alioqui decipere ipse potiùs quàm decipere tur, maximè si tam paruo tempore pupillarem ætatem excessisset, vt commodè ex aspectu posset quis adhuc eum impuberem existimare (nam & impubes procurator ad negotia fieri potest, sibique debet imputare qui talem elegit. *l. 3. §. vlt. de minorib. l. 1. §. quòd si impuberem. de acquir. poss.*) imputari etiam huic puberi potest cur non petierit sibi dari curatorem, cùm posset & deberet. *l. 5. §. si tutor. de administr. tutor.* Id enim est quod præcipuè fallit eos qui tutelam durare putant, si videant & nullum curatorem datū, & in tutelæ administratione adhuc perseuerare eum qui antea verus tutor fuerit. Sed & cùm non possit tutor post pubertatem durare in administratione rerum pupillarium inuito pupillo, apparet puberem hoc ipso quod sciens patitur matrem tanquam tutricem contrahere, ac solutionē accipere à debitoribus pupillaribus videri mandare ei vt contrahat, & solutionem accipiat. *leg. qui patitur 18. iunct. l. si remunerandi 6. §. si passus sim. infr. mandat. leg. semper qui non prohibet 60. de regulis iurss.* cùm nihil vetet puberem siue curatorem habeat siue non habeat, obligari ex mandato, vt & ex alia qualibet causa. *leg. puberes 101. de verborum obligation.* Quæ res facere debet vt qui soluit perinde liberetur ac si alij cuilibet vero procuratori, & ex mandato alterius cuiuslibet creditoris soluisset. *l. vero procuratori 12. de solutionib.* Sed iua minori in integrum restitutione, si eam pecuniam postea deperditam fuisse probet. *dict. leg. ait prætor. 7. §. sed etsi ei pecunia de minorib.* Sed perdidisse non videbitur, si eam iudicio mandati possit recuperare à matre, quæ procuratorem eum in rem suam constituit, id est, si mater sit soluendo. *leg. cum mandatis 23. eod.* adeóque à magistratibus, qui subsidiaria in factum actione tenentur. *l.1. & tot. titul. de magistratib. conueniend.* quasi mutato duntaxat debitore. Non enim sicut læditur minor qui partam ex causa iudicati persecutionem nouo contractu ad initium altetius petitionis redigit. *leg. minor 40. in princip. eodem.* ita potest dici læsus cùm mutauit debitorem, si posterior æquè idoneus sit ac prior. Nec tantùm contrario mandati iudicio agere contra matrem hic minor potest, sed etiam directa actione tutelæ, quia tutor qui post puberem ætatem pupilli in administratione cōnexa perseuerauit, tutelæ actione totius temporis rationem præstare cogitur. *l. tutor 11. Codic. arbitr. tutel. l. si tutor 13. & sequent. de tutel. & rat. distr.* vbi additur habere illum etiam actionem negotiorum gestorum, si tempore aliquo vel breuissimo intermissa fuerit administratio. In summa non potest deficere minori actio, cuius auxilio indemnitatem consequatur, quam tamen quandiu consequi potest, tandiu læsus non videtur, nec proinde aduersus solutionem sibi factam restituēdus, quia non sufficit minori probatio ætatis ad restitutionem impetrandam, nisi etiam probet se læsum. *l. verum 11. §. sciendum. dict. leg. quòd si minor 24. §. non semper. eod. tit. de minor. l. nam posteaquam 9. §. si minor. de iureiurand.* Quid verò si matri, quæ tanquam tutrix post pubertatem administrauit, & solutionem à debitoribus pupillaribus accepit, filius ipse heres extiterit? Hoc casu apertius est non esse audiendum minorem, quia hereditatem matris adeundo, non tantùm confusione sustulit & extinxit obligationem, quæ erat ei acquisita contra matrem, sed etiam soluisse sibi videtur, secúmque compensasse, siue mater soluendo, fuerit, siue non. *l. quæ dotis 33. solut. matrim. l. Stichum. aut Pamphilum 95. §. aditio. & sequentib. de solutionib.* Nec aliud est si viua matre extiterit heres fideiussori matris, qui ex matris gestione etiam post pubertatem facta potuerit æquè ac illa tutelæ iudicio conueniri. Tenentur enim fideiussores in id omne quod tutelæ iudicio continetur. *leg. quotiès 9. §. 1. de administration. tutor.* & consequenter perinde sibi soluisse videtur filius, qui fideiussori materno heres extitit, atque si matri ipsi heres extitisset, ideóque nec contra matrem postea volens agere audiendus est, multò minùs si contra debitorem restitui velit, siue ipsi matri solutio facta sit, siue ipsi puberi, & huic siue sponte, siue tāquam matris suæ veluti tutricis procuratori. Videtur enim hoc casu de præda magis quàm de damno solliciti us esse. *l. si minoris 25. ad fin. eodem. iuncta*

Et sanè cùm eo quoque casu quo minor adiuuandus est per in integrum restitutionẽ aduersus debitorem, qui bona fide matris tâquam tutricis per fonam secutus est, non possit effugere quominùs actiones omnes, quas contra matrem eiúsque fideiussores ex causa tutelę habuit, misero debitori iterum soluenti præstare compellatur. *d.l. si minoris. in fin.* (nisi tamen vltima eius legis verba sunt imperiti interpretis vt alibi monuimus.) iunct. *leg. in creditore* 38. *de euict. leg. mulier* 19. *qui potior. in pignor. hab.* quis non videt fieri non posse vt vllas actiones præstet is, qui siue matri suæ eidémque tutrici, siue fideiussori matris heres extitit? Vtique enim cogeretur eas præstare contra semetipsum, quod tamen fieri nullomodo potest. *l. ne cum filio familias* 16. *de furt.* Idque fiet euidentius, si ponas hunc cui minor heres exitit, non tantùm fuisse fideiussorẽ matris, sed etiã, quod plerumq; fit, contutorem, & quidem cum vulgari illa clausula, quæ prætermitti non solet, *quilibet in solidum.* Sicut enim duplici iure hic fideiussor idémque contutor matris tenebatur, ita filius qui ei successit, vtramque obligationem extinxisse dicendus est, tantóque magis sibi soluisse. Nec aliud erit si ponas filium hunc factum puberem, adeóque maiorem annis vigintiquinque de tutelæ rationibus cum matre transegisse, eique quicquid ex ea causa debuit acceptum tulisse. Nam & acceptilatio vice solutionis est. *leg. penult. de solutionibus.* cùm sit imaginaria solutio. §. 1. *Inst. quibus mo. dis tollitur obligatio*, & non magis hoc casu potest filius actiones vllas præstare debitori qui bona fide matri soluerat quàm si heres ei extitisset, cùm nullas ipse habeat, qui quas habebat facto suo amiserit per acceptilationem. Vtroque igitur casu repellendus est exceptione, vt nostri vocant, cedendarum actionum. Scio de illo etiam dubitari à plerisque; An aduersus solutionem ipsi verò tutori factam minor restitui possit ex *lege prima. Codic. si aduersus solut.* Sed alius ille tractatus est, de quo & iam satis multa scripsimus *libr.* 17. *Coniecturarum cap.* 1. & scribemus ad *dict. leg. aut prætor.* 7. *§. sed & si ea pecunia. infr. de minoribus.* Hoc tantùm addam, Extutorem qui post pubertatem perseuerat in tutelæ administratione, plus iuris habere ad solutionem accipiendam quàm protutorem aut falsum tutorem. Hodie præsertim, post quàm generali ferè locorum omnium consuetudine, præsertim tota Gallia & Germania, receptum est vt tutor, qui in connexa tutelæ administratione perseuerauit in annum vsque vicesimum quintum, si rationes priùs non reddiderit, tutelam retinere pristinúmque ius veri tutoris, quod ante pubertatem habuit, durare videatur. Sic enim *Andr. Gail. libro 2. practic. observation. capit.* 96. Quæ consuetudo quamuis iuris rationi non conueniat, ex eo tamen fluxisse videtur, quod iure nostro tametsi tutela finiatur pubertate, officium nihilominùs tutorum non nisi curatoribus constitutis finem accipit. *leg. à tutoribus* 33. §. 1. *de administratio. tutor.* aut saltem admonito pubere vt sibi petat curatorem, *dict. leg.* 5. *§. si tutor. eod.* aut petito ei per tutorem ipsum, si nolit pubes. petere. *l. admone* 7. *Cod. qui pet. tutor. vel curator* Finitur quidem etiam officium tutorum pubertate, si pubes velit etiam inuito tutore, aut si tutor velit etiam inuito pubere, quomodo accipi debet *l.* 1. *Cod. quando tutor vel curat. esse desi.* Sed non consentiat vt tutor perseueret in administratione Inde námque fit vt pubes, qui cùm posset petere curatorem, maluit pati tutorem suũ perseuerare in administratione tutelæ, hoc ipso videatur habuisse tutorẽ saltem pro curatore, cùm multò plus sit tutorem quàm curatorem esse. Vnde est quod & interdum tutoris appellatione curator quoque cõtinetur. Ergo quemadmodum solutio facta minori adhibito curatore liberat ipso iure debitorem, & absque metu restitutionis, maximè verò si curator sit soluendo. *dict. l.* 7. *§.* 1. *de minoribus.* Ita & solutio facta puberi ex autoritate tutoris perseuerantis in administratione nunquam redditis rationibus: præsertim si ea solutio fiat ex causa, quæ connexitatem aliquam habeat cum iis quæ gesta sunt in tutela. Hoc enim casu non solùm permittitur, sed etiam necesse est tutori finita quoque tutela petere ea omnia, sine quibus ratio tutelæ explicari non potest. *l. tutorem* 37. *§.* 1. *in fin. de administrat. tutor. dict. leg. si tutor* 13. *de tutel. & rat. distr. leg. vnic. Cod. vt cauſ. post puber. ad. tut.* Scripsimus ista paulò fusiùs, quia & quotidiana sunt, & pragmaticis nostris, si quando ex facto incidunt, malè vulgò intellecta.

a *Ius actoris periculo suo litium causa constituendi.* Verebar aliquando ne legendum esset, *nisi periculo suo*, vt sensus esset non habere matrẽ hanc ius constituendi actorẽ filij periculo, sed suo tantùm; quia si actor condemnetur, nil ea res nocebit filio, sed soli matri quæ actorem constituit. Sed puto voluisse Papinianum hoc potiùs significare, Nõ esse permittendum huic matri vt ad lites filij tractandas constituat actorem, nec si velit constituere periculo suo. Quomodo scriptum est in *leg. Pomponius scribit* 40. *§. vlt. sup. de procuratorib.* non esse permittendum coniuncto vt agat pro coniuncto inuito, nec si offerat de rato satisdationem. Ratio dubitandi. Potest mater etiam sine mandato agere pro filio siue pubere siue impubere, dummodò oblata cautione de rato, si contraria voluntas non sit filij, pro quo vult illa agere. *d. §. vlt. & l. sed. & hæ* 35. *eod. titul.* Ergo multò magis, aut saltem æquè facilè cõstituere actorem, præsertim periculo suo. Ratio decidendi, Faciliùs permittitur vt quis pro alio agat, quàm vt constituat actorem. Agere pro coniuncto potest quælibet persona coniuncta, non tamen fœmina causa cognita. *l. fœminas* 41. *eod.* Nam quod scriptum est in *dict. leg.* 35. *de parentibus*, non nisi de masculis intelligendum est. At constituere actorem soli tutores aut curatores possunt, quibus id permitti necesse ideò fuit, quòd cùm non sint domini, non habent ius constituendi procuratoris nisi post litem contestatam. *leg. neque tutores* 11. *C. de procur.* Mater igitur quæ filij sui tutrix non est, nec agere pro eo potest, nisi aliquo casu, & ita demũ si cauere velit de rato, nec actoris constituendi ius habet nõ magis quàm constituendi procuratoris, neque si periculo suo id facere velit, & oblata etiam cautione.

b *Nec ipsa filij nomine rectè agit.* s. tanquã tutrix & sine satisdatione. Nã si velit agere tanquã cõiuncta persona, & in eã rẽ satisdare de rato, audiẽda quãdoq; est. *d. l. sed & hæ* 35. *in pr. de procu.* sed causa cognita, i. si filius neq; tutorẽ, neq; aliũ habeat qui pro eo agat. *d. l. fœminas* 41. *eo.* iunct. *l. alienã* 18. *C. de procu.*

7 ¶ Vno

7 ¶ Vno defendente causam communis aquæ, sententia prædio datur[a]: sed qui sumptus necessarios probabiles in communi lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet.

Ad §. 7. Vno defendente.

Ratio dubitandi. Socius, qui aquam pro indiuiso communem defendit, causam habuit gerendi negotij communis propter partem suam, cùm res communis ita sit vniuscuiusque ex sociis vt nihil possit demonstrare suum quod non sit etiam alterius. *l. illud* 46. *de rit. nupt.* Vnde est quod quilibet ex sociis licèt non nisi partem habeat, potest tamen rem totam quadammodo suam dicere. *l.* 5. *§.* 1. *&* 2. *de leg.* 1. *& d. leg.* iunct. *leg. meritò.* 51. *pro socio. leg. item* 13. *§. si communem.* 36. *de inuit.* Ergo non potest agere negotiorum gestorum, sed debet agere communi diuidundo. *leg. heredes* 25 *§. non tantum.* ĩ *fin. fam. ercisc.* Atque neque communi diuidundo potest patrem sumptuum aliter recuperare quàm si probet se adi defendendam socij quoque partem plus erogasse quàm fuerat erogaturus si solam suam defendisset. *l. ex parte* 39 *fam. ercisc.* Ergo admisso etiã eo vt propter sumptuum reperenda possit competere actio negotiorum gestorum adhibenda est illa ipsa distinctio, quæ adhiberetur in actione communi diuidundo aut familiæ erciscundæ. Ratio decidendi. Potuit hic socius partem suam cõmunis aquæ, id est, seruitutis aquæ, ita defendere, vt tamen socij sui partem defendere non cogeretur. Etsi enim fuit aqua pro indiuiso communis vt non potuerit demõstrari quænam pars vnius esset, quænam alterius, pars tamen quæ vnius est ita est ipsius vt non sit alterius. *leg. Maximus.* 66. *§. duorum de legat.* 2. & quamuis seruitus per partes acquiri non possit, tamen per partes retineri potest. *l. vt pomum.* 8. *§.* 1. *de seruit. leg. si quis ædes.* 30. *§.* 1. *verban. præd. leg. vnus ex sociis* 34. *rustic. præd.* Ergo non potest ex hac causa competere actio communi diuidundo, sed competet negotiorum gestorum. *leg. si communes.* 40. ĩ. *hoc tit. leg.* 6. *§. sine autem. vers. cæterùm communi. d. eod.* Nec quæ distinctio adhibetur in actionibus communi diuidũdo, & Familiæ erciscundæ. An propter socij partem plus impensum sit necne, eadem potest adhuberi in actione negotiorum gestorum: quia cùm quis partem suam administrare aut defendere non potuit quin socij quoque partem administraret aut defenderet, nulla æquitas suadet vt eiusmodi impensarum pars restituatur, nisi sub ea distinctione si idcirco amplius erogatum esset quod socij quoque causa defensa esset. *d. leg. ex parte.* Cùm alioqui verum sit eum qui sumptus fecit, non in alienam, sed in suam rem fecisse, qui vtique pro parte sua defendenda tantundem fuerat impensurus. At cùm potuit socius partem suam sine parte socij administrare, semper verum est eum gerendo negotium commune, non minùs socij sui quàm suum negotium gessisse, & ideò repetionem habere debere patris sumptuum, tametsi non minùs pro parte sua defendenda fuisset erogaturus.

a *Sententia prædio datur.* Ponimus enim seruitutem hanc aquæ siue hauriendæ siue ducendæ fuisse debitam prædio. *leg.* 1. *§.* 1. *leg.* 2 *§.* 1 *&* 2. *de seruit. rustic. præd. non personæ vt in l. Mela.* 14. *§. vlt. de alim. l.*

32. IDEM libro 3. Responsorum.

Fideiussor imperitia lapsus, alterius quoque contractus, qui personam eius non contingebat, pignora vel hypothecas susceptit: & vtramque pecuniam creditori soluit, existimans indemnitati suæ, confusis prædiis, consuli posse: ob eas res iudicio mandati frustrà conuenietur, & ipse debitorem frustrà conueniet: negotiorum autem gestorum actio vtrique necessaria erit: in qua lite culpam æstimari satis est, non etiam casum: *quia prædo fideiussor non videtur*[a], creditor ob id factum ad restituendum iudicio, quod de pignore dato redditur[b], cùm videatur ius suum vendidisse, non tenebitur.

Ad l. Fideiussor 32.

Ratio dubitandi. Fideiussor qui rem pignoris iure obligatã à creditore emit, licèt id faciat quod alius quilibet facere posset accedens ad emptionem bona fide, non tamen habetur similis extraneo emptori. *l. si mandatu* 59. *§.* 1. ĩ. *mandat.* quia huiusmodi emptio transferendi pignoris causa necessitate iuris fieri solet. *leg.* 3. *C. plus valer. quod agit. l.* 2. *de distract. pignor.* ideóque rectè ei offertur, quamuis alij emptori offerri non posset. *leg. cùm secundus.* 5. *§.* 1. *eod.* iunct. *leg.* 2. *C. si antiq. credit. pign. vendit.* cogitúrque fideiussor fundum cum fructibus restituere si modò totum debitum cum vsuris ei offeratur in eámque rem mutuo comparata est actio mandati directa & contraria. *d. leg. si mandatu. §.* 1. Ergo & in proposito casu cùm fideiussor imperitia lapsus alterius quoque contractus qui personam eius non contingebat pignora vel hypothecas emendo suscepit, & vtramque pecuniam creditori qui vnus & idem erat exsoluit, existimans melius posse consuli suæ indemnitati confusis prædiis, id est, vno & confuso precio comparatis, æquè dicendum est iudicium mandati pro vtraque pecunia vtrimque competere, quoniam tametsi nullum mandatum intercesserit, quantum ad eam pecuniam, cuius emptor hic fideiussor non fuit, fideiussio tamen illa est quæ huic emptioni causam dedit. Nec enim laborandum habuisset de indemnitate consequenda si fideiussor non fuisset omnia porrò damna quæ fideiussor quasi fideiussor & propter fideiussionem sustinet veniunt in actionem mandati si fideiubendi mandatum præcessit: *l. si seruus. §. quod verò vers. iustissimè. de fiert.* Cúmque vno contractu per auctionem confusóque precio vtraque prædia & pignora emerit alterum sine altero non empturus, inconueniens sanè videtur vt quod ad vnum prædium locus sit iudicio mandati, quod ad alterum verò non item. *leg. cùm plures* 72. *de euict. leg. cùm eiusdem* 34. *in princip. & §.* 1. *& leg. de ædilit. edict. leg. si quis aliam* 46. *de solut.* Præsertim cùm non potuerit sibi acquirere pignora contractus qui cùm contingebat nisi soluta vtraque summa. *leg.* 2. *Codic. de fideiuss.* Illud sanè nullomodo admitti posse videtur, vt con-

petat hoc casu negotiorum gestorum actio, cùm fideiussor nullum habuerit animum gerendi negotij alieni, sed sui tantùm, & indemnitatis sibi parandæ, vt Papinianus hîc ponit. Ne quod re vera negotium debitoris sui gesserit etiam pro ea pecunia, pro qua non fideiusserat, actionem negotiorum gestorum inducere potest, cùm id fecerit imperitia lapsus, id est, per errorem non facti, quòd putaret se pro hac quoque summa fideiussorem esse (facti enim proprij esset hic error, ac proinde intolerabilis. *leg. quanquam 7. ad Senatusconſ. Velleia.* sed iuris), quòd putaret sibi ius esse tanquam fideiussori vnius contractus alterius quoque contractus, qui eum nõ contingebat, pignora emere, haberéque eodem iure vt non posset debitor actione mandati quædam recuperare, quin eodẽ vel saltem contrario vtrãq; summam pariter redderet, si vtraque pignora pariter & vno pretio emerentur: qui iuris error est. Itaque emit tanquam fideiussor, non tanquam alius quilibet, nec erat empturus, nisi se fideiussorem sciuisset; ac ius hoc fideiussori cuilibet competere credidisset. Ratio decidendi, Non potuit hic fideiussor tanquam fideiussor emere prædia obligata pro ea summa, cuius non erat fideiussor, nec ipsius imperitia mandati vice esse potest ad mandati actionem mutuò inducendam. Nemo enim per errorem suum, siue iuris, siue facti, aut rei veritatem aut corrũpere, aut actionis ex negotio cõpetentis qualitatem immutare potest: quia non nisi certis modis & legitimis nascuntur actiones, inter quos neque error, neque imperitia est. Necessaria igitur erit vtrinque negotiorum gestorum actio, de qua non potest dubitari quin cõpetat, quia licèt fideiussor gerendi negotij sui animum habuerit, tamen re vera gessit negotium solius sui debitoris, non suum, nascitur autem actio negotiorum gestorum ex ipsa gestione, quæ re vera fuit, nõ quæ opinione. *leg. 3. §. hæc autem actio. & §. hac actione. ſup. hoc tit.* Et præterea cùm negotium suum gerere se putauit, non eò minùs hoc ipso cogitauit de sui quoq; debitoris negotio gerendo. Voluit enim eum libertate in necessarium antece.lens acquirendorum sibi pignorum, cùm sciret non aliter posse si in ius creditoris succedere, quàm si pro debitore solueret, eáque pignora à creditore liberaret. Sublata igitur opinione fideiussoris quæ falsa fuit, atque ita deficiente mandati iudicio, superest causa gestionis vtilis, quæ actionem negotiorum gestorum inducit. arg. *leg. atquin 19. §. ſi libero. ſup. eod.* iunct. *l. cùm is 36. §. mulier. ff. de cond. indeb.* Aliud enim est cùm quis negotium suum ita gerere se putat, vt neminem sibi obligare velit, quo casu negotiorum gestorum actio ex gestione quamtumuis vtili non nascitur. *leg. in hoc iudicium 14. §. 1. verſic. diuerſum. & leg. ſi quis cum 29. infr. commun. diuid.* aliud verò cùm ita vult quis suum gerere, vt tamen sciat se in suo gerendo gerere quoque alienum, vt in specie huius legis. Sed non tenetur pignoratitia fideiussor sicuti teneretur ipse creditor, si pignus non vendidisset, cùm fideiussor ius creditoris emere voluerit? Respondeo non creditoris ius illud fuisse, quod potuit conueniri pignoratitia, sed fuisse ius debitoris quod eum potuit conuenire, priùs soluto quandocunque debito. Creditor autem vendendo pignus ius suum duntaxat voluit & potuit vendere, non ius debitoris sui. Quod aũt diximus nõ potuisse fideiussorẽ pignora contractus sui emere ad ea in se transferẽda, nisi soluta priùs vtraq; summa ex *d. l. 12. C. de fideiuſſ.* verum non est, nisi eo casu, quo eadẽ pignora pro alio quoq; debito sint obligata, quod in huius l. specie non euenerat.

a *Quia prædo fideiuſſor non videtur.* Ratio dubitandi. Error huius fideiussoris, siue facti sit, fortè quòd crediderit se pro vtraq; summa fideiussisse, intolerabilis est, cùm sit facti proprij, non alieni *d. l. quanquam 7. ad SC. Velleian.* iunct. *l. vlt. pro ſuo.* siue iuris sit, nullam excusationem meretur, cũ stulti sint qui in iure errant, siquidem potuerunt consulere peritiores. *l. regula 9. §. pen. de iur. & facti. igno.* Ergo etiam casum fideiussor hîc præstare debet, si fortè seruus, quem casu fideiussor emit, penes eum decesserit, cũ debeat sibi imputare, nec nouum sit vt in actione nego. gest. casum præstare gestor cogatur: Nimirum quoties culpa præcessit casum. *l. ſi negotia 11. l. debitor 13. vbi dixi. §. h. tit.* Ratio decidendi. Qui in iure errat stultus quidem est, sed tamen non est prædo, quia dolo caret. *l. ſed & ſi lege 25 §. ſcire in fi. de pet. her.* quia iuris ignorantia licèt prodesse nõ debeat, excusat tamen cùm agitur de damno vitando. *l. iuris ignorantia 7. & ſeq. de iur. & facti. ignor.*

b *Iudicio quod de pignore dato redditur.* id est, pignoratitia actione, qua post solutum debitum pignus reposcit is, qui dedit.

c *Non tenebitur.* Ratio dubitandi. Huiusmodi vẽditio, quam ponimus à creditore factam fideiussori, fit ex necessitate iuris, transferẽdi pignoris causa. *l. 2. de diſtract. pign.* Atqui translatio hæc nõ potuit fieri in personam fideiussoris, qui fideiussor non fuit quantum ad eam summam, pro qua fuerant data pignora quæ comparauit. Bona enim fides, quã fideiussor in omni cõtractu præstare debet, illa est, quæ ius hoc transferendi pignoris inducit. *leg. ſi mandatu 59. §. 1. mandat.* Ergo cessante illa translatione prorsus necesse est vt creditor pristinum ius suum retineat, quod non transtulit in fideiussorem, & consequenter, vt perinde possit conueniri pignoratitia actione, ac si cum fideiussore non contraxisset. Nec enim potest creditor, qui cum fideiussore cõtraxit, videri venditor sui iuris, si ille non fuit emptor, cùm non possit dici vendidisse debitori, cuius negotium non gerebat fideiussor, qui iuris imperitia labebatur. Nec rursus potuit creditor facto suo adimere pignoratitiam debitori. *l. Gramus 71. §. penult. de fideiuſſ.* nisi vendendo pignus sollenniter & efficaciter, id est, ita vt transtulisset in emptorem vel proprietatem, si fuisset extraneus emptor, vel saltẽ ius pignoris, si fuisset fideiussor, quorum tamen neutrum hîc factum est. Ratio decidendi, Videtur creditor ius suum vendidisse, vt Papinianus ait, nec potest pignus restituere, quod amplius non habet, neque repetere à fideiussore, à quo pecuniam accepit: neque rursus teneri ob id quod pignus vendiderit, cùm fecerit suo iure, nullaq; ipsius culpa sit, siue fideiussor emere voluerit quasi extraneus an quasi fideiussor, & siue imperitia aliqua lapsus sit, siue non. Nec enim debet imperitia fideiussoris nocere creditori, qui ius suum exercuit, quia non potuit cogi transferre ius pignorũ in fideiussorem, ne qui dẽ pro eo cõtractu in quo fideiussor interuenerat, nisi priùs soluto omni eo quod ex quacunq; causa ei debebatur. *l. 2. C. de fideiuſſ.* iunct. *leg. 2. C. debit. vend. pig. imp. non poſſ.* non ait

poſſ. Nõ ait Papinianus creditorẽ pignus vendidisse: Non enim re vera vendidit, neque fideiussori tanquam extraneo, quia noluit ille emere tanquam extraneus, sed tanquam fideiussor, neque tanquam fideiussori, quia licèt in eo consenserint non potuit tamen tanquam fideiussor pignus emere datum pro ea summa pro qua non fideiusserat, nec denique tanquam gerenti rem, & negotium debitoris, quia neque potuisset debitor rem suam emere aut alius quisquam eius nomine *l. ſuæ rei 16. de contr. empt.* neque id agebatur vt debitum solueretur & pignoris vinculum tolleretur, quamuis possit quilibet id facere pro debitore non solùm ignorante, sed etiam inuito *l. ſoluendo 39. ff. hoc tit. l. Paulus 12. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* At potius è contrario vt ius pignoris duraret ac in fideiussorem transferretur aduersus debitorem ipsum, vtque pecunia quæ numerabatur precium esset nummis quod emebatur *l. cùm is 36. de fideiuſſ. l. Modeſtinus 76. de ſolut. l. cùm pupillus. 21. de tutel. & rat. diſtr.* Videtur tamen creditor ius suum vendidisse quia vendere & voluit & potuit, parúmque ipsius interfuit cum pecuniam sibi debitam acciperet vtrùm fideiussor emeret tanquam fideiussor an quasi extraneus, & an imperitia laberetur nécne vt iam dixi. Denique nullum ius pignoris aut debiti potest superesse creditori, qui & omnem pecuniam sibi debitam accepit tanquam à debitoris fideiussore, & accipiendo id egit vt omne ius suum à se abdicaret. Et ob id nimirum dicimus fideiussorem hunc vtiliter gessisse negotium debitoris, natámque inter eos mutuam actionem negotiorum gestorum, quod vtique falsum esset si debitor etiam post eam solutionem obligatus maneret. Quamuis enim solutio fit facta eo proposito vt debitorem fideiussori obligare iudicio mandati ad totius quantitatis solutæ restitutionem, non vt eum liberaret, cùm tamen non possit fideiussori prodesse eo modo quo agebatur vt prodesset, necesse est vt prosit debitori ac si facta esset ab extraneo quolibet, qui neque fideiussor fuisset, neque tanquam fideiussor soluisset. Nec in eo quicquam fit contra fideiussoris voluntatem quam talem esse necesse est, quoties vult ille contra debitorem agere contraria negotiorum gestorum. Sed & cùm patitur se conuenirí à debitore eadem sed directa negotiorum gestorum actione expediti ei, vt solutionem à se factam imputet commodo debitoris. Ne alioqui non solùm actionem contrariam sibi adimat quam aduersus eum habet, sed & doli exceptionem si fortè saluis adhuc pignoribus per directam rei vindicationem ad eorum restitutionem vrgeatur. Quid enim facit dolo debitor qui rem suam vindicat non oblata fideiussori ea quantitate quam debitoris nomine nec soluerit fideiussor, nec solutam etiamnum velit?

1 ¶ Ignorante virgine, mater à sponso filiæ res donatas suscepit. quia mandati, vel depositi cessat[a] actio: negotiorum gestorum agitur.

Ad §. 1. Ignorante.

Ratio dubitandi. Non potuit valere donatio collata in virginem nisi ea sciente & liberalitatem agnoscente siue ponas factam esse donationem per stipulationem siue per traditionem. *l. Aſſenti. 10. ff. de donat.* Ergo rem donatam filiæ à sponso non potest mater accipere quin vel mandati obligetur, vel depositi. Mandati, si mandauerit ei filia, vt acciperet, depositi si post traditionem ipsi filiæ factam ea res matri data sit custodienda, vt & in *leg. die ſponſalitorum 25. ff. depoſ.* Ratio decidendi. Nemo ignorans mandat quicquam aut deponit: Vtrumque enim consensum ac proinde scientiam requirit. Atqui in proposita specie virgo ignorauerat susceptas fuisse res à matre, vt Papinianus ponit. Ergo neque mandati actio neque depositi locum habere potest. Aliáque species est, quæ ab eodem Papin. proponitur *d. l. die*, vbi scriptum est res oblatas fuisse puellæ quæ sui iuris erat, & à patre susceptas, præsente scilicet & consentiente filia, quæ præsentia, qui consensus potest sufficere ad inducendã actionem non solùm mãdati, de qua minùs dubitari poterat cùm patientia scientis & præsentis vt plurimùm sit pro mandato. *l. qui patitur 18. & leg. ſi pro te 40. mandat.* sed etiam depositi, quasi breui manu re tradita puellæ, à donatore, deinde à puella patri vt in causam depositi eas haberet. Idẽ enim sæpe peruenit vt celeritate cõiungendarum actionũ vna occulteturr *l. 3. §. pen. de don. int. vir. & vx. l. ſingularia 15. de reb. cred. l. qui mihi 13. de donat.* At cùm filia ignorauit non quidẽ donationẽ sibi factã, sed traditionẽ rei donatæ factã matri, multò magis si & donationẽ ignorauit, nõ potest videri acquisiuisse dominiũ rei donatæ, quia nec donatio perfecta intelligitur, si respicias rationẽ iuris veteris quę Papiniani temporibus obtinebat ante Iustin. constitutionem in *l. ſi quis argentum 36. §. pen. C. de dona.* Nam nec si procurator meus rem aliquam mihi emerit ex mandato meo acquiretur tamen ignoranti mihi proprietas nisi ei tradita sit meo nomine *l. ſi procurator 13. de acq. rer. dom.* Ergo in proposito casu etiasi res donata filiæ, siue scienti, siue ignoranti, tradita sit ea ignorante matri nomine ipsius filiæ non potest tamen dominium acquiri filiæ, priusquam traditionem suo nomine factam matri ratam habuerit, quod fiet si agat negotiorum gestorum. Gessit enim eius negotium mater quæ filiæ suæ nomine sibi traditam rem accepit, vt donatio perficeretur, quæ sine traditione perfici nõ poterat nulla interueniente stipulatione. Nihil siquidem interest an res donata tradatur ipsi donatario an alteri eius nomine siue mãdatum aliquod habenti, siue nullum, dũmodo ratihabitio donatarij sequatur *d. l. abſenti.*

a *Quia mandati vel depoſiti ceſſat.* Hæc ratio ostendit negotiorum gestorum actionẽ esse subsidiariã nec competere quoties alienum negotium vtiliter gestum est ex ea causa competat aliqua ciuilis actio, putà mandati aut depositi, aut tutelæ, aut familiæ erciscundæ vel communi diuidundo, sed eò demum casu quo & negotia quis aliena gesserit & aliam actionem ciuilem nullam habeat vt consulat sue indemnitati. Nam actio negotiorũ gestorum est prætoria *l. 3. in pr. ff.* vix autem est vt excepta actione iniuriarum vlla actio sit prætoria, quæ pro eodẽ negotio possit cõcurrere cũ actione ciuili: Semper. n. digniores sunt ciuiles actiones prætoriis. Illud sanè omnimodo semper requiritur vt qui aliena negotia gessit, aliquem sibi obligare voluerit. Alioquin tentionem tantùm habebit non actionẽ *l. in hoc iudicium 14. §. 1. in fin. l. ſi quis cùm 25. commun. diuidund.*

33. IDEM lib.10.Responsorum.

HEres viri defuncti vxorem,quæ res viri,tempore nuptiarum, in sua potestate habuit, compilatæ hereditatis postulare non debet: prudentius itaque faciet:si ad exhibendum [a],& negotiorum gestorum [b],si negotia quoque viri gessit,cum ea fuerit exp ertus.

Ad l.Heres 33.

Ratio dubitandi. Vxor expilatæ hereditatis crimine idcirco nõ tenetur,quia nec furti cum ea agitur.*l pen.* ff. *de crimen.expil.hered.l.*4.*C.eod.*Explicatę enim hereditatis crimen loco deficientis actionis furti introductam esse constat.*l.vlt.eod.*cùm rei hereditariæ furtum fieri non possit.*l.vlt.*ff.*eod.ill.tit.l.* 1. *9.Scæuola.si is qui testam.lib.esse iuss.est.*Ideò autem furti non agitur contra vxorem, siue quòd furtum non faciat, vt Nerua & Cassius dicebant,quia vitæ societas eam quodammodo faciat dominam, siue quòd furtum quidem faciat marito, vt filia patri si Sabino & Proculo credimus, sed in honorem matrimonij turpis actio deneganda sit aduersus vxorem quæ res mariti malo animo contractauit durante matrimonio. *l.* 1. & 2. *rer.amot.*& ideò si post diuortium easdem res contractaret,etiam furti teneretur, quemadmodum si ei cui heredes sumus furtum fecisset,aut nobis antequàm nuberet. *l.*3. *in pr.& §.sed & cum vxore. eod. tit.* vbi quod additur tamen propter reuerentiam personarum, vtroque casu furtiuam tantùm condicionem, non etiam furti actionem competere, proculdubio Triboniani est,vt ad eum locum dicemus. Nam & de expilatæ hereditatis crimine posset conueniri nouerca à priuigno herede aui, cuius hereditatem nouerca eadémque priuigna expilasset.*l.*3.*C.de crim. expil. her.* Atqui nulla ex his rationibus locum habet quantum ad eas res viri quas vxor nuptiarum tempore,id est,iam ante nuptias possidebat.Nec enim eas cœpit contrectare constante matrimonio, sed & ante contractum & post solutum matrimonium. Ergo quamuis actio furti non possit locum habere contra vxorem,neque ob contrectationem quæ nuptias præcesserat, cùm furandi animus eo tempore defuisset, neque ob contrectationem factam post mortem viri, quia cùm res factæ hereditariæ desierint furto subripi posse, nihil tamen vetat agi expilatæ hereditatis,perinde contra eam quæ vxor fuit,atque contra alium furem quemlibet. Nullus enim fauor mulieris est, nisi in iis rebus quas contrectare cœpit constãte matrimonio.Ratio decidendi.Contrectatio post mortem viri facta earum rerum quas mulier tempore nuptiarum iam possidebat,& constãte matrimonio semper penes se habuit sicuti non potest inducere actionẽ furti, ita neque accusationem expilatæ hereditatis,quia non fuerit illæ res subtractæ ex hereditate cum essent penes vxorem antequàm vlla esset hereditas, nec posset hac de causa furtum dici factum hereditati etiam admisso eo quod furtũ hereditati fieri posset. Ergo quemadmodum si furtum posset fieri hereditati,nõ cò magis tamen furti actio hereditati cõpeteret ita & posito sic iure vt furtum hereditati fieri nequeat, nullus accusationi expilatæ hereditas locus relinquitur,tametsi &furandi animum mulier habeat,& res defuncti mariti quas retinet facta sint hereditariæ. Mallem tamen Papinianum intelligere de ea vxore, quæ res illas non contrectasset soluti matrimonio, sed tantùm penes se animo furandi retinuisset.Difficile enim est vt posterior contrectatio non sit sufficiens ad inducendum expilatæ hereditatis crimen,quæ sufficiens esset ad inducendam actionem furti si adita hereditas proponeretur. *d.l.* 3.*in princip.rer.amot.*

a *Ad exhibendum.* Quæ actio cùm propter vindicationes potiss.mùm sit introducta competit maximè domino.*l.*1. ff. *ad exhib.* Competit tamen etiam aliis omnibus quorum ex aliqua iusta & honesta causa interest rem exhiberi *g.*3.*§ sciendum. eod.* Competet igitur & in proposito casu heredi viri, quamuis res illæ nunquam fuerint mariti, si modò possit docere, ex qua alia causa intereſſe sua, vt exhibeantur.

b *Et negotiorum gestorum.* Non de rebus mariti quas penes se retinet pro quibus sola competit actio ad exhibendum,sed si negotia quoq; viri gesserit, siue ante,siue post matrimonium,siue constante matrimonio. Nam præter id quod in dubio non est credenda mulier deprædandi animo negotia mariti sui,siue viui, siue mortui inuasisse, illud etiam constat prædonem quoq; nihilominùs, imò tantò magis teneri huiusmodi actione negotiorum gestorum.*l.si pupilli* 6.*§.sed & si quis.*3.*hoc tit.*

34. PAVLVS lib.1.Quæstionum.

NEsennius Apollinaris Iulio Paulo Salutem: Auia nepotis sui negotia gessit. defunctis vtriusque auiæ heredes conueniebantur à nepotis heredibus negotiorum gestorum actione. Reputabant heredes auiæ alimenta præstita nepoti. Respondebatur,auiam iure pietatis de suo præstitisse: nec enim aut desiderasse, vt decernerentur alimenta, aut decreta essent. præterea constitutum esse dicebatur, vt si mater aluisset,non posset alimenta, quæ pietate cogente de suo præstitisset, repetere. Ex contrario dicebatur, tunc hoc rectè dici, vt de suo aluisse mater probaretur: at in proposito auiam, quæ negotia administrabat, verisimile esse de re ipsius nepotis eum aluisse tractatum est, numquid vtróque patrimonio erogata videantur? quæro quid tibi iustius videatur. Respondi: Hæc disceptatio in factum constitit. Nam & illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuò obseruandum. Quid enim, si etiam protestata est [b], se filium ideò alere, vt aut ipsum, aut tutores eius conueniret? pone peregre patrem eius obisse: & ma-

trem,dum in patriam reuertitur,tam filium, quàm familiam eius exhibuisse, in qua specie etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem Diuus Pius Antoninus constituit. Igitur in re facti [c] facilius putabo auiam, vel heredes eius audiendos [d], si putare velint alimenta: maximè si etiam in rationem impensarum ea retulisse, auiam apparebit [e]. ¶ Illud nequaquam admittendum puto, vt de vtróque patrimonio erogata videantur.

Ad l.Nesennius 34.

Rationes dubitandi & decidendi positæ sunt in textu. Et vt Paulus ait quæstio huius legis facti magis est quàm iuris. Ratio dubitãdi duplex.Prima in illis verbis.*Nec enim aut desiderasse vt decernerẽtur alimenta aut decreta esse,*sic enim lego non *essent.* Altera in illis *præterea constitutum esse dicebatur.* Ratio decidendi in illis *tunc hoc rectè dici cùm de suo aluisse mater probaretur.*Nã & hîc lego *cùm* pro *vt.*De suo autem mater filium aluisse probatur quoties bonorum eius administrationem non habuit vt in *l.*1. *l.alimenta.* 11. *C. hoc tit.* At cùm habuit administrationem vt in specie proposita,non à lege aut à magistratu (*nec enim Pauli temporibus mater aut auia tutrix esse poterat nisi ex rescripto Principis. l. vlt.de tutel.*) sed quia impuberis negotia gessit verisimilius est eam de re impuberis potiùs quàm de suo ipsum aluisse.Alimenta igitur reputare pupillo poterit sicut & alius tutor quilibet posset. Semper enim probatio incumbit pupillo quòd alimenta sibi aliunde quàm ex proprio patrimonio præstita sint si eorum reputationem pati nolit. *l.*2. *C. de alim.pupil.præst.*

a *Sic etiam protestata est.*Ratio dubitandi.Protestatio actui contraria inutilis est,quoniam factaverbis præualent.*l.fiunt quæstionis* 24.*l.duo fratres* 78.*de acquir. hered.* Atqui protestatio est contraria actui cùm mater protestatur se nolle alimenta impuberi præstare de suo,& tamen præstat de suo. Ergo nullius momenti est protestatio. Ratio decidendi, In iis quæ alia atque alia mente fieri possunt protestatio semper prodest ad animi motum declarandum, qui melius sanè declarari aliter non potest, ideóque conseruatiuis protestantis ne lædatur ex eo actu ex quo alioqui læderetur.*leg. pro herede* 20. §.1.*eod.tit.*iunge.*l.si paterno.*15.*C.hoc tit.*

b *In qua specie etiam in ipsum pupillum.* Ratio dubitandi.Neque protestatio hîc vlla præcessit,neque de bonis filij alimenta hoc casu præstita sunt cùm bonorum pupillarium administrationem mater non haberet.Ergo hac in specie videtur mater alimenta quæ de suo præstitit,intuitu pietatis præstitisse non animo repetendi.

Ratio decidendi, Apparet fuisse præstita pupillo alimenta, ex necessitate & per occasionem itineris, quod longiorem moram non patiebatur quæ fuisset necessaria ad explicandam pecuniam si ea ex bonis pupilli fuisset depromenda. Non ergo potest ex ea prorogatione quam mater fecerit argumentum sumi,quòd alimenta illa erogauerit animo donandi & intuitu pietatis: Ideóque tenetur pupillus actione negotiorum gestorum ea reddere tanquam locupletior factus ex rescripto illo Diui Pij de quo in *leg.*3.§. *pupillus,& leg.* 6. *in princip. supra hoc tit.*

c *In re facti.* Id est, in dubia facti quæstione si non apparebit an de suo mater aut auia filio alimenta præstare voluerit an verò ex patrimonio filij cuius negotia gessit, aut cui alimenta etiam de suo prorogare debuerit, ne ipsius filij vtilitates impedirentur. Facti enim hæc quæstio est *l. vtrùm* 47. *de donat. inter vir. & vxor.* vbi etiam additur coniecturam huius rei ex modo & genere impensæ non difficilem esse.

d *Heredes eius audiendos.*Ratio dubitandi,Non est permittendum heredi vt reuocet liberalitatem quam defunctus ipse non reuocauit, ne si reuocare potuit *leg.cùm hic §.*32. *§. aut oratio. leg. vir vsuras* 54. *de donat.int. vir. & vxor.* Neque enim nouum est vt minùs iuris habeat heres quàm habuerit defunctus, sicut è contrario interdum plus habere potest. *leg.si per imprudentiam* 51. *§. non minus de euict.*Ergo quamuis potuerit mater aut auia imputare pupillo sumptus à se erogatos,non est tamen bona consecutio vt si viua id non fecerit heres eius idem facere possit.

Ratio decidẽdi.Heres succedit in omne ius defuncti,& ideò quemadmodum ex alia persona conuenitur hic actione negotiorum gestorum, ita & ex eiusdem persona reputare pupillo eosdem sumptus alimentorum quos posset illa reputare si viueret & conueniretur. Aliáque ratio est libertatis quam reuouare defunctus poterat nec voluit. Iam enim diximus non videri auiam donandi animo alimenta nepoti suo impuberi præstitisse, sed potiùs ex rerum ipsius administratione quam habebat. Est enim semper odiosa donationis præsumptio vulg. *leg. cùm de indebito* 25. *de probat.* etiam inter personas coniunctas nec prohibitas aut suspectas, vt vel ex hoc maximè loco constat, nisi aliquibus coniecturis adiuuetur, vt in *l. Procula* 29.*eod. leg. cùm quidam* 17. *§. Diuus Pius.de vsur.d.leg.virum* 47. *de donat.inter virum & vxor.*

e *Si etiam in rationem impensarum eam retulisse auiam apparebit.* Ratio dubitandi, Defuncti rationes quæ in bonis eius inueniuntur ad probationem sibi debitæ quantitatis solas sufficere non posse certum est.*l. rationes.* 6. *cùm leg. præced.C. de probat.* Nec rursus potest nuda ratio facere quemquam debitorem, adeóque nec donatorem, vt putà quod donare libero homini volumus, licèt referamus in rationes nostras debere nos, nulla tamen donatio esse intelligitur. *l. nuda ratio* 26. *de donat.* Ergo nihil potest referre an auia in rationem impensarum alimenta pupillo à se præstita retulerit, necne, neque ex auiæ rationibus potest argumentum sumi aut pro auia aut pro pupillo. Ratio dec.Nõ est nuda ratio auiæ quæ pupillum facit debitorem, sed erogatio de qua constat in causam alimentorum.Rationum autem inspectio prodest ad sumendam coniecturam voluntatis auiæ. Nam in quæstionibus facti & voluntatis multum possunt coniecturæ.*l cùm proponebatur* 64.*de leg.*2.*l. non omnes* 5.*§.à barbaris.de re milit.*

a *Vt de vtroque patrimonio erogata videantur.* Ratio dubitandi. In dubiis quæstionibus placere solet media sententia. § *cùm ex altera* 31. *Institut. de rer. diuis. l. eg. adeò* 7. *§. cùm quis. de acquir. rer. dom.* Quippe quæ temperamentum adhibeat, ne in vtramuis partem grauiùs peccetur. Quæres olim dedit originem sectæ Ercisicundorum, qui sic ideò dicebantur, quòd controuersas aliorum opiniones diuidere solerent, mediam sententiam inducendo, quæ in neutram partem declinaret. Ergo cùm dubia hæc quæstio occurrit, An auia de suo, an de nepotis patrimonio præstiterit ei alimenta, probabilior videri debet ea sententia, vt de vtróque patrimonio erogata videantur. Per quam nimirum fiet vt neque auiæ, neque pupillo tanta iniuria fiat, quanta alterutri posset fieri, si quis aut pro auia aut pro pupillo absolutè responderet.

Ratio decidendi, Sequenda est media sententia, cùm plus habet æquitatis, & nihil incommodi, vt in *dict. §. cùm quis.* At in proposita specie absurdum esset dicere alimenta de vtróque patrimonio fuisse erogata. Nam aut donandi voluntatem habuit auia, aut non habuit. Si habuit, nihil est quod de pupilli patrimonio erogatum videri possit. Si non habuit, nihil est quod de suo præstitisse videatur. Alterutrum porrò necessarium est, nec debet invna eadémque re induci diuisio voluntatis. *l. eum qui* 18. *§. vlt. de his quæ vt indign.* Solet tamen huic Pauli sententiæ opponi quod Vlpianus scribit in *leg. sed & si* 25. *§. adeò. de pet. hered.* sumptus à bonæ fidei possessore factos aliquãdo ex vtróque patrimonio factos intelligi. Sed Triboniani est totus ille locus, non Vlpiani, vt ad eum docebimus, & iam ostendimus *lib.* 20. *Conuen.*

35. SCAEVOLA lib. 1. Quæstionum.

DIuortio facto, negotia vxoris gessit maritus. dos non solùm dotis actione, verùm negotiorum gestorum seruari potest[a]. Hæc ita si in negotiis gestis maritus, dum gerit, facere potuit[b]: aliàs enim imputari non potest, quod à se non exegerit. Sed & posteaquam patrimonium amiserit, plena erit negotiorum gestorum actio[c]: quamuis si dotis actione maritus conueniatur, absoluendus est Sed hic quidam modus seruandus est: vt ita querelæ locus fit, *quantum facere potuit, quamuis postea amiserit*: si illo tempore ei soluere potuit: nõ enim è vestigio in officio deliquit[d], si non protinus res suas distraxit ad pecuniam redigendam. præterire denique aliquid temporis debebit, quo cessasse videatur. quod si interea, priùs quàm officium impleat[e], res amissa est: perinde negotiorum gestorum non tenetur, ac si nunquam facere possit. Sed & si facere possit maritus[f], actio negotiorum gestorum inducitur: quia fortè periculum est, ne facere desinat.

Ad l. Diuortio 35.

a *Dos non solùm dotis actione, verùm negotiorum gestorum seruare potest.* Ratio dubitandi, Negotiorum gestorum actio cùm sit prætoria, nunquã concurrit cum actione ciuili, vt dixi ad *l. fideiussor* 32. *§. vlt. sup. eod.* Atqui dotis actio est ciuilis, vt notissimi iuris est. Ergo dos quæ actione propria de dote peti potest, nõ debet nec potest peti actione negotiorum gestorum.

Ratio decidendi, Competit hoc casu vtráque actio, sed ex diuersa causa & ad diuersos fines. Dotis enim actio competit ad dotis solutionem, quasi ea nondum exacta & soluta sit. Actio autem negotiorum gestorum ad eandem quidem dotem, sed quasi iam exactam & solutam, quod eam maritus negotia vxoris gerens à seipso exigere sibique soluere debuerit. *l. 6. §. vlt. leg. debitori* 19. *sup. hoc tit. leg.* 38. *infr.* Dotis actio nascitur ex vera numeratione quam mulier fecit aut alius muliere nomine. *leg. prima. Codic. de dot. caut. non numer.* Negotiorum verò gestorum ex ipsa gestione, & ex ficta illa solutione quam maritum quasi maritus sibi ipsi quasi gestori fecisse creditur, quia facere debuit.

b *Si maritus, dum gerit, facere potuit.* Sic lego sublatis illis verbis *in negotiis gestis*, quæ in Pand. Flor. sunt intercluſa lineis tanquam irreptitia, quæ sanè essent hic non modò superflua, sed etiã nullius sensus. Ratio dubitandi, Agitur duriùs cùm negotiorum gestore, qui sibi ipsi soluere debuit, & secum agere quàm si à creditore cõueniretur, vt ex eo apparet quod non posset ab alio conueniri sine actione. à seipso autem potuit. *dict. leg. 6. §. vlt. sup. leg. quoties* 9. *§. & generaliter de administrat. tutor.* Ergo quamuis maritus si ab vxore conueniretur, haberet priuilegium, ne condemnari deberet supra quam facere posset. *leg. maritum* 12. *solut. matri.* non idem tamen priuilegium habere debet, cùm seipsum cõuenit, quia nec priuilegij ratio locũ habet hoc casu, cùm nullam ipse sibi reuerentiam debeat, quam vxor ei debet. neque exceptio ista aut alia vlla locum habere potest, vbi nulla est actio. Ratio decidendi, In eo solo durior est conditio negotiorum gestoris, quod contra seipsum agere & potuit & debuit sine actione. Sed in cæteris omnibus eodem iure censeri debet, quo si conueniretur. Siquidem non potuit nec debuit conuenire seipsum, nisi ex persona vxoris, quæ porrò non fuerat eum condemnatura, nisi in quantùm facere potuisset. *d. l. maritum. leg. non tantùm* 20. *leg. etsi fideiussor* 24. *§. 1. de re iudi.* Proinde si quo tẽpore maritus negotia vxoris gessit, hoc est, facto iam dinortio fuit ille non soluendo deducto ne egeret, non potest ei imputari quòd à se non exegerit, vt Paulus ait. Iunge *leg. in condemnatione* 173. *in pr. de reg. iur.*

c *Plena erit negotiorum gestorum actio.* id est, dabitur in solidum contra maritum, & supra quàm facere posset non deducto ne egeat, in eóque diuersa ratio est actionis de dote, in qua absoluendus est maritus si facere non possit. Ratio dubitandi. Non tantùm dotis nomine maritus in quantum facere possit, condemnatur, sed ex aliis quoq; contractibus ab vxore iudicio conuentus in quantum facere potest, condemnandus est ex Diui Pij constitutione. *d. l. non tantùm* 20. *de re iudic.* Ergo non

non magis negotiorum gestorum quàm dotis actio plena esse potest contra maritum. Ratio decidendi Priuilegium illud habet maritus quoties cõuenitur ex contractu inito cum vxore, siue ante matrimoniũ, siue constante matrimonio non etiã si conueniatur ex contractu post diuortium facto. Nullam enim sibi reuerentiam debent huiusmodi personæ ob ea quæ post diuortiũ inter eos gerũtur, vt ex eo constat, quod mulier tenetur furti & cõdicione furtiua, si res mariti contrectet animo furãdi post diuortium, vt dixi ad *l. 33. §. ex l. 3. in princ. rer. amot.* Sed & potest separari causa contractuũ, de quibus solis agitur in *d. l. non tantùm* à quasi contractu qui ex ipsa gestione inducitur, & consequenter cęteræ actiones ex contractibus descendentes ab actione negotiorum gestorum. Nam si quando mulier contrahat cum eo qui maritus fuit, sequitur fidem & personam ipsius, nec eum habet pro inimico: sed cùm maritus post diuortium gerit negotia vxoris ignorantis, mulier in eum incidit, ideóque iniquum esset beneficium si quod aduersus eam marito concederetur ob ea quæ vltro gessit in rebus vxoris iã factus per diuortium inimicus ipsius. Simili ferè ratiocinatione Papin. vtitur in *l. vlt. rem pupilli salu. for.*

d *Non enim è vestigio in officio deliquit.* Ratio dubitãdi. Negotiorum gestor diligentiam præstare debet talem qualem diligens paterfamilias rebus suis præstare solet *l. 6. §. vlt. ff. hoc tit* Atqui diligentis patrisfamilias est exigere quàm primùm debitas sibi pecunias, maximè vbi metus subest ne debitor fiat non soluendo, quoniam alioqui amittit actionem in effectu qui incipit habere inopem & inanem debitorem *l. nam is 6. de dolo.* Ergo maritus qui vxoris negotia gerens scit & videt se labi facultatibus, nihil antiquius habere debet quàm vt protinus res suas distrahat ad pecuniam redigendam, quam postea vxori soluat.

Ratio decidendi. Debet quidem diligentiam in eo summam præstare. Sed latiùs & ἐν ἀκλάτει accipi hoc debet, & cum quodam temperamto *l. quod dicimus* 105. *de solut.* id est, cum quodam spatio temporis, nec minimo, nec maximo, & quod magis intellectu percipi, quàm elocutione exprimi possit. *l. quo enim* 12. *§. Iulianus rat. rem haber.* Nemo enim præcipitandus est, vt quid faciat, cùm iudicio & concilio maturo fieri omnia legislator velit *leg. & quia 6. de interrog. in iur. fac. leg. si extraneus* 33. *de iur. dot.* Est igitur hoc tempus non decem dierum, vt quidam volunt, ex *leg. promissor* 21. *§. 1. de const. pecun.* sed arbitrio iudicis pro personarum qualitate, & summæ debitæ quantitate æstimandum *d. §. Iulianus.* iunct. *l. Nepos Proculo* 125. *de verborum signific.*

e *Priusquàm officium impleat.* Noli intelligere *Priusquàm negotia quæ gerere cœpit, absoluerit*, sed acsi scriptum esset, *priusquàm vxoris negotia gerere cœperit.* Tunc enim amici officium implet qui absentis negotia gerit, cùm accedit ad gestionem, vt ea gerat ex bona fide, sicut & eo ipso instanti videtur quasi contrahere cum absente, non quando negotia iam gessit.

Ratio dubitandi. Imputari potest marito qui iam rem suam amisit, cur vxoris negotia gerere cœperit. Vix enim est, vt absentis intersit geri negotia per eum qui iam desierit esse soluendo, & quem non nisi frustrà habiturus sit obligatum *d. l. nam is. 6. de dolo.* Ergo maritus pauper qui quoniam facere non potest actione de dote conueniri nequit, tantò magis teneri debet actione negotiorum gestorum, vt aliqua saltem via mulier suum consequatur. Ratio decidendi. Negotiorum gestio, facere nõ potest, vt imputari queat marito cur dotem à seipso non exegerit si iam facere non poterat prius quã gerere inciperet: cùm iam ipso gestionis tẽpore fuerit locus priuilegio, quod nõ debuit maritus amittere ob id solũ quod vxoris negotio amici animo gerere cœperit, cũ in eo amici officiũ impleuerit, maximè si in tota illa gestione bonã fidem & quam debuit diligentiã præstiterit. Nõ enim sola paupertas suspectũ eũ aut minus fidelẽ facere potuit *l. suspectum* 8. *de suspect. tutor* nec in alienorum negotiorum gestore opulentia, sed fides tantum & diligẽtia exigitur.

f *Sed etsi facere possit maritus.* Ratio dubitãdi. Actiones non sunt multiplicandæ sine causa, nec nisi frustrà fieri potest, vt ciuili actioni quæ plena sit addatur prætoria, vt dixi ad princ. huius legis. Atqui actio de dote non solùm ciuilis est, sed etiam bonæ fidei & plenissima cùm maritus est soluendo *l. vnic. §. 1. C. de rei vxor. act.* Ergo hoc casu frustrà est inducere actionem negotiorum gestorum. Ratio decidi. Causa subest nouæ actionis etiam prętorię concedendę illi qui iam habet ciuilem cùm aliquo casu euenire potest, vt noua illa actio prætoria maiorem aliquam habeat vtilitatem. Non enim frustratorium & inutile videri potest, id quod aliquem casum vtilem habet *leg. Stichus* 39. *in fin. de manumitt. testam. leg. heres à debitore* 21. *§. cùm & tu. de fideiuss.*

1 ¶ Illum autem non credimus teneri, qui gerit negotia debitoris, ad reddendum pignus: cùm pecunia ei debeatur, nec fuerit: quod sibi possit exsoluere

Ad §. 1 Illum credimus.

Ratio dubitandi. Is qui aliena negotia gerit quẽadmodum tenetur à seipso exigere, ita & sibi soluere non solùm potest, sed etiam debet. Id enim semper vtile est debitori vt liberetur, quæ vera & potissima species est acquisitionis *leg. si pupilli* 66. *in fin. de solution. l. species* 11. *de acceptil.* Atqui soluto debito pignus debitori reddere debet creditor pignoratitia actione *tot. tit. de pig. act. ff. & C.* Ergo quemadmodum actio negotiorum gestorum concurrit cum actione de dote, si maritus vxoris negotia gerens dotem à seipso cùm facere posset, non exegerit, vt dictum est in princ. huius legis. Ita & cõcurret actio negotiorum gestorum cum actione pignoratitia ad rediditionem pignoris si negotiorum gestor sibi ipsi non soluerit quod debitum ei fuit. Nam & pignoratitia competit non solùm si naturaliter & re vera fuerit soluta creditori pecunia, sed etsi per creditorẽ steterit ne fit soluta *l. nec creditores* 10. *l. vlt. C. de pignor. act.* Ratio decidendi Competeret hoc casu pignoratitia actio & concurreret cum actione negotiorum gestorum, si habuisset hic negotiorum gestor ex negotiis quæ gerebat vnde sibi solueret. Scæuola autem ponit in hac specie non

fuisse in bonis eius cuius negotia gerebantur, vnde gestor soluere sibi posset, & opponit hanc speciem illi, de qua prius dixit, cùm maritus à seipso exigere ideò non debuit, quia facere non potuit.

2 ¶Sed nec redhibitoriæ speciem venire in negotiorum gestorum actionem & per hoc sex mensibus exactis perire, si vel mancipium in rebus non inuenit, vel eo inuento, quod accessionum nomine additum est, vel quod deterior homo factus esset, vel quod per eum esset adquisitum non ex re emptoris, nec inuenit, nec recepisset: nec esset in ipsius emptoris negotiis, quæ gerebat, vnde sibi in præsenti redderet.

Ad §. 2, Sed nec redhibitoria.

Ratio dubitandi. Negotiorum gestor qui ei cuius negotia gerit hominem vendiderat morbosum aut ex alia causa redhibitionis necessitati suppositum, sicuti cogeretur à seipso pecuniam exigere si quam deberet, ita & sibi hominem illum infra sex menses (qui terminus est actionis redhibitoriæ. *l. sciendum. 19. §. vlt. de edilit. edict.*) redhibere debet eo nimirum casu quo ipsum in bonis inuenit. Nam si non inuenerit apertissimum est nihil ei obiici posse, nec dubitandi rationem vllam occurrere.

Ratio decidendi. Debet quidem negotiorum gestor, idémque venditor sibi ipsi mancipium ipsum redhibere, sed ita demum si in bonis eius cuius negotia gerit, non modò mancipium ipsum ineniat, sed cætera quoque omnia quæ cum mancipio ipso veniunt in actionem redhibitoriam, id est, quicquid accessionis nomine mancipio adiectum est. Item, quod deterior homo factus est. Itē, quod per eum ex die venditionis acquisitum fuit apud emptorem, non ex re emptoris. Nec enim redhibitio fieri, nisi cum sua causa, nec rursus debet esse deterior condicio venditoris sibi ipsi redhibentis, quia emptoris negotia gerit, quàm si redhibitio fieret ab ipso emptore, cùm ea sibi ipsi faciat venditor ex emptoris persona. Non igitur faciet negotiorum gestio quin ea actio redhibitoria pereat emptori post sex menses exactos, sicuti periret si venditor negotia ipsius non gessisset. Simile quiddam circa actionem de peculio scriptum est in *l. si noxali. 11. §. quod autem de pecul.*

3 ¶Cæterùm si ex alia causa perpetuę obligationis, cùm sit locuples, debeat: non est imputandum, quod non soluerit: vtique si neque vsurarum ratio querelam mouet[a].

¶Diuersúmque est in tutore debitore[b]: quia ibi interfuit, ex priore obligatione solui, vt deberetur ex tutelæ actione.

Ad §. 3. Cæterùm.

Ratio dubitandi. Non solùm si obligationis causa tēporaria nasit, vt in redhibitoria, sed etsi perpetua, debitor sit locuples, æquè vertū est negotiorū gestorē posse à seipso exigere, quod ipse debeat, & quidem sine actione. *l. si pupilli 6. §. vlt. ē. hoc tit.* Ergo etiam hoc casu æquè imputandum ei est, si non exegerit, cùm in eo non fecerit quod alius quilibet vir diligens fecisset.

Ratio decidendi. Tunc potest ei imputari cur à seipso non exegerit, cùm interest illius cuius negotia gesta sunt. Nec enim quisquam auditur vnquam alteri culpam obiiciens si nihil obiicientis interfit. Atqui nihil interest eius, cuius negotia gesta sunt quod gestor à se non exegerit, nisi cùm vel factus est gestor, idémque debitor interim non soluēdo, vel prior actio fuit tēporaria quæ periisset si non veniret in actionem negotiorum gestorum. Quidenim est in actione negotiorū gestorū, propter quod debebat creditor desiderare vt actione ista potiùs quàm alia vlla perpetua experiri possit? Siquidem neque tacitæ hypothecæ, neque prælationis, neque aliud priuilegium vllum habet actio negotiorum gestorum, nisi quod bonæ fidei est. Prio rem ergo illam actionem non solùm perpetuam, sed etiam bonæ fidei esse necesse est vt nihil interfit creditoris. Alioqui semper interest, vel saltem ob vsuras, vt sequitur in textu.

a *Vtique si neque vsuram ratio querelam mouet.* Id est, nisi vsurarum ratio aliud dicendum esse suadeat. Suadet autem non si ea pecunia sub vsuris debeatur, vt plerique explicant, sed è contrario si non debeatur sub vsuris, quia tunc debitum ex non vsurario fit vsurarium. Cùm ea tamē distinctione quę ponitur in *l. qui sine 38. ē. hoc tit.* Interest enim creditoris cui debebatur sine vsuris, fortassis ex actione stricta, vt ei deberi incipiat ex actione negotiorum gestorum, quæ cùm sit bonæ fidei vsurarum accessiones ex mora admittit *l. atquin natura 19. §. penult. l. liberto 31. §. qui alienat vbi dixi ē. hoc tit.* At cùm debetur ex iudicio bonæ fidei perpetua actione & sub vsuris, nihil omnino interest creditoris, propter quod danda ei sit contra gestorem, hoc quoque nomine negotiorum gestorum actio.

b *Diuersúque est in tutore debitore.* Ratio dubitādi. Nihil interest pupilli an tutor ei debeat ex causa tutelę an ex alia duntaxat modo sit soluendo. Ergo non aliter dicendum est venire in tutelæ iudicium id quod ex alia actione debebatur, quàm si tutor incipiat labi facultatibus, vt apertè concludit Vlpianus in *l. quoties 9. §. 1. de adim. tutor.* Ratio decidēdi. Imò interest pupilli ex priore obligatione solui, nō solùm si stricta fuit, sed etsi bonæ fidei, vt deberetur ex tutelæ actione. Nempe propter priuilegium quod habet actio tutelæ inter cæteras actiones personales & propter fideiussores qui dantur quoties cauetur. Rem pupilli saluam fore, vt Vlpianus quoque fatetur in *dict. §. 1. in fin.* Quo loco sanè dissentit euidenter à Scæuola, cuius sententiam in hoc §. expressam non obscurè perstringit, illis verbis *quibusdam videtur*, & paulò post *putant omnimodo deuolui in tutela iudicium.* Dicemus latiùs ad illum locum

36. Pavlvs lib. 1. Quæstionum.

SI liber homo, bona fide mihi seruiens, mutuam pecuniam sumpserit: eámque in rem meam verterit: qua actione id, quod in rem nostram vertit, reddere debeam, videndum est: non enim quasi amici, sed quasi domini negotium gesserit. sed negotiorum gestorum actio danda est: quæ desinit competere, si creditori eius soluta sit[a].

Ad l. Si liber homo 36.

Ratio dubitandi. Liber homo bona fide mihi seruiens si mutuam pecuniam sumpserit, quamuis vt eam in rem meam verteret, quam & re vera verterit, non tamen quasi amici, sed quasi domini negotium meum gessit. Ergo actione de in rem verso teneri debeo, non actione negotiorum gestorum.

Ratio decidendi. Actio de in rem verso cùm sit pars actionis de peculio *§. præterea. Inst quod cum eo qui in alien. potest. est.* non potest aduersus alium competere quàm aduersus patrem aut dominum ex cōtractu eius qui re vera sit filius familias aut seruus *l. seruus 17. l. filius familias 19. & pass. de in rem vers.* Atqui tractamus de homine re vera libero quamuis bona fide seruiente: ergo de in rem verso actio locū hoc casu habere nō potest. Superest igitur vt negotiorum gestorum actio ex necessitate inducidebeat quia licèt is nō quasi amici, sed quasi domini negotium meum gesserit, reuera tamen & gerendi negotij mei affectum habuit, & gessit, & is ego sum quem ille sibi obligare potuit, vt & in *l. atquin 29. §. si libero. vbi dixi ē. eod.* Erit autem hîc locus summè notandus contra pragmaticos nostri temporis qui actionem de in rem verso inducunt, passim eriam inter liberas personas, nec aliud exigunt, nisi vt probetur pecunia vniusquiscm alterius versa. Cùm tamen illud potissimum & ante omnia requiratur, vt agatur ex contractu filijfamilias vel serui contra patrem, vel dominum.

a *Quæ desinit competere si creditori eius sit soluta.* Creditorem intellige hominis liberi bona fide mihi seruientis. Nā cùm hic liber homo bona fide mihi seruiret, nec reuera seruus esset, potuit habere proprios creditores, etiam eos quos sic contraxit quasi futuri essēt mei. Quid ergo si mutua cētū acceperit à Titio vt solueret Sempronio, cui tantundem debebat? Nullā Titius habebit contra me negotiorum gestorum actionem, quia nō negotium meum gestum est, sed liberi hominis, cuius creditor Sempronius fuit non meus.

Ratio dubitandi. Fuit hoc casu mutuo data pecunia à Titio, quasi negotium meum gereret liber homo qui bona fide mihi seruiebat, nec tam liberi hominis quàm meam personā Titius inspexit, cū mutuā pecuniā dedit, alioqui fortasse nō daturus si liberū hominē sciuisset. Ergo quāuis ea pecunia in rem meam versa non sit, non eò minùs danda est contra me negotiorum gestorum actio, sicut & si sine culpa Titij deperdita fuisset. *dict. l. seruus 17. de in rem vers. l. liberto 31. ē. hoc tit. l. vlt. de exercit. act.*

Ratio decidendi, Licèt negotium mea contemplatione gestum sit, & quasi meum, tamen cùm ipso gestu alijs acquisitum non potest meum negotium videri *l. si pupilli. 6. §. quid ergo. ē. hoc tit.* Nec igitur contra me potest dari actio negotiorum gestorum ob acceptam mutuam pecuniam, quæ me ignorante soluta sit alieno creditori non meo, tametsi is qui mutuam dedit eum creditorem meum esse putauerit cùm hæc negotiorum gestorum actio non nisi ei negotio ipso gesto nascatur *l. 3. §. hæc autem actio supr. eod.*

37. Idem lib. 1. Sententiarum

LItis contestatę tempore queri solet, an pupillus, cuius sine tutoris auctoritate negotia gesta sunt, locupletior sit ex ea re factus, cuius patitur actionem.

Ad l. Litis contestatæ 37.

Ratio dubitandi. Actio negotiorum gestorum nascitur ex ipso negotio gesto, vt proximè diceba mus ex *l. 3. §. hæc autem actio. ē. hoc tit.* Ergo cū pupilli negotia sine tutoris auctoritate gesta sint & quæritur an pupillus locupletior factus sit vt cōueniri possit actione negotiorum gestorū, tempus gestionis inspiciendum est non litis contestatæ, ne alioqui actio semel quæsita contra pupillum locupletiorem ab initio factum ex post facto adimatur gestori ob id solùm quòd pupillus postmodū locupletior factus esse desierit: quod sanè absurdum esset *l. euicta 16. §. si seruus. vers. & quam actionem de euict. l. Granius 17. §. pen. de fideiuss.* Ratio decidendi. Pupillus sine tutoris auctoritate obligari non potest neque ex contractu neque ex quasi contractu, nisi quatenus locupletior factus reperitur, eo tempore quo contra eum actio postulatur. Rescriptum enim Diui Pij, quo primùm inductum fuit vt pupillus locupletior factus possit conueniri, non de obligatione sed de actione locutum est, data nimirum actione in pupillum locupletiorem factum *l. 3. §. pupillus. l. 6. in princip. sup. hoc tit.* Atqui de actione danda tractari non potest nisi tempore litis contestatæ, quia is iudiciorum ritus est, vt lite demum contestata actionem formulam & iudicem à prætore alióve magistratū dari oporteat. Ergo tempus litis contestatæ præcisè spectandum est vel ex mente Diui Pij qui primus contra pupillos hoc ius induxit. Obligatur quidem pupillus ex quo die locupletior factus est, sed naturaliter non ciuiliter *l. naturaliter 13. §. vlt. & l. seq. de condict. indeb.* ideóque nec posset conueniri si rescriptum D. Pij non interueniisset. Post rescriptum D. Pij obligatur ex vtili negotiorum gestione, nec solùm naturaliter, sed etiam efficaciter, non tamen ciuiliter, vt actione aliqua ciuili possit conueniri, sed iure prætorio hactenus vt negotiorum gestorum actione quæ prætoria est conueniendus sit, sed non omnimodo, at cum illa distinctione si litis quoque contestatæ,

tempore locupletior factus inueniatur: vt qualitas iuncta verbo intelligatur secundùm tempus verbi, quemadmodum solent nostri vulgari brocardico iactare ex *leg.4. §.si extraneus de noxal.action.* Simile de minore scriptum est in *leg. si minor* 34. *de minor.*

1 ¶Si pecuniæ quis negotium gerat: vsuras quoque præstare cogitur, & periculum eorum nominum, quæ ipse contraxit[a]: nisi fortuitis casibus debitores ita suas fortunas miserunt, vt tempore litis ex ea actione contestatæ[b] soluendo non essent.

Ad §.1. Si pecuniæ.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. at quin natura* 19. *§. penult. & ad l. liberto* 31. *§. qui aliena. ff. hoc tit.* Iunge *l. si mater* 24. *& in l. bonæ fidei* 13. *Cod. de vsur.*

a *Et periculum eorum nominum quæ ipse contraxit.* Ratio dubitãdi. Ad eum cuius negotia gesta sunt pertinet commodum nominum quę contraxit gestor: ergo & ad eum debet pertinere incommodum ac periculum ex reg. *leg. secundùm naturam* 10. *de reg. iur.* Ratio decidendi. Periculũ nominũ pertinet ad creditorem tanquam ad dominum *l. pupilli* 9. *soror. de solut. l. cùm ea* 68. *§.1. de euict. l. periculum* 30. *de pignor.* Atqui negotiorum gestor, qui nomina contraxit, est ipse creditor & dominus, non is cuius negotia gesta sunt. Nec enim negotiorum gestor eos quibuscum contrahit, obligat ei, cuius sunt negotia, sed sibi: quamuis actione negotiorum gestorum teneatur actiones suas præstare, sicuti teneretur præstare actione mandati si mandatum intercessisset l. *possessio* 49. *in fin. de acquir. vel amit. poss.* Neque similis est ratio commodi & incommodi hac parte. Nam commodum nominum à gestore contractorum, æquum est pertinere ad eum cuius negotia gesta sunt: quia ei prodesse gestor voluit. Periculum verò ad gestorem, quia non possunt fieri deteriora citra ipsius culpam cum potuerit ipse & debuerit exigere, non dominus negotiorum qui nullam habere potuit actionem *l. periculum* 35. *de reb. credit.* iunct. *l. tutores* 35. *in princip. de admin. tutor.* Nisi fortuitis casibus debitores ita suas fortunas amiserũt, vt tempore litis ex ea actione contestatæ soluendo non essent, vt sequitur in textu. Non enim sicut gestor tenetur de culpa ita etiam de casu fortuito, excepto casu *l. si negotia* 11. *ff. hoc tit.* quia nemo debet futuros casus & fortunam alteri præstare *l. 1. §. si magistratus de mag. conuen. l. quæ fortuitis* 6. *C. de pign. act. l. contractus* 25. *in fin. de reg. iur.*

b *Tempore litis ex ea actione contestatæ.* Intellige nisi culpa pra cesserit casum fortuitum. Nam si culpam gestor contraxerit in eo quod tardiùs egit, hinc-que contestatus est quàm debuit, non eo magis liberari debebit à præstãdo periculo nominis, quod postea fortuito aliquo casu superueniente debitores fortunas suas amiserunt. Semper enim casus præstatur ab eo, cuius culpa præcessit casum, *d. leg. si negotia* 11. *& l. debitor* 13. *§. hoc tit.* Itaque quòd hic dicitur *litis contestatæ* sic intelligi debet, acsi scriptum esset *litis contestandæ.* Vt pro eodem solemus dicere *rei iudicatæ & rei iudicandæ.*

2 ¶Pater, si emancipati filij res à se donatas administrauit, filio actione negotiorum gestorum tenetur.

Ad §.2. Pater.

Ratio dubitandi. Nemo ex liberalitate sua pericli-tari debet *l. ne liberalitate* 50. *de re iudic.* Atqui res quas administrauit pater fuerant ab eo donatę filio emancipa..., vt Paulus ponit. Ergo non est æquum, vt ob eas res & donatas & administratas pater filio teneatur actione negotiorum gestorum.

Ratio decidendi. Res à parte donatæ & traditæ filio emancipato sunt filij, cùm neque vinculum potestatis neque aliud quicquam impediat validitatem donationis *l. siue emancipatis* 7. *C. de donat. l. 2. C. de inoff. donat.* Ergo si pater eas res administrauerit, perinde teneri debet filio actione negotiorum gestorum, ac si alias res quasi liber administrasset, cùm inter patrem & filium emancipatum perinde ciuilis obligatio & actio consistat, ac inter quoslibet extraneos. Nam & emancipatus pro extraneo est *l. quinetiam* 55. *in fi. de rit. nup.* Neque nouum est vt beneficiũ emancipationis patri sit onerosum, cùm imputare sibi debeat pater qui filiũ emãcipãdo eique donando dedit ei aduersus se agendi potestatẽ *l. filio* 7. *vt legat. nom. caueat.* Nec tamen hîc conuenitur ex donatione & liberalitate, sed ex sua gestione, quamuis si neque emancipasset, neq. donasset, hodie non conueniretur.

38. TRYPHONINVS lib. 2. Disputationum.

QVi sine vsuris pecuniam debebat, creditoris sui gessit negotia: quæsitum est, an negotiorum gestorum actione summæ illius vsuras præstare debeat. vt dixi, si à semetipso exigere eum oportuit, debiturum vsuras [c]? quod si dies soluendæ pecuniæ [d] tempore, quo negotia gerebat, nondum venerat, vsuras non debiturum, sed die præterito, si non intulit rationibus creditoris [e], cuius negotia gerebat, eam pecuniam à se debitam: merito vsuras bonæ fidei iudicio præstaturum. Sed quas vsuras debebit, videamus: vtrùm eas, quibus aliis idem creditor fœnerasset: an & maximas vsuras [f]: quoniam vbi quis eius pecuniam, cuius tutelam, negotia ve administrat, aut magistratus municipij publicam in vsus suos conuertit: maximas vsuras præstat, vt est constitutum à Diuis Principibus. Sed istius diuersa

diuersa causa est, qui non sibi sumpsit ex administratione nummos, sed ab amico accepit, & ante negotiorum administrationem. nam illi, de quibus constitutum est: cùm gratuitam, certè integram, & abstinentem omni lucro præstare fidem deberent: licentia, qua videntur abuti, maximis vsuris, vice cuiusdam pœnæ, subiiciuntur: hic bonâ ratione accepit ab alio mutuum: & vsuris, quia non soluit: non quia ex negotiis, quæ gerebat, ad se pecuniam transtulit, condemnandus est. Multum autem refert, incipiat nunc debitum[g], an ante nomen fuerit debitoris [h]: quod satis est ex non vsurario facere vsurarium.

Ad l. Qui sine vsuris 38.

c *Debiturum vsuras.* Fit enim debitum ex non vsurario vsurarium, vt dixi ad *l. 6. §. vlt. ff. hoc tit.* vbi eadem est ratio dubitandi & decidendi quæ ad hunc locum.

d *Quòd si dies soluendæ pecuniæ.* Ratio dubitãdi. Quod in die certam debetur etiam ante diem solui potest, licèt peti non possit *l. stipulatio ista* 38. *inter incertam l. continuus* 137. *§. cùm ita. de verb. ob. lig. l. quod certa die* 70. *de solu.* Nisi dies fuerat adiecta fauore creditoris vt in *l. si ita relictum* 43. *§. Pegasus. de lega. 2. l. eum qui* 15. aliàs *l. Iauolenus de ann. legat. l. 3. §. cùm Pollidius de vsur.* Atqui negotiorum gestor nulla indiget actione vt exigat à seipso, quia seipsum conuenire potest, & debet etiam sine actione, sufficitque quòd sit debitor *l. 6. §. vlt. ff. hoc tit. l. quoties. 9. §. & generaliter de admi. tutor.* Ergo quãuis debita per gestorẽ pecunia non potuerit peti, quia tamen potuit solui, non eo minùs dicendum est, debitum ex non vsurario fieri vsurarium. Ratio decidendi. Non potest imputari gestori curà seipso non exegerit eam pecuniã, cuius nomine non potuisset à negotiorum domino conueniri. Etsi enim potuit & debuit à seipso exigere sine actione, prius tamẽ fuit necesse vt actio aliqua contra eum posset competere, quæ porrò nulla cõpetebat ante diem: Alioqui cogeretur plus soluere quàm deberet si ei diem expectare non liceret, cũ plus præstet quàm debeat is qui ante diem soluit *d. l. 15. de ann. legat.*

e *Si non intulit rationibus creditoris* Intellige nisi iustam causam habuit non inferendi, quod variis ex causis potest accidere arg. *l. sciendum* 21. *& seqq. ff. de vsur.*

f *An & maximas vsuras.* Ratio dubitandi est in textu in vers. *quoniam vbi quis.*

Ratio decidendi etiam in textu in versic. *Sed istius diuersa causa est.* Vsuras autem maximas intellige centesimas, nõ ad differentiã legitimarũ, (nã & cẽtesimę sũt legitimę, & cũ legitimas simpliciter dicunt Iureconsulti centesimas intelligũt, quibus scilicet legitimus vsurarum modus cõcluditur) sed ad differentiã earũ quæ secũdũ morẽ aut fœneratoris aut prouincię præstari solent, siue quincunces, siue trientes, siue quæ aliæ leuiores *l. tutor 7. §. pecuniæ quam in vsus. & §. quæ autem sunt. ff. de admin. tutor. l. 1. C. de vsur. pupill. l. 3. C. arbitr. tutel.*

g *Incipiat nunc debitum.* Quod contingit cùm quis pecuniam eius cuius tutelam aut negotia administrat, aut magistratus municipij publicam in vsus suos conuertit. Tunc enim debitor fieri incipit, qui antea non erat.

h *An ante nomen fuerit debitoris.* Id est, An ante administrationem iam esset debitor *is*, de quo ad vsuras maximas condemnando agitur, quod contingit in proposita specie, cùm quis bona aliqua ratione mutuam ab alio tanquam ab amico accepit pecuniam, ea indigens ad negotia sua explicanda, & postea eiusdem amici negotia gerere cœpit. Hic enim priùs fuit debitor quàm gestor; cæteri è contrario gestores priùs quàm debitores: Cùm nomen debitoris præcesserit gestionem satis est debitum ex non vsurario fieri vsurarium nec grauiore aliqua pœna dignus est is qui ab initio non deliquit, quique non alia de causa tenetur ad vsuras, quàm quod pecuniam à se debitam sibi ipsi non soluerit, non autem quòd ex negotiis quæ gerebat pecuniam aliquam ad se transtulerit. At cùm quis mala ratione incipit fieri debitor, abutendo scilicet licentia quam habet tractandi aliena negotia & transferendo ad se ex administratione alienam pecuniam, dignus sanè est, qui maximis vsuris vice cuiusdam pœnæ subiiciatur, vt lex ait. Ergo de maximis & centesimis vsuris accipi debet, quod de socio & procuratore ad vsuras pecuniæ quàm in vsus suos conuertit condemnando scriptum est in *l. 1. §. 1. de vsur. l. idémque* 10. *§. si procurator mandat.* Nam isti proculdubio pertinent ad constitutiones quibus cautum est vt quoties quis pecuniam eius cuius negotia administrat in vsus suos conuertit maximas vsuras præstare debeat. Nec minùs isti quàm tutores fidem & gratuitam & integram, id est, omni lucro abstinentem præstandam habent, perindéque abutuntur, licentia quam præbet iis administratio, quoties aut sumit procurator ex administratione pecuniam, aut socius pecuniam communem inuadit, vt eam in suos vsus conuertat sine consensu sociorum. Denique in ipso etiam gestore idem erit, si ponas eũ, tempore gestionis sumpsisse pecuniam ex negotiis quæ gerebat, eámque in suos vsus conuertisse.

39. GAIVS lib. 3. de Verborum Obligationibus.

SOluendo quisque pro alio, licèt inuito, & ignorante, liberat eum: quod autem alicui debetur, alius sine voluntate eius non potest iure exigere. naturalis enim, simul & ciuilis ratio suasit, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis, & inuiti nos facere posse: deteriorem non posse.

Ad l. soluendo 39.

Ratio dubitandi. Inuito beneficium non datur *l. inuito* 69. *de reg. iur. l. hoc iure* 19. *§. non potest. de donat.* Ac-

qui beneficium est & quidem maximum vt quis ab obligatione liberetur, quia fit locupletior qui consequitur liberationem *l. si pupilli 66. in fin. de solut.* estque illa species acquisitionis *l. species 11. de acceptil.* Ergo non potest quis inuitus ab alio liberari, imò nec ignorans, quia nihil tam naturale est quàm eo modo dissolui obligationes quo fuerunt contractæ *l. nihil tam naturale 35. de reg. iur. l. prout 80 de solut.* Atqui nemo ignorans obligatur, siue re, siue consensu, siue verbis, siue literis obligatio contrahatur *l. quæcunque gerimus 11. de oblig. & act.* nisi si quando actio ex re venit, vt in *l si à furioso 24 l furiosus 46. eod.* Ratio decidendi. Liberatio fauorabilissima est *l. Arrianus 47. eod.* vtpote quæ ciui Romano suam quodammodo libertatem plenam restituit, quæ per obligationis vinculum quodammodo restricta, & imminuta videbatur. Tota enim obligationis potestas æstimatur ex persona creditoris, cuius porro nihil interest dissolui obligationem statim atque accepit ille quod ei debebatur, siue ab ipso debitore, siue ab alio quolibet ipsius debitoris nomine acceperit. Et quemadmodum in obligatione contrahenda potissimum spectanda est voluntas eius qui obligatur, quia eius maximè interest, vt vel nullo modo vel leuiùs obligetur. Ita è contrario in dissoluenda obligatione non tam voluntas debitoris exquirenda est, quàm creditoris, cuius solius interest obligationem non dissolui, Proinde si consentiat dissolutioni faciendo id per quod necesse sit extingui obligationem ipso iure, id est, accipiendo solutionem (qui verus & naturalis modus est obligationum omnium dissoluendarum, vt ex ipsa obligationis definitione apparet, & ex *l. penul. de solut.*) nihil vetat obligationem extingui non solùm ignorante, sed etiam inuito debitore *l. solut. tione 23. eod.* Non est igitur hac parte bona comparatio contrahendæ & dissoluendæ obligationis. Ignorantē aut inuitum obligare non possumus, at liberare possumus. Pro ignorante aut inuito debitum exigere non possumus *l. 6. §. vlt. 3. l. naturalis 5. §. sed si facio. de præscr. verb.* at soluere quod ille debet, possumus: quia vt hic eleganter Caius ait naturalis simul & ciuilis ratio suasit, alienam conditionem, meliorem quidem etiam ignorantis & inuiti nos facere posse, deteriorem non posse *l. 12. quod vi aut clam. l. vlt. de vsu & habit. l. melior 133. de reg. iur.* Nempe quia vt alibi iam scripsimus beneficio adfici hominem interest hominis *l. seruus. 7. de seru. export.* E contrario autem homini hominem insidiari & nocere nefas est, cùm ea ratione violetur cognatio quam inter homines natura constituit *l. 3. de iustit. & iur.*

40. PAVLVS lib. 10. ad Sabinum.

SI communes ædes tecum habeam, & pro tua parte damni infecti vicino cauero: dicendum est, quod præstitero, negotiorum gestorum actione potiùs, quàm communi diuidundo iudicio, posse me petere: qui potui partem meam ita defendere, vt socij partem defendere non cogerer.

Ad l. Si communes 40.

Ratio dubitandi. Cùm ob ædes communes vnus ex socis cauit dāni infecti nomine etiam pro parte socij, nō tam socii quā suū & commune negotium gessisse intelligitur, & partem socij defendisse vt suam defenderet. Denique propter suam partem causam habuit gerendi, quo casu certum est negotiorum gestorum actionem competere non posse, sed vel familiæ erciscundæ inter coheredes, vel cōmuni diuidundo inter alios condiuisores *leg. heredes 25. §. non tantùm famil. erc.* Ergo dicendum est actionem communi diuidundo competere potiùs quàm negotiorum gestorum.

Ratio decidendi. Potuit socius, qui de damno infecto cauit suam partem ita defendere, vt tamen socij partē defendere non cogeretur. Eo námque casu quo partem socij non defendisset, potuisset aduersarius mitti in possessionem partis quæ non defenderetur. Quoties enim plures domini sunt vitiosarum ædium, pro sua quisque tantùm parte promittere debet ne singuli in solidum obligentur *l. plures 27. l. ex damni 40 §. pen. de damn. infect.* Ergo hoc casu actio negotiorum gestorū competit non communi diuidundo *l. si quis putans. 6. §. sine autem vers. cæterum commun. diuid. l. liberto 31. §. vlt. 8. hoc tit l. ab vno herede 19. C. eod.*

41. IDEM lib. 30. ad Edictum.

QVi seruum meum, me ignorante, vel absente, in noxali causa defenderit: negotiorum gestorum in solidum mecum, non de peculio aget.

Ad l. Qui seruum 41.

Ratio dubitandi. Qui seruum meū me ignorante vel absente in noxali causa defenderit, is non nisi ob serui mei personam habet cōtra me actionem, ergo non debet actionem aliam habere quàm de peculio, quæ solet contra dominum competere quoties cōuenitur ex facto serui *tot. tit. De pecu.* Ratio decidēdi. Teneor quidem hoc casu ob personā serui mei, sed non ex ipsius contractu, at ex quasi cōtractu illius qui seruum meum defendit, in eóque negotia mea gessit: is verò quasi contractus non cum seruo meo initus est, sed mecum: ergo in solidum teneri debeo, & actione negotiorum gestorum, non de peculio: nam & negotium versatur circa personam ipsius serui, qui ipse in suo peculio esse non potest. *l. Stichus 16. §. vlt. de pecul. legat.* Actio autem de peculio non competit nisi de re peculiari aut ex facto, id est, contractu vel quasi contractu eius qui peculium habuit, vt in *l. seq.*

42. IDEM lib. 32. ad Edictum.

SI serui mei rogatu negotia mea susceperis: si duntaxat admonitus à seruo meo id feceris, erit inter nos negotiorum gestorum actio: si verò quasi mandatu serui: etiam

etiam de peculio, & de in rem verso agere te posse responsum est.

Ad l. Si seruus 42.

Rat. dub. Rogare mandare est. Nam qui rogatus aliquid facit, fidem eius spectare videtur qui rogauit. *l. rogatus. 33. infr. mandat.* Ergo si serui mei rogatu negotia mea susceperis, non quidem mandati actio esse potest neque contra seruum meum, qui scilicet mandati obligari non potuit, neque contra me qui non mandaui, sed perinde danda tibi est contra me actio de peculio & de in rem verso, ac si tu mandatum serui secutus esses, vt scriptum est in secunda parte legis. Rat. decid. Multum interest quo animo quis roget an mandandi, an verò duntaxat admonendi. Priore casu nihil interest an rogauerit quis an mandauerit, & quæ actio competeret ex mandato siue contrà mandantem siue contra dominum mandantis, eadem competit ex rogitu siue contra rogantem ipsum siue contra dominum rogantis. Posteriore verò casu non habetur rogitus & admonitio pro mandato, quia qui non animo procuratoris interuenit: sed affectionem amicalem promisit (sic enim lego *non promisit*) in monendis procuratoribus & actoribus & in regendis consilio, is mandati nunquam tenetur. *l. denique. 10. §. si quis ea mandat.* Erit ergo hoc casu inter te & me negotiorum gestorum actio non mandati, non de peculio nec de in rem verso, quæ duæ competerent ex mandato & contractu serui mei, si eo mandante tu negotia mea suscepisses.

43. LABEO libro 6. Posteriorum Epitomarum à Iauoleno.

CVm pecuniam eius nomine solueres, qui tibi nihil mandauerat: negotiorum gestorum actio tibi competit: cùm ea solutione debitor à creditore liberatus sit: nisi si quid debitoris interfuit a, eam pecuniam non solui.

Ad l. Cùm pecuniam 43.

Rat. dub. & dec. eadem quæ ad *l. soluendo 39. supr. hoc tu.* Vtraque expressa est verbis legis. dubitandi quidem illis *qui tibi nihil mandauerat.* decidendi verò istis, *cùm ea solutione debitor à creditore liberatus sit.* Quæ tamen ratio non videtur satis bona *si*quidem etiam is qui soluit pro inuito eum liberat. *d. l. 39.* nec ideo tamen habet contra ipsum actionem negotiorum gestorum. *l. vlt. C. hoc tit. l. si pro ie. 40. infr. mandat.* Sed dicendum est bonam esse rationem contra ignorantem non etiam contra inuitum, quia prohibitio facit vt qui prohibitus soluit, donandi animum habuisse videatur, quod non similiter dici potest de eo qui soluit pro ignorante. *d. l. vlt.* simili ratio est in *l. vlt. in fin. inf. eod.*

a *Nisi si quid debitoris interfuit.* Rat. dub. Interest semper debitoris vt eius nomine soluatur pecunia quam debet cùm per eam solutionem liberetur, vt proximè diximus. interfit autem debitoris cuiuslibet vt liberetur, quandoquidem species acquisitionis est ab obligatione liberari. *l. si pupilli. 66. in fin. de solut. l. species. 11. de acceptilat.* Rat. dec. Interest quidem debitoris solui debitum ipsius nomine propter liberationem, sed potest etiam fieri vt magis interfit non solui, puta si quid vicissim ei debebatur naturaliter tantùm, quod compensare potuit quamuis petere non potuisset. *l. etiam. 6. de compensat.* aut si propter expensas poterat habere retentionem rei debitæ, non etiam actionem, vt in *l. heres. ad SC. Trebell.* Proinde his casibus non potest videri debitoris negotia vtiliter gessisse is qui ei ademit compensandi aut aliter retinendi debiti facultatem.

44. VLPIANVS libro 6. Disputationum.

IS qui amicitia ductus paterna pupillis tutorem petierit, vel suspectos tutores postulauit: nullam aduersus eos habet actionem secundùm diui Seueri constitutionem.

Ad l. Is qui. 44.

R. dubit. Etiam is qui ex necessitate aut necessitatis suspicione aliena gerit negotia, nihilominus actione negotiorum gestorum & experiri & conueniri potest. *l. 3. §. pen. sup. hoc tit.* Atqui bono viro nulla maior necessitas est quàm officij amico præstandi & pietatis omnibus quibus debetur exhibendę. Non igitur eo minùs debet qui habere negotiorum gestorum actionem; quòd amicitiā ductus paterna pupillis tutorem petierit, aut suspectos tutores postulauerit, si quid ex ea causa, quod fieri necesse est, impenderit, ne alioqui paulatim dici incipiat nullo ferè casu posse actionem negotiorum gestorum competere cùm pro iis & contra eos potissimùm comparata sit, qui absentis amicitia ducti ad gerenda eius negotia accedunt. *l. 1. & 2. sup.* Ratio decidendi, Is qui amicitia ductus paterna pupillo tutores petiit, aut tutores suspectos postulauit, non tam pupilli vtilitatem primo intuitu ante oculos habuisse videtur, quàm amicitię paternę rationem, ideóque non videtur habuisse animum pupilli sibi obligandi, non magis quàm qui hæc ipsa facit vt pietatis munere fungatur, quę causa non admittit negotiorum gestorum actionem, vt dixi ad *l. 34. sup. ex 21. C. eod.* vbi additur, nec si quis pro adfectione domestica sumptus aliquos fecerit, eos tamen repetere vlla ratione posse. Non quęlibet adfectio gestoris excludit actionem negotiorum gestorum, sed domestica tantùm, aut quæ ab alio causam habet quàm ab eo cuius negotia geruntur. *l. 6. §. sed si ego, sup. eodem.*

45. IDEM libro 4. Opinionum.

QVæ vtiliter in negotia alicuius erogantur, in quibus est etiam sumptus honestè ad honores per gradus pertinentes factus, actione negotiorum gestorum peti possunt.

Ad l. Quæ vtiliter. 45.

R. dub. Dignitates omnes & honores onus aliquod admixtum habent. *l. 1. §. sed an id quod dignitatis. de collat. bonor.* nec minor oneris plerunque quàm honoris æstimatio est apud probos & æquos rerum æstimatores. Ergo non vtiliter alterius negotia gerit is, qui sumptus facit etiam honestè ad honores per gradus pertinentes. Adeò vt ex hac causa donatio etiam inter coniuges permittatur. *l. quod adipiscenda. 40. cum duab. seqq. De donat. int. vir. & vxor.* Non quia pauperior non fiat, qui huiusmodi sumptus erogat, sed quia locupletior non sit is pro quo erogantur, eæ autem donationes demum inter coniuges improbantur, quæ & donatarium locupletiorem faciunt, & donatorem pauperiorem. *l. si sponsæ. 5. §. concessa. eod. titul.* R. dec. Non fit quidem locupletior qui dignitatem & honorem consequitur, quia dignitates nummario precio non sunt æstimandæ, sed non eo minùs verum est vtiliter geri negotia eius qui alienis sumptibus honestè factis ad honores promouetur, scilicet si modo is sit qui onera dignitatis sustinere possit. Sic enim hic locus debet intelligi, alioquì non est sapientis hominis eam sibi personam imponere quam non perferre.

a *Sumptus honestè.* id est, sine ambitione & corruptione. Si quis enim alteri emat dignitatem quæ in republica non sit pœnalis, dignus non est cui pro tam improbo facto per actionem negotiorum gestorum succurratur. Etsi enim ambitiosè quoque & improbè facit qui talem dignitatem sibi retinet, tamen in pari causa melior est conditio possidentis. *l. 3. & 4. De condict. ob turp. caus.*

b *Per gradus.* Non enim honestè promouetur, qui per saltum promouetur. *tot. tit. extr. De cleric. per salt. promot.* Vnde & processus dicitur qui fit in honoribus, quia gradatim procedendum est, non saltandum. *l. nam & imperator. 41. de donat. int. v. & vxor.*

1 ¶ Qui purè testamento libertatem acceperunt, actus, quem viuentibus dominis administrauerunt, rationem reddere non compelluntur.

Ad §. 1. Qui purè.

R. dub. & dec. eadem quæ ad *l. eum actum. 17.* vbi dixi sup. hoc tit.

2 ¶ Titius pecuniam creditoribus hereditariis soluit, existimans sororem suam defuncto heredem testamento extitisse, quamuis animo gerendi sororis negotia id fecisset: veritate tamè filiorum defuncti, qui sui heredes patri, sublato testamento erant, gessisset: quia æquum est in damno eum non versari, actione negotiorum gestorum, id eum petere placuit.

Ad §. 2. Titius.

R. dub. Titius qui pecuniam creditoribus hæreditariis soluit existimans sororem suam defuncto heredem testamento extitisse, id fecit animo gerendi negotia sororis, non autem filiorum defuncti qui heredes re vera fuerunt. Ergo non debet habere actionem negotiorum gestorum contra defuncti filios de quibus sibi obligandis nunquam cogitauit. R. dec. Voluit Titius sibi obligare verum heredem cùm soluit debitum hereditarium. Et reuera gessit negotium filiorum defuncti quamuis lapsus sit in persona heredis. Igitur non eo minùs debet habere negotiorum gestorum actionem. *l. in hoc iudicium. 14. §. 1. in final. l. si quis cum. 29. infr. commun. diuid.* quæ scilicet nascitur ex negotio gesto. *l. 3. §. hæc autem actio. sup. hoc tit.* & ex æquitate. Æquum enim non est Titium in damno versari, & defuncti filios ex eius iactura locupletari. *l. nam. hoc natura. 14. de condict. indeb.* Moraretur autem in damno Titius, si non haberet huiusmodi actionem, quia repetitionem eius quod dedit, habere non potest, cùm repetitio nulla sit ab eo qui suum recepit, licèt alius soluerit, quàm qui debuit. *l. repetitio. 44. de condict. indeb.* Atqui, inquies, filij defuncti quos postea veros heredes esse apparuit, non fuerunt ipso iure liberati, cùm eorum nomine solutio facta non sit. Nam quod dici solet, etiam pro ignorante & inuito facta solutione liberationem contingere. *l. soluendo. 39. supr. eod.* tunc verum est cùm eius nomine solutio facta fuit. Sed respondendum est, non eo minùs competere filiis defuncti, iisdémque veris heredibus exceptionem doli si à creditore qui suum recepit, conueniantur, quæ res sufficit ad inducendam negotiorum gestorum actionem. *l. de quare. 74. §. cùm absentem. de iudi.* Perinde namque gestum est vtiliter negotium debitoris cùm ei acquisita est exceptio atque si ipso iure liberatus esset, cùm in effectu nihil interfit an quis liberetur ipso iure an per exceptionem. *l. nihil interest. 42. de reg. iur.*

46. AFRICANVS lib. 7. Quæstionum.

MAndasti filio meo, vt tibi fundum emeret quod cùm cognouissem ipse cum tibi emi, puto referre, qua mente emerim. nam propter ea, quæ tibi necessaria esse scirem, & te eius voluntatis esse, vt emptum habere velles: agemus inter nos negotiorum gestorum: sicut ageremus, si aut nullum omnino mandatum intercessisset: aut Titio mãdasses, & ego quia per me commodius negotium possim conficere, emissem. Si verò propter ea emerim, ne filius mandati iudicio teneatur: magis est, vt ex persona eius & ego tecum mandati agere possim, & tu mecum actionem habeas de peculio: quia & si Titius id mandatum suscepisset: & ne eo nomine teneretur, ego emissem: agerem cum Titio negotiorum gestorum: & ille tecum, & tu cum illo mandati. Idem est, & si filio meo mandaueris vt pro te fideiusserim.

l. 46. Mandasti

Ad l. Mandati. 46.

R. dub. Mandatum hoc casu intercessit, nec nisi cognito mandato tuo emi tibi fundum quem filio meo mandaueras, vt emeret: Atqui cùm mandatum intercedit, negotiorum gestorum actio locum habere non potest. *l. item si. 5. supr. hoc tit. l. ex mandato. 20. §. 1. mandat.* Ergo negotiorum gestorum actio hîc locum non habet. R. decid. Mandatum interueniés impedit actionem negotiorum gestorum quoties negotia gesta sunt, vel ab eo ipso cui mandatum fuit, vel saltem contemplatione mandati *l. licet. 42. §. ea obligatio. supr. de procurat.* At in proposito casu neque mandatum mihi fuit, sed filio meo, neque contemplatione mandati à filio meo suscepti seruum tibi emi, sed propterea quòd eum tibi necessarium esse scirem (sic enim lego non vt vulgo *propter ea quæ tibi necessaria*) & te eius voluntatis esse vt emptum habere velles. Eadem igitur actio inter nos competere deber, quæ competeret si aut nullum omninò mandatum intercessisset, aut Titio mandasses, & ego, quia commodius per me negotium possim conficere, emissem: quibus casibus nemo diceret competituram actionem mandati. Cùm priore quidem casu mandatum nullum intercesserit, posteriore verò intercesserit quidem, sed nihil contemplatione mandati gestum fuerit. Cessante igitur actione mandati, necessaria est negotiorum gestorum actio.

a *Si verò propterea emerim ne filius mandati iudicio teneatur.* Confirmat hic versic. quod proximè monuimus legendum esse in præcedentibus *propterea quòd* non *propter ea, quæ.* Vt alibi ostendimus scriptum esse *quod* pro *quæ* contrario errore in *l. 3. sup. de iurisdict.* Ratio dubitandi, Filio meo mandaueras non mihi, vt fundum tibi emeret. Ergo mihi contra te actio mandati competere non potest. Nec enim ea obligatio, aut actio nascitur nisi inter mandantem & procuratorem. *d. l. licèt. 42. §. ea obligatio. sup. de procurat.* Ratio decidendi, Hæc actio mandati competit mihi non ex meâ, sed ex filij mei persona, quia nihil tua interest: quis mandatum tuum impleuerit, an ego, an filius meus. *l. si verò non remunerandi. 12. §. si filiofamilias infr. mandat.*

b *Et tu mecum actionem habeas de peculio.* Ratio dubit. Habeo contra te actionem mandati contrariam in solidum, quamuis non nisi ex filij mei persona. Ergo è contrario debes habere contra me directam in solidum, vt eadem sit ratio nec minor potestas directæ actionis, & contrariæ. Rat. decid. Non eadem est hoc casu directæ & contrariæ actionis concedendæ ratio, quoniam directa actio in solidum competere aduersus alium non potest, quàm eum cui mandatum fuit. Proinde si filio meo non mihi mandatum sit, non potest dari actio in solidum nisi contra filium meum, contra me verò de peculio tantùm dari debet quia non datur nisi ex filij mei persona: Et mea valde interest vt de peculio duntaxat, potiùs quàm in solidum tenear: At contraria licet perinde ex filij mei persona mihi competat, competit tamen in solidum, quia nihil interest tua an filio meo an mihi in solidum tepearis, cùm ego id feci, quod si filius meus fecisset, obligatum te in solidum haberet. *d. l. si verò. 12. §. si filiofamilias. infr. mandat.*

c *Quæ etsi Titius id mandatum suscepisset.* R. dub. Hic casus videtur omnino dissimilis superiori. Nam in superiore non datur mihi actio negotiorum gestorum contra filium meum, quia nec dari potest cùm non magis possit agere pater aduersus filium quam aduersus seipsum. *l. 4. de iudic. l. ne cum filiofamilias. 16. de furt.* At in hoc casu dat mihi Africanus actionem negotiorum gestorum contra Titium cui mandaueras vt fundum tibi emeret, si ego ideo emi ne Titius tibi mandati teneatur. Deinde superiore casu habeo contra te actionem mandati contrariam, & quidem in solidum ex persona filij mei. In hoc autem casu non dat mihi Africanus actionem mandati contra te aut tibi contra me ex persona Titij, sed Titio contra te & tibi contra Titium. Ergò non erat quòd Africanus hunc casum cum superiore quasi similem compararet. Ratio decidendi, Similitudo in eò est, quod vtroque casu, id est, siue pro filio meo siue pro Titio fundum emerim ne tibi mandati teneatur, actio mandati nascitur, quamuis aliter atque aliter. Priore namque casu nascitur inter te & me ex filij mei persona. Posteriore verò inter te & Titium. Priore casu ita nascitur inter te & me, vt tenear tibi actione directa de peculio duntaxat, tu verò mihi contraria in solidum: Posteriore casu vtraque actio & quæ tibi contra Titium, & quæ Titio contra te competit, in solidum datur, quia Titius tenetur tibi mandati ex propria persona, ego autem non nisi ex persona filij mei.

d *Idem est & si filio meo mandaueris vt pro te fideiusserim.*) Legendum est & non *vt*. Sensus enim est, si filio meo mandaueris vt pro te fideiubeat, & ego pro te fideiusserim, & postea quæratur quænã actio mihi competat, eandem adhibendam esse distinctionem, vtrum fideiusserim pro te animo duntaxat gerendi negotij tui, an ideo potius ne filius meus tibi actione mandati teneatur, vt priore casu habeam contra te negotiorum gestorum actionem perinde ac si mandatum nullum intercessisset. Posteriore verò tenearis mihi actione mandati contraria in solidum, ego verò tibi directa de peculio. R. dub. & dec. eadem quæ ad speciem præcedentem.

1 Si proponatur te Titio mandasse, vt pro te fideiuberet: meque, quòd is aliqua de causa impediretur, quo minùs fideiuberet, liberandæ fidei eius causa fideiussisse: negotiorum gestorum mihi competit actio.

Ad §. 1. Si proponatur.

R. dubit. Cùm Titio mandasti vt pro te fideiuberet, & ego pro te fideiussi liberandæ fidei eius gratia, vtique fideiussisse videor contemplatione mandati, ne scilicet Titius mandati teneatur: Ergo cum Titio quidem actio negotiorum gestorum competere mihi debet, sed tecum nulla, quia licèt negotium tuum gesserim, non tamen gessi cõtemplatione tui sed Titij. Inter te autem & Titium

mutuæ mandati actiones esse debent, vt in superioribus huius legis speciebus Africanus respondit. Ratio decidendi, Hic casus dissimilis est superiori in eo quod proponitur Titius aliqua de causa iusta impeditus quominùs pro te fideiuberet. Inde námque fit, vt quamuis non fideiusserit, nihilo tamen magis actione mandati possit teneri. Semper enim parcèdum est ei qui iusto impedimento fuit impeditus ne faceret quod facere debuit, præsertim cùm agitur mandati ob non impletum mandatum, *leg. sanè. 23. cum duabus sequent b. infr. mandat. leg. si cum Cornelius. 82. de solutionib.* Ergo non potest illud dici, me pro Titio fideiussisse, ne is mandati teneretur, nec proinde vt Titij negotium gererem, sed vt tuum, cùm vtique negotium tuum sit, quoties pro te fideiussi & solui. Nec quod fidei ussi vt fidem Titij liberarem, facere potest vt negotium Titij, gessisse videar, quia in actione ista negotiorum gestorum, negotium intelligimus pecuniarium, & quod pecuniarij commodi æstimatione vtiliter gestum dici possit. Nec enim dari potest actio negotiorum gestorum, nisi ad id quod interest pecuniariter: vt dicemus ad *l. seq.* fidei autem liberatio maius quiddam est, quàm vt pecuniario commodo aut incommodo æstimari possit. *arg. leg. penult. in fin. de donat.* Cùm igitur in proposita specie eon possit mihi competere actio negotiorum gestorum contra Titium, quia tametsi fidem eius liberare noluerim, nihil tamen eius interfuit pecuniariter. planè consequens est vt ea actio dari mihi debeat contra te, cuius negotium re vera & vtiliter gessi, quia scilicet æquum est me in damno non versari: vt argumentatur Vlpianus in fine legis præcedentis.

47. PAVLVS libro 1. Sententiarum.

ACtio negotiorum gestorum illi datur, cuius interest hoc iudicio experiri.

1 ¶ Nec refert, directa quis, an vtili actione agat [a], vel conueniatur [quia in extraordinariis [b] iudiciis vbi conceptio formularum nō obseruatur, hæc subtilitas superuacua est, maximè cum vtraque actio eiusdem potestatis est, eundémque habet effectum.

Ad l. Actio. 47. & §. Nec.

Ratio dubitandi, Interest etiam eius qui pro alio inuito soluit, vt contra eum habeat actionem negotiorum gestorū, siquidem nullo alio modo potest indemnitati suæ prospicere. Et tamen non habet actionem negotiorum gestorum. *leg. vlt. Cod. hoc titul.* quamuis illud etiam concurrat, quod alterius negotium gessit, & quidem vtiliter, cùm eiusmodi solutione ipsum liberauerit. *l. soluendo. 39. supr. eod. l. solutione. 23. de solutionib.* Ergo vt quis possit agere negotiorum gestorum, non sufficit quod eius interfit hoc iudicio experiri, R. dec. Nō is Pauli sensus est, vt negotiorum gestorum agere possimus quorum interest, sed ille potius vt non possit negotiorum gestorum agere is cuius non interest hoc iudicio experiri. Cæterùm vt hæc actio competat, præsupponendi sunt termini habiles, qui non sunt, si quis inuiti & prohibentis negotia gesserit. Videtur hic enim donare magis voluisse quàm alium sibi obligare, vt dixi ad *dict. legem 39. supr.*

a *Nec refert directa quis an vtili actione agat.* Directam actionem negotiorum gestorum intelligit eam quæ competit non solùm ex verbis aut mente certa edicti, sed etiam in eum quem sibi gestor obligare voluit: vtilem verò non tam quæ inducitur per interpretationem voluntatis, quàm quæ ex necessitate, & in subsidium alterius actionis ex sola æquitate, & ob eam duntaxat causam: ne alioqui versetur in damno is qui gessit, vt in specie. *leg. atquin. 19. §. si libero. leg. quæ vtiliter. 45. §. vlt. l. cum pater. 29. & pas. sup. hoc tit. iunct. l. posthumo. 24. de tutel. & rat. distr.*

b *Quia in extraordinariis.* Totam hanc clausulam Triboniani esse docui *libro 6. Coniect.* vnde petenda sunt alia quæ ad hanc l. dici possent.

43. PAPINIANVS lib. 3. Quæstionum.

IGnorante quoque sorore, si frater negotium eius gerens dotem à viro stipulatus sit: iudicio negotiorum gestorum, vt virum liberet, iure conuenitur.

Ad l. ignorante 48.

Ratio dubitandi, Frater qui sororis ignorantis negotium gerens dotem ab ipsius viro stipulatus est, actionem sibi acquisiit ex sua stipulatione, quā actionem si mandatum præcessisset, actione mandati præstare sorori cogeretur. *leg. possessio. 49. In fin. de acquirenda possessione. leg. 2. Cod. si cert. pet.* Ergo nullo præcedente mandato actio negotiorum gestorum, quæ competit vice actionis mandati, ad hoc ipsum dari debet, vt frater actione sibi quæsita cedat sorori, non vt liberet maritum. Nec enim potest interesse sororis vt maritus liberetur, sed potiùs vt remaneat obligatus, cùm semel obligatus vtiliter fuit. Ratio decidendi, Potest interesse sororis vt maritus à fratre, cui stipulanti promisit, liberetur: forte si paratus sit maritus vxori se obligare dotis nomine, sed ita tamen si priùs à fratre liberationem consequatur. Nam æquum non esset, vt eiusdem dotis nomine duobus esset obligatus: quæ ratio facit vt & agente muliere actione rei vxoriæ necessarium sit liberari maritum à fratre, priusquàm vxori suæ possit & debeat condemnari. Cùm ergo interfit sororis liberari maritum à fratre, mirum non est dari ei actionem negotiorum gestorum contra fratrem ad hoc vt virum liberet. Datur enim omnibus quorum interest, vt diximus *in l. præced.* Sed neque interest sororis vt habeat actionem ex stipulatu quæsitam fratri, cùm suo iure ac citra cessionem vllam possit habere actionem rei vxoriæ, dummodo non sit ea nouata per stipulationem. *leg. altam. 29. de nouat.* quæ nouatio non potest videri facta per eam stipulationem, quam maritus interposuit ignorante sorore. Neque enim fieri vnquam potest nouatio debiti ignorante creditore. *l. 1. C. de nouat.*

49. AFRI-

49. AFRICANVS lib. 8. Quæstionum.

SI rem, quam seruus venditus subripuisset à me venditore, emptor vendiderit: eáque in rerum natura esse desierit [a]: de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, vt dari deberet, si negotium [b], quod tuum esse existimares, cùm esset meum, gessisses. sicut ex contrario in me tibi daretur [c], si, cùm hereditatem, quæ ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas soluisses: [quandoque de ea solutione liberarer.]

Ad l. Si rem. 49.

a *Eáque in rerum natura esse desierit.* Ergo idem non est, si in rerum natura res subtracta esse non desierit quamuis velit venditor, idémque dominus ratam facere venditionem. Ratam siquidem facit quisquis precium petit, *l. ab vno. 19. C. hoc tit. l. seruum Titij. 49. infr. mandat.* Rat. dub. Emptor qui seruum meum emit, & rem mihi ab eodem seruo subtractam vendidit, quasi suam vendidit, cùm nihil proprium seruus habere possit, sed omnia acquirat domino. Ergo quasi suum non quasi alienum negotium gessit, nec proinde eo animo vt vel alium sibi vel se alij obligaret. Consequenter non debet hoc casu locum habere negotiorum gestorum actio. *leg. in hoc iudicium. 14. §. 1. in fin. l. si quis cùm. 29. infr. commun. diuid.* Rat. dec. Non competit hoc casu negotiorum gestorum actio, si res subtracta non desierit esse in rerum natura, quia indemnitati meæ aliter consultum esse potest, scilicet per vindicationem. *l. si mancipium. 23. C. de rei vindic. l. 1. C. de reb. alien. non alien.* Sed si extare desierit, necessaria est negotiorum gestorum actio vtilis, quoniam aliter non possum indemnis seruari, nec tamen æquum est emptorem fieri ex iactura mea locupletiorem, vt & in specie. *l. si eum seruum. 23. infr. de reb. credit.*

b *Vt dari deberet si negotium.* R. dub. & decid. eadem quæ ad speciem proximè præcedentem.

c *Sicut ex contrario in me tibi daretur.* R. dub. Si tu, cùm hereditatem quæ ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solueris, habuisti animum te liberandi non me obligandi. Ergo nulla tibi contra me actio eo nomine competere potest, præsertim cùm per solutionem à te factam non sim ipse iure liberatus. Ex reg. *l. si quid possessor. 31. de petit. hæredit. l. Papinianus. 28. infr. mandat.* R. dec. Solutio à te facta me liberat, non quidem ipso iure, sed per oppositam exceptionem doli, cùm dolo faciat, & improbus sit qui bis idem consequi velit. *l. si quis dolo. 51. in fin. de re iudic. l. bona fides. 57. de reg. iur.* hoc verò sufficit ad inducendam actionem negotiorum gestorum saltem vtilem. *l. de qua re. 74. §. cùm absentem de iudic.* quia scilicet æquum est te in damno non versari. *l. quæ vtiliter. 45. in fin. supr. hoc tit.* Versareris autem si non haberes contra me actionem negotiorum gestorum, quia repetitionem nullam habere potes à legatario, qui suum recepit, licèt nihil ei debueris. *l. repetitio. 44. de condict. indeb.* Et ita accipi debet quod hîc Africanus ait *quandoquidem ea solutione liberor*, non etiam de liberatione quæ contingat ipso iure, de qua Labeo in *l. cùm pecuniam. 43. sup. eod.*

DE CALVMNIATORIBVS.

TITVLVS VI.

VLPIANVS lib. 10. ad Edictum:

IN eum, qui vt calumniæ causa negotium faceret, vel non faceret, pecuniam accepisse dicetur: intra annum in quadruplum [c] eius pecuniæ, quam accepisse dicetur: post annum simpli in factum [d] actio competit.

Ad Tit. 6. De calumniator.

Ad l. In eum. 1.

RAtio dubitandi, Actiones dandæ non sunt nisi iis quorum interest, & quatenus interest cùm; & obligationes & actiones omnes ad hoc comparatæ sint, vt vnusquisque id quod sua interest consequatur. *leg stipulatio ista. 38. §. alteri; infra de verb. oblig. leg. nihil aliud. 51. de obligat. & action.* Atqui non interest eius qui calumniam passus est vsque ad quadruplum. Ergo neque actionem vsque ad quadruplum habere debet. Præsertim cùm calumniator notetur etiam infamia. *leg. 1. supra de his qui not. infam.* eique frons ex lege Remmia inuratur. *leg. quæsitum. 13. de probat.* Ratio decidendi, In actionibus rei persecutoriis id obtinet, sed non in pœnalibus, quæ ideò pœnales dicuntur, quòd dentur etiam illi cuius nihil interest, aut suprà quàm interfit: cuius generis actiones etiam calumniatoribus interdum dantur. *leg. penultim. §. 1. ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.* Quanto magis contra calumniatores? quo genere hominum nihil in republica perniciosius dici potest. Vide *l. si caluitur. 233. de verb. signific.*

c *In quadruplum.* Nulla enim pœna excedit quadruplum. *§. omnes autem. Inst. de action.*

b *In factum.* Scilicet ſubſidiaria quam prætor inducit ex facto ipſo : nulla enim iure ciuili actio in hanc rem comparata eſt. Simplum autem quod etiam poſt annum huiuſmodi actione petitur, intelligere debemus non id quod intereſt actoris, ſed pecuniam, quam calumniator accepit. *l. 3. §. illud. infr. hoc tit.* Nimirum, ſiue ab aduerſario ne calumniæ cauſa negotium ei faceret, ſiue etiam ab alio vt negotium faceret, vt dicemus ad *l. 4. & l. 5. §. fin. infr. eodem.*

1 ¶ Hoc autem iudicium non ſolùm in pecuniariis cauſis, ſed & ad publica crimina pertinere Pomponius ſcribit: maximè cùm & lege Repetundarum teneatur, qui ob negotium faciendum, aut non faciendum a per calumniam pecuniam accepit.

Ad §. 1. Hoc autem.

R. dub. Pœna huius edicti eſt pecuniaria, nec datur niſi contra eum qui pecuniam acceptiſſe dicetur & probabitur, vt calumniæ cauſa negotium alicui faceret, vel non faceret, vt ſcriptum eſt initio huius legis. Ergo ad pecuniarias tantum cauſas pertinet, non ad publica crimina. Maximè cùm & lege Repetundarum teneatur qui ob negotium faciendum aut non faciendum per calumniam accepit pecuniam. *l. qui accuſare. 8. ad fin. de accuſat. l. eadem. 6. ad leg. Iul. repet.* Nam cùm hæc actio non ſit niſi in factum & ſubſidiaria, nulla ſubeſt eius inducendæ neceſſitas eo caſu quo lex Iulia repetundarum habere locum poteſt. R. dec. Dignus eſt calumniator qui variis actionibus pœnalibus & ciuilibus & prætoriis coerceatur. *l. nunquam. 60. de oblig. & actio.* & tanto dignior qui pecuniam accipit vt calumnietur in publico iudicio, quanto grauiores & periculoſiores ſunt accuſationes publicorum criminum, quàm priuatorum. *leg. infamem. 7. de public. iudic.*

a *Aut non faciendum.* R. dub. Bene & iuſtè facit, qui negotium alteri per calumniam facere non vult. Ergo non facit turpiter, nec pœna vlla dignus eſt, qui pecuniam accipit, vt alteri negotium per calumniam non faciat. R. dec. Imò facit turpiter qui pecuniam accipit ne delinquat, cùm amore virtutis non pecuniæ optimus quiſque in officio contineri debeat. *l. ſuris gentium. 7. §. ſi ob maleficium ſup. de pact.* vbi dixi.

2 ¶ Qui autem accepit pecuniam, ſiue ante iudicium, ſiue poſt iudicium acceptum tenetur.

Ad §. 2. Qui autem.

R. dub. Solet locus eſſe pœnitentiæ vſque ad litem conteſtatam acceptique iudicij tempus. *leg. 3. Cod. de edend. l. ſi pluribus. 33. in fin. de leg. 1. l. pluribus. 32. ſupr. de procurat. l. ex duobus. 16. de duob. reis. l. ſi Titius. 9. de verb. oblig.* Ergo qui pecuniam accipit vt negotium alteri per calumniam faciat, vel non faciat, non debet eo nomine teneri ante acceptum iudicium. R. dec. Punitur iſta actione non tam calumnia, quàm propoſitum calumniandi. *l. 3. §. infra eod. & turpis quæſtus. l. qui accuſare. 8. in fin. de accuſat.* Propoſitum autem calumniandi, & quæſtus turpis interuenit cùm pecunia accipitur ad negotium per calumniam faciendum vel non faciendum, non autem cùm negotium per calumniam fit: Alioqui nunquam teneretur is qui pecuniam acceperat vt negotium non faceret : nec enim expectandum eſt vt litem conteſtetur is qui promiſit ſe non acturum.

3 ¶ Sed & conſtitutio Imperatoris noſtri, quæ ſcripta eſt ad Caſſium Sabinum, prohibuit iudici, vel aduerſario in publicis, vel priuatis, vel fiſcalibus cauſis pecuniam dare: & ex hac cauſa litem perire iuſſit. ¶ Nam tractari poteſt b, ſi aduerſarius non per calumniã, tranſigendi animo accepit, an conſtitutio ceſſat. & puto ceſſare, ſicuti hoc quoque iudicium. neque enim tranſactionibus eſt interdictum, ſed ſordidis concuſſionibus.

Ad §. 3. Sed & conſtitutio.

R. dub. Poteſt fieri vt pecuniam ſiue iudici ſiue aduerſario dedit, bonam nihilominùs cauſam habeat, & habere ſe ſciat, ſed tamen ita faciat vt redimat, vel à iudice alioquin pigro & improbo litis expeditionem, vel ab aduerſario vexationem. Intereſt enim litigatoris cuiuslibet, ſiue bonam, ſiue malam cauſam habeat vt quàm primùm lis expediatur. *l. 1. C. de admin. tutor.* & in publicis potiſſimùm cauſis honeſta eſt ratio quæliberedimendi ſanguinis qui vt plurimùm periclitatur. *l. 1. de bon. eor. qui ſibi mort. conſciuer.* Ergo non debet lis bona perire ob hoc ſolùm quod quis vel iudici vel aduerſario pecuniam dederit. R. dec. Exemplo peſſimum & turpe eſt, cùm id quod iure fieri debet, tentatur pecunia, nec poteſt diſſimulare quin diffidentia iuſtæ ſententiæ in pecuniæ corruptela ſpem negotij repoſuerit, vt habet conſtitutio Antonini ab Vlpiano hîc relata, quæ extat in *l. 1. C. de pœn. iudic. qui malè iudic.* Nimirum cùm pecunia data eſt iudici. Sicut enim turpiter ille accipit, ita & turpiter dat qui dat iudici. Videtur enim illum corrumpere, etiamſi bonam alioqui cauſam habeat. *l. 2. in fin. de condict. ob turp. cauſ.* vbi hæc eadem Antonini conſtitutio refertur. Sed cùm pecunia datur aduerſario diſtinguendum eſt an bona fide & non per calumniam tranſigendi animo quis pecuniam acceperit, an verò tranſactionis prætextus quæſitus ſit ad calumniam. Nec enim licitis tranſactionibus interdictum eſt, ſed ſordidis concuſſionibus, vt lex ait. Iunge *l. in ſumma. 65. §. 1. de condict. indeb.*

Nam tractari poteſt. Dixit Vlpianus *nam* pro *ſed.* Niſi potius tota hæc clauſula Triboniani eſt. Subiicitur enim ſatis ineptè & incongruè ſuperioribus, præſertim verò quod pertinet ad hoc edictũ.

Nam, cùm verbo edicti diſertè loquantur de illo qui calumniæ cauſa pecuniam accepit, quis nõ videt eos qui bona fide & tranſigendi animo non per calumniam acceperunt pecuniam ab hoc edicto non pertinere? Aut quid opus erat hoc admonere? Sed neque conſtitutio illa Antonini quicquam ſimile aut commune habet cum hoc edicto. Lata enim eſt contra eos qui pecuniam dant aut iudici aut aduerſario vt eum corrumpant, & ideo placuit eos amittere actionem. Hoc verò edictum contra eos qui è contrario pecuniam accipiunt, vt alteri negotium faciant vel non faciant: quos vtique conſtat nullam poſſe amittere actionem quam nullam habent cùm ſint calumniatores. Scio Iacobum Cuiacium ad *l. 7. §. pen. infra de dolo.* ſic locum hunc intelligere vt his corruptori non pereat ſi licitè tranſegerit, & ex ea cauſa pecuniam accipienti numerauerit. Sed non video qua ratione poſſimus corruptorem eum dicere qui animo tranſigendi pecuniam dedit, non ſolùm ſi eſ dederit, cuius nulla fuit calumnia, ſed etſi calumniatori. Nec enim corrumpi dicitur calumniator, ſed qui bonam litem dolo malo & accepta pecunia perire patitur. Neque verò Cuiacius ipſe negare poteſt, conſtitutionem iſtam Antonini neque locutam fuiſſe de eo qui pecuniam acepit, neque ſic ab Vlpiano exceptam eſſe. Etſi aliter Accurſ. in ver. *dare*, vbi notat conſtitutionem, quę vetuit pecuniam dare hoc ipſo vetuiſſe, ne pecunia acciperetur, quod certè falſum eſt.

4 ¶ Pecuniam autem accepiſſe dicemus, etiam aliquid pro pecunia acceptum.

Ad §. 4. pecuniam.

R. dub. In pœnalibus & odioſis verba propriè ac ſtrictè ſunt accipienda. Nunquàm enim odioſæ diſpoſitiones adiuuandæ ſunt interpretatione. *leg. cùm quidam. 19. de liber. & poſt.* Atqui edictum hoc eſt pœnale & conſequenter odioſum & ideo interpretatione mollien dum potiùs quàm aſperandum, *leg. pen. de pœn.* Prætor autem de illo nominatim locutus eſt, qui pecuniam accepit. quo nomine ſi proprietatem verbi ſpectamus, pecunia numerata intelligitur, aut ſaltem eæ ſolæ res, quæ conſiſtunt in pondere, numero & menſura *l. 2. in princip. C. de conſt. pecun.* Ergo ſi quis pro pecunia quid aliud acceperit, non pertinet ad edictum. R. dec. Pecuniæ appellatione res omnes etiam ex verbi proprietate ſignificantur. *d. l. 2. in fin. C. de conſt. pecun.* quæ ſcilicet in patrimonio noſtro ſunt, & ex quibus pecunia reſici poteſt. *l. 5. l. tantum. 88. l. cùm ſtipulamur 97. l. pecuniæ. 178. l. pecuniæ. 222. de verb. ſignif.* Neque verò minùs turpiter facit qui aliquid pro pecunia quàm qui pecuniam accipit calumniæ cauſa : alioqui facilè inuenta eſſet ratio eludendi edicti, ſi is qui pro pecunia quid aliud acciperet ad calumniam faciendam vel non faciendam, id impunè ferret: quod eſſet abſurdum. arg. *l. ſcire. 21. §. 1. de tutor. & curat. dat. l. 5. §. ſi pupillus. de reb. eor.*

2. PAVLVS lib. 10. ad Edictum.

QVinetiam, ſi quis obligatione liberatus ſit, poteſt videri accepiſſe. ¶ Idémque ſi gratuita pecunia vtenda data ſit a, aut minoris locata venditáve res ſit b, nec refert ipſe pecuniam acceperit, an alij dari iuſſerit c, vel acceptum ſuo nomine ratum habuerit.

Ad l. Quinetiam. 2.

R. dub. Pecuniæ verbum etiamſi generaliter accipiatur, non niſi corpora continet. *leg. pecuniæ verbum. 179. in illis verbis, Omnem omnino pecuniam, id eſt omnia corpora. de verb. ſignific.* Atqui nullum corpus accipit is qui obligatione aliqua liberatur. aliud enim eſt non dare, aliud accipere. Ergo non pertinet ad edictum. R. dec. Imò pecuniæ nomine non tantùm corpora, ſed etiam iura continentur. *l. pecuniæ nomine. 222. eod. tit.* & locupletior fit qui liberatur. *leg. ſi pupilli. 66. in fin. de ſolut.* cùm ſit ſpecies acquirendi liberari ab obligatione. *leg. ſpecies. 11. de acceptil.* Sic dicimus dediſſe videri etiam illum qui debitorem ſibi obligatum liberauit, *l. vel obligatus. 20. iunct. l. præc. inf. de liber. cauſ.* Tam ergo facit turpiter & contra publicam honeſtatem, ac proinde contra prætoris mentem is qui vt calumniæ cauſa negotium alteri faciat vel non faciat, accipit liberationem, quàm ſi pecuniam acciperet : æque enim quæſtum improbum facit. *l. qui accuſare. 8. in fin. de accuſat.*

a *Idémque gratuita pecunia vtenda data ſit.* Rat. dub. Qui pecunia vtitur gratuita, id eſt, ſine vſuris, non ideo fit locupletior, ſed tantùm non pauperior, quod longè diuerſum eſt. *leg. ſi ſponſus. §. §. conceſſa. & §. pen. alias l. ſi mulier. de donat. int. vir. & uxor. leg. quod autem. 6. in princip. & paſſ. quæ in fraud. cred.* Atqui edictum prætoris loquitur de eo qui pecuniam accipit & improbum, quæſtum facit : ergo is cui gratuita pecunia vtenda data eſt ad hoc edictum non pertinet. R. dec. Ei, qui pecuniam gratuitò vtendam dedit, abeſſe intelligitur etiam id quod vſurarum nomine lucrari potuit ſi pecuniam fœnori collocaſſet. arg. *l. ſi commiſſa. 13. rat. rem habet.* & è contrario, qui eam pecuniam gratuitò vtendam accepit vt calumniam faceret, hoc ipſo calumniæ ſuę fructum aliquem percipit, quem ei perinde fraudi eſſe æquum eſt, vt non minùs factum eius improbum puniatur, quàm ſi magnam pecuniæ quantitatem accepiſſet. Nec enim ex precij quantitatè æſtimanda eſt magnitudo calumniæ, cùm tanto turpius faciat qui calumniam ſuam viliore precio vendit.

b *Aut minoris locata venditáve res ſit.* R. dub. In emptionibus & conductionibus licet contrahentibus naturaliter in precio ſe decipere. *l. in cauſa. 16. §. idem Pomponius. infr. de minor. leg. item quæritur. 22. §. vlt. loca.* Ergo quod quis minore pecunia rem aliquam vel conduxerit, vel emerit ad hoc edictum pertinere non debet. R. dec. Non pertinet ad hoc edictum, ob id ſolùm quòd minoris emerit, vel conduxerit, ſed quia vt calumniæ cauſa negotium alteri faceret, vel non faceret. Itaque improbitas & turpitudo non in facto ipſo eſt, ſed in cauſa. *l.*

prox.in illis verbis *propter hoc.*infr.

c *An alij dari iusserit.* R. dub. Verba edicti notant eum qui pecuniam accepit.*l.1. in princip.supr.* Ergo siue quis alij pecuniam dari iusserit, siue acceptam suo nomine ratam habuerit, non pertinet ad hoc edictum. R. dec. Non sunt cauillanda verba edicti, nec tam qui prætor, quàm qua mente dixerit, inspiciendum est. *l.pen.infr.ad exhib.* Voluntas enim & propositum prætoris attendi debet,ne facilè ac impunè fraus fiat edicto,si cui liceat salùis edicti verbis sententiam eius circumuenire.*l.contra.* 19. *& seq. supr. de legib.* Quid verò interest si rei effectum inspicias, an calumniator per seipsum pecuniam accipiat,an per alium? & an mandet pecuniam suo nomine alij dari,an ratum habeat?

3. VLPIANVS lib.10.ad Edictum:

ET generaliter idem erit,si quid omnino compendij sensit propter hoc: siue ab aduersario,siue ab alio quocunque.

Ad l. Et generaliter.5.

R.dub.& dec.eadem quæ ad §.vlt.l.1.& ad l.prox.præcedentem.

1 ¶Si igitur accepit,vt negotium faceret,siue fecit, siue non fecit:& qui accepit, ne faceret,& si fecit,tenetur a.

Ad §.1.Si igitur.

R.dub.Verba cum effectu sunt accipienda, præsertim in edicto prætoris. *leg.1. §. vlt. quod quisque iur.l.pen. §.docere.ne quis eum qui in ius voc.ab.vi exim.* Atqui nullum effectum habet calumnia eius qui accepta pecunia in calumniam faceret, postea tamen non fecit.Ergo non debet puniri pœna huius edicti,ne alioqui cogitationis pœnam patiatur, contra *leg.cogitationis.*18.*de pœn.* R. dec. Multum interest an verba edicti notent: & puniant actum perfectum & consummatum,vt in supradictis locis : an verò malum propositum & improbum consilium hominis calumniam meditantis, vt in hoc edicto. Fateor non sufficere vt quis de calumnia inferenda cogitauerit,nisi præterea pecuniam acceperit, aut quid aliud vice pecuniæ.Sed vbi accepit,vt calumniam faceret, nihil vltra exigimus, quia non eum notat prætor qui calumniam fecerit, sed qui pecuniam accepit vt faceret, vel non faceret. Accepit autem etiam cum effectu, qui quoquomodo accepit : quamuis calumniam non fecerit. Nemo enim sola pœnitentia nocens esse desinit.*leg. qui ea mente. 65. de furt.*

a *Et quidem accepit ne faceret, & si fecit, tenetur.* R.dub.Cùm quis accepit pecuniam ne calumniam faceret,& fecit,causa propter quam accepit pecuniam non est secuta. Ergo incipit habere pecuniam sine causa.& consequenter non potest hoc edicto quasi pecuniam ex improba causa acceperit,teneri.Nihil enim refert , vtrúmne ab initio sine causa quid datum sit an causa propter quam datum fuit ,secuta non sit.*l.pen. & vlt. de condict. sin. caus.* Ratio decid.Qui calumniam facit, pro qua non faciendapecuniam acceperat,turpius facit, quàm si fidem seruaret,tantóque magis calumniator est qui perfidiæ adiungit calumniæ crimen. Non debent igitur melioris esse conditionis, longéque dissimilis ille est, de quo Vlp.in *l.verum.*39.*in fin.de furt.*

2 ¶Hoc edicto tenetur etiam is qui depectus est. Depectus autem dicitur turpiter pactus.

Ad §. 2.Hoc edicto.

R.dub.Edicti verba nihil exprimunt de eo qui depectus,id est, turpiter pactus est, ergo ad eum pœna edicti porrigi non debet. R. dec. Qui turpiter pactus est, data nimirum pecunia hoc ipso videtur fateri crimen, & habetur pro confesso. *l.furti. 6.§.pactúsque.sup. de his qui not.infam.* Quemadmodum ergo hoc edicto teneretur is qui calumniæ causa pecuniam accepisse probaretur, ita & qui de eo accusatus turpiter pactus esset quocunq; precio dato. Hoc enim crimen licèt etiam ad legem Iuliam repetundarum pertineat, & ideo publicum sit. *leadem. 6. de leg. Iul. repet.* cùm tamen sanguinis pœnam non ingerat non est ex eorum numero,de quibus transigere liceat. *leg. transigere.* 18. *Codic. de transact.*

3 ¶Illud erit norandum,quod qui dedit pecuniam,vt negotium quis pateretur, non habebit ipse petitionem:turpiter enim fecit:sed ei dabitur petitio,propter quem datum est,vt calumnia ei fiat. Quare siquis & à te pecuniam accipit, vt mihi negotium faceret: & à me,ne mihi faceret:duobus iudiciis mihi tenebitur b.

Ad §. 3. Illud.

R. dub. Nihil abest ei contra quem vt calumnia ei fieret, pecunia data est, maximè si calumnia nulla secuta sit : ergo nullam actionem eo nomine habere debet, cùm nihil eius interesse videatur. R. dec. Hæc actio pœnalis est non rei persecutoria, etiam intra simplum,& ideo datur ei quoque cuius nil interest,vt dixi ad *l.1.supr.* Quanquam non potest negari quin etiam actoris interfit,vel ob id quod calumniam pati potuit, vt sit hoc precium quodammodo periculi; quod improbitas calumniatoris minata est innocenti. Et sanè aut nulla actio proponenda fuit contra hunc calumniatorem,aut ei dari debuit, contra quem præparata fuit calumnia, cùm illi ipsi qui pecuniã dedit,non possit dari repetitio, quia nõ minùs turpiter fecit cùm dedit, quàm calũniator turpiter, cùm accepit, In pari autem causa melior est conditio possidentis *l. 3. §.1. infr. pen. l.3. & 4. C. pen.*

pen.in fin.de condict.ob turp.caus. l. 2.C.eod.

b *Duobus iudiciis mihi tenebitur.* R. dub. Qui pecuniam dedit, non habet repetitionem ex hoc edicto,vt proximè dictum est. Ergo cùm in proposita specie & alius tibi pecuniam dederit vt mihi calumniam faceres, & ego ne faceres, danda quidem mihi est contra te petitio eius quod alius dedit, sed non repetitio eius quod dedi, consequenter vno duntaxat iudicio mihi teneberis non duobus.Ratio dec. Ei denegatur repetitio , qui pecuniam dando turpiter fecit. Turpiter autem fecit ille,qui pecuniam tibi dedit , vt mihi calumniam faceres , non etiam ego qui dedi ne faceres.Igitur vtroque respectu actionem contra te habere debeo.

4. GAIVS lib.4.ad Edictum Prouinciale.

HÆc actio heredi quidem non competit : quia sufficere ei debet, quòd eam pecuniam quam defunctus dedit a,repetere potest.

Ad l.Hæc actio.4.

R. dub. Heres succedit in vniuersum ius quod defunctus habuit. *l. nihil est aliud. 24. de verb. sign.* Ergo actio ex hoc edicto sicut competit defuncto, ita & heredi competere debet. *l. vlt. & tot.tit. C. de hered. act.* R.dec. Actiones pœnales nec heredibus dantur , nec in heredes. *l. in honorariis. 35. de oblig. & action. §. non autem, Inst. de perpet. & temp. action.* quæ autem ex hoc edicto datur,tota pœnalis est etiam intra simplum , vt dixi ad *d. l. 1.sup. eod.* Ergo non debet dari heredi , nec ad quadruplum nec ad simplum. Dabitur tamen ei condictio ob turpem causam quomodo intelligendum omnino est quod sequitur in hac lege quicquid dicat Bartolus.

Quam defunctus dedit. R. dub. Non datur repetitio ei ipsi qui pecuniam dedit , alij vt is calumniam faceret, quia dando turpiter fecit, vt dictum est in *§. vlt. l. præced.* Ergo multo minùs heredi ipsius competere potest. Ne alioqui melioris conditionis sit heres quàm defunctus contra hanc ipsam legem quæ vult esse deterioris. R. dec. Hæc lex intelligenda est de herede illius cui viuenti competit. non solùm actio ex hoc edicto, sed etiam condictio datæ pecuniæ , quod contingit , cùm solius accipientis turpitudo versatur, id est, cùm tibi pecuniam dedi ne calumniæ causa mihi negotium faceres,vt in *l. prox.§.1.infr.* Alio enim casu cùm quis tibi pecuniam ideo dedit, vt per calumniam faceres,non repetirio mihi competit ex hoc edicto, neque condictio siue indebiti , siue alia vlla,quia nullum negotium inter nos gestum est. *l. si in area. 33. de cond. indeb.* sed petitio, vt ait. *§. vltim. l. præced.* Atqui hæc lex loquitur de repetitione non de petitione.

5. VLPIANVS lib.10. ad Edictum.

IN heredem autem competit in id,quod ad eum peruenit.Nam est constitutum,*turpia lucra heredibus quoque extorqueri,licèt crimina extinguantur,* vt puta ob falsum, vel iudici ob gratiosam sententiam datum , & heredi extorquebitur: & si quid aliud scelere quæsitũ.

Ad l.In heredem.5.

R. dub. Actiones pœnales non dantur in heredem. *d.l.in honorariis.35 de oblig. & act.* præsertim ex maleficio descendentes. *§. non autem. Institut. de perpet. & temp. action. l.vnic. Cod.ex delict. defunct.* Nam & crimina ipsa morte extinguuntur. *l. si pœna. 20.de pœn.* Atqui actio quæ ex hoc edicto competit pœnalis est & ex maleficio. Ergo non datur in heredem.R.dec. Non datur in solidum aduersus heredem , sed datur tamen in id quod ad eum peruenit , quia licèt crimina morte extinguantur, tamen lucra turpia heredibus auferenda sunt, & extorquenda ne alieno scelere ditentur. *leg. quod diximus.16.§.vltim.l.quod autem.19.infr. quod. met. caus. l.3.in princip.de vi & vi armat.leg.ficuti.* 38. *de reg.iur. cum similib.*

1 ¶Sed etiá præter hanc actionem condictio cõpetit,si sola turpitudo accipientis versetur b : nam si & dantis ; melior causa erit possidentis c. Quare si fuerit condictum, vtrùm tollitur hæc actio d, an verò in triplum danda sit? an exemplo furis & in quadruplum actionem damus,& in condictionem? Sed puto sufficere alterutram actionem. Vbi autem condictio competit,ibi non est necesse post annum dare in factum actionem.

Ad §. 1. Sed etiam praeter.

Si sola turpitudo accipientis versetur. Exemplum petendum est ex *l.3.§.vlt.supr.* Si tibi pecuniam dederim ne mihi calumniam faceres. In eo namque nihil turpiter facio, qui do tibi ad redimendam calumniosam vexationem , sed tu facis turpiter qui accipis. Nec proinde ratio vlla dubitandi occurrit, quin condicere possim quod tibi dedi, scilicet condictione ob turpem causam *l. 1. & 2. De cond. ob turp. caus.* Nisi fortè dubitandi rationem petere quis velit ex eo quod actio prætoria ex hoc edicto longè plenior est, quàm condictio, cùm ad quadruplum detur. Sed cùm condictio ob turpem causam sit ex iure ciuili , certum est non posse illam ob id minùs competere , quòd prætor etiam introduxerit prætoriam. Maximè cùm condictio sit rei persecutoria , hæc verò sit pœnalis, in quo actionum genere certum est alteram per alteram non impediri. *l. si profuere.7.in princ.de condict. furt.*

c *Melior causa erit possidentis.* Ratio dub. Turpiter accepta pecunia iustiùs penes eum est qui deceptus fuit , quàm penes eum,qui decepit. *l. si procu-*

rator. 9. de dol. mal. excep. Ergo in proposita specie non est distinguendum, vter possideat, sed vter deceperit, vel deceptus sit. R. dec. Non cadit ea distinctio deceptionis in hunc casum, in quo vterque tam qui accipit quàm qui dat, versatur improbè ac turpiter, vt scilicet calumniæ causa negotium alicui fiat, nec quisquam ex iis decipitur, id agente vtroque vt decipiatur solus ille cui calumnia paratur.

d *Vtrum tollitur hæc actio.* R. dub. Cùm plures actiones ex eodem delicto nascuntur, interdum omnibus experiri licet, nec vna electa tolluntur aliæ. *l. cùm ex vno. 32. l. quoties. 41. in princip. & §. 1. de oblig. & action.* Aliquando verò supersunt quidem aliæ, sed in id tantùm quod plus in iis est, quàm in ea quæ prior proposita fuit. *d. l. 41. §. 1. iunct. l. qui seruum. 34. eod. tit.* Aliquando etiam totum posterioris actionis emolumentum saluum est vt in fure, quem certum est in quadruplum teneri etiam postquam passus est condictionem, quia condictio rem ipsam persequitur, furti autem actio pœnam. Totum enim quadruplum pœna est. *d. l. si pro fure. 7. in princip. & §. 1. de condict. furt.* Ergo difficile est dicere quid in proposita specie constituendum sit. Concluditur tamen alterutram actionem sufficere. Quod vulgo sic accipitur ex Azonis sententia, vt vsque ad simplum alterutra actio alteram perimat, sed non etiam in eo quod excedit simplum, id est, in triplo: quod cùm sit pœna, nihil sanè causæ est cur eius petitio per condictionem tollatur: quia actio rei persecutoria nunquam pœnalem tollit. *d. l. si pro fure*, in eo saltem quod amplius est in pœnali. *dict. l. qui seruum. 34. & dict. l. quoties. 41. §. 1. de oblig. & action.* Ego verò plus puto, quadruplum totum in actione quæ ex hoc edicto competit, pœnam esse, sicut in actione furti, ac proinde etiamsi condictione actum sit, adhuc tamen actionem hanc integram ad quadruplum intra annum superesse: nec dubito quin totus hic §. sit Triboniani potiùs quàm Vlpiani. Mouet me primùm ratio iuris quæ nullo penitus casu patitur vt pœnalis actio per eam quæ sit rei persecutoria, tollatur, vt ex supradictis locis constat. Deinde quod & Tribonianus ipse fatetur in *§. quadrupli. 25. iunct. §. item actio. 27. de action.* hanc actionem similem esse actioni furti non in eo tantùm quod æquè sit quadrupli, sed in eo etiam, quod ex ea omnimodo reus in quadruplum condemnatur, id est, vt idem Tribon. explicat, etiamsi rem ipsam restituere paratus sit, adeóque tametsi eam restituat iussu iudicis, quæ tamen restitutio non fit, quin condictio & proponatur, & habeat effectum. Idque ad differentiam actionis, *Quod met. caus.* quæ in quadruplum quidem datur, sed ita tamen, vt si res arbitrio iudicis restituatur, quadrupli pœna euitetur. Vnde nec mirum est in quadruplo illo simplum inesse quod sit rei persecutio, non item in actione furti, nec proinde in hac, quæ actioni furti in cæteris omnibus æquiparatur. Quanquam & in actione quod metus causa putauit Labeo vno casu posse fieri, vt qui totum quadruplum pro pœna præstitit adhuc simpli iacturam patiatur, vt scriptum est in *l. item si cum te. §. sed & si quis. 9. in fr. quod met. caus.* quæ sententia etsi Iuliano & Vlpiano durior visa est, vt constat ex illo loco, magnum tamen argumentum præbet pro eo quod volumus, non esse nouum aut absurdum, vt quis præter quadruplum etiam simplum præstet. Et verò cùm prætor verbis huius edicti polliceatur actionem in simplum post annum in vtroque casu edicti, hoc est, siue quis pecuniam acceperit vt calumniæ causa negotium faceret, siue vt non faceret, & tamen condictio detur eo casu quo pecuniam quis dedit ne calumniam pateretur. *l. 1. in princip. sup.* planè consequens est, vt vel falsum sit quod hîc ex Vlpiano scribitur, vbi condictio competit, ibi non esse necesse post annum dare in factum actionem, vel malè ac frustra prætor actionem in simplum proposuerit vtroque casu, quam debuerat proponere, tunc tantùm cùm pecuniam accepisset calumniator ad faciendam calumniam, quo nimirum casu nulla condictio potest competere. Sed ex ea parte edicti apparet prætorem simpli nomine non eam pecuniæ quantitatem intellexisse, quam actor ipse dederit, sed quam calumniator acceperit. Nullam enim dedit actor qui eam petit quam vt sibi calumnia fieret, alius dederat. Itaque huius petitio non repetitio est. Alio qui debuerat prætor in simplum actionem dare eo solo casu quo pecuniam dedisset actor ipse ne calumniam pateretur, si eo solo casu de simplo tractari poterat. Sed cùm non nisi ex simpli comparatione quadruplum dicatur & æstimetur, quadrupli verò condemnatio aduersus eum maximè fiat, qui pecuniam accepit vt calumniam alicui faceret, intelligimus eo quoque casu simplum aliquod subesse oportere quod quadrupli possit, & cuius nomine in factum actio etiam post annum danda sit. Atqui, inquies, post annum actiones pœnales non dantur, non magis quàm in heredem. *leg. in honorariis. 35. de oblig. & action* Ergo vel actio hæc pœnalis non est intra simplum, sed rei persecutoria, vel post annum dari non debuit, sicuti nec datur in heredem. Verùm respondeo pœnalem esse etiam intra simplum & post annum, eo quod datur etiam ei qui nullam pecuniam dederit, & nihilominus post annum quoque dari ad simplum, quia per eam actionem nihil aufertur calumniatori nisi quod ipse habuit, vt proinde ex parte calumniatoris videatur rei persecutoria esse vsque ad simplum potiùs quàm pœnalis. Quidni ergo contra eum dabitur etiam post annum? Nam & in heredem daretur quatenus ad eum peruenisset. *leg. 4. supr.* Neque tamen idcirco per hanc actionem condictio tollitur, quoniam hæc actio etiam intra simplum petitio non repetitio est, neque debet esse melior conditio calumniatoris, qui ab aduersario ipso pecuniam accepit ne calumniam ei faceret, quàm eius qui ab alio vt calumniam faceret. Nimirum quod ad hanc actionem pertinet, quam prætor in vtrunque casum proponit aduersus calumniatorem promiscuè, ac sine vlla distinctione. Nam quantum ad condictionem interest, quia condictione tenetur is tantùm, qui pecuniam accepit ab aduersario, non qui ab alio. Sed ea res non debet prodesse calumniatori, quominùs præter condictionem teneatur ex hoc edicto, tum quoque cùm ab aduersario pecuniam accepit, quia quod alio casu non patitur condictionem, non fit ipsius fauore, sed odio eius qui dedit, quippe qui dando turpiter fecerit: quæ ratio cessat in aduersario

sario qui pecuniam ideo dedit ne calumnia ei fieret. Cui proinde non debet nocere quominùs habeat actionem ex hoc edicto vsque ad quadruplum intra annum, & vsque ad simplum post annum, quod præterea sit habiturus condictionem eius pecuniæ quam dedit, alioqui nullam pœnam pateretur calumniator, qui post annum ex hoc edicto conueniretur ad simplum, si ob hoc ipsum à condictione liberaretur. Dices, Minùs turpiter eum facere qui pecuniam accepit ne calumniam faciat, quàm qui vt faciat, non ergo magis puniri debere. Sed præter id quod æquè turpiter facit vterque in eo quod pecuniam accipit, non est maior vnius quàm alterius pœna, siquidem condictio cùm rei persecutio sit non pœna, vtique pœnam non auget. Difficilis sanè hic locus est, sed ita mihi videtur. Facitque omnino pro mea sententia, quòd si quis alius misericordiæ causa pecuniam dederit calumniatori ne calumnia mihi fieret, tenetur calumniator & illi qui pecuniam dedit, scilicet condictione & mihi qui nihil dedi ad quadruplum ex hoc edicto, nempe intra annum. *l. si quis ab alio. 7. infr.* ac proinde etiam post annum ad simplum. Nam quo casu prætor dat actionem in quadruplum intra annum, eodem casu dat actionem in simplum post annum. Apparet igitur pœnam huius edicti non ob id minùs deberi, quòd calumniator præterea condictione teneatur. Nisi fortè volumus meliorem facere conditionem calumniatoris, qui pecuniam ab alio accepit, ne mihi calumniam faceret, quàm si à me accepisset, quod esset ridiculum. Quid enim illius interest, an mihi an alij condictione teneatur? Quod si condictio nõ minuit quadruplum. Ergo neque tollet simplum, quia eadem minuendi aut non minuendi quadrupli, quæ tollendi vel non tollendi simpli ratio est.

6. GAIVS lib. 4. ad Edictum Prouinciale.

ANnus autem in personam quidem eius, qui dedit pecuniam, ne secum ageret, ex eo tempore cedit ex quo dedit: si modò potestas ei fieret[a] experiundi. In illius verò personam, cum quo vt agatur, alius pecuniam dedit, dubitari potest, vtrum ex die datæ pecuniæ numerari debeat, an potius, ex quo cognouit datam esse: quia qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere; & verius est, ex eo annum numerari, ex quo cognouit.

Ad l. Annus. 6.

a *Si modò potestas ei fieret.* Mallem pro *fieret* legere *fuerit.* Ratio dubitandi, Iniquissimum est ex condictione actorum obligationes reorum extendi per quos nihil factum erit, quominùs cum iis agi possit. *leg. 4. in fin. de diuers. temp. præscript.* Ergo in proposito annus debet omnimodo currere ex die datæ pecuniæ, siue actori potestas fuerit experiundi siue non fuerit. Rat. decid. Multùm refert an agatur de anno continuo, vt in *dict. leg. 4.* an de vtili vt in hac lege. Annus enim semper in edicto prætoris, maximè in annalibus actionibus vtilis intelligitur non continuus, vtile autem illud tempus est, quo actor experiundi potestatem habet. *leg. 1. ff. tit. De diuers. temp. præscript.* Non semper autem habet actor potestatem experiundi ex eo die quo dedit pecuniam, quia licet non possit ignorantiam proprij facti obtendere. *l. 7. ad Velleian.* quomodo potest is qui nescit ab alio datam esse, vt sequitur in hac lege, possunt tamen alia multa occurrere, quæ faciant ne possit experiri. *d. leg. 1.*

b *In illius verò personam.* Cùm quis ex alterius facto agit, non plus iuris habere potest, quàm haberet is ex cuius facto agit si ipse ageret: arg. *leg. ex quâ persona. 149. de reg. iur.* Atqui non posset is qui pecuniam dedit proprij facti ignorantiam prætendere. *l. quanquam. 7. ad SC. Velleian.* ideóque si quam actionem haberet, tempus ei curreret à die scientiæ. Ergo & in persona illius cum quo vt per calumniam agatur pecunia data fuit, curret annus à die datæ pecuniæ. Ratio decid. Annus hic vtilis est, vt supra proximè diximus, ideóque non currit ei qui experiundi potestatem non habuit. Is autem qui nescit, experiundi potestatem non habet, quia neque inuisus neque ignorans quisquam agit. *leg. cùm sex menses. 55. infr. de ædilit. edict.* Nec mirum est meliorem esse hac in re conditionem actoris, quam foret eius qui pecuniam dedit etiamsi agere ipse posset, quia licet agat ob factum eius qui dedit, non tamen agit ex eius persona ex iure, (nec enim ille ius repetendi vllum vnquam habuit) sed ex propria persona proprióque iure: & præterea cùm alius sit alieni facti ignorantia in eo tolerabilis est. *l. vlt. pro suo*: quæ in eo ipso qui pecuniam dedit, esset intolerabilis, quia proprij facti esset non alieni. *d. l. quanquam.*

7. PAVLVS lib. 10. ad Edictum.

SI quis ab alio acceperit pecuniam, *ne mihi negotium faciat*: si quidem mandatu meo datum est: vel à procuratore meo omnium rerum: vel ab eo, qui negotium meum gerere volebat, & ratum habuit: ego dedisse intelligor. Si autem non mandatu meo alius ei dicet misericordiæ causa[d], dederit, ne fiat: neque ratum habuit: tunc & ipsum repetere, & me in quadruplum agere posse[e].

Ad l. Si quis. 7.

c *Ego dedisse intelligor.* Et consequenter habeo condictionem, non ille qui dedit: sed habeo etiam præterea actionem in quadruplum pœnalem ex hoc edicto, quemadmodum si alius dedisset non ego, haberet ille condictionem datæ pecuniæ & ego nihilominus actionem hanc in quadruplum, vt sequitur in hac lege. R. dub. Eius est condicere qui dedit. At qui non ego dedi, sed alius, ergo debet alius habere condictionem non ego. R. dec. Non quidem reuera & naturaliter dedi ego qui non numerauí, sed tamē dedisse intelligor & negotium gessisse, quia ex voluntate mea alius dedit. Proinde condictionem habere debeo, non minùs quàm si dedissem, quia nihil interest an per me dederim an per alium, præsertim quod attinet ad causam condictionis. *l. quamuis. 40. cum seqq. ad Treb. l. vero procur. atori. 12. de solut.*

d *Licèt misericordiæ causa.* R. dub Quod pietatis causa datum est, non solet repeti. *l. cum is. 32. §. mulier. de condict. indeb.* Atqui quod datur misericordiæ causa, vtique datur intuitu pietatis. Ergo quod quis tibi dedit misericordiæ causa, ne mihi calumniam faceres condicere ipse non potest. Rat. decidendi, Quod datum est pietatis & misericordiæ erga accipientem ipsum exercendæ gratia, repeti quidem non potest, quia piè non turpiter accipitur, vt in *dict. §. mulier.* At quod vni datur animo pietatis erga alium exercendæ potest repeti si is qui accepit, turpiter acceperit, vt in hac specie. Nam & quod vni misericordiæ causa datum est, ab alio quoque interdum repeti potest, vt *in l. patrem C. de nupt.*

e *Tunc & ipsum repetere & me in quadruplum agere posse.* Rat. dubit. Sufficit alterutra actio, & vbi condictio competit, non est necesse dare actionem ad simplum. *l. 5. §. vltim. supr.* Ergo cum alij condictio competat, dicendum est non posse me agere, aut saltem non nisi ad triplum. R. dec. Vel vnus hic locus apertissimè ostendit vnam actionem per aliam non consumi, ne quidem in simplo, & actionem quæ ad quadruplum ex hoc edicto competit, totam esse pœnalem, id est, etiam quod ad simplum, alioqui non posset concurrere cum condictione, nisi hactenus vt daretur ad triplum. Nec distinguendum est cum Accursio an condictionem habeat ille ipsi qui agit ex hoc edicto an alius, vt d. xi ad *d. l. 5. §. vlt.* vbi ex hoc potissimùm textu probaui locum illum esse Triboniani volentis solita sua æquitate rigorem qui nimius videbatur, huius edicti temperare, quasi verò fieri possit, vt in calumniatorem omnes demeritum pœnas, dubium quid constitutum sit longe *§. seq. in fin.*

1 ¶ Si, vt filiofamilias negotium fieret, acceptum est: & patri actio danda est.

¶ Item si filiusfamilias pecuniam acceperit, vt faceret negotium, vel non faceret: in ipsum iudicium dabitur. Et si alius non meo mandatu ei dederit, ne fiat: tunc etiam ipsum repetere eg, & me in quadraplum agere posse.

Ad §. Si vt filiofamilias 1.

R. du. Ex hoc edicto ei datur actio, propter quem & contra quem vt negotium calumniæ causa ipsi fieret, pecunia data est, *l. 1. & pass. supra hoc tit.* Atqui pecunia in proposito data est vt filiofamilias negotium fieret non vt patri. Ergo filiofamilias non patri danda actio est: Præsertim cùm alij casus multi sint, in quibus etiam proprio nomine filiusfamilias habet actionem, *leg. filiusfamilias. 9. infrà de obligat. & action.* Maximè verò potest filiusfamilias in factum actiones exercere. *l. in factum. 13. eod.* Atqui ea quæ ex hoc edicto comperit actio in factum est. *d. l. 1. supr.* Ergo nihil vetat, quominus filiofamilias etiam proprio nomine competat. Ratio decidendi, Nullam actionem filiusfamilias suo nomine habere potest, nisi eas quas Paulus enumerat in *d. l. filiusfamilias.* & eas quæ in factum competunt ex ipsius filiifamilias facto, de quibus in *d. l. in factum.* At quæ ex hoc edicto competit actio licèt in factum sit, non tamen nascitur ex facto filiifamilias, sed eius qui pecuniam accepit vt filiofamilias calumniæ causa negotium faceret. Mirum igitur non est si patri per filium acquiratur, ita vt ne momento quidem temporis in persona filiusfamilias consistat, vt de cæteris dici solet, quæ per filium pater sibi acquirere & vult & potest. *leg. placet. 79. de acquir. hered. l. 1. sed parent. quis manum. sit.* Quanquam quod hic Paulus ita scribit. *Et patri actio danda est.* ostendit aut saltem innuit non tantùm patri, sed etiam filiofamilias hanc actionem dandam esse, sed post patrem, id est, ita vt ei pater patrísve procurator quilibet in agendo præferatur. Quod ego magis puto exemplo nimirum eius quod de actione iniuriarum scriptum est. in *l. sed si vnus 17. §. ait prætor. & seqq. de iniur.* Nam hæc actio proximè accedit ad actionem iniuriarum, quoniam iniuria est eáque maxima, non solùm si quis calumniam alteri inferat, sed etsi in eam rem pecuniam accipiat, vt calumnietur.

f *Item si filiusfamilias.* Ratio dubitandi, Contrariorum eadem ratio esse solet & debet. *l. 1. C. de cui pres.* Atqui si vt filiofamilias negotium fieret, pecunia accepta sit, patri actio competit, vt proximè diximus. Ergo & si filiusfamilias pecuniam acceperit, vt faceret negotium vel non faceret in patrem, non in filium danda actio est. Præsertim cùm filiusfamilias nulla habeat bona. *l. lex Cornelia. 28. ad fin. De vulg. & pup. substit.* Inanis autem actio sit quem debitoris eludit inopia. *l. nam is 16. de dolo.* Ratio decidendi, Non eadem potest hic ratio esse contrariorum, quia per filium potest acquiri patri & melior fieri conditio patris. *l. melior 133. de reg. iur.* at deterior fieri non potest, nisi hactenus vt pater obligetur de peculio, quod tamen non contingit nisi ex contractibus filij. *l. si quis cum filiofamilias. 44. de pecul.* at non similiter ex delictis filij, nisi quatenus peculium ex delicto locupletius factum esset. *l. 3. §. ex furtiua. & seq. eod tit.* Actio igitur quæ ex hoc edicto competit, cum ex delicto nascatur in filium ipsum, non in patrem danda est, Tam enim ex delictis, quàm ex contractibus

tibus. 57. de iudicijs. Et quamuis filiusfamilias bona nulla habeat, non eo minùs tamen in ipsum actio competit. *l. filiusfamilias. 39. de obligationibus & actionibus.* tunc scilicet effectum habitura, cùm filiusfamilias sui iuris esse & bona habere cœperit. Sed & ipsi filiofamilias competit actio ex hoc edicto, si quis ad negotium ei faciendum pecuniam acceperit, vt suprà diximus. Ergo etiam argumento à contrariis sumpto, non debet recusare quominùs actionem quoque ex hoc edicto patiatur.

g *Tunc etiam ipsum repetere.* Ratio dubitandi, & decidendi eadem quæ ad finem §. præcedentis, vbi dixi.

2 ¶ Cùm publicanus mancipia retineret, datáque ei pecunia esset, quæ non deberetur: & ipse ex hac parte edicti in factum actione tenetur.

Ad §. 2. Cum publicanus.

Ratio dubitandi, Publicanus qui cùm mancipia retineret, pecuniam indebitam accepit, vt ea redderet, propria actione tenetur, de qua in *l. 1. & tot. tit. infr. de publicanis & vectigalibus.* Ergo ex hoc edicto teneri non debet. Ratio decidendi, Tenetur illo edicto publicanus, qui per iniuriam aliquid ademit, vt verba edicti ostendunt. At nos hic loquimur de illo qui nihil ademit, sed qui è contrario mancipia, quæ retinebat, restituit, accepta tamen pecunia, quæ ei non debebatur, non restituturus si pecuniam illam non accepisset. Hìc enim negari non potest quin pecuniam acceperit, ne calumniæ causa negotium ei faceret, cuius mancipia nullo iure fuerat retenturus. Ergo & ex hac parte edicti actione in factum teneri debet, vt præter eam pecuniā, etiam quadruplum restituat, secundùm ea quæ diximus in præcedentibus.

8. VLPIANVS lib. 4. Opinionum.

SI ab eo, qui innocens fuit, sub specie criminis alicuius, quod in eo probatum non est, pecuniam acceptam is, cuius de ea re notio est, doctus fuerit, id, quod illicitè extortum est, secundùm edicti formam [a], quod de his est, qui pecuniam, vt negotium facerent, aut non facerent, accepisse dicerentur, restitui iubeat: & ei, qui id commisit, pro modo delicti pœnam irroget.

Ad l. Si ab eo. 8.

a *Secundùm edicti formam.* Rat. dubit. Edicti forma illa est, vt non modò id quod illicitè extortum est, restituatur, sed etiam is qui extorsit, in quadruplum condemnetur. *l. 1. & tot. tit. supr.* Atqui in hac specie nihil Vlpianus exprimit nisi de restituēdo eo quod illicitè extortum fuit, & de alia pœna pro modo delicti irroganda. Ergo non respondet Vlpianus secundùm formam edicti.

Ratio decidendi, Quod Vlpianus hìc scribit, Pecuniam illicitè extortam restitui debere secundùm formam edicti, ita accipiendum est vt cum quadruplo restituatur, iuxta ea quæ diximus ad legem præcedentem. Nec eo minùs tamen pœna extraordinaria irrogatur in hoc casu, quia grauiùs delinquit is qui ab innocente sub specie falsi nec probati criminis pecuniam accepit, quàm calumniator, de quo prætor in edicto locutus est, id est, qui pecuniam accepit, vt negotium calumniæ causa faceret, vel non faceret. siquidem hic & negotium fecit, & ab eo ipso, cui fecit, pecuniam accepit, sub specie scilicet criminis, quod etiam innocenti obiectum fuisse sufficit, vt eius existimatio apud bonos & graues viros oneretur. Ob eámque nimirum causam videbatur hic casus ad Edictum prætoris non pertinere, quod de iis tantùm est qui pecuniam ab aliquo acceperunt, vt vel negotium ei non facerent, vt vel alij facerent, quàm à quo pecuniam accepissent. Et hæc meo iudicio magis germana propriáque ad hunc locum dubitandi ratio fuit. Illa verò decidendi, quod in hac specie calumniator, licèt non fecerit aduersus verba edicti, fecit tamen contra mentem prætoris: nec æquum est ob id mitiùs quem puniri, quod grauiùs deliquerit. Nam & si ponderes probatum in hac specie crimen fuisse à calumniatore, sed per falsos ac redemptos testes, dubitandum non esset quin calumniator, qui ab innocente tanquam à nocente pecuniam accepisset, grauiùs puniri deberet, tanquam qui grauiùs deliquisset, (idque significant verba illa Vlpiani, *pro modo delicti*) nec minùs tamen edicto isto ad quadruplum teneretur. In hoc tamen mihi planè non satisfacio, quod Vlpianus hìc scribit, id quod illicitè extortum est, restituendum esse secundùm formam edicti. Nam si verum amamus, tum quoque cùm calumniator tenetur ad acceptæ pecuniæ restitutionem, non tamen sit restitutio ex hoc edicto, neque secundùm formam edicti, sed per condictionem, quæ competit præter actionem ex huiusmodi edicto dandam: vt scriptum est in *lege quinta. §. sed etiam præter. supra hoc titulo.* Vnde est quod diximus & probauimus in præcedentibus, totum quadruplum pœnam esse. Nec enim prætor de condictione aut repetitione quicquam edixit, sed tantùm de petitione aut quadrupli aut simpli. Quadrupli quidem omnimodo intra annū, id est, etiam restituto eo quod illicitè fuit extortum. Simpli verò post annum, vt dixi ad *dict. leg. in fine. ex §. quadrupli. 25. iunct. §. item actio. 27. Institut. de actionibus.* At rursus non possis dicere, Ei qui quadruplum ex hoc edicto præstiterit, aliam quoque pœnam pro modo delicti irrogandam esse. Ita nàmque fieret vt pœna excederet quadruplum, quod fieri nunquam potest. *§. omnes autem actiones.*

eod. Nisi locum hunc velis coarctare ad pœnam corporalem, quam nihil vetat vltra quadruplum irrogari, vt euenit in fure manifesto, qui & in quadruplum condemnari potest, & præterea fustibus cædi, si cum eo criminaliter agatur, nec ideo minùs eriam ciuiliter. *leg. vltim. de furt.* Sed non est interpretatio hæc probabilis, cùm huius legis verba sint generalia de pœna pro modo delicti irroganda. Quare si quis diceret hunc quoque locum Triboniani esse, vt & alios à nobis supra indicatos, is meo iudicio non multùm aberraret. Nam & Imperatoris sunt magis quàm Iureconsulti verba illa imperatiua, *restituat iubeat, pœnam irroget:* & nouum non est eum abusum fuisse edicto, vt verba & potestatem edicti protraheret ineptè ad eum casum, qui à verbis & mente prætoris omnino alienus esset. Qualis proculdubio hic est, in quo pecuniam accepit calumniator, non vt negotium alij faceret, aut ne danti faceret, sed quia illi ipsi negotium fecit, à quo pecuniam accepit. An ergo impunè hic calumniam fecerit? Minimè, sed præter condictionem æquum erit teneri eum pœna quoque extraordinaria, vt hæc lex ait, in qua proinde nihil falsum est, aut saltem inexplicabile nisi quod additur, *secundùm edicti formam, quod de his est, qui pecuniam vt negotium facerent, aut non facerent, accepisse dicerentur.* Nam nihil prorsus sit in hac specie neque secundùm formam edicti, neque ad exemplum edicti, siue in eo quod pecunia illicitè extorta restituitur, siue in eo quod præterea grauior pœna pro delicti modo irrogatur. Itaque commodius erit vt non totam legem hanc, quæ alioqui perelegans est, sed solum hunc versiculum aut Triboniano, aut saltem, si malis, imperito interpreti tribuamus. Illud non improbo quod Accursius notat, loqui Vlpianum in hac lege de pecunia quam actor, idémque calumniator ab innocente acceperit, quoniam actor qui accipit à nocente reo, is incidit in Turpillianum. *leg. in senatusconsultum.* 15. & passim ad Senatusconsultum Turpillianum. Cæterùm nec qui à nocente, nec qui ab innocente accepit potè institutam falsam accusationem, teneri potest ex hoc edicto. Nec enim hoc edictum punit calumniatorem quemlibet, sed eum duntaxat qui pecuniam acceperit vt calumniæ causa negotium faceret vel non faceret. Extra duos istos casus calumniator non nisi senatusconsulto Turpilliano aut lege Remmia coercetur. *lege prima in principio. & §. calumniatoribus.* ad senatusconsultum Turpillianum. Isque error fuit siue Triboniani siue interpretis, quod existimasse videtur, calumniatori cuilibet pœnam ex hoc edicto irrogandam esse, quod sanè falsum est, nec minùs in specie huius legis, quàm in lege sequenti. Neutra enim pertinet ad hoc edictum, quamuis vtraque sit de calumniatore. Pertinet tamen vtraque ad hunc titulum, qui est non de edicto prætoris, sed generaliter De calumniatoribus, Titulus est generalis, Edictum speciale. Quid verò si quis pecuniam stipulatus sit à nocente ob non instituendam criminis accusationem? Non incidit in hoc edictum, quod scilicet pertinet ad accipientes pecuniam, non ad stipulantes. Sed si tale crimen fuit de quo paciscinon licuit, petitio stipulatori denegatur. *leg. si quidem. 9. in fi. C. de contr. & commit. stipulat.*

9. PAPINIANVS lib. 2. de Adulteriis.

DE seruo qui accusatur, si postulet [a], quæstio habetur: quo absoluto, in duplum pretium accusator domino damnatur. sed & citra pretij æstimationem [b] quæritur de calumnia eius [c]: separatum est etenim calumniæ crimen [d] à damno, quod in seruo propter quæstionem domino datum est.

Ad l. De seruo. vlt.

a *Si postuletur.* Ratio dubitandi, Non debet esse in potestate aduersarij vt aduersarius torqueatur, non magis quàm vt supremo supplicio damnetur, præsertim cùm tortura sit quid præparatorium ad mortem. Vnde & passim à pragmaticis nostris mors ciuilis appellatur. Nec enim potest quis vnquam fieri iudex in causa sua, nisi cùm ab aduersario constituitur per delationem iurisiurandi. *lege prima in principio.* quarum rerum actio non detur. iunct. *titul. Cod. ne quis in sua causa iudicet vel ius dicat.* Ratio decidendi, Hoc ita constitutum est lege Iulia de adulteriis, non modò in odium adulterij, quod cum seruo admissum esse dicitur, sed etiam in contemptum seruilis conditionis, cùm non fere maior seruorum quàm pecudum & quadrupedum ratio haberetur. *lege secunda. infra ad legem Aquiliam. leg. quod attinet. 32. de regulis iuris.* Itaque quasi nullum in eo damnum esset nisi domini, soli domino lex prouidit data ei actione in duplum pretium ad plenissimam indemnitatem ei præstandam. *leg. dominus. 6. Cod. hoc titulo. leg. patre. 6. infr. de quæstionib. l. si postulauerit. 27. in princip. & §. vltim. infr. ad leg. Iul. de adult.*

b *Sed & citra pretij æstimationem.* id est, præter ac vltra pretij æstimationem, quam proximè dictum est fieri vsque ad duplum.

c *Quæritur de calumnia eius.* Vt nimirum coerceatur, non quidem ex edicto, de quo in *leg. 1. supr. hoc tit.* cum quo nihil prorsus hęc species commune habet, sed ex lege Remmia, de qua in *d. l. 1. §. calumniatorib. infr. ad Senatusconsultum Turpill.*

d *Separatum enim est calumniæ crimen.* Ratio dubitandi, Damnum quod in seruo propter quæstionem domino datum est, non nisi ab accusatoris calumnia causam habuit, cùm ponamus accusatorem fuisse calumniatorem. Ergo non potest in hac specie crimen calumniæ separari à damno illo, quod in seruo propter quæstionem domino datum est. Ratio decidendi, Damni huius causa proxima & immediata fuit quæstio non calumnia, & longè aliud est æstimare damnum irrogatum domino, aliud verò æstimare calumniam actoris.

Per

Per dupli præstationem æstimatur damnum domini, malitia verò calumniæ per eam pœnam, quæ calumniatori est irroganda: Ex qua ratione intelligimus in iis quoque casibus, qui pertinent ad edictum, de quo in *l. 1. supr. eod.* separatum esse crimen calumniæ à damno, quod per pecuniæ dationem passus est is qui dedit, ob idque mirum videri, non debere, quod nos contra Accurs. & Bartol. adeóque contra Triboniauum defendimus in superioribus, Quadrupli pœnam edicto prætoris irrogatam per condictionem datæ pecuniæ, neque perimi, neque minui, ne alioqui calumnia vel impunita remaneat, vel mitiùs quàm prætor voluerit, quámque æquitas ferat, puniatur.

LIBER QVARTVS.

DE IN INTEGRVM RESTITVTIONIBVS.

TITVLVS I.

VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

VTILITAS huius tituli non eget commendatione: ipse enim se ostendit. Nam sub hoc titulo plurifariam prætor hominibus vel lapsis, vel circumscriptis subuenit, siue metu, siue calliditate, siue ætate, siue absentia inciderunt in captionem.

2. PAVLVS lib. 1. Sententiarum.

SIue per status mutationem, aut iustum errorem.

Ad lib. 4. Pandectarum. Titu. De in integ. restit.

Ad l. Vtilitas. 1. & l. Siue. 2.

Ratio dubitandi. Restitutio in integrum non datur, nisi ad rescindenda ea quæ ipso iure tenent. *l. 3. Cod. si aduersus libertat. l. 2. & 4. Cod. in quibus causis rest. non est necess.* quia si communi auxilio & mero iure quis munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium, quale est restitutionis. *l. in causa. 36. in princ. de minorib.* Ergo restitutiones omnes sunt contra ius, & consequenter odiosæ. *tot. tit. C. si contra ius vel vtil. publ.* Præsertim cùm præbeant ingentem materiam litium, vt sciunt qui in foro versantur. Litibus autem nihil est odiosus in republica bene constituta. *l. 4. §. 1. de alienatio. iudic. mut. caus. fact. leg. quinam. 11. de reb. cred.* Ratio decidendi, Restitutiones omnes sunt contra ius summum & strictum sed non contra ius simpliciter. Ius enim nostrum ex æquitate potissimùm æstimatur. *l. placuit. 8. Cod. de iudic.* cùm nihil aliud sit quàm ars boni & æqui. *l. 1. §. 1. supr. de iustitia & iure.* Nam si æquitatem à iure secernas nihil aliud erit summum ius quàm summa iniuria & summa crux. Omnes autem restitutiones à prætore dantur ex summa æquitate, cùm non aliis prætor subueniat, quàm qui vel lapsi sunt propria scilicet facilitate, vel circumscripti dolo aduersarij, siue metu inciderint in captionem, de quibus est *proxim. titul. Quod met. caus.* siue calliditate, de quibus est titul. De dolo. siue ætate, de quibus in *titul. De minorib.* siue absentia, de quibus in *titul. Ex quibus causis maiores.* siue per status mutationem, de quibus in *titul. De capit. minut.* siue denique per iustum errorem, non qui interuenerit in ipso negotio [is enim impedit ne quid agatur. *leg. in omnibus. 57. de oblig. & action.*] sed qui negotio causam cederit. Quanquam hic quoque error condictionem solet parere potiùs quàm restitutionem. *l. cùm quis. 10. C. de iur. & fact. ignor. & tot. titul. De condict. indeb. D. & C.*

3. MODESTINVS lib. 8. Pandectarum.

OMnes in integrũ restitutiones, causa cognita à prætore promittũtur: scilicet vt iustitiam earum causarum examinet, an veræ sint, quarum nomine singulis subuenit.

Ad l. Omnes. 3.

Ratio dubitandi, Omnes in integrum restitutiones sunt fauorabiles, vt proximè dictum est. Ergo debuit prætor facilis esse in iis promittendis, nec passim requirere causę cognitionem. Nam quæ causæ cognitionem exigunt, ea per libellum & de plano expediri non possunt. *l. nec quicquam. 9. §. vbi decretum. de officio proc.* nec per magistratum municipalem. *l. ea quæ. 26. §. 1. ad municip. l. omnia. 71. l. vbicunque. 105. de regulis iuris.* nec tantùm tribunal, sed etiam præsentiam partis exigunt. *l. in causa. 13. l. etiam. 29. infr. de minoribus.* Ratio decidendi, Restitutiones in integrum non sunt fauorabiles simpliciter, sed secundùm quid & ex suppositione, id est, suppositis earum causa quę sit & iusta & vera: quorum alterum ad iuris æquitatem refertur, alterum ad veritatem facti. Nec enim facilè & sine causa rescindendum est id quod ipso iure tenet. Idque est quod hîc Modestinus scribit, *vt scilicet iustitiam earum*, id est restitutionum; *causarum examinet, & an veræ sint.* Sic enim legendum est addita coniunctione, repetenda Florentini librarij more ex posterioribus literiis duabus dictionis præcedentis:

Aliud enim est examinare iustitiam causæ restitutionis, aliud verò examinare an causa illa vera sit, debétque præcedere examinatio iustitiæ, quoniam ea cùm ex edicto prætoris pendeat, facilior est, nullisúsque sumptus, quod non similiter de quæstione facti dici potest. Hodie restitutiones omnes ex principali diplomate in parua, vt vocant, Cancellaria apud nos passim conceduntur. Examinata quidé causarum iustitia per Vicecancellarium, sed sine discussione quæstionis facti, quoniam ea quæstio ad eum iudicem remittitur, ad quem diploma directũ esse Princeps voluit. Nec eo minùs tamen iustitiam quoque causæ restitutionis idem iudex examinat, & plerumque improbat eam, quam Vicecancellarius pro iusta habuit. Quæ res ingentem litium materiam sæpè præbet.

4. CALLISTRATVS lib. 1. Edicti Monitorij.

SCio illud à quibusdam obseruatum: ne propter satis minimam rem, vel summam: si maiori rei, vel summę prę iudicetur, audiatur is qui in integrum restitui postulat.

Ad l. Scio. 4.

Ratio dubitandi, Nulla in integrum restitutio conceditur, nisi causa cognita & examinata iustitia & veritate causæ. *lege proxim. supr.* Ergo quotiescunque causa subest dandæ restitutionis, non potest illa nisi iniquè denegari, quia quod iustè concederetur, iustè recusari nequit. Ratio decidendi, Non est audiendus is, qui etiam ex iusta causa in integrum restitui postulat, si maiori summæ vel rei præiudicetur, vt hæc lex ait. Non quia de minimis non curet prætor, vt vulgò nostri ex hoc textu colligunt, sed quoniam is demum iustum esse credendum est, quo nihil iustius fieri potest. *leg. bona fides. 31. depositi.* Iustius autem est in minima re vel quantitate læsum manere eum, qui vult restitui, quàm ob minimam rem vel summam maiori præiudicari. Quando autem rei maioris pecuniæ præiudicium fieri videatur, explicat Neratius in *l. rei. 21. de exceptio.* Illud sanè verum est non facilè prætorem ex minima causa rescindere id quod bona fide gestum fuit. *leg. res bona fide. 54. de contrahenda emptione.* Sicut nec si dolus interuenerit, ob modicam tamen summam dat ille actionem de dolo. *leg. si quis adfirmauit. 9. aliàs l. si oleum. §. vltim. de dolo.* In summa solet prætor maiorem causæ cognitionem adhibere in iis quę alteri rei præiudicium facere possunt. *l. de ætate. 63. infr. de minor.*

5. PAVLVS lib. 7. ad Edictum:

NEmo videtur excluſus, quem prætor in integrum se restituturum polliceatur.

Ad l. Nemo videtur. 5.

Ratio dubitandi, Priuatio præsupponit habitum. *leg. 4. de iustitia & iure. leg. Titio vsusfructus. 96. de conditionibus & demonstrationibus.* Sic & restitutio excluſionem. Iis enim solis datur restitutio, qui læsi sunt, ac proinde aliquo iure excluſi *leg. 1. & 2. supr. leg. verum. 11. §. sciendum infr. de minoribus.* Ergo excluſum esse oportet ab agendo cum cui actio restituitur, alioqui superuacua & inanis restitutio est ei qui iure ipso munitus est. *leg. 2. & 4. Codic. in quibus causis non est necessaria in integrum restitutio. leg. in causa. 16. infr. de minoribus.* cùm restitutio nihil aliud sit quàm redintegratio amissæ causę, vt scriptum est in *dict. leg. 4.* vel, vt Paulus in Sententiis definit, redintegrandę rei vel causæ actio. Ratio decidendi, Re vera excluſus est ipso iure is cui restitutio in integrum necessaria est. *leg. 2. Cod. de prædijs minorum.* sed tamen non videtur excluſus in effectu, id est, non habetur pro excluſo, cùm amissam actionem recuperare per in integrum restitutionem quam prætor ei pollicetur. Sicut enim is qui actionem habet, rem ipsam habere videtur. *leg. is qui actionem. 15. de regul. iuris*, ita & qui restitutionem ad actionem, ipsam quoque actionem habere intelligitur. Nemo enim amisisse videtur id quod aliquo iuris auxilio recuperare possit. *leg. Laben. 14. in fin. de verbor. significat.* Vnde est quod actio de dolo, quemadmodum non datur ei cui alia actio competit, ita nec ei qui actionem sibi competentem amisit ipso iure, si eam recuperare possit per restitutionem. *leg. 1. §. idem Pomponius refert. infr. de dolo.*

7. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum:

NOn solùm minoris, verùm eorum quoque qui reipublicæ causa abfuerunt: item omnium, qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui: & ita sæpissimè est constitutum. Siue igitur hæres sit, siue is, cui hæreditas restituta est: siue filijfamiliàs militis successor, in integrum restitui poterit. Proinde & si minor *b* in seruitutem redigatur, vel ancilla fiat: dominis eorum dabitur, non vltra tempus statutum, in integrum restitutio. Sed & si fortè *c* hic minor erat captus in hereditate, quam adierit.

IVlianus libro septimodecimo Digestorum scribit, abstinendi facultatem *d* dominum posse habere non solùm ętatis beneficio, verùm & si ętas non patrocinetur: quia non adipiscendę hereditatis gratia legum beneficio vsi sunt, sed vindictę gratia.

Ad l. Non solum. 6.

Ratio dubitandi, Prętor per in integrum restitutionem non nisi lapsis vel circumscriptis subuenit. *leg. 1. hoc iure. 6.* Atqui neque minorum, neque eorum qui reipublicę causa abfuerunt, neque aliorum qui in integrum restitui possunt, successores læsi sunt aut circumscripti, cùm non ipsi contraxerint. *lege Æmilius. 38.* in illis verbis, *quia pater eius non ipsa contraxerat.* de minoribus.

Ergo

Ergo successores in integrum restitui non possunt cùm non eadem sit ratio restitutionis in herede, quę fuit in defuncto, putà si maior minori successerit, prudens imprudenti, præsens absenti. Præsertim quia nec datur restitutio omnibus læsis, sed tantùm petentibus. *lege quarta supr.* potest autem videri nunquam petiturus fuisse, qui non petiit quandiu vixit. arg. *leg. vir vsuras. 54. de donationibus inter virum & vxorem. leg. cùm quidam. 17. §. Diuus Pius. de vsuris.* Nam nec cætera priuilegia, quæ personæ tribuuntur, transeunt ad heredem. *leg. quia personale. 14. soluto matrimonio. leg. ex pluribus. 42. de administratio. tutor.* Ratio decidendi, Restitutiones omnes in integrum licèt plerumque dentur ob causam, quæ sit personalis, nec transeat ad heredes, dantur tamen ad rem ipsam & ratione gesti negotij, & ob id dicimus restitutionem esse redintegrandæ non personæ, sed rei vel causæ actionem, vt supra diximus ex Paulo in sententiis *tit. ul. De restitut.* Denique non personæ tribuitur restitutio, sed causæ, quæ meruit prærcipuum fauorem, vt Papinianus loquitur in *dicta lege ex pluribus.* Ergo mirum non est beneficium restitutionis transire in heredem, vt & priuilegia illa dotis, quę non tam personę mulieris quàm dotiipsi tribuuntur. *leg. dotale. 13. §. heredi. de fundo dotali. iunct. leg. vnic. Cod. de priuilegio dotis.* Alioqui læsus remaneret etiam defunctus ipse, qui tanto minùs locupletem hereditatem reliquisset, cáque de causa fortassis heredem non inueniret. In summa cùm eadem intelligatur esse persona heredis quæ defuncti, succedátque heres in vniuersum ius quod defunctus habuit. *leg. nihil est aliud. 24. de verborum significat.* non potest restitutio denegari heredi, quæ competit defuncto. *leg. Panonius. 86. de acquirenda hereditate.* Sed ita tamen vt & petenda sit & exercenda intra illud ipsum tempus, intra quod eam petere defunctus debuisset. *leg. minor. 18. §. vlt. cum lege sequent. infra de minoribus. lege secunda & quarta. Codic. de temporib. in integr. restit. leg. vnic. Cod. si aduers. dot.* nimirum quia eam petit heres ex persona defuncti, non ex propria. *dicta lege 4. dict. leg. vnic.*

a *Siue is cui hereditas restituta est.* Ratio dubitandi, Neque fideicommissarius, cui hereditas ex senatusconsulto Trebelliano restituta est, neque pater qui filiifamilias militis peculium iure patris occupauit, heres dici potest. Non fideicommissarius, quia is qui hereditatem restituit, heres nihilominùs manet. § *restituta. Institut. de fideicommissaria hereditate.* Duo autem vni homini heredes esse non possunt. *leg. quòd contra. 141. §. vni duo. de regula iuris.* Non pater, qui filiusfamilias etiam miles nec hereditatem, nec heredem habere potest ex constitutionibus, nisi facto testamento, aditáque ex eo hereditate. *lege secunda. de castrensi peculio. leg. filiusfamilias. 18. ad legem Falcidiam. leg. vltim. in fine. ad senatusconsultum Tertullianum.* Ergo in istos non debet transire beneficium quod transit in heredes. Ratio decidendi, Etsi non sunt isti heredes, sunt tamen heredum loco. *lege prima & secunda & passim, ad Senatusconsultum Trebellianum. dict. leg. filiusfamilias.* Eodem igitur iure censeri debent quo heredes, qui æquè sunt successores & quidem vniuersi iuris, quod sufficit. Nam nec alia de causa transit hoc ius in heredes, quàm quod sint illi successores iuris.

b *Proinde & si minor.* Ratio dubitandi, Minor qui in seruitutem redigitur, non tam ius suum in alium transmittere intelligitur, quàm definit ipse ius nullum habere, quia licèt seruitus morti adsimiletur. *leg. intercidit. 59. in fin. de conditionibus & demonstrationibus. leg. seruitutem. 209. de regulis iuris.* is tamen qui sit seruus ita moritur, vt non eo magis heredem habere possit. Ego eius domino non potest competere restitutio quæ ipsi dum liber esset, competebat. Ratio decidendi, Quisquis in alterius potestatem siue patriam siue dominicam redigitur, is cum capite suo fortunas quoque suas omnes in eam familiam transfert, quoniam bona caput sequuntur. *leg. qui liberis. 11. §. testamento. de bonorum possessione secundùm tabulas.* Ergo & ius restitutionis quod ei libero competebat, sequetur vniuersitatem bonorum, vt in dominum simul cum cæteris bonis transferatur. Quod enim amittitur ei qui sit seruus, necesse est vt alij acquiratur. Alij porrò quàm domino acquiri non potest, quippe qui eodem instanti dominus fit & personæ & bonorum iuriúmque omnium ad eam personam spectantium.

c *Sed & si fortè.* Ratio dubitandi, Semel heres semper manet, nec potest vnquam desinere heres esse. *l. ei qui soluendo. 88. de heredibus instituend.* Atqui minor adeundo hereditatem quamuis damnosam, perinde fit heres atque alius quilibet, alioqui non esset ei necessaria restitutio aduersus additionem hereditatis, quæ tamen necessaria semper est, prætercquàm in pupillo, qui se paternæ immiscuit hereditati. *l. necessarius. 57. de acquirenda hereditate.* Ergo non potest hoc casu locus esse restitutioni, quasi res ipsa non capiat restitutionem, vt in specie *leg. si ex causa. 9. §. vltim. infra de minoribus.* Ratio decidendi, Is qui semel heres fuit, remanet quidem heres ipso iure semper, nisi in casibus. *l. in substitutione. 31. leg. ex facto. 43. §. vltim. de vulgari & pupillari substitutione.* Sed tamen post impetratam ab eo restitutionem in integrum non habetur pro herede à prætore, qui neque ei neque in eum dat hereditarias actiones, sed ei & in eum, ad quem hereditatis emolumentum transferri potest, id est, qui sequitur in gradu & iure succedendi, hactenus tamen vt non directæ sint illæ actiones, sed vtiles. *l. ait prator. 7. §. sed quod Papinianus. de minor.*

d *Abstinendi facultatem.* Qui enim restituitur in integrum aduersus additionem hereditatis à se factam, is non repudiare dicitur. [nec enim semel adita hereditas repudiari vnquam potest. *l. 4. C. de repud. vel. abstin. hered.*] sed abstinere. *l. 1. §. si quis adita. infr. ad Senatusconsultum Tertullianum.* Repudiamus enim aliena, abstinemus autem à nostris. Alioqui abstinere proprium est suorum heredum, repudiare verò extraneorum.

e *Non solùm ætatis beneficio.* Ratio dubitandi, Dominus, in cuius potestatem libertus ob ingratitudinem redigitur, neque heres, neque successor liberti est, sed dominus, cùm neque seruus, neque viuus homo heredem habere possit *leg. 1. de heredibat. vel act. vend. leg. 1. pro hered.*

Ergo beneficium restitutionis aduersus additionem non potest ei competere, quod competiit liberto minori. Ratio decidendi, Non quidem heres est aut successor hereditarius, nec qui heredis loco esse possit, sed tamen non eo minus iuris habet, cùm vniuersa liberti bona occupet iure peculij, ex quo instanti libertus ille redactus est in seruitutem. Neque enim qui seruus est, aliud patrimonium habere potest quàm peculium. *l. 5. §. vlt. l. quotes. 47. in fi. de pecul.* Imò plus iuris habet quàm heres, vt mox dicemus.

f *Et sic actas non patrocinetur.* Ratio dubitandi, Nemo plus iuris habere potest ex alterius persona, quàm alius ille habuerit. *leg. nemo plus iuris. 54. de regulis iuris.* Atqui non posset libertus liber manens restitui in integrum aduersus additionem, ætas non patrocinaretur. *l. 4. vlt. Cod. de repud. vel abst. hered. & toto titul. Codic. si vt maior se ab hereditate abstinen.* Ergo neque dominus ex ipsius persona poterit. Ratio decidendi, Plus iuris habet dominus quam habuerit libertus, quia non ex liberti persona ius hoc accipit, sed ex propria & suo iure, id est, quia fuit antea patronus, nunc dominus, ideóque mirum non est si non teneatur præstare factum liberti, cuius neque heres neque successor est, quamuis non nisi ob factum & ingratitudinem liberti ius hoc habere cœperit. Idque est quod hîc Vlpianus ex Iuliano scribit, *quia non adipiscenda hereditatis gratia legum beneficio vsus sit, sed vindictæ gratia.* Ius enim quod à tempore datæ libertatis habuit patronus reuocandi quandocunque liberti in seruitutem ex causa ingratitudinis, non debent ei durius fieri, aut difficilius ex eo quod libertus medio tempore, & dum liber esset, damnosam hereditatem adierit. Nec sit in aliena potestate alterius ignorantis conditionem facere deteriorem. *lege secunda. quod vi aut clam.* Aliud esset in quolibet liberti herede aut successore. Is enim non posset omittere hereditatem, quam libertus adiisset, nisi beneficio restitutionis, si qua restitutio ex causa ætatis liberto ipsi mortis tempore competiisset. *leg. si quis filiumfamilias. 7. §. vltim. de acquirenda heredi ate.* excepto casu eiusdem legis in *§. primo.* vnde sumpsit Iustinianus occasionem potius quàm causam conscribendæ. *leg. cum antiquioribus. 19. Codice de iure deliberandi.* vt scripsimus in Hemichialde nostri *De erroribus pragmat.*

7. MARCELLVS lib. 3. Digestorum.

DIuus Antonius Marcio Auito prætori de succurrendo ei, qui absens rem amiserat, in hanc sententiam rescripsit: *Et si nihil facilè mutandum est ex solemnibus: tamen, vbi æquitas euidens poscit, subueniendum est. itaque si citatus non respondit, & ob hoc more pronuntiatum est, confestim autem pro tribunali te sedente adiit: sedentem existimari potest, non sua culpa, sed parum exaudita voce præconis defuisse: ideóque restitui potest.*

Ad l. Diuus. 7.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. 2. & 3 §. eod.*

a *Et ob hoc more pronuntiatum est.* id est, proposita tria edicta, de quibus in *l. ad peremptorium. 68. & sequentib. infr. de iudic.* & ex peremptorio, per quod fit vt citati contumacia pro præsentia habeatur. *Authent. qua in prouincia Cod. vbi de crimin. ag. opor.* Ratio dubitandi, Iudex posteaquàm, pronuntiauit officio suo functus est, ideóque sententiam suam mutare aut corrigere non potest. *l. iudex posteaquam 55. de re iudicat.* Ergo post pronuntiationem nullum auxilium superesse potest ei qui fuit condemnatus nisi in appellatione. Ratio decidendi, Contumax appellans non auditur ex ratione iuris, quia contumacia eorum qui ius dicenti non obtemperant, litis damno coercetur. *leg. contumacia. 53. eodem titulo* quamuis moribus nostris audiatur, si expensas refundat. Est igitur ei necessaria in integrum restitutio, quæ tamen etiam ipsa denegatur ei qui verè contumax fuit, sed non illi qui breui pronuntiationem interiecto spatio iudicem adsit fortassis adhuc pro tribunali sedentem. Is enim existimari potest nõ sua culpa, sed quia vocem præconis, à quo citatus fuit, parum exaudierit defuisse: ideóque restitui potest, vt Imperator Antoninus rescripsit. Quodnam autem breue illud tempus sit & quantum esse debeat arbitrio iudicis relinquendum est ex personarum, locorum, rerum & temporum varietate. *l. quod dicimus. 105. de solutionibus. l. continuus. 137. §. cum ita. de verb. obl. g.*

5 MODESTINVS lib. 8. Pandectarum.

1 ¶Nec intra has solùm species consistet huius generis auxilium. etenim deceptis sine culpa sua b, maximè si fraus ab aduersario interuenerit c, succurri oportebit: cùm etiam de dolo malo actio competere soleat, & boni prætoris est d, potiùs restituere litem, vt & ratio & æquitas postulabit: quàm actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, cùm remedio locus esse non potest.

Ad §. 1. Nec intra.

b *Deceptis sine culpa sua.* Ratio dubitandi, Imputandum est ei qui cautiùs negotiatus non fuit, vt negotiari debuit. *leg. 2. Cod. de furt. leg. qui cum alio. 19. de regulis iuris.* Atqui culpa semper aliqua est eius cui imputari aliquid potest, & omnium optima exceptio illa est, si cui possit obiici, Imputes tibi. *leg. si extraneus. 33. de iure dotium. leg. 1. §. item quæritur. de separ. & pass.* Quod autem quis ex culpa sua damnum sentit, non videtur sentire. *leg. quod quis ex culpa. 203. de reg. iur.* Ergo ei quoquomodo se decipi passus est, subueniri non oportet. Ratio decidendi, Non quibuslibet sine culpa sua deceptis subuenitur, sed iis tantùm qui vel aduersarij dolo decepti sunt, vt sequitur in textu, vel facilitate sua, cuius tamen facilitatis veniam mereantur, vt contingit in minoribus. Ideóque addidit hîc Marcellus *sine culpa sua*, ne quis putaret succurrendum esse maiori cuilibet sola sua facilitate decepto.

c *Maximè si fraus ab aduersario interuenerit.* Ratio dubitandi, Etiam in emptionibus & locationibus, quæ bonæ fidei sunt, licèt contrahentibus naturaliter se inuicem circumscribere & decipere. *leg. in causa. 16. §. idem Pomponius. de minoribus. leg. item si pretio. 22. §. vltim. locat.* Ergo etiam in aliis quibusliber contractibus multo magis aduersarij fraus impunita esse debebit. Ratio decidendi, Debent ij loci intelligi de deceptione quæ interuenerit in re ipsa, id est, in quantitate siue pretij, siue mercedis non de illa quæ interuenerit per aduersarij dolum ex proposito, qui in machinatione & fallacia consistit. *l. 1. §. dolum malum. de dolo malo.* Is enim semper & ab omnibus contractibus excluditur, quia in omnibus bona fides desideratur. *leg. bonam fidem. 4. Cod. de oblig. & act.* Idque apparet clariùs ex *l. ideo. 23 locat.*

d *Et boni prætoris est.* Ratio dubitãdi, Bonus prætor nunquam debet impunitum dolum relinquere, at è contrario quibus potest remediis coercere, ne qua fraudibus via patefiat. Ergo non eo minùs debet actionem famosam decernere contra dolosum, quod aliqua actione alia possit esse consultum ei qui dolum passus fuit, vt ita puniatur is qui dolum admisit, cuius alioqui dolus non puniretur, proposita contra eum actione non famosa. Ratio decidendi, Sicut boni prætoris est lites diminuere, & actionem nunquam nisi ex necessitate concedere, quia per actiones disceptatur, & lis constituitur. *l. 2. §. deinde ex his legibus. de orig. iuris.* Ita & actionem famosam denegare quoties alia competere potest per quam æquè suum consequi possit. Nihil enim actoris interest. At interest reip. saluam & illæsam, si fieri potest, ciuium omnium famam & existimationem cõseruari. Mirum igitur non est actionem de dolo tandi denegati, quandiu alij remedio locus esse potest.

8. MACER lib. 2. de Appellationibus.

INter minores vigintiquinque annis, & eos, qui reipublicæ causa absunt: hoc interest: quòd minores annis etiam qui per tutores a curatorésve suos defensi sunt, nihilominùs in integrum contra rempublicam restituuntur b, cognita scilicet causa c: ei verò, qui reipublicæ causa absit, cæteris quoque, qui in eadem causa habentur, si per procuratores suos defensi sunt d, hactenus in integrum restitutione subueniri solet, vt appellare his permittatur.

Ad l. Inter minores. 8.

Ratio dubitandi, Maior est fauor reipublicæ quàm priuati. Semper enim res publica præfertur priuatę. *l. ita vulneratus. 51. §. vlt. ad legem Aquiliam.* Atqui fauor eorum qui reipublicæ causa absunt, ad fauorem reipublicæ peruinet. Fauor verò qui minoribus indulgetur, sicut ex cuiusque ætate proficiscitur, ita priuatam causam videtur habere potiùs quàm publicam. Ergo non minùs, imò magis fauorabilis debet esse restitutio, quæ absentibus reipublicæ causa, quàm quæ minoribus indulgetur. Ratio decidendi, Diuersitatis huius ratio non tàm ex fauore minoris proficiscitur, quàm ex differentia quæ est inter procuratorem & tutorem vel curatorem, vt dicemus ad finem huius legis. Quanquam dici etiam potest, minorum fauorem hac parte maiorem esse quàm absentium causã reipublicæ, quia non tantùm ætas ipsa fauore digna visa fuit, sed & ad publicam vtilitatem id pertinet, vt minoribus subueniatur, ne alioqui facilè & passim fiat ut incidant in egestatem, ob eámque causam minus habeãt virium & neruorum ad rempublicam, si quando opus sit, adiuuandam. Interest enim reipublicæ vt neque viris neque viribus destituantur. *l. 5. §. præses. de muner. & honor.*

a *Etiam qui per tutores.* Ratio dubitandi, Non est concedendum extraordinarium auxilium restitutionis, vbi ordinarium ipso iure competit. *leg. in causæ. 16. in princip. de minorib.* Atqui minor qui tutorem vel curatorem habuit, à quo defensus fuit, vel læsus non est, si bene & ex fide defensus fuit, vel si malè & perfidè, aut negligenter in ea re tutor aut curator versatus sit, tenetur eo nomine minori actione tutelæ vel curæ. *tot. titul. De tutel. & ration. distr. & Cod. arbitr. tutel.* Ergo nullus casus est quo minor à tutore vel curatore defensus possit habere restitutionem. Vt neque si indefensus fuit, quia tunc ipso iure non valet res iudicata. *leg. contra pupillum. 54. de re iudic.* Ratio decidendi, Pupilli & cuiuslibet minoris interest tunc quoque cùm à tutore vel curatore defensus est, vt nihilominùs possit in integrum restitui, si qua intre læsus reperiatur. *l. 1. & toto titul. C. si tutor vel curator interuen.* quia non ideo dantur tutores aut curatores minoribus, vt deterioris conditionis sint quàm si tutorem aut curatorem non habuissent, sed vt sint melioris. Credibile autem est melius sibi prospecturum fuisse minorem, si minor non fuisset, quàm ei tutor vel curator prospexerit, qui eum lædi passus est. Præter id quod fieri facilè potest vt actio tutelæ vel curæ maiores difficultates habitura sit, quàm restitutio in integrum, si fortè tutor aut curator ille sit, cui parcere minor possit vel debeat, aut qui ob dignitatem fortasse difficilioris sit conuentionis, aut denique qui nec soluendo sit, nec idoneos habeat fideiussores.

b *Contra rempublicam restituendus.* Bene ac subtiliter Anton. Goueanus docuit locum hunc corruptum esse, & egere ipsum restitutione, sicque emendandum, vt pro *rempublicam* legamus *rem iudicatam*, quod & Cuiacius probat. Non enim opponitur in hac lege minor reipublicæ quasi aduersarius, sed quasi fauorabilior etiam aduersus alium quemlibet agens, quàm respublica agens contra quoslibet alios, etiam qui non sint minores. Minoribus etiam defensis datur restitutio citra appellationem. Iis verò qui reipublicæ causa absuerunt, non nisi hactenus vt iis permittatur appellare.

c *Cognita scilicet causa.* id est, si læsi probentur. Nunquam enim pupillus aut minor in integrum restituendus est tanquam pupillus aut minor, sed tanquam læsus. *l. nam posteaquam. 9. §. si minor. infr. de iureiuran. leg. verum.* 11. §. *sciendum. leg. quòd si minor. 24. §. non semper de minoribus.* Ratio dubitandi, Publicè interest sententiam non rescindi citra appellationem propter rerum iudicatarum autoritatem. *leg. vltim. & tot. tit. Cod. sentent. rescind. non poss.* nec si per sordes, aut per gratiam, aut per errorem iudicatum probetur. *leg. seruo. 65. §. cùm prætor. ad SC. Trebellian.* Ergo non est permittendum minoribus vt restituantur in integrum aduersus rem iudicatam, nisi hactenus vt iis liceat etiam post legitima appellandi tempora appellare. Maximè cùm appellationis auxilium sit ordinarium & iuris communis, auxilium verò restitutionis extraordinarium. *dict. leg. in causa. 16. infr. de minorib.* Sed & qui appellat, conqueritur de iniquitate iudicis, qui verò petit restitutionem nonnisi de seipso, vel de aduersario. *l. præfecti. 17. eod.* Ratio decidendi, Quod appellatio interposita præstat maioribus hoc beneficio ætatis per restitutionem in integrum consequuntur minores. *leg. præses. 42. eod. tit.* Quemadmodum ergo appellatio in maiore & suspenderet & rescinderet iudicatum. *l. 1. §. ad Senatusconsultum Turpillian.* ita & restitutio in minore. iunct. *l. si causa cognita. 32. C. de transactio.* iunct. *tot. tit. C. si aduersus rem iudicat.*

d *Si per procuratores suos defensi sint.* Ratio dubit. Nihil interest an is qui reipublicæ causa abfuit, procuratorem in ciuitate habuerit aliquem. an nullum. *leg. sed & si. 26. §. vltim. ex quibus causis maior.* aut si quid interfit, est ei imputandum cur absfuturus non reliquerit procuratorem, cùm potuerit relinquere. *leg. Papinianus. 20. de minoribus.* Estque multo commodius iis qui absentes re publicæ causa læsi sunt, vt ad ea ipsa bona quæ amiserunt recuperanda in integrum restituantur, quàm vt possint appellare, cùm plures possint esse causæ restitutionis, appellationis verò vna tantùm, id est, iniquitas iudicis. *dict. leg. præfecti. 17. de minorib.* Ratio decidendi, Cùm agitur de re iudicata, ponendum necessariò est eum qui cùm reipublicæ causa abesset, condemnatus est, defensum fuisse per procuratorem, quoniam alioqui condemnatio contra eum lata non teneret ipso iure, non magis quàm si aduersus pupillum aut minorem in defensum lata fuisset. Omnium enim hac parte vna eadémque ratio est. *l. contra pupillum. 54. de re iudic.* Sed in aliis causis nihil interest. *dict. l. 26. §. vlt. ex quib. caus. maior.*

e *Vt appellare his permittatur.* Ratio dubitandi, Restitutio in integrum omnia in pristinum statum restituit. *leg. quòd si minor. 24. §. restitutio. de minoribus.* Ergo facere debet, vt ei qui reipublicæ causa abfuit & condemnatus est defendente licèt procuratore, perinde liceat ex integro causam agere, atque liceret tutori, qui & à tutore vel curatore defensus & condemnatus fuisset. Ratio decidendi. Si is qui reipublicæ causa abfuit, præsens fuisset & defensus per procuratorem, nihil aliud facere potuisset, nisi vt à sententia appellaret, non etiam vt causam verum procuratorem afficit. *leg. 1. Codic. quib. res iudicata non nocet. leg. vltim. Codic. inter alios act. vel iudic. aliis non nocere.* Nempe quòd nihil interfit, an qui faciat aliquid per se, an per alium quem elegit. *lege quinta. §. quòd si quis. de administratione tutor.* Omnia igitur ei conseruantur integra, cùm post elapsa appellàdi tempora ad hoc restituitur vt possit appellare. Nam nec restitutio aliud ei potest aut debet reddere, quàm quòd abstulit læsio, quam semper restitutio præsupponit. *lege prima. supra. leg. sed & si. 26. §. quoties. infr. ex quib. caus. maior.* Atqui non fuit læsus in eo quod dedit procuratorem, sed in eo tantùm quod passus est labi tempora ad appellandum præstita, quæ verisimiliter non fuisset passus elabi, si præsens fuisset. Hactenus ergo danda restitutio debet vt possit eppellare, non vt causam ex integro agere. Minoris qui per tutorem vel curatorem defensus fuit, alia ratio est. Neque enim ipse sibi dat tutorem vel curatorem, sed à magistratu accipit etiam inuitus ad litem. Ideóque ne factum alienum ei noceat, æquum est dari ei restitutionem ad causam ex integro tractandam, quam ipse non per alium, sed per se tractandam, quam ipse non per alium, sed per se tractasset, aut saltem per procuratorem quem diligentiorem elegisset, si maior fuisset. Itaque hæc differentia non tam ex eo nascitur, quòd maior sit aut esse debeat fauor minorum quàm absentium causa reipublicæ, sed ex eo potiùs quòd maior ratio sit vt factum procuratoris noceat domino, quàm vt factum tutoris vel curatoris minori.

QVOD METVS CAVSA GESTVM ERIT. TITVLVS I.

VLPIANVS lib. II. ad Edictum:

AIT prætor: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* Olim ita dicebatur *a quod vi, metúsve causa.* vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati *b* metus instantis, vel futuri periculi causa mentis dationc. sed postea detracta est vis mentio: ideo quia quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur.

Ad Tit. 2. Quod met. caus. gest. erit.

Ad l. Ait prætor. 1.

a *Olim ita dicebatur.* Erant enim prætorum edicta olim annua, & pro arbitrio eorum qui proponebant aliter atque aliter concepta, vt vel hic vnus locus omnium optimè ostendit. Postea id immutatum est facto edicto per Imperatorem Hadrianum, &

num, & composito per Saluium Iulianum.

b *Contrariam voluntati.* Ratio dubitandi, Coacta voluntas est nihilominus voluntas. *leg. si mulier. 21. §. vlt. infr. hoc tit. l. si patre cogente. 22. infr. de rit. nuptiar.* Ergo vis non est contraria voluntati, tametsi necessitatem imponat. Ratio decidendi, Nihil tam proprium est voluntatis, quàm vt liberum eligendi arbitrium habeat, quo sublato, neque voluntas vlla, neque homo quisquam est, sed bellua. *l. 1. Cod. de sacrosanct. eccles. l. si quis in principio. 22. de legat. 3.* Ergo nihil tam contrarium voluntati esse potest, quàm imposita necessitas aliquid faciendi, licèt is qui coactus aliquid facit, hoc quoque non tam voluisse videatur, quàm maluisse, vt ait *dict. l. si patre*, id est, potiùs quàm resistere necessitati, cui nec potuisset resistere, etiamsi voluisset. Nam si potuit, metus fuit, non vis, cùm nihil aliud sit metus, quàm mentis trepidatio instantis vel futuri periculi causa, vt sequitur in *hac lege* iunct. *leg. seq.*

b *Quodcunque vi atroci fit.* Itaque vis atrox includit metum, at non contrà, metus vim atrocem. Et ob eam causam, inquit Vlpianus, detracta tandem fuit vis mentio in hoc edicto, quod ita simpliciter conceptum fuit, *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* Ratio dubitandi, Nihil tam contrarium est consensui, qui bonæ fidei iudicia sustinet, quàm vis atque metus, quem comprobarè contra bonos mores est. *leg. nihil consensui. 116. de regulis iuris.* Atqui siue consensu contractus nullus esse potest, siue bonæ fidei sit, siue stricti iuris, & siue ex eorum numero, qui consensu perfici dicuntur, siue re, aut verbis, aut literis perficiatur. *leg. in omnibus rebus. 5. de obligat. omnibus & actionibus.* quia cùm dicimus contractus aliquos consensu perfici, non illud significamus, aliquos esse qui consensum non exigant. *lege prima. §. conuentionis. suprà de pactis.* sed ita loquimur ad differentiam aliorum contractuum, qui consensu solo contenti non sunt, sed præterea vel rem aliquam exigunt, vel literas vel verba. Ergo cùm id quod metus causa gestum est, non habeat consensum illius, qui metum passus est, consequens fit, vt non valeat ipso iure, quomodo nec valent cætera, quæ bonis moribus aduersantur. *leg. filius. 15. de condic. insti. ileg. 4. Cod. de inutil. stipulation.* Proinde non potest videri necessarium auxilium prætoris, & in integrum restitutionis, vt ratum non habeatur id, quod ipso iure non tenet. Ratio decidendi, In eo quod per vim vel metum fit, consensus aliquis interuenit, quamuis coactus. *dict. leg. 1. si mulier. 21. §. vltim. infr. hoc titul. dict. leg. si mulier 21. §. vltim. infrà hoc titul. dict. leg. si patre. 22. de ritu nuptiarum.* ideóque qui per vim aut metum cogit me vt rem meam ei vendam & tradam, non rapere illam aut eripere dicitur, sed extorquere, quia per manus meas rem accipit. Proinde fatendum est mero iure contractum & traditionem tenere, & consequenter necessarium esse auxilium prætoris, vt quod contra bonos mores ita gestum est, rescindatur per in integrum restitutionem: quia quod metus causa gestum erit, nullo tempore prætor ratum habebit. *dict. leg. si mulier. 21. §. primo. infr. leg. interpositas. 13. C. de transact.*

2. PAVLVS lib. I. Sententiarum.

VIs autem est maioris rei impetus qui repelli non potest.

Ad l. Vis autem est. 2.

Ratio dubitandi, Vis est non tantùm si homines vulnerentur, sed etiam si quis rem suam aut sibi debitam reposcat per se & propria autoritate, non per iudicem. *l. extat. 13. infr. hoc tit.* Non igitur bona est hæc violentiæ definitio, quæ non omnem vim complectitur. Ratio decidendi, Hæc definitio pertinet ad eam vim, quæ re vera & naturaliter vis est. Alia vis est quæ ciuiliter, vt ita dicam, sic appellatur, & per interpretationem iuris ciuilis, vt quodcunque non iure fit, id non solùm per iniuriam, sed etiam plerunque per vim fieri existimetur, si quid ab alio extorqueatur inuito. Nam cùm libertas sit naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibeatur. *leg. 4. de statu homin.* nihil potest fieri contrarium liberæ voluntati hominis liberi, quin hoc ipso vis aliqua adhibeatur, nisi interueniat autoritas magistratus. *leg. penult. ad leg. Iul. de vi public. l. non est singulis. 176. de regulis iuris.* Sed & dici potest, definiri hîc à Paulo eam vim, quæ pertinet ad hoc edictum, id est vim, & quæ aduersus bonos mores fiat, vt Vlpianus loquitur in *l. seq.* non eam quæ non tam bonis moribus naturalibus, quàm iuri ciuili aduersatur, qualis ea est, de qua in *d. l. extat.* Nec enim illa hoc edicto vindicatur, sed lege Iulia de vi.

3. VLPIANVS lib. II. ad Edictum:

COntinet igitur hæc clausula & vim, & metum. &, si quis vi compulsus aliquid fecit, per hoc Edictum restituitur.

Ad l. Continet. 3.

Ratio dubitandi, Si idem sunt vis & metus, cur diuersa habent nomina? *leg. si idem. 7. Codic. de iure codicillorum.* Si verò sunt quid diuersum, vt sunt, Ergo edictum prætoris, quod de metu duntaxat locutum fuit ad vim porrigi non potest, præsertim cùm hoc edictum sit pœnale, ex quo scilicet quadrupli condemnatio irrogatur ei qui edicto isto tenetur. *leg. item si eum. 14. §. primo. infr. hoc titulo.* Ratio decidendi, Differunt sanè vis & metus, sed tanquam genus & species, quia quicquid per vim fit, id per metum quoque fieri intelligitur, non contra, vt diximus ad *l. 1. supr.* Edictum igitur quod de metu factum est, vim quoque complectitur, quia quæ dicuntur de genere, dicuntur de specie, non ex diuerso, vt aiunt Logici.

a *Si quis vi compulsus aliquid vi fecit.* Hoc enim edicto non id agit prætor, vt eum qui vim aut me-

tũ intulit, puniat omnimodo, aut principaliter, sed vt eum qui vim aut metum passus est, restituat in integrum, ne improbum aduersarij factum ei noceat. Itaque si restitutione nulla opus sit, quamuis factam vim esse constet, quam pœna aliqua puniri oporteat, non pertinebit ea vis ad hoc edictum, putà si is qui vim passus est nihil fecerit, sed tantùm vim passus sit, vt si cui erepta sit per vim pecunia vel res alia, quam habebat. Et inde est quod is qui vt compulsus aliquid fecit, indiget auxilio restitutionis, quia faciendo consensit, quod non similiter dici potest de eo qui vim tantùm passus fuit.

1 ¶Sed vim accipimus atrocem, & eam, quæ aduersus bonos mores fiat: non eam quam magistratus rectè intulit *b*, scilicet iure licito, & iure honoris, quem sustinet. cæterùm si per iniuriam quid fecit populi Romani magistratus, vel prouinciæ præses, Pomponius scribit, hoc edictum locum habere, si fortè (inquit) mortis aut verberum terrore pecuniam alicui extorserit.

Ad §. 1. Sed vim.

R. dub. & dec. eadem quæ ad *l. 2. §.* Iunge quatuor leges sequentes.

b *Non eam, quam magistratus rectè intulit.*] Ratio dubitãdi, Non debet iniuriarum occasio inde proficisci, vnde iura nascuntur. *l. meminerint. 6. Cod. vnde vi.* Atqui magistratus in republica ob id maximè constituti sunt vt prouideant ne qua vis fiat. *leg. si cuius 13. §. sed si inter duos.* aliàs *leg aquissimum. de vsufructu. l. non est singulis. 176. de regulis iuris.* Ergo nunquam magistratus vim inferre debet. Imò nec dici potest vis, quam magistratus intulit rectè & iure magistratus. Nam si vis non est cùm quis per iudicem reposcit quod suum est, vel quod sibi debetur. *l. extat. 13. quod metus caus.* quanto minùs vis dicenda erit si quid à iudice ex officio, quamuis inuitum decernatur? Ratio decidendi, Dicitur etiam vis ea, quam infert magistratus iure imperij sui, quia ius nõ redditur, neque sententia fertur, nisi in inuitum. *leg. Inter stipulantem. 83. §. 1. de verb. oblig.* Vnde dicimus *vim imperij* in *leg. cùm prætor. 12. §. primo. de iudic.* pro magistratus potestate, & autoritate. Re vera tamen vis non est, cùm sit iusta. Nec enim minuit ciuis Romani libertatem, cùm libertas definiatur naturalis facultas eius quidem quod facere lubet, sed non absolutè, at cum adiectione illa, *nisi si quid vi aut iure prohibeatur. leg. 4. de stat. homin.* Sed & in dubio credendus est magistratus iure imperij & magistratus sui fecisse id quod fecit potiùs quàm per iniuriam, licèt iniustè fecerit, argument. *leg. merito. 51. pro socio.* Aliud enim est facere iniuriam, aliud verò facere iniuriosè. Magistratibus non licet quicquam iniuriosè facere. *l. nec magistratibus. 32. de iniurijs.* At iniuriam facere adeò prohibitum non est vt tum quoque cùm ius iniquũ decernit, quod nihil aliud quàm iniuria est, ius tamen reddere dicatur. *leg. pen. de inst. & iur.* Et quemadmodum iustus est non qui iusta, sed qui iustè facit, nec iniustus qui iniusta, sed qui iniustè: ita nec iniuriosus magistratus, qui iniuriam facit, sed qui iniuriosè, id est, animo faciendæ iniuriæ.

4. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

EGo puto, etiam seruitutis timorem, simili úmque admittendum.

Ad l. Ego puto. 4.

Ratio dubitandi, Timor infamiæ hoc edicto non continetur. *leg. nec timorem. 7. infr. eodem.* Ergo neque timor seruitutis, cùm viro bono facilius sit iniuriam seruitutis tolerare, quàm famæ iacturam, quæ scilicet nunquam ab alterius facto iniuriáve, sed à proprio cuiusque delicto proficiscitur. Ratio decidendi, Seruitutis timor hoc edicto continetur non ob id solùm quòd libertas quę per virtutem amittitur, inæstimabilis res sit. *leg. libertas. 106. de regul. iur.* sed etiam & ob id maximè quòd mors seruituti comparetur. *leg. intercidit. 59. de conditionibus & demonstrationibus. leg. seruitutem. 209. de regulis iuris.* Itaque quod sequitur in hac lege *similúmque*, vereor ne mendosum sit, legendúmque potiùs *similiter.* Quid enim potest simile esse seruituti? An fortè deportatio? Nam & dici solet deportatos mortuorum loco habendos. *leg. actione. 65. §. publicatione. pro socio. leg. Gallus. 29. §. & quid si tantum de liberis & postumis. leg. 1. §. penult. de bonorum possessione contra tabulas. leg. 4. §. si deportatus. de bonis libertorum.* Atqui non semper sunt casus isti similes, vt constat ex *dict. leg. intercidit*, & nos alibi scripsimus. Deinde non est in potestate magistratus, vt quis deportetur, quia deportatio non facti, sed iuris est, nec ius deportandi habent magistratus, nisi perpauci quousque consultus sit Princeps. *l. 1. §. deportatos. de legat. 3. leg. si quis filio. 6. §. eius qui deportatur. de iniust. rupt. leg. 2. §. 1. de pœnis.* Non est igitur hac parte deportatio similis morti, vt neque seruituti. Potest. n. quis alium etiam non iure occidere, aut in seruiturem redigere fortassis quasi ingratum. *dict. leg. nec timorem. 7. §. 1. vers. sed potuerunt non etiam deportare.* Posset tamen dictio *similium* referri ad casus similes morti potiùs quàm seruituti. Similes, inquam, non natura, sed comparatione. Exemplum sumi potest ex *l. isti quidem. 8. §. quòd si dederit. infr. eod.*

5. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

METum accipiendum Labeo dicit, non quemlibet timorem, sed maioris malitatis.

Ad l. Metum accipiendum 5.

Ratio dubit. Is qui visis armatis fugit metu turbæ perterritus, non tantùm metu defectus videtur de possessione quam habebat, sed quod magis est, etiam vi, saltem eo casu quo armati illi postea occupauerint possessionem. *l. 1. §. idem Labeo ait. 29. l. 3. §. proinde. de vi & vi armat.* Atqui non talis hic timor est, vt possit dici timor maioris malitatis, & vt cadat in constantissimum hominem, cùm fieri potuerit vt armati illi aliò tenderent. *d. l. 3 §. si quis autem.* Ergo non est bona metus definitio, quam Labeo tradebat. Ratio decid. Non definitur hic à Labeone metus quilibet, sed is demum qui pertinet ad hoc edictum, vt & in *l. seq.*

6. GAIVS lib. 4. ad Edictum Prouinciale.

METum autem non vani hominis, sed qui meritò & in hominem constantissimum cadat *a*, ad hoc edictum pertinere dicemus.

Ad l. Metum autem. 6.

Rat. dub. & dec. ead. quæ ad *l. prox. §. h. tit.*

a *In hominem constantissimum cadat.* id est, qui salutis periculum vel corporis cruciatum contineat, vt loquuntur Imperatores in *l. interpositas. 15. Cod. de transact.*

7. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

NEc timorem infamiæ hoc edicto contineri Pedius dicit libro septimo: neque alicuius vexationis *a* timorem per hoc edictum restitui. ¶ Proinde si quis meticulosus rem nullam frustrà timuerit, per hoc edictum non restituitur: quoniam neque vi, neque metus causa factum est.

Ad l. Nec timorem. 7.

Ratio dubit. Infamiæ metus viris bonis maior quàm mortis esse debet. *l. isti quidem. 8. §. pen. inf. h. tit.* Atqui metus mortis ad hoc edictum pertinet. *l. 3. in fi. sup.* Ergo & infamiæ. Ratio dec. Non de qualibet infamia loquitur Paulus in *d. §. pen.* sed de ea sola quæ ex stupri patient. a irrogatur. Id enim est quod significant verba illa *metus iste.* Metum scilicet non infamiæ cuiuslibet, sed stupri.

a *Neque alicuius vexationis.* Rat. dubit. Laudanda est verecundia eius qui vexationem timet, putà ex litib. *leg. 4. §. 2. de alie. iud. mut. caus. fact.* Ergo qui metu alicuius vexationis aliquid fecit, quod facturus alioqui non erat, dignus est cui succurratur. Ratio dec. Imo ob hoc ipsum succurri ei non debet quod redimendæ vexationis gratia tanti habuit re carere, vt scriptum est in *d. l. 4. §. 1.* Non enim tam propositum est hoc edictum in fauorem eius qui se vim aut metum passum esse dicit, quàm in odium eius qui vim aut metum intulit. Itaque non tam opinio actoris spectanda est, si fortè homo meticulosus rem nullam frustra timuerit, quàm improbitas rei qui per vim aut metum aliquid ab actore extorsisse probetur. Alioqui verum est nihil vi aut metus causa factum esse, atque ita dicti verba cessare, vt sequitur in textu.

1 ¶ Proinde si quis in furto, vel adulterio deprehensus, vel in alio flagitio: vel dedit aliquid, vel se obligauit. Pomponius libro vicesimo octauo rectè scribit, posse eum ad hoc edictum pertinere: timuit enim vel mortem, vel vincula. quanquam non omnem adulterum liceat occidere, vel furem, nisi se telo defendat: sed potuerunt vel non iure occidi *b*, & ideo iustus fuerit metus. Sed & si, ne prodatur *c* ab eo, qui deprehenderit, alienauerit: succurri & per hoc edictum videtur *d*: quoniam, si proditus esset, potuerit ea pati, quæ diximus.

Ad §. 1. Proinde.

Ratio dubit. Qui in furto deprehensus est vel in adulterio, potuit iure occidi, saltem quibusdam casibus, putà si adulter deprehensus sit à patre mulieris, vel à marito in domo ipsius mariti. *l. marito. 24. ad l. Iul. de adult.* Itẽ fur si se telo defendat, & sit interdiarius. *l. si pignore. 54. §. furem. de furt.* nocturnus autem ita demum si is qui occidit, parcere illi sine periculo suo non potuit. *l. furem. ff. ad l. Cornel. de sicariis.* Ergo fatendum est saltem hic casibus nihil contra bonos mores factum ab illo esse, qui pecuniam per vim aut metum extorsit ei, cui vitã quoque iure eripere potuit: ne cui licet quod plus est, nõ liceat quod est minus contra regulam *l. non debet cui. 21. de reg. iur.* Rat. dec. Lex quæ permittit occidi furem aut adulterum, non similiter permittit vt eo sine nomine sine prætextu pecunia extorqueatur. Iusto enim dolori parcendum existimauit legislator, qui porrò dolo nullus est in eo qui pecunia vel promissa vel accepta molliri potest ne vindictam exerceat. Atqui, inquies, iusta est ratio quælibet redimendi sanguinis. *l. 1. de bon. eor. qui sibi mort. consc.* Fateor iustam esse ex parte illius qui dat pecuniam, sed non etiam ex parte illius qui accipit, si vel facta vi, vel illato metu accepisse probetur. Nam & si leno esset qui ab adultero deprehenso in adulterio pecuniam aut accepisset, aut stipulatus fuisset. *l. seq. l. de crimine. 10. & præc. Co. ad l. Iul. de adul. l. mariti. 29. §. plectitur. D. eo.* Denique ad inducẽdam huius edicti potestatem sufficit quòd is qui pecuniam vel dedit vel promisit, timuerit vel mortem, vel vincula, aut quid aliud simile, siue iustã siue iniustam habuerit causam timendi, dummodo non nullam.

b *Potuerunt non iure occidi.* Ratio dubitandi, Quod iure fieri non potest, id nec fieri posse creditur, sed pro impossibili habetur. *l. filius. 15. de cond. inst.* Ergo non potuit mortis metus iustus esse in eo, qui iure occidi non potuit. Rat dec. Ea quæ iure fieri nõ possunt, pro impossibilibus habentur in iis quę sunt iuris. At non similiter in iis, quæ sunt facti, quale illud est vt quis moriatur, vel non moriatur. Tam enim moritur qui iure quàm qui non iure occiditur: immo, quanto minùs iustè potest quis occidi, tanto

iustior in eo metus est mortis ne per iniuriam occidatur.

c *Sed & si ne prodatur.* Rat.dubit. Cùm fur dedit aliquid ne proderetur, vtriusque turpitudo in hoc versatur,& eius qui dedit & eius qui accepit. Ergo cessat repetitio. *l. 4.in pr. de cond.ob turp.* vbi dicitur idem esse & si qui in adulterio deprehensus se redemerit. Vnde ratio dubit. ad præcedentem quoq; speciem sumi pōt.Rat.dec. Aliud est de conditione tractare, aliud verò de inducenda huius edicti potestate.Conditiones omnes sunt iuris ciuilis, ob idque durioribus legibus adstringuntur, inter quas illa est,vt ei cuius turpitudo aliqua versatur,condictio nunquam competere possit. At edictum hoc cùm sit propositum à prætore,nititur potissimum rationibus æquitatis,ad quam illud maximè pertinet vt qui quid vi metúve factū & malo more gestum esse ostenditur,rescindatur. Non quasi prætor minùs exosā habeat turpitudinē,quā ciuilis legislator,sed quia is qui in furto deprehensus aliquid dedit ne proderetur, licèt turpiter fecerit in eo quod fur fuit nihil tamen fecit turpiter in eo quod dedit pecuniam aut promisit, at fecit turpiter ille qui accepit vt crimen tegeret quod detegi & vindicari publicè intererat. Simile quid in cōtrarium est in *d. l.4.§.sed quod meretrici.* Nec respicit prætor an turpis sit qui pecuniā dedit, sed an turpiter fecerit qui accepit,vt subiicitur in *l.seq.*

d *Succurri & per hoc edictum videtur.* Rat.dub. Hic qui in furto deprehensus pecuniam dedit ne proderetur, neque vim neque metum passus est ab eo cui dedit. Ergo non videtur ad hoc edictum pertinēre. Ratio decidendi,Licèt nihil ab eo passus sit, perinde tamen habetur ac si passus fuisset, quia si proditus esset,potuit pati ea omnia quæ passus fuisset, si vel à domino rei subreptę,vel à patre maritóve mulieris adulteræ deprehensus fuisset.

8. PAVLVS lib.II.ad Edictum.

ISti quidem & in legem Iuliam incidunt,quod pro comperto stupro acceperunt. prætor tamen etiā,vt restituant interuenire debet.nam & gestū est malo more, & prætor non respicit,an adulter sit,qui dedit:sed hoc solùm, quod hic accipit metu mortis illato.

Ad l.Isti quidem.8.

Rat.dubit. Grauior est condemnatio quæ ex *l.Iulia de adult.* infligitur, quàm quæ ex hoc prætoris edicto irrogatur. Nam & iudicium illud publicum est,hoc verò priuatum. Ergo non debet prætor interuenire ad puniendum eum qui lege Iulia iam satis punitur.Et præterea indignus est adulter qui pecuniā dedit vt ei succurratur cùm ipse deliquerit, vt Papinianus argumentabatur in *l.Papinianus.exulii 20. de minor.* Rat.dec.Lege quidē Iulia plectitur is qui pro comperto stupro pecuniam accepit, quoniam habet lex eum pro lenone. *l. marii.29.§.flectitur.ad l.Iul.de adul.* Sed non eo minùs prætor interuenire debet vt quod adulter dedit ei restituatur, quia negotium malo more gestum est,& prætor non respicit an adulter is qui dedit,sed hoc solùm quòd alius accipit metu mortis illato:imò tantò magis necessarium fuit hoc auxilium prætoris, quod alioquin ei qui vim aut metum passus est,neque condictione ob turpē causam,neque alio vllo remedio ciuili cōsultum esse posset, vt diximus ad legem præced. ex *l.4.de condict.ob turp.caus.*

1 ¶Si is accipiat pecuniam,qui instrumenta status mei interuersurus est,nisi dem:non dubitatur,quin maximo metu compeliat:vtique si iam in seruitutem petor[a]: &, illis instrumentis perditis,liber pronuntiari non possum.

Ad §.1.Si is.

Ratio dubitandi, Instrumentorum amissio nil nocet libertati, quia nec instrumenta prætermissa manumissionis rectè factæ vllum adferunt præstitæ libertati præiudicium. *leg. sicut instrumenta. 25. Codic. de liberali causa.* Ergo non est iustus metus amittendæ libertatis ex eo solùm quòd is qui pecuniam à me accipit, minetur se alioqui status mei instrumenta esse interuersurum. Ratio decidendi, Non sunt necessaria instrumenta manumissionis ad acquirendam aut retinendam libertatem, sed possunt esse necessaria ad probationem, si fortè is quem constat aliquando seruum fuisse, nullas alias probationes habeat, quibus possit ostendere datam sibi fuisse libertatem.Eo namque casu ius quidem non deficeret,sed probatio, quod in effectu idem est, quia non entium, & non apparentium idem iudicium esse solet. *l.duo sunt Titij.30. de testam. tutel.§.si aduersus Instit.de nupt.leg. 4.de pignor.leg.4. de fide instrumentor.* Et inde nimirum est quod manumissor sicut datam libertatem manumissis adimere non potest, ita manumissionis instrumenta iis præstare cogitur.*leg.sicut datam.26.Cod.de liber.caus.* Atqui Paulus in hoc §. eum casum tractat,quo instrumenta quæ aduersarius meus minatur se interuersurum talia sint vt iis perditis liber pronuntiari non possim. Ergo perinde iustus est hic metus amittendæ libertatis, & incurrendæ seruitutis, quem iam diximus ad hoc edictum pertinere. *leg.4. §.iūge.l.qui tabulas.27.§.inde potest quæri.de furt.l.Publia.26.§.1.depos.*

a *Vtique si iam in seruitutem petor.* Rat.dub.Etiamsi nondum in seruitutē petar, quia tamen fieri potest vt aliquando & breui petar, æquè iustus metus est amissionis & interuersionis instrumentorum, sine quibus liber pronunciari non possum. Ergo indistinctè dicendum est casum hunc ad edictum pertinere. Rat. dec. Non quilibet metus etiam iustus ad hoc edictum pertinet,sed metum presentem esse oportet,non suspicionem eius inferendi. *l.metum.9. infr.h.tit.* Metus autem amittendę meę libertatis ob amissionem instrumentorū non potest presens esse, si nemo me adhuc in seruitutem petat. Nam & qui diu in libertate fuit,nō ita facilè reuocari potest in seruitutem, non solùm si nulla libertatis suæ instrumenta habeat, sed nec si constet perperam & contra leges datam ei fuisse libertatem. *leg.si cum fideicommiss.16.§.Aristo.qui & à quib.manumiss.*

2 ¶Quod

2 ¶Quod si dederit, *ne stuprum patiatur* vir, seu mulier: hoc edictum locum habet: cùm viris bonis iste metus maior,quàm mortis,esse debet.

Ad §.2.Quòd si dederit.

R. dub. Metus infamiæ non continetur hoc edicto. *l. prox. in princ.sup.eod.* Ergo neque metus stupri ex quo infamia irrogatur. R. dec.Viris bonis maior est metus stupri quàm mortis,non ob infamiam solùm, quæ delicta ferè omnia concomitatur, sed ob ipsius stupri turpitudinem, & fœditatem,qua dici maior alia,vel excogitari nulla potest.

3 ¶Hæc, quæ diximus ad edictum pertinere, nihil interest, in se quis veritus sit,an in liberis suis,cùm pro affectu parentes magis in liberis terreantur.

Ad §.3.Hæc quæ diximus.

R. dub. Aliæ sunt personæ parentum, aliæ liberorum. nec proinde quod passurus filius fuit, continuò & pater videri potest passurus fuisse,aut contrà. Ergo ex vi metúve illato liberis, non est parentibus danda restitutio ex hoc edicto. Nec enim edictum hoc ad alios pertinet, quàm ad eos qui vim vel metum passi sunt.*l.1.& 3.sup.hoc tit. l.1.supr. tit.prox.* Rat.dec. Tantus est affectus parentum erga liberos,vt non minùs terreantur parentes, si quando videant liberos in præsenti periculo aut mortis, aut verberum, aut seruitutis constitutos, quàm si ea ipsa siue mala siue pericula in seipsis vererentur. Nesciunt enim patientiam viscera aut paterna,aut materna *l.vlt.C.de curat. furios. §. vlt. Inst.de noxal.action.*

9. VLPIANVS lib. II. ad Edictum.

METum autem præsentem accipere debemus, non suspicionem inferendi eius[a], & ita Pomponius libro vicesimo octauo scribit. ait enim metum illatum accipiendum, id est, si illatus est timor ab aliquo. ¶Denique tractat:si fundum meum dereliquero,audito quòd quis cum armis veniret[b]: an huic edicto locus sit.& refert Labeonem existimare,edicto locum non esse,& *unde vi* interdictum cessare: quoniam non videor vi deiectus,qui deiici non expectaui, sed profugi. Aliter atque[c] si, posteaquam armati ingressi sunt,tunc discessi:huic enim edicto locum facere. ¶Idem ait,& si fortè[d] adhibita manu in meo solo per vim ædifices:& interdum *quod vi aut clam*,& hoc edictum locum habere:scilicet quoniam metu patior id te facere. Sed & si per vim[e] tibi possessionem tradidero:dicit Pomponius huic edicto locum esse.

Ad l.Metum autem.9.

R.dub.Metus est non solùm instantis, sed etiam futuri periculi causa mentis trepidatio, vt idem hic noster Vlpianus definit in *l. 1.supr.hoc tit.* Ergo metus etiam futurus ad hoc edictum pertinet. R. dec. Potest metus præsens esse periculi etiam futuri, vt cernere est in eo qui ab extraneo aliquo ad quem res non pertinet deprehensus in furto vel in adulterio pecuniam dedit ne proderetur. Huius enim metus præsens fuit,licèt periculum non instaret,vt & illius qui iam petitus in seruitutem timuit interuersionem instrumentorum sui status, de quibus diximus ad *§. 1. legis præcedentis.* Sed & dici potest metum quemlibet ab Vlp. definiri in *d. l. 1.* In hac verò lege de eo metu solo tractari qui ad edictum hoc pertinet.

a *Non suspicionem inferendi eius.* Rat.dub.Pariā sunt fieri quid coactè, & metu coactionis. *l. nouissime. 7. §. 1. quòd fals. tutor.* Ergo sufficit sola suspicio inferendi metus. R.dec. Sufficit sola suspicio ad excusandum eum qui aliquid fecit metu futuræ coactionis, quod alioqui facturus non erat,vt si tutor pupillo autoritatem accommodauerit compulsus, aut metu ne compelleretur, vt in *d. §. 1.* Sed non ad dandam ei actionem & restitutionem, præsertim ex hoc edicto, quia prætor metum præsentem requirit, hoc est, iam illatum, nec contentus est sola suspicione metus inferendi, quandoquidem ea suspicio vix in constantissimum hominem cadere posset,saltem ad eum terrendum.

b *Audito quòd quis cum armis veniret.* Rat. dub. Sufficit quòd dominus, & possessor fundi homines armatos venientes existimauerit,atque ita profugerit, ad hoc vt vi deiectus videatur, licèt nemo eorum fundum ingressus fuerit. *l.non solùm. 33. §. si dominus de vsucap.* Ergo & sufficiet quòd fundum meum dereliquero audito quòd quis cum armis veniret,vt huic edicto locus sit.Rat.dec. Mendosus est contextus Papiniani in *d.l.non solùm. §. si dominus,* & pro *existimauerit*, legendum haud dubiè est *extimuerit*,vt bene Iacob.Cuiac.obseruauit,docuitque locum illum de eo accipi debere, qui extimuit homines armatos ad se venientes.Nam & hoc requiritur, siquidem aliud dicendum esset,si armati illi aliò tendebant:etiamsi dominus viderit eos venientes.*l.3.§.si quis autem.6. de vi & vi armat.* Multo minùs autem vi deiectus dici potest is qui audiit tantùm armatos venire,nec vidit. Is enim non fuit deiectus qui deiici non expectauit; quamuis postea appareat verum fuisse rumorem illum non falsum,& armatos illos non tantum venisse,sed etiā vim aut metum inferre voluisse.

c *Aliter atque.* Ratio dub. Potest fieri vt armati fundum meum ingressi sint, nec tamen animum habuerint vim aut metum mihi inferendi, putà si aliò tendebant, nec ingressi fundum meum fuerint nisi vt transirent. R. dec. Loquitur in hac lege Vlpianus de armatis qui venerint vt metum inferrēt, & vim facerent.

d *...dum ait & si forte.* Ratio dubitandi, Edictum hoc non habet locum, nisi cùm quid vi metúsve causa gestum est. *l. 1. & passim hic tit.* Atqui nihil gerit tecum is qui patitur tantùm vt in solo ipsius ædifices, cùm toto genere categoriæ differant Agere & Pati. Ergo hic casus ad edictum istud non pertinet. Ratio decidendi: Qui patitur in suo aliquid fieri, ipso aliquid facit, quia patiendo consentire intelligitur. *leg. 3. de vsufruct. leg. qui patitur. 18. mandat.* Atqui non patitur nisi per vim, quia tu adhibita manu & per vim ædificas. Ergo & per vim consentit, ac proinde negotium aliquod vi gestum esse intelligitur. Et ideo non tantùm potest locus esse interdicto, Quod vi aut clam, sed etiam huic edicto, ex quo competentem actionem cum interdicto illo concurrere nihil verat.

e *Sed &, si per vim.* Rat. dub. Nuda traditio nullum continet in se negotium, ideóque nec dominium transfert. *l. nunquam nuda. 31. de acquir. rer. domin.* Atqui edictum prætoris loquitur de negotio per vim aut metum gesto. Ergo non pertinet ad hunc casum quo nuda traditio per vim facta fuerit. Rat. decid. Traditio quælibet facti est. *l. consilio. 6. §. vlt. de curat. furios.* ideoque negari non potest, quin aliquid faciatis, qui tradit. Proinde & cùm per vim possessio fuit tradita huic edicto æquè locus erit.

1 ¶ Animaduertendum autem, quod prætor hoc edicto generaliter, & in rem loquitur f, nec adiicit, à quo gestum. & ideo siue singularis sit persona, quæ metum intulit, vel populus, vel curia, vel collegium g, vel corpus: huic edicto locus erit. ¶ Sed licèt vim factam à quocunque prætor complectatur: eleganter tamen Pomponius ait: si, quo magis te vi hostium h, vel latronum, vel populi tuerer, vel liberarem: aliquid à te accepero, vel te obligauero: non debere me hoc edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim summisi: cæterùm si alienus sum à vi, teneri me non debere: ego enim operæ potius meę mercedem accepisse videor.

Ad §. 1. Animaduertendum.

f *Generaliter & in rem loquitur.* Verbis scilicet illis impersonalibus, nec ad vllam certam personam relatis *quod metus causa gestum erit.* In quo differt edictum hoc ab edicto, De dolo, quod nominatim conceptum est in personam eius qui dolum fecisse dicitur. *l. item si cum. 14. §. in hac actione. infr. hoc tit. iunct. l. 4. §. pen. De dol. mal. except.*

g *Vel populus vel curia vel collegium.* Ratio dubitandi, Vis nunquam est sine dolo. *leg. 2. §. doli mali, infr. vi bonor. rapt.* Atqui neque populus neque curia ne collegium dolo malo facere quicquam potest. *leg. sed & ex dolo. 15. §. 1. infr. De dolo.* Ergo nec possunt incidere in hoc edictum, quia vniuersi consentire non possunt. *l. 1. §. vltim. de acquir. poss.* Ratio decid. Et populus, & curia & collegium possunt proculdubio vim facere, qua nec sit vnquam apertiùs quàm cùm sit manu adhibita, & hominibus coactis, quorum animi in hoc vnum consentiant, & conspirent vt vis fiat. Et quod dicitur non esse vim sine dolo, nec dolum ab vniuersitate admitti posse, alium sensum habet de quo scripsimus ad *leg. 3. §. vltim. ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.*

h *Si quò magis te de vi hostium.* Rat. dub. Verum est id quod à te mihi datum fuit vt de vi hostium vel latronum vel populi te liberarem aut tuerer, datum esse propter vim sibi factam, quam scilicet si passus non fuisses, vtique nihil mihi dedisses. Ergo sicut hoc casu verba edicti locum habent, ita & edictum ipsum habere locum debet, nec ad rem pertinet, quod vim passus non sis à me, sed ab hostibus vel à latronibus, vel à populo, cùm verba edicti, vt proximè diximus generaliter concepta sint & impersonaliter, ac in rem, non in personam, id est vim à quocunque factam complectantur. Rat. dec. Videor potiùs operæ meæ mercedem accepisse, si tamen illa merces eximij laboris appellanda est, adeò vt quod ex hac causa donatum est, sit irreuocabile. *l. pen. §. 1. de donat.* Denique nihil in hac specie dici potest à me gestum malo more. Ergo hæc species ad edictum hoc non pertinet, nisi ego ipse hanc tibi vim summisi, quo casu cùm non sim alienus à vi, vtique tenebor hoc edicto.

2 ¶ Idem Pomponius scribit, quosdam bene putare, etiam serui manumissionem, vel ædificij depositionem i, quam quis coactus fecit, ad restitutionem huius edicti porrigendam esse.

Ad §. 2. Idem Pomponius.

R. dub. Aduersus libertatem à prætore cuiquam subueniri impossibile est. *l. si ex causa. 9. §. vlt. inf. de minor.* Nam aut libertas competit, ex manumissione, & quæ semel competit, nunquam potest reuocari, aut ipso iure non competit, & tunc nulla opus est restitutione. *l. in causa. 16. in princip. eod. tit. l. 3. C. si aduers. libert.* Atqui si seruus ipse dominum coegerit siue populus, vt seruum manumitteret, libertas ipso iure non competit. *l. ille seruus. 9. l. si priuatus. 17. qui & quib. manum.* Non potest ergo his casibus locus esse restitutioni. Rat. decid. Hæc lex intelligi debet de manumissione, quam dominus fecerit coactus non à seruo ipso, nec à populo, sed ab extraneo. nam licèt Ioannes negauerit locum hoc casu esse restitutioni contra libertatem vt reuocetur, est tamen locus restitutioni contra coactorem ad plenissimam indemnitatem consequendam, adeóque ad quadruplum si eam indemnitas non præstetur: cui restitutioni nullus locus esse posset contra ipsum manumissum aut contra populum si manumissio valeret.

i *Vel ædificij depositionem.* Ratio dubitandi, A Edificium vbi depositum & demolitum est, iam nullum est. Ergo res non capit restitutionem, cùm id quod in rerum natura non est, neque peti amplius, neque reddi possit. *dict. leg. si ex causa. 9. §. penultim. infr. de minoribus.* Nam & si postea eadem area ædificetur, aliud tamen ædificium futurum est quàm quod depositum fuit, ideóque peti non potest. *l. si chorus. 79. §. uen. de legat. 3.* vt nec vsusfructus areæ in qua erant ædes quæ corruerunt, aut exustæ sunt. *l. repeti. 5. §. rei mutatione. quibus modis vsus. fruct. amitt.* Ratio decidendi, Ideo nimirum necesse est, vt prætor se interponat data in integrum restitutione, vt aliud ædificium fiat quod in prioris locum cedat. Ne alioqui effectum haberet id quod tam malo more gestum esset. Illa etiam potest adferri ratio dubitandi tam ad hanc speciem quàm ad præcedentem, & meo iudicio conuenientior ad mentem Vlpiani, quod cùm quis coactus seruum suum manumittit, aut ædificium deponit, eius solius factum intercedit, non etiam illius qui vim facit. Proinde absurdum videtur & iniquum vt cogatur quis alienum potiùs quàm suum factum præstare: præsertim cùm ex alieno illo facto nihil perceperis, neque locupletior factus sis. Sed ratio decidendi est, quod parum interfit an ædificium meum tu ipse deposueris, an me deponere coegeris. Videris enim tu quoque mecum fecisse quod me facere coegisti. Nec proinde facti mei pœnam præstas, sed tui, cùm ædificium à me depositum restituere condemnaris. Idémque est si te cogente seruum meum manumiserim, non quia tu ipse manumisisse videaris, [neque enim libertatem posset præstare manumissio, quæ à te non domino facta esset. *tot. tit. Cod. de his qui à non domi. manum. sunt*] sed quia manumissioni à me factæ causam dedisti, quam facturus non eram si non coegisses. Indemnitatem igitur mihi à te præstari æquum est, non quòd lucrum perceperis, sed quòd damnum facto tuo senserim.

3 ¶ Sed quod prætor ait, *ratum se non habiturum*: quatenus accipiendum est, videamus. Et quidem aut imperfecta res est, licèt metus interuenerit, vtputà stipulationem numeratio non est secuta: aut perfecta, si post stipulationē & numeratio facta est, aut per metum accepto debitor liberatus est, vel quid simile contigerit, quod negotium perficeret. Et Pomponius scribit, in negotiis quidem perfectis & exceptionem interdum, & actionem competere: in imperfectis autem solam exceptionem. ¶ Sed ex facto scio: cùm Campani, metu cuidam illato, extorsissent cautionem pollicitationis: rescriptum esse ab Imperatore nostro, posse eum à prætore in integrum restitutionem postulare: & prætorem, me adsidente, interlocutum esse: vt siue actione vellet aduersus Campanos experiri, esse propositam: siue exceptione aduersus petentes, non deesse exceptionem. Ex qua cōstitutione colligitur: vt, siue perfecta, siue imperfecta res sit: & actio, & exceptio detur.

Ad §. 3. Sed quod Prætor.

Ratio dubitandi, Quandiu aliquid agendum superest, nihil videtur actum esse. *leg. penult. in final. Cod. de his quibus vt indign.* Atqui non datur restitutio ex hoc edicto, nisi aduersus id quod vi metúsve causa gestum est. Ergo non potest locum habere in negotiis imperfectis, quia nec necesse est, præsertim cùm satis cautum esse possit per exceptionem ei qui vim aut metum passus fuit. Nam exceptio quoque datur ex hoc dicto. *leg. 4. §. penult. de dol. mal. & metus exceptione.* Ratio decidendi, Potest totum negotium esse quidem imperfectum eo sensu, quòd totum perfectum non sit, sed ita tamen vt pro parte fuerit perfectum, sicut in exemplis positis in hoc §. cùm stipulatio quidem perfecta fuit, sed nondum eam secuta est numeratio, aut cùm extorta est cautio pollicitationis, & solutio tamen non est secuta. Et hoc casu non tantùm exceptio competit, sed etiam actio ex hoc edicto, quia est aliquid perfectum, quod rescindi possit & debeat. Potest etiam negotium aliquod ita imperfectum esse vt nulla ex parte perfectum sit, & eo casu nulla subest causa neque necessitas dandæ restitutionis, ne quidem ad exceptionem ex hoc edicto concedendam.

4 ¶ Volenti autem datur & in rem actio, & in personam, rescissa acceptilatione, vel alia liberatione.

Ad §. 4. Volenti.

Ratio dubitandi, Vbi competit actio ordinaria, non competit auxilium restitutionis in integrum, quod est extraordinarium. *leg. in causa. 16. in princip. infrà de minoribus.* Atqui actio in rem & vindicatio est ordinaria, actio autem quæ ex hoc edicto competit in personam est extraordinaria, cùm beneficio restitutionis competat. Ergo non potest is qui vim passus fuit habere electionem vtrum velit agere in rem an in personam. Ratio decidendi, Is qui per vim aut metum rem suam vendidit & tradidit, cùm eam rem in dominio suo, adeóque in bonis habere desierit, non potest habere vindicationem quæ soli domino datur. *leg. in rem. 23. de rei vindication.* Sed rescissa per prætorem beneficio in integrum restitutione tam traditione, quàm alienatione, incipit rursus res fieri in bonis actoris: *§. licet. 6. infr. hac lege.* quemadmodum rescissa per reuocatoriam traditione, quæ facta fuerat in fraudem creditorum, incipiunt alienata rursus fieri in bonis debitoris. *§. item si quis. Instit. de actionib.* Et consequenter ex eo tempore habet electionem actor restitutus vtrum malit agere in rem per vindicationem, an per actionem personalem ex hoc edicto ad quadruplum, si res non restituatur. Cæterùm rescissionem præcedere necesse est, vt vindicationi locus esse possit, vt & in *leg. in causa. 13. §. interdum. de minoribus.* Idque est quod significant verba illa *rescissa acceptilatione*, quæ non tantùm ad personalem actionem referenda sunt, sed etiam ad realem, vt neutra detur, nisi post factam ex hoc edicto rescissionem. Sic & in *leg. 3. Codic. hoc tit.*

5 ¶ Iulianus libro tertio digestorum putat eum, cui res metus causa tradita est, non solùm reddere, verum & de dolo repromittere debere.

Ad §. 5. Iulianus.

Rat. dub. Restitutio nihil aliud facere potest nisi vt omnia in integrum restituantur & in eum statum, in quo erant, priusquam aliquid vi metúsve causa factum esset. *l. quòd si minor. 24. §. restitutio. infr. de minor.* Atqui ante vim factam reserat penes actorem. Restituuntur ergo omnia in integrum si eidem actori eadem ipsa res reddatur, quamuis nulla de dolo fiat repromissio. Rat. decid. Necessarium est, vt qui rem restituit repromittat de dolo. Alioqui non videretur facta in integrum restitutio, quia periculum subest ne medio tempore reus eam rem obligauerit, quam vtique potuit obligare suo iure tanquam dominus. *leg. si post acceptum. 18. de rei vindicat. Iunge §. ex hoc edicto. 7. infra.*

6 ¶ Licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quia res in bonis est eius qui vim passus est *a*: verùm non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit *b*, finiri in rem actionem, vel contra.

Ad § 6. licet tamen.

a *Res in bonis est eius qui vim passus est.* Intellige vt sit in bonis eius post factam relcissionem non antea, quemadmodum explicauimus ad *§. volenti.*

Si in quadruplum quis egerit. Rat. dubit. Vindicatio & actio personalis ex hoc edicto licèt dentur eidem personæ, dantur tamen diuersis respectibus, quia vindicatio datur tanquam domino: hæc autem actio tanquam vim passo. Ergo cum nihil habeant inter se commune maximè quòd vna in rem, alia in personam est non videtur habere rationem vt altera per alteram consumatur. Rat. dec. Etsi dantur hæ actiones diuersis respectibus, dantur tamen ad eandem rem, quatenus actio personalis ex hoc edicto competens est rei quoque persecutoria, cùm detur ad quadruplum in quo simplum continetur. *l. item si cum. 14. §. quatenus. inf. hoc tit.* Bona verò fides non patitur vt idem bis exigatur. *l. bona fides. 57. de regul. iur.* & improbus sanè est qui bis idem consequi velit. *l. si quis dolo. 51. §. 1. aere indic.* Nec enim plures actiones ideò comparatæ sunt vt omnibus agere & ex omnibus exigere liceat, sed vt arbitrium eligendi detur, scuti de variis actionibus legatorum nomine competentibus scribit Papinianus in *l. cùm filius. 76. §. variis. de legat. 2.*

7 ¶ Ex hoc edicto restitutio talis facienda est, id est, in integrum officio iudicis: vt, si per vim res tradita est, retradatur, & de dolo (sicut dictum est) repromittatur, ne fortè deterior res sit facta. ¶ Et, si acceptilatione liberatio interuenit *c*, restituenda erit in pristinum statum obligatio *d* vsque adeò, vt Iulianus scribat libro quarto digestorum, si pecunia debita fuit quę accepta per vim facta est, nisi vel soluatur, vel restituta obligatione iudicium accipiatur *e*, quadruplo eum condemnandum. ¶ Sed & si per vim stipulanti promisero *f*, stipulatio accepto facienda erit. ¶ Sed & si vsusfructus, vel seruitutes amissæ sunt *g* restituendæ erunt.

Ad §. 7. Ex hoc edicto.

Rat. dub. & dec. eadem quæ ad §. *Iulianus. 5. supr. hoc tit.*

c *Et, si acceptilatio liberatio interuenerit.* Abundat dictio hæc *liberatio.* Nec enim hoc loco agitur de alia liberatione quàm quæ per acceptilationem contigerit.

d *Restituenda erit in pristinum statum obligatio* Rat. dub. Semel extincta obligatio postea resuscitari numquam potest, quoniam, vt aiunt philosophi, à priuatione ad habitum non datur regressus. *leg. qui res. 98. §. aream de solut. l. si vnus. 27. §. pactus ne peteret. supr. de pact. leg. si pro patre. 10. §. pen. de in rem vers.* Atqui obligatio extinguitur per acceptilationem non minus quàm per solutionem, cùm nihil aliud sit acceptilatio quàm solutio ciuilis & imaginaria. *leg. pen. de solut. §. 1. Instit. quib. mod. tollit. oblig.* Ergo impossibile est restitui à prætore obligationem, quæ semel fuerit extincta per acceptilationem. Rat. dec. Obligatio semel extincta nunquam renascitur neque resuscitatur, sed tamen à prætore restituitur, aut officio iudicis, non quidem vt sit eadem numero aut specie quomodo prudentes nostri nomen speciei accipiunt, sed vt sit eadem genere tantùm, ideóque vtilis & restitutoria appellatur, cùm ea quæ extincta est, fuerit directa. *tot. tit. infr. ex quib. caus. maior.*

e *Vel restituta obligatione iudicium accipiatur.* Ratio dubitan. Qui iudicium accipit, is nec soluit nec soluere paratus est cùm sit iniquum eum cogi iudicium accipere qui soluere sit paratus. *leg. si reus. 73. supra de procurat.* Ergo non debet huic prodesse ad euitandam quadrupli condemnationem, quod iudicium accipere malit quàm soluere. Ratio. decid. Etiam qui solutioni moram fecit si iudicium accipere paratus fuit non videtur fecisse moram, vtique si iustè ad iudicium prouocauit. *leg. si quis solutioni. 24. de vsur.* Exponit enim se condemnationi quæcunque tandem ea erit, quam iudex iustam sit arbitraturus. Multo magis in proposita specie excusari debet is qui iudicium accipere paratus est, cùm hoc ipso consentiat vt contra se agatur, & quantum in se est agnoscat restitutam obligationem. Nam nec vetus illa obligatio quæ per acceptilationem extincta fuit, alium effectum habere poterat contra nolentem soluere, quàm vt iudicium accipere cogeretur. Non potest autem restitutio ex hoc edicto facere vt efficacior sit actio, quæ restituitur, quàm quæ fuit extincta. Iunge *§. illud. 10. inf.*

f *Sed &*

f *Sed & per vim stipulanti promisero.* Rat. dub. Acceptum ferre est facti. Atqui nemo cogitur præcisè ad factum, quia idipsum haberet vim & impressionem quam præter hoc potissimùm edicto testatur se tantopere exosam habere. *leg. si quis ab alio. 13. §. vltim. de re iudic.* Ergo non potest quis ex hoc edicto cogi ad faciendam acceptilationem. R. dec. Non cogitur præcisè is qui per vim stipulando extorsit obligationem vt acceptam eam faciat, sed sub illa exceptione, Nisi malit quadruplum præstare ob non restitutum à se id quod per vim extorsit.

g *Sed &, si vsusfructus vel seruitutes amissæ sunt.* Rat. dub. Extinctio seruitutis aut vsusfructus est fauorabilis, quia vnaquæque res facilè redit ad suam naturam. *l. si vnus. 27. §. pactus ne peteret in fin. de pact.* naturaliter autem vnaquæque res est libera *leg. altius. 8. C. de seruit. & aqua. leg. cum eo. 12. vrban. pred.* Ergo si quæ sint amissæ seruitutes, non sunt ex hoc edicto restituendæ, vt nec semel competens homini libertas etiam quæ per vim extorta sit, reuocatur, quemadmodum diximus ad §. huius legis. R. dec. Nihil est fauorabile quod per vim & tam malo more gestum sit: nec rursus tam fauorabilis est libertas fundorum quàm personarum. Libertas personarum vel non competit, vel si quandó competit, nunquam reuocatur: libertas verò fundis quæsita, si malè quæsita fuerit, facilè reuocatur, quia fundorum seruitutem dominus restituere potest tanquam dominus. At personæ seruitutem restituere nemo potest, quia hominis liberi dominus nemo est, cùm ne quidem liber homo ipse dominus sit membrorum suorum. *l. liber homo. 13. ad leg. Aquil.* Iunge *l. semper. 15. §. ergo nonnumquam inf. quod vi aut clam.*

8 ¶ Cùm autem hæc actio in rem sit scripta *a*, nec personam vim facientis coërceat, sed aduersus omnes restitui velit, quod metus causa factum est: non immeritò Iulianus à Marcello notatus est *b* scribens, si fideiussor vim intulit, vt accepto liberetur: in reum non esse restituendam actionem: sed fideiussorem: nisi aduersus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. Sed est verius, quod Marcellus notat, etiá aduersus reum competere hanc actionem, cùm in rem sit scripta.

Ad §. 8. Cùm autem.

a *In rem sit scripta.* R. dub. Actiones omnes aut in rem sunt, aut in personam, nullæ quæ ideo mixtæ dici possint, quod tam in rem sint quàm in personam, quamuis ita scriptum sit, siue à Triboniano, siue ab imperito interprete in §. *quædam actiones. 20. Instit. de action.* vt alibi à nobis ostensum & comprobatum est. Atqui actio quod metus causa in personam est non in rem, cùm ex ea sequatur condemnatio, & quidem pœnalis in eo quod excedit simplum. *leg. item si cum 14. §. quatenus. infr. hoc titul.* Ergo non potest dici in rem scripta, ne alioqui sit mixta. Rat. dec. Nullæ quidem sunt actiones mixtæ hoc sensu, quasi sint & in rem & in personam simul. sed sunt tamen pleræque in personam directę, in rem verò scriptę, qualis est actio ad exhibendum. *l. 3. §. est autem personalis. & §. vltim. ad exhib.* Similiter & actio hæc, Quod met. caus. quam non ideo quis bene mixtam dixerit.

b *Meritò Iulianus à Marcello notatus est.* Rat. dub. pro Iuliano, Cùm acceptilatio facta est, licèt per vim quam fideiussor intulerit, liberatur reus non tam principaliter & ex ipsius fideiussoris facto, quàm potestate iuris, & per quasdam consequentias, vt ex eo apparet, quòd etiamsi expressim conuenisset inter fideiussorem & creditorem, vt eiusmodi acceptilatione solus fideiussor, non etiam debitor liberaretur, non eo magis tamen debitor maneret obligatus, quia acceptilatio cùm solutionis vim habeat, fieri nequit vt non liberet debitorem æquè ac fideiussorem, etiam inuito fideiussore. *l. 3. §. nunc de effectu. l. 5. de liber. legat.* Non est igitur æquum vt debitor per acceptilationem fideiussori factam liberatus teneatur ista actione ob beneficiũ iuris collatum in se etiam ignorantem, & nullo ipsius debitoris facto intercedente. Rat. decid. pro Marcello. Hæc actio cùm sit in rem scripta, datur contra quemlibet possessorem rei per vim, aut metum extortæ. *l. 3. C. hoc tit.* In hac autem specie debitor quantumuis ignorans & inuitus, possessor est liberationis quam peperit acceptilatio per vim extorta. Non tamen tenebitur vt fideiussoris quoque obligationem restituat si non fuit conscius malitiæ, quia non est possessor liberationis fideiussoris. *l. si quis alius. 11. infr. hoc tit.*

10. GAIVS lib. 4. ad Edictum Prouinciale.

ILlud verum est, si ex facto debitoris metum adhibentis fideiussores acceptilatione liberati sunt: etiam aduersus fideiussores agi posse, vt se reponant in obligationem.

Ad Illud verum est 10.

R. dub. & dec. eadem quæ ad §. vlt. legis proximè præcedentis.

1 ¶ Si metu à te coactus acceptam tibi stipulationem fecerim: arbitratu iudicis, apud quem ex hoc edicto agitur, non solùm illud continetur, vt in tua persona redintegretur obligatio, sed vt fideiussores quoque vel eosdem, vel alios non minus idoneos adhibeas: prætereà vt & pignora, quæ dederas, in eandem causam restituas.

Ad §. 1. Si metu.

Ratio dubitandi, Restitutio quæ fit ex hoc edicto, nihil debet redder nisi quod metus aut vis extorserat. Atqui metus nihil extorserat nisi acceptilationem stipulationis. Ergo sufficit redintegrari obligationem in persona promissoris qui per acceptilationem fuerat liberatus.

Rat. decid. Acceptilatio ista per metũ extorta non tantùm promissorem iure liberauit, sed etiam fideiussores ab eo datos & pignora, quamuis non nisi per consequentias. *l. si fideiussor. 19. infr. titul. prox.* Cùm enim & fideiussorum & pignorum obligatio non sit nisi accessoria, non potest subsistere sublata principali. *l. cùm principalis. 178. de reg. iur.* Atqui restitutio debet omnia in pristinum statum reponere, & id omne reddere quod læsio abstulerat. *l. quòd si minor. 24. §. restitutio. infr. de minor. l. unic. C. de rescind. quæ fiunt in iudic. an integr. restit.* Ergo in hac specie officium & arbitrium iudicis tale esse debet, vt non solùm in persona debitoris qui vim fecit, redintegret obligationem, sed vt fideiussores quoque veleosdem, vel si alios saltem non minùs idoneos adhibeat, prætereà vt & pignora quæ dederat in eandem causam restituat. *l. patri. 27. §. si minor. de minor.*

a *Vel alios non minùs idoneos.* Rat. dub. Quemadmodum aliud pro alio solui non potest inuito creditori. *l. 2. §. mutui. infr. de reb. credit.* ita nec alius fideiussor pro alio dari, ne fiat iniuria creditori qui talem fideiussorem elegit, nec alium quamuis locupletiorem fuerat fortassis accepturus, *l. 1. §. item quæritur de separ.* Ergo non est permittendum debitori qui ex acceptilatione per vim extorta sibi fuisque fideiussoribus liberationem acquisiit, vt alios fideiussores det pro iis quos priùs dederat, præsertim cùm possit ei imputari cur vim fecerit quæ fideiussorum liberationi causam dedit. Neque enim dignus est cui contra vulgares iuris regulas faueatur. Rat. dec. Restitutio hæc, vt & reliquæ omnes nõ fit nisi ex æquitate. AEquitas autem hactenus restitutionem dari suadet vt is qui vim metúmve passus est, indemnitatem consequatur, quam porro consequitur perinde mutatis fideiussoribus, dummodò posteriores sint æquè idonei ac priores. Ne alioqui in potestate sit fideiussorum postea nolentium se obligare vt debitor qui alios æquè idoneos fideiussores offerat, nihilominus omnimodo in quadruplum condemnetur. *l. Labeo 25. §. vltim. cum leg. seq. de recept. qui arbitr. recep.* Pignorum alia ratio est. Debent enim eadem ipsa pignora restitui, quia est in potestate debitoris qui eorum dominus est vt eadem obliget. Nimirum si non interim fuerint alienata. Hoc enim casu eadem æquitatis ratio facit vt audiendus sit debitor si alia pignora dummodò æquè idonea dare velit ad euitandã quadrupli condemnationem. Nihil enim creditoris interest. arg. *l. si mandatu. 59. §. vlt. mand. l. 4. §. addici de fideic. libert.*

II. PAVLVS lib. 4. Iuliani Digestorum notat.

SI quis alius sine malitia fideiussoris, vt fideiussori accepto fieret, vim fecit: non tenebitur fideiussor, vt rei quoque obligationem restituat.

Ad l. Si quis alius 11.

Rat. dub. Non potuit fideiussori acceptum ferri nisi fideiussore ipso stipulante, cùm acceptilatio quælibet fiat per stipulationem, quæ non nisi inter præsentes contrahitur *l. 1. 3. & pass. de acceptilat.* Ergo cùm per eiusmodi acceptilationem non tantùm fideiussor, sed etiam debitor ipse liberatus sit & quidem facto fideiussoris, licèt non fuerit conscius violentiæ, æquum est vt non tantùm suam, sed etiam debitoris obligationem restituat. Nec enim quærimus quis vim aut metum intulerit, sed quis ex ea vi véve metu lucrum senserit. Rat. dec. Qui ex alieno facto conuenitur ista actione eatenus duntaxat tenetur quatenus lucrum sensit. *leg. item si cum. 14. §. in hac actione. infr. hoc tit.* Atqui ex acceptilatione facta fideiussori licèt debitor quoque liberetur, nullum tamen lucrum sentit fideiussor in eo quod debitor liberatur, sed in eo tantùm quod ipse. Nec enim si debitor maneret obligatus, vllum ideo regressum habiturus esset contra fideiussorem, cuius proinde nihil interest an debitor liberatus sit nécne, *l. fideiussoris. 23. supr. de pact.* Non ergo debet fideiussor teneri vt principalem debitoris obligationem restituat, sed vt suam duntaxat, cùm nihil ipse per vim, aut metum fecit. Planè suã restituere cogitur etiam si de dolo & malitia careat, scilicet tanquam possessor sibi acquisitæ liberationis, vt dixi ad *§. vlt. l. 9. sup. eod.*

12. VLPIANVS libro 11. ad Edictum:

SEd & partus ancillarum, & fœtus pecorum & fructus restitui, & omnem causam oportet: nec solùm eos, qui percepti sunt: verùm si plus ego percipere potui *b*, & per metum impeditus sum, hoc quoque præstabit.

Ad l. Sed & partus 12.

Rat. dub. Id tantùm per actionem ex hoc edicto competentem restituendum est in quo actor vim aut metũ passus fuit, ne latiùs pateat effectus quàm causa, nec in alio quis puniatur, quàm in quo deliquit, *l. beneficio. 59. ad leg. Falcid. l. sancimus. 22. Cod. de pœn. l. escriptum. 6. de his quæ vt indign. aufer.* Atqui ponimus vim factam fuisse quod ad ancillas duntaxat pertinet, & quod ad pecora, non quod ad fructus ancillarum & fœtus pecorum. Ergo neque e partus ancillarum neque fœtus pecorum veniunt in hanc actionem. Ratio decidendi, Verbum *restituendi* quo iudex in hac actione datus vti cogitur plenissimam habet significationem cõsinétque non modò pristinum statum, *l. 2. §. antepen. ne quid in loco public.* & arbitrium boni viri & possessionem. *leg. plus est. 22. leg. hæc verba. 73. de verb. signific.* & causam vsucapionis. *leg. restituere. 35. eod.* sed etiam causam omnem, id est, quod habiturus fuisset actor si controuersiam passus non esset ac proinde partus quoque & fructus. *leg. videamus. 38. §. in Fauiana & seqq. de vsur. leg. in condemnatione. 173. §. 1. de reg. iur.* denique omnem rem, & omnem conditionem. *leg. vltim. in final. de verb. signific.*

b *Verùm & si plus ego percipere potui.* Ratio dubitandi, Actio ex hoc edicto datur etiam contra bonæ fidei possessorem qui vim illatam nullomodo participauerit. *l. proxim. supra leg. Codic. hoc titul.*

Atqui

Atqui bonæ fidei possessor facit omnes fructus suos saltem interim. *l. bonæ fidei. 48. de acquir. rer. domin.* nec vnquam tenetur restituere fructus consumptos *l. certum. 22. C. de rei vindic.* multò minùs eos quos non percepit, quamuis percipere potuerit. Hęc enim pœna est prædonum & malæ fidei possessorum. *leg. sed & si. lege. 25. §. sed & si fructus. infr. de hered. petit. l. 1. C. eod.* Ergo non semper & indistinctè verum est, quod hic dicitur, in hanc actionem venire fructus omnes non tantùm quos possessor percepit, sed etiam quos percipere potuit. Rat. decid. Multum interest an bonæ fidei possessor conueniatur per rei vindicationem, aut per hereditatis petitionem, an per in integrum restitutionem. Priore casu obtinet quod modo diximus. Posteriore verò non item, quia potestas restitutionis illa est vt omnia in pristinum statum reponere debeat, siue bonæ, siue malæ fidei possessor sit is qui conuenitur. *l. quod si minor. 24. §. restitutio. l. patri. 27. §. si pecuniam de minor.* Nec quicquam actori nocet mora sua, id est, quod tardius agere cœperit. *d. leg. videamus. §. item si vt. de vsur.* Idque adeò verum est, vt quæ seruus per vim aut metum alienatus acquisiuit medio tempore, siue apud eum ipsum qui vim intulit, siue apud alium, qui ab eo bona fide comparauerit, ad eum pertinere debeant, qui vim passus fuit, vt Paulus scribit *lib. 1. Sentent. tit. 7. §. 6.* non quasi seruus ei acquisierit, [non enim alij acquirere potuit, quàm domino, dominus autem fuit is qui seruum per vim extorsit, non ille, qui vim passus est quousque rescissa sit alienatio. *l. 9. §. licet.* vbi dixi *suprà eod.*) sed quia quicquid per seruum toto illo tempore acquisitum est, postea per hanc actionem ei qui vim passus fuit, restitui oportet.

1 ¶Quæri poterit, an etiam ei, qui vim fecerat, passo vim restitui prætor velit per hoc edictum ea, quæ alienauit: & Pomponius scribit libro vicesimo octauo, non oportere ei prętorem opem ferre. nam cùm liceat, inquit, vim vi repellere: quod fecit, passus est: quare si metu te coegerit, sibi promittere, mox ego eum coegoro metu, te accepto liberare: nihil esse, quod ei restituatur.

Ad §. 1. Quæri poterit.

Rat. dub. Quod metus causa gestum est, nunquam prætor ratum habere debet. *l. si mutier. 21. §. 1. infr. hoc tit.* Ergo si vis facta sit ei quoque, qui vim iam fecerat, non eo minùs actionem ex hoc edicto habere debet, vt quod per vim facere coactus est, rescindatur. Non tam enim versatur hac in re fauor priuati qui vim passus est, quàm reipublicæ, cuius maximè interest impunitam vim non manere. Vnde est quod dicimus, etiam prædonem si vi deiectus sit, ante omnia restituendum esse nisi deiectus sit incontinenti. *l. 3. §. eum igitur. l. qui possessionem. 171. infra de vi & vi arma.* Rat. dec. Restitutio quam prætor dat ex hoc edicto, sola nititur æquitate, nec alios prætor iuuat, quàm quos arbitratur dignos quibus opem ferat. *l. 1. supr. tit. prox.* dignus autem non est ille qui vim fecit, si modò mox & incontinenti vim passus sit, quia nihil passus est nisi quod fecit, & quod pati iure debuit cùm liceat vim vi repellere. *l. vi vim. 3. de iustit. & iur.* scilicet incontinenti & quantum patitur moderatio inculpatæ tutelæ. *l. 1. C. vnde vi.* Aliud ergo erit si ex interuallo vis facta proponatur. arg. *d. l. 3. §. eum igitur & d. l. 17. de vi & vi armat.* quod satis apertè Vlpianus noster hic exprimit iis verbis *mox ego eum coegero*, itémque ratione illa, *cùm liceat vim vi repellere.* Non enim repellit vim, sed eam vltro infert qui vim facit ex interuallo, licèt etiam priùs passus sit. Id verò ferendũ non est ne occasio maioris tumultus detur. *l. non est singulis. 186. de reg. iur.* Nihil porrò hac parte refert an secundam vim fecerit ille qui priorem passus fuerat, an alius.

2 ¶Iulianus ait, eum, qui vim adhibuit debitori suo, vt ei solueret, hoc edicto non teneri, propter naturam metus causa actionis, quæ damnum exigit: quamuis negari non possit, in Iuliam eum de vi incidisse, & ius crediti amisisse.

Ad §. 2. Iulianus.

Rat. dub. Hoc edictum cõplectitur id omne quod vi, metúsve causa gestum est, quia edicti verba sunt indefinita, & consequenter vniuersalibus æquipollentia. *l. si plures. 98. de leg. 3.* Ergo etiam is qui vim adhibuit debitori suo vt ei solueret hoc edicto tenebitur. Rat. dec. Hoc fit ex natura actionis quod metus causa, quæ damnum exigit. Nam cùm sit hæc species in integrum restitutionis, certum est, non alium posse in integrum restitui, quàm qui læsus sit, & damnum aliquod senserit. *l. 1. supra tit.* Iquidem restitutio ipsa nihil aliud est, quàm redintegrande rei vel causæ actio, vt Paulus in Sententiis definit. Atqui nullum damnum sensit debitor, qui suo creditori soluere coactus fuit. Immo lucrũ potius cùm à creditore suo fuerit liberatus, non modo solutione (nam & locupletior fieri intelligitur, qui per solutionem liberatur. *l. si pupilli. 66. in fin. de solut. l. Species. 11. de acceptilat.*) Verum etiam ob id quod vis ei facta fuit. Qui enim propria autoritate non per iudicem creditum reposcit, *is* & in legem Iuliam de vi incidit, & ius crediti amittit ex decreto D. Marci, de quo in *l. seq.*

13. CALLISTRATVS lib. 3. de Cognitionibus.

EXstat enim decretum Diui Marci in hæc verba: Optimum est, vt si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris, cùm Marcianus diceret, vim nullam fecit: Cæsar dixit, tu vim putas esse solùm, si homines vulnerẽtur? vis est & tũc, quotiẽs quis id,

quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem vllam debitoris, vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam, sine vllo iudice temerè possidere, vel accepisse, isque sibi ius in eam rem dixisse: ius crediti non habebit.

Ad l. Extat 13.

R. dub. Qui id quod debet, non soluit, etiamsi naturaliter tantum debuit, violat tamen ius gentium. *l. eiam amplius.* 84 *§. is natura debet de regul. iur.* vnde est quod dicimus actiones non nisi in perfidos homines comparatas esse, vt ait Teoph. initio *tit. De action.* Ergo non delinquit, qui propria autoritate cogit debitorem ad solutionem, dummodo nihil ab eo nisi quod iustè veréque debeatur, extorqueat, non magis quàm si aut furi, aut fugienti extorsisset. *l. ait prætor.* 10. *§. si debitorem. infr. quæ in fraud. credit. leg. quivis.* 48. *in princ. de furt.* Præsertim cùm nihil interfit debitoris quê omnimodo soluere oportuit, quíque ea solutione liberatus fuit, vt dixi ad *§. vlt. leg. præced.* Rat. decid. Non est singulis concedendum, vt id faciant quod per magistratum publicè fieri possit, ne occasio sit maioris tumultus faciendi. *l. non est singulis.* 176. *de regul. iur.* Itaque si quis propria autoritate sibi ius dicat, licèt vero debitori iniuriam non faciat, facit tamen magistratui, cuius autoritatem vsurpat. *tot. tit. Cod. ne quis in sua caus. iudic. vel ius dic. l.* 1. *§.* 1. *quod legat.* adeò vt nec magistratibus ipsis id permittatur. *l. qui iurisdictioni.* 10. *de iurisdict.* AEquissimè igitur D. Marcus decreuit, vt si quis id quod sibi deberi putat, per se non per iudicem reposcat, ius crediti amittat, quamuis re vera debeatur. Idque etiam posteriores Imperatores secuti sunt in *l. meminerint.* 6. *& seq. Cod. vnde vi.* Et hoc additum est ad pœnam legis Iuliæ de vi, qua lege iam antea creditor hic tenebatur. *l. pen. infr. ad leg. Iul. de vi priuat.* Denique manus iniectio priuatis hominibus non nisi certis casibus certísque legibus concessa est. *l. generali.* 54. *C. de decurion. lib.* 10. *tit.* 31.

14. VLPIANVS lib. 10. ad Edictum:

ITem, Si cum exceptione aduersus te perpetua tutus essem, coegero te acceptum mihi facere, cessare hoc edictum: quia nihil tibi abest.

Ad l. Item si cum. 14.

Rat. dub. Abest mihi hoc casu obligatio quæ sublata est ipso iure per acceptilationem, & quam exceptio perpetua æquè tollere ipso iure non potuisset. Sunt enim ista contraria, Tollia actionem ipso iure & tolli per exceptionê, si, siquidem vbi actio ipso iure sublata est, nullus exceptioni locus esse potest, cùm nihil aliud sit exceptio, quàm actionis exclusio. *l.* 1. 2. *& pass. de excep.* Ergo quamuis actio, Quod metus causa damnũ exigat, non eò minùs tamen hoc casu locum habere debebit. Rat. decid. Nihil interest an ipso iure quis actionem non habeat, an talem habeat quæ per exceptionem infirmetur. *l. nihil interest.* 112. *de reg. iur.* Effectus enim actionis est exactio, quæ per exceptionem perpetuam impeditur, cùm & si per errorem soluta esset pecunia, cuius petitio per huiusmodi exceptionem perpetuam poterat summoueri, ea res induceret condictionem. *l. qui exceptionem.* 40. *de cond. indeb.* Prætor autem in hoc edicto, vt & in cæteris omnibus partibus iuris effectum magis respicit, quàm meri iuris subtilitatem.

1 ¶Si quis non restituatur in quadruplum, in eum iudicium pollicetur: quadruplabitur autem omne quodcunque restitui oportuit. Satis clemẽter[a] cum reo prætor egit, vt daret ei restituendi facultatem, si vult pœnam euitare. Post annum verò in simplum actionem pollicetur: sed non semper[b], sed causa cognita.

Ad §. 1. Si quis.

R. dub. Restitutio in integrum debet omnia in pristinum statum reponere, & id tantùm reddere quod læsio abstulit. *l. quòd si minor.* 24. *§. restitutio. de minor. l. sed etsi.* 26. *§. quoties. ex quib. caus. maior.* Atqui non abest actori quadruplum, sed simplum, ergo per hanc actionem simplum duntaxat non etiam quadruplum consequi actor debet. Rat. dec. Hæc actio datur quidem ad quadruplum eius quod restitui debet, sed sub illa condicione, si quod per vim extortum est, non restituatur, quia hoc casu dignus eit is qui vim aut metum intulit, vt improbitatis suæ pœnam grauem sentiat. Bis enim deliquit, & ab initio cùm vim aut metum intulit, & nunc cùm non vult restituere quod tam malo more extorsit. Ideóque bene subiungit Vlp. satis clementer prætorem egisse, qui cùm illatam vim aut metum punire omnimodo deberet, pœnitentiæ tamen locum reliquit, vt si reus ipsam rem restitueret, tripli pœnam imminentem euitaret.

e *Satis clementer.* R. dub. Nulla actio pœnalis pecuniaria potest excedere quadruplum. *§. omnes autem actiones.* 21. *Inst. de action.* Ergo non valde clementer egit prætor, qui proposita quadruplum actione ista id fecit, quo durius nihil facere potuit. R. dec. Clementia prætoris non in eo elucet, quod actionem istam in quadruplum duntaxat introduxit, sed in eo maximè quod post vim iam illatam, admissúmque delictum, reliquit tamen reo facultatem euitandi pœnam. ita nimirum si vellet, id solum restituere quod per vim extorsisset.

b *Sed non semper.* Ratio dub. Actiones honorariæ quæ rei persecutionem continent, dantur & heredi, & in heredem, & post annum quoque. *leg. in honorariis.* 35. *de oblig. & act.* Atqui hæc actio ad simplum vsque nihil nisi rei persecutionem continet, quoniam tota pœna in triplum est. *§. quatenus. infr. hac lege.* Ergo ad simplum danda est omnimodo & semper

semper etiam post annum. R. dec. Inferre vim aut metum est iniuriam facere, Iniuria enim est quicquid non iure fit, sed malo more. *l. 1. de iniur.* Atqui actio iniuriarum anno vtili finitur. *l. si non eo iuicio. 5. C. de iniur.* Ergo hæc actio hæc anno finiri debet, nisi ex magna causa, vt subiicitur in *§ seq.*

2 ¶ In causæ autem cognitione versatur, vt si alia actio non sit[a], tunc hæc detur. & sanè per metum facta iniuria anno & quidem vtili exoleuerit: idonea esse causa debet vt post annum actio hæc dari debeat. Alia autem actio esse sic potest: Si is, cui vis admissa est: decesserit: heres eius habet hereditatis petitionem[b], quoniam pro possessore, qui vim intulit possidet. propter quod heredi non erit metus causa actio: quamuis, si annus largiretur, etiam heres in quadruplum experiri possit.[c] Ideo autem successoribus datur, quoniam & rei habet persecutionem.

Ad §. 2. In causæ.

a *Si alia actio non sit.* R. dub. Hæc actio plenior est quam alia vlla, quæ propter illatam vim aut metum competere possit, cùm ad quadruplum detur. Ergo non eò minùs debet competere quod alia competat. Nunquam enim vna actio aliam plenioremve quamuis pœnalem consumit. *l. qui seruum.* 34. *l. quotiens* 47. *§. 1. iunct. l. nunquam.* 60. *de oblig. & action.* Rat. dec. Hæc actio est extraordinaria cùm detur iure in integrum restitutionis. *l. 1. supr. tit. prox.* Atqui extraordinarium auxilium cessat vbi competit ordinarium, nec indiget restitutione is, qui ipso iure munitus est. *l. in causæ.* 16. *in prin. infr. de minor.* Iunge quæ dixi ad *§. præced.*

b *Heres eius habet hereditatis petitionem.* R. dub. Heredis persona censetur eadem cum persona defuncti, cùm succedat in vniuersum ius quod defunctus habuit. *l. nihil est aliud.* 24. *de verb. signific.* Atqui non competit defuncto petito hereditatis contra eum qui vim aut metum intulit. Ergo neque ipsius heredi competet. Rat. dec. Plenius est hæc parte ius heredis quàm defuncti, quia sicut nemo viuus hereditatem habet. *l. 1. de hered. vel act. vend. l. pro hered.* ita neque hereditatis petitionem: quæ ratio cessat in herede, qui nec aliam ob causam heres est quàm quod habeat hereditatem, cuius proinde petitionem ei competere consequês est aduersus possessorem omnem, qui vel pro herede possideat vel pro possessore. *l. regulariter.* 12. *& seqq. infr. de hed. petit.* Atqui pro possessore possidet is qui per vim rem extorsit. Interrogetus enim quare possideat nihil aliud respondere potest, quàm quia possidet, *l. qui interrogatus.* 14. *eod.* Tenetur ergo petitione hereditatis. Neque verò nouum est vt heredi aut in heredem actio aliqua competat, quæ non competit defuncto aut in defunctum. *l. vnic. C. vt action. ab hered. & contr. hered. incip.* aut vt plenior sit in persona vel in personam heredis. *l. si per imprudentiam* 15. *§. non mirum de euict.*

c *Etiam heres in quadruplum experiri posset.* R. dub. Actiones pœnales neque heredi, neque in heredem dantur. *d. l. in honorariis.* 35. *de oblig. & action.* Atqui hæc actio licèt sit persecutoria vsque ad simplum, tamen maiore ex parte est pœnalis cum triplum sit in pœna. *§. quatenus. infr.* Ergo non est danda in heredem. R. dec. Hæc actio licet sit maiore ex parte pœnalis, tamen non potest dici absolutè pœnalis, sed potius rei persecutoria, quia rei persecutionem continet, ideóque datur etiam heredi, & quidem in quadruplum quandoquidem non duplex actio est, sed vna, eáque indiuidua quam proinde vel in totum vel nullo modo in heredem transire necesse est.

5 ¶In hac actione non quæritur, vtrum is, qui conuenitur, an alius metum fecit, sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum, vel vim: & ex hac re eum qui conuenitur, & si crimine caret, lucrum tamen sensisse. nam cùm metus habeat in se ignorantiam, meritò quis non adstringitur, vt designet, quis ei metum, vel vim adhibuit: & ideò ad hoc tantùm actor adstringitur[e], vt doceat metum in causa fuisse, vt alicui acceptam pecuniam faceret, vel rem traderet, vel quid aliud faceret. Nec cuiquam iniquum videtur, ex alieno facto alium in quadruplum condemnari: quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur.

Ad §. 3. In hac actione.

R. dub. Non debet alteri per alterum iniqua cõdicio inferri. *l. non debet.* 74 *de regulitur.* Ergo non debet quis huiusmodi actione teneri ex eo quod alius vim aut metum adhibuerit, cùm careat crimine. R. dec. Sicut ex alieno crimine teneri nemo debet. *l. sanctimus.* 22. *C. de pœn.* ita neque lucrum sentire, ne quod turpiter vel scelere quæsitum est ad compendium alterius pertineat. *l. quod diximus.* 19. *in fin. infr. hoc tit.*

d *Cum metus habeat in se ignorantiam.* R. dubit. Non alius metus ad hoc edictum pertinet, quàm qui possit cadere in constantem virum, imò in constantissimum. *metum autem.* 6. *supr. hoc tit.* Atqui non est constantis hominis quid metuere, si ignoret à quo sibi habeat metuendum. Ergo metus de quo in hoc edicto agitur, ignorantiam habere non potest. R. dec. Vir constantissimus non potest quidem ignorare, quod aut quãdo metuendum habeat, sed potest facilè ignorare à quo metuendum, & à quo vis inferatur, cùm eueniat plerunq; vt vis non modò per armatos, sed etiam per incognitos inferatur, ad hoc vt sceleris probatio difficilior sit. Quod in dolo secus est: nec enim dolo mãlo decipi quis potest, nisi ab eo quem non solum de facie nouerit, sed etiam pro viro bono habuerit. Ideóque in actione de dolo cogitur actor exprimere personam à qua dolum passus est, & in eo differt actio de dolo

ab actione quę competit ex hoc edicto. *l. sed & ex dol. 15. §. vlt. infr. tit. prox.* Nec tantùm actio de dolo personam complectitur eius qui dolo fecit, sed etiam exceptio doli, quæ rursus in eo differt ab exceptione metus, quæ non minùs quàm actio in rem scripta est. *l. 4. §. pen. infra de dols mal. & met. excep.* Habet tamen dolus quoque ignorantiam cùm non sit sine errore qui imperitiam & ignorantiam detegit. *l. si per errorem. 15. sup. de iurisdict. iunct. l. qui cum tutoribus. 9. §. 1. supr. de transact.* Sed error ille & ignorantia in re est de qua contrahitur, non in persona: quæ decipit, quam semper certam esse necesse est.

e *Ad hoc tantum actor adstringitur.* R. dub. Iniquum est ex alieno facto quem condemnari, maximè verò in quadruplum, quæ pœna est omnium inter pecuniarias grauissima. §. omnes autem. Inst. de action. Ratio dec. Non statim actio est quadrupli, sed ita demum si res non restituatur per contumaciam possessoris, cui proinde factum proprium nocet, non alienum.

4 ¶ Hæc autem actio cùm arbitraria sit, habet reus licentiam, vsque ad sententiam *b* ab arbitrio datam, restitutionem, secundum quod supra diximus, rei facere: quod si non fecerit, iure meritóque quadrupli condemnationem patietur.

Ad §. 4. Hæc autem actio.

R. dub. In arbitrariis actionibus præcedit arbitrium iudicis de restituenda, cui si non pareatur, sequitur condemnatio ex bono & æquo. *§. præterea. Inst. de action.* Atqui arbitrio parère omnimodo cogitur reus, & rem ipsam restituere, adeò vt si non restituat, manu militari auferenda ei possessio sit, *l. qui restituere. 68. De rei vindicat.* Ergo nullus hodie condemnationi locus relinquitur, quasi cuius condicio non possit existere, nisi eo demum casu quo reus dolo desierit possidere. *d. l. qui restituere.* R. dec. Quod in d. l. qui restituere scriptum est cùm abhorreat à iuris veteris ratione. Triboniani est proculdubio non Vlpiani. Alioqui fatendum erit nullas vnquam fuisse, vt nec hodie vllæ sunt actiones arbitrariæ, quod probaui pluribus. *lib. 19. Coniectur.*

a *Cùm arbitraria sit.)* Quia præcedit arbitrium iudicis de re restituenda, non quòd in ea fiat condemnatio arbitrio iudicis vt plerique putant. Cogitur siquidem iudex quadrupli condemnationem omnimodo irrogare si res non restituatur, vt lex habet, & edictum prætoris.

h *Vsque ad sententiam.* Vnica igitur sententia fertur in actionibus arbitrariis, non duplex quomodò putant interpretes, qui arbitrium & iussum quod præcedere necesse est de re restituenda sententiam appellant. Arbitrium enim illud est à quo arbitraria actio dicitur non sententia, quæ scilicet nulla est sine absolutione aut condemnatione. *leg. 1. de re iudicat.* Tunc igitur sententia in hac actione fertur, cùm quadrupli condemnatio irrogatur, Ex eo namque tempore nullus euitandæ pœnæ locus relinquitur, & iudex tanquam officio suo functus nihil aliud faciendum habet. Condemnat siquidem tanquam iudex, arbitratur, verò tanquam alius vir bonus quilibet, vnde est quod arbitrium nullam parendi necessitatem adfert, quam sententia & condemnatio adferret propter rerum iudicatarum autoritatem.

5 ¶ Aliquando tamen, & si metus adhibitus proponatur, arbitrium absolutionem adfert. quid enim, si metum quidem Titius adhibuit me non conscio: res autem ad me peruenit, & hęc in rebus humanis non est sine dolo malo meo: nónne iudicis officio absoluar *c*? aut si seruus in fuga est: ęquè, si cauero iudicis officio, me, si in meam potestatem peruenerit *d* restituturum, absolui debebo. ¶ Vnde quidam putant, bona fide emptorem ab eo, qui vim intulit, comparantem non teneri nec eum, qui dono accepit, vel cui res legata est. Sed rectissimè Viuiano videtur, etiam hos teneri *f*, ne metus, quem passus sum mihi captiosus sit. ¶ Pedius quoque libro octauo scribit arbitriium iudicis in restituenda re tale esse: vt eum quidem, qui vim admisit, iubeat restituere, etiam si ad alium res peruenit *g*: eum autem, ad quem peruenit, etiam si alius metum fecit *h*: nam in alterius præmium verti alienum metum non oportet.

Ad §. 5. Aliquando.

R. dubit. Quod metus causa gestum est, prætor nullo tempore ratum habet. *l. si mulier. l. 21. §. 1. infr. eod.* Ergo nunquam fieri potest vt arbitrium iudicis absolutionem adferat si metus adhibitus proponatur, ne alioqui captiosus sit metus ei qui ipsum passus est. R. dec. Regulariter quidem ita est, sed aliquando contra euenit, scilicet, cùm is per hanc actionem conuenitur, non habet rei restituendæ facultatem: nec ei tamen culpa aliqua imputari potest, putà si non ipse metum intulerit, sed alius, res tamen ad eum bona fide peruenerit, quam postea sine dolo malo suo habere desierit, fortè quæ vel fato suo in rebus humanis extare desierit, vel auffugerit. Huic enim non possis imputare, neque cur metus tibi illatus sit, cuius non fuit conscius, neque cur res non restituatur, quæ non est in ipsius potestate, nec ipsius dolo culpáve esse desiit. Denique sicut arbitrium iudicis in actionibus omnibus arbitrariis adfert condemnationem si reus sit contumax in parendo. *§. præterea. Inst. de action.* ita & adferre debet absolutionem si nulla sit rei culpa, cùm eius sit absoluere, qui potest & condemnare & contrà. *l. 3. de re iudic.* dicique soleat omnia iudicia esse absolutoria. *§. vlt. Inst. de perpet. & temp. action.* In hoc tamen differt absolutio à condemnatione in iudiciis arbitrariis, quod arbitrium adfert absolutionem secum, id est. tale iudicis arbitrium esse debet vt reum absoluat, nec cum iubeat restituere rem quam videat non esse in ipsius potestate. Condemnationem verò nunquam arbitrium secum adfert, sed eam semper præcedit, tanquam causa effectum, eique duntaxat vt sequi possit, causam præbet.

c *Nonne iudicis officio, absoluar.* Rat. dubit. Etiam res quæ non extat in condemnationem non minùs quàm in petitionem deduci potest. *l. si seruum. 91. §. vlt. de verb. obligat.* quia & æstimari potest saltem per iusiurandum, *l. in actionibus. 5. §. vlt. de in lit. iur.* Ergo non est bona consecutio, vt qui per hanc actionem conuenitur, ideo absolui debeat, quod res extare desierit. R. decid. Interitu speciei contra moram & culpam vllam contingente etiam debitor liberatur. *l. si ex legat. 23. de verb. obligat.* Ergo multo magis ille, qui debitor non est, & cui neque mora neque culpa vlla imputari potest.

d *Aut si seruus in fuga est.* R. dub. Actionum arbitrariarum condicio illa est si res non restituatur, non autem illa fide restituenda re non caueatur. *d. §. præterea. Inst. de action.* Ergo non debet prodesse reo quod paratus sit cauere de re restituenda, si non eam restituat. R. dec. Cautio de re restituenda pro ipsius rei restitutione est quoties fieri per rerum naturam nequit vt res ipsa adhuc restituatur. Impossibilium enim nulla obligatio est, vt habet regula iuris. Impossibile autem est vt quis, tametsi maximè velit, eam rem restituat, quam non habet in sua potestate. *l. officium. 9. de rei vindic. leg. 3. & pass. ad exhib.* Atqui nemo habet in potestate sua seruum qui sit in fuga, quia licet seruus qui in fuga est, non eo minùs remancat in dominio pristini domini, non tamen ita est in ipsius potestate vt eum alteri dare possit & restituere. Sui enim furtum facit fugitiuus. *l. ancilla. 60. de furt. l. 1. C. de seru. fugi.* tametsi vtilitatis causa receptum sit vt adhuc possideri intelligatur. *l. rem quæ nobis. 15. §. vlt. de acquir. poss.* Ne scilicet possit interim ab alio vsucapi, & ne ipsius fuga domino sit damnosa, vt ait *d. l. 1. C. de seru. fugit.*

e *Si in meam potestatem peruenerit.* Non ergo in potestate mea est quicquid possideo. Seruus enim fugitiuus vt modo dixi, possidetur à me. *dict. l. 15. §. vlt. de acq. poss.* nec tamen in potestate mea est.

f *Etiam hos teneri.* R. dub. Nihil potest imputari ei qui bona fide emit vel dono accepit aut ex legato rem quam alius tibi per vim aut metum abstulit, si non sit conscius doli & metus: ergo non debet teneri, quia suus cuique dolus teneri debet, non alteri. R. dec. Non inspicitur quis metum intulerit, sed quis metum passus sit, ne sit ei metus suus captiosus, & ideo scripta est in rem hæc actio. *leg. 1. §. 9. supr.* vbi dixi.

g *Etiamsi ad alium res peruenerit.* R. dub. Arbitrium iudicis etiam in hac actione tale esse debet vt absoluat reum qui restituendæ rei facultatem nō habet, sicuti proximè dictum est. Ergo non debet iudex arbitrari aut iubere restitui rem ab eo, quī metum intulit, si sciat eam rem ad alium peruenisse, cùm hoc ipso sciat non habere reum restituendę rei facultatem. Non enim quadrupli condemnatio fit hoc casu ob metum illatum, sed ob non factam restitutionem rei per metum extortæ. R. decid. Is qui rei restituendæ facultatem non habet, non semper absoluitur, sed ita demum si præterea illud concurrat, vt nihil ei possit imputari: quemadmodum in specie præcedenti. Atqui potest imputari ei qui ipse metum intulit & rem post ea vendidit, aut donauit, aut legauit, non solùm cur metum intulerit, sed etiam cur eam rem à se abdicauerit, cuius restituendæ necessitatem sibi proximam imminere videbat. Ergo quamuis non habeat restituendæ rei potestatem, perinde tamen censeri debet, ac si haberet, cùm facto proprio habere desierit, nec careat dolo malo. Nemo enim facto suo tollere obligationem suā potest. *l. si seruum. 91. §. num euadeamus. de verb. oblig.* nec adimere alij competētem actionem. l. Granius. 71. §. pen. de fideiuss.

h *Etiamsi alius metum fecit.* R. dub. & dec. eadem quæ ad vers. præcedentem in illis verbis, *Etiam hos teneri*, quæ vtraque continetur his verbis, *Nam in alterius præmium verti alienum metum non oportet.* Alienus enim metus est, id est, ab alio illatus, sed in alterius præmium verti non debet, quomodo verteretur, si nullam actionem metueret is, qui metum non fecisset. *l. vltim. §. 1. de eo per quem fact. erit.*

6 ¶ Labeo ait: Si quis per metum reus sit constitutus, & fideiussorem volentem dederit: & ipse, & fideiussor liberatur, si solus fideiussor metu accessit *i*, non etiam reus solus fideiussor liberabitur.

Ad §. Labeo. 6.

R. dub. Huius liberationis quæ per rescissam ex edicto prætoris obligationem contingit, causam præstat solus metus. Ergo cùm soli reo metus illatus sit, non etiam fideiussori qui volens & vltro accessit ad alienam obligationem, solus reus liberandus est nō etiam fideiussor, ne latius pateat effectus quàm causa. R. dec. Fideiussoris obligatio cùm sit accessoria, pendet à principali, sine qua nec subsistere potest, ergo liberato per integrum restitutionem reo propter metum qui illatus ei fuit, fideiussorem quoque liberari necesse est. Alioqui contento fideiussore, per consequentias reus quoque conueniri videretur, contra quem fideiussor regressum habiturus esset. *l. 5. in princip. De liber. legat. leg. cùm lex. 46. de fideiuss.* Quid igitur si fideiussor dolo nandi animo interuenerit, aut in rem suam? Aliud erit, vt puto, his casibus in quibus scilicet fideiussor pro reo est, reus autem pro fideiussore. *d. l. 5. l. sed si fideiussor. 24. supr. de pact.*

i *Si solus fideiussor metu accesiit.* R. dub. Solutione per fideiussorem facta liberatur reus principalis, qui etiam ignorans & inuitus alterius cuiuscunque solutione pro eo facta liberaretur. *l. soluendo. 39. supra de negot. gest. l. ex mandato. 20. §. 1. mandat.* Atqui fideiussor qui liberatus est per petitam ex hoc edicto in integrum restitutionem, similis est ei qui satisfecit, cùm habeat quod obiiciat petitori, arg. *l. si pupillus. 45. in fin. de admin. tutor.* Ergo quemadmodum liberato reo qui per metum reus fuerat constitutus fideiussor liberatur, etiamsi volens & vltro fideiusserit, ita & liberato fideiussore qui solus

metu accesserat reum quoque liberari necesse est. R. dec. Fideiussor quoquomodo liberatus habetur quidem pro eo qui satisfecit, quod ad ipsum pertinet, sed non quod ad debitorem neque quod ad creditorem: Non contra debitorem aduersus quem nullum regressum habet, quem haberet si pro eo soluisset: Non contra creditorem, quia nemo dixerit liberationem esse pro solutione quoties contingit per restitutionem in integrum, quæ ideo tantum conceditur, ne soluere cogatur is qui alioquin cogi potuisset.

7 ¶ Quadruplatur autem id, quanti ea res erit, id est, cum fructibus & omni causa.

Ad §. 7. Quadruplatur.

R. dub. Quadruplari debet id tantum quod vi, aut metum extortum fuit, cùm ea condemnatio fiat in pœnam & odium illatæ violentiæ, aut illati metus. Atqui res ipsa tantùm extorta fuit, non fructus, ex ea postmodum percepti. Ergo quadruplari tantùm res ipsa debet, non cum fructibus. R. de. Quadruplari debet id omne quod actori abest propter vim aut metum ab alio illatum, ergo non tantùm res ipsa quæ fuit extorta, sed etiam omnis causa, id est, omne id quod hodie habiturus esset actor si vim passus non fuisset: In quo haud dubiè fructus continentur, nec ij tantùm quos reus percepit aut percipere potuit, sed ij quoque quos actor ipse percipere potuisset, si rem habuisset. *l. si' mauis. 62. §. 1. de rei vindicat. iunct. l. Iulianus. 17. §. 1. eod.*

8 ¶ Si quis per vim sisti promittendo postea fideiussorem adhibeat, is quoque liberatur.

Ad §. 8. Si quis per vim.

R. dub. Qui fideiussorem vltro adhibet postea, quamuis per vim antea sisti promiserit, videtur tamen illatum sibi metum dissimulare ac purgare, *arg. l. 2. C. hoc tit.* Ergo neque ipse neque fideiussor ipsius liberandus est. R. dec. Qui vim passus est in promittendo sisti, si postea det fideiussorem de iudicio sistendo, *ex tit. qui satisd. cogant.* nihil noui facere intelligitur, sed illud ipsum prosequi, in quo vim passus est, ideóque sibi non nocet, quomodo nocet is, qui ex cautione quam per vim fecit, postmodum vltro soluit. Poterat enim ille ad solutionem conuentus deferre querelam, nec debuerat soluere si actionem ex hoc edicto sibi saluam esse voluisset, si non & in soluendo vim passus fuit, vt scriptum est in *d. l. 2.* Quanquam quod hîc Vlpianus ait de fideiussore postea adhibito, si quis ita velit intelligere, vt non ex longo interuallo, sed incõtinenti fideiussor sit habitus, is iudicio meo non valde errauerit. Est enim id conuenientius, quàm vt interpretemur in adhibendo quoque fideiussore vim factam fuisse, qui casus nullam penitus haberet dubitationem. Sed tamen neque hoc necesse esse, quia quandocunque præstita fideiussio necesse est vt ad contractæ obligationis & causam tempus referatur, tanquam accessorium quidpiam ad suum principale, sine quo non potest subsistere. *§. Labeo. 6. supr.*

9 Sed & si quis per vim stipulatus, cùm acceptum non faceret, fuerit in quadruplum condemnatus: ex stipulatu eum agentem aduersus exceptionem replicatione adiuuari Iulianus putat: cùm in quadruplo & simplum sit reus consecutus, Labeo autem etiam post quadrupli actionem nihilominus exceptione summouendum eum, qui vim intulit, dicebat, quod cùm durum videbatur, ita temperandum est, vt tam tripli condemnatione plectatur, quàm acceptilationem omnimodo facere compellatur.

Ad §. 9. Sed & si quis.

R. dub. Contra Iulianum pro Labeone adferri ea potest, quod præter ea, quæ metus causa gesta sunt, nullo tempore rata habere debeat. *leg. si mulier. 21. §. 1. infra hoc tit.* Haberet autem si eum ipsum qui vim intulit agentem ex ea stipulatione quam per vim extorsisset, nulla exceptione summoueri pateretur. R. dec. Pro Iuliano contra Labeonem illa est quòd cùm debitor agens ex hoc edicto etiam simplum in quadruplo sit consecutus, atque ita stipulator nõ tantùm pœnam violentiæ suæ præstiterit, sed etiam id quod stipulatus fuerat, nec dum acceperat, soluerit, non potest debitor recusare quominus præstet, quod promisit, ne melioris conditionis sit, quàm si primùm solu sset mox quadruplum exegisset, quo casu nihil nisi triplum ex stipulatoris patrimonio haberet, simplũ verò nõ tã à stipulatore accepisse quàm suũ recepisse intelligeretur. Alioqui si & quadruplum ei des, & præterea exceptionem aduersus stipulatorem ex stipulatione agentem, erit totum quadruplum in pœna, quod esse non debet, cùm prætor voluerit in quadruplo simplum contineri. Hæc ipsa porrò decidendi ratio, quam pro Iuliano contra Labeonem adferimus, dubitandi materiam præbere potest pro eodem Iuliano aduersus Labeonem, sicut & rationem decidendi pro Labeone contra Iulianum suppeditare illud potest quod initio attulimus pro ratione dubitandi. Labeonis tamen sententia durior sanè est. Iuliani verò æquior. A qua nec abhorret temperamentum quod hic adhibet Vlpianus, nisi potiùs Triboniani est, vt tam tripli condemnatione plectatur stipulator, quàm acceptilationem omnimodo facere compellatur. Ita enim fit vt nihil nisi triplum de suo stipulator præstet, qui nihil accepit à promissore: quod vnum Iulianus ante oculos habuit, cùm negauit summouendum exceptione stipulatorem qui de suo quadruplum totum præstitisset.

10 ¶ Quatenus autem diximus quadruplo simplum ineſſe, sic hoc disponendum est, vt in condemnatione quadrupli res quidem omnimodo contineatur, & eius restitutio fiat: pœnæ autem vsque ad triplum stetur.

§. 10. Qua-

§. 10. Quatenus.

Totum hunc §. vsque ad *§. qui vim.* explicauimus, & Triboniani non Vlpiani esse ostendimus apertissimè lib. 16. Coniectu. Ideò hîc non repetemus. Essent enim verba singula adnotanda, reprehendenda, expungenda.

11 ¶ Quid si homo sine dolo malo, & culpa eius, qui vim intulit, & condemnatus est, periit? in hoc casu à rei condemnatione ideo relaxabitur, si intra tempora iudicati actionis moriatur, quia tripli pœna propter facinus satisfacere cogitur.

¶ Pro eo autem qui in fuga esse dicitur, cautio ab eo extorquenda est, *quatenus & persequatur, & omnimodo eum restituat*: & nihilominus in rem, vel ad exhibendum, vel si qua alia ei competit actio *ad eum recipiendum*, integra ei, qui vim passus est, seruabitur: ita vt si dominus eum quoquo modo receperit, is qui ex stipulatione cõuenitur, exceptione tutus fiat. Hæc si post condemnationem, si autem ante sententiam homo sine dolo malo, & culpa mortuus fuerit, tenebitur: & hoc fit his verbis edicti, *neque ea res arbitrio iudicis restituetur.* Ergo si in fuga sit seruus sine dolo malo, & culpa eius, cum quo agetur: cauendum est per iudicem, vt eum seruum persecutus reddat. Sed & si non culpa ab eo, quocum agitur, aberit: si tamen peritura res non fuit, si metum nõ adhibuisset, tenebitur reus: sicut in interdicto *vnde vi*, vel *quod vi aut clàm* obseruatur. Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset.

12 ¶ Qui vim intulit, cùm possessionem à me sit consecutus, fur non est: quamuis qui vi rapuit, fur improbior esse videatur, vt Iuliano placet.

Ad §. Qui vim intulit. 12.

Rat. dub. Fur est qui alienam interuertit possessionem inuito domino. *l. 1. §. vlt. de furt.* Atqui inuitus est qui coactus est, cùm opponatur volenti. *§. Labeo. 6. supr. hac lege.* Ergo qui vim mihi intulit vt rem meam à me extorqueret, perinde fur est atque si vi rapuisset. Nam qui vi rapuit vtique fur est & quidem improbior. *l. 1. l. 2. §. cæterum. vi bonorum raptorum.* Ratio decidendi, Non potest dici fur qui possessionem à me ipso consecutus est. Non enim ille interuertit meam possessionem, sed ego ipse, qui ei tradidi, licèt tradiderim coactus. Nam & coacta voluntas est voluntas, vt sæpius diximus ex *l. si mulier. 21. §. vlt. hoc tit.* Proinde actio ex hoc edicto competens, nunquam cum actione furti concurrere potest.

13 ¶ Eum, qui metum fecit, & de dolo teneri certum est (& ita Pomponius) & consumi alteram actionem [a] per alteram exceptione in factum oppositam [b].

Ad §. Eum qui metum. 13.

Ratio dubitandi, Actio de dolo nunquam datur vbi alia competit etiam per in integrum restitutionem: *lege 1. §. idem Pomponius refert inf. titulo proximo.* Ergo actio de dolo cum actione quæ ex hoc edicto competit, concurrere nunquam potest. Ratio decidendi, Actio de dolo cùm sit turpis & famosa, nunquam, concurrit cum alia actione quæ non sit famosa, sed cum alia quæ sit famosa concurrere potest, quia nihil interest eius qui conuenitur. *lege 1. Codic. de dolo.* Atqui actio quod metus causa æquè est famosa, cùm nequevis, neque metus inferatur sine dolo malo. Ea scilicet quæ competit contra illum ipsum qui vim aut metum intulit. Nam quæ competit contra tertium bonæ fidei possessorem, non potest esse famosa. Et ob id nimirum actio hæc non connumeratur inter actiones famosas, vt actio de dolo, quia non semper vt illa est famosa. Quod neque Accursius ad hunc locum intellexit, neque Cuiacius ad *l. 1. infr. titul. proxim.* Dices pleniorem esse hanc actionem quàm de dolo, cùm ex ea quadrupletur id quod interest; quod actione de dolo, simplum duntaxat præstetur. Frustra ergo esse quod dicimus cum hac actione posse concurrere actionem de dolo, quam nemo sit electurus. Respondeo posse vtilem & necessariam esse actionem de dolo, si fortè probatio violentiæ aut illati metus non sit expedita. Nam cùm plus sit vis aut metus quàm dolus, multo facilius est vt probetur dolus, quàm vt vis aut metus.

a *Et consumi alteram actionem.* R. dub. Actio hæc, Quod metus causa est pœnalis vsque ad triplum. Illa verò De dolo tota est rei persecutoria per quam sc. actor persequitur & consequitur id omne quod sua interest. *l. arbitrio. 18. infr. à ti. prox.* Atqui electione actionis pœnalis non consumitur actio rei persecutoria, nec cõtra. *l. si pro fure. 7. in pr. & §. 1. de cond. furt.* R. dec. Vtraque actio ista est rei persecutoria, quoniam in quadruplo simplũ continetur. *§. in causa. in fi. §. hæc l.* Improbus autem est, qui bis idem cõsequi velit. *l. si quis dolo. 51. in fi. de re iudic.* Vnam ergo per alteram consumi æquum est. Iunge quę scripsi ad *l. 5. §. 1. §. de calumniat.*

b *Exceptione in factum opposita.* Ergo non ipso iure. Cùm enim actiones sint diuersæ, non potest solutio quæ fit ex vna, parere liberationem in alia, multo minùs sola electio vnius aliam consumere ipso iure, sed exceptione opus est, quia pendet hoc ex æquitate illa & bona fide, quæ non patitur vt idem bis exigatur. *l. bona fides. 56. de reg. iur.*

14 ¶ Iulianus ait, quod interest, quadruplari solum. & ideo eum, qui ex causa fideicõmissi quadraginta debebat: si trecenta promiserit per vim [a], & soluerit, ducentorum sexaginta quadruplum consecuturum: in his enim cum effectu vim passus est.

Ad §. Iulianus. 14.

Ratio dubitandi, Hæc actio quamuis sit rei persecutoria vsque ad simplum, tamen maiore ex parte est pœnalis. Ergo non est curandum an aut quatenus interfit, sed tantùm quid & quantum fuerit extortum per vim & metum. *argum. leg. stipulatio ista* 38. *§. alt eri de verbor. obligationib. leg. vltim. de prætoria stipulatione.* Alioquin nihil nisi simplum consequi actor debebit, non autem quadruplum, siquidem non potest eius interesse supra simplum, cùm totum triplum sit pœna. *§. quatenus. supr. hac lege.* Ratio decidendi, Datur quidem hæc actio ad pœnam non minùs quàm ad rem persequendam, sed ita tamen vt pœna sumatur ex comparatione rei quam persequimur. Simplum enim illud est quod quadruplatur. Porrò simplum nullum esse potest si nihil actoris interfit.

a *Si trecenta promiserit per vim.* Ratio dubitandi, Trecentorum summa vnica est, cáque individua, cùm ex vltima vnitate perfectionem, & determinationem accipiat. Ergo fieri non potest vt quis vim passus sit in trecentis, quin passus etiam sit in quadraginta, quæ in trecentis illis continentur, ne alioqui pars integralis à toto suo separetur, contra *legem si quis cùm totum. 7. de exceptione rei iudicatæ. leg. in toto. 113. de regulis iur.* Ratio decidendi, Re vera vim patitur in quadraginta qui patitur in trecentis, sed non cum effectu, id est, non ita vt ea vis damnum aliquod ei intulerit, quantum ad quadraginta illa quę iam verè debebat. Prætor autem in hoc edicto, vt & in cæteris ferè omnibus effectum inspici voluit, quia & huius actionis natura illa est vt damnum exigat. *leg. sed & partus. 12. §. vltim. supr. hoc titul.*

15. ¶ Secundùm hęc, si plures metum adhibuerint, & vnus fuerit conuentus: si quidem sponte rem ante sententiam restituerit, omnes liberati sunt: sed & si id non fecerit, sed ex sententia b quadruplum restituerit, verius est, etiam sic perimi aduersus cæteros metus causa actionem.

Ad §. Secundùm hæc. 15.

Ratio dubitandi, Cùm plures metum adhibuerunt, omnes tenentur, quia verum est omnes malè ac improbè fecisse: Nam & cùm plures trahem alienam furandi animo sustulerunt, placet furti actione omnes teneri, quamuis subtili ratione verum sit eorum neminem eam sustulisse. *l. ita vulneratus. §1. in fin. ff. ad leg. Aquil.* Ergo ab omnibus simul restitutionem fieri oportet, vt omnes liberentur, cùm non alia sit ratio pœnæ euitandę quàm si is qui vim aut metum intulit, rem restituat. *§. primo huius legis.* Ratio decidendi, Verba edicti non in personam, sed in rem concepta sunt, vt ita demum quadrupli actio sit, si res non restituatur. *§. in hac actione. 3. in fin. supr. hac lege.* Sufficit ergo vt ab vno ex reis tota res sit restituta, cùm neque possit sæpiùs restitui, neque post restitutionem ab vno factam, interfit amplius quicquam actoris, qui ea restitutione plenissimam indemnitatem consecutus fuit, ac proinde cui nihil amplius reliquum est quod petat, cùm hęc actio damnum omnimodo exigat, & rei persecutionem contineat, vt diximus ad §. præced.

b *Sed ex sententia.* Ratio dubitandi, Cùm causa prioris actionis transiit in condemnationem, videtur inde pecunia deberi. *leg. si fundus. 16. §. si pluris. infra de pignor.* quia per sententiam & rem iudicatam nouatur prior contractus. *leg. vltima vers. si enim. Codic. de vsuris rei iudicatæ.* Ergo quod condemnatus soluit ob propriam condemnationem aliis prodesse non debet qui nondum fuerunt condemnati, tanquam solutum proprio soluentis nomine, & in aliam causam. *argum. leg. Papinianus. 28. inf. mandat.* Quod enim quis suo soluit non alieno nomine, numquam alium liberat. *leg. si quid possessor. 31. de petitione hereditatis.* Ratio decidendi, Non tantùm condemnatio ipsa inspicienda est, sed etiam causa condemnationis, vt & *in d. §. si pluris.* Causa porrò condemnationis fuit actio, Quod metus causa, à qua sicut liberatur is qui fuit condemnatus & soluit, ita & alios liberari æquum est, cùm æquè verum sit rem quæ per vim aut metum ablata fuerat restitutam fuisse, quod sufficit ad perimendam ipso etiam iure actionem, quippe quę ex æquitate sola proficiscitur, vt & alię omnes prætoriæ, & descendit ex iurisdictione prętoris, apud quem summa æquitas prę summo & vero iure est. Alioqui actor bis idem consequeretur, quod in actione rei persecutoria nunquam admittitur, sed in pœnali tantùm. *leg. item Mela 11. §. sed si plures. in fin. infra ad legem Aquiliam.* Hic tamen casus paullo dubitabilior est quàm is de quo proximè diximus. Quod ostendit connexio illa verborum, *sed & si id non fecerit*, & quod sequitur, *verius est.*

15. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

AVt in id dabitur aduersus cæteros actio, quod minus ab illo exactum sit.

Ad l. Aut in id. 15.

Ratio dubitandi, Ex pluribus eiusdem rei debitoribus electo vno cæteris liberantur, si iuris veteris rationem inspicias, & mandatores excipias, vt constat ex Iustiniani constitutione quæ hoc ius antiquauit in *l. vlt. C. de fideiuss. & mandat.* Semper enim potest imputari ei qui aut personam aut actionem aliquam elegit, cùm aliàs eligere posset, cur malè elegerit. *Paul. lib. 2. Sent. tit. 17. §. vlt. l. cùm filius. 76. §. varius. de leg. 2.* Ergo electo vno ex iis qui vim aut metum intulerunt, licèt solidum ab eo exigi non potuerit, alios tamen omnes ipso iure liberatos esse dicendum est, saltem iure vetere inspecto. Rat. dec. Hoc fit propter naturam huius actionis, quę damnũ exegit vt sæpiùs diximus *ex leg. sed & partus. 12. §. vltim. supra hoc tit.* Damnum autem nullum est eius qui rei per vim aut metum extortæ partẽ aliquam ab vno ex pluribus reis consecutus est, nisi in eo quod seruare ab illo non potuit. Non ergo actionem aduersus cæteros habere debet, nisi in id quòd minus ab illo exactum sit. Sic & in specie *l. si quis alicui 27. §. vlt. mand. l. si mandatu. 13. de fideiuss.*

16. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

QVod diximus, si plures metum admiserunt: idem dicendum erit, & si ad alium res peruenit, alter metum adhibuit.

Ad l. Quod diximus 16.

Ratio dubitandi, Cùm alter metum adhibuit, & ad alium res peruenit, si possessor rem restituat, non tam id facere intelligitur, vt alterius crimen deleat, quàm vt sibi ipsi consulat, ne quadrupli pœnam alioqui subire cogatur, quam subiret si rem non restituueret. *l. item si cùm. 14. §. in hac actione. in fin. supr. eod.* Aut quia scit se propria quoque in rem actione posse conueniri ad rem restituendam. *l. metum. 9. §. volenti & §. licet. supr. l. 3. Cod. eod.* Ergo non debet ea restitutio prodesse illi qui vim aut metum ipse intulit, quem potius æquum esset condemnari omnimodo in quadruplum tanquam qui non restituat, & per quem stet ne possit vnquam restitui, si fortè rem quam ipse per vim extorsit, ipse quoque alienauerit. R. dec. Actionem in quadruplum ex hoc edicto non pollicetur prætor, nisi sub ea conditione, Si res per vim aut metum extorta non restituatur. Satis ergo est prętori vt sit restituta, nec inquirit ille à quo fuerit restituta, cùm omni casu faciat restitutio, vt nullum sit damnum actoris. Quæ res perimit hanc actionem. Exigit enim damnum, vt proximè dictum est.

¶ 1 Sed si serui metum adhibuerint, noxalis quidem actio ipsorum nomine erit: poterit autem quis dominum, ad quem res peruenerit, conuenire qui conuentus siue rem, siue (secundùm quod iam dictum est) quadruplum præstiterit, proderit & seruis a. Si verò noxali conuentus, maluerit noxæ dedere: nihilominùs ipse poterit conueniri, si ad eum res peruenit.

Ad l. Sed si serui 1.

Ratio dubitandi, Is cuius serui metum adhibuerunt, si præterea rem possideat, duorum personas sustinet, & eius qui metum adhibuit, & possessoris. Ergo idem ius in ipsius persona constitui debet, quod in plurium personis constitueretur. *l. si pater familias. 15. §. 1. de adoptionib. l. item eorum. 6. supr. quod cuiusque vniuers. nomin.* Atqui cùm vnus metum adhibuit; & alius rem possidet, altero restituente aut satisfaciente alter liberatur, vt modò dicebamus. Porrò satisfacit dominus qui actione noxali conuentus seruum noxæ dedit, cùm ad aliud non teneatur. *tot. tit. de noxal. action. l. miles. 6. §. decem. infr. de re iudic.* Ergo si noxali conuentus maluerit seruum noxæ dedere, non poterit actione isti conueniri, etiamsi res ad eum peruenerit. Rat. decid. Qui noxæ maluit dedere seruum, quàm rem ipsam per vim extortam restituere, aut litis æstimationem præstare, is neque restituisse, neque satisfecisse videri potest. Fit enim noxæ deditio ne plus damni dominus per seruũ sentiat, quàm quanti seruus ipse est. *§. summa autem ratione. Inst. de noxal. action.* Ergo sicuti noxæ deditio non adfert actori plenissimam indemnitatem, ita neque eum ab hac quod metus causa actione liberat. Sed hoc tamen ita accipiendum videtur, vt hanc actionem minuere debeat id quod actor per noxalem fuerit consecutus. In superfluo enim non indemnitatem, sed lucrum consequeretur, quod non est propositum prætoris. Sic & in *lege 1. in fin. vi bonorum raptorum. l. qui seruum. 34. l. quoties. 41. §. 1. de obligat. & action.*

a *Proderit & seruis.* Non ne possint conueniri (cum seruo enim nulla actio est. *leg. 107. de regulis iur.* neque verendum est vt conueniri magis quàm conuenire possit. *l. quoties. 13. supr. si quis caution.*) sed ne possit amplius cogi dominus vt eos præterea noxæ dedat. Interest enim serũi ne dominum habeat eum cui noxam fecit, & cui pro noxa deditus fuit, sub quo duriorem proculdubio experturus sit seruitutem. Scio Accursium sic intelligere, Ne serui postea facti liberi conueniantur, quoniam alioqui noxa caput sequi solet. *l. 4. C. an seruus pro suo fact. post manum. teneat.* Sed cùm & præcedentia & sequentia omnia sint de noxali actione, quæ non nisi durante seruitute & serui nomine contra dominum competit, interpretatio nostra conuenientior videtur. Ratio autem huius §. euidẽs est, & eadem quæ præcedentium. Nihil enim abest ei qui vim aut metum passus est à seruis, siue rem ipsam ab iis extortam siue quadruplum dominus ei restituerit. Nec minùs noxalis actio, vt nomen ipsum declarat, quàm hæc, Quod metus causa damnum exigit. *§. dominus. & tot. tit. Inst. de nox. act.*

¶ Hæc actio hæredi, cæterísque successoribus datur: quoniam rei habet persecutionem. ¶ In heredem autem, & cæteros in id quod peruenit ad eos a, datur non immeritò, licèt enim pœna ad heredem non transeat, attamen quod turpiter, vel scelere quæsitum est, (vt & est rescriptum) ad compendium heredis non debet pertinere.

Ad l. Hæc actio 2.

Ratio dubitandi, Hæc actio datur ad quadruplum, in quo licèt simplum contineatur, tamen quicquid simplum excedit, pœna non rei persecutio est. *leg. item si cùm. 14. §. quatenus supr. eod.* Ergo actio hæc maiore ex parte pœnalis non

rei persecutoria est. Proinde vt in heredem non detur, nisi quatenus ad eum peruenit, quemadmodum scriptum est in hoc §. ita neque heredi danda videtur. Pœnalium enim natura illa est, vt neque heredi neque in heredem competant, quatenus sunt pœnales. Quod vel vnus hic locus probat manifestissimè, cùm Vlpianus scribit, ideo actionem hanc heredi, cæterisque successoribus dari, putà bonorum possessoribus, & fideicommissariis, quibus restituta fuit hereditas, *quoniam*, inquit, *res habet persecutionem*, vt in *lege* 14. §. 1. *in fi. supr. eod.* Ratio decidendi, Sufficit vel in modico actionem hanc esse rei persecutoriam, vt transmittatur ad heredem, cùm & indiuidua sit, & indiuiduam adferat condemnationem. Dubitari autem non potest, quin sit rei persecutoria, cùm indemnitatem persequatur, & quod abest ex patrimonio actoris. *leg. in honorariis. 35. de obligationibus & actionibus.* Et sanè perpaucæ sunt actiones pœnales etiam ex maleficiis orientes quæ non sint rei persecutoriæ ex parte actoris. Ideóque & dantur ferè omnes heredi, tametsi non dentur in heredem, si excipias actionem iniuriarum, & alias si quæ sunt similes, quæ meram vindictam persequuntur. §. *non autem. Instatut. de perpetuis & temporalibus actionibus. leg. vltim. supr. de edendo. leg. penultim. §. vltim. ne quis eum qui in ius vocat. vi exim. leg. inde Neratius. 23. §. hanc actionem. ad legem Aquiliam.* Excipe actionem vi bonorum raptorum, quæ in heredem non datur, ne quidem in quantum ad eum peruenit, quia prætor putauit sufficere condictionem. *l. 2. §. vlt. infr. vi bon. rapt.*

a *In id quod peruenit ad eos.* Ratio dubitandi & decidendi posita vtraque in textu non eget interpretatione. Quòd si quis quærat cur pœna non transeat in heredem, petat rationem ex Paulo in *l. si pœna 20. infr. de pœn.* Si verò, Cur transeat in heredes factos locupletiores, ratio aperta est, ne ex alieno scelere ditentur, & quia lucra turpia heredibus extorquenda sunt, vt dixi ad *legem 5. supra de calumniat.*

17. PAVLVS lib. 1. Quæstionum.

VIdeamus ergo, si hæres, ad quem aliquid peruenerit, consumpserit id, quod peruenit, desinat teneri, an verò sufficit semel peruenisse: & si consumpto eo decesserit, vtrum aduersus heredem eius commodo competit actio, quoniam hereditariam suscepit obligationem an non sit danda, quoniam ad secundum heredem nihil peruenit. Et melius est, omnimodo cõpetere in heredem heredis actionem: sufficit enim semel peruenisse ad proximum heredem: & perpetua actio esse cœpit, alioquin dicẽdum erit nec ipsum, qui consumpsit quod ad eum peruenit, teneri c.

Ad l. videamus 17.

Ratio dubitandi, Non videtur peruenisse quod non durat perpetuum, sicut nec permissum quod non durat permissum, vt in *l. item. 6. §. quod si actor. 2. supr. quod cuiusque vniuersitatis.* nec versum quod non durat versum. *leg. si pro patre, 10. §. versum. infra de in rem verso.* Ratio decidendi, Sufficit semel prueniſſe, quia ex eo instanti, quo verum est semel peruenisse, facta est actio perpetua, vt sequitur in hac lege, & in *leg. quod autem. 19. infra eodem.* Actio autem quæ semel perpetua esse cœpit, nunquam fit temporalis, quamuis è contrario nihil vetet actionem ex temporali fieri perpetuam, vt per litis contestationem. *tot. tit. C. ex edict. defunct. leg. alicui. 19. infr. de nouatio.* Aliud est in specie *leg. verum. 24. infr. de petit. hered.* vbi dicam.

a *Omnimodo competere in heredem heredis actionem.* id est, siue ad heredem heredis aliquid peruenerit, siue nihil. Respondet enim Paulus his verbis ad posteriorem dubitandi rationem priore loco. Ratio dubitandi, Eadem solet esse ratio secundi heredis quæ primi, cùm heres heredis heres primi defuncti esse intelligatur, *leg. vltim. Cod. de heredibus instituendis.* Atqui primus heres non teneretur huiusmodi actione, si nihil ad eum peruenisset: ergo neque secundus. Ratio decidendi, Heredi secundo potest imputari cur hereditariam susceperit obligationem quæ in persona primi heredis cœperat esse perpetua. Quod non similiter potest imputari primo heredi, quia licet defuncti persona similiter repræsentet, non alias tamen suscipit defuncti obligationes, quàm quæ sui natura possunt transire in heredem, inter quas hæc non est tanquam quę sit pœnalis. Prius enim est, vt obligatio sit transmissibilis in heredem, quàm vt heres eam suscipere possit.

b *Nec ipsum.* intellige primum heredem. His enim verbis respondet Paulus ad primam quæstionem quæ fuit de primo herede. Noli autem intelligere cum Accusio de eo qui vim intulit. Hanc enim constat omnimodo teneri, etiamsi consumpserit quod ad eum peruenit, quia scilicet ab initio tenebatur, non quod aliquid ad eum peruenisset, sed quia vim ipse intulisset, vt ex eo constat quod non minùs teneretur, etiamsi ab initio res ad alium peruenisset. *leg. prox. in pr. suprà.*

c *Teneri.* supple, quod tamen absurdum esset, quia actio quæ semel perpetua esse cœpit, non potest perimi per consumtionem, siquidem consumptio non est modus tollendæ actionis aut obligationis. R. dub. Cùm id quod peruenerat ad primum heredem postea consumtum fuit, videtur res peruenisse ad eum casum à quo incipere non potuit: quia non poterat incipere perpetuatio actionis ab eo casu vel tempore quod nihil ad heredem peruenisset. Ergo dicendum est per consumptionem eius quod peruenerat desinere actionem esse perpetuam. *argu. leg. quia in eum casum. 16. ad leg. Aquil.* cum similib. Ratio decidendi, Perpetuatio actionis cum sit iuris, ex earum rerum genere, quæ non possunt desinere nisi iis modis quibus desinit, & finitur iure actio: inter quos, vt dixi, consumptio non est. Malè

Malè autem Accursius in hanc rem citat *legem 1. Cod. hoc titulo.* quæ non de primo herede loquitur, sed de illo ipso qui vim intulit, cuius, vt iam diximus, longè alia ratio est. In ipsius enim persona quandiu viuit actio perpetua est, propterea quod exemplo furis moram perpetuo facere intelligitur in ea re quam per vim abstulit. *leg. in re. 8. §. primo: leg. vltim. infr. de condictione furtiua.* Nisi moram purgauerit per obligationem, aut nisi omnimodo res erat æquè penes actorem peritura. §. *quatenus. leg. 14. sup. l. subiracto. 9. Cod. de furt. & ser. cor.*

18. IVLIANVS lib. 64. Digestorum.

SIipsa res, quæ ad alium peruenit, interiit: nõ esse locupletiorem dicemus. Sin verò in pecuniam aliámve rem conuersa sit b, nihil amplius quærendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licèt postea deperdat. Nam & Imperator Titus Antonius Claudio Frontino de pretiis rerum hæreditariarum rescripsit, ob idipsum peti ab eo hæreditatem posse, quia licèt res, quę in hereditate fuerant, apud eum non sint, tamen pretium earum [quo] locupletem eum vel sæpius mutata specie faciendo perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent.

Ad l. Si ipsa res. 18.

a *Ad alium.* Intellige quàm eum ipsum qui vim intulit, putà ad bonæ fidei possessorem. Nam in eo qui vim intulit, non quærimus an locupletior factus sit, sed tantùm an vim fecerit. In eo autem qui vim ipse non fecit necessaria est distinctio an res ad eum vel tota vel pro parte peruenerit, & consequenter an & quatenus locupletior factus sit. Ratio dubitandi, Interitus rei quæ per vim aut metum extorta fuerat, non tollit hanc actionem. *lege prima Codic. hoc titulo.* Atqui hæc actio datur etiam contra tertium possessorem, *leg. quod diximus. 16. supra eodem.* Ergo nihil interest an res interierit necne. Ratio decidendi, In eo qui vim ipse intulit, nihil interest, sed in eo qui vim non fecit, interest, cùm alia ratio nulla sit propter quam actione ista teneri debeat, nisi quia res per vim ablata ad eum peruenit. Sed quid in herede illius qui vim intulit? Nam Cuiacius de solo herede putat legem hanc intelligi debere. Non dubito quin melior debeat esse conditio tertij bonæ fidei possessoris, quàm heredis. Heres enim personam repræsentat defuncti, qui in mora semper fuisse intelligitur, non etiam tertius possessor. Ergo in herede illius qui vim fecit non distinguemus an res ab eo consumpta sit, an suo fato penes eum perierit: quia sufficit vel momento vno rem ad eum peruenisse vt actio cœperit esse perpetua ex regul. *l. cum prætor. 127. de regulis iuris.* Proinde non de illius qui vim fecit herede lex hæc intelligi debet, vt malè Cuiacius, sed vt explicauimus de bonę fidei possessore.

b *Si verò in pecuniam aliámve rem conuersa sit.* Ratio dubitandi, Subrogatum sapit naturam eius in cuius locum subrogatur. *l. si eum. 10. §. iniuriarum supr. si quis cautionib. l. 3. §. is autem. de Senatusconsulto Macedoniano: leg. 1. §. si sub conditione. infrà vt legat. caus. caueat.* Atqui ob metum ab alio illatum non teneretur tertius bonæ fidei possessor si res ipsa per vim oblata intercidisset, vt scriptum est in principio huius legis. Ergo nec tenebitur qui pretium ex rei venditione redactum perdidit. Ratio decidendi, Quirem per vim ablatam vendidit & pretium confecutus fuit, non potest non videri factus locupletior, cùm pretium licèt non tam ex re ipsa, quàm ex negotiatione, tamen ob rem ipsam perceperit. *l. venditor. 21. de hered. vend. iunct. leg. si eum seruum. 23. de rebus creditis.* Nec enim potest videri consumtum quod in corpore patrimonij retinetur. *leg. idem est. 73. de legatis secundo.* Nec quod postea pecuniam pretij nomine acceptam amiserit, ad rem facit. Non enim quærimus an locupletior factus sit ex pretio, sed an ex re ipsa per vim ablata. Quare nec distinguendum est meo iudicio, quamuis Accursius distinguat an tertius hic possessor habeat ab eo ipso qui vim fecit, an ab alio: aut, vtrum lucratiuam, an verò onerosam. Nam præter id quod hæc lex indistinctè loquitur, superior ratio locum habet omni casu.

c *Peti ab eo hereditatem posse.* Ratio dubitandi, Non videtur bona comparatio huius actionis & petitionis hereditatis: quia iudicium hoc est singulare, iudicium verò petitionis hereditatis est vniuersale. Porrò quod dicitur pretium succedere loco rei in iudiciis vniuersalibus tantùm obtinet, non item in singularibus, quia quod vniuersale est, potest sub se multas res complecti etiam, quæ sint diuersæ speciei, non autem quod est singulare. *leg. si & rem & pretium. 23. ad finem cum lege sequenti. infra de petitione hereditatis.* Itaque non sicut pretium rei hereditariæ potest videri hereditarium, ita possis dicere, pretium rei per vim ablatæ fuisse per vim ablatum, sicut nec pretium ex re obligata redactum potest dici obligatum nec pretium furtiuum, quod ex re furtiua, nec commune quod ex re communi, nec meum quod ex re mea. *l. si vnus. 67. in principio. & §. 11. pro socio. leg. idémque. 7. §. vltim. qui potiores in pignore. leg. qui vas. 48. §. fin. de furt. l. si mulier ex pecunia. 21. de donationibus inter virum & vxorem.* Sed & aliæ inter vtramque actionem sunt differentiæ. Et ille præcipuè quod in hac actione sufficit rem per vim ablatam peruenisse semel, quamuis non duraverit, vt hæc lex ait. At in petitione hereditatis secus est si instituatur contra bonæ fidei possessorem. Nempe quia bonæ fidei possessor ideo tantùm tenetur petitione hereditatis: ne lucrum retineat ex alieno damno: tertius autem possessor ideo tenetur hac actione, ne is

qui vim aut metum passus est, remaneat in damno. Etsi non sufficeret ad dandam ei actionem contra tertium quod remaneret in damno, si res ad tertium nunquam peruenisset. Ratio decidendi, Tota hæc adiectio & comparatio ab illis verbis, *Nam & Imperator* vsque ad finem legis proculdubio est Triboniani abutentis more suo rescriptis Imperatorum, & ea protrahentis ad aliam speciem prorsus dissimilem. Imperator enim Antoninus non de actione ista quod metus causa, sed de petitione hereditatis rescripserat. Nec rursus de illo casu quo bonæ fidei possessor rei hereditariæ à se venditæ pretium perdidisset, at de illo potiùs quo pretium retinuisset, atque in alias res postea emptas conuertisset, ex quibus venditis rursus aliud pretium redegisset, vt ostendunt verba illa huius legis, *vel sæpiùs mutata specie faciendo*. Quibus casibus, vt supra dixi, non potest dici consumptum quod in corpore patrimonij retinetur. *dict. leg. idem est.* 73. *de legat.* 2. Alioqui cum hoc Antonini rescripto pugnaret Vlpianus in *d.l.vtrum*. Vtraque igitur pars legis vera est, sed prior malè cohærens posteriori. Dicam pluribus ad *dict. leg. si & rem.* & ad *d. l.vtrum*.

19. GAIVS lib.11. ad Edictum Prouinciale.

QVod autem in heredem eatenus pollicetur actionem proconsul, quatenus ad eum peruenerit, intelligendum est ad perpetuò dandam actionem pertinere.

Ad l. Quod autem. 19.

Ratio dubitandi, Satis superque debet esse actori quod prætor ei det actionem aduersus heredem illius qui vim aut metum intulit in id quod ad heredem peruenit, nec illud præterea exigere debet vt ea actio sit perpetua, non tam quod ex vulgari, eóque falso nostrorum brocardico plura singularia non possint concurrere circa eandem rem ex *lege* 1. *Cod. de dot. promiss.* quàm quod imputari possit ei cur intra annum egerit. Præsertim cùm dici soleat eum qui releuatur in vno, in alio grauandum esse, & contra *legem eum qui* 30. *de iureiurando. Authentic. contra quis propriam. Codic. de non numerata pecunia*. Ratio decidendi, Hæc actio quatenus datur in id tantùm quod ad heredem peruenit, rei persecutoria est, vt apparet. Perpetua igitur esse debet, quia & perpetua eius dandæ sui est æquitas, ne heres alieno scelere ditetur, & vt turpe lucrum ei extorqueatur. Et quæ ratio facit vt dari debeat etiam post annum. *leg. in honorarus.* 35. *D. de obligationibus & actionib.* Itaque quamuis verba edicti nihil dixerint de perpetuanda, sed tantùm de danda in heredem actione: sic tamen accipi necessariò debent ex mente prætoris & ex ratione iuris, vt de perpetuanda quoque prætor senserit.

20. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

QVantum autem ad hæredem peruenerit, litis contestatæ tempore spectabitur: si modò certum sit aliquid peruenisse. ¶ Idem & ipsius[a], qui vim intulit, si sic in corpus patrimonij peruenit aliquid, vt certum sit ad heredem peruentum, id est, si debitor liberatus est[b].

Ad l. Quantum autem. 20.

Ratio dubitandi, Sufficit rem semel ad heredem peruenisse, vel momento vno, licèt postea eam malè consumpserit. *leg. videamus.* 17. *supr. leg. cum prætor* 127. *de regulis iuris*. Ergo non debet actori obesse quod tempore litis contestatæ nihil peruenisse ad heredem inueniatur, si modò antè peruenerit. Rursus, videtur etiam sufficere vt rei vindicandæ tempore locupletior sit heres qui conuenitur, vt de petitione hereditatis scriptum est in *leg. si à dom. no.* 36. *§. penultim. de hereditatis petitione*. Igitur non magis tempus litis contestatæ spectandum est, quàm tempus quod præcedit aut sequitur contestationem. Ratio decidendi, Non ait simpliciter Vlpianus inspiciendum esse tempus litis contestatæ, sed cum adiectione illa, *si modò certum sit aliquid peruenisse*, quam ego sic intelligo vt si nihil eo tempore peruenisse reperiatur, quia quod ante peruenerat non durauerit, non litis contestatæ tempus spectari oporteat, sed tempus quod præcessit, ne alioqui actio quæ semel & competere & perpetua esse cœpit, per consumptionem intercidat. *dict. leg. videamus.* Si verò aliquid eo tempore, quo contestatio fit, ad heredem peruenisse constet, tunc inspiciendum præcisè tempus litis contestatæ, vt condemnetur heres non in quantum ab initio peruenerit, si fortè plus minúsve peruenerat, sed in quantum penes se habet tempore litis contestatæ. Proinde, vt dicam apertius, si quæratur an aliquid ad heredem peruenerit vt in eum detur hæc actio, quæ alioqui non daretur, non tantùm litis contestatæ, sed anterius quoque tempus indistinctè inspici oportebit. Si verò quæratur quantum ad heredem peruenerit, adhibenda est distinctio, an tempore litis contestatæ aliquid ad eum peruenerit siue plus siue minus, an nihil. Priore casu tempus litis contestatæ spectabitur. Idémque erit & si nihil adhuc eo tempore peruenerit, sed tamen certum sit peruenturum aliquando esse: vt putà si debitor vi obligatus fuerit in diem certam, nec dum soluerit. Nam cùm sit obligatus, potest cogi ad soluendum adueniente die, quem venturum omnino certum est. Posteriore verò casu idem dicendum erit quod in prima distinctionis parte. Denique facilior est prætor in perpetuanda contra heredem actione ista quam in augenda condemnatione, si litis contestatæ tempore minus ad eum peruenerit. Nec in eo fit vlla iniuria actori qui vicissim plus consequitur, si tempore litis contestatæ plus peruenisse reperiatur, quàm antea peruenisset. Sed & sicut in petitione hereditatis, ita & in actione tempus rei iudicatæ aliquando spectabitur. Nam etsi in actionibus quidem vniuersalibus, quæ nomen iuris habent, cuiusmodi est petitio hereditatis, & si quæ sunt similes, ea ratio maximè vrget quod recipiant augmentum & diminutionem. *leg. item videndum.* 18. *§. penultim. iunct. leg. sed & si lege.* 25. *§. vltim. cum legib. sequentib. & dict. leg. si à domino.* 36. *§. penultim. de petitione hereditatis*. Recepta tamen est Proculi & Pegasi sententia existimantium in specialibus quoque actionibus, putà in rem aut ad exhibendum, idem admittendum esse. *leg. quæsitum.* 30. *infr. de peculio. leg. sin autem.* 27. *§.* 1. *infr. de rei vindicatio*. Idque Accursius quoque noster sentit, licèt in huius legis interpretatione aliò quin hæsitet.

a *Idem & si.* Versiculus hic ita construendus est, *Idem & si aliquid peruenit in corpus patrimonij ipsius qui vim intulit, vt certum sit ad heredem peruenturum*. Exemplum est, vt iam diximus, si quis vi aliquem adegerit vt se obligaret in diem certam, & ante diem decesserit relicto herede. Certum enim est ad heredem aliquando peruenturum esse quod debetur, cùm certum sit id quod in diem certam debetur, omnino debitum iri vbi dies venerit. Ratio dubitandi, Quod pendet non est pro eo quasi sit. *leg. is damnum dat.* 69. *§. primo de regulis iuris*. Ergo quod peruenturum est, non debet pro eo haberi quasi iam peruenerit. Ratio decidendi, Quod ita pendet vt possit non euenire, non perinde haberi potest quasi iam euenerit, vt si quid in diem certam aut sub conditione debeatur. Sed quod non potest non euenire, iam euenisse videtur. *leg. in diem.* 10. *leg. sub conditione.* 16. *iunctis duab. sequentib. de conditione indebit.*

b *Id est, si debitor liberatus est. Ita legitur in Pandect. Flor. sed vitiosè*. Nec enim esset hoc accommodatum exemplum eius quod præcedit de re quam certum sit ad heredem esse peruenturam. Cùm enim debitor vi liberatus est, nihil est quod ad heredem peruenturum sit, ad quem scilicet emolumentum liberationis iam hereditario iure peruenerit. Rectior igitur est vulgata lectio quæ habet, *idem si debitor liberatus est*. Hoc nimirum sensu, vt si quis cùm debitor tuus esset, vi aut metu adegerit vt eum liberares, posteáque relicto herede decesserit, habeas cum ipsius herede actionem. Ratio dubitandi, Nihil videtur hoc casu ad heredem peruenisse cùm non ipse liberatus sit, sed defunctus qui erat debitor, quique peream liberationem nihil de alieno acquisiuit, sed tantùm obligationis vinculo se exemit. Ratio decidendi, Imò ad heredem aliquid peruenisse intelligitur vel ob hoc ipsum quod locupletiorem nanciscitur hereditatem. Locupletior enim fit quisquis debito liberatur. *leg. si pupilli.* 66. *de solutionibus*. & est hæc species acquirendi, & quidem omnium optima. *leg. species.* 11. *de acceptilation*. Quare nec distinguendum est an actio transitura fuisset ad heredem nécne. Nam etiamsi non fuerat transitura, fuerat tamen heres habiturus minorem hereditatem si defunctus ad solutionem adactus fuisset, quomodo adigi potuisset, nisi liberationem à creditore suo vi extorsisset.

21. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

SI mulier contra patronum suum ingrata facta, sciens se ingratam, cùm de suo statu periclitabatur, aliquid patrono dederit, vel promiserit, ne in seruitutem redigatur, cessat edictum, quia hunc sibi metum ipsa infert.

Ad l. Si mulier. 21.

Ratio dubitandi, Iustus est metus seruitutis non minùs quàm mortis ad dandam ex hoc edicto restitutionem. *lege quarta, supra hoc titulo*. Ergo quod liberta patrono dedit vel promisit ne in seruitutem redigatur, per hanc actionem restituendum est. Ratio decidendi, Iustus quidem est metus amittendæ libertatis, & qui potest sufficere ad impetrandam ex hoc edicto restitutionem, si à patrono aut ab alio inferatur. Sed si liberta ipsa eum sibi metum intulerit quòd sciret se ingratam, & proinde talem quæ propter ingratitudinem redigi in seruitutem quandocunque posset, non de alio quàm de seipsa quæri debet, siue illationem metus, siue causam quæ fuit eius inferendi inspicias. Idque est quod ait Accursius non succurri ei qui seipsum in necessitate posuit. *l. 3. §. subuenitur. ad Syllanianum, l. si fideiussor. 7. §. penul. supr. qui satisd. cog.*

1 ¶ Quod metus causa gestum erit, nullo tempore prætor ratum habebit.

Ad §. Quod metus causa. 1.

Ratio dubitandi, Actio hæc aliquando finitur anno cùm non detur post annum, nisi causa cognita. *leg. item si cum.* 14. *§. primo & secundo, supra eodem*. Item non datur in heredem si nihil ad eum peruenerit. *l. quod diximus.* 16. *§. finali. supra*. Ergo verum est aliquo casu & aliquo tempore id quod metus causa gestum est à prætore ratum haberi. Ratio decidendi, Quod prætor his casibus denegat actionem, non facit, quia id quod metus causa gestum est, ratum vllo tempore habere velit, sed quia vel tempore vel morte illius qui vim aut metum intulit, finitam extinctámque videt actionem, quàm non nisi certis legibus & conditionibus ex æquitate depromtis introductam voluit. Hinc verò sumta occasione tractandi de tempore quod durat hæc actio, solet quæri inter nostros interpretes post Accursium an decennio inter præsentes & vicennio inter absentes duret, vt putat

Accursius, an ad triginta vsque vel quadraginta annos, vt Placentinus. Alij enim Accursium, alij Placentinum sequuntur. Nos vtrumque damnamus. Nam si actio hæc similis est actioni iniuriarum, ob eámque causam non nisi ex magna causa fieri potest vt vltra annum extendatur sicuti scriptum est *in dicta lege decimaquarta. §. secundo. supra eodem. lege quarta. Codic. eodem.* quis locus quæstioni relinquitur, an decennio duret, an vicennio aut tricennio. Nam quod Theodosius & Anastasius induxerunt de præscriptione triginta vel quadraginta annorum *in lege tertia & quarta, Codic. de præscriptione triginta vel quadraginta annorum.* non pertinet ad prorogandas in id tempus actiones, quæ alioquin annales erant, sed è contrario ad restringendas & breuioribus curriculis terminandas actiones, quæ aliqui perpetuæ antè dicebantur, de quibus in titulo de perpetuis & temporalibus actionibus. Sanè quo casu hæc actio non finitur anno, sicut perpetua esset ex iuris veteris ratione, ita ex nouo iure finietur tricennio, nunquam decennio aut vicennio. In eóque melius sensit Placentinus quàm Accursius. Nam lex tertia, qua vna Accursius nititur, non de actione ista loquitur, sed de actione in rem, cuius propria natura illa est vt decennio inter præsentes, vel vicennio inter absentes, si cætera concurrant ad longi temporis possessionem necessaria concludantur. Nempe quæ non sicut actio quod metus causa simile quidquam habeat cum actione iniuriarum. Datur enim contra eum qui nullomodo obligatus est. *§. primo Institut. de actionibus.* id est, neque ex contractu vel quasi, neque ex delicto vel quasi. Etsi autem actio in rem concurrit cum actione quod metus causa. *lege 9. §. volenti. & §. licet. supra eodem. & dicta l. ge tertia.* tamen longè alias habet conditiones, longéque diuersas præstationes.

a *Nullo tempore.* Intellige nisi ille ipse qui vim aut metum passus est prior ratum habeat ex nouo eóque libero consensu siue expresso, siue tacito, vt in specie *l. 2. Cod. hoc tit.* Nunquam enim volenti factam esse iniuriam dici potest. *l. in diem. 9. §. 1. de aq. & aq. pluu. arcend.*

2 ¶ Qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus, sed quanti possessio est, eius quadruplum, vel simplum cum fructibus consequetur: æstimabitur enim, quod restitui oportet, id est, quod abest: (abest) autem nuda possessio cum suis fructibus [b], quod & Pomponius.

Ad §. Qui possessionem. 2.

Ratio dubitandi, Cùm quis possessionem fundi etiam non sui per vim aut metum tradidit, verum est totum fundum per vim aut metum fuisse extortum, totúmque fundum ab eo qui vim aut metum intulit possideri. Misera hominum auaritia, inquit, proprietatem à possessione secernit. Ergo non quanti possessio fundi, sed quanti fundus ipse est, æstimari & quadruplari debet. Præsertim cùm potuerit fieri vt possessor, si bonæ fidei erat, posset fundum illum vsuca pere, si non interpellata per vim possessio eius fuisset. Ratio decidendi, Hæc actio damnum exigit, id est, vt aliquid absit actori. *leg. sed & partus. 12. in fin. supra hoc titulo.* Nec proinde aliud æstimari & quadruplari potest, quàm quod abest actori. Atqui nihil ei abest præter nudam possessionem, id est, à proprietate separatam. Non enim proprietas ei abesse dici potest, quæ ad alium tota pertinet. Ergo non proprietas, sed tantùm possessio æstimanda & quadruplanda est. Et verò nihil commune apud Iureconsultos habet proprietas cum possessione. *leg. naturaliter. 12. §. nihil commune. de acquirenda possessione.* Et, vt bene Accursius, aliud est rei pretium, aliud possessionis. *lege tertia in fin. vti possidet.*

b *Cum suis fructibus.* Ratio dubitandi, Fructus non iure seminis, sed iure soli percipiuntur. *leg. qui scit. 25. §. primo de vsur.* nec tam possessioni quàm rebus ipsis accepto feruntur. *leg. in fideicommissaria. 18. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Ergo fructus debent sequi ius & conditionem proprietatis ac fundi, & consequenter sicuti proprietas nec æstimatur nec quadruplatur, ita nec fructus. Ratio decidendi, Quod ad fructus percipiendos attinet, possessor dummodo bonam fidem habeat, penè domini loco habetur, hactenus scilicet vt suos fructus faciat omnes. *l. g. bonæ fidei. 48. de adquirendo rerum dominio.* quia tantundem potest bona fides, quantum veritas vbi lex impedimento non est. *l. bona fides. 136. de reg. iur.* Fructus ergo possessionis ius sequuntur, non proprietatis.

3 ¶ Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem: quia est verissimum, nec talem promissionem dotis vllam esse.

Ad l. Si dos. 3.

Ratio dubitandi, Sine dolo siue metu adhibito nascitur actio, quoties subdita stipulatio est, quamuis per doli vel metus exceptionem summoueri petitio debeat. *l. penultim. Cod. de inutilis stipulatione.* Atqui non potest nasci actio, si nulla obligatio nata sit ex promissione: quia actiones personales omnes ex obligationibus nascuntur. *l. licet. 43. §. ea obligatio. supra de procuratoribus.* Ergo fatendum est ex promissione dotis quantumlibet per metum exorta & obligationem nasci & actionem. Ratio decidendi, Excipienda est causa dotis quæ adeò fauorabilis est vt vbi semel promissa esset, si promissio valeret, ipso iure nō posset rescindi postea per restitutionem in integrum, per quam scilicet mulier indotata constitueretur propter metum ab alio illatum, cùm tamen ipsa matrimonij onera & incommoda sustinuisset. Itaque melius est vt dotis promissio per metum extorta ab initio non valeat, & ipso iure sit nulla, quemadmodum de libertate dicimus, si in fraudem creditorum data sit, eam ipso iure competere, quia si competeret, non posset reuocari postea, quomodo cætera in fraudem alienata reuocantur. *Institut. quibus ex causis manum. non licet.* Sic fit vt & libertas & dos & similiter alia pleraque deterioris conditionis interdum sint ob hoc ipsum quod sint fauorabiliora. Malè autem nostri post Accursium rationem huius paragraphi petunt ex eo quod contractus dotis sit bonæ fidei: quilibet verò contractus bonæ fidei, cui metus aut dolus causam dederit, ipso iure sit nullus. *leg. & eleganter. 7. §. primo. infr. de dol. l. i. Cod. se. de rescindenda venditione.* Nam hic locus est de promissione dotis, quæ promissio non sit nisi per stipulationem. *leg. promittendo. 41. de iure dotium. l. 1. Codic. de contrahenda & committenda stipulatione.* Certum autem est, sicut actio rei vxoriæ iam olim erat bonæ fidei. *§. fuerat. Institut. de actionibus.* ita ex contrario actionem quæ ex stipulatione dotis competebat, fuisse stricti iuris, talémque mansisse vsque ad constitutionem Iustiniani, qui primus & stipulationem tacitam pro dote introduxit, & eam bonæ fidei fecit: *lege vnica. Codic. de rei vxoriæ actione.* An verò contractus bonæ fidei, cui dolus vel metus causam dedit, sit ipso iure nullus, dicemus ad dictum §. primum, *lege 7. infra titulo proximo.*

4 ¶ Si metu coactus sim ab emptione, aut locatione discedere: videndū est, an nihil sit acti, & antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bonæ fidei obligatione possimus niti, cùm finita sit, dum amittitur: & magis est, vt similis species acceptilationè sit: & ideo prætoria actio nascitur.

Ad l. Si metu. 4.

Ratio dubitandi, Quod metu gestum est, prætor nullo tempore ratum habet. §. 1. *supr. hac lege.* Ergo si metu coactus sum ab emptione aut locatione discedere, superest eadem ipsa obligatio & actio quæ prius competebat. Ratio decidendi, In emptione, locatione, cæterísque bonæ fidei contractibus qui solo consensu perficiuntur, dummodo res nondum secuta sit, potest abiri à præcedenti obligatione, quia posterior consensus priorem tollit. *l. 7. §. adeo. leg. ab emptione. 58. de pactis. ex regula leg. prout. 80. de solutionibus. leg. nihil tam naturale. 35. de obligationibus & actionibus.* quia bonæ fidei iudiciis exceptiones pacti sicut & doli insunt ipso iure. *lege tertia de rescindenda venditione.* Ergo tantundem potest nudum pactum quantum ad dissoluendam obligationem empti & veniti quantum acceptilatio prodesset. Quid enim aliud faceret acceptilatio, quàm vt obligationē dissolueret ipso iure? Nimirum si obligatio consensu solo contracta in verborum obligationem priùs conuersa esset. Alioqui non posset verbis dissolui. *leg. an inutilis 8. §. acceptum fieri. de acceptilatione.* Consequenter prætoria actio quod metus causa ex hoc edicto necessaria est, vt vetus obligatio, quæ ipso iure peremta fuit, restituatur, aut is qui vim vel metum iutulit, in quadruplum condemnetur. *l. metum. 9. §. ex hoc edicto. quod met. caus.*

5 ¶ Si metu coactus adij hereditatem: puto me heredem effici, quia quanuis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui, sed per prætorem restituendus sum, vt abstinendi mihi potestas tribuatur [a].

Ad l. Si metu coactus adij.

Ratio dubitandi, Aditio hereditatis & gestio pro herede non tam facti est quàm animi. *leg. pro herede. 20. leg. gerit. 88.* & passim de acquirenda hereditate. Atqui is qui cogitur per vim aut metum, non habet liberam voluntatem. Ergo non potest fieri heres. quod & scriptum videtur in *leg. qui in aliena. 6. §. vltim. eodem titulo de acquirenda hereditate.* Ratio decidendi, Imò verò coacta voluntas est voluntas. *leg. Papinianus. 22. de ritu nuptiarum.* Sed quia non est libera, prætor se interponit, vt qui heres quidem existit, sed inuitus habeat abstinendi facultatem. *leg. si meus causa 85. de acquirenda hereditate.* Nec obstat *dict. lex 6. §. vltim. eod.* quia in specie seruus metu verberum adierat non tantùm coactus & inuitus, sed etiam fallens, id est, nihil minùs in animo habens quàm vt hereditatem adiret.

a *Abstinendi mihi potestas tribuatur.* Is qui semel heres fuit, non potest desinere heres esse, ne quidem per legem. *l. ei qui soluendo. 88.* de *heredibus instituendis.* multò minus per prætorem. *leg. ait prætor. 7. §. sed quod Papinianus. infr. de minoribus. l. cum quasi. 30. §. sed & si suus. de fideicomm. libert.* qui scilicet non potuit facere legem. *§. quos autem Instit. de bonor. possess.* R. decid. Per abstentionem non desinit quis heres esse, sed tantum à prætore consequitur, vt non magis conueniri possit quàm si heres non esset. *l. necessarius. 57. de acq. hered. l. si filius. 12. de interrog. in iur. fac.*

6 ¶ Si coactus hereditatem repudiem, duplici via prætor mihi succurrit: aut vt iles actiones quasi heredi dando, aut actionem metus causa præstando: vt quam viam ego elegerim, hæc mihi pateat.

Ad l. vlt. Si coactus.

Ratio dubitandi, Semel repudiata hereditas postea acquiri non potest, sicut nec acquisita repudiari. *leg. sicut* 4. *Cod. de repud. vel abstin. heredit.* Ratio decidendi, Non facit prætor heredem eum qui semel repudiauit, quia nec potest, non solùm si alius fortè substitutus aut agnatus proximus iam adierit hereditatem (quo casu illa etiam ratio repudianti obstat ne heres fieri possit, quia duo in solidum heredes vni esse non possunt. *leg. quod contra.* 14. §. *vni duo de regul. iur.*) sed & si nemo, quia repudiatio est actus solemnis & legitimus, sicut & aditio per quem delatio facta per legem penitus & ipso iure extinguitur: sed dat ei prætor ex æquitate vtiles actiones quasi heredi, hoc est, ac si heres esset, quia eiusdem æquitatis & potestatis est denegare actiones in eum qui coactus adiit, & dare vtiles actiones ei qui coactus repudiauit. Qui enim verè ac iure ciuili heres est, is directas actiones habet non vtiles, quæ cum directis nunquam concurrunt. Vtiles verò tantum habent ij, qui cùm heredes non sint, heredum tamen loco & vice habentur. *l. ita tamen.* 27. §. *qui ex Trebelliano. l. sit heres* 70. *ad Trebell.*

a *Aut actionem metus causa præstando.*) per quam scilicet ego qui ex hereditatis repudiatione damnum passus sum, consequar indemnitatem, id est, quanti fuit hereditas quam repudiatione amisi, adeóque quadruplum, nisi iusta hereditatis æstimatio arbitrio iudicis restituatur. Malè verò Accursius hæc verba intelligit de vtili petitione hereditatis *ex lege* 9. §. *violenti. supra eodem.* Nam quod præcedit de vtilibus actionibus à prætore dandis mihi qui repudiaui, satis includit vtilem hereditatis petitionem, præsertim cùm prætor vtilem hereditatis petitionem ex aliis plerisque causis proponat ad exemplum ciuilis & directæ. *tot. titul. infra de possess. hered. pet. & de fideicommiss. hered. petit.* Debent igitur hæc verba intelligi de actione, quod metus causa personali competente aduersus eum qui vim fecit, itémque aduersus possessorem ad quadruplum consequendum, si res non restituatur, de qua *in decimaquarta.* §. *in actione. supra eodem.* non autem ad rem vindicandam. Nec enim actio ex hoc edicto competens vnquam in rem est, sed semper in personam, licèt in rem scripta sit. Vindicatio autem è contrario semper in rem, nunquam in personam, nec ad quadruplum, de qua *in dict. §. volenti. & in l. 3. C. hoc tit. iunct. §. licet. d. l. 9.*

b *Vt quam viam.*). Hinc vulgare illud pragmaticorum nostrorum brocardicum, *pateat tibi via quam elegisti.*

22. Paulus lib. 1. Sententiarum.

QVi in carcerem quem detrusit, *vt aliquid ei extorqueret*[a], quidquid[b] ob hanc causam factum est, nullius momenti est.

Ad l. Qui in carcerem. 22.

Ratio dubitandi, Iuris executio non habet iniuriam. *leg. iniuriarum actio.* 13. §. *primo de iniuriis.* Atqui receptum est in vsu quotidiano vt creditores detrudant in carcerem suos debitores, vt ab iis extorqueant solutionem, postquam placuit posse debitorem creditori suo corpus proprium non minùs quàm bona sua pignori dare contra euidentem iuris scripti rationem. Si quidem pignus non nisi à domino rectè constitui potest. *tot. titul. Cod. si alien. res pignori data sit.* nemo autem quantumuis liber homo, dominus est membrorum suorum. *leg. liber homo.* 13. *in principio ad legem Aquiliam.* Ergo non quidquid factum est in carcere etiam in eius commodum qui ea ratione aliquid extorquere voluit, nullius momenti est. Ratio decidendi. Hæc lex de illo loquitur qui propria autoritate & illicitè alium detrusit in carcerem, vt aliquid ab eo extorqueret, quod non debebatur. non de illo qui iure & suo & communi vsus est. Nam nec decipit nec decipitur qui iure communi vtitur, *l. vlt. C. de in integr. restit. minor. l. inter.* 51. §. *pen. de fideiuss.*

a *Vt aliquid ei extorqueret.* Ergo qui cum eo contraxit, quem alius siue iustè siue iniustè detrusit in carcerem, non timet periculum restitutionis, si modò non sit conscius & particeps fraudis, vt bene hic Accursius ex *l.* 9. §. *sed licet iunct. l. item si.* 14. §. *aliquando in aliis verbis, me non conscio.* suprà hoc tit.

b *Quidquid.* Ergo & in carcere facta confessio non valebit, iuquit Accursius rectè, si secundum supradictam distinctionem intelligas, id est, de confessione extorta ab eo qui detrusus sit in carcerem ob hoc ipsum vt fateri cogeretur, Idenim est quod sequitur *ob hanc causam.* Alioqui reorum confessiones omnes factæ in iusta licitáque custodia, & ex magistratuum autoritate quasi per vim extortæ subuerterentur. Aliter tamen videtur sensisse Accursius, qui in hanc rem citat legem primam. §. *diuus. & §. quæstioni. infra de quæstionibus.*

23. Vlpianvs lib. 5. Opinionum.

NOn est verisimile, compulsum in vrbe iniquè indebitum soluisse eum, qui claram dignitatem se habere prætendebat, cùm potuerit ius publicum inuocare, & adire aliquem potestate præditum, qui vtique vim eum pati prohibuisset: sed huiusmodi præsumptioni debet apertissimas probationes violentiæ opponere.

Ad l. vlt. Non est verisimile.

Ratio dubitandi, Nunquam facta præsumuntur nisi probentur. Eius enim semper est probare qui dicit & affirmat, non qui negat. *l. 2. l. in exceptionibus.*

nibus. 9. *de probationibus.* Atqui vt quis vim aut metum vel intulerit vel passus sit, facti est. Facto enim opus est & quidem atroci & maioris malitatis ad hoc vt vis facta vel metus illatus dici possit. *lege* 2. *& sequentibus. supra cod. leg. metum.* 9. *Cod. eod.* §. *fœnerator. infr. hac lege.* Ergo nihil interest an is qui se dicit compulsum in Vrbe iniquè indebitum soluisse, claram dignitatem habuerit propter quam potuerit ius publicum implorare & adire aliquem potestate prædium, qui vtique ipsum vim pati prohibuisset. An verò fuerit sine dignitate: quia omnimodo probatione onerandus est is qui vim aut metum allegat. Ratio decidendi, Probandi quidem onus semper & omni casu incumbit ei qui vim sibi factam aut metum illatum dicit, sed leuiores probationes ei sufficiunt qui nulla præsumptione contraria oneratur. E diuerso acuti præsumptio quæ pro aliquo facit, transfert in aduersarium onus probandi. *leg. generaliter.* 24. §. *si petitum. in fin. de fideicommiss. libert.* Ita quo fortior est aduersus aliquem præsumtio, eo durior probatio est quæ ab ipso exigitur. Quanti verò momenti hoc sit, ex eo apparet quod cùm probationes ferè omnes difficiles sint, tanto tamen difficiliores fiant, quanto clariores & apertiores requiruntur. Cuiusmodi sint quæ in causis criminalibus exiguntur, quas dicere solemus luce meridiana clariores esse oportere.

1 ¶ Si iusto metu perterritus cognitionem[a] ad quam vt vinctus iret, potens aduersarius minabatur, id quod habere licebat, compulsus vendidit, res suæ æquitati per præsidem prouinciæ restituitur.

Ad §. Si iusto. 1.

a *Cognitionem.* scilicet Principis, vt benè Cuiacius *ex leg. sed & si per prætorem.* 26. §. *final. ex quibus causis maiores.* Ratio dubit. Cognitionis metus non est iustus. Quid enim magis velle debet is qui bonam causam habet, quàm vt de ea causa princeps ipse cognoscat? Ergo non est ista iusta causa petendæ ex hoc edicto restitutionis, si modò non alio metu compulsus qui vendiderit, quod alioquin ei habere licebat. Ratio decidendi, Non metus cognitionis hoc casu restitutioni materiam præbet, sed metus vinculorum: quia potens aduersarius non tantùm cognitionem Principis, sed etiàm vincula minabatur, & consequenter corporis cruciatum & speciem quandam seruitutis. Itaque non potest negari quin talis venditio per metum malo more extorta sit, & proinde irrita esse debeat. *l. vlt. C. eod.*

a *Per præsidem prouinciæ.* ad cuius scilicet curam maximè pertinet vt extortas metu venditiones prohibeat. *leg. illicitas* 6. *de officio præsidis.* quia præses prouinciæ in prouincia fungitur partibus prætoris, vt & aliorum omnium magistratuum qui in vrbe sunt. *l. ex omnibus.* 10. *cum duabus sequentibus. de officio præsidis.* An verò hæc restitutio fit ex hoc edicto in quadruplum, an officio tantùm iudicis ad simplum, vt vult Accursius? & hoc magis puto. Ideo fortasse quod non debuit potentis aduersarij vincula tantopere timere is qui ad cognitionem principis ducendus erat, apud quem querelam suam proponere potuisset. Sed non facit ea res quin verum sit venditionem huiusmodi inciuiliter extortam fuisse.

2 ¶ Si fœnerator inciuiliter custodiendo athletam, & à certaminibus prohibendo cauere compulerit vltra quantitatem debitæ pecuniæ: his probatis, competens iudex rem suæ æquitati restitui decernat.

Ad §. Si fœnerator. 2.

Ratio dubitandi, In eo quod athleta prohibetur à certaminibus nullos patitur corporis cruciatus, neque metum mortis aut seruitutis. Ergo hic casus non pertinet ad edictum: præsertim cùm hæc actio damnum exigat. *leg. sed & parius.* 12. §. *vltim.* quod metus causa. Qui autem à certaminibus prohibetur, non tam damno aliquo adficiatur quàm à lucro quod ex certaminibus consequi solitus erat, arceatur. quod longè diuersum est. *l. Proculus.* 26. *de damno infecto.* Ratio decidendi, Damnum quod Athleta sentit in hac specie non in eo est quod prohibetur à certaminibus, sed in eo quòd fœnerator ipsum à certaminibus prohibendo cauere compulerit vltra debitæ pecuniæ quantitatem. Verum tamè est nullum esse hîc metum illatum nec vim factam, ideóque non competere hoc casu actionem ex hoc edicto in quadruplum, sed in simplum duntaxat ex officio iudicis. Quod significant verba illa, *competens iudex rem suæ æquitati restitui decernat*, vt quidquid malo more & contra bonos mores gestum est, rescindatur. Videtur enim hoc casu fœnerator inciuiliter magis fecisse quàm vim aut metum intulisse.

3 ¶ Si quis, quod aduersario non debebat, delegante eo, per vim[c] apparitione præsidis interueniente, sine notione iudicis coactus est dare: iudex inciuiliter extortum restitui ab eo, qui rei damnum præstiterit[e], iubeat. Quod si debitor satisfecit simplici iussione, & non cognitione habita[f]: quamuis non extra ordinem exactionem fieri, sed ciuiliter oportuit, tamen quæ solutioni debitarum ab eo quantitatum profecerunt, reuocare inciuile est.

Ad §. Si quis vlt.

Ratio dubitandi, Qui aduersarium cogit per apparitorem magistratus, non videtur animum habere inferendi metus aut inferendæ violentiæ, cùm apparitoris officium sit publicum, pendeátque ex autoritate magistratus, vt proinde parum interfit an quid fiat per apparitorem magistratus, an per ipsum magistratum, quo tamen posteriore casu certum est vim nullam factam dici posse. *l. extat. 13. §. eod.* R. decid. Verum illud est quoties apparitor intercesserit ex mandato magistratus & cognitione ipsius intercedente. Alioqui facit vim etiam apparitor qui sine iudicis mandato exequitur, idcóque etiã de facto ei resisti impunè potest. *l. prohibitum. 5. C. de iur. fisc.* Nam & magistratus ipse vim & iniuriam facere potest. *l. 3. §. 1. §. hoc tit.* quæ in magistratu tãto minus ferenda est, ne vnde iura nascuntur, iniuriarum occasio proficiscatur. *l. meminerint. 6. C. vnde vi.* In proposita tamen specie non tam per vim aut metum quàm inciuiliter extorta indebiti solutio videtur, vt Vlpian. ait. Itaque non quadrupli, sed simpli condemnatio irroganda erit, quod & Accursius sentit.

c *Delegante eo.* Intelligè secundùm priorem Accursij interpretationé de delegatione facta per aduersarium, qui hunc per vim coegerit vt tanquam delegatus debitor delegantis promitteret Sempronio centum, quæ re vera deleganti non debebat: non autem cum Cuiacio de iudicis delegatione, siue, vt ipse addidit, iussione. Quasi vero delegatio & iussio hoc loco sint synonima. Nam nec quod sequitur *simplici iussione*, de iussione per iudicem facta intelligi debet, sed de ea quæ facta sit per apparitorem. Multo minus probari potest secunda interpretatio Accursij qui hæc verba refert ad coactum qui per vim coactus fuerit delegare quod non debebat. Sequentia enim ostendunt aliam fuisse hîc personam delegantis, aliam eius qui coactus fuit dare. Alioqui satisdat & soluit qui delegat debitorem. *l. quamuis. 8. §. debitorem. ad SC. Velleia.* Sed & secundùm istam Accursij interpretationem legendum esset *de legante eo per vim*, posita virgula post dictionẽ hanc *vim*, quæ tamen in libris omnibus posita est post pronomen *eo*.

d *Inciuiliter extorta.* Ciuilis enim exigendi modus ille est vt ab actione, non ab exactione incipiatur. *l. 1. C. de execut. rei iudic.* Idque etiam est quod statim sequitur, *quamuis non extraordinem exactionem fieri sed ciuiliter oportuit.*

e *Restituí ab eo qui damnum præstitit.* id est, qui vim fecit. At cur non ab illo etiam cui per vim delegatus soluit? nimirum quia nihil dolo malo fecit qui suum recepit. *l. 5. §. penult. de dol. except. iunct. l. repetitio. 44. de condict. indebit.* Ponimus enim non fuisse eum conscium doli & violentiæ, quod necessariò ponendum est. *l. metum. 9. §. sed licet. l. item si cium. 14. §. aliquando. supr. hoc titul.* Quanquam dici etiam potest cum Accursio & Bartolo intelligendum esse locum hunc non de actione ex hoc edicto quod metus causa, sed de officio iudicis, cuius auxilium minus plenum est, nec similiter potest extendi contra bonæ fidei possessorem, quomodo extendi actio quæ à prætore ex hoc edicto datur. Satis enim abundèque officio suo satisfacit magistratus qui conquerenti sic prospicit vt eũ indemnem dimittat. At non aliter satisfit edicto prætoris, quàm si is qui vim passus est, liberam electionem habeat agendi non solùm contra eum qui vim aut metum intulit, sed etiam contra tertium quemlibet possessorem, idque duplici via: vel actione quod metus causa in quadruplum, vel rei vindicationem in simplum, id est ad rem ipsam solam. Vtraque enim actio editi verbis data est. *l. 9. §. volenti. & §. licet. 8. h. tit. l. 3. C. eod.*

f *Et non cognitione habita.* R. dubit. Ius crediti amittit etiam verus creditor, qui debitam sibi rem non per iudicem & ordinaria cognitione, sed propria autoritate reposcit. *dict. l. extat. 13. iunct. §. fin. l. praced. sup. eod.* Ergo etiam hoc casu reuocationi debiti soluti locus est. Rat. decid. Nullum damnum patitur is qui quod debet, soluit. *l. 14. §. pen. §.* Imò acquirit & locupletior fit cùm se liberat. *l. si pupilli. 66. in fi. de solut.* Nec tursus dici potest vim facere qui rem sibi debitam reposcit per apparitorem iudicis, licèt nulla cognitione habita. Cùm fuæ facilitati imputare debeat is qui simplicem apparitoris iussionem pro iudicis mandato habuit, agnoscens fortasse bonam fidem quæ mouere ipsum debuerat, vt etiam sine actione non tantùm ageret contra seipsum, sed etiam à seipso exigeret ad solutionem vero creditori faciendam. *l. quoties. 9. §. sicut. de admin. tut.* Proinde non amittit hoc casu creditorius crediti, quod malè putat Accurs. quia non tam per vim quàm inciuiliter fecisse intelligitur, vt benè Cuiacius. Et rescriptum D. Marci alioquin pœnale non facilè adiuuandum est interpretatione. Idque etiã probant verba illa, *quæ solutionis debitarum ab eo quantitatum profecerunt.* Non enim posset numeratio proficere solutioni debitę quantitatis, si per ipsam exactionẽ creditor ius crediti amisisset. Finitur enim debitũ, cùm amittitur, vt in *l. si mulier. 21. §. si metu coactus. fin. §. h. tit.*

DE DO-

DE DOLO MALO.

TITVLVS III.

VLPIANVS libro 11. ad edictum.

HOc edicto prætor aduersus varios & dolosos a, qui aliis offuerunt calliditate quadam, subuenit: ne vel illis malitia sua sit lucrosa b, vel istis simplicitas damnosa c. 1 ¶Verba autem edicti d talia sunt: *quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, & iusta causa esse videbitur, iudicium dabo.*

Ad Tit. 3. De dolo.

Ad l. Hoc edicto. 1.

a *Varios & dolosos.* Non sunt ista hoc loco synonima. Varius enim ille est qui aliud agit, aliud fingit, *Quod non est simulans, dissimulánsque quod est*, quod tamen potest interdum fieri sine dolo malo. §. seq.

b *Ne vel illis malitia sua sit lucrosa.* Ratio dubitandi. Licet plerunque contrahentibus se decipere, & quidem naturaliter, *l. in causæ. 16. §. idem Pomponius. de minoribus. leg. item si pretio. 22. §. fin. a. locat.* Nec aliam ob causam & obligationes comparatæ sunt & contractus, quàm vt vnusquisque acquirat sibi quod sua interest, lucrúmque proinde faciat. *leg. stipulatio ista. 38. §. alteri. de verborum obligationib.* Ratio decidendi, Quidam tantùm contractus sunt, in quibus licet naturaliter contrahentibus se decipere, id est, emptio, venditio, locatio, conductio: de quibus in dicto *§. idem Pomponius. & dict. §. vltim.* ex ratione posita in *l. si voluntate. Cod. de rescindenda venditione.* Sed hoc non de ea deceptione intelligi debet quæ dolum malum annexum habeat, de qua sola hîc agitur, sed de ea quæ potius ex re ipsa quàm ex delinquendi proposito inducatur, de qua *in leg. si quis cùm aliter. 36. de verborum obligationib. & in l. g. 2. Cod. eod. iunct. dict. leg. si voluntate. 8. Cod. de rescind. vendit.* Denique agit prætor quantum potest ne malitiis indulgeatur. *leg. in fundo. 38. de rei vindicatio.* & ne quis ex dolo & delicto suo meliorem faciat conditionem suam contra *regul. leg. non fraudantur. 176. §. nemo.* de regulis iuris. neve contrahentes decipiantur. *leg. sed & si pupillus. 11. §. item si plures. de institor. act.*

c *Vel illis simplicitas damnosa.* Ratio dubitandi, Non est nouum vt alicui sua simplicitas & facilitas sit damnosa. Suæ namque siue simplicitati siue facilitati imputare debet damnum quod sentit. Proinde nec damnum vllum sentire videtur. *leg. quod quis. 203. de regulis iuris.* Est enim laudabilis sanè simplicitas, præsertim in homine Christiano, sed ea tantùm quæ prudens est, vt Martialis dicebat, non quæ fallaciis obuiam se præbet. Vnde Christus Dominus in Euangelio, Estote prudentes sicut serpentes, & simplices sicut columbæ. Ratio decidendi, Non succurrimus simplicitati quasi nihil ei sit imputandum [imputamus enim si ex aduerso dolus nullus intercenerit] sed non patimur vt boni viri simplicitas aduersarij dolo decipiatur. Quia si simplicitati parcendum non est, multo minus patimur, dolo fauendum est qui non nisi cum dolo, non etiam cum simplicitate compensandus est. *leg. viro. solut. matrim. leg. domum. de contrah. empt.*

d *Verba autem edicti.* Ratio dubitandi, Dolus malus iam olim Lætoria lege vindicabatur, vt constat ex Cicerone. 3. de offic. Ergo non fuit necessarium hoc edictum, maximè cùm non aliter promittat prætor se daturum actionem de dolo, quàm si alia actio non sit. Rat. dec. Non vindicabatur dolus ex antiquis legibus, nisi in certis casibus. puta ex l. Lætoria in circumscriptione adolescentum. Edictum verò de dolo proponit actionem generalem per quam dolus omnimodo & omni casu vindicetur, si alia actio nulla sit, cuius auxilio indemnitati eius qui deceptus fuit, consulatur.

2 ¶Dolum malum Seruius quidem ita definit, machinationem quandam, alterius decipiendi causa, cùm aliud simulatur, & aliud agitur. Labeo autem, posse & sine simulatione id agi, vt quis circúueniatur: posse & sine dolo aliud agi, aliud simulari, sicut faciũt qui per eiusmodi dissimulationem deseruiant, & tuentur vel sua, vel aliena. Itaq; ipse sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumueniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera esta-

Ad §. Dolum malum. 2.

Ratio dubitandi, Non potest dolus malus esse sine machinatione quadam alterius decipiendi gratia, cùm hac mente aliud agitur, aliud simulatur. Ergo bona est doli definitio quam Seruius attulit. Ratio decidendi, Verum quidem est non posse dolum malum esse sine machinatione quæ fiat alterius decipiendi causa, sed potest ea ipsa machinatio fieri apertè & sine vlla simulatione, vt in furto & rapina. Sicut & è contrario potest esse simulatio & dissimulatio sine dolo malo. Itaque non potest bona esse definitio quæ non conuertitur cum suo definito. Vt ex hoc loco interpretes nostri optimè colligunt, quantumuis in Logica quæ hoc ipsum docet, satis malè versati.

Nec igitur bona est Pædij sententia cui eadem ipsa definitio placebat, vt refert Vlpia. in *l. 7. §. pactorum. vers. dolo malo. ff. de pact.*

a *Labeonis definitio vera est.* quia constat ex genere & essentiali differentia, ideóque conuertitur cum suo definito.

3 ¶Non fuit autem contentus prætor *dolum* dicere, sed adiecit *malum*: quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant, & pro solertia hoc nomen accipiebant: maximè, si aduersus hostem latronémque quis machinetur.

Ad §. Non fuit. 3.

Ratio dubitandi, Dolus delictum est, quinimo forma & essentia omnium delictorum. Nullum enim delictum est sine dolo. Atqui delictum nullum est bonum. Ergo neque dolus vllus bonus. Ratio decidendi, Non sicut doli ita & delicti appellatio ambigua est. Dolus malus delictum est, & delictum ferè quodlibet dolus malus. Sed non omnis dolus malus est. Quanquam hodie quisquis dolum simpliciter dicit, malum intelligit. Dolus bonus nihil nisi solertia est qua quis vtitur ob hoc ipsum vt alterius dolum excludat, putà aduersus hostes aut latrones. De quo Poeta, Dolus an virtus quis in hoste requirat. Item in specie. *leg. cum pater. 77. §. antepen. de leg. 2. leg. quia autem. 6. §. penult. Si quis omiss. caus. test.* Sic malitiam malam dixit Plautus: quasi malitia quædam possit esse bona, quod tamen vel ex ipso nominis etymo longè durius est.

4 ¶Ait prætor, *si de his rebus alia actio non erit.* Meritò prætor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit: quoniam famosa actio non temerè debuit à prætore decerni, si sit ciuilis, vel honoraria, qua possit experiri. Vsque adeo, vt & & Pedius lib. 8. scribat: etiamsi interdictum sit b quo quis experiri, vel exceptio c, qua se tueri possit, cessare hoc edictum. Idem & Pomponius lib. 28. & adiicit: & sit stipulatione tutus, si quis eum actionem de dolo habere non posse: vt puta si de dolo stipulatum sit d.

Ad §. Ait prætor. 4.

Ratio dubitandi, Actio de dolo concurrit cum actione quod metus causa, quoties agitur in eum ipsum qui vim aut metum fecit. *l. item si cum. 14. §. eum qui metum. sup. titul. 1.* Item cum actione mandati in specie. *l. 1. Cod. hoc tit.* Ergo hæc actio datur etiãsi alia sit. Ratio decid. Potest actio hæc concurrere cum alia actione quæ sit famosa, cuiusmodi sunt, actio mandati. *l. 1. supr. de his qui not. infam.* item actio quod metus causa cùm aduersus eum ipsum qui fecit proponitur vt dixi ad *d. §. eum qui metum.* Ratio enim cur prætor in edicto verba illa adiecerit *si alia actio non sit* non alia fuit, vt hic Vlpianus ait, quàm quod famosa actio non debuerit temerè à prætore decerni si alia sit actio siue ciuilis siue honoraria qua quis potuerit experiri.

b *Eatenus si interdictum sit.* Rat. dubit. Interdictum non est actio. Actiones enim iure ordinario dantur & exercentur. Interdicta verò extra ordinem, vnde & extraordinariæ actiones dicuntur quæ hodie substitutæ sunt in locum interdictorum. *Instit. de interdict. in pr. & §. fin. & de interdictis siue extraord. act. quæ pro his compet.* Ergo etiamsi interdictum competeret olim, non eo minùs tamen verum erat nullam actionem competere, & consequenter actionem hanc de dolo perinde dandam esse. Ratio decidendi, Interdicta propriè quidem non sunt actiones, sed tamen etiam actionis appellatione continentur. *l. actionis. 37. de oblig. & act.* quia per interdictum non minus quàm per actionem ius nostrum tuemur. In eo tamen differunt maximè ab actionibus quod nunquam sint famosa licèt ex famosis causis pendeant. *l. neque. 13. Cod. unde vi.* quia in iis de possessione tantùm agitur non de iure aut de facto personæ.

c *Vel exceptio.* Ratio dubitandi, Exceptio non est actio cùm è contrario sit actionis exclusio. *leg. 2. de except.* Ergo quod prætor dixit *si alia actio non sit*, non potest illam interpretationem recipere *Aut si alia exceptio non sit.* Ratio decidendi, Reus in exceptione actor est. *dict. leg. 2. l. in exceptionibus. 19. de probat.* Tantùm denique prodest reo exceptio ad ius suum conseruandum quantum actori actio. Quinimo est fauorabilior actione, quia rei semper sunt fauorabiliores. *leg. fauorabiliores. 125. de Reg. iur.* & ideo quæ sunt temporalia ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum. *leg. purè. 5. §. fin. de dol. except.* Nulla igitur ratio est, cur ei qui per exceptionem tutus esse possit, famosam actionem concedere prætor debeat: Habet enim plusquàm actionem is qui habet exceptionem. Nec separanda est exceptio doli à ceteris exceptionibus quomodo separat Accurs. Non magis enim potest actio de dolo cum exceptione doli concurrere quàm cum ceteris. *l. vlt. infr. hoc tit.* Eadem siquidem omnium ratio est vt non sint famosa, quia infamem facit sententia. *l. 1. §. de his qui not. infam. l. infamem. 7. de publ. indic.* Nemo autem vi exceptionis condemnatur, sed tantùm actionis ab alio propositę, quia exceptio ad euitandam non ad obtinendam condemnationem obiicitur.

d *Si de dolo stipulatum sit.* Intellige de dolo non committendo. Solebat enim iam olim stipulationibus ferè omnibus subiici clausula *dolum malum abesse abfuturúmque esse. leg. doli clausula. 119. iunct. leg. si id quod. 22. leg. ex ea parte. 121. leg. si ita quis. 135. §. vltim. de verborum obligationib. l. 3. Cod. de recept. arbit.* Quam honestatis clausulam vocat Diuus Ambrosius. Ratio dubitandi, Qui conuenitur ex doli clausula posita in stipulatione ex proprio dolo malo conuenitur non minus quàm qui actione de dolo. perindéque actori dolus probandus est, atque si ageret de dolo. Ergo perinde

inde famosa actio videri debet, quæ eandem ipsam causam. cámque famosam habet. Rat. decidendi, Actio ex stipulatione nunquam est famosa, quoniam cùm quis ex stipulatione cõdemnatur, licèt propter dolum & ex doli clausula, tamen proxima & immediata causa condemnationis non dolus, sed stipulatio & promissio est.

5 ¶Idem Pomponius ait: & si actionem in nos dari non oporteat, veluti si stipulatio tam turpis dolo malo facta sit, vt nemo daturus sit ex eo actionem: non debere laborare vt habeam de dolo malo actionem: cùm nemo sit aduersus me daturus actionem.

Ad §. Idem Pomponius ait. 5.

R. dub. Actio hæc de dolo malo, vt detur ex edicto prætoris nihil aliud requiritur, nisi vt & dolus interuenerit, & actio aut exceptio alia nulla sit quæ eo nomine competat. Atqui hæc omnia concurrunt etiamsi stipulatio aliqua turpis facta sit dolo malo non minùs quàm si dolus malus duntaxat sine vlla turpitudine interuenisset. Ergo quemadmodum solo interueniente dolo daretur promissori actio de dolo, ita & multo magis si ad dolum turpitudo accesserit, ne alioqui melioris conditionis sit stipulatio dolo interposita ob id solum quod præterea sit turpis. Rat. dec. Non sufficit dolum interuenisse, & actionem aliam aut exceptionem nullam esse, vt actio de dolo detur, sed illud præterea requiritur, vt interfit actoris cùm non ad aliud competat quàm ad id quod interest agentis. *l. arbitrio. 18. infr. h. t.* Atqui nihil interest promissoris qui aduersario ex turpi causa & dolo malo stipulanti aliquid promisit, cùm ex ea stipulatione nunquam possit conueniri ne quidem ipso iure. Siquidem omnes stipulationes turpes ipso iure nullius sunt momenti. *l. generaliter. 26. de verb. obl.* Ac proinde tales ex quibus nunquã prætor daturus sit actionem, adeo vt nec vlla opus sit exceptione, quippe quę presupponat actionem, cuius elidendæ gratia comparatę sunt omnes exceptiones. *l. 2. de except.* Neque tamen possis ideo dicere melioris conditionis esse stipulationem dolo interpositam, eandémque turpem quàm si turpis non esset. Nam quę turpis nõ est, parit actionem, quamuis elidendam per doli mali exceptionem, quę verò turpis est, nullam parit. Illa enim valet ipso iure, hæc verò nullius momenti est.

6 ¶Idem Pomponius refert Labeonem existimare, etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere, & si alia actio tempore finita sit a, hanc competere non debere: sibi imputaturo eo, qui agere supersedit: nisi hoc quoque dolus malus admissus sit b, vt tempus exiret c.

Ad §. Idem Pomponius refert. 6.

Ratio dubitandi, Quisquis in integrum restitui potest eum necesse est ipso iure excluſum esse. Alioqui restitutio non daretur tanquam extraordinarium remedium, vbi ordinarium competeret. *leg. in causæ. 16. in princip. infr. de minor. l. 3. Codic. si aduers. libert.* Et quamuis restitutio quandoque impetrata tantundem allatura sit commodi, quantum adferret pristina actio si non esset perempta, cùm tamen restitutionem omnium causæ dupliciter examinandę sint, & an verę, & an iuste. *l. 2. sup. de in integr. restitut.* nemo non videt interesse quàm maximè illius qui deceptus fuit, vt non cogatur subire incertum iudicij & restitutionis argum. *l. minor. 25. annis. 45. infr. de minor. iunct. leg. quod debetur. 51. de pecul.* Ratio decidendi, Non potest incertus esse euentus & restitutionis contra eum qui in dolo esse probatur, & contra quem perinde probandus esset dolus, & alea iudicij subeunda, etiamsi dè dolo ageretur. Nec minus extraordinaria est actio de dolo, quàm aliud iudicium quodlibet restitutionis in integrum, cùm hæc quoque sit species restitutionis, in eo tantùm à cæteris differens quòd famosa est, cæteræ verò species non famosę & consequentes facilius indulgendæ.

a *Et si alia actio tempore finita sit.* Ratio dubitandi, Actio tempore finita nulla amplius est, & perinde haberi debet, ac si nunquam fuisset. Quid enim potest in effectu referre, an nunquam fuerit, an verò esse desierit. Atqui actio de dolo competit ex verbis edicti quoties dolus interuenit, nec alia actio vlla est, per quam possit vindicari. §. 5. *supr.* Ergo non eo minus competere hoc casu debet, quod alia actio competierit aliquando, si ea hodie finita sit. Ratio decidendi, Imputare sibi debet is qui dolum passus est, quod alia actione sibi competente supersederit agere priusquam actio finita esset. Cúmque damnum hoc ex sua culpa & negligentia sentiat, sentire non videtur. *leg. quod quis. 203. de regul. iur.* Alioqui si post finitam tempore priorem actionem daretur huic actio de dolo quam non haberet, si in priore exercenda diligentior fuisset, non solùm ei sua prodesset negligentia, sed etiam aduersario noceret, qui ob eam negligentiam famosa actione conueniretur, qua conueniri alioqui non potuisset.

b *Nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit.* Ratio du. Actiones tẽporales cuiusmodi est redhibitoria, & aliæ plerę; prætoriæ nõ ob id magis fiunt perpetuæ, q; interuenerat dolus ex parte eius qui poterat conueniri, cùm nec actio ipsa de dolo sit perpetua,

sed annalis nec eo minus verum est actionem & finitam & nullam amplius esse. Ergo etiamsi in hoc quoque dolus malus admissus sit vt actionis tempus exiret non eo magis de dolo actio competere debet. Ratio decidendi, Qui alium ipse decepit nunquam potest ei imputare cur se decipi passus sit, nec consequenter cur non citius egerit quem credibile est acturum suo tempore fuisse si dolum passus non fuisset in hoc vt actionis tempus exiret.

c *Vt tempus exiret.* Ratio dubitandi, Cùm per tergiuersationem & dolum aduersarij exit dies actionis prætor amissam actionem restituit ex edicto, Quibus ex causis maior. *leg. ait prætor.* 23. *§. fin. iunct. ll. seqq. infr. ll. tit.* Atqui cùm per aliam partem edicti actio quæ amissa fuerat in integrum restitui potest non competit actio de dolo, vt in §. huius prin. scriptum est. Ergo nihil interest quod ad dandã actionem de dolo vtrum prioris actionis dies exierit per dolum rei an sine dolo. Ratio decidendi, Edictum illud *ex quib. caus. maior.* nunquam habet locum quoties interuenit dolus illius aduersus quem restitutio postulatur. Alioqui supervacuum & frustra propositum esset hoc edictum, De dolo cui scilicet nunquam locus est, vt ex eo detur actio de dolo si alia competat vel ipso iure vel ope restitutionis vt habet hic §. Semper autem restitutioni, locus esset, ex generali clausula *si qua mihi iusta causa videbitur*, cùm nemo ambigat dolum iustam causam esse indulgendæ restitutionis. Et ideo Paulus in *l. sed & ad eos.* 24. *ll. tit. ex quib. caus. maior.* loquitur de tergiuersatione & solertia non de dolo malo qui à solertia multum distat. *§. non fuit. supr. huc leg. & in l. cùm miles.* 30. *vltim. ll. tit.* idem Paulus ait etiamsi quis sine dolo malo Reipub. causã abfuerit & vsuceperit lucro eius occurri debere, scilicet ex illo edicto, quia nimirum si dolo id fecerit, ex edicto de dolo teneretur. Denique nusquam in eo titulo scriptum reperias dari ex eo edicto restitutionem aduersus eum qui dolum malum admiserit. Adde quod scriptum est in §. prox. & in *l. quidam.* 39. *in fin. infr. h. tit.* Eum qui à suo debitore deceptus liberauit ipsum per acceptilationem si minor sit, in integrum restitui posse nimirum ex edicto de minoribus, si maior sit non posse, nempe ex edicto, *Ex quib. causis maior.* sed de dolo agere debere. Hinc verò nec vulgares interpretes se expedire possunt nec ipse quoque Cuiacius. Illi Accursium & Ioannem secuti locum hunc intelligant de actore cuius negligentia dies exierit, cùm è contrario Vlpianus dolo rei conuenti hoc ipsum adscribat. Hic verò putat ex illo titulo, *Quibus ex causis maior.* non aduersus alium dari restitutionem quàm aduersus eum qui secum agendi potestatem non facit, id est, inquit ille, qui facit omnino ne secum agi possit. Quod sanè falsum est vt constat *ex dict. l. sed & ad eos*, vbi Paulus monet edictum illud ad eos quoque pertinere qui conuenti frustrantur vel qualibet tergiuersatione & solertia efficiunt ne cum iis agi possit. Nostram verò sententiam illud valde confirmat quod post propositas prioribus edicti partibus speciales causas indulgendæ per prætorem restitutionis frustra prætor ex iisdem causis generalem clausulam subiecisset quæ nullomodo fuit necessaria nisi ad eos casus comprehendendos ad quos speciales clausulæ porrigi non potuissent. Solet etiam huic loco obiici quod scriptum est in *leg. Antæus ait.* 14. *de Aqu. & aqu. pluu. arc.* Anno præterito intra quem in illius l. specie agi potuit aut actione prætoria. Quod iudicij mutandi causa secundùm Cuiacij sententiam & emendationem, aut interdicto quod vi aut clam quomodo habet vulgata lectio, dandum esse iudicium de dolo. Nam si ita est, ergo non impeditur actio de dolo, ex eo quod alia actio aliquando competierit si ea hodie finita sit. Nec enim hac parte quidquam refert an actio competierit an interdictum, vt dixi ad *§. ait prætor.* 4. Sed facilis responsio est ex hac lege illam intelligendam esse vt ita demum actio de dolo detur si alterius actionis tempus præterierit dolo aduersarij. Alioquin esset ipsa quoque anno finita.

7 ¶Si quis, cùm actionem ciuilem haberet, vel honorariam in stipulatum deductam, acceptilationem, vel alio modo sustulerit: de dolo experiri non poterit, quoniam habuit aliam actionem: nisi in admittenda actione dolum malum passus est.

Ad §. Si quis. 7.

Ratio dubitandi, Acceptilatio quæ actionem veterem tollit deductam in Aquilianam stipulationem, non ideo tamen tollit dolum qui actioni causam dederat. Nec enim sermone vllo quantumuis generali dolus vnquam remissus intelligitur. *l. Aurelio.* 20. *de lib. leg.* Atqui dolus non debet manere impunitus ne dolosus ex delicto suo lucretur. Ergo etiam post acceptilationem dicendum actionem de dolo superesse. Nec enim per acceptilationem tolli potuit cùm eo tempore nondum competeret subsistente scilicet alia actione quæ nondum fuerat perempta. Ratio decidendi, Imputare sibi debet actor qui aliam actionem habuit cur aliam per acceptilationem sustulerit. Ideóque nec damnum vllum sentire videtur ex supradictis regul. *leg. quod quis.* 203. *de Regulis iuris.* Consequenter nihil eius interest. Ergo nec potest habere actionem de dolo quæ non datur nisi ad id quod interest agentis. *leg. arbitrio.* 18. *in fin.*

No

Non tam enim contra dolosos comparata est hæc actio vt eorum dolus puniretur, quàm pro iis qui dolum passi essent vt eorum indemnitati consuleretur. Alioqui dicendum esset omni casu quo dolus alicuius probaretur competituram actionem de dolo, quod falsum esse constat vtique tam ex iis quæ hucusque ad hanc legem scripsimus, quàm ex sequentibus.

a *Vel alio modo.* varij enim sunt modi vt contrahendæ ita & dissoluendæ obligationis præter acceptilationem, quę non nisi ad vnam speciem obligationis eius scil. cet, quæ verbis contracta sit dissoluendam apta est. *l. an inutilis.* 8. §. *acceptum fieri. de accept.* Exemplum accommodatum adfert Accursius de pacto, quoties prior actio talis fuit quæ pacto quoque perimi ipse iure potuerit, cuiusmodi est actio furti, idémque iniuriarum. *leg. si tibi.* 17. §. *quædam. l. si vnus.* 27. §. *pactus ne peteret. supr. de pact.* Sed malè idem Accursius pactum hoc nudum vocat quod est legitimum, id est, *l. 12. tab.* autoritate vestitum, vt eo loco explicauimus. Addit aliud exẽplum de obligatione literis contracta quæ contrariis literis tolli potest. *l nihil tam naturale.* 135. *de Reg. iur. l prout.* 80. *de sol. t.* Possis & similia exempla adferre de alia qualibet actione competente ex obligatione quæ solo consensu contracta sit. Nam & ea contrario consensu similiter ipso iure tollitur nec minùs potest in eam rem nudus consensus quàm solemnis acceptilatio. *leg. si mulier.* 21. §. *si metu coactus sim* § *tit. prox.*

b *Nisi & in amittenda.* Idem in *l. 4. & in l. sub prætextu.* 19. *C. de transact.* Ratio dubitandi, Actiones quæ per calliditatem aduersarij finitæ sunt, restituuntur ex generali clausula *si qua mihi iusta causa videbitur* edictis quibus ex causi maior. Ergo etiamsi in amittenda actione dolum malum actor passus sit, non potest ea res inducere actionem de dolo, cui scilicet nunquam locus est quoties actio amissa restitui quoquomodo potest. *l. prox. præced.* §. R. dec. Edictum illud non habet locum aduersus dolosos, vt dixi ad §. præced. Hoc enim malo quàm quod Cuiacius post Accur. edictum illud loqui de actionibus finitis tempore, non definitis acceptilatione, alíáve ratione. Quæ distinctio planè commentitia est, pugnátque cum d. §. præc. vbi idipsum scribitur de obligatione finita tempore quod in hoc §. de actione sublata per obligatoriam acceptilationem. Nec animaduertit vir doctissimus se hac responsione redire ad eam Accursij & Ioannis opinionem, quam ad §. præcedentem improbauerat. Ratio autem diuersitatis quam adfert Accursius, leuissima est. Quòd, inquit, voluntas creditoris interueniat in acceptilatione, non etiam in præscriptione. Nam in præscriptione interuenit saltem tacita. Siquidem temporales actiones vix vllæ sunt, quarum tempus non sit vtile. Quod autem vtile est nunquam cedit ignoranti. *l. cùm sex.* 55. *de ædilitio edicto.* Et ideo dicimus imputari posse actori cur actionis diem præterire passus sit. §. prox. §. quod tamen sanus nemo ignoranti imputabit.

c *In amittenda actione.* id est, acceptilatione ipsa interponendà, per quam actio amittitur. Ergo si post amissam actionem dolum passus sit, putà quòd is per actionem liberatus fuerat, fidem eius quod promiserat, præstare nolit, adeóque dolo malo, non ob id tamen de dolo agetur, sed vel conditione non pecunię, vt malè vult Cuiacius, sed liberationis quæ per acceptilationem contigit ex *leg. si quis accepto.* 4. *de condictione causa data.* vel præscriptis verbis ex *leg. ob eam causam* 9. *de præscrip. verb.* In eóque conuenit mihi cum Accursio & Cuiacio.

8 ¶Non solùm autem, si aduersus eum sit alia actio, aduersus quem dolo quæritur.

2. PAVLVS lib. 11. ad Edictum:

VEl ab eo res seruari poterit.

3. VLPIANVS lib. 11. ad edictum:

NOn habet hoc edictum locum, verum etiam si aduersus alium.

4. PAVLVS lib. 11. ad edictum.

SIt actio: vel si ab alio res mihi seruari potest.

Ad §. vlt. Non solùm. cum trib. leg. seq.

R. dub. Iniquum est impunitum esse dolosi suum dolum ob id tantùm quòd alius qui nec fortè dolũ commisit aliqua actione teneri possit, ne alioqui eueniat vt damnum vnius sit lucrum & præmium alterius, vt in *l. si sequens.* 25. *ad Senatusc. Sylan.* Ergo quamuis aliqua actio sit aduersus alium quàm eum de cuius dolo quæritur, aut quamuis aliter res ab alio seruari possit, dicendum est actionem de dolo nihilominùs contra dolosum dandam esse. Rat. dec. Verba edicti sunt impersonalia & infinita. *si alia actio non erit. §. 1. sup.* Ergo impersonaliter & indefinitè intelligẽda sunt, siue aduersus dolosum ipsum, siue aduersus aliũ quemlibet. Et verò cũ hæc actio nõ sit cõparata nisi ex necessitate & in subsidium, ne is qui dolũ passus est, moretur in dãno, ob idque nec nisi ad id quod agentis interest detur, vt toties diximus, consequens est vt neque competat cùm non est necessaria, neque necessaria sit, cùm alia ratione & actione seruari actor indemnis potest. Planè, vt bene Accurs. notat, non ob id actio de dolo contra vnum competens tollitur quod eadem actione alius teneatur. Alioqui neque hic neque ille teneretur, cùm tamen teneri omnes oporteat quousque vnus ex iis satisfecerit. *l. si plures.* 18. *infr. h. tit.*

5. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

IDeóque si quis pupillus à Titio, tutore auctore concludente circumscriptus sit: non debere eum de dolo actionem aduersus Titium habere, cùm habeat tutelæ actionem per quam consequatur, quod sua interfuit. Planè si tutor soluendo non sit, dicendum erit de dolo actionem dari.

Ad l.Idoque.5.

Ratio dubitandi, Actio de dolo potest concurrere cum alia famosa vt ostendimus ad l. item si cum. 14.§.cum qui metum. *supra titul. 1.ex l.1.Cod.de dolo* contra quàm Accurs. hoc loco sentiat. Atqui actio tutelæ est æquè famosa saltem quoties datur ex doli causa quomodo in proposita specie. Tractat enim Vlpianus casum illum quo collusio intercesserit inter Titium & tutorem. collusio autem sine dolo nulla est. tot. titul. de colluf. deteg. Ergo quod minor circumscriptus collusione Titij & tutoris possit agere tutelæ aduersus tutorem, non ob id minus poterit agere de dolo contra Titium. Ratio decidendi. Cùm alia actio æquè famosa competit potest quidem iudicium de dolo exerceri, sed contra eum ipsum contra quem alia actio æquè famosa dari posset vt in casu, *d.l.1.C.de dol.*& dict §. eum qui metum. In proposito autem actio tutelæ non contra Titium competere potest, sed contra tutorem. Minus igitur non est per eam tutelæ actionem impediri actionem de dolo, nec contra Titium exerceri posse. Itaque non est bonum argumentum quod Accursius ex hoc loco contra nostram deducit sententiam.

a *Planè si tutor soluendo non sit.* Ratio dubitandi, cùm tutor soluendo non est restitui actio contra Titium potest quando,& eo casu quo tutor soluendo esset nihilominus restitui minor aduersus Titiũ posset perinde ac si tutoris autoritas nulla interuenisset. *l.1.& 2.C.si tut.vel cur.interu.* Atqui cùm aliqua actio restitui potest ex edicto non est locus actioni de dolo *l.1.& 2.*idem Pomponius refert.*supra eodem.*Ergo non magis hoc quàm superiore casu actio de dolo contra Titium danda erit. Rat.dec.sunt quidam casus qui non capiunt restitutionem vrputa aduersus libertatem, *l.si ex causa.9.§.fin.infr.tit.1.leg. vltim.C.si aduers.libert.* Sicut & sunt quædam personæ contra quas non potest impetrari facilè restitutio.*leg.vltim.Cod.qui & aduers.quos.* Et ad hos casus restringendum est quod hic scribitur, vt Cuiac. putat. Sufficit enim casum aliquem esse quo possit locum habere hæc Vlpiani sententia ne frustra hîc posita videatur.*leg.si enim. 15.alias l.si vsufructus.* §. *denique.ipf. de vsufruct.* Vrgere tamen adhuc quis possit cum Cuiacio subsidiariam actionem competere in magistratum qui tutorem minus idoneum dedit ex tot.tit. De magistrat. conuen. Atqui quoties alia actio competit actionem de dolo non competere.*d.leg.1.§.supr.* Actionem porro eam quoque dici quæ sui subsidiaria sit. Ergo nec si tutor soluendo non sit de dolo tamen actionem posse competere contra Titium quandiu aduersus magistratum subsidiaria exerceri potest. Sed respondebo cum eodem Cuiacio post græcos interpretes locum hunc intelligendum esse de tutore vel testamentario vel ex inquisitione dato qui etiamsi soluendo non sit, non eo magis tamen magistratus tenetur, quia neque testamentarius tutor neque is qui ex inquisitione datus fuit cogitur satisdare.tot. tit. de satisd. tutor.instit.

b *De dolo actionem.* Accurs. intelligit de actione in factum nomine doli ex *l.non debet.* 12. *infr.* quod non probo. Nam actio in factum subsidiaria non excludit actionem de dolo, cùm nihil aliud ea ipsa sit quàm actio de dolo verbis temperata, id est, in qua non doli, sed bonæ fidei mentio fiat, vt scriptũ est in d.l.non debet,& seq. Denique nemo ex iis qui de dolo agere possunt actione ista in factum vti prohibetur si honestius cum aduersario congredi velit & confligere vt loquitur Cuiac.ad d.l.1.

6. GAIVS lib.4.ad Edictum Prouinciale.

NAm is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam aduersarij manis actio est.

Ad l.Nam is nullam.6.

Ratio dubit. Multùm differt actio ab exactione. Actio enim iuris est, exactio autem facti. Actio est causa exactionis, exactio verò effectus actionis. Denique exactionem impedit inopia debitoris condemnati non etiam actionem. Vnde est quod is quoque qui bonis cessit licèt ad solutionem vrgeri non possit adhuc tamen obligatus manet nec nisi exceptione tueri se potest si conueniatur. Idémque est de iis qui non supra quàm possint tenentur. *§. vltim. instit. de replicat.* Et apertius exemplum est quod ponit Accursius de nomine vendito qualequale est, id est, siue idoneum sit siue non. *leg. antep. §.vltim.de euict.l.si nomen.4.& seqq. de hered. vel act. vend.* Ergo quamuis ob inopiam aduersarij inanis actio futura sit, non eo minus tamen verum est actionem aliquam competere atque ita deficere edicti conditionem illam sub qua prætor hanc actionem proposuit *si alia actio non erit.* Ratio decidendi, Verba cum effectu sunt accipienda non solùm in hoc edicto, sed in aliis ferè omibus. *l.1.§. 1.quod quisque iur.l.pen.ne quis eum qui in ius voc. cum simili.* Effectu autem nulla actio est ex qua non possit, sequi exactio cùm in exactione consistat commodum & emolumentum totum actionis. Quanquam interdum prætor non tam emolumentum quàm ius ipsum actionis intuetur, scilicet, cùm dat actionem in pœnam vt in specie.*l.vltim.§.vlt.quæ in fraud.cred.* Malè tamen hîc Accursius tractat de exceptione paupertatis. Actori enim nocet paupertas debitoris, non per exceptionem, sed per priuationẽ, quia facit ne quidquam sit vnde solutio extorqueri possit.

7. VLPIANVS lib.11. ad Edictum.

ET elegãter Pomponius hæc verba, *si alia actio non sit*, sic excipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salua esse non poterit. ¶ Nec videtur huic sententiæ aduersa

aduersari, quod Iulian. lib. 4. scribit, si minor annis vigintiquinque consilio serui circumscriptus: eum vendidit cum peculio, emptórque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem *b*. (Hoc enim sic accipimus: carere dolo emptorem, vt ex empto teneri non possit.) aut nullam esse venditionem *d*, si in hoc ipso, vt venderet, circumscriptus est. & quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam aduersus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.

Ad l.Et eleganter.7.

a *Quæsitres alio modo.* Ratio dubitandi, Non dixit prætor si alio modo ei ad quem ea res pertinet salua esse non possit, sed *si alia actio nulla sit. l.1.§.1.*ẽ. quæ formula longè strictior est. Latius enim patet auxilij cuiuslibet quàm actionis nomen & potestas. omnis actio auxilium est quo persequimur in iudicio quod nobis debetur. Sed non vicissim omne auxilium etiam actio est. Ergo Pomponij ad edictum interpretatio quam hîc tantopere laudat Vlpianus non conuenit verbis edicti, vt nec illa quam idem Vlpianus refert & reiecit in *l.1.§.quod autem* de aleator. Rat. decid. Intellectus dictorum semper sumendus est ex causis dicendi, c. intellectus. de reg. iur. in 6. non tàm igitur inspiciendum est quid prætor diverit quàm quid senserit & quam causam sic edicendi habuerit. Causa verò propter quam prætor non aliter propositam voluit actionem de dolo quàm sub illa condicione si actio nulla esset non alia fuit, quàm quod non putauerit ad famosam actionem vnquam descendendum esse nisi cùm alij remedio locus esse non posset, vt ait *leg.pen.sup.de in integ.restit.* Actionem igitur pro remedio quolibet intellexit, cùm eadem hac parte sit potestas remedij alterius cuiuslibet quæ actionis. *l.cùm à te.26. infr.eod.*

b *Dandam in manumissum de dolo actionem.* Ratio dub. Cùm minor annis 25. circumscriptus est vt seruum venderet cum peculio potest venditori sufficere actio ab empto quæ bonæ fidei est. Siquidem bonæ fidei iudiciis non tantùm exceptiones doli insunt, sed etiam actio de dolo. Ergo non est hoc casu necessaria actio de dolo. Ratio decidendi, Sententia Iuliani intelligenda est de illo casu quo nullus emptoris dolus interuenerit, vt proinde propter dolum teneri ex vendito non possit, aut de illo quo dolus quidem emptoris interuenerit, sed in hoc ipso vt circumscriptus minor vẽderet seruum quem alioqui vendere noluisset. Quo etiam casu cùm venditio ipso iure nulla sit, quia dolus dedit causam contractui non potest actioni ex empto locus esse. His ergo duobus casibus necessaria est actio de dolo quæ priore casu exercenda est contra manumissum, cuius solius consilio minor circumscriptus proponitur: posteriore verò contra emptorem si in dolo ipse fuerit; nec tamen venditio ipso iure vlla sit. Quod si ponas hoc quoque posteriore casu dolo carere emptorem, vt in priore, dicam vtroque casu dandam in manumissum actionem de dolo non ad reuocandam libertatem, quod fieri nullomodo potest, sed ad id quod interest minoris, vt indemnitas ei præstetur. At hîc rursus alia incurrit dubitandi ratio, quod actio de dolo cesset, quoties ei qui deceptus fuit succurri potest per in integrum restitutionem. *l.1.§.idem Pomponius refert supràeod.* Atqui in proposito videbatur locus esse restitutioni, cùm is qui circumscriptus fuerat minor proponeretur. Restituit enim prætor minorem circumscriptum alioqui quomodo lesum si quid minor ipse gesserit quod ei damnosum sit. *l.1. l.ait prætor.7.in pr.& pass. infr.tit.1.* sed ratio decidendi est quod contra manumissum, id est, contra libertatem restitutio in integrum nulla potest locum habere, quia nec res ipsa capit restitutionem. *l.vlt.C.si aduers.libert.l.si ex causa.9.§.vlt.infr.tit.prox.* Instabis fortasse nec de dolo contra manumissum agi posse, cùm ex iis quæ in seruitute gessit non teneatur post manumissionem. *tot. tit.C.an ser.ex suo fact. post manum. ten.l.1. C.de noxal. act.* sed respondendum est cum Accursio non habere id locum in eo serui facto per quod aut propter quod libertatem fuerit consecutus ex *l. promissæ. C. an serv.ex suo fact.post man.* & ne alioqui impunè ferat quod dolo malo libertatem sit consecutus. iung. *l.verum.11.in princip.infr.tit.prox.*

c *Vt ex empto teneri non possit.* Rectè Accursius *ex empto*, id est, ex vendito. Quæ enim venditori contra emptorem competit actio ex vendito est, ex empto autem quę emptori contra venditorem. Sed his verbis promiscuè veteres vtebantur. *l. veteres. 20. infr. de act.empt.*

d *Nullam esse venditionem.* Ratio dubitandi, Dolo extorta venditio rescindi debet. *l. si dolo. 5 C.de rescind.vendit.* Atqui non potest rescindi venditio quę ipso iure non tenet, quia quod nullum est, neque rumpi neque rescindi potest. *l. nam etsi. 5. circa prin. de inoff.rupt.& irrit.* Ergo quòd venditio extorta sit dolo malo ab eo qui in hoc ipso circumscriptus fuit vt venderet nullam venditionem facere non potest. Ratio decidendi. Venditio ipso iure nulla est, cui dolus causam dedit, quoties stetit illa in puris finibus conuentionis & venditionis. Sed si traditio secuta sit, incipit habere vires non quod traditio vlla possit transferre dominium, quam titulus venditionis aut alius non præcedat. *l. nunquam nuda. 30.de acq. rer.dom.* sed quia quod constitutum est fauore venditoris, qui in hoc ipso quod venderet circumscriptus fuit, vt venditio nulla sit ipso iure, non debet ei nocere si venditionem ipso iure stare malit (ne quod ipsius fauore constitutum est contra eum retorqueatur) quomodo mauult vtique qui ex eiusmodi venditione rem tradit, quasi venditã preciúmque accipit quorum neutrum vtique faceret, nec facere posset si venditionem ipso iure stare nollet: nec quod dolum ignorans tradidit ad rem facit. Nã sufficit vt putet venditionem valere & se obligatum esse ad rem tradendam, vt condictio impediatur. arg. *leg. cùm putarem. 36.vers.sed quanis.infr.fam. ercisc.* Maximè cùm pretium accipit ab emptore, vt proinde non possit dici rem venditam esse penes emptorem sine causa: non quia ex contractu nullo possit transferri dominium [vt malè putat Accurs. verius est enim quod Cuiac. non transferri in eoque differre à possessione. *leg. 7.§.si vir vxori. de acq. poss.*] sed quia potestas illa est traditionis quę fit à domino, & ex titulo per se habili in genere ad trãs-

ferendum dominium, licèt in specie nullus sit non ob aliquam legis prohibitionem, [illa enim etiam traditioni resisteret, vt euenit in donatione facta inter virum & vxorem] sed ob priuatam aliquam rationem, putà doli ab aduersario interpositi: quam sola tradentis voluntas vincere potest. Sed non ideo impeditur restitutio ex hoc capite edicti de dolo: quia traditio secura ex causa venditionis, licèt nullitatem venditionis tegat, dolum tamen emptoris non purgat, cui nihil tam contrarium est quàm bona fides quæ in contractu venditionis, vt & in ceteris omnibus qui bonæ fidei sunt, maximè dominatur. *d. tit. l. si dolo.* Præsertim verò si ponas ipso quoque traditionis tempore ignotum venditori fuisse dolum emptoris. Nam nec dolus esset qui occultus non esset, cùm volenti & scienti dolus non inferatur. *l. nemo videtur.* 145. *de reg. iur.* In quo notanda est elegans differentia inter dolum & metum. Dolus enim est in persona eius qui infert, metus verò in persona eius cui infertur. Vnde etiam est quod is qui vim aut metum passus fuit in venditione, si postea cessante metu rem tradat, aut quod promisit soluat non sit restituendus, quasi purgauerit prioris conuentionis vitium ex nouo contractu. *l. 21. Cod. quod met. caus.* Secus in eo est qui dolo emptoris circumscriptus est, vt rem venderet, & subinde rem tradidit. Nec enim necesse est vt in tradendo quoque dolum passus sit vt non videatur alioqui priorem dolum posteriore consensu purgasse. siquidem verendum est vt videatur purgasse dolum quem ignorauit. Et ita nodum hunc d. f. soluendum arbitror, non quo modo Accursius, ex cuius glossa cõstat non potuisse illum hinc se expedire. Nec rursum quomodo Cuiacius, qui quod scriptum est in *dict. l. si dolo.* extortam dolo malo venditionem rescindi debere, sic intelligendum putat vt quæ data & tradita sunt, reuocentur venditione & condictione sine causa, quod sanè falsum est. Nam si aut vindicatio aut condictio sine causa posset competere, non esset danda actio de dolo ad rescindendam venditionem, cùm alio remedio posset actori esse consultum. Nec vnquam datur vindicatio nisi post restitutionem. *l. in causa.* 13. *§. interdum. de minor.* Cõdictio autem multo minùs, dices, ad quid ergo prodest contractum esse ipso iure nullum? Ad hoc, inquam, vt qui vendidit & deceptus fuit, in hoc ipso vt venderet, nõn cogatur rem tradere si dolum detegat ante traditionem, ad quã tamen alioqui cogi posset. *leg. 11. l. ex empto. 11. & pass. de act empt.* Item ad hoc vt ex huiusmodi venditione actio competere nulla vnquam possit, vt probat omnium optimè hic locus, in quo tractat Vlpian. de venditoriae, cui dolus causam dederit, & ex qua traditio secuta sit serui venditi, qui postea fuerit ab emptore manumissus. Neque tamen eo minus negat emptorem teneri posse actione ex empto, quamuis non neget translatum fuisse dominium serui in emptorem. Alioqui quomodo libertatem & quidem irreuocabilem ex manumissione consequi potuisset seruus qui à non domino manumissus fuisset? Necessaria igitur est actio de dolo, nec solum in hoc casu, in quo non potest libertas quæ semel competit, reuocari, sed etsi de fundo vendito ageretur, scilicet ad rescindendam venditionem, quæ quantumuis nulla ab initio fuerit, suum tamen ex traditione secuta sumpsit effectum, & consequenter ad rescindendam traditionem. Nam etsi venditio ab initio tenuisset, secuta tamen ex vtraque parte implemento nulla, siue ex empto, siue ex vendito actio superfuisset, cuius potestate dolus vindicari potuisset. Ergo etiam illo casu necessaria actio de dolo fuisset. Scripsi in decad. 8. & 9. de error. pragmat. Solet etiam huic loco obiici quod ab eodem Vlpian. nostro scriptum est in *l. si res æstimata.* 12. *§. de iur. dot.* quasi in ea specie circumscripta fuerit mulier in hoc ipso quod dotem dederit, cùm tamen ei lex permittat vt de dote agat. Sed verba legis ostendunt non in eo fuisse circumscriptam mulierem, quod dotem, sed quod seruum in dotem dedisset, quæ res non potest facere contractum ipso iure nullum, licet in contractu, ipso non in traditione tantum, vt vult Cuiacius, dolus interuenerit. Et sanè vix est vt vlla vnquam mulier in hoc ipso circumscribatur vt dotem det, nisi fortè volebat nubere indotata. Quanquam etsi in eo quoque dolùm passa fuisset mulier, quod dotem dedisset, attamen secuta postmodum traditione, vt diximus, recessum fuisset à iure dicendi contractum nullum. Neque tamen ideo actio de dolo mulieri necessaria fuisset sufficiente iudicio de dote: quia in eo differt actio de dote ab actionibus empti & venditi, aliisque similibus, quod quamuis omnes sint bonæ fidei, illæ tamen tolluntur & finiuntur impleto ex vtraque parte contractu: At actio de dote quæ mulieri competit, nascitur ex ipso implemento. Non enim aliter potest mulier soluto matrimonio de dote agere, quàm si probet dotem à se traditam secutúmque matrimonium, quod postea fuerit dissolutum. Dotem enim traditio & numeratio, non conuentio & scriptura facit. *l. 7. Cod. de dot. caut. non numer.* Adde quod actio de dote contra maritum datur, contra quem actio de dolo dari nunquam potest propter venerationem personarum. Obiicitur deniq; huic legi quod M. Tullius lib. 3. de off. scribit de Cannio, qui in hoc ipso circumscriptus fuerat à Pythio vt hortos emeret. Cuiacius respondet fuisse deductum omne negotium in nominum obligationem, quæ stricta obligatio est. Sed ego quæro, quomodo potuit in nominum obligationem deduci emptio quæ non tenebat. Dicendum igitur est, vt in præcedentibus, secutam fuisse traditionem quæ venditionis nullitatem purgauerat, & ideo necessariam fuisse Cannio actionem de dolo, tametsi negotium in obligationem nominum deductum nõn fuisse probaretur. Non possum autem, non mirari, quòd hîc Cuiac. scribit, si ob eam causam venditio nulla sit quod dolo emptoris circumscriptus venditor seruum vẽdiderit nullam esse manumissionem quasi à non domino factam, proinde seruum à venditore ipso tanquam domino vindicari posse, & idcirco casum hunc ab Vlpiano & Iuliano hîc non tractari, sed illum quo venditio valeat, putà emptore, seruum emente bona fide ab eo quem seruus in id compulerat dolo malo. Repugnant enim quàm euidenter illa Vlpiani verba: *Hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, vt ex empto teneri non possit, aut nullam esse venditionem si in hoc ipso vt venderet circumscriptus fuit.* Quorum hîc proculdubio sensus est in ea specie in qua Iulianus scripsit dandam in manumissum de dolo actionem, necessario ponendum esse, aut carere dolo emptorem, vt ex empto contra eum agi

agi non possit, aut si ipsius quoque dolus interces-serit, talem dolum accipiendum esse qui dederit causam cõtractui nullámque venditionem fecerit, quo casu non potest sententiæ Iuliani locus esse. Non quia vt Cuiacius existimat, seruus hoc casu non sit consecutus libertatem, possítque à domino vindicari, [sequitur enim, Aduersus libertatem manumisso datam nihil posse decerni ne quidem per in integrum restitutionem, quod certè ad vtrumque casum præcedentem, maximè verò ad proximiorem referèdum est] sed quia cùm venditio ab initio nulla fuerit, non magis potest ex ea dari actio venditi contra emptorem quantumuis dolosum, quàm si venditio quidem valuisset, sed dolus emptoris nullus interuenisset. Rursum cur ob id minùs nulla erit venditio quòd emptoris dolus nullus interuenerit, si solius serui dolo malo in hoc ipso circumscriptus sit minor vt venderet? Et tamen hoc quoque casu non dubitat Vlpian. quin manumisso libertas competat, & quidem contra quam nulla dari possit restitutio. Quod igitur nulla est venditio, non facit nullam manumissionem ab emptore postea factam. Denique duo casus sunt in quibus actio ex vendito locum habere contra emptorem non potest ob dolum qui in venditione interuenerit. Primus est, si emptoris dolus nullus interuenerit quamuis emptio ab initio tenuerit. Alter huic contrarius si dolus quidem emptoris interuenerit, sed talis qui venditioni causam dederit, eámque nullam fecerit. Nam nec hoc casu actio ex vendito dari potest ad indemnitatem actori præstandam, nõ magis quàm vindicatio serui, quem dubitandum non est cùm & à venditore traditus sit & ab emptore manumissus, plenissimam & irreuocabilem libertatem consecutum fuisse, & ob eam causam solùm actionis de dolo auxilium ei contra manumissum superesse. Ponimus enim vtroque casu fuisse illum in dolo, sed posteriore participatum fuisse ab emptore dolum, priore non item. Alioqui in emptorem danda esset actio de dolo non in manumissum. Ergo quod sequitur *si in hoc ipso vt venderet circumscriptus est*, intellige siue ab ipso quoque emptore dolũ serui participante circumscriptus sit, siue à seruo tãtùm. Vtroque enim casu æquè verum est dolum dedisse causam contractui. Nec iniquum est emptori nocere dolum serui, qui ipse fuit venditus, ex cuius dolo alioqui emptor lucraretur. Nec rursus potest dari restitutio contra emptorem non magis, quàm contra manumissum, quia non est in potestate emptoris vt omnia restituat in pristinum statum, cùm datam seruo libertatem multo minus reuocare possit quando particeps doli fuit. Denique res ipsa, vt dixi, restitutionem non capit. Hinc verò etiam, nec Accursius, nec cæteri se extricare possunt.

1 ¶ Secundùm quæ, & si pœnali actione indemnitati eius a consuli possit, dicendum erit cessare de dolo actionem.

Ad §. 1. Secundùm quæ.

Rat. dubit. Pœnalis actio est odiosa, omnes enim pœnæ sunt odiosæ. *l. pen. de pœn.* nec dicuntur pœnales actiones, nisi ad differentiam earum quæ sunt rei persecutoriæ: quæ semper sunt fauorabiliores. *l. in honorariis. 35. de obl. & act.* Atqui actio de dolo est rei persecutoria. *l. 19. infr. eod.* Ergo actionem de dolo pœnalis actio impedire non debet. Rat. decid. Minus est odiosa pœnalis actio si modo non sit famosa, quàm actio famosa etiam quæ non sit pœnalis. Nec enim pœnales omnes sunt famosæ, vt neque contrà famosæ pœnales. Cùm ergo actio de dolo sit famosa, mirum non est cessare illam si comperat pœnalis, quæ tamen non sit famosa. Sic enim hic locus intelligi debet. arg. *l. si in duabus.* 104. *de reg. iur.* Itémque de pœnali actione eiusmodi quę sufficiat rei conseruandæ, id est, per quam actor tantum consequi possit, vt compensando pœnam cum eo quod sibi abest, videat nihil sibi iam abesse.

a *Indemnitati eius.* Ad quem scilicet ea res pertinet, vt scriptum est initio legis. Mutatur enim casus, vt habet secunda interpretatio Accursij, nec amplius agitur de minore.

2 ¶ Pomponius autem, etiamsi popularis actio sit, cessare de dolo ait actionem.

Ad §. 2. Pomponius autem.

R. dub. Non intelligitur esse locupletior qui popularem actionem habet. *l. pen. §. 1. de pop. act.* quia non suum sed populi ius tuetur. *l. 1. eod.* ideóque cuilibet de populo competunt populares actiones, nec cuiusquam propriæ sunt. Atqui locupletior est qui habet actionem de dolo, per quam scilicet consequi potest quanti sua interest, ac plenissimam securitatem indemnitatem. *l. 1. l. arbitrio. 19. h. t.* Ergo popularis actio facere non debet, vt cesset actio de dolo. Rat. dec. In actionibus popularibus is demum præfertur, cuius interest. *l. 3. §. 1. ill. tit.* Ergo locupletior est qui actionem popularem suo nomine tanquam de re priuata exercere potest. *l. licet. 42. De procur.* Proinde nil necesse est vt pro indemnitate consequenda quærat actionem de dolo, cùm & quilibet de populo possit actionem popularem suam & propriam facere litem contestando. *l. pen. §. 1. & l. vltim. vbi Accurs. de popul. act.* Distingue tamen cum Cuiacio populares actiones ciuiles & pecuniarias à publicis criminalibus. Ciuiles & pecuniariæ populares quę & publicę dicuntur, quale sunt ille, De albo corrupto, De sepulcro violato, De deiectis vel effusis, De apertis tabulis ante quęstionem habitam, de familia, & aliæ si quę sunt similes excludunt actionem de dolo, criminales publicę non excludunt. *l. si quis adfirmauerit. 9. in fin. infr. eod.* Nempe quia populares non sunt famosæ, publicæ verò criminales sunt famosę, nimirum si descendant ex legibus publicorum iudiciorum non aliter. *l. infamem. 7. inf. de publ. iudic.*

3 ¶ Non solùm autem si alia actio non sit, sed & si dubitetur, in alia sit, putat Labeo

de dolo dandam actionem:& adfert talem speciem : Qui seruum mihi debebat,vel ex venditione,vel ex stipulatu,venenum ei dedit,& sic eum tradidit a: vel fundum,&,dum tradit,imposuit ei seruitutem,vel ædificia diruit,arbores excidit,vel extirpauit: ait Labeo,siue cauit de dolo,siue non b dandam in eum de dolo actionem, quoniam, si cauit, dubium est c, an competat ex stipulatu actio: sed est verius d, si quidem de dolo cautum est e, cessare actionem de dolo, quoniam ex stipulatu actio: si non est cautum f, in exempto quidem actione cessat de dolo actio,quoniam est ex empto, in ex stipulatu,de dolo actio necessaria est g.

Ad §. Non solùm. 3.

Rat.dub. Cùm dubitatur quænam actio competat,solet agi præscriptis verbis quę actio in eam præcipuè rem comparata est tam quæ ciuilis quàm quæ honoraria.*leg.*1.*l.si gratuitam.*17.*& seqq.l.Titius.*24.*ad fin.& pass.de præscript.verb.* Ergo nihil necesse est ex hac causa dari actionem de dolo,cùm actio præscriptis verbis semper sit fauorabilior,vel ob idmaximè quod nunquam est famosa.

a *Et sic eum tradidit.* Hoc est,post venenum datum.

b *Siue cauit de dolo siue non cauit.* Itaque non distinguebat Labeo an de dolo cautum esset necne sicuti, nec an de actione ex empto,aut ex vendito,an de actione ex stipulatu tractaretur. Proinde dupliciter errabat,quia duplex distinctio adhibenda fuit,quam mox vtramque adhibet Vlpianus.

c *Quoniam si cauit dubium sit.* Ratio erat Labeonis, sed mala & parum digna tanto lureconsulto , cui vix vnquam dubium ius videri debeat: si modo factum sit certum & exploratum : Cùm semper ius certum sit & finitum.*l.*2.*de iur. & fact. ign.* nisi cùm facti quæstio ipsa dubia est vt *tot.tit.de reb.dub.*

d *Sed est verius.* An ergo reprobat Vlpianus propositionem Labeonis quæ habet de dolo actionem dandam esse, quoties dubitatur an alia actio sit : An verò exemplum duntaxat quod Labeo adferebat? Mihi videtur Labeonem in omnibus reprobari. Nam si in exemplo quod omnium accommodatissimum esse Labeo putabat,non potest eius sententia locum habere, vbinam gentium habere poterit? Denique vix est vt quisquam dare possit casum in quo dubitetur an actio de dolo habere locum debeat an alia. Nam quod Ioannes adferebat ex *l.seruum.*21.*§.vlt.infr.eod.* ad rem non facit, vt ibi demus.

e *Siquidem de dolo cautum est.* Ratio dubitandi, Formula hæc cautionis, dolum malum abesse abfuturúmque esse refertur ad principium stipulationis.*l nouissima.*19.*iudic.solui.* hoc est,vt Cuiacius explicat,id ea cauetur. Ab eo tempore quo inchoatur & interponitur stipulatio, dolum malum abesse abfuturúmque esse, vt proinde dolus præteritus in ea comprehendi non videatur, quod & probari putat idem Cuiacius ex.*l.infr.hoc tit.* Atqui in proposita specie dolus præteritus fuit,quia ponimus cautionẽ & stipulationem non nisi in tradendo interpositam fuisse, dolum verò ante traditionem interuenisse. Ergo non potest hoc casu ob dolum dari ex stipulatu actio.R.dec. Dolus malus qui traditionem præcessit,potest etiam stipulationis subsecutæ tempore præsens esse & durare,ideóque & huiusmodi stipulatione comprehendi. Non enim qui stipulatur, in tempore præsenti Dolum malum abesse hoc intelligit , Dolum malum antea non fuisse, & nunc primum interuenire: sed illud potius,dolum malũ hodie nullum esse,siue fuerit antea siue non. Ergo dolus etiam præteritus qui modo præsens quoque sit non origine, sed duratione huiusmodi stipulatione continebitur. Dolus sanè præteritus & qui iam præteriisset non contineretur. His enim verbis *dolum malum abesse abfuturúmque esse* præsens tantum & futurum , non etiam præteritum tempus significatur,nec obstat *d.l.penul.*quia quod ibi dicitur promissorem qui satisfederat iudicatum sõlui etiamsi absolutus sit de dolo, tamen malo teneri non sic accipiendum est , vt actione de dolo teneatur,vt malè Accurs. sed vt ex stipulatione ob hanc clausulam doli mali,sicuti docebimus ad illum locum. Porrò in proposita specie dolus malus non tantum præteritus,sed etiam præsens est,cùm seruus reddatur deterior, qui dolo malo tradentis deterior factus fuit. Proinde cùm non possit dubitari quin actio ex stipulatione hoc casu competat, non potest dari actio de dolo.*l.*1.*§.*idem & Pomponius *§.h.tit.l.ita demum.*39.*infr.de recept.qui arbit*

f *Si non est cautum.* Hic erat alius error Labeonis quòd putabat,Si de dolo cautum non esset, omnimodo dari actionem de dolo. Id enim Vlpianus quidem admittit si homo ex stipulatione debeatur, sed non similiter,si ex venditione. Hoc enim posteriore casu sufficere potest actio ex vendito ad dolũ vindicandum qui inciditin venditionem, sed non priore , quia actio ex stipulatu stricta est ac proinde talis per quam dolus vindicari non potest,nisi cùm doli clausula in stipulatione adiecta fuit.*l.si quis affirmauerit.*19.*infr.hoc tit.*

g *De dolo actio necessaria est.* Ratio dubitandi, Non videtur tradi res quæ deterior traditur.*l.*3.*§.si reddita.infr.commod.l.*1.*§.si res.infr.depos. Mœuius.* 66.*§.*1. *de leg.*2. Atqui si res tradita non esset,competeret actio ex stipulatu,ad rem tradendam. *leg.* 4.*de vsur. leg.*3.*§.*1.*de act.empt.l.si rem tradi.*28.*de verbor.obligat.* nec proinde necessaria esset actio de dolo. *dict.l.ita demum.*21.*de recept.qui arb.* Ergo neque erit necessaria cùm res deterior fuerit. Traditur autem sine dubio deterior seruus qui venenum hausit, itémque fundus cui vel seruitutes impositæ sunt,vel ædificia detracta,vel arbores excisæ , vel vineæ extirpatæ.Ratio decidendi, Separanda sunt hæc parte iudicia bonæ fidei à strictis,vt constat ex hoc *§.* In iudiciis bonę fidei debitor non liberatur qui rem deteriorem reddidit , quominus pristina actione conueniri possit : Non item si res ex iudicio stricto debebatur:quia satisfactum est stipulationi,quoties is qui promiserat rem tradi , eam tradidit quamuis deteriorem:si modò nihil iuri rei desit, id est, vt bene Cuiac. explicat, si nemo alius in ea re ius tale habeat per quod eam auocare possit. Alioqui non videtur sanè tradita res quæ sic tradita est,vt eam habere non liceat inuito altero qui habeat ius auocandi: *leg.habere licere.* 37.*de euict. leg. Stipulatio ista.* 38.*de verb.*

verb.oblig. Et ideo superest eo casu actio ex stipulatu quantumuis stricta sit. *l.etiam.*27.*de solut.leg.Iulianus.*131.*de verb.oblig.* An ergo cogetur stipulator etiam vulneratum & deteriorem seruum , qui promissus fuerat,accipere? Minimè. *leg. qui sibi.* 33. *§.*1.*de solut.*sed si acceperit hactenus, sibi nocet, vt ex stipulatu amplius agere non possit. Planè de dolo malo agere poterit si dolus tradentis interuenit , vt scriptum est in hoc *§.*

4 ¶Si seruum vsuarium proprietarius occidit: legis Aquiliæ actioni & ad exhibendum a, accidit,subiacebit, si possidens proprietarius occidit b: ideóque cessat de dolo actio.

Ad §. Si seruum vsuarium. 4.

Ratio dubit. Legis Aquiliæ actio non datur nisi domino & contra eum qui seruum alienum quadrupedémve vel pecudem iniuria occiderit *leg.*2.*l.liber homo.*13.*& pass.ad l. Aquil.* Ergo non potest vsuario contra proprietarium R.decid. Non potest quidem dari directa quæ ex verbis edicti domino soli competit: sed datur vtilis ex eadem æquitate, quia quod ad vsumfructum vel vsum pertiner,fructuarius vel vsuarius domini loco habetur,cùm eo fruẽdi vel vtendi ius habeat etiam inuito domino. *l. locum.*17.*§.fin.de vsuf.l.item Mela.*11.*§.fin.& l.seq.infr. ad l.Aquil.*

a *Et ad exhibendum.* Rat.dubit. Actio ad exhibendum præcipuè comparata est ob vindicationes rerum mobilium.*l.*1.*infr.ad exhib.* Ergo pro dominis non contra dominos.Rat.dec.Fuit quidem actio ea comparata præcipuè propter vindicationes,sed non eo minus datur etiam aliis quàm dominis. Omnibus scilicet quorum interest ex quacunque dummodo honesta causa.*l.*5.*§. sciendum.* & passim illo titulo.

b *Si possidens proprietarius occidit.* Pertinet hæc adiectio ad id quod proximè dictum est de actione ad exhibendum. Non enim ea actione alius tenetur, quàm qui possidet, vel dolo malo desiit possidere, quorum posterius verè dicitur de proprietario, qui possidens seruum vsuarium,vel proprietarium eum occidit , non etiam si eum occiderit quem eo tempore non possidebat.

5 ¶Item si seruum legatum heres ante aditam hereditatem occiderit:quoniã priùs quàm factus sit legatarij,interemptus est, cessat legis Aquil. actio. de dolo autem actio quocunque tempore eum occiderit,cessat, quia ex testamento actio competit c.

Ad §. Item si seruum. 5.

Ratio dubitandi , Hereditas quandocunque adita retro fingitur adita ex die mortis.*leg.heres quandocunque.* 49. *de acq.hered. leg.omnia.*193.*de reg.iur.* Et ideo legatum quoque fingitur ex die mortis testatoris fuisse legatarij. Vnde est quod dici solet legatum transire recta via à testatore in legatarium quasi nunquam factum heredis. *l. legatum.*80.*de leg.* 2.*l.Titio.* 64.*de fort.* Ergo etiamsi ante aditam hereditatem seruus legatus interemptus sit , perinde tamen competere debet legatario actio l. Aquiliæ, ac si post aditam interemptus esset. Ratio decidendi, Dominium rei legatæ transit recta via à testatore in legatarium sola fictione & potestate iuris , cui fictioni porro non aliter locus esse potest , quàm si res legata extet eo tempore, quo primum incipit fictio locum habere , id est , cùm aditur hereditas. Esse enim debet subiectum super quo fictio interponatur , itémque extremum à quo & extremum ad quod fictio recurrat , quorum alterum si desit, fictioni locus esse nullus potest. Ergo in proposita specie cùm seruus interemptus sit ante aditam hereditatem, nec proinde vnquam factus fuerit,legatarij actio l. Aquiliæ ei competere non potest , quæ non competit nisi domino, vt diximus ad *§.* præced. An ergo danda erit ei in heredem actio de dolo ? Minimè , quia sufficit actio ex testamento , vt sequitur in hoc *§.* Malè verò Cuiacius rationem huius *§.* illam esse putat, quod agnitio legati retrotrahatur tantùm ad tempus aditæ hereditatis , non ad id tempus quod fuit ante aditam hereditatem. Nam imò verò retrotrahitur ad tempus mortis , nec tantum si legatum fuerit purum , sed etiam quod magis est, si fuerit in diem adeóque condicionale. *leg.is cui vsu.*11.*§.heres. seruit. quemadmod. amitt. leg. Titio.* 34. *cum seqq. Ad leg. Aquil. leg. si fundam sub condicione* 105. *de condict. & demonstr.* Sed etsi admitterem retrotrahi ad tempus aditæ hereditatis duntaxat , idipsum tamen esset quod volo retrotrahi ad tempus mortis, quoniam ipsa etiam hereditatis aditio ad mortis tempus retrotrahitur. *dicta lege heres quandocunque.* Ne alioqui continuatio dominij quæ à defuncto in heredem necessario facienda est, interrumpatur & impediatur. Atque ita soleo conciliare quod Iulianus scribit in *leg. si tibi homo.* 86. *§. cur seruus. de legat.*1. Si legatarius non repulerit legatum ex die aditæ hereditatis ipsius fuisse intelligi , cum eo quod tot aliis locis scriptum est,legatum ex die mortis acquiri legatario. Etsi enim reuera aliud tempus est mortis , aliud verò aditæ hereditatis , fictio tamen iuris facit vt idem tempus esse intelligatur, quantum ad ea scilicet quæ fictionem istam recipere possunt. Multo minus verum est quod vult Cuiacius legata deferri ex die aditæ hereditatis , acquiri verò agnitione. Nam & legata pura quorum dies cedit ex die mortis vtique ex eo tempore deferuntur. Adeo vt posset is cui legatum erat per vindicationem occupare legatum non expectato herede , vt Caius refert in Institut. si modò postea quandocunque esset adita hereditas ne alioqui legata omnia simul cum testamento corruerent. *lex*

quam.14.C.de fideicom. Acquiruntur verò legata vt & fideicommissa etiam ignorantibus. *leg. filius familias.16.§.1.qui testam.fac.poss.leg.cùm pater.77.§.surdo.de leg. 2. quamuis non irrevocabiliter.* Agnitio enim legati duplex est, reuocabilis vna, quæ fit per solam legis potestatem, irreuocabilis altera quæ fit per agnitionem, de qua in *l.eis qui.13.de condic. instit.* vt alio loco scripsi.

c *Quia ex testamento actio competit.* Rat.dubit. Interitu speciei debitæ citra debitoris moram contingente debitor liberatur, nec minus si ex testamento, quàm si ex stipulatione species debeatur. *leg.si ex legati.23.de verb. oblig.* Atqui non potest in mora esse heres priusquam adierit hereditatem, quàm aditam esse necesse est priusquam de legati debito aut solutione quæri possit. *leg.si tibi homo.* 86. *§.cùm seruus de leg.1.* Imò nec sufficit aditam esse hereditatem si non præterea interpellatus sit heres, & quidem congruo loco & tempore vt solueret. *leg.mora 32.de usurp. leg. Titia Seio.* 87.§ *usuras.de leg.2.* Ergo non omnimodo competit actio ex testamento, putà si hæres institutus seruum legatum occiderit ante aditam hereditatem, aut nulla dum præcedente interpellatione. Ratio decidendi, Plus quàm in mora est heres qui seruum legatum occidit, cùm etiam in dolo sit aut saltem in culpa, verúmque sit per eum stare quominus rem legatam præstare possit. Iuris enim regula est neminem facto suo posse suam tollere obligationem. *leg.si seruum.91.§. nunc videamus.de verbor.oblig.* Obiicit tamen Accurs. quod scriptum est in *leg. repeti 5. §.vltim.quib.mod. usufr.amitt.* vbi datur electio fructuario contra proprietarium an ex testamento velit agere an de dolo. Nec quidquam habet quod bene respondeat. Sed dicendum est actioni de dolo tunc locum esse posse, cùm legati nomine fuit interposita stipulatio de qua in *tot. titul. vt legat. nom. caueat.* Illa enim nouat actionem ex testamento. *leg.si Stichum.* 8. §. 1. *de nouat. leg.cùm filius.76.§.heres meus.de leg.2.* Proinde necessaria est actio de dolo cùm actio ex stipulatu quæ stricta est, non possit sufficere. Nisi de dolo nominatim cautum & stipulatum sit. *§. non solum.§. hac leg.& l.ita demum.21.de recept. qui arbit.* Cuiacius noster dissimulat.

6 ¶ Si quadrupes tua, dolo alterius, damnum mihi dederit: quæritur, an de dolo habeam aduersus eum actionem a: & placuit mihi quod Labeo scribit si dominus quadrupedis non sit soluendo, dari debere de dolo, quamuis, si noxæ deditio sit secuta, non puto dandam, nec in id, quod excedit b.

Ad §. Si quadrupes.6.

Ratio dubitandi, Cùm quadrupes tua damnum mihi dedit, licèt alterius dolo non tuo, habeo tamen contra te actionem, de Pauperie ex edicto prætoris, *si quadrupes pauper. fecis. dic.* quia datur illa contra dominum etiam ignorantem, cùm sit noxalis, nec eo minus competit actio illa de pauperie quod dominus non sit soluendo. Ergo nullo casu possum agere de dolo contra eum, cuius dolo quadrupes tua damnum mihi dedit. Ratio decidendi, Nulla & inanis est actio, quam debitoris inopia excludit. *leg.nam is nullam. 6.supra eod.* vbi dixi.

a *De dolo actionem.* Ratio dubitandi, Competit hoc casu actio. l. Aquiliæ vel in factum. *leg.item Mela.11.§.item & cum eo.ad leg. Aquil.* ergo non de dolo. *§.proxim.supr.* Ratio decidendi, Non dolus quilibet l. Aquilia vindicatur, sed is tantùm qui fit in committendo, non in omittendo. *l. si vsusfructus.al. l.si cuius.13.§.denique consultus.de vsufruct.* & ita locus hic intelligendus est, vt bene Accurs. Dolus enim est si quis sciens & prudens patiatur inferri mihi damnum, quod prohibere possit si patiatur ob id tantum vt mihi noceat non vt sibi prosit. *l.1.§.idem aiunt.de aqu.& aq.pluu.arcend.*

b *Nec in id quod excedit.* Ratio dubitandi, Per noxæ deditionem non plus præstatur, quàm quanti est id quod deditur. §.11. *instit. de noxal. act.* Ergo in eo quod excedit, non potest noxæ deditio excludere actionem de dolo, cùm eatenus interfit actoris. Actio autem de dolo detur ad id omne quod interest agentis. *leg.arbitrio.19.infr.hoc tit.* Nec nouum est vt pluribus actionibus etiam pœnalibus de eadem re competentibus quod per vnam seruari non potuit, per aliam exigatur. *l.1.vt bonor.rapt. leg.2 de priuat. delict. l. qui seruum 34. de oblig. & act. l.inde quæritur.7.commod.* Ratio decidendi, Noxæ deditio tantum prodest ad liberandum omnimodo dominum, id est, etiam in eo quod excedit quantum si reo plenissimam indemnitatem præstaret, si quidem habet electionem ex duodecim tabularum, vt noxæ possit dedere. *leg. miles. 6. §. decem. de rei vindicat.* Ergo quemadmodum si actori dominus indemnitatem præstitisset, nulla ei de dolo actio contra dolosum superesset, ita nec supererit secuta noxæ deditione. Nec obstat quod Accurs. obiicit. ex *l.si alius. 7. quod vi aut clam.* vbi dicitur teneri dominum in ea specie, vt sua impensa opus restituat, aut patientiam restituendi præstet, ac præterea noxæ dedat. Nam vt rectè Accurs. respondet, dominus in ea specie ad duo principaliter tenebatur, scilicet ad patientiam & ad noxæ deditionem. Ideóque vnum faciendo nihilo magis ab alio liberatur. In hoc autem casu dominus non nisi ad alterutrum tenetur, nempe vt vel indemnitatem præstet, vel noxæ dedat, quamuis cum hac differentia quod indemnitatem debet iure obligationis, noxæ autem deditio non tam in obligatione est, quàm in præstatione. *dict. §. decem.*

7 ¶ Idem Labeo quærit, si compeditum seruum meum, vt fugeret, solueris, an de dolo

dolo actio danda sit: & ait Quintus apud eum notans: si non misericordia a ductus feceris, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere.

Ad §. Idem Labeo.7.

Rat. dub. Si compeditum seruum meum vt fugeret solueris, quamuis eum contrectaueris, nullũ tamen ex ea contrectatione lucrum sentis, cùm non ideo sis locupletior quòd ego sim pauperior. Atqui furtum non sit sine contrectatione, & quidem quæ facta fit lucri faciendi causa. *l.1.§.vltim.de furt.* Ergo furti actio hoc casu locum habere non potest, tametsi non misericordia ductus id feceris. Rat.dec. Lucri species est, adeóque illiciti amicos sibi parare ex alieno incommodo. *leg. si pignore. 54.§. 1. de furt.* Ego hoc etiam casu furtum fit, & furti proinde actio locum habere potest: consequenter cessat de dolo. Et sanè si fur est qui fugitiuum celat. *leg.1. de serv.fugit.* multo magis fur est qui fugitiuum soluit vt fugiat, scilicet si postea fugit. Alioqui nulla potest actio competere ei, cuius nihil interest, & cui nihil abest. Actio enim furti damnum exigit vt & lex Aquilia: & ipsa quoque in factum actio, quæ Aquiliæ subsidiaria est. *leg.si seruum. 33. ad leg.Aquil.* Sed cùm actio furti non minus sit famosa quàm actio de dolo. *l. 1.supr. de his qui not.infam.* quæro cur non possit cum actione de dolo concurrere: præsertim cùm odio furis receptum sit vt pluribus actionibus etiam contrariis teneatur. *l. vltim. vsufr.quem.cau §.sicitaque inst it.de action.* Respondendum est furti actionem non dari ad rem persequendam, sed ad pœnam. §. *ex maleficiis eod.* Nam si quis contra furem velit rem ipsam persequi, habet vindicationem, condictionem, actionem ad exhibendum, quarum omnium nulla est quæ sit famosa, quamuis ex famosa pendeant. *leg. cessat. 36. de oblig. & act.* Atqui actio de dolo rem ipsam tantùm persequitur non pœnam, vt toties diximus. Ergo non debuit dari contra furem. Sic enim fieret vt concurreret, non cum actione furti famosa, sed cum ceteris non famosis contra verba edicti. Ex quo apparet si contra furem sola furti actio competeret, & aliud nos responsuros, quia nihil impediret quominus cum famosa actione concurreret.

a *Si misericordia.* Ratio dubitandi. Laudandus magis est quàm vituperandus is qui misericordia & pietate motus aliquid fecit, & memoria humanæ conditionis *l.pen.in princip. de condit. instit. l. cùm is. 36.§.multer.de condict.indeb.* Ergo non magis in factum actione quàm de dolo ex ea causa teneri debet. Ne quod laudabiliter & piè factum est ad iniuriam, damníque occasionem trahatur. Rat.decid. Non debet quis misericordiæ laudem ex alieno incommodo captare, nec intempestiuè misericordiam exercere, vt loquitur Vlp. noster in *l.si hominem. 7. infr. depos.* Ex quo loco bene Accursius infert hunc locum de illo accipiendum esse qui non sit ex contractu obligatus. Alioqui non actione in factum subsidiaria de qua in hoc §. sed ex contractu ipso conueniendus esset, vt in *dict. l. si hominem.* Illud enim iuris naturalis præceptum, quo prohibemur ne quod nobis fieri nolumus, alteri faciamus, potentius est altero affirmatiuo quo iubemur aliis facere quod nobis fieri velimus. Prohibitoria enim omnia & negatiua magis & strictiùs quàm affirmatiua.

8 ¶ Seruus pactionis pro libertate reum domino dedit ea conditione, *vt post libertatem transferatur in eum obligatio* b: manumissus non patitur in se obligationem transferri. Pomponius scribit c, locum habere de dolo actionem: sed si per patronum stabit, quo minus obligatio transferatur, dicendum ait, patronum exceptione à reo summouendum. Ego moueor: quemadmodum de dolo actio dabitur cùm sit alia actio d? nisi fortè quis dicat: quoniam exceptione patronus summoueri potest, si agat cum reo, debere dici, quasi nulla actio sit, quæ exceptione repellitur, de dolo decernendum. Atquin patronus tunc summouetur, si nolit expromissorem ipsum manumissum accipere, expromissori planè aduersus manumissum e dari debebit de dolo: aut, si non sit soluendo expromissor f, domino dabitur.

Ad §. 8. Seruus pactionis.

Vt post libertatem transferatur in eum obligatio. Ratio dubitandi, Seruus ex iis quæ in seruitute gessit vel promisit, non tenetur post manumissionem. *l.1.& tot.tuul.Cod. an serv.ex suo fact.* tanquam qui nouus homo & alius sit. *l. seruus. 27. in fin. de adim. legat. l.si Pamphilo,10. de opt. legat. leg.qui res. 98. §. ream. de solut.* Quæ ratio fuit inducendi edicti de capite minutis, vt ad eum titulum dicemus. Et quamuis manumissus non patiatur in se obligationem transferri nihilo magis tamẽ de dolo ex ea promissione poterit conueniri. Rat. decid. Excipitur pactio quam seruus in seruitute fecit libertatis consequendæ causa. Ex illa enim dat prætor actionem in factum: ne alioqui seruus domino impunè illuserit, à quo tantum beneficium accepit. *leg. 3. Codic. ill. titul. An ser. ex suo fact.* Ergo & danda erit in manumissum actio de dolo, si dolus ipsius aliquis proponatur. Dolus autem euidens est si inter nos conuenerit, vt facerem aliquid propter quod mihi pecuniam, dares, & posteaquam feceris cesses dare, cùm neque facta condici possint, neque ipsa præsertim libertas, quæ semel competiit, reuocare. *leg. naturalis.5.§. quod si faciam.de præscript.verb.*

e *Pomponius scribit.* Cuius tamen sententiam mox reprobat Vlp. *in vers. ego moueer.*

d *Cùm sic alia actio.* Rat. dub. Nulla actio est quæ per exceptionem repellitur. nihil enim refert an quis actionem ipso iure nullam habeat an eam quę per exceptionem infirmetur. *leg. nihil interest.* 112. *de reg. iur.* Atqui actio quæ datur patrono contra ex promissorem serui, per exceptionem repellitur, vt & Pomponius ipse dicebat. Ergo non debet impedire quòminus etiam de dolo actio detur patrono contra libertum. Rat. decid. Non submouetur exceptione patronus agens cum expromissore, quem hîc Vlpian. reum pactionis vocat, nisi eo demum casu quo nolit ille manumissum ipsum expromissorem accipere, quod cùm euenit, nullus quæstioni locus relinquitur an danda sit patrono actio de dolo in libertum, qui tantum abest vt in dolo sit vt nec sit in mora, sed patronus ipse. Ergo cùm ad hunc casum non possit accommodari sententia Pomponij dantis in libertum actionem de dolo, consequens est vt euidenter falsum sit, quod Pomponius voluit dandam patrono in libertum actionem de dolo, siquidem extra superiorem casum de quo non sensit Pomponius habet omnimodo patronus actionem ex stipulatu contra expromissorem serui. Quoties autem alia actio est eáque efficax, de dolo actio locum habere non potest.

e *Expromissori planè aduersus manumissum.* Ratio dubitandi, Seruus nihil promisit expromissori suo, neque ab eo accepit libertatem sed à domino. Ergo non potest actione de dolo teneri suo expromissori qui imputare sibi debet cur expromissorem se constituerit pro eo qui neque bona neque verò personam vllam tunc temporis habebat. *l.* 3. §. *vlt. l.* 4. *de cap. minut. d. l. si Pamphilo.* 10. *de opt. legat.*

Ratio decidendi, Hic manumissus quamuis libertatem non ab expromissore, sed à suo manumissore sit consecutus, negare tamen non potest quin eam consecutus fuerit propter expromissionem, & beneficio expromissoris, qui si expromittere noluisset, id est, totam promissæ pecuniæ obligationem in se susceperet, cuius susceipiendæ incapax erat seruus, nec dominus ipse libertatem dare voluisset. Nec nisi improbè & perfidè potest manumissus expromissori suo exprobrare & obiicere factum ex quo libertatis beneficium sit ipse consecutus. *l. cùm in fundo.* 78. §. *quòd si mulier. in fi. l. eg. si extraneus.* 33. *de iur. dot.* Rectè verò Cuiacius hîc notat differre expromissorem à fideiussore ex *l. qui libertinus.* 37. *de oper. libert.* Fideiussorem obligari cum alio, expromissorem solum obligari quasi reum principalem. Eum qui dat fideiussorem non liberari à eum qui dat expromissorem, liberari. Sed quod addit ex promissione fieri nouationem, hoc verò falsum certè non perpetuum est. Nam in proposita specie quomodo potuit fieri nouatio per expromissionem, cùm seruus nullomodo esset obligatus, quippe qui nihil aliud promisisset, nisi se passurum, vbi manumissus esset vt in se obligatio transferretur. Non potuit igitur ante manumissionem vlla esse ne quidem naturalis obligatio quæ nouaretur, nec proinde vlla fieri nouatio. *l.* 1. *de nouat.* Alioqui nec post manumissionem posset libertus ex eiusmodi promissione de dolo conueniri, tanquam qui per expromissionem & nouationem ab alio factam fuisset iam ipso iure ab ea obligatione liberatus. Semel enim extincta obligatio, præsertim per nouationem, nunquam resuscitatur. *d. l. qui res* 98. §. *arcam. de solut.* Illud sanè verum est libertum hunc nihil in seruitute patrono suo promisisse, quia si promisisset vtique post manumissionem teneretur, & conueniri ex ea promissione posset. *d. l.* 3. *Cod. an serui pro suo fact.* Nec proinde posset patronus exercere actionem de dolo contra libertum, neque si expromissor soluendo non esset: Eadem, scilicet ratione, qua hîc vtitur Vlpianus aduersus Pomponium quòd alia actio competeret, adeóque quod magis est, contra libertum ipsum. Nam in specie quam Pomponius tractauit nulla in libertum competit actio, sed tantum in expromissorem. Idque vnum certè fuit quod Pomponium fefellit existimantem sufficere ad dandam in dolo sum actionem de dolo, vt in eum ipsum nulla alia actio competat, nec animaduertentem illud etiam requiri vt nec ab alio vllo indemnis seruari actor possit.

f *Aut si non sit soluendo expromissor.* Ratio dubitandi, Expromissor etiamsi soluendo non sit nihilominus potest conueniri in solidum, nec vllam habet exceptionem qua possit agentem submouere. Neque enim paupertas debitoris vllam ei exceptionem acquirit, nisi vel bonis cesserit, vel sit ex iis personis quæ non nisi in quantum facere possunt, conueniuntur. Quorum neutrum in proposita specie interuenit. Ergo nihilomagis danda est patrono in manumissum actio de dolo cùm perinde habeat actionem in expromissorem.

Ratio decidendi, inanis est actio quam debitoris inopia excludit. Prætor autem cum actionem de dolo proposuit sub ea exceptione, *si alia actio non sit* de ea actione intellexerit, quæ effectum habere & vtilitatem adferre actori posset. *l. prax. sup.* vbi dixi.

9 ¶ Si dolo procurator passus sit vincere aduersarium meum, vt absolueretur: an de dolo mihi actio aduersus eum, qui vicit, competat, potest quæri. & puto non competere, si paratus sit reus transferre iudicium sub exceptione hac, *si collusum est* g, alioquin de dolo actio erit danda h, scilicet si cum procuratore agi non possit, quia non esset soluendo.

§. 9. *Si dolo.*

Ad §. Si dolo malo.

Ratio dubitandi, Cùm procurator actoris passus est reum vincere vt absolueretur, licèt dolo malo id fecerit, nec sit soluendo, verum tamen est iudicium nullum superesse, cùm per rem iudicatam finem acceperit. *l. singulis.* 6. *& pass. de exceptio. rei iudic. l.* 1. *& de iureiur an.* Ergo sera est oblatio rei qui absolutus fuit, si paratum se dicat transferre in se iudicium quod nullum amplius est. Prius enim est vt iudicium aliquod sit quàm vt transferri possit. Præsertim verò cùm per iudicatum fiat nouatio, *leg. vltim. vers. si enim nouatur. Cod. de vsuris rei iudicatæ.* Omnimodo igitur danda est actori contra reum actio de dolo, nimirum si procurator actoris soluendo non sit, ideóque, nec conueniri cum effectu possit, vt hîc subiicit Vlpianus. Alioqui nulla ratio aut necessitas subest dandæ huius actionis domino qui procuratorem suum obstrictum habet actione mandati. *leg. si procuratorem.* 8. §. *primo. mandat.* Ratio decidendi, Res iudicata parit quidem exceptionem rei qui vicit, sed ita demum si velit, non etiam si ex aliqua causa paratus sit pati vt ex integro secum agatur fortasse vt in hac specie metu actionis famosæ de dolo, quæ alioqui contra eum institueretur, cùm actio in prius iudicium deducta famosa non esset. Euidenter enim iniquum est rem iudicatam ei nocere pro quo iudicatum sit, *leg euidenter.* 16. *de exceptione rei iudicatæ.* & cogi quem, vti re pro se iudicata, si malit negligere iudicatum. *leg. si iudex circumuento.* 41. *infra titulo proximo.* Non est igitur hoc casu necessaria de dolo actio, cùm reus paratus est iudicium in se transferre, quamuis addat conditionem illam, *si collusum sit.* Nec enim huiusmodi conditio actorem onerat, qui nec de dolo posset agere, nisi probata collusione ex qua dolus inducitur. Siquidem non sicut dolus potest esse sine collusione, ita collusio potest esse sine dolo.

g *Si collusum sit.* Ratio dubitandi, Is qui corrumpit aduersarium litem amittit, non minùs quàm qui corrumpit iudicem, siue ea lis sit priuata siue publica, siue fiscalis ex constitutione Antonini, quæ extat in lege prima. *Cod. de pœna iudicis qui malè iudicauit.* & de qua in *lege prima.* §. *sed & constitutio. supra de calumniatoribus.* Ergo nullus quæstioni locus relinquitur, An in eum danda sit actio de dolo, qui nullum ex dolo suo lucrum aliud sensit, nisi quod litem suam perdidit. Ratio decidendi, Constitutio pertinet ad rem nondum iudicatam; in hac autem specie res iudicata est. Et ita bene hîc Cuiac. Intempestiuum enim est quærere post rem iudicatam, vtrum litem suam perdiderit aut perdere debuerit is qui vicit. Cætera quæ pertinent ad sententiam *dict.* §. *sed & constitutio.* explicauimus ad eum locum; & longè aliter quàm hîc Cuiacius. An melius, alij viderint.

g *De dolo actio erit danda.*) Ratio dubitandi, Potest actor qui victus fuit, agere pristina actione, & si excipiatur de re iudicatâ replicare de dolo malo. *leg. seruus.* 20. §. *primo. leg. cùm à te.* 26. *infra hoc titulo.* Atqui non est locus actioni de dolo, cùm alio modo succurri actori potest. hac lege in principio. Ergo in hac specie de dolo agi non potest. Ratio decidendi, Multum interest an deceptus sit aduersarij dolo ille ipse qui condemnatus fuit, an alius. Vtroque quidem casu potest victus causam ex integro agere, quia res iudicata non extinguit actionem ipso iure. Sed priore si obiiciatur exceptio rei iudicatæ, potest habere doli replicationem, nec indiget actione de dolo, quam proinde exercere non potest. Iniquum enim esset exceptionem rei iudicatæ nocere ei qui non esset condemnatus, si ab aduersario dolum passus non fuisset. Ne alioqui non tam res iudicata ei noceat quàm aduersarij dolus. Posteriore verò casu non potest contra exceptionem rei iudicatæ obiici replicatio doli, cùm deceptus non sit ille ipse qui condemnatus fuit. Hoc verò euenit in specie huius paragraphi, cùm procurator meus dolo malo passus est aduersarium meum vincere vt absolueretur. Ille enim condemnatus fuit, non ego. *leg. si procurator.* 9. *de doli mali exceptione.* Neque tamen dici potest fuisse illum deceptum ab aduersario meo, cum quo dolum ipse participauit vt ego ab vtroque deciperer. Proinde non aliud auxilium mihi superesse potest quàm in actione mandati contra procuratorem, si is soluendo sit; aut in actione de dolo contra victorem si procurator meus soluendo non sit, ita vt non nisi frustra aduersus eum sim acturus. Accursius noster mirum in modum se torquet vt ἀντιφωνίαν istam dissoluat, nec quidquam proficit, vt ex eius glossa perspicere quiuis potest. Cuiacius verò non felicior vt se euoluat, multa comminiscitur, eáque absurdè. Et illud in primis quod ait in contrariis legibus tractari de reo qui non recusat denuo iudicium suscipere. An non enim recusat quantum potest is qui aduersus agentem pristina actione obiicit exceptionem rei iudicatæ? Item quod addit, Reum absolutum posse semper recusare ne contra se iterum agatur pristina actione, vbi constat rem iudicatam esse. Etsi enim verum est quod ille adfert, Iudicem ius facere, &, rem iudicatam pro veritate haberi, id tamen non ad aliud pertinet, quàm ad exceptionem rei iudicatæ inducendam. Quo solo exceptionis nomine satis oftenditur superesse actionem ipso iure, quæ per exceptionem sit elidenda. Alioqui, quomodo exceptioni locus esse posset? Nec quod per iudicatum dicatur fieri nouatio, ad rem facit. Id enim hunc sensum habet vt ex iudicato non pristina actione agere debeat is qui vicit, non quasi pristina actio sit sublata ipso iure, sed quia non potest exerceri, quin summoueatur per exceptionem rei iudicatæ, tum quoque cùm is vicit qui agit, ita vt sit ei necessaria replicatio *de re secundùm se iudicata. l. si à te.* 9 §. 1. *de exceptione rei iudic.* nec alioqui prosit exceptio rei iudicatæ ei contra quem iudicatum est contra *l. euidenter.* 16. *eod.* Non malè porro quis dixerit sublatam esse actionem, quæ posset per exceptionem submoueri. §. *prox. supra. & l. lecta.* 40. *de reb. cred.* Cæterùm non esse sublatam ipso iure ex eo quoque apparet quod actiones omnes cùm sint iuris non nisi certis & legitimis modis extingui possunt inter quos nemo dixerit esse rem iudicatam vt nec

alius quàm Tribonianus dixit vſpiam per iudicatum fieri nouationem quod ille ſcripſit in *d. l. vlt. verſ. ſi enim nouatur. C. de vſur. rei iudic.* Nam quod eodem ferè ſenſu ſub Marciani nomine legimus in *l. ſi fiendus. 16. §. ſi pluris de pignor.* eiuſdem Triboniani eſt vt alio loco probaui. Sed illud omnium abſurdiſſimum eſt quod addit vir doctiſſimus non eſſe neceſſariam exceptionem rei iudicatæ niſi cùm ambigitur an iudicatum ſit. Nam imò verò nunquam ei exceptioni locus eſt niſi cum liquidò conſtat & iudicatum fuiſſe & de eadem re, & ex eadem cauſa petendi & inter eaſdem perſonas. *l. cùm quæritur. 12. & ſeq. de except. rei iud.* Cur enim prætor denegaret actionem, cùm tam multa poſſint accidere quæ faciant ne exceptioni rei iudicatæ locus eſſe poſſit quantumcunque conſtet rem iudicatam eſſe? Quare nec quidquam mouet quod ille obiicit ex *l. nam poſteaquam 9. de. iureiur.* Vbi de iureiurando agitur non de re iudicata. Maiorem enim auctoritatem habet iuſiurandum quàm res iudicata. *l. 2. eod.* Nec tamen poteſt tollere actionem ipſo iure. Alioqui non eſſet quod de danda vel deneganda actione tractari oporteret aut de obiicienda exceptione. Cur ergo actionem ipſo iure perimet res iudicata? Cuiacium fefellit illud ipſum quod Accurſium. Credidit vterque in *d. l. ſeruus. 21. & in d. l. cùm à te.* ideo ceſſare actionem de dolo quòd actione priſtina ex integro agi potuerit cùm è contrario non propter ſaluum ius veteris actionis inſtituendæ, ſed propter nouum auxilium replicationis doli actionem de dolo excludi Paulus velit. Nec enim actor qui victor fuit, ob id ſeruatur indemnis quòd cauſam ex integro agere & repetere poſſit. (quandoquidem ſi aliud nihil eſſet inutilis ei foret actio quæ per exceptionem rei iudicatæ ſubmoueretur,) ſed quia exceptionem illam rei iudicatæ quæ actionem veterem per ſe inutilem faceret replicatio doli elidit. Auxilium igitur non in actione eſt, ſed in replicatione cui cùm nullus poſſit locus eſſe in ſpecie huiuis §. propter eam rationem quam attulimus, neque rurſus in vetere actione, quia licèt competat, tamen eliditur per exceptionem rei iudicatæ: illud omnino conſequens fit quod Vlpianus concludit vt domino qui per procuratoris ſui & aduerſarij colluſionem victus fuit procuratore ipſo condemnato neceſſaria omnino ſit actio De dolo.

10 ¶ Idem Pomponius refert, Cæcidianum prætorem non dediſſe de dolo actionem aduerſus eum, qui adfirmauerat *idoneum eſſe eum, cui mutua pecunia dabatur.* quod verum eſt: nam niſi ex magna & euidenti calliditate, non debet de dolo actio dari.

Ad §. 10. Idem Pomponius.

Rat. dub. Quia affirmauit aliquem idoneum eſſe cùm non ſit idoneus is vtique decipit quem ſolicitat impellit vt debitori non idoneo mutuam pecuniam credat cui alioquin non eſſet crediturus. Sic enim neceſſario hic locus accipi debet vt & in *l. 5. §. Sed & cùm fullo. de inſtit. act. l. ſi verò 12. §. ſi quis mandauerit, mandat.* iunct. *l. ſi quis adfirmauerit. 9. infr. hoc tit.* Ergo teneri debet actione de dolo ſi neque mandati neque alia vlla dari poſſit. Rat. dec. Non datur quidem actio de dolo ſi alia actio ſit, ſed non è contrario ſtatim atque certum eſt nullam actionem aliam competere conſequens fit dandam eſſe actionem de dolo. Prius enim eſt vt dolus interuenerit qui porro nonniſi ex magna & euidenti calliditate inducitur nec niſi ex perſpicuis inſidiis probatur. *l. 5. dolum. 5. C. h. tit.* Fieri autem facile poteſt vt quis alium idoneum eſſe adfirmauerit quem idoneum eſſe putabat in eóque deceptus ipſe ſit potius quàm decipiendi animum habuerit. Non tam igitur inſpiciendum eſt, an is cui adfirmatum fuit reipſa deceptus ſit quàm vtrum is qui adfirmauit decipiendi animum habuerit vt in *l. ſeq.* Dolus enim ex perſona eius qui infert, non eius cui infertur æſtimandus eſt.

8. GAIVS lib. 4. ad Edictum Prouinciale.

QVod ſi, cùm ſcires eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmaſti mihi idoneum eſſe: meritò aduerſus te, cùm mei decipiendi gratia alium falsò laudaſti, de dolo iudicium [b] dandum eſt.

Ad l. Quod ſi, cùm ſcires. 8.

Rat. dub. Is qui alium idoneum adfirmauit cùm non eſſet idoneus & de cuius facultatibus dubitabat creditor non aliter cum eo contracturus, vicem fideiuſſoris ſuſtinet. *l. 4. §. vlt. de fideiuſſ. tutor.* Atqui fideiuſſor tenetur ex ſtipulatione ſiue expreſſa ſiue tacita. *l. 5. §. ſatis accepto. De verb. obl. l. blanditus. 12. C. de fideiuſſ.* Ergo etiam ſi quis mei decipiēdi gratia alium falsò laudauerit quem idoneum adfirmauit, non debet tamen De dolo actio mihi dari cùm ali poſſit competere. Rat. dec. Speciale eſt in eo qui tutorem idoneum adfirmat vt fideiuſſoris vicem ſuſtineat. Idque duplicis fauore comparatum eſt, & pupillorum vt habeant quem pro tutoris minus idonei adminiſtratione conuenire poſſint & magiſtratuum ne ſubſidiaria in factū actione tam facilè teneantur ex tit. de magiſt. conuen. Extra hāc cauſam nemo ex huiuſmodi adfirmatione quaſi fideiuſſor cōuenitur. Ergo quaſi doloſus & actione de dolo conueniēdus eſt ſi dolus interuenerit. Dolus vix eſt ſine mendacio, ſed mendaciū poteſt eſſe ſine dolo.

a *Lucri tui gratia.*] Rat. dub. In actione de dolo de hoc tantùm quærimus an aliquid dolo malo factum ſit à doloſo. nū etiam lucri ſui gratia fecerit. *l. prox. §. ſi quadrupes. & ſeq. §. eod.* Ergo ſuperuacua hæc actio eſt. R. dec. non requirimus in actione De dolo quod in actione furti vt quis lucri ſui cauſa aliquid fecerit, ſed tamen longè facilior & probabilior doli præſumptio eſt contra eum qui probatur lucri ſui gratia potuiſſe inuitari ad dolum committendum. In omnibus enim negotiis, ſed tum maximè cùm obſcurum eſt quis aut qua mente quid fecerit, vetus illud verbum reſpiciendum eſt *cui bono?*

b *De dolo iudicium.* R. dub. Videtur ex hac cauſa competere actio furti, vel in factum. *l. ſi is qui rem pignor. 66. §. ſi tu Titium. de furt.* Ergo non De dolo. R. dec. In ſpecie *d. §. ſi tu.* competit actio furti vel in factum non propter laudationem, ſed quia tu alium laudaſti & alium adduxiſti, quem ego putabam eſſe illum ipſum qui à te laudatus fuerat, vt benè hic Cuiacius.

9. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

SI quis adfirmauit minimam eſſe hereditatem, & ita eam ab herede emit: non eſt de dolo actio, cùm ex vendito ſufficiat. ¶ Si autem mihi perſuaſeris [a], vt repudiem hereditatem, quaſi minus ſoluendo ſit: vel vt optem ſeruum [b], quaſi melior eo in familia non ſit, dico de dolo dandam, ſi callidè [c] hoc feceris.

Ad l. Si quis adfirmauerit 9.

Rat. dub. Cùm quis adfirmat minimam eſſe hereditatem, & ſic eam ab herede emit, non alium fert fructum ſui doli quàm vt decipiat venditorem in precio. Quo enim minor eſt hereditas quæ venditur, eo minore precio emitur. Atqui in emptione & venditione licet contrahentibus naturaliter in precio ſe decipere. *l. in cauſa. 16. §. idem Pomponius. de minor. leg. item ſi. 22. §. vlt. locat. leg. ſi voluntate. §. C. de reſcind. vend.* Ergo non poteſt ex hac cauſa locum habere actio ex vendito non magis quàm de dolo. Rat. dec. Licet contrahentibus ſe decipere in pretio, ſed ita tamen vt ea deceptio ſit in precio tātùm, non etiam in perſona: id eſt, vt nullius intereſſet dolus perſonarum, vt conſtat ex *l. & ideò. 23. locat.* Nunquam enim contractus bonæ fidei dolum pati poteſt. *l. ſi dolo. 5. C. de reſcind. vend.* Et idcirco poteſt & debet vindicari dolus æquitate ipſius iudicij & actione ex ipſo contractu. Quæ res facit vt actio de dolo non poſſit eſſe neceſſaria nec proinde danda. Scilicet ſi dolus non dederit cauſam contractui, Alioquin neque véditio tenet ipſo iure neque actio proinde ex vendito, ſed De dolo neceſſariò agendum eſt, vt dixi ad *l. 7. ſupra eod.*

a *Si autem mihi perſuaſeris.* Rat. dub. Poteſt fieri vt quis hereditatem quamuis opulentam merito & vtiliter repudiet nec decipiatur, cùm variæ ſint cauſæ ex quibus poteſt vel prudentiſſimus quiſque hereditatem repudiare. *l. 4. ad SC. Trebell. leg. ſi in teſtamento 22. in fin. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam.* Ergo quamuis mihi perſuaſeris vt repudiem hereditatem quaſi minus ſoluendo ſit, non tamen bona conſecutio eſt, vt ob id ſtatim & omnimodo teneri debeas de dolo. Quid enim ſi adeo ſim aut timidus aut negligens, vt etiam opulentam hereditatem fuerim repudiaturus metu fortaſſis onerum hereditariorum & latentis æris alieni? R. dec. Locus hic intelligendus eſt de eo qui non fuerat repudiaturus hereditatem ſi nō ei perſuaſum fuiſſet damnoſam illam eſſe. Erit autem aperta huius doli probatio, ſi is qui poſtea heres extiterit aut tanquam agnatus proximus, aut tāquam ſubſtitutus cùm ſoluendo ſit hereditas quæ inuenit heredem. *leg. libertus. 36. de bon. libert.* ſicut & quæ inuenit emptorem. *l. 3. ad Te. Falcid.* Sed ſi alius quàm qui perſuaſit, hereditatem illam adierit, exactior probatio requiretur. Nec enim damnoſa hereditas poteſt fieri opulenta ob ſolam leuitatem heredis temerè adeuntis niſi in præiudicium illius ipſius qui adit. *l. quæ dotis. 33. ſolut. matr.*

b *Vel vt optem ſeruum.* Rat. dub. qui deceptus fuit in optando iterum optare poteſt. *l. 4. & 5. de op. libert.* Ergo non poteſt habere actionem De dolo. Rat. dec. qui deceptus fuit ob non exhibitos omnes ſeruos, ex quibus optio fieri debuit, iterum optare poteſt; quia nec optaſſe videri poteſt ex omnibus qui non omnes vidit. Sed ſi omnes exhibiti fuerunt neceſſaria eſt actio de dolo, quia totum ius optandi vnico eóque primo actu optionis cōſumitur: quoniam actus legitimus eſt. *leg. actus legitimi. 77. de regul. iur.* Actus enim legitimi nunquam repetuntur ne actum agere lex videatur. *leg. ſerui electione. 5. de legat. 1.*

c *Si callidè hoc feceris.* Poteſt enim hoc fieri etiam ſine dolo malo, vt & in ſpecie. *leg. prox. ſupra eod.*

1 ¶ Item ſi tabulæ teſtamenti, ne de inofficioſo dicerētur, diu ſuppreſſæ ſint, mox mortuo filio prolatæ: heredes filij aduerſus eos, qui ſuppreſſerunt, & lege Cornelia, & de dolo dposſe experiri.

§. 1. Item ſi tabulæ.

R. dub. Solet per integrum reſtitutionem ſuccurri heredi eius qui morte præuentus amiſit ius ſuum, ſi modò nihil defuncto potuit imputari, quāuis ipſi defuncto nunquam competierit, quandiu vixit ius petendæ reſtitutionis, vt in ſpecie: *l. Pannonius Anitus. 86. de vulg. & pupill. heredi.* Semper enim dignus eſt auxilio is cui nihil imputari poteſt. *l. 9. C. de inoff. teſtam.* & qui alioqui ex alieno dolo damnum ſentiret, præſertim cùm non valenti agere non currat præſcriptio. *l. 1. §. vlt. C. de annal. except. l. cum ſer. 55. De ædil. edict.* Atqui non potuit hic filius conqueri de inofficioſo, nec præparare querelam non viſis teſtamenti tabulis quas ponimus, quandiu is vixit, ſuppreſſas fuiſſe dolo malo & ob hoc ipſum ne de inofficioſo ageretur. Ergo quod deceſſerit ante præparatam querelam non debet heredi eius nocere. Rat. dec. Querela inofficioſi non præparata non tranſmittitur. *leg. 6. §. vlt. leg. 7. & 8. in pr. de inoff. teſtam.* quia eſt odioſa cùm per eam reſcindatur iudicia defuncti quaſi hominis dementis & inſani. *l. 2. & 3. eod.* quia tamen dignus eſt filius cui nihil poteſt imputari, vt eius heredi ſuccurratur, dabitur heredi aduerſus eos qui tabulas ſuppreſſerunt, duplex actio, vna ciuilis de dolo, altera criminalis ex *l. Cornelia de falſis.* Hodie ex Iuſtiniani conſtitutione querelā etiam non præparata tranſmittitur à deſcendente in deſcendentes. *l. ſi quis filium. 34. l. ſancimus. 36. §. fin. de inoff. teſtam.*

d *Et lege Cornelia & de dolo.*) Rat. dub. Actio de dolo non competit quoties alia locum habere poteſt. *l. 1. §. 1. l. 7. in pr. ſupra.* Atqui in propoſita ſpecie actio ex l. Cornelia locū habet: ergo de dolo agi nō poteſt. R. dec. Non poteſt actio de dolo cum alia actione ciuili non famoſa cōcurrere, ſed cum alia famoſa poteſt, multo magis cum alia criminali, quia ciuilis actio nunquam criminali præiudicat quominus vtraque poſſit exerceri nec altera per alteram conſumatur. *leg. vn. C. quand. ciuil. act. crim. præiud.*

Sed & interdictum de tabulis exhibendis solet ex hac causa locum habere, sed ante non post prolatas tabulas. *l. 3. §. si quis dolo. de tab. exhib.* quæ tamen hic fuerant prolatæ. Cur ergo non habet in proposito locum actio furti? An quia non lucrifaciendi animo tabulæ suppressæ sunt, sed vt verum non appareret? Ita Cuiacius, quod non probo. Sic enim sequeretur non fore locum huic §. si tabulas suppressisset ille qui aut ex testamento aut ab intestato succedere potuisset. Malo itaque dicere cum Vlpiano in *l. si gratuitam. 17. §. vlt. de præscript. verb.* quia eius rei nomine cuius quis possessionem nunquam habuit neque dominium, agere furti non potest.

2 ¶ Labeo libro trigesimo septimo posteriorum scribit: Si oleum tuum, quasi suum, defendat Titius, & tu hoc oleum deposueris apud Seium, vt is hoc venderet, & pretium seruaret, donec inter vos diiudicetur, cuius oleum esset, neque Titius velit iudicium accipere, quoniam neque mandati, neque sequestraria Seium conuenire potes, nondum impleta conditione depositionis, de dolo aduersus Titium agendum. Sed Pomponius libro vicesimo septimo, posse cum sequestre præscriptis verbis actione agi: vel, si is soluendo non sit, cum Titio de dolo, quæ distinctio vera esse videtur.

Ad §. Labeo. 2.

Rat. dub. Si oleum tuum quasi suum sibi adferat Titius, & tu hoc oleum deposueris apud Seium vt is hoc venderet & pretium seruaret donec inter vos diiudicetur, cuius sit oleum, postea verò Titius nolit iudicium accipere, nulla tibi actio competit contra Seium. Si qua enim competeret, esset illa aut mandati aut depositi. Non mandati. An quia gratuitum non fuerit vt diuinat Accurs. aut quod in mandantis gratiam factam vt vult Baldus? Minimè, sed quia cuiusque contractus initium causa & origo inspici debet. *l. si procuratorem. 8. infr. mandat. l. 1. §. quod si rem. & seq. §. si seruus deposuit. infr. mandat. l. si id quod. 58. §. filiusfamilias. pro socio.* Primus autem contractus hic depositi fuit non mandati. Rursus nec depositi in proposita specie agi potest, quia suam legem ab initio habuit depositum vt Seius oleum venderet ac pecuniam seruaret donec inter vos diiudicaretur, cuius oleum esset. Quæ conditio & lex depositi sicut immutari non potest nisi consentientibus omnibus quorum potest interesse *l. vero procuratori. 12. §. pen. de solu.* Ita non potest impleri & existere si Titius iudicium accipere nolit, siquidem non nisi accepto iudicio iudicari res potest. Prius enim est vt sit iudicium quàm vt sit iudicatum. Indeque est quod litis contestatio dicitur extremum iurisdictionis vt docuimus ad *l. vn. supr. si quis ius dic. non obtemp.* Et tamen in dolo euidēter est Titius qui iudicium ideo accipere detrectat ne depositi iex & condicio committatur. Ergo contra eum necessaria ast actio de dolo. Atque ita Labeo ratiocinabatur. Rat. dec. potest cum sequestre præscriptis verbis actione agi etiam ante impletam depositi condicionem. Nec enim æquum esset retineri oleum in perpetuum à Seio si propter Titij contumaciam res nunquam iudicaretur. Obligatus autem esset Seius ad oleum reddendum non quia in depositum accepisset, sed quia simpliciter accepisset. Sublata enim causa depositi propter nondum impletam legem & condicionem depositio dictam, supereſt adhuc causa illa obligandi Titij ad restitutionem olei quod accepit ille oleum vt quandoque redderet non vt semper sibi retineret. Cúmque ea obligatio ex contractu nascatur & ex negotio gesto habente συναλλαγμα, quamuis non possit dici quodnam genus contractus sit aut cuius nominis actio, nihil necesse est confugere ad actionem De dolo, siquidem in id potissimum comparatæ sunt actiones præscriptis verbis vt darentur ex contractibus innominatis & quoties dubitaretur quidnam contractus esset aut quænam actio ex eo competeret, quia plura sunt negotia quàm vocabula, *leg. quia actionum. 11. l. quoties. 21. de præscript. verb.* Nec aliud esset etiamsi ambo deposuissent: in eóque errat Accurs. Nam non eo magis sequestraria actione posses agere contra Seium ante impletam legem sequestrationis. Eadem enim ratio in vtraque depositi specie locum habet. Imò verò depositum in hac specie ab vtroque, id est, tam à Titio quàm à te factum esse, aut saltem ex vtriusq. voluntate ex eo apparet quòd alioqui nulla esset ratio dandæ tibi contra Titium actionis de dolo, tametsi Seius soluendo non esset. Tibi enim potius imputare deberes quod ea lege & condicione deposuisses. quod non similiter potest tibi imputari cùm eam legem dixisti conscio & ita vidente Titio qui aliter non fuerat consensurus depositioni eius rei quam suam esse contendebat. In eóque dolus Titij versatur quòd legem, quam deposito dici voluit, impleri prohibet iudicium detrectando. Quare nec necesse est cum Accursio comminisci sequestrem aliquid accepisse nec gratuitum depositum fuisse. Neque rursus illud verum est quod idem Accurs. somniat fore vt si Titium vicisses, habere contra eum deberes actionem præscriptis verbis ex *l. si gratuitam. 17. al. l. si rem. §. si quis sponsionis. de præscript. verb.* Nam imò haberes actionem depositi cum qua actio præscriptis verbis concurrere nunquam potest, vt neque cum alia nominata. Nec simile est species de qua in *d. §. si quis sponsionis.* vbi de deposito verbum nullum. Planè si Seius soluendo non sit agendum erit de dolo contra Titium perinde ac si nulla in Seium actio competeret. *l. 6. supr. eodem.*

3 ¶ Et, si seruum pigneratum noxæ mihi dederis per iudicem, & ita absolutus de dolo teneris, si apparuerit esse eum pignori datum.

Ad §. 3. Et si seruum.

Rat. dub. Qui hominem pigneratum sciens noxæ dedidit, tenetur priſtina actione quasi non dedisset vt &

vt & cum in eo seruo vsusfructus alienus *esset l. 4. §. vltim. de re iudicat. l. si hominem. 69. de solut.* Ergo non potes teneri de dolo, etiamsi apparuerit eum seruum pignori datum fuisse. R. dec. Multum interest, an post condemnationem noxæ dederis seruum pigneratum, vt in dictis ll. an verò ante absolutionem, vt in hoc §. Cùm enim absolutio sequitur noxæ deditionem, auctoritas rei iudicatæ facit non vt priſtina actione non possit agi, sed vt non possit cum effectu agi propter exceptionem rei iudicatæ, quæ actionem sine dubio elidet, nec elidetur ipsa per replicationem doli, quia non in iudicatō extorquendo dolus admissus est, sed in noxæ deditione, quæ tamen etiam præsente & approbante iudice facta proponebatur. Necessaria igitur est actio de dolo quæ non vereatur exceptionem rei iudicatæ, cùm alia sit futura actio & alia causa petendi. *l. cum quæritur. 12. & seqq. de except. rei iud.* Hic etiam Accursius noster hæsitat, nec minus ceteri, & ipse etiam Cuiacius qui putat non alia ratione dari actionem de dolo in hac specie, quàm quia nulla sit actio iudicati in eum qui sit absolutus. Quasi non possit supereſſe vetus actio quam idem ille existimat ipso iure extinctam esse per iudicatum, memor scilicet sui illius erroris quem nos refutauimus ad *l. 7. §. pen. sup. eod.* Cùm ergo verum sit quod nos volumus supereſſe veterē actionem etiam post iudicatum quærenda ratio est ab alio quàm à Cuiacio cur necessaria sit actio de dolo. Nec sanè alia potest adferri, quàm quæ à nobis allata fuit, ex qua apparet facilius esse vt detur actio de dolo quàm replicatio doli aduersus debitorem absolutum. Illud non improbo quod idem Cuiacius notat in illis verbis *si apparuerit cum esse pignori datum* pro *esse* legendum potius *fuisse*. Ignorantis enim dolus nullus esse vnquam potest.

4 ¶ Hæc de dolo actio noxalis erit: ideo Labeo quoque libro trigesimo prætoris peregrini scribit de dolo actionem serui nomine, interdum de peculio, interdum noxalem dari. nam si cares est, in quam dolus commissus est, ex qua de peculio daretur actio, & nunc in peculio dandam: sin verò ea sit, ex qua noxalis: hoc quoque noxale futurum.

Ad §. 4. Hæc de dolo.

Rat. dub. Ex contractib. serui tenetur dominus actione ex ipso contractu & quidem de peculio. *l. 3. §. si filiofamilias commod. l. in bonæ fidei. 35. de pecul. l. 1. §. filiumfamilias depos.* Ergo neque ex serui contractu competere potest actio de dolo, neque rursum noxalis esse, si quando detur ex contractu serui. Nunquam enim competit noxalis ex negotio gesto. *l. 11. §. rursum seruus. de his qui deiec. vel effud. l. ex contractibus. 49. de oblig. & act.* Ratio decidēdi, Actio de dolo non datur regulariter in dominum ob dolum serui, nisi ex delicto & cùm dolus extra causam contractus intervenit. Ex delicto autem serui dominus tenetur noxali actione. Itémq. si delictum nullum sit serui, dum ne vllum sit cum eo gestum negotium, vt in exemplo quod adfert Cuiac. si seruus tuus dolo malo mihi persuaserit, vt hereditatem alioqui opulentam repudiarem. Sed & distinguendum est ex qua causa competat hæc de dolo actio. Nam si in ea re dolus commissus est, ex qua de peculio daretur actio si alia actio competeret quàm de dolo, dabitur etiam actio de dolo in peculium. Sin verò in ea re ex qua noxalis actio competeret, noxale quoque erit iudicium De dolo. Sed quisnam potest esse casus in quo actio de dolo non sit noxalis & competat in peculium? Accursius duos proponit, Cuiacius nullum. Prior allatus ab Accursio est si dolus serui dederit causam contractui bonæ fidei, vt proinde actio ex eo contractu qui ipso iure nullus sit, supereſſe nulla possit. *l. 7. in princ. supr.* Alter si cum seruo tuo initus sit contractus innominatus, facio vt des, & posteaquam feci, cesses dare. Hoc enim casu licèt negotium gestum sit & contractus interuenerit, nulla tamen nascitur actio, ne quidem incerti ex præscriptis verbis, siue ciuilis, siue prætoria, sed tantùm de dolo. *l. naturalis 5. §. quòd si faciam. de præscript. verb.* Non erit tamen hoc casu actio de dolo noxalis, quia nascitur ex negotio gesto, & ex ea causa ex qua si alia actio competeret, danda esset de peculio.

5 ¶ Meritò causæ cognitionem prætor inseruit: neque etiam passim hæc actio indulgenda est. Nam ecce in primis si modica summa sit.

Ad §. fin. Meritò.

Rat. dub. Cùm datur hæc actio de dolo, magnam & euidenter esse oportet calliditatem eius contra quem datur. *l. 7. §. fin. supr.* Alioqui non debet dari, si de magna summa agatur. Atqui magnam & euidentem calliditatem nunquam oportet esse impunitam, & omne vel minimum lucrum æquum est doloso eripi ne ex dolo suo vel tantillum lucretur. *l. nec ex dolo. 33. infr.* & ne honesta interpretatio non honesto quæstu lucrum adferat. *leg. si possessor. 155. de hered. petit.* Ergo etiam ob modicam summam dari hæc actio debuit. Nam & cæteræ restitutiones non nisi causa cognita dantur. *l. 3. sup. de in integ. restit.* Et tamen dantur etiam ob modicam rem vel summam, si modo maiori summæ non præiudicetur. *l. scio. 4. eod.* Rat. dec. Actio de dolo est famosa: visum autem est prætori esse parcendum famæ & existimationi ciuis Romani quantum fieri potest, præsertim si alia ratione indemnis seruari actor possit. Potest autem indemnis seruari per actionem in factum subsidiariam, quæ haud dubiè datur etiam ob modicam summam, vt benè hic adfirmat Accursius, nec negat Cuiacius. Dices actionem furti cùm sit famosa, nihilominus etiam pro re minima dari. §. *Gallinarum. instit. de rer. diuis.* Quidni ergo & de dolo actio dabitur? Alij aliter respondent. Ego puto furti actionem ideo facilius dari, quòd Reipubl. interfit puniri crimina omnia quomodo punitur furtum actione furti, quæ tota pœnalis est, quódque dubitandum non sit eum qui rei modicæ furtum fecerit, multo facilius facturum fuisse rei maioris si potuisset. At de dolo actio non est comparata ad puniēdum dolum, sed ad indemnitatem ei præstandam qui dolum passus fuit ne

alienus dolus ei noceat. Aut si contendas etiam odio dolosi fuisse comparatam, dicam id hactenus verum esse ne dolosus ex dolo suo lucretur, lucrum porro ei perinde potest eripi per actionem in factum, quæ non est famosa, atque per actionem famosam. *l. non debet. 12. in fin. l. seq. infr. eod.* Nulla igitur ratio fuit propter quam prætor tam facilis esse deberet in danda actione de dolo pro modica summa.

10. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

ID est, vsque ad duos aureos.

Ad l. Id est. 10.

Interpretatio est eius quod in *l. præced.* dictum fuit de modica summa, quam Paulus interpretatur esse vsque ad duos aureos. Cuiacius verò legit & putat scripsisse Paulum *vsque ad duo millia sestertiorum.* sumpta coniectura ex lege *l. Cornelia. 25. §. vlt. De SC. Silan.* iunctis illis quæ ipse adiicit ex libris sententiarum Pauli, quod summè notandum est aduersus eos qui putant si de tribus nostris seculi aureis ageretur, fore vt actioni de dolo locus esse deberet. iung. *l. quotescunque. 5. Cod. de fusceptor. & arbitr. lib. 10. tit. 70.* Puto tamen nihil certi hac de re constitui posse, sed pro rerum, temporum & personarum qualitate nunc magnam, nunc modicam summam aliter atque aliter æstimari debere: proinde arbitrio iudicis hoc totum relinquendum esse.

11. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

NON debet dari.

1 ¶ Quibusdam personis non dabitur: vt puta liberis, vel libertis aduersus parentes, patronósve, cùm sit famosa. a ¶ Sed nec humili aduersus eum qui dignitate excellet, debent dari: puta plebeio aduersus consularem receptæ auctoritatis: vel luxurioso, atque prodigo, aut alias vili aduersus hominem vitę emendatioris. & ita Labeo. Quid ergo est? in horum persona dicendum est, *in factum* verbis temperandame actionem dandam, vt bonæ fidei mentio fiat. d.

Ad l. Non debet. 11.

Rat. dub. Iura generaliter constituuntur non in singulas personas. *leg. iura non in singulas. 7. de ll.* Ergo non sunt distinguendi parentes aut patroni à ceteris. Præsertim cùm honor nullus debeatur iis qui vel potestate sua vel reuerentia sibi debita in aliorum perniciem abutuntur. §. 1. *instit. de his qui sui vel alt. iur. l. sed si. 10. §. pen. de in ius vocand.* Sibi enim debent imputare, nec damnum in eo videntur sentire quod ex culpa sua sentiunt. vulg. *l. quod quis 203. de reg. iur.* Quomodo & solemus dicere reatum extinguere honorem omnem. *l. 1. C. vbi senat. vel clar. ciuil. vel crim.* Rat. decid. Quamuis pater aut patronus dolum admiserit, non ideo tamen aut parens, aut patronus esse desinit, ideóque non minor reuerentia ei debetur, cui scilicet locum facit nomen ipsum patris aut patroni nō ius potestatis aut patronatus. *l. 4. de curat. furios. d. l. 10. §. fin. de in ius vocand.* Tanto magis quod ad ipsius quoque filij, aut liberti honorem pertinet, vt non infamem patrem aut patronum habere videatur. Nec ideo tamen dolus parentum aut patronorum impunitus manet, quia per actionem in factum vindicatur.

a *Cum sit famosa.* Rat. dub. Exceptio doli non est famosa. *leg. licèt. 7. §. nec exceptiones. de obseq. patr. præst.* Nulla enim exceptio est qua infamet cùm ex actione tantùm non etiam ex exceptione possit sequi condemnatio quæ sola infamat. *leg. infamem. 7. de publ. iud.* Ergo non est bona ratio qua hic vtitur Vlpianus. Rat. dec. Imò bona est consecutio. Nam si exceptio doli non est danda contra parentes aut patronos, quia doli mentionem habet, quamuis non sit famosa, quanto magis verum erit non esse dandam de dolo actionem, quæ & eandem mentionem doli habet & præterea est famosa. Ideo autem ne quidem exceptiones doli dantur liberis cōtra parentes aut libertis contra patronos, quia licèt non sint famosæ, onerant tamen existimationem eius cui opponuntur apud bonos & graues viros. *l. 4. §. aduersus. De doli except.* descendendum igitur erit ad actiones in factum. *d. l. 7. §. 1. dict. l. licet.* Sed huic legi valde illud obstare creditur. quod idem Vlpianus scribit in *l. si quis vxori. 52. §. sed si filius. vers. an autem pater. de furt.* patrem si filio suo rem castrensis peculij subtraxerit, non tantum facere furtum filio, sed ei actione quoque furti teneri. Nam quod Cuiacius post Accursium tentat debere id intelligi, non de directa furti actione, sed de vtili & in factum, pugnat euidenter cum verbis Vlpiani. Malo dicere speciale esse in rebus castrensis peculij, vt earum nomine filius etiam cōtra patrem furti agere possit. Ratione illa quod in castrensi peculio filiusfamilias ex constitutionibus pro patrefamilias habeatur. *l. 2. de SC. Macedon.* Ex constitutionibus, inquam, non ex voluntate & beneficio patris, quæ res facit, vt plus iuris hac parte habere debeat quàm emancipatus, qui licèt verè paterfamilias sit, hoc ipsum tamen habet ex facto & voluntate patris qui eum manumisit, & cui proinde tanto maiorem reuerētiam debet, scilicet tanquam patri & tanquam patrono. *l. 1. §. vlt. si quis à patr. manum.* At in castrensi peculio voluerunt constitutiones filiumfamilias patrisfamilias iure in omnibus censeri, quasi nec patrem vllum habere videretur, si quid fortè ex iis bonis inuito filio pater contrectare vellet. Inuito autem filio cōtrectatas fuisse res à patre ponendum necessariò est cum de furto agimus. si quidem furtum nihil aliud est, quam contrectatio rei alienæ inuito domino. *l. 1. de furt.* Nec grauatè ferunt parentes Romani quod liberi suis circa

circa res castrensis peculij adeo faueatur. Fuit enim semper illis disciplina castrorum antiquior quàm caritas liberorum, inquit Paulus in *l. postliminium. 19. §. filius quoque fam. de castrens. pecul.* An ergo similiter dabimus filiofam. actionem de dolo contra patrem si dolum passus sit in re aliqua castrensis peculij? Non puto. Vt nec aliam vllam famosam prætoriam: quia prætor cuius est actionem dare, iurisdictionem suam temperare potest sine constitutionum iniuria non etiam in iis actionibus, quæ aut ex l. 12. tab. aut ex ipsis etiam constitutionibus proficiscuntur.

b *Sed nec humili.* Ratio dubitandi, ad Religionem magistratuum maximè pertinet, vt prouideant ne potentiores adficiant iniuria humiliores & pauperiores. *l. illicitas. 6. infr. ne potentiores. de off. præs.* Ergo non debet distingui an humilis sit qui contra potēriorem hanc actionem sibi dari postulat, an potentior aduersus humiliorem. Quanto enim potentior quis est, tāto grauius dolum eius in republica bene constituta iudicari æquum est. Rat. decid. Humilem personam intelligere solemus, non eam quæ pauper tantùm sit, sed quæ sit, etiā abiecta condicione vitæ, vt & in *l. humilem. 7. C. de incest. nupt. leg. 1. Cod. de natur. lib.* Atque ita etiam Accursius hunc locum interpretatur, sed parum probabiliter. Vlpianus enim ipse quem prius humilem dixerat, postea plebeium vocat, opponitque viro consulari & receptæ autoritatis. Melius ergo est, vt videamus nullā fieri iniuriam pauperi & plebeio, cùm ei actio de dolo aduersus consularem virum denegatur, quandoquidem æquè indemnitatem suam consequi poterit per actionem in factum. Quid ergo? Fauetur tantùm viro consulari & ipsius honori parcitur, quod sine pauperis iniuria & incommodo fiat. Idémque est si luxuriosus aut prodigus, aut aliàs vilis persona velit agere de dolo aduersus hominem vitæ emendatioris, vt ex Labeone subiungit Vlpian.

c *In factum verbis temperandam.* Rat. dub. Neque liberis aduersus parentes, neque libertis contra patronos restitutio in integrum dari debet. *l. vlt. C. qui & aduers. quos in integ. rest. non poss.* Atqui actio siue de dolo, siue in factum, quæ ex hoc edicto datur species est restitutionis in integrum. *l. 1. supr. de in integ. restit.* ergo non magis in factum quàm de dolo actio in illas personas danda est. Rat. decid. Constitutio illa Iustiniani nō loquitur de restitutione quæ fit ex hac parte edicti, sed de illa quæ fit beneficio ætatis ex seq. tit. de minor. in eóque facit ius nouum, vt bene Cuiacius notat ex *l. 3. §. sed vtrum. & l. patri. 27. §. vlt. infr. tit. prox.* ex quibus locis appareret iure vetere potuisse liberos restitui contra parentes ex qualibet edicti parte, quamuis nunquam ita vt haberēt actionem de dolo. Accursius aliis quidem verbis, sed eodem sensu respondet Iustinianum de ea tantum restitutione loqui, quæ datur officio iudicis, non de ea quæ iure actionis. Ex edicto namque de minoribus nulla actio competit, sed totum pendet ex prætoris cognitione. *leg. quod si minor. 24. §. vlt. de minor.*

d *Vt bona fidei mentio fiat.* Non tantùm per abnegationem contrarij & malæ fidei, vt malè Accurs. interpretatur, sed per expressionem bonæ fidei, vt actio illa in factum detur liberis contra parentes, aut libertis contra patronos in id omne quod ex bona fide præstari oporteat. Effectu enim ipso his verbis dolus satis indicatur & vindicatur, cui nihil tam contrarium est, quàm bona fides. *l. si dolo. 5. C. de rescind. vend.*

12. PAVLVS libro 11. ad Edictum.

NE ex dolo suo lucrentur.

Ad l. 12. Ne ex dolo.

Rat. dub. Non haberet filius conueniendi patris potestatem, aut libertus patroni si pater filiū non emancipasset, si libertum patronus non manumisisset. Ergo neutri permittēdum est, vt contra patrem patronúmve, quamuis dolosum agant. *l. filio. 7. vt legat. nom. caue. leg. 4. Cod. de obseq. patr. præst.* Rat. dec. Non ideo conferuntur beneficia, vt decipiatur vel decipi possit impunè is qui accipit: sed è contrario vt ex beneficio commodum sentiat. *l. in commodato. 27. §. sicut. commod.* nec quidquam adeo contrarium est beneficio quàm maleficium & dolus.

13. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

HEredibus tamen harum personarum, item aduersus heredes de dolo actione erit dandaf.

Ad l. Heredibus. 13.

R. dub. Eadem intelligitur esse persona heredis quæ fuit defuncti. vulg. iurib. Ergo actio De dolo quæ non potuit dari contra defunctum, neq. contra eius heredem danda erit. R. dec. Quædam sunt adeo personalia & coherentia personæ defuncti, vt ad heredem transire non possint inter quæ est reuerentia, cuius præstandæ necessitas vt plurimum ex ea qualitate & condicione personæ proficiscitur, quæ non transit ad heredem. *l. quia tale. 13. solut. matr. l. etsi fideiussor. 24. §. & l. seq. de except. rei iud.* Nam heredis & defuncti eadem persona esse intelligitur, sit ex iurisfictione cuius tanta vis esse non potest, vt in omnibus naturæ veritatem repræsentet. *l. filio. 23. de lib. & post.* Ergo cùm heres liberti non sit libertus, nec heres plebeij semper plebeius, poterit habere actionem de dolo contra patronum, aut contra virum consularem, cōtra quem eam habere defunctus non potuisset. Similiter contra heredem patris aget de dolo filius, quia heres patris pater non est, itémque contra patroni heredem libertus, quia nec patroni heres patronus est, nec patronatus iura habet nisi sit ex liberis.

e *De dolo actio.* R. dub. Facilius est vt alicui detur

quod he-

exceptio quam vt actio. *l.1.§.is autem.infr.de superf.l. inuitus.136. §. cui damn.de regul.iur.* Atqui libertus si à patroni herede conueniatur, non potest ei obiicere doli exceptionem. *l. apud Celsum. 4. §. aduersus.in fin.de dol. except.* Ergo multo minus de dolo actionem contra eum habere debet. Ra. de. In actione de dolo quæ datur contra defuncti heredem, non agitur nisi de calculo. *l. Sabinus.29.infr.hoc tit.* At in exceptione doli excipitur & tractatur de dolo, vt Accursius optimè hic explicat & longè melius, quàm Cuiacius qui nullam hac parte inter actionem & exceptionem doli agnoscit differentiam. Planè dubitandum non est posse libertum obiicere contra heredem patroni exceptionem doli ob dolum ipsius heredis, aut filium cõtra heredem patris, vt in *l. si præteritus.* 15. quæ omnino sic accipienda est de *bon. poss. contr. tabul.* Item Accursius subtiliter quærit, vnde nascatur hæc actio de dolo, quæ datur contra heredem defuncti, cùm neque heres in dolo fuerit, sed defunctus, neque actio de dolo vnquam contra defunctum competierit, sed nunc primùm incipiat competere contra heredem. Respondet primum & malè actionem hanc de dolo esse eandem in substantia cum actione in factum quæ contra defunctum competebat, quamuis habeant diuersa nomina. sed mox & melius esse quidem duas actiones, vt ex eo constat quod alterius sunt vitæ & qualitatis, cùm vna sit famosa, alia non famosa, vna annalis, alia perpetua. *leg. in heredem. 26. inf. cum seqq. in fi. eo.* sed vtramque tamen nasci ex dolo defuncti, sed contra defunctum dari in factum contra heredem de dolo, alia atque alia ratione propter diuersitatem personarum, quod verum est.

f *Erit danda.* Sed an petenda erit venia, vt libertus possit agere De dolo contra heredem patroni? Ita putat Accurs. ex *l. 2. C. de in ius voc.* Mihi aliud videtur. Petere siquidem veniam debet is qui aduersus eum acturus est cui honorem, & debeat & exhibere velit. An non autem ridiculus esset, qui veniam peteret ad exhibendum honorem ei contra quem paratus esset instituere famosam actionem? In aliis actionibus non famosis sanè aliud est.

1 ¶Item in causæ cognitione versari Labeo ait, ne in pupillum a de dolo detur actio, nisi fortè nomine hereditario conueniatur b. Ergo arbitror, & ex suo dolo conueniendum, si proximus pubertati est: maximè si locupletior ex hoc factus est c.

Ad §.1. Item in causæ.

a *Ne in pupillum.* Ratio dubitandi, Aetas in delictis non excusat. *l.1.C. si aduer. delict.* ergo non minus in pupillum, quàm in ceteros debet dari De dolo actio. Rat. dec. Pupillus non est doli capax: quoniam hæc ætas illa etiam quæ videt, ignorat. *l. vnic. Cod. de fals. monet.* nisi sit proximus pubertati, vt sequitur in hoc *§.l.3.§.Iulianus.de tribus.act.l.1.§. an in pupillum. depos.*

b *Nisi fortè nomine hereditario conueniatur.* Rat. dub. Actio de dolo cùm sit famosa, & notet personam eius qui dolum commisit, non potest dari in heredem, qui dolo caret. Dolus enim est quid personale quod ab vno ad alium non transit. Ergo nec si pupillus nomine hereditario conueniatur, de dolo tamen teneri potest. Rat. dec. Tenetur pupillus actione de dolo, cùm heres est sicut & ceteri heredes, iisdémque ipsis casibus, id est, si quid ad eum ex defuncti dolo peruenerit, secundum ea quæ diximus ad initium huius l. iunct. *l. in heredem.26.& seq. infr. eod.* aut si lis cum defuncto fuerit contestata. *l. vn. C. ex delict. defunct.* Neutro enim ex his casibus actio est famosa in heredem qui non ex proprio, sed alieno dolo conuenitur. Et iniquum esset ob personam pupilli deteriorem fieri condicionem eius qui cum pupillo contraxit *l. AEmilius.41.infr. tut. pr. l. apud Iulianum.3.ex quib. caus. in possess. eat.*

c *Maximè si locupletior ex hoc factus sit.* Rat. dub. Pupillus locupletior factus omnimodo tenetur ex constitutione D. Pij. *l.3. §. pupillus. l. si pupilli. 6. in prin. supr. de negot. gest.* Nam hoc natura æquum est neminem cum alterius iactura fieri locupletiorẽ. *l. nam hoc natura. 24. iunct §. fin. l. præced. de condict. indeb.* Ergo non debuit hæc adiectio subiici cùm tractaretur de pupillo proximo pubertati. Rat dec. quòd pupillus factus sit locupletior, efficit quidem vt teneri debeat actione ex constitutione D. Pij, sed non vt teneatur actione de dolo, quæ vt competat, necesse est dolum interuenire, cuius porrò capax non est pupillus nisi sit proximus pubertati. Quanquam cùm pubertati adeò vicinus est, vt sit etiam doli capax, non requirimus præterea vt locupletior factus sit. Alterutrum enim sufficit. *d.l. 1.§.an in pupillum depos.* Ideóque adiecit hic Vlpianus *Maximè.* Pubertati autem proximus is vulgo creditur, qui semestri tantùm abest à pubertate. ex *l. non tantum.17. de excus. tutor.* de quo alibi scripsimus.

14. PAVLVS lib.11. ad Edictum:

QVid enim, si impetrauerit à procuratore petitoris d vt ab eo absolueretur: vel si de tutore mentituse, pecuniam accepit: vel alia similia admisit, quæ non magnam machinationem exigunt?

Ad l. Quid enim.14.

d *A procuratore petitoris.* Rat. dub. Potest hoc casu alio remedio succurri petitori, nimirum vt causam ex integro agat, & si obiiciatur exceptio rei iudicatæ, replicet de dolo. *l. cùm à te.25.infr.eo.* Ergo nõ potest hoc casu locus esse actioni de dolo, ne quidẽ contra maiorem multominus contra pupillũ. Præsertim cùm etiam aduersus procuratorem agi possit mandati. *l. si procuratorem.8.§.1.infr. mandat.* Rat. de. Non habet locum replicatio doli contra exceptionem rei iudicatæ nisi cùm replicatur de dolo quem passus sit ille ipse qui agit non alius eius nomine, vt scripsi ad *l.7.§.pen.supr.eod.* Nam nec dolus quilibet victoris impedire potest autoritatem rei iudicatæ. *l. eleganter. 23. §. si quis post transactionem de cond. indeb.* Planè actio mandati locum hic haberet contra procu-

procuratorem si is soluendo esset, sed ponendum est non esse soluendo ex *d.§.pen.* itémque subiicienda alia exceptio ex *d.§.pen.* nisi paratus sit aduersarius qui vicit pati vt iudicium in se transferatur sub hac exceptione, *si collusum sit.*

e *Vel si de tutore mentitus.* Aut quia dixerit tutelam finitam, quæ adhuc durabat, aut tutorem eum esse, qui non erat, vt in *l. quacunque.* 12. §. *fin. de public.* Rat. dub. Qui cum alio contrahit, aut est, aut debet esse ignarus conditionis eius cum quo contrahit ex regula iuris. Ergo is cui pupillus de tutore mentitus est imputare sibi debet, cur pupillo crediderit, de ea re quam explorare melius potuisset. Ratio dec. Nihil potest imputari ei qui ne esset ignarus condicionis eius cum quo contrahebat, non ab alio quàm ab eo ipso quæsiuit quis esset, fidémque affirmanti habuit. Nemo enim propitiis auribus cum audiat qui aduersario velit obiicere, *cur mihi credidisti?* arg. *l. extraneus.33. de iur. dot.*

f *Quæ non magnam machinationem exigunt.* Ratio dub. Actio de dolo nisi ex magna & euidenti calliditate dari non debet. *l. & eleganter.7.§.vlt.sup. eod.* ergo ob ista quæ magnam machinationem non exigunt, actio de dolo danda non est. Rat. dec. Magna machinatio est, cùm tanta est quanta cadere potest in personam ipsam quæ dolum machinatu, vt aduersarius decipiatur.

15. VLPIANVS lib.11. ad Edictum:

SEd & ex dolo tutoris, si factus est locupletior, puto in eum dandam actionem, sicut exceptio datur.

Ad l. Sed ex dolo 15.

Rat. dub. Dolus tutoris pupillo, neque prodesse, neque nocere debet. *l. 3. quand. ex fact. tutor.* Non enim tutor domini loco est, personámque pupilli repræsentat nisi cum rem pupillarem rectè administrat, non cùm improbè ac perfidè. *l. quisquam.7. §. si tutor. pro emptor.* & per huiusmodi personas pupillis solet faueri non noceri. *l. 4.§.illa etiam quæstio. de dol. except.* Ergo ex dolo tutoris nunquam actio contra pupillũ danda est. Rat. dec. Non datur regulariter, sed eo demum casu quo pupillus ex dolo tutoris locupletior factus sit, quoniam alioqui tutoris dolus pupillo prodesset. Igitur dolus tutoris pupillo nũquam nocet. *l. pen. de tab. exhib. l. neque interdicto.* 198. *de reg. iur.* nisi hactenus, ne prosit. Tam enim absurdum est prodesse quàm iniquum nocere. Dices vix vnquam posse fieri vt tutoris dolus noceat pupillo, quippe qui contra tutorem eo nomine habiturus sit actionem ad indemnitatem consequendam, si modò soluendo sit tutor. *l. 1. §. hoc edicto. ne vis fiat ei qui in pos. miss.* vbi ea species proponitur, in qua non potuit pupillus fieri locupletior ex dolo tutoris prohibentis eum quem prætor in possessionem misit. Prohibendo enim nemo sibi acquirit, sed ius suum duntaxat si quod habuit, sibi conseruat. Et certè si in ea specie pupillus locupletior factus esset, teneretur omnimodo etiamsi tutor non esset soluendo. nec enim vlla indemnitas deberi potest ei qui non conuenitur, nisi quia & quatenus locupletior factus fuit. Respondeo noceri satis pupillo si ob dolum tutoris cogatur aliquid præstare, quamuis postea sit habiturus repetitionem. Ipsius namque interest non soluere potius quàm solutum repetere. *l. 3. de compens.* Ideóque dici solet neminem ob id solum obligari debere, quia recepturus sit ab alio quod præstiterit. *l. nemo ideo. 171. de reg.* Cur ergo in specie *d.§.* hoc edicto tenetur pupillus ex dolo tutoris, licèt non factus sit locupletior? Puto vix aliam adferri posse causam quàm quòd edictũ illud spectet ad tuendam, vindicandámque autoritatem prætoris quæ toties offenditur quoties is, qui in possessionẽ à prætore mittitur, prohibetur. *l. 1.§.1 & 2. ill. titul.* Quæ res tanti momenti visa est, vt tolerabilius visum sit prætori aliquo incommodo affici pupillum ex dolo tutoris quàm parci pupillo cui sufficere debet quod nullum damnum sentiat habiturus quandoque regressum aduersus tutorem qui soluendo est. Incommodum enim duntaxat est nõ damnum, si quis cogatur hodie soluere quod ab alio postea sit repetiturus. Extra hunc casum nunquam tenetur pupillus ex dolo tutoris si nõ locupletior factus sit, vt scriptum est in hac *l. & in l. 4. §. illa etiam quæstio, de dol. mal. exc.* Obiiciuntur tamen varij iuris loci in quibus contra scriptum est. *l. summa. 21. §. si dolo. de pecul. l.3. §. pen. de tribut. act. l. 1. quand. ex fact. tutor. l. vlt. de adminis. tutor.* Cuiacius respondet omnes eos locos sic accipiendos esse, vt pupillus teneatur quidem ex dolo tutoris quamuis non factus locupletior, sed ad hoc tantum vt iis actionibus cedat, quas contra tutorem habet. Quæ sententia parum distat ab illa Bartoli, de qua ad *d. l. vlt. de adminis. tutor.* Sed interpretatio hæc licèt Vlpiani verbis satis conueniat in specie. *d. leg.3.§. pen. de tributor.* non tamen conuenit ceteris legibus, quæ eandem actionem dant contra pupillum ex dolo tutoris, cùm nihil ad pupillum peruenit, si modo tutor soluendo sit, quam darent si quid ex eo tutoris dolo ad pupillum peruenisset, quo tamen casu nemo diceret liberari pupillum cessione actionum. Pugnat verò omnium maximè cum hac interpretatione. *d. l. vlt. de admin. tutor.* Primùm in ipso legis initio cùm ait, Non solùm quòd dolo, sed etiam quòd culpa tutoris pupillus ex hereditate desiit possidere, eius æstimationem in petitione hereditatis sine vlla dubitatione venire. Quomodo enim potest ea æstimatio fieri contra pupillum, si ad solam actionum cessionem pupillus teneatur? Deinde in eo quod sequitur, *ita si pupillo de indemnitate cautum sit.* [sic lego non vt vulgo *hereditate.*) quid enim de indemnitate laborãdum habet is qui actiones suas præstare tantùm cogitur. Siquidem nullum in eo damnum, nullum incommodum, nullum dispendium est. *l. in creditore.38.de euict.* Quare & subiicitur apud Pomponium, ne quis dubitationi locus sit, *à quo seruari potest id quod pupillus ex litis æstimatione subierit.* Deniq. in vers. *sed quare cuncta es,* apertè scriptum est, tũc demum eo decurrendũ esse, vt pupillus actiones duntaxat quas contra pupillum habet, præstare debeat, cùm tutor soluendo non est ne alioqui damnũ pupillus sentiat. Aliud ergo haud dubiè sensit Iureconsultus eo casu

quo tutor sit soluendo. Ego video & obseruo iuris locos omnes suprà relatos, aut ex Pomponio sumptos esse, aut ex Pomponij sententia scriptos, qui Aristonem secutus in ea videtur fuisse sententia, vt non eam distinctionem adhibẽdam crederet, quam ceteri adhibebant, Vtrum ex tutoris dolo pupillus factus esset locupletior nécne, sed eam quam Aristo, an tutor esset soluendo nécne. Vt si soluendo esse, omnimodo condemnari deberet ad pecuniam, salua ei contra tutorem indemnitatis actione, si autem soluendo non esset, tunc demum cessione actionum liberaretur. Huiusque inter Iureconsultos dissensionis argumentum non leue præbet Vlp. in *d. l. 4. §. illa etiam quæstio.* cùm ait ventilatam esse quæstionem illam inter plerosque. Ité cùm subiicit, *& ego puto vtilius.* Postremò cùm addit, *nec illud distinguendum est, quantum sit ei, an non soluendo sit, an non tutor.* quibus verbis apertè conuellitur supradicta Aristonis & Pomponij distinctio, de qua in *d. l. vlt. de admin. tutor.* & in *d. l. quod ex fact. tutor.* Et sanè ratio illa qua mouetur Vlpianus & magna est & elegans, *vnde enim diuinat is qui eum tutore contrahit.* Alioqui facilè fiet, vt eo metu ne tutor soluendo non sit, plerique deterreantur ne cum tutoribus contrahant, atque ita pupillorum vtilitates deserantur. vt in *d. l. quod si minor.* 24. §. 1. *de minor.* Idque est quod prius idem Vlpianus dixerat se hoc vtilius putare, sed & idem Vlp. in *d. l. 3. §. per. de tribut. act.* an non apertè dissentiat à Pomponio, cùm posteaquam scripsit pupillum ex tutoris dolo hactenus teneri tributoria, si quid ad eum peruenerit, subiungit, *quamuis Pomponius.* & quod addit *& sanè hactenus tenebitur*, non sic accipiendum est quasi redeat in sententiam Pomponij quam improbauerat, sed hoc potius sensu, vt si quis cum Pomponio aduersus ceteros Iureconsultos velit pupillum teneri tributoria ex dolo autoris, possit quidem ea sententia fortasse tolerari, sed ita si aliter accipiatur quàm ex mente Pomponij, id est, vt non ad aliud pupillus teneatur, quàm ad actiones quas contra tutorem habet præstandas, si tamen ea adiectio Vlpiani est, ac non potius Triboniani, vt posteà dicemus. Addo quod Papin. in *l. 3. quand. ex fact. tutor.* vulgo iactari ait, Dolum tutoris pupillo non nocere, vt ostendat fuisse illam vulgarem prudentum traditionem, licèt dissentientem habuerit Pomponium. cuius opiniones & si plerunque laudantur, non semel tamen reprehenduntur. Posset etiam fortasse tentari in iis speciebus, quas Pomponius tractauit, non dari actionem de dolo, neque aliam vllam ex dolo tutoris in pupillum non factum locupletiorem, sed eam ipsam quæ contra pupillum competitura esset, etiamsi nullus tutoris dolus interuenisset. putà de peculio in specie. *d. l. summa. 21. §. si dolo de pecul.* tributoriam in *d. l. 3. §. pen. de tribut.* petitionem hereditatis in *d. l. vlt. de adm. tuto.* Vindicationem in *d. l. quand. ex fact. tutor.* Eam ipsam porrò hic dari contra pupillum, si tutoris dolus interuenit, non vt ob tutoris dolum angeatur condemnatio, sed vti ne minuatur. Vt putà si cum id peculio centum essent dolo tutoris factum sit vt quinquaginta esse desierint, perinde tenebitur pupillus in centum, ac si peculium esset integrum. Idem quoq; in petitione hereditatis. In quib. speciebus nõ tam videtur dolus tutoris nocere pupillo quàm ei non prodesse, quippe qui nullo etiam tutoris dolo interueniente, ac ex natura actionis propositę ad tantundem teneretur. Sed tamen animaduerto, nec hoc quidem sensu Pomponij sententiam ceteris placuisse. Nam Papi. in *d. l. quand. ex fact. tuto.* ponit exemplum, & in tributoria, & in petitione hereditatis, de quib. nominatim Pomponius tractauerat: nec dubitauerat quin conuentus pupillus hereditatis petitione deberet præstare æstimationem eius, quod siue dolo siue etiam culpa tutoris pupillus ex hereditate desiisset possidere. Cùm tamen Papin. in *d. l. 3.* non aliter hoc admittendum putet quã si quod tutoris dolo in hereditate esse desiit pupilli rationibus illatum probetur. Cui conuenit quod in *l. seq.* subiungitur ex Vlp. si extrinsecus aliquid tutor dolo admiserit nocere id pupillo non oportere. Extrinsecus enim dolus admitti dicitur à tutore, non cùm extra contractum pupillarem aliquid dolo facit, sed cũ extra rerũ pupillarium administrationẽ & vtilitatem, id est, circa rem quę nihil cum pupilli vtilitatibus habet cõmune. In iis. n. quæ ad tutoris officiũ & administrationẽ pertinent, aliud sanè est quod & probatur optimè ex *l. 2. C. de his quib. vt indig.* Quare nec probare possũ nouã illam distinctionem Cuiacij an tutoris dolus ex contractu descendat, nécne, vt si ex contractu descẽdat, ita demũ ex eo pupillus teneatur, si locupletior factus sit, si verò extra contractũ admissus sit, non teneatur ex eo pupillus, nec si ex eo locupletior fieri videatur, nisi tutor sit soluendo. ex *d. l. 4. §. illa etiam quæstio. de dol. mal. except.* Is enim locus vel solus planè contrariam opinionẽ potius probat. Obseruandum siquidẽ est tres ibi casus ab Vlp. tractari, quorum primus est, *siue quis emerit à tutore rem pupilli*, secundus est, *siue contractum sit cum eo in rem pupilli.* Tertius *siue dolo quid tutor fecerit*, qui vltimus casus, vt ab aliis distet, non aliter accipi potest quàm de tutoris dolo qui extra contractum interuenerit, non tamen extrinsecus. sed circa ratiões & vtilitates pupilli. Sequitur enim statim *& ex eo pupillus locupletior factus est*: quæ adiectio non ad duos priores casus referenda est, sed ad vltimum coarctanda, vt ipse verborum contextus probat. Debuit ergo Cuiacius dicere potius, pupillũ teneri ex dolo tutoris extra contractum admisso, ita demũ si pupillus ex eo locupletior factus sit, & quidem siue tutor soluendo sit, siue non. (frustra namq; adhiberetur ea distinctio in pupillo locupletiore facto, qui nulla, vt diximus, eget indemnitate) non teneri si factus non sit locupletior, quamuis tutor sit soluendo. Duob. autẽ prioribus casibus, siue quis emerit à tutore rem pupilli (quæ species, vt nemo non videt, longè diuersa est) & in eo contractu dolus tutoris interuenerit pupillũ ex eo dolo teneri omnimodo, id est, neq. distinctione illa Põponij adhibita vtrũ tutor sit soluendo, an non, neq. alia, quàm in tertio casu Vlp. probãt. An pupillus ex eo dolo factus sit locupletior, an non. Nec enim malè contrahitur cum tutorib. inquit idem Vlp. noster in *l. 4. §. vlt. de euict.* vbi, quod magis est, Papinianũ reprehendit in eo quòd cùm scripsisset, Si impuberis nomine tutor vẽdiderit, posteà edictione secuta dare in eũ, cuius tutela gesta sit, vtilẽ actionẽ adiecturat *in id demũ quod rationibus eius accepto latum esset.* Quasi non in totum teneri pupillus deberet, nec si tutor soluendo esset: Vlp. verò contra, etiamsi soluendo non sit tutor, magis putat vt ex eius facto teneri pupillus debeat: cuius sententiæ cũ rationem illam

illã adferat, quod non malè cum tutoribus cõtrahatur, eáque nõ minùs locũ habeat interueniẽte dolo tutoris qui fortè scièns rem alienã quasi pupillarem vendiderit, consequens est vt idẽ iuris vtroque casu constituendũ existimauerit: alio qui restringẽda esset illius l. sententia ad eum casum quo tutor alienã rem quasi pupillarẽ ignorans vendidisset, quòd nõ patiuntur verba quæ sunt generalia, præsertim cùm in ea specie tractetur de tutore doloso qui totum pretiũ quod pupilli nomine accepit, rationib. tamẽ pupilli nõ intulit. Nã & perinde ad vtrũque casum accommodari põt alia illa ratio quã adfert idẽ Vlp. in *d. §. illa etiã quæstio. Vnde. n. diuinare potest is qui contrahit cũ tutore?* Nã si ei qui bona fide contrahit cũ tutore qui soluendo non erat imputari non põt cur nõ diuinauerit quod soluendo non esset, multo minùs potest ei imputari qui non diuinauit dolum tutoris, cuius exploratio longè difficilior est. Hoc ipso igitur quod dicimus non malè contrahi cum tutoribus, consequens sit vt qui cũ tutore cõtraxit, si dolũ ab eo passus sit, pupillum habere debeat eo nomine omnimodo obligatum. Neq; sanè verius quidquã dici põt quàm quod olim Pædius generaliter dicebat, & Vlp. probat in *l. si quis de scelr. 31. §. si. mancipiũ. vers. quod in procuratore. de ædil. edict.* quibus rerũ administratio permissa est corũ culpã, [quidni multo magis dolum? Jabesse præstare non iniquè dominum cogi. Nec iã mirabitur quispiam quod nos volumus dissensisse à Põpo. Vlp. qui nec à Papin. dissentire erubuit. Obstat tamen quod ex eodem Vlp. scriptũ legimus in *l. Iulianus. 13. §. sed cum in facto. de act. emt.* vbi proposita quæstione si tutores in rei pupillaris venditione dolum admiserint, an eum dolum præstare pupillus debeat. Respondet cum distinctione, Si quidem ipsi tutores vendiderint, ex emto eos teneri neque id dubium esse; sed si pupillus auctoribus eis vendiderit, in tãtum teneri eum, in quãtum locupletior ex eiusmodi dolo factus sit tutoribus, inquit, in residuum peruenerit. Quòd non condemnandis, quia nec transfertur in pupillum post pubertatem, hoc quod dolo malo tutorum factum est. Me verò multa in eo §. malè habent mouẽntque vt facilè suspicer Tribonianũ manus suas ad eum locũ admouisse. Primũ illud quod cùm Iulianus scripsisset quæstionis esse an pupillus tutorum dolũ qui in rei pupillaris vẽditione interuenerit præstare debeat, respondetur adhibita, vt à Tribo. fieri solet, distinctione, sed cuius prior pars ad propositam quæstionẽ nihil pertinet. Sic. n. habẽt verba, *& siquidẽ ipsi tutores vendiderunt ex emto eos teneri nequaquã dubium est.* Hic vero casus sicut nullam penitus habet dubitationem, ita nec aliquid simile cũ proposita quæstione. Quærebatur. n. non an tutores ipsi qui vendidissent rem pupillarem, & dolum admisissent, tenerentur, sed an pupillus. ad quam quæstionẽ nihil dum respondetur. Quod aũt sequitur, *sed si pupillus auctoribus iis vendidit, in tantum tenetur, in quantum locupletior ex eo factus est*: & si ad propositã quæstionẽ accõmodatum est, nõ tamen satis bene cum priore distinctionis parte coniungitur. Illa. n. aduersatiua *sed si* ostendit diuersitatem iuris non minùs quàm facti: & tamen dubitari non potest quin ipsis etiam tutoribus sine pupillo vendentibus teneri debeat pupillus ex dolo ipsorũ si locupletior factus sit. In eo nãque Iureconsulti omnes consenserunt. Quænã ergo erit differentia inter priorem speciem & posteriorem? Deinde verò quid potest effectu ipso interesse an quis cõtrahat cum pupillo tutore autore, an cum tutore sine pupillo. Nã & pupillorum vtilitas id omnino exigit vt cum tutore perinde possit quis tutò contrahere sine pupillo atque si pupilli persona interueniret. *d. l. 4. §. vlt. de euict.* iunct. *l. quamuis, ne 13. §. fi. de public. in rem. act.* Sed & ablatiui illi absoluti qui statim sequuntur, *tutoribus in rejiciendis perpetuo cõdemnandis*, adeo sunt Triboniani familiares. quomodo & illa distinguẽdi formula *& siquidem, sed si*, vt mihi mihi possit esse suspectus. Denique probabile est in quæstione ista quæ inter prudentes tantopere fuit controuersa [quod & indicãt verba illa *quæstionis esse ait*, siue Iuliani sint, siue Vlpiani, siue Triboniani] sumpsisse sibi Tribonianum partes arbitri, vt ex suo ingenio rẽ totam cõponeret. Quod & ab eodem factũ puto in *d. l. 3. §. pe. de tribut. act.* vbi post propositas Vlpiani & Pomponij cõtrarias sententias addidit ille proculdubio quasi eas conciliaturus, sed contra mentẽ vtriusq; Iureconsulti, *& sanè hactenus tenebitur, vt actionem quam contra tutorem habeat præstet.* Quam adiectionem Triboniani esse illud etiam apertius detegit quod in *fi. d. l. 3.* ita scriptum est, *Dolus autem quatenus noceat, ostendi.* Vbinam. n. gentium sic Vlp. vn quam locutus est? Quod non animaduertentes nonnulli quibus ea locutio prorsus insolens & dura visa est, existimarunt deesse illo loco dictionem *desse*, aut quam aliam similem, quasi verbum illud *ostendi* sit infinitiui modi passiui, cùm sit præteriti actiui. Eadémque audacia puto eundem Tribonianum in *d. l. neque* 198. *de regulis iuris.* de suo adiecisse *neque in cæteris causis*, vt generalem faceret sententiam quam credibile est à Iauoleno ad causam interdicti restrictam fuisse. Quanquam nihil vetat iis quoque verbis retentis restringi, tamen Iauolenũ ad causas similes interdicto, id est, in quibus interuenit dolus tutoris extra contractum. Vnica enim hæc differentia constituenda est: nimirum, inter dolum à tutore admissum in contractu pupillari [adde & in quasi contractu, vt comprehendat casum *legis 2. Cod. de his quibus vt indignis.*] & dolum admissum extra contractum pupillarem quòd maior ratio sit vt dolum illum quàm vt hunc pupillus præstet: quia contractus à solo tutore initus, ab ipso pupillo initus existimatur, cum quo aliter neque melius neque tutius contrahi potuit. quò pertinet quod Vlpianus scribit in *leg. nam & si. 10. §. 1. infr. de alienatione iudicij mutandi causa facta.* non potest autem separari dolus qui in contractu interuenit a b ipso contractu. At extra contractum aut quasi contractum nemo dixerit dolum tutoris esse dolum pupilli, aut contrà. Obidque certum est pupillum neque in interdicto, neque in cæteris similibus causis ex tutoris dolo teneri. *leg. is qui in puteum. 11. §. si tutoris. quod vi aut clam.* vbi refertur ea fuisse Cassij sententia. Ergo & Iuliani qui Cassianus fuit, itémque Papiniani qui à Iuliani opinionibus vix vnquam recessit. Audacior Vlpianus, quamuis & ipse Cassianus sicut & Paulus, vt à Papiniano dissentiret, etiam à Cassio in hac specie videtur dissensisse, nisi quòd dici potest consensisse potius cum Cassio in propositione vniuersali quæ habet, ex dolo tutoris pupillũ nõ teneri: dissensisse verò à Papin. in specie

cũ dolus tutoris in contractu interuenit. Habet.n. ea ſpecies rationẽ ſpecialẽ, & ab aliis differentem, quã nos explicauimus. Ergo vt ad rẽ noſtrã redeamus, cùm tractatur de actione de dolo, verũ eſt nõ poſſe illam dari ex dolo tutoris in pupillũ, niſi pupillus locupletior factus ſit: quia non datur ex contractu, neq; ex quaſi cõtractu, ſed ex dolo extra cõtractũ aut quaſi contractũ admiſſo. Ad quæſtionẽ verò noſtram nil pertinet quod ſcriptum eſt in *l. ſi dolo. 24. ſi quis omiſ. cauſ. teſt.* vbi pupillus tenetur quidem ex dolo tutoris pro ea quidẽ dũtaxat portione hereditaria quæ ad eũ peruenit ſi non ex aſſe poſſideat hereditatem ab inteſtato: ſed tamẽ ita vt pro ea parte teneatur etiam ſupra quàm ad eũ peruenit ex dolo tutoris ſi fortè ponas partem illã hereditariam aut legatis aut ære alieno exhauſtã eſſe, ita vt habeat plus incõmodi quàm cõmodi. Nẽpe quia is quaſi cõtractus pupillaris fuit ex quo pupillum teneri æquum eſt in ſolidum etiam ob dolũ tutoris perinde atq; ex cõtractu. *d. l. 4. §. vl. de enic. d. l. 4. §. illa etiã quæſtio. de do. excep. d. l. 2. C. de his qui. vt ind.* Magis ad rẽ pertinet quod ſcriptũ eſt in *l. ait prætor. 10. §. ſi impubes.* quæ in frau. cred. ſi impubes patri heres extiterit eiúſque impuberis mortui bona veneant ſeparatione impetrata vtriuſque fraudẽ eſſe reuocandã, i. nõ tantùm patris qui in creditorum ſuorũ fraudem alienauerit, ſed etiã pupilli ſiue tutoris aut curatoris, quia in contractibus & quaſi contractib. pupillaribus nihil planè intereſt an ab ipſo pupillo fraus adhibita ſit, an à tutore ipſo, ne alioqui per legem decipi videãtur qui accedunt ad contrahendũ cum tutore nomine pupilli, quos tamen lex ipſa inuitat vt ſic contrahant non contracturi vtique niſi perſuaſum haberẽt bene rectéque contrahi cum tutoribus. Atque ita totam quæſtionem hanc explicandam arbitror, non quomodo explicata eſt hîc à Cuiacio, nec quomodo à Bart. in *l. vlt. de admin. tut.* & in *d. l. 24. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.*

a *Sicut exceptio datur.* ſc. doli, inquit Accurſ. ex *d. l. 4. §. illa etiam quæſtio. & §. ſi quis non. in fi. de dol. excepr.* Eadem.n. hac parte ratio eſt actionis & exceptionis doli. Eadem igitur ratio dubitandi & decidendi.

1 ¶ Sed, an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. Et puto, ex ſuo quidem dolo non poſſe dari: quid enim municipes dolo facere poſſunt? ſed ſi quid ad eos peruenit[a] ex dolo eorum, qui res eorum adminiſtrant, puto dandam.

Ad §. 1. Sed an in municipes.

R. dub. Etiã municipes vim & metũ inferre poſſunt. *l. metũ. 9. §. animaduertendũ. §. 11.* & conſentire poſſunt ad poſſeſſionẽ adprehendẽdam. *l. 2. de acq. poſ.* item eligere magiſtratum. *l. 2. §. iiſdem. de orig. iur.* ergo & dolum cõmittere. R. dec. Nõ poſſunt omnes ſimul conſentire. *l. 1. §. vlt. de acq. poſ. l. vn. ĵ. de lib. vnu.* propter naturalem hominum ad diſſentiẽdum facilitatem. *l. item ſi vnus. 27. §. principaliter. de rece. qui arb.* Ergo ex ſuo dolo nõ poſſunt conueniri, quia dolus ſine voluntate & cõſenſu decipiendi nullus eſt. Dicuntur quidẽ aliquando cõſentire, quia quod maior pars municipum facit, hoc ab omnibus factum videtur. *l. quod maior. 19. ad munic. l. aliud. 160. §. 1. de reg. iur.* ſed cũ actio de dolo requirat vt deſignetur certa perſona cuius dolo factum ſit. *§. vlt. ĵ. eo.* apparet non poſſe hoc fieri contra municipes, niſi ſinguli ſeparatim dolum admiſiſſe probẽtur. Nec.n. aut omnes municipes aut alios pro aliis infames fieri oportet, quod tamẽ neceſſariò cõtingeret ſi ex ſuo dolo municipes actione iſta conuenirentur. Omnes. n. quotquot cõuenirentur famoſi eſſent, etiãſi non niſi ex aliorũ maioriſq; partis dolo conuenirentur. In actione *quod met. cauſ.* aliud eſt. *d. §. vlt.* Nam nec illa famoſa eſt niſi contra eum ipſum cuius perſonalis dolus probatur. de quo diximus ad *l. item ſi cium. 14. §. eum qui metum. §. tut. prox.*

a *Sed quid ſi ad eos peruenit.* R. dub. Non videtur municipes mãdaſſe generaliter quod ſpecialiter nõ erant mandaturi. *l. ſi pater. 12. ĵ. quæ in fraud. cred. l. obligatione. 6. de pign.* Atqui nemo credendus eſt ſpecialiter mãdaturus fuiſſe alteri vt dolum admitteret. Eſſet. n. illud delictũ cuius præſumtio ſæpe odioſa & improbabilis eſt. *l. merito. 51. pro ſoc.* Ergo neq; mandato generali hoc continebitur, quia mãdatũ omne cũ ſit bonæ fidei recipere debet interpretationem ex bona fide quamtumuis generale ſit. *l. creditor. 60. §. pen. mand.* Rat. dec. Ratihabitio comparatur mandato. *l. vlt. C. ad Senatuſc. Maced.* etiam in delictis. *l. 1. §. ſed & ſi quod alius. infr. de vi & vi armata.* Ratum verò habent municipes dolum eorum qui rem vniuerſitatis tractarunt, cùm id retinent quod ex eo dolo ad vniuerſitatem peruenit. *dict. l. 1. quod igitur, verſ. quippe cùm. de vi & vi arm.*

2 ¶ De dolo autem decurionum in ipſos decuriones dabitur de dolo actio.

Ad §. 2. De dolo autem.

R. dub. Decurionum corpus vnum ſicut & vniuerſitatis conſtans ex pluribus diſtantibus. *l. rerum mixtura. 30. de uſuca.* Ergo nõ magis in decuriones quàm in municipes dari poteſt de dolo actio cùm conſentire non poſſint. R. dec. Alia ratio eſt decurionũ, alia municipũ. Decuriones ſinguli ſunt decuriones. At ſinguli municipes ex vniuerſitate nõ ſunt vniuerſitas, nec vniuerſitatẽ repræſentant. Facilius ergo eſt vt de dolo decurionum detur in eos actio de dolo quàm vt ex dolo municipũ detur eadẽ actio in vniuerſitatem. Nã qui decuriones ſunt, à quib. dolus admiſſus ſit, facilè ſciri poteſt, & ſi omnes dolo fecerint, hoc quoq; ſciri poteſt. Sed neque omnes municipes dolo facere poſſunt, quia corpus vniuerſitatis magis vagum & incertum eſt quàm ordinis decurionum, neque aliis nocere niſi ſint ex iis qui res municipum adminiſtrant.

3 ¶ Item ſi quid ex dolo procuratoris ad dominũ peruenit, datur in dominũ de dolo actio, in quantũ ad eum peruenit: nam procurator ex dolo ſuo proculdubio tenetur[b].

Ad §. 3 Item ſi quid.

Rat. dubit. Factum procuratoris eſt factum domini. Nec enim quidquam refert an per ſe quis faciat an per

per alium. *l. ſi is quod. 7. §. penult. de iuriſd. l. 5. §. geſſiſſe. de admin. tut.* Ergo de dolo procuratoris dominum teneri oportet in ſolidum, non in id tantùm quod ad eum peruenit. R. dec. Mãdato quantũlibet generali nunquã continetur poteſtas faciendi quid dolo malo; vt dixi ad *§. 1. §. ex heredatur. 60. §. pen. mand.*

b *Procurator ex ſuo dolo proculdubio tenebitur.* ſ. in ſolidum. R. dub. Nemini officium ſuum quod alterius cauſ. ſuſceperit, damnoſum eſſe debet. *l. ſi ſervus. 61. §. quòd, verò. de furt.* Ergo procurator ex dolo quem in mandato exequendo admiſit, non debet teneri niſi quatenus ad eum peruenit. R. dec. Non ei mandatum nocet vt in ſolidũ conueniatur, ſed dolus ſuus quem admiſit extra cauſam mandati, & de quo etiamſi aliquid ei mandatum fuiſſet, idẽ tamen eſſet: quia doli admittendi, vt & alterius flagitioſæ cuiuſlibet rei, mandatum nullum eſt. *l. ſi verò non remunerandi. 12. §. ſi adoleſcens. l. ſi mandauero 22. §. qui eadem. mandat.*

4 ¶ In hac actione deſignari oportet, cuius dolo actũ ſit[c]: quãuis in metu nõ ſit neceſſe, patitur, plane necit plerũq; à quo paſſus ſit, puta ſi venientes ad ſe armatos extimuerit & fugerit, etſi nec quidquam vetat ſcire illum qui metũ intulerit. c *Cuius dolo factum ſit.* Item cui dolus factus ſit, nimirũ actori ipſi. Itẽ in qua re, vt ſubiicitur in *l. ſeq.* In quo differt actio de dolo à doli exceptione, quæ licèt in perſonã ſit ex parte eius cui opponitur, tamen in rem eſt ex parte illius qui opponit. *l. 2. §. 1. l. apud Celſũ. 4. §. pe. de dol. mal. except.* In exceptione aũt quod *met. cauſ.* nec quis metũ intulerit, nec quis paſſus eſt, exprimi neceſſe eſt. *d. §. pen.* quod & Accurſ. noſter bene notat. Ratio euidens eſt. Nã ſi actio ipſa *quod met. cauſ.* in rẽ eſt, ex parte eius etiã contra quem agitur, multo magis exceptio in rem eſſe debet ex parte eius cui obiiciatur.

16. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

ITem exigit prætor, vt comprehẽdatur, quod dolo malo factum ſit. ſcire enim debet actor, in qua re circumſcriptus ſit, nec in tanto crimine vagari.

Ad l. Item exigit. 16.

R. dub. Dolus nullus impunitus eſſe debet, quiſquis ille ſit, & quemadmodũ prætor nullo tempore ratum habet quod per vim aut metum geſtũ eſt. *l. ſi mulier. 21. §. 1 ĩ. tit. prox.* ita nec quod per dolũ. Ergo non eſt arctãdus actor vt exprimat in qua re circumſcriptus ſit, ſed ſufficit vt in aliqua re, quæcunque tandem illa ſit, dolum ſibi illatum & dicat & probet. R. dec. Quemadmodũ actor non poteſt ignorare à quo circumſcriptus ſit, ita nec in qua re. Vtrumque enim ſimul ſit cùm perſona dolum facere niſi in aliqua re nõ poſſit. Ergo ſicut actor cogitur exprimere cuius dolo factum ſit, ita & in qua re, nec ei permittendum vt in tanto crimine vagetur, cùm nihil ferè ſit in hominum negotiis in quo dolus non admitti poſſit, nec facilè poſſit is cui dolus obiicitur, dolum purgare, ſi non ſpecialiter intelligat qua in re dolum feciſſe dicatur. Quæ ratio facit vt in actione quoque iniuriarum idem conſtitutum ſit vt non ſufficiat actorem dicere illatam ſibi fuiſſe iniuriam, niſi etiam exprimat in qua re. *l. prætor edixit. 7. in pr. de iniur.* itémque in publicorum iudiciorum accuſationibus. *l. libellorum. 3. de publ. iud.* Sed & in actione qualibet ciuili idem obtinet. *l. ſi rem. 6. de rei vind. Auth. generaliter. C. de epiſc. & cler.* Neque.n. aliter poſſet deliberare reus vtrum contendere deberet an cedere, quod vnum tamen prætori maximæ curæ eſt, ne alioqui cogatur quis inuitus litigare, qui alioqui paratus eſſet cedere ſi ſciret qua de re conueniatur. Nam & inde eſt quod ipſa quoque ſpecies actionis inſtituendæ ante omnia edi debet. *l. 1 §. de edend. ſ.*

17. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

SI plures dolo fecerint, & vnus reſtituerit: omnes liberantur. quòd ſi vnus, quanti ea res eſt, præſtiterit[a]: puto adhuc cæteros liberari.

Ad l. Si plures. 5. 17.

R. dub. Suum cuique dolum nocere oportet, & quod quis ſuo nomine & ob delictum ſuum ſoluit, nũquã alterũ liberat. *l. ſi quis poſſeſſor. 34. in pr. de her. pet. l. Papinianus. 28. mand.* Ergo cũ plures dolo fecerunt, etiamſi vnus rem reſtituerit, non ideo tamen alij liberantur. R. dec. Actio de dolo non ad aliud datur quã vt actori res ſua reſtituatur, i. quod ei abeſt per aduerſarij dolum. *l. prox. ĵ.* vbi dicemus. Atqui poſt reſtitutionem ab vno ex doloſis factam nihil iã abeſt actori: nec poteſt ei magis reſtitui qđ iam ſemel reſtitutum fuit. Ergo non eum dumtaxat qui reſtituit, ſed alios quoque liberari oportet.

a *Quanti ea res eſt, præſtiterit.* R. dub. Aliud eſt præſtare rem, aliud verò quanti res eſt. i. æſtimationẽ. Res.n. ſemel ab vno reſtituta, ab aliis reſtitui amplius non poteſt. At ſoluta per vnum æſtimatione, adhuc ſupereſt res ipſa quã reſtituere alius poſſit: ergo hic caſus aliam habet rationem & differentẽ à ſuperiore. Ratio decidendi. Qui rei ſuæ æſtimationem habet, rem ipſam aut habere videtur, aut ſaltem vendidiſſe: quia æſtimatio facit emtionem. *l. 2 pro empt.*, perindéque verum eſt nihil ei abeſſe. *l. quia pretio. 39. de uſufructu.* Ergo non debet habere actionem de dolo, quæ non datur niſi ad id quod abeſt actori.

¶ Hæc actio in heredem & ſucceſſores datur duntaxat de eo, quo ad eos peruenit.

Ad §.1. Hæc actio.

R. dub. Hæc actio est rei persecutoria, per quam scilicet actor persequitur id quod sib iabest. *l. prox. ff. de honorarijs.35. de obligat. & act.* Ergo dari debet in heredem sicut & heredi in solidū non tantum quod ad heredē peruenit. arg. *l. utem si cùm.14. §. in cauſ. ff. tit.1.* In eóq; differt actio hæc ab actio. *quod met. cæt.* quæ maiori ex parte est pœnalis. quę ratio est propter quā nō datur aduersus heredē nisi quatenus ad eū peruenit. *l. quod diximus.16. §. vlt.* vbi dixi *§. sit. prox.* R. dec. Actio de dolo licèt rei persecutoria sit, non pœnalis tamen famosa est. proinde non magis dari debet in heredem quàm si pœnalis esset. An non enim satis magna pœna est infamia? Aut quænam ferè maior esse potest? Non ergo dari debet in heredem qui ipse non fuit doli. conscius, quique crimine caret, nisi hactenus ne ex defuncti scelere ditetur, id est, quatenus ad eum peruenit, aut eius dolo factum est ne peruenire t. *l. in heredem.26. & seq. ff. eo.* vbi dicam.

10. PAVLVS libro 11. ad Edictum.

ARbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio cōprehenditur: &, nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio[1], quanti ea res est. ¶ Ideo autē & hic, & in metus causa actione[2], certa quantitas non adiicitur, vt possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iurauerit. Sed officio iudicis debet in vtraque actione, taxatione iusiurandum refrænari[3].

Ad l 18. Arbitrio.

R. dub. Nimis clementer agit prætor cùm ei qui dolum admisit facultatē præstat eustandæ condemnationis rē ipsum restituēdo. Ita n. fit vt dolus maneat impunitus condemnatione nulla secuta, nec proinde infamiæ nota, quæ ex sola condemnatione proficiscitur. Ergo debuit ita ius constitui vt ex huiusmodi actione contra dolosum omnimodo sequi deberet condēnatio. R. dec. Actionem istā quia famosa est, non dat prætor nisi ex necessitate & alio omni remedio deficiente. vt actoris indēnitati consultum esse possit ne dolus alienus ei noceat. Proinde vbi satisfactū est actori, satisfactū etiā est ptori cuiuiū existimatio & fama præcipuæ curæ est. a *Et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio.* Est ergo hæc actio arbitraria sicut & actio *quod met. cau.* Arbitrariæ siquidem actiones sunt, non ex quibus sit condemnatio arbitrio iudicis, vt plerique existimant, sed ex quibus, si nō arbitrio iudicis res restituatur, sequitur condemnatio. *§. præterea. inst. de act.* b *Ex in metus causa actione.* R. dub. In edicto quod met. cau. prætor pollicetur se daturum actionem in quadruplum si res nō restituatur. *l. item si cum.* 14. §.1. *sup. tit. prox.* R. dec. Ergo in actione quod met. cauſ. certa quantitas adiicitur. R. dec. Hic locus Triboniani & manum & imperitiam aperte detegit. Vtrumq; enim euidenter falsum est quod sub Pauli nomine scribit, & in actione quod metus causa nō exprimi certam quantitatem, & tā in illa quàm in hac actione in litem iurari. Ex iuris. n. veteris ratione nunquā in his actionibus de dolo & quod metus causa iuratur in litem, vt docui fusiſsimè *lib. 16. Conſect.* Idque probatur nō obscurè ex initio *l. vbi Paul. sit bi* [est enim proculdubio Pauli, non Trib.] si nōn fiat restitutio arbitrio iudicis, sequi condemnationem *quanti ea res est.* Nihil. n. aliud hæc verba significant quàm aut veram rei petitæ æstimationem, aut ad summum quanti re vera interest. *l. hæc verba 179. de verb. signif.* Quorum neutrum conuenit iuramento in litem, ex quo fit scilicet condemnatio suprà quam re vera interfit vt puniatur contumacia. *l. 1. & pass. in f. de in lit. iurand.*

c *Taxatione iusiurandum refrænari.*] Hæc quoque adiectio Triboniani est. Iuris enim ratio non patitur vt quo casu in litem iurari potest, iurandi facultas refrænatur, vt docui *eod. lib. 16. Consect.*

1 ¶Non tamen semper in hoc iudicio iudicis dādum est quid enim, si manifestū sit, restitui non posse? veluti si seruus dolo malò traditus, defunctus sit[4]: ideóque protinus condemnari debeat in id, quod interfit actoris.

Ad §.11. Non tamen semper.

R. dub. Actio de dolo semper est arbitraria. Nūquam enim bonæ fidei est, nunquam stricta, cùm non ex contractu descendat, neque ex quasi contractu. Ergo semper arbitrium iudicis in ea præcedere debet, cū ex eo arbitrio nomen sumant actiones arbitrariæ. Rat. dec. Cùm seruus qui dolo malo traditus erat defunctus est, frustra iudex iuberet restitui rem peremtam, quæ amplius restitui per rerum naturam non potest. Ideóque protinus & rectà decurrendū est ad condemnationem eius quod interest actoris, quia per reum stet quominus arbitrio locus esse fierique restitutio possit.

d *Veluti si seruus dolo malo traditus defunctus sit.* R. dub. Homo peremtus post moram habetur pro viuo. *l. quod si nolit. 31. §. si mancipium. de ædilitio edicto.* ideóque & pristina actione peti potest perinde ac si viueret. *l. si ex legati. 23. l. si seruum. 91. §. nunc videamus. & §. fin. de verbor. obligat.* Ergo hoc etiam casu perinde arbitrium præcedere potest ac si seruus dolo malo traditus adhuc viueret. Dolus enim plus quàm mora est cùm sit crimen. *l. item exigit 16. sup. eod.* Rat. decid. Seruus post morā peremptus habetur pro viuo hactenus vt peti possit, ne alioquin is qui moram admisit liberetur, & obligatio intercidat: sed non etiam vt præstari possit. Aestimatio enim præstanda est, quæ sola præstari potest. *d. §. vlt.* Atqui arbitrium de restituēdo nō ad petitionem refertur, sed ad præstationem, vt verbum ipsum sonat. Ergo fieri nequit vt arbitriū vllum interueniat de restituenda re iam perempta, quidquin in contrarium hic dicat Accursius.

2 ¶Si dominus proprietatis insulam, cuius vsusfructus legatus erat, incenderit, nō est de dolo actio: quoniam aliæ ex hoc oriuntur actiones[5].

Ad §.2.

Ad §.2. Si dominus.

R. dub. & dec. ead. ferè quæ ad *l. 7. §. si seruum vsumfructuarium. ff. h. tit.* vbi dixi.

e *Aliæ ex hoc oriuntur actiones.* Accurs. intelligit de *act. l. Aquiliæ* & vtili in factum ex *l. sed & si proprietatis. 12. §. ad l. Aquil.* Cuiacius de vtili actione damni iniuria quæ ab Aquiliæ *l. actio.* parum distat, addit *& ad exhibendum fortasse.* ex *d. l. 7. §. si seruum. ff. eo. quod minor.* Nā in *§. si seruum.* agitur de seruo occiso. In hoc autem *§. de æd. ædib. exustis*, quarū nomine etiamsi exustæ non essent actio ad exhib. non daretur cùm sint immobiles. Nec. n. actio ad exhi. comparata est ob res immobiles, sed ob mobiles tantùm, quæ nisi exhibentur facile celari possunt. *l. 2. 3. & pass. ad exhib.* Quid si ædificiū in area fructuariæ positum sit à proprietario? Non sit deterior, sed melior. Ergo nec *l. Aquil.* actio nec cāni iniuria locū habere poterit. Atqui vsusfructus ea ratione amitti tur, quia res mutatur. Rei autem mutatione vsusfructus perit. Agendum igitur erit ex testamento si vsusfructus testamento constitutus fuerat aut etiam interdicto, *Quod vi aut clam. leg. repeti. 5 §. vlt. & l. seq. infr. quibus modis vsusfructus amitt.* Interdum de dolo, scilicet si aliis actionibus locus esse nō possit. *l. Antæus. 4. de aq. plu. arc. l. falsus. 43. §. si quis nihil. de furt.*

3 ¶De eo, qui sciens commodasset pondera, vt venditor emptori merces adpēderet, Trebatius de dolo dabat actionem. Atquin si maiora pondera cōmodauit: id quod amplius mercis datū est, repeti condictione potest: si minora, vt reliqua merx detur, ex empto agi potest. nisi si ea conditione merx venit, vt illis ponderibus traderetur[6]: cùm ille decipiendi causa adfirmasset, se æqua pondera habere.

Ad §.3. De eo.

f *Repeti condictione potest.* Rat. dub. Videtur actio ex vendito locum hoc casu habere ne venditor decipiatur, vt & in specie seq. locum habet actio ex emto ne emtor decipiatur. Atque ita putat Accurs. ex *l. 3. §. sed si venditor. ff. si mens. falſ. mod. dix.* Ergo non est locus condictioni. Nam condictio nunquam potest concurrere cum actione ex emto aut ex vendito. Siquidem neque hæc neq; illa dari potest alij quàm cuius interest. nihil autem interest eius qui potest cōdicere, vt ratiocinatur Vlp. ex Pōponio in *d. l. 3. vers. Pomponius.* R. dec. Actio ex vēdito locum habere non potest. An quia, vt ait Cuiac. id quod amplius mercis nomine venditor dedit venditione nō comprehenditur? Atqui id quod propter falsam modi renuntiationē venditor plus æquo tradidit, venditione cōprehenditur, ideóque habet venditor actionē ex vendito contra emtorē, vt amplius pretiū soluat. *d. §. sed si venditor.* Quidni ergo quòd amplius mercis datū est ob falsa ponderā? Hoc nemo explicat. Puto ego aliam esse rationem venditionis fundi quæ fit ad certum modum, aliam eius quæ fit ad certum pondus aut mensuram. Venditio quæ fit ad certum pondus incipit ferè semper à pōdere, nec nisi ex pondere sciri potest quantum venierit. Venditor enim dicit se tot libras vendere, emtor verò se totemere. Proinde si maioribus quàm oportuit ponderibus merx librata sit, verum est quod amplius datum est venditum non fuisse, quia neque venditor id vendere, neque emtor emere voluit. Putà si decem libræ plumbi venditæ fuerant quæ maioribus ponderibus æstimatæ libras XII. efficiant, *l. si quis vxoris. 52. §. maiora. de furt.* Ergo non ex vendito competere actio venditori hoc casu potest, sed tantùm cōdictio. At si minora fuerunt pondera, non pretij condictio emtori competet qui læsus fuit, sed actio ex emto vt reliqua merx detur, quia non quemadmodum is qui pauciores libras vendidit, plures vēdidisse dici non potest, ita è contrario qui plures vendidit potest dici non pauciores vendidisse. Cùm verò fundi venditio sit admodum certum, vt plurimum, incipit à corpore, venditúrque quidquid est intra certos confines. Modus autē quæritur non vt sciatur quid aut quantū venierit, sed quantū precij nomine emtorē præstare oporteat, pretio scilicet in singula iugera constituto. Ideóque si renunciatum sit intra confines fundi venditi centum esse iugera, cùm essent dūtaxat nonaginta, & ita deceptus emtor centum iugerum æstimationem soluerit, non potest agere ex emto vt reliqua iugera dentur. Reliqua. n. nulla sunt quæ in venditionem venire possunt, cùm id tantùm sit venditum quod intra confines reperietur. Nec quod habeat venditor alia iugera vnde supplere possit quod venditioni defuit ad rem facit, quia nūquam plus præstare venditor cogi potest quàm vendiderit, nec fundus pro fundo recipit functionem. *l. 2. §. 1. de reb. cred.* Illud ergo superest vt emptor habeat condictionem precij, quippe quod sit apud venditorem sine causa. Quod diuersum est vēdita merce quæ recipiat functionem in suo genere. *l. si quis à me. 33. de act. emt.* qui locus sine dubio etiam accipi debet de olei vēditione quæ inceperit à corpore non à pondere. Alioqui non haberet venditor actionem ex vendito, sed condictionem, vt in hoc §. E conuerso autem non haberet emtor actionem ex empto vt reliqua merx daretur, cùm venditio cœpisset à corpore, si eadem esset ratio olei quæ fundi, vt constat ex *d. l. 3. si mens. falſ. mod. dix.* quæ dat emtori condictionem non ex emto actionem. & ita lex illa concilianda est cum cæteris. Conciliationem probant verba illa, *Oleum quod emisset.* item, *vt in modo me falleret.* Sed si venditor ipse fraudatus à mensore maiorem modum tradiderit, putà eentum iugera cùm renuntiatum esset nonaginta tantùm esse, & ita non nisi de nonaginta iugerum pretium ab emtore acceperit, habere debet non condictionem decem iugerum quasi æquè sint sine causa penes emtorem [non enim sunt sine causa cùm fuerint vendita, vt puta intra dictos confines sita] sed actionem ex vendito, vt quod iusto & cōuento precio deest, suppleatur. *dict. l. 3. si mens. falſ. mod. dixer.* Non enim potest emtor causari se non emisse, nec rursus quominus rei sibi venditæ ac traditæ pretium præstet recusare. Quid igitur si venditio fundi inceperit à modo? Nā & id aliquando fit, vt putà si tibi vendidero tot iugera intra hos vel illos confines? vt *in l. qui fundum. 40. §. qui agrum. de contrah. emt.* Eo casu puto obseruandum quod in hoc §. scriptū est

de merce vendita quæ pondere conſtat. Et è conuerſo ſi ponas venditionem mercis pondere conſtantis non à pondere cepiſſe,ſed à corpore, vtputà ſi vẽdidero tibi omne oleum quod eſt in tali loco, ſed cõſtituto in ſingulas metretas certo precio, idẽ obſeruandũ dicam quod in ſpecie *d.l.*3.ex parte. ſ. venditoris non emtoris. *d.l.ſi quis à me. de act.emt.* Sed tamẽ regulariter alia ratio eſſe ſolet eorũ quæ pondere, numero, vel menſura conſtant, alia fundorum.Illa enim vt plurimum ſic vendi ſolent, vt non prius nec aliter venditio perfecta videatur, quã ſi adpenſa, admenſa adnumeratáve ſint. *l. quod ſæpè* 35.*§.in iis. de contrah. emt.* Fundorum verò vẽditio vt plurimùm incipit à corpore, nec de modo agitur niſi per conſequentias. Denique pondus, menſura,& numerus dant legem ipſi venditioni, modus autem non niſi precio venditionis, pretio,inquam,non taxato,ſed iam taxato.

g *Vt illis ponderibus traderetur.* R. dub. Eſt in poteſtate contrahentium vendere & emere quibus velint ponderibus. *l. imperatores.*71. *de contrahend. emtione.* Ergo ſi ea conditione merx veniit, vt illis ponderibus traderetur, non poteſt locum habere actio de dolo.Ratio decidendi, Eſt in poteſtate cõtrahentium vt paciſcantur quibus velint ponderibus aut menſuris rem tradi.ſed qui decipitur putãs iuſta eſſe pondera quæ alius dolo malo adfirmat iuſta eſſe cùm non ſint, is paciſci & conſentire non videtur. *l.qui cum tutorib. 9.§.1. de tranſact.* Habet igitur actionẽ de dolo,quia hoc caſu nõ põt aut ex emto agere aut ex vendito, neque rurſus condicere indebitum,cũ nominatim conuenit vt commodatis ponderib.qualia qualia eſſent merx traderetur.Dices:vbi cõpetit actio furti ceſſare actione de dolo, *d.l.*7. *§.idem Labeo.* vbi dixi.*§.b.tit.* In propoſita verò ſpecie cõpetere actionẽ furt. non ſolùm in eũ ex contrahentibus qui ſcit falſa & iniqua eſſe pondera,ſed etiam in eũ qui ſciens ſcienti cõmodauit, quaſi cuius ope & conſilio furtũ factũ ſit.*d.l.ſi quis vxori.*52.*§.ſi matora. de fur.* Quòd ſi ponas ſcientẽ ignoranti cõmodaſſe, adhuc cõpetet vtilis actio ſiue in factũ.*l.ſi is qui rẽ.* 66.*§.pen.eo.* Ergo nullo caſu de dolo agi poterit.Reſpondeo cũ Cuiac. nec furti actioni locũ eſſe poſſe nec vtili ſeu in factũ, quãdo manifeſtè conſtat contrahentes hæc ſibi pondera delegiſſe & approbaſſe, & idcirco ſolam ſupereſſe actionẽ de dolo in cõmodatorem, qui alterutrius decipiendi cauſa adfirmauit æqua ſe pondera habere. Eadem actio de dolo cæteris etiam caſibus locũ habebit quibus condictio quidẽ cõpetat venditori, aut actio ex emto emtori, ſed contra eum qui non ſit ſoluendo. arg.*d.l.*3.*ſi menſ.falſ.mod. dix.* Cætera huius §.Cuiacius aut malè aut nullomodo explicauit,nec feliciùs Accurſ.cũ ſua illa magna diſtinctione,licèt Bart. eam valdè pulcram dicat & plenioremquàm ſit aliqua parte mundi.

4 ¶ Dolo cuius effectũ eſt,*vt lis tẽporib. legitimis tranſactis pereat*[h],Trebatius ait de dolo dãdũ iudiciũ: nõ vt arbitrio iudicis res reſtituatur,ſed vt tãtũ actor cõſequatur,quãti eius interfuerit id non eſſe factum: ne aliter obſeruantibus lex circumſcribatur[i]

Ad §. 4. Dolo cuius.

R. dub. Edictum de dolo reſtitutoriũ eſt & pars edicti generalis De in integrum reſtitutionibus. *l.* 1.ſ.*l.1. de in integr. reſtit.*Atqui reſtitutio nihil aliud eſt quàm redintegrãdæ rei vel cauſæ actio, vt Paul. in Senten. definit, ideóque debet reſtitutio quælibet id reddere quod abſtulit læſio:vt omnia in priſtinum ſtatum reponantur. *l.quod ſi minor* 24.*§.reſtitutio de mino.* Ergo ſi alicuius dolo effectum ſit vt lis legitimis tẽporib. pereat, lis ipſa reſtituenda eſt arbitrio iudicis, & ni reſtituatur,tunc demũ facienda condemnatio eſt in in omne quod intereſt actoris. R.dec.Prætor nihil poteſt nec vult facere contra leges.*l.nec non.* 28.*§. quoad eius.qui.ex cauſ. maior.l.cùm ſponſus.*12. *§.ſi res. de publican.* Atqui faceret cõtra leges ſi daret in integrum reſtitutionẽ ad reſtituendã litẽ quã lex certis temporibus perire iuſſit & quæ ob eã cauſam legitima tẽpora appellantur in hoc *§.& in l.ſi iudex.* 32. *de iud.* Ergo nullum præcedere arbitrium hoc caſu debet de re reſtituenda, ſed rectà decurrendum eſt ad condemnationem eius quod intereſt,vt & in ſpecie *§.*1.*huius l.*Tãto magis quod lites omnes ſunt odioſæ vt eas ſemel extinctas reſuſcitari nunquã oporteat,ne quidẽ imperiali reſcripto.*l.cauſas.* 16.*C.de tranſact.*

h *Vt lis temporibus legitimis tranſactis pereat.* Cuia. ſic intelligit vt actio putà redhibitoria vel quanti minoris tẽpore amittatur. Parum ſubtiliter. Aliud enim eſt litem perire, aliud verò actionem amitti. Cùmque actiones omnes temporales deſcendant ex iure honorario.i.vel prætorio,vel ædilitio, qui fieri poteſt vt legitima ſint tempora quibus actiones illæ concludantur? Imò verò legitimæ actiones & ciuiles, id eſt,quæ ex legibus aut ex ſenatuſconſultis aut ex cõſtitutionibus proficiſcũtur,fuerúntque Vlpiani noſtri temporibus totóque iure vetere vſque ad conſtitutionem Theodoſij in *l.*3. *C. de præſcr.* 30.*vel* 40.*an.* quod & Iuſtinianus refert initio *tit. de perp.& temp. act.* Nullũ ergo fuit legitimum tempus quo perimerentur,at fuit legitimum tempus quo lites & ciuiles & criminales finirentur, vnde & lis mortua dicitur in *l.*2.*iud.ſol.*quanquam & hoc quoque ab Imperatoribus immutatum eſt. *l.properandum.* 13. *C.de iudic.l.* 2.*Cod. vt intr. cert. temp.crim.quæſt.term.* Ergo nec ad rem pertinet quod huic loco obiicere noſtri ſolent Dari à prætore reſtitutionem etiam ad reſtituendam actionem cuius dies exierit ex *l. ait prætor.* 23. *§. vltim. cum l.ſeq. ex quibus cauſ.maior.* Nihil enim prætor facit contra leges cùm reſtituit actionem tempore finitam,quando ex ipſius prætoris imperio & iuriſdictione fiat, non ex legibus vt actio tempore finiatur: præter id quod ipſius etiam prætoris eſt actionem dare vel denegare. Ac què abſurdum eſt quod noſtri obiiciunt, Per litem perpetuari actionem, quæ alioqui tempore finiretur, cum lis incipiat eſſe ex die factæ conteſtationis,cuius ea vis eſt vt actionem etiam temporalem perpetuet.*l.aliam.* 19.*C.de noua.* Nam perpetuatur quidem actio per litis conteſtationẽ,ſed nõ ideo lis perpetuatur,quã legitimis temporibus perire neceſſe eſt ſi non ante terminetur. Nos autem de litis non de actionis peremtione tractamus. Tractant etiam noſtri de peremtione inſtantiæ, qui alius quoque tractatus eſt.

eſt. Fieri enim facilè poteſt vt inſtantia pereat, quamuis contrà fieri nequeat vt lis moriatur & ſalua ſit inſtantia.

i *Ne aliter obſeruantibus lex circumſcribatur.* Inſignis eſt hic locus contra errorem interpretum & pragmaticorum noſtrorũ exiſtimantium aduerſus præſcriptionem 30.vel 40. ann.dari à prætore reſtitutionem in integrũ ſi iuſta ſit aliqua cauſa danda reſtitutionis.Id enim faciunt vt lex circũſcribatur quæ pleniſſimam dat ſecuritatem ei qui ciuſcemodi præſcriptione tutus ſit. Cùmque poſt Imperatorum conſtitutiones tempus actionum etiam ciuilium ſit legitimum, facit proculdubio contra leges & conſtitutiones quiſquis dat in integrum reſtitutionem, vt actio legibus peremta reſuſcitetur vt alibi ſcripſi.

5 ¶ Si ſeruum,quem tu mihi promiſeras,alius occiderit[k]: de dolo malo actionem in eum dandam plerique rectè putant: quia tu à me liberatus ſis[l]: ideóque legis Aquiliæ actio tibi denegabitur[m].

Ad §.vlt.ſi ſeruum.

k *Alius occiderit.* R. dub. Cùm fideiuſſor debitoris promiſſum hominẽ occidit, alius ſanè occidit quàm debitor,ideóq;&debitor ipſe liberatur quaſi interitu rei debitæ citra ipſius moram aut culpam vllam contingente,vt ſcriptum eſt in *l.prox.*Atqui nihilominus fideiuſſor ex ſtipulatione tenetur. *leg. mora.*32.*in fin.de vſur.l.Stichum aut Pamphilum.* 95. *§.*1.*de ſolu.* ne ſcilicet alioqui ſit in poteſtate fideiuſſoris vt facto ſuo propriam tollat obligationem. *l.ſi ſeruum.* 91. *§.nunc videamus. de verb.oblig.*Ergo non rectè putant qui actionem de dolo hoc caſu dandam putant.R.dec.Debet hic locus intelligi de eo caſu quo ſeruus promiſſus occiſus fuerit ab alio quàm à fideiuſſore. Ab eo ſcilicet qui nunquam fuerit obligatus ad eum præſtandum. Quo caſu certum eſt non aliam quàm de dolo actionem contra occiſorem dari poſſe.Fideiuſſoris enim qui ipſe obligatus fuit ad hominem præſtandum alia certè ratio eſt,vt dicemus ad *l.ſeq.*

l *Quia tu à me liberatus ſis.* Debitor enim ſpeciei liberatur interitu ſpeciei citra moram & culpam vllam contingente.*l.ſi ex legati.*23.*&ſeq.de verbor. oblig.* non tamen habet locũ ſi quis in odium promiſſoris & ob inimicitias cũ eo ſuſceptas promiſſum hominem occidit, quia hoc caſu ꝓmiſſor ipſe occidiſſe videtur qui damni & occiſionis cauſam præſtitit. *l.ſi merces.* 25.§.*culpæ autem.*ĩ.*locat.*

m *Ideóque legis Aquiliæ actio tibi denegetur.* Rat. dub. Actio l. Aquiliæ competit domino cuius ſeruus occiſus eſt. *l.* 2.*l. liber homo.*13.*in pr. & §. ſi ſeruus.& paſſ.ad l.Aquil.* Atqui debitor quamuis debitor ſit, non eo minus tamen remanet dominus rei debitæ. Alioqui nec eius ſolutione,liberaretur. Ergo perinde actionem. l.Aquil.debet habere cõtra occiſorem ac ſi dominus non eſſet.R.dec.Actio illa leg. Aquiliæ non datur cuilibet domino, ſed ei tantùm qui damnum paſſus eſt. Damna enim domino ſalua eſſe voluit. *§. ſi ſeruus.d.l.liber homo.*13. Atqui nullum in hac ſpecie damnum eſt debitoris,cuius ſcil.nihil intereſt quòd ſeruus debitus occiſus ſit cùm eius interitu ſit liberatus. Puto tamen diſtinguendum eſſe an purè an in diem homo deberetur. Illo caſu ſi ante moram homo occiſus ſit, ceſſare actionem l. Aquiliæ, quia omnimodo eum promiſſor dare debuit, nec ipſius quidquam penitus intereſt. At ſi ante diẽ occiſus ſit, Aquiliã competere propter commodum medij temporis quod ꝓmiſſori eripitur, à quo ſtipulator nihil petere ante diem potuiſſet. Eadémq. diſtinctio ſit cùm hominẽ debitũ ſtipulator ipſe occidit. Et ita volunt quidam accipi quod Papin.ſcribit in *l.legis Aquiliæ* 54. *ad l.Aquil.* de homine promiſſo ante moram per ſtipulatorem occiſo: id eſt, antequam debitor eo nomine interpellatus eſſet aut interpellari potuiſſet. Nam licèt quiſquis purè debeat,non ideò ſit in mora quousque interpellatus ſit congruo loco & tempore. *d.l.mora.in pr.* vix tamen negari poteſt quin creditor, qui hominem ſibi purè debitum occidit, ſibi potiùs quàm alij iniuriam faciat. Sed tamen magis eſt vt hoc quoque caſu commodum medij temporis eripiatur promiſſori,cum perinde omnia commoda per ſeruum debitum acquirantur domino eidémq; debitori ac ſi debitor non eſſet. Nihil enim ex ſtipulatione præſtatur, niſi quod nominatim promiſſum eſt. *l.quidquid aſtringendæ.*99.*de verbor.oblig.* Sufficit autem damnum vel minimum infligi domino vt habeat l.Aquiliæ actionem. Dices,cur ergo non habet in propoſito,id eſt,cùm alius quàm ſtipulator occidit? Nam & hoc caſu medij temporis commodum aufertur debitori, & longè facilius eſt vt occiſor extraneus videatur iniuriam voluiſſe facere domino, quàm vt ſtipulator, qui ſibi ipſi ſanè magis quàm promiſſori nocet, cùm ſibi debitum purè ſeruum occidit. Sed reſpondendum eſt, cùm extraneus promiſſum hominem occidit, id eum agere vt ſtipulatori noceat magis quàm vt promiſſori, ob idq. l. Aquilia non teneri, nec ſtipulatori qui non fuit dominus, nec promiſſori cui nocere noluit & cui potius profuit,quandoquidem eum liberauit. Cùm verò ipſe ſtipulator occidit, non tam ſibi quàm debitori nocere voluiſſe credendus eſt,qui ſeruũ occidere maluit quàm petere, atq. ita effecit ne alius quàm debitor eius ſerui dominus eſſe vnquã potuerit. Ratio enim cur debitori l.Aquiliæ actio non competat illa eſt, quia ſtipulatori damnum potius illatum videatur.Idque non alia ratione quàm quod ſeruus ille ſi occiſus non fuiſſet,ſtipulatori dari & potuiſſet & debuiſſet. Quod nõ ſimiliter dici poteſt cùm per ſtipulatorẽ ipſum ſtat ne vnquam ei ſolui poſſit.Solius enim promiſſoris dominium hoc caſu attendi debet, quod ab ipſo nec vnquam receſsit,nec recedere vnquam potuiſſe creditur, quia nunquam ſtipulator petiturus fuiſſe videtur eum ,quem non ſolum nunquam petiit,ſed & ne petere vnquã poſſet ipſe effecit.Solent etiam interpretes huic *§.*obiicere quod ſcriptum eſt in *l. huic ſcripturæ.* 15.*verſ. quòd ſi vulnere. ad leg. Aquil.* vbi ſcriptum eſt ſi vulneratus ſit ſeruus ante aditam hereditatem, in hereditate quidem Aquiliam remanere, ſed ea cedere legatario heredem oportere. Quidni ergo ſimiliter occiſo ante morã ſeruo promiſſo dicemus Aquiliam acquiri debitori, ob idq. cogendũ illũ vt ea cedat ſtipulatori.Atq.ita tandẽ cõcludit Accurſ. Et quia videt pugnare quod hîc Vlp. ſcribit dandã eſſe in occiſorẽ actionẽ de dolo, ſic ille hoc interpretatur,vt ſẽſus ſit dari actionẽ l. Aquiliæ doli no-

mi.e. Quod est ridiculum, cū Vlp. scribat & actionem de dolo locum habere, & l. Aquiliæ actionem locum non habere. Bart. verò distinguit, an creditor causam habeat onerosam an lucratiuā, vt priore demum casu cessio ei facienda sit, non posteriore. Cuiac. multo melius & verius eundē Vlpianum nostrum in *d. l. scripturæ.* non loqui de legato seruo occiso ante aditam hereditatem, sed vulnerato, cum ait Aquiliam legatario cedi oportere. Est aūt longè dispar ratio occisi & vulnerati. Occiso námque ante aditam hereditatem seruo qui fuerat legatus, nullomodo tenetur heres qui nec in mora nec in culpa fuit, nec proinde ad cedendas actiones. Idque est quod ait *d. l. huic scripturæ.* in prima parte l. Aquiliæ actionem in hereditate remanere. Adeò autem verum est liberari heredem, vt si cum plures heredes essent, vnius dolo vel culpa seruus occisus fuerit, alius non teneatur, cuius culpa factum nō est nec res in rerum natura sit. *l. si heredis.* 48. *§.* 1. *de legat.* 1. At cum seruus legatus non nisi vulneratus fuit, nō intercidit legatum, quia res legata non desinit esse in rerum natura. Proinde actionē l. Aquiliæ hereditati primum per seruum hereditarium acquisitā, deinde heredi per hereditatem legatario cedi æquum est, qui post aditionem hereditatis legatum agnouit. Idémq; admittam facilè cum Cuia. etsi agatur de prmisso homine vulnerato, Sed quod addit vir doctiss. in specie *d. l. huic scripturæ.* occisum fuisse seruum antequam legatario deberetur, & ideo Aquiliam hereditati quæsitam esse. hoc verò non probo. Nam præter id quod legatorū purè relictorum dies non ab adita hereditate cedit, sed vel ab apertis tabulis ex *l. Iul. & Pap.* vel ex die mortis tam vetere quàm nouo iure. *l. vni. C. de cadu. toll.* cedere verò diem nihil aliud est quàm incipere deberi. *l. cedere diem.* 213. *de ver. sign.* de quo scripsi ad *l.* 7. *§. si seruum. ſ. hoc ti.* Illud etiā constat l. Aquiliæ actionem nō ei acquiri cui homo debeatur, sed qui hominis occisi aut vulnerari dominus eo tempore fuerit. Sed & si verum est, vt est quod vult vir doctiss. Eius legati nomine quod ante aditam hereditatem, atq; adeo antequam agnosceretur in rerū natura esse desiit, heredē nullomodo teneri. Quæro cur ergo heres qui liberatus est, Aquilia tamē agere posit? Hoc. n. est quod & dubitationē nostris fecit & explicandum fuit. Dicendum est ante aditam hereditatem nondum esse obligatum ad præstationem legatorum. Obligatur. n. ex quasi cōtractu eōdemum tempore quo adit hereditatem. *l. 5. §. heres quoq. de obl. & act. l. 3. §. vlt. & l. seq. ex quib. caus. in poss. eat.* Ergo neque pōt liberari morte serui legati interim occisi. Præposterum. n. est vt quis liberetur priusquam sit obligatus: Consequenter non potest ea ratio liberati heredis impedire ne actio l. Aquil. acquiratur hereditati, quæ interim domina est, & defuncti non heredis personam repræsentat. *l. hereditas.* 34. *de acq. rer. dom.* Quomodo. n. ab initio acquireretur heredi qui antequā adierit nullo modo heres est, nec proinde dominus? Ex postfacto sane acquiritur heredi, vt & cætera omnia quæ medio tempore acquiruntur per iacentem hereditatem. Sed non tanquam debitori adhuc obligato, & cuius interfit [eodem quippe instanti & obligatus reperitur tanquam heres & liberatus propter rei debitæ peremtionē, Jat tanquam heredi cui necesse est acquiri actionem quæ fuerat hereditari acquisita. Nihil. n. remanere potest in hereditate quæ per aditionem desinit esse hereditas, nec rursus transire rectà potest ab hereditate in legatarium, nec aliter quam per mediam hereditatis personā: quod secus est *in iis* quæ à testatore proficiscuntur. *l. legatum.* 80. *de leg.* 2. Ideóq; nimirum cessione opus est tam quoque cum actionem. l. Aquil. hereditati quæsitā ad legatarium peruenire æquum est, quod contingit vulnerato tantùm non etiam occiso homine legato, vt dixi ex *d. l. huic scripturæ.* Cùm ergo nullus cessioni petendæ locus relinquatur, cùm homo est occisus ante aditam hereditatem: quia heres, vt diximus, nullomodo tenetur, necesse est remanere Aquiliam apud heredem, quæ perpetuò remaneret in hereditate si ipsa maneret hereditas. At cur non acquiritur legatario illa actiò etiam citra cessionē, cùm adita quandocunque hereditas retrofingatur adita ex die mortis dominiúmq; rectà translatum à testatore in legatarium? *d. l. legatum.* Ratio est quia mortuo ante aditam hereditatē seruo dent it subiectum ad quod fictio illa iuris aptari posit, vt explicaui ad *d. §. item si seruum.* Illud planè constat si seruus legatus post aditam hereditatem sit occisus, competere l. Aquiliæ actionem legatario, & quidē citra cessionem, si modò [sic enim legendum est] post mortem serui agnouit legatum. *l. liber homo.* 13. *§. fin. ad l. Aquil.* quia eo casu nihil impedit quominus, retrofictio iuris locum habere possit.

19. PAPINIANVS lib. 37. Quæstionum.

SI fideiussor promissum animal, ante moram occiderit: de dolo actionem reddi aduersus eum oportere Neratius Priscus, & Iulianus responderunt: quoniam debitore liberato, per consequentias ipse quoque dimittitur.

Ad l. Si fideiussor. 19.

R. dub. Nemo facto suo potest obligationē suam extinguere inuito creditore. *l. si seruum.* 91. *§. nunc videamus. de verb. oblig.* Atqui fideiussor fuit ab initio vtiliter obligatus. Ergo seruum debitum occidendo, liberat quidē debitorem cuius neque mora neque culpa vlla præcesserit, sed non seipsum. Consequenter teneri debet pristina actione ex stipulatu etiam sublata principali obligatione, quemadmodum teneretur si debitor sine herede decessisset, vt argumentatur Papin. in *l. Stichum aut Pamphilum.* 95. *§.* 1. *de solut.* quem Paulus sequitur in *l. mora.* 88. *de verb. obl.* & in *d. §. nunc videamus.* siue dicas actionem illam esse directam siue vtilem dūtaxat, qualem esse vult idem Paulus in *l. filiusfamil.* 49. *in fin. pr. eo. tit.* & Marcianus in *l. nova.* 32. *in fin. de vsur.* Hoc verò si ita est, nullus ergo actioni de dolo locus relinquitur. Sufficit enim aliā actionem quamlibet etiam vtilem competere. Imò & quæ restitui possit ex edicto. *l.* 1. *§. idem Pomponius refert. ſ. hoc simul.* Itaque si cum Cuiacio dicas hanc actionem ex stipulatu restituendam esse ex edicto, & ob id vtilem dici quasi restitutoriam, quæ Africani sententiam fuisse videtur in *l. cùm quis.* 38. *§. pen. de solut.* adhuc tamen dicendum erit cessare actionem de dolo, quam tamen ex Neratij Prisci & Iuliani sententia dat hìc Papinianus sibi, vt videtur, contrarius. Ratio decidendi. Pugnātes fuerunt circa hanc speciem Iureconsultorum opiniones, nec tam suam quàm aliorum sententiā Papinianus hìc refert. de quo scripsi fusiùs 2. *Coniectu.* 7. Bartolus verò noster distinguit an obligatio fuerit pura vel purificata eo tempore quo fideiussor hominē debitum occidit, an verò in diem aut sub conditione quæ nondum venerit: quasi priore casu fideiussor hominem occidendo constituatur in mora, posteriore non item. Diuinatiuè prorsus & malè. Nam qui dolo malo aut culpa interueniente occidit, an non satis in mora constituitur hoc ipso quod facit ne in mora amplius constitui possit, iam scilicet liberato debitore, si modò recta est ratiocinatio qua Neratius Priscus & Iulianus vtebantur.

20. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

SEruus tuus, cùm tibi deberet, nec soluendo esset, hortatu tuo pecuniam mutuam à me accepit, & tibi soluit. Labeo ait de dolo malo actionem in te dandam: quia nec peculio vtilis sit, cum in peculio nihil sit: nec in rem domini versum videatur, cum ob debitum dominus acceperit.

Ad l. 20. Seruus tuus.

Ex contractu serui dominus tenetur de peculio, adeóq; de in rē verso, si pecunia seruo numerata in rem domini versa probetur. *tot. tit. de pecul. & de in rem verso.* Atqui in proposita specie seruus habuit peculium & pecunia domino soluta, ac proinde in rem eius versa fuit: ergo non debet actio de dolo locū habere. R. dec. Actio quidem de peculio competit, sed inutilis est & inefficax si nihil sit in peculio tempore rei iudicatæ. *l. quæsitum.* 30. *de pecul. l. Fulcinius.* 7. *si quis actione. ex quib. caus. in poss. eat.* Nullam autem videtur actionem habere is qui habet inefficacem. *l.* 6. *ſ. h. ti.* Actio verò de in rem verso nulla hìc competit, quia dominus licèt acceperit pecuniam, accepit tamen ob debitum suum, i. ob id quod seruus naturaliter ei debebat. *l. nec seruus.* 41. *de pecul.* & consequenter non est dominus factus locupletior. Fit enim locupletior ille qui soluit suo creditori, quoniā ab eo liberatur. *l. si pupillus* 66. *de solut. l. species.* 11. *de acceptil.* sed non qui accipit solutionem à suo debitore: quoniam & eo tempore, quo actionē tantùm habebat, rem quoq; ipsam habere iam videbatur. *l. qui actionem.* 10. *de reg. iur.* Est igitur necessaria actio de dolo. At cur nō datur actio quod iussu in dominum, cuius hortatu lex ponit seruum mutuam à me pecuniam accepisse? Nempe quia aliud est hortari, aliud verò iubere & mandare. *l. si seruus.* 43. *sup. de neg. gest.* Dominum enim qui iussisset certum esset teneri quod iussu in solidum. *l.* 1. *& tot. ti. quod iuss. l.* 1. *& vlt. C. de exercit.* In proposita igitur specie cùm alia actio nulla sit, sola potest competere actio de dolo. Facit enim dolo malo dominus, qui seruum debitorem suum, quem scit non esse soluendo, cohortatur vt à me accipiat mutuam pecuniam, cuius ego sim iacturam facturus.

1 ¶ **Si persuaseris** [a] **mihi nullam societatem tibi fuisse cum eo, cui heres sum: & ob id iudicio absolui te passus sim: dandam mihi de dolo actionem Iulianus scribit.**

Ad §. 1. *Si persuaseris.*

R. dubit. Alio modo succurri mihi potest. Nā ex integro agere possum pristina actione pro socio, & si obiiciatur exceptio rei iudic. replicatione vti potero, vt in *l. cùm à te.* 25. *ſ. eo.* Ergo non est necessaria actio de dolo: consequenter nec competit. Neque dici potest quod diximus ad *l.* 7. *§. si dolo. ſ.* Tum esse locum replicationi, cùm ille ipse dolum passus est qui victus fuit, non cum alius, putà eius procurator. In hac enim specie ego ipse dolum passus sum, qui etiam passus sum te absolui. Quidni ergo doli replicatio mihi competet? Rat. decid. Licet dolus tuus dederit causā absolutioni, attamen res iudicata non à dolo tuo accipit vim & autoritatem, sed à potestate iudicis, qui vtique perinde fortasis fuerat te absoluturus aut iure aut iniuria, etiamsi dolum nullum admisisses. Ideóque nihil causæ est cur exceptio rei iudicatæ per doli replicationem eludatur. *l. eleganter.* 23. *§. si quis post transactionem. de cond. indebit. l. seruo.* 65. *§. cùm prætor. ad Treb.* At in specie *l. cum à te.* absolutus proponebatur reus consentiente actore vt proinde non nisi ex consensu & voluntate actoris ea absolutio pendere videretur. Cum enim litigatores consentiunt quid iudicandum sit, nihil faciendum habet iudex aliud quàm vt eorū sequatur voluntatem. *l. si conuenerit.* 26. *de re iudic.* Atqui consensus ille fuit extortus per dolum. Ergo æquum est exceptionem rei iudicatæ, quæ non tam ex iudicis voluntate & autoritate quàm ex consensu illo nascitur per doli replicationem elidi. Idque est quod significant verba illa Pauli in dict. *l. cùm à te. consecutus es vt consentiente me absolueretis.* Cæteri interpretes valdè hìc laborant, quorum omnium sententias itémque Cuiacij satis refutaui ad *d. l.* 7. *§. pen. ſ. eo.*

a *Si persuaseris.* Fortasis vltro iurando vel alia quadam fallacia, vt in *l. si legatarius.* 23. *ſ.* Nam & hoc innuit *l. seq.* quæ est de iureiurando.

21. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

QVòd si, deferente me, iuraueris, & absolutus sis, postea periurium fuerit adprobatum: I. Labeo ait, de dolo actionem in eum dandam. Pomponius autem per iusiurandum transactum videri, quam sententiam & Marcellus libro octauo Digestorum probat: stari enim religioni debet [a].

Ad l. 21. Quod si iejere te.

R. dub. Non debet cuiusquā dolus melioris esse cōdicionis magisq; impunitus remanere ob id solū quod ad dolū accesserit etiā periuriū. Est. n. longè absurdius & iniquius eū qui peierauit lucrū ex suo periurio sentire. *l. vlt. C. de reb. cred. & iureiur.* Atqui si periuriū in hac specie nullum ex parte tua interueniisset, quia nec iurasses, aut saltē quia non de-

ferēte me iurasſes, haberem contra te actionem de dolo. *l. prox.* ſ. Ergo multo magis hoc quoque caſu habebo. R. dec. Non poſſum hoc caſu agere contra te dolo, non quia periraſti, ſed quia ego iuſiurādū tibi detuli, atque ita tecum videor tranſegiſſe. Iuſiurandum enim tranſactionis locum obtinet, imò ſpeciem tranſactionis continet, vt ait *l. 2. de iureiuran. l. admonendi. 31. l. tutor. 35. ſ. 1. eod.* Duo enim ſunt in iureiurando quod præſtitum fuit ex delatione aduerſarij, religio & conuentio. *l. ſed & ſi ſeruus, 25. eod.* Cum is cui delatum fuit iuſiurandum ſic iurat vt peieret, religio quidem offenditur & violatur, ſed conuentio ſeruatur quaſi ſeipſum condemnauerit is qui iuſiurandum detulit. Aduerſarij enim iudicem fecit. *l. 1. quar. rer. act. non det.* iunct. *l. ſi conuenerit. 26. de re iud.*

a *Stari enim religioni debet.* Religionem dixit pro iureiurando. Alioqui religio nulla in periurio eſſe poteſt. Et ius hoc non tàm ex iureiurando præſtito, quàm ex ipſius delatione deſcendente apparet ex eo quod ſi vltro iuraueris & peieraueris aliud erit. *l. ſi legatarius. 23. ĵ. eo.*

9. PAVLVS. lib. II. ad Edictum.

NAm ſufficit periurii pœna.

Ad l. 22. Nam ſufficit.

R. dub. Iuriſiurandi contenta religio ſatis Deum vltorem habet. *l. 2. C. de rebus credit.* ideóque nec de periurio facilè ſolet quæri. *l. vlt. infr. de in litem iurando.* Ergo non poteſt in hac ſpecie ſufficere periurij pœna quæ nulla eſt. Ratio decidendi. Si quis Deum iurauerit & peieraverit, ſolus Deus vindex eſt. *dict. l. 2.* Sed qui per principem, proposita eſt pœna periurij, ſcilicet. *l. Iuliæ maieſtatis*, niſi inconſultò id fecerit & calore quodam, vt ait *d. l. 2.* quo caſu fuſtibus caſtigari debet is qui peieravit. *l. ſi duo. 13. ſ. fi. infr. de iureiur.*

23. GAIVS lib. 4. ad Edictum prouinciale.

SI legatarius, cui ſupra modum legis Falcidiæ legatum eſt, hæredi adhuc ignoranti ſubſtantiam hereditatis vltro iurando, vel quadam alia fallacia perſuaſerit, tāquam ſatis abunde que ad ſolida legata ſoluēda ſufficiat hereditas, atque eo modo ſolida legata fuerit conſecutus: datur de dolo actio.

Ad l. 23. Si legatarius.

R. dub. Condictio indebiti nunquam poteſt concurrere cū actione de dolo *l. arbitrio. 18. ſ. de eo. ſ. h. tit.* Non enim datur actio hæc de dolo niſi ei cuius intereſt. *d. l. arbitrio. 18.* Nihil autem videtur intereſſe eius qui habet condictionem. *l. 3. ver. Pomponius. infr. ſi mēſ. falſ. mod. dix.* Atqui in propoſita ſpecie habet locum condictio indebiti. *l. 2. & 3. ĵ. de cond. indeb. l. error. 9. C. ad l. Falcid.* Ergo actio de dolo locum habere non poteſt. R. dec. Condictioni tunc demum locus eſt, cùm heres proprio ſuo errore ductus ſoluit, non etiam cum dolo & perſuaſione legatarij. Condictio enim ex proprio errore naſcitur, vt bene hìc Cuiacius.

24. VLPIANVS lib. II. ad Edictum.

SI dolo acciderit eius, qui verba faciebat [a] pro eo, qui de libertate contendebat, quo minùs præſente aduerſario [b] ſecundùm libertatem pronuntietur: puto ſtatim de dolo dandam in eum actionem: quia ſemel pro libertate dictam ſententiam retractari non oportet.

Ad l. 24. Si dolo.

R. dub. Boni prætoris eſt litem reſtituere quoties ratio & æquitas id poſtulat potius quàm actionem famoſam conſtituere. *l. Diuus. 7. in fi. ſ. de in integr. reſt.* Atqui non deficit ratio & æquitas reſtituendæ litis cū dolus aliquis interuenit. R. dec. Fauor libertatis facit vt ſemel pro libertate dictam ſentētiam retractari nunquam oporteat. *Eleganter. 7. verſ. & quod minor. ſ. h. tit. l. ſi ex cauſa. 9. ſ. fi. de minor.* Ergo neceſſaria eſt actio de dolo eiq; locus eſt *ſtatim*, vt l. ait, hoc eſt, vt bene Cuiacius explicat, nullo præcedente arbitrio de lite contra libertatem reſtituenda. Eſt enim hic caſus vnus ex iis in quibus neceſſe nō eſt præcedere arbitrium in hac actione, quāuis ſemper ſit arbitraria. *l. arbitrio. 18. ſ. 1. ſ. eod.*

a *Eius qui verba faciebat.* Intelligit adſertorem libertatis quem olim neceſſe erat adeſſe ſeruo ad libertatem proclamanti, quippe qui propter condicionem ſuam videretur non poſſe ad intentionem eius qui ſe dominū dicebat, reſpōdere per ſe. quod hodie ſublatum eſt à Iuſtin. *tot. tit. C. de adſer. toll.*

b *Quominus præſente aduerſario.* id eſt, *vt non præſente aduerſario.* R. dubit. Sententia non valet quæ lata eſt contra abſentem. *l. 1. l. de vnoquoque. 47. ĵ. de re iud.* Ergo hæc ſententia contra dominum abſentē quamuis pro libertate lata non valuit. R. dec. Fuit dominus in hac ſpecie abſens per contumaciam, atque ita potuit contra eum ritè ferri ſententia, quoniam contumacia pro præſentia eſt. *Auth. qua in prouincia. ver. ſed ſi nec ipſe. C. vbi de crimin. ag. oper.* Adeo autem verum eſt valere ſententiam dictam in abſentem contumacem, vt nec liceat ei appellare. *l. & poſt edictum. 73. ſ. vlt. de iudic. l. 1. C. quor. appell. non recip.* quamuis alioqui à ſententia pro libertate dicta poſſit appellari. *l. illud. 9. de appel.* Nec enim alii appellātes audiuntur quàm quorum intereſt. *l. 1. de app. recip.* & quidem ex honeſta cauſa. arg. *l. 3. ſ. ſi mecum. in fin. ad exhib.* Nihil autem intereſſe videtur eius qui contumaciæ ſuę pœnā tulit ex reg. *l. quod quis. 203. de reg. iur.* Multo minùs verò in propoſita ſpecie, in qua cōtumax paratam habet pro ſua indemnitate actionem de dolo aduerſus adſertorem libertatis, cuius dolo malo factum eſt vt hic contumax fuerit qui alioquin adfuiſſet. Ponendum enim neceſſariò eſt fuiſſe illum euocatum. *l. etiam. 29. ſ. vlt. tit. prox. infr.*

25. PAV-

25. PAVLVS lib. II. ad Edictum.

CVm à te pecuniam peterem, eóque nomine iudiciū acceptum eſt: falsò mihi perſuaſiſti, tanquam eam pecuniam ſeruo meo, aut procuratori ſoluiſſes: eóque modo cōſecutus es, vt cōſentiente me abſoluereris, quærētib⁹ nobis, an in te doli iudiciū dari debeat, placuit de dolo actionē nō dari: quia alio modo mihi ſuccurri poteſt: nā ex integro agere poſsū, & ſi obiiciatur exceptio rei iudicatæ, replicatione iure vti potero [a].

Ad l. 25. Cùm à te.

R. dub. Per iudicatum nouatur prior contractus, & conſequenter actio quæ ex eo competebat. *l. vlt. verſ. ſi enim. C. de vſur. rei iudic.* Ergo actor ſemel victus, quamuis dolo aduerſarij agere poſtea ex integro & priſtina actione non poteſt, & conſequēter neceſſaria eſt ei actio de dolo, vt & in *l. 7. ſ. pe. l. ſeruus. 21. ſ. vlt. ſ. eod.* Ratio dec. Res iudicata nō eſt modus tollēdæ ipſo iure obligationis aut actionis, ideóq; parit dūtaxat exceptionē rei iud. nec proinde vnquā impedit quomin⁹ ex integro agi ſummo iure poſſit. *tot. tit. de excep. rei iud.* Quāuis inefficax futura ſit illa actio, quippe quā exceptio rei iud. ſit eliſura, niſi & ipſa exceptio per doli replicationē elidatur, vt in hac ſpecie, ſecundùm ea quæ latè ſcripſimus ad *d. ſ. pen. l. 7. & ad d. ſ. vlt. l. 21.* vbi vide.

a *Replicatione vti potero.* R. dub. Dolus aduerſarij non impedit poteſtatē & autoritatem rei iudicatæ, quàm nec impedit dolus ipſius iudicis. *l. ſeruus. 65. ſ. cùm prætor. ad Treb. l. eleganter. 23. ſ. ſi quis poſt tranſactionem. de cond. indebi.* Publicè námque intereſt res iudicatas effectū habere, vt aliquis ſit litiū finis. Ergo nō eſt hoc caſu dāda replicatio doli cōtra exceptionem rei iudic. ac proinde agēdum neceſſariò eſt de dolo. R. dec. In hac ſpecie res iudicata poteſtatem ſuam & autoritatem habuit non tā à voluntate & poteſtate iudicantis quàm à cōſenſu actoris qui dolo malo aduerſarij deceptus cōſenſit vt is abſolueretur: q⁹ probant verba illa Pauli, *eóq; modo conſecutus es vt conſentiente me abſolueretis.* Æquum igitur eſt vt exceptio rei iudicatæ per doli replicationē elidatur, vt dixi ad *d. l. 21. ſ. vlt. ſ. h. tit.*

26. GAIVS lib. 4. ad Edictum prouinciale.

IN heredem eatenus daturum ſe eam actionem [a] proconſul pollicetur, quatenus ad eum peruenerit: id eſt, quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit.

Ad l. 26. In heredem.

R. dub. Heres perſonā defuncti repræſentat, eodémque iure cēſetur, in iis quoque actionibus quæ cōtra defunctū non minùs quàm in iis quæ ipſi defuncto competebat. *l. 1. vlt. & paſſ. C. de her. act. l. 1. C. ſi cert. pet.* licèt hereditas non ſit ſoluendo. *l. qua dotis. 33. ſol. mat.* Atqui defunctus tenebatur in ſolidū actione de dolo. Ergo & eius heres teneri debet in ſolidū. Nec n. qualitas & cōdicio actionis ex perſona ſucceſſorū immutari debet, vt nec qualitas & condicio obligationis. *l. 2. ſ. ex his. de ver. obl.* Ratio dec. Nō ſemper ratio eſt defuncti quæ heredis. Nō parcitur ei qui dolum ipſe admiſit, quémque ideo quum eſt ex proprio dolo in ſolidum condemnari. At parcitur qui dolum non fecit vt non niſi quatenus ex dolo defuncti locupletiorem habuit hereditatem, teneatur, aut etiam quatenus dolo malo fecit quominùs ad eum peruenīret. Iniquū n. eſſet teneri eum & famoſa actione & in ſolidū quomodo defunctus tenebatur. Nec quòd poteſt ei imputari cur doloſi hominis hereditatem adierit, facere debet vt vſque adeo inhumanè cum eo agatur, ſatíſque eſt ſic eū tractari vt nullum ex defuncti dolo lucrū retineat. Eſt igitur periculoſius inopis quàm doloſi hominis hereditatem agnoſcere.

a *Actionem.* De dolo, inquit Accurſius, & bene. Nam actio ex contractu ex quo dolus interuenit, etiamſi ob dolum detur in ſolidum, tamen competit, nec ſolùm ſupra quàm ad heredem peruenit, ſed etiam ſi nihil prorſus ad eum peruenerit. *l. ſi hominem. 7. ſ. 1. de poſ. l. ex contr actibus. 49. de oblig. & act.*

27. PAVLVS lib. II. ad Edictum.

DOlóve malo eius factum eſt, quominus peruenerit.

Ad l. 27. Dolóve malo.

R. dubit. Quod dolo malo heredis factum eſt ne ad eum peruenīret, verum eſt non peruenīſſe in effectu. Ergo nulla eius ratio haberi debet. R. dec. Dolus facit vt perinde hoc haberi oporteat ac ſi peruenīſſet, quia dolus malus prò poſſeſſione eſt. *l. qui dolo. 131. de reg. iur.* At cur non potiùs dicimus heredem ſaltem hoc caſu in ſolidum teneri, cùm ex proprio non ex defuncti dolo conueniatur. *l. ſed & ſi. 31. de pec.* Reſpōdeo dolū facere vt teneatur hoc caſu in ſolidū, ſed in eo tātū in quo dolū admiſit nē pœna delictū egrediatur. *l. ſancimus. 22. C. de pœn.*

28. GAIVS lib. 4. ad Edictum prouinciale.

ITaque ſi accepto lata ſit tibi pecunia, omnimodo cum herede tuo agetur.

Ad l. 28. Itaque.

R. dub. Acceptilatio fit verbis nō numeratione. *l. 1. l. an inutilis. 8. ſ. acceptum ferri. & paſſ. de accept.* Ergo per acceptilationem nihil ad debitorem peruenit, & cōſequenter ſi dolo malo extorta acceptilatio ſit, nō poteſt ex ea cauſa teneri heres illi cui accepto latū fuit quaſi aliquid ad eū ex dolo defuncti peruenerit. R. dec. Is cui acceptū fit, cū liberetur ab obligatione qua priùs tenebatur, ſit proculdubio locupletior. *l. ſi pupilli. 66. in fi. de ſolut. l. ſpecies. 11. de accept.* Nec quidquam intereſt an ex numeratione, an per acceptilationem pecunia ad aliquē peruenerit. *l. ſi mulier. 10. in fi. de cond. cau. dat.* Ergo eius quoq; heredē actione iſta de dolo eatenus

tenerī æquum est cùm tanto locupletiorem nactus sit hereditatem. *l. quantum. 20. in fin. supr. tu. prox.* At hîc alia rursus occurrit dubitādi ratio quòd hoc casu competat condictio. *d. l. si mulier. in fin. l. 1. & pos. de cond. sine caus.* Cur ergo actio de dolo? Respondē vt dixi in *l. si legatarium. 23. §. eod.*

1 ¶ At si res tibi tradita sit, si quidem mortuo te, ea res extitit, agetur cum herede tuo: si minus, non agetur. ¶ Sed vtique in heredem perpetuò dabitur[a]: *quia non debet lucrari ex alieno damno.* Cui conueniens est, vt & in ipso, qui dolum commiserit, in id, quod locupletior esset perpetuò danda sit in factum actio.

Ad §. 1. de si res.

R. dub. Distinctio illa an res extet, anverò extare desierit, nūquam adhibetur cū mora facta est, quia mora omnimodo perpetuat obligationem. *l. si ex legati. 23. & seq. l. mora. 88. l. si seruum 91. §. sequitur. de ver. obl.* Atqui dolus plus quàm mora est, imò & plus quàm culpa. Ergo quēadmodum ex mora defuncti tenetur heres & quidem in solidum, etiamsi viuo adhuc debitore res extare desierit, ita & teneri debet indistinctè ex dolo defūcti cui fuit res tradita. R. decid. Heres successor est moræ defuncti & culpæ non etiam doli quantū ad hoc vt de dolo teneri debeat nisi quatenus ad eum peruenit. Moræ damnum luitur pecunia. Doli verò & alterius maleficij cuiuslibet nō nisi iactura existimationis. *l. Sabi nus. 29. §. eo.* Bona igitur & necessaria hæc distinctio est, quia cùm res, quæ defuncto tradita fuerit, extare desiit eo viuo, verū est nihil ex eius dolo ad heredē ex hac causa peruenisse: adeóque nec obligationem vllam superesse ex qua possit heres conueniri. Ponimus n. dolum interuenisse extra cōtractum: quod de mora similiter dici non potest, quæ necessariò supponit debitum aliquod præcedens, de quo quis interpellatus cōgruo loco & tempore moram contraxerit. *l. more. 32. de vsur.* Nec n. mora esse potest vbi nulla obligatio est, imò nec si obligatio aliqua sit, nulla tamen petitio. *l. lecta. 40. de reb. cred. l. si pupillus. 127. de ver. obl. l. nulla. 88. de reg. iur.* Cùm igitur heres conuenitur de re quæ post moram debitoris & eo adhuc viuo extare desiit, nō ex defuncti mora conuenitur, sed ex defuncti obligatione quæ propter moram durat, quæque si nulla mora interuenisset vtique re perempta intercidisset. At cū tractamus de actione De dolo, supponimus nullam præcedere obligationem, ex qua agi possit alia actione, quoniam alioqui de dolo actio non competeret. *l. falsus. 43. §. si quis nihil. de fert.*

a *Sed vtique in heredem perpetuò dabitur.* R. dub. Non debet esse plenior actio de dolo contra heredem dolosi quàm contra dolosum ipsum ne sit deterioris conditionis innocens quàm nocens. Atqui contra dolosum ipsum nō datur perpetuò, sed intra annum duntaxat cumq; vtilem, aut ex l. Constantini intra biennium continuum à die doli admissi numerandum, adeo vt nec litis contestatione perpetuetur. *l. vlt. C. h. t.* Ergo neq; contra heredem dolosi vltra ea tempora dari debet. R. dec. Datur quidem in dolosi heredem perpetuo, sed non in solidum vt contra dolosum ipsum, at de eo tantum qđ ad ipsum peruenit. *l. in heredem. 27. §. eo.* Itaque non eo minus melioris cōdicionis est heres dolosi quā dolosus, qui & ipse perpetuò tenetur si non nisi de eo quod ad ipsum peruenit cōueniatur. Nā nec illa actio de dolo dicenda erit, sed in factum siue contra dolosum, siue contra dolosi heredem proponatur, daturq; calculi potius quàm maleficij ratione, vt subiicitur in *l. seq.* ne. f. aut dolosus aut dolosi heres ex alieno damno lucrentur, vt hîc Gaius ait.

24. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

SAbinus putat, calculi ratione potius, quàm maleficii, hæredem conueniri: denique famosum non fieri: ideóque in perpetuum[a] teneri oportere.

Ad l. 29. Sabinus.

R. dub. Actio hæc in factum quæ aduersus dolosi heredem datur, non nisi propter factum dolumq; defuncti datur, nec aliter quam dolo interueniēte. Ergo nō magis debet esse perpetua quàm actio de dolo. R. dec. Non est bona cōsecutio, quia nō ideo de dolo actio est, sed merā rei persecutionē continet, vt in *l. quia non de dolo. 8. iunct. §. fin. l. proced. de tribu. act.* Non quia actio de dolo non sit etiam rei persecutoria, sed quia præter persecutionem rei continet etiam vindictam, siquidem infamiam irroget condemnato. In ea siquidē agitur de perfidia non de calculo, i. damno duntaxat pecuniario. *l. 6. §. fi. ff. de his qui not. infa. l. ei apud quem. 5. §. depos. l. Imperator. 11. §. vlt. ad municip.*

a *Ideóq; in perpetuum.* R. dub. Exceptio doli itémque replicatio existimationem oberat apud bonos & graues viros. *l. 4. §. aduersus. de do. except.* Ideóq; non datur liberis contra parentes, nec libertis contra patronos, vt ibi scriptum est & in *d. §. aduersus.* & in *l. licèt. 7. de obseq. par. præst.* Et tamen in perpetuum dantur. *l. purè. 5. §. vlt. de d. l. except. l. si pactum. 6. C. de except.* Ergo non est bona hæc illatio. R. de. Imò bona est: quia neq; exceptio neque replicatio doli sunt famosæ, quamuis suggillent existimationem eius cui obiiciuntur. Eáq; infamia si sic dicenda est, non iuris, sed facti est, vt alibi scripsi. At de dolo actio famosa est, ideóq; post annum dari non debet: adeo vt nec si incerta sit actioni de peculio quæ ipsa per se perpetua est & in heredem datur, perpetuò tamen danda sit aut in solidum aduersus heredem. *l. quæsitum. 30. §. si. de pecul.* Nimirum cùm de dolo domini datur, non de dolo serui, quod fit in bonæ fidei tantùm iudiciis, vt bene Cuiacius explicat ad *l. si plures. 17. §. h. tit.* ex *l. in bonæ fidei. 36. de pecul. l. 1. quand. de pecul. act. ann.*

30. VLPIANVS. lib. 11. ad Edictum.

NEque causæ cognitio in heredis persona erit necessaria.

Ad l. 30. Neque causæ.

Ratio dubitandi. Causæ cognitio necessaria est in persona dolosi. *l. si quis adfirmauit. 9.* aliàs *leg. si oleum. §. vltim. sup. hoc titul.* Ergo multo magis in persona heredis, vt eodem iure cēseatur heres quo defunctus. Ratio decidendi. Dispar est hac parte ratio defuncti & heredis. In persona defuncti necessaria erat causæ cognitio, quia tenebatur actione de dolo quæ erat famosa. In persona heredis nō est necessaria, quia tenetur tantum actione in factum quæ non est famosa. Nec rursus nouum est vt aliquando plenior, aliquando minùs plena detur actio contra heredem quàm contra defunctum, vt in *l. si per imprudentiam 5. §. non mirum. de extic.* Ergo qualiscunque persona sit heredis, & quantulacunque summa dabitur in heredem ista in factum actio sine vlla causæ cognitione.

31. PROCVLVS lib. 2. Epistolarum.

CVm quis persuaserit familiæ meæ, vt de possessione decedat: possessio quidem nō amittitur[a], sed de dolo malo iudicium[b] in eum competit, si quid dāni mihi accesserit[c].

Ad l. Cùm quis 31.

Ratio dubit. Qui possessionē retinet, vtiq; retinet etiā omnia cōmoda possessionis. Quid. n. prodesset retinere possessionē si cōmoda possessionis amitterentur? Atqui actio de dolo non datur nisi ad damnum quod quis ex alieno dolo passus sit. Ergo cùm in hac specie possessio non amittatur, actio de dolo competere nulla potest. Ratio decid. Fieri potest vt colono meo discedente de possessione, quāms eius deferēdę gratia possessio quidē non amittatur, sc. si nemo alius eam possessionē subinde ingressus sit, itaque ex sententia Proculi hic relata: ego tamen damnum aliquod senserim ex huiusmodi facto coloni mei, vt in exemplo quod adfert Cuiac. si od id non sint arua prosciſſa. Non enim sufficit retineri possessionem vt lucrum aliquod adferat, sed curari & excoli eam oportet. E contrario igitur sufficit eam negligi, quamuis non amittatur, vt ex ea negligentia damnum possessori irrogetur.

a *Possessio quidē non amittitur.* Ratio dubitandi. Quēadmodum possessio acquiritur animo & corpore, ita & amittitur *leg. quemadmodum 8. de acq. pos.* Atqui in proposita specie ponimus colonum qui dolo & persuasione fraudulenta alterius decessit de possessione, dicesse animo deferendæ possessionis, (alioqui dol⁹ sine effectu esset) atq; ita desisse & animo & corpore possidere. Ergo necesse est amitti meā possessionem, quæ non nisi per colonū illum retinebatur. Ratio decidend. Cū discesſit de possessione is per quem possidebam, si non deferendæ possessionis gratia id fecerit, constat inter omnes non amitti possessionem *leg. si colonus 31. de acq. pos.* quippe quę licet non acquiratur nisi animo & corpore, solo tamen animo retinetur *leg. 3. §. amittenda. & seq. eo. ti.* Si verò deferendæ possessionis animum colonus habuerit, hæc species dissentientes habuit Proculeianos & Sabinianos. Proculeiani putabant possessionem non amitti, nisi eam alius ingressus fuisset, vt constat ex *hac l.* quam sententiam & Papian. quoque secutus videtur in *leg. iusto 44. §. vlt. de vsucap.* eámque tandem Iustinianus comprobauit in *leg. vlt. C. de acq. pos.* Ne alioqui factum & perfidia coloni damnum adferat domino, vt Iustinianus ibidem ratiocinatur. Sabiniani verò contrà putabant amitti possessionem discedente colono, non timen eo decedente. In qua sententia fuit Africanus in *l. si de eo. 9. 1. infr. de acq. pos.*

b *Sed de dolo malo iudicium.* Ratio dubitandi. Videtur pro huiusmodi damnis competere actio. *l. Aquilia. §. cæterum. inst de leg. Aquil* in illis verbis. *Aut si quis alieno seruo persuaserit.* Ergo non potest locus esse iudicio de dolo. Ratio decidendi. Vtilis Aquilia ideò in illa specie locum habet quod ex eo corpus serui mortuum aut aliqua parte læsum fuerat, vt Cuiacius respondet. At in specie proposita nihil tale est. Aquilia ergo competere non potest, nec magis vtilis quàm directa.

c *Si quid damni mihi accesserit.* Accursius Bartolus, cæteríque interpretes passim hoc loco abutuntur vt dent actionem de dolo ad damna & interesse, quomodo loquuntur etiā iis casibus in quib. alia cōpetit actio ad rem principalem. Omnino malè. Nunquam enim actio de dolo pro damnis datur cùm alia competit pro negotio principali. Neque verò hîc alia vlla cōpetebat pro possessione, quippe quam Proculus negat amissam.

32. SCÆVOLA lib. 2. Digestorum.

FIlius legatum sibi seruum per receptionem, rogatus manumittere post certum tempus, post eaquàm rationes ipsi, & coheredibus fratribus reddidisset, ante diem, & ante redditas rationes, ad libertatem vindicta manumittendo perduxerat quæsitum est, an ex fideicommisso fratribus tenetur, vt rationes eorum pro portionibus redderet. Respondi, cùm liberum fecisset, ex causa quidem fideicommissi non teneri: verùm, si ideò properasset manumittere, ne rationes fratribus redderet, posse de dolo actionem in eum exercere.

Ad l. Filius 32.

Ratio dubitandi. Qui fideicommissum in diem certam præstando grauatus est, si ante diē præstet non videtur facere quod testator voluit, ideò; nec liberatur *l. sed & si alio 9. §. vl. & l. seq. ad Treb.* nec vllus in eo fauor libertatis est, vt contra voluntatē testatoris præstari debeat *l. si cui purè 31. §. 1. d. t.* Multò magis aūt id obtinet si in alterius fraudem fiat *l. filiusfa. 114 §. Diui. de leg. 1. leg. vxorem 41. §. Seium maritum. de leg. 3.* Tunc. n. solutionis repræsentatio fieri tutò potest, cùm dies fuerat adiecta in fauorē debitoris tantùm *leg. eum qui 15.* aliàs. *leg. Iauolenus. de ann. leg.* Nemo enim potest ius suum remittere in præiudicium alterius æquè principale ius habentis *l. qui heredi 44. §. vlt. leg. qui duobus 23. de condic. & de monst.* In proposita aūt specie fuerat condicio reddendarū rationū adscripta fideicōmissariæ libertati non minùs in fauorem coheredum quàm filij prælegatarij. Adeóque ipsorum etiam gratia videbatur libertas per fideicōmissum seruo data, vt scilicet seruus spe & auiditate consequendæ libertatis, tantò promptiùs & diligētiùs redderet rationes. Vnde est quod Scęuola quærit, An filius qui de libertate dūtaxat seruo præstāda rogatus fuerat, fratribus quoquæ suis ex fideicommisso teneatur. Solent enim ad fideicommissi petitionem admitti omnes ij quibus

teſtator proſpectum voluit licèt nihil iis nominatim fuerit relictum. *leg. ſeruo legato* 69. *§. ſiteſtator. de legat.* 1. *leg. fideicommiſſa* 11. *§. plerumque de legat.*3. Ratio decidendi. Qui ad diem ſiue certum ſiue incertum præſtare aliquid rogatus eſt non poteſt quidem interim vrgeri vt præſtet, ſed ſi præſtiterit non eſt quod quiſquam conqueratur. Et quidem ſi in diem certum debitor fuit quia quod in diem certum debetur vtique iam debetur. *l. in diem* 11. *de cond. indeb. leg. cedere diem* 213. *de verb. ſignif. cum ſimil.* Si verò ſub conditione interim certè non debetur ideóque nec debitori contingit liberatio quaſi aliud ſoluenti quàm quod debeat. *leg. ſtipulatio iſta* 38. *§. inter de verb. obli.* Sed tamen non eò minùs tranſitertur dominium in accipientem & idcirco conditione opus eſt. *leg. ſub conditione* 16. *cum duab. ſeq. de condict. indeb.* Conſequenter ſi heres qui non niſi ſub condicione reddendarum hereditibus rationum libertatem fideicommiſſariam dare iuſſus fuit manumiſerit ſeruum qui ei prælegatus fuerat, dubitandum non eſt quin manumiſſus directam libertatem conſequatur tanquam qui à vero domino manumiſſus ſit proinde nullus dubitationi locus relinquitur quin manumiſſor ſit liberatus. Quid enim aliud præſtare poſſit is qui iam dedit libertatem? Nec quod intercerat coheredum ne hic ſeruus ante redditas rationes manumitteretur aut libertatẽ impedire potuit quam filius, idéq; dominus dare & voluit & potuit, nec facere vt datam reuocari oporteat. Cùmque libertatem illam dando ſuo iure vſus ſit, licèt per conſequentias nocuerit coheredibus, nulla ratio eſt cur heredibus teneri debeat ex fideicommiſſo, quia non niſi per conſequentias iis nocuit cùm nocendi animum nõ haberet. Sæpius enim monuimus non attẽdi ea quę non fiunt niſi per conſequentias. *l. 1. leg. quod dicitur* 7. *de autor. tutor.* ſed ſi mala mente properaſſet manumittere & ideò tãtùm ne rationes fratribus redderentur: quia ex ante geſto poſt manumiſſionem conueniri nullo modo poteſt *tot. tit. C. an ſeru. ex ſno. fact.* æquum eſt eum teneri, ſed actiones de dolo cùm alia nulla competat. Ex teſtamento enim & fideicommiſſo competere non poteſt, cùm neque iis fideicommiſſum vllum relictum proponatur, neque teſtator in eorum fauorẽ quidquam diſpoſuerit. Libertatẽ enim dederat verbis diſpoſitiuis, de' coheredibus autem vel de reddenda iis ratione nihil dixerat niſi per modum condicionis quæ nihil diſponit. *leg. ſi quis ſub condicione* 8. *ſi quis omiſ. cauſ. teſtam.* An ergo libertatem potuit hic ſeruus conſequi ex cauſa fideicommiſſi non impleta condicione? Ita vulgò creditum eſt ex *l. mater tua. C. de oper. libert.* vbi dicitur, eum cui in diem libertas teſtamento relicta eſt ante diem manumitti ab herede poſſe. Ego verò ſicuti fateor libertatem quæ in diem certâ relicta eſt repræſentari ab herede poſſe cùm eius dies iam ceſſerit, quãuis nondum venerit, nec extiterit, qui caſus eſt *d. l. mater*: ita eam cuius dies nondum ceſſerit & quæ nunquam deberi ceperit, qualis ea eſt quæ ſub condicione data fuit repræſentari poſſe nego. Prius enim eſt vt quid debeatur quàm vt ſolui poſſit. *d. l. ſtipulatio iſta* 38. *§. inter. de ver. obl. d. l. ſub conditione* 16. *de condict. indeb. leg. ſi pupillus* 9. *§. 1. de noxat.* Vnus tantùm caſus eſt quo libertas ſub condicione per fideicõmiſſum data & ante impletã conditionem interim ex cauſa fideicommiſſi præſtita perinde competit atque ſi poſt impletam conditionem præſtita eſſet, nempe cùm libertatis cõdicio talis eſt vt poſt manumiſſionem impleri amplius non poſſit. Exemplum elegans eſt in *leg.* 3. *§. ſiuta ſit libertas. de ſtatu lib.* de illo cui libertas in teſtamento data eſt ſub illa condicione ſi quinquennio heredi ſeruierit. Nãſi interim ſit manumiſſus ab herede ſtatim liber fit, & quidem ex teſtamento, quia licèt reuera non ſit impleta condicio tamen habetur pro impleta cùm per heredem ſit effectũ quominus impleri vnquam poſſit. Neque enim is qui manumiſſus eſt ſeruire amplius poteſt: alioqui non ciuis Ro anus fieret ille per manumiſſionẽ, ſed Latinus iure veteri inſpecto, quod Iuſtin. refert in *l. b. vnic. §. ſed etſi ſub conditione. C. de l. t. ſub. toll.* Similiter ergo, ſi in ea ſpecie libertas per fideicõmiſſum data fuiſſet, dicerẽ vtiliter eam per fideicõmiſſum præſtari potuiſſe ante impletam quoque cõdicionem, quia huiuſmodi condicionem, quæ propter factum heredis amplius impleri non poſſe pro impleta haberi oporteret. At condicio de qua agimus is eſt ex hoc genere cõdicionum. Etſi enim rationum redditio poſci non poſſit à ſeruo manumiſſo, nihil tamẽ vetat eum poſt manumiſſionem reddere rationes. Ideóque nihil prohibet quominus etiam poſt manumiſſionẽ condicionis implementũ expectetur. Interim ergo repræſentata libertas ex cauſa fideicõmiſſi non poteſt competere ne fiat contra voluntatem quod ex voluntate proficiſcitur. *d. l. ſi cui purè* 31. *§. 1. ad Trebell.* Et ſi locus ille eſt de libertate data in diem non ſub condicione. In qua ſpecie nõ negarem valituram libertatis datæ nem ſi eam repræſentare heres vellet, quamuis ab eo inuito exigi non poſſit. Cur ergo in hac ſpecie valet libertas quam filius dedit ante libertatis conditionem? Ninirum quia filius non vt heres nec vt prælegatarius, nec tanquam rogatus, ſed tanquam dominus ſeruum manumiſiſſe proponebatur vt & in *leg.* 3. *§ qui fideicommiſſam. de hered. inſtit.* Id enim eſt quod lex ait *ad libertatem vindicta manumittendo produxerat.* Si quidem non poteſt manumitti vindicta qui ex cauſa fideicõmiſſi manumittitur. Nulla enim cauſę cognitio neceſſaria eſt ad hoc vt ſciatur an manumitti debeat is quem ex cauſa fideicõmiſſi manumitti neceſſe eſt. *leg ſi ſeruo* 84. *de hered. inſtit.* Aliud ergo Scæuola reſpondiſſet ſi hic ſeruus tanquam ex cauſa fideicommiſſi manumiſſus fuiſſet ante redditas rationes. Nam quod Accurſius tentat fuiſſe datam hic liberratem ſub modo non ſub condicione ex *leg. ſi tibi legatum* 19. *de legat* 3. nimis euidenter falſum eſt vt conſtat ex illis verbis *poſteaquam rationes ipſi & coheredibus ſuis attribus reddidiſſet.* Conditio enim ante impleri debet modus verò poſtea.

33. VLPIANVS lib. 4. Opinionum.

RFi, quam venalem poſſeſſor habebat, litem proprietatis aduerſarius mouere cœpit, & poſteaquã oportunitatem emptoris, cui venundari potuit, peremit, deſtitit, placuit, poſſeſſori hoc nomine actionem in factum [a] cum ſua indemnitate [b] competere.

Ad l. Rei

Ad l. Rei quam venalem 33.

Ratio dub. Sicuti nemo agere cogitur. *l. vnic. C. vt nem. ager. vel accuſ. eog.* ita neque ceptam & inchoatam litem perſequi, quam ſi temerè inſtituerit ad aliud teneri non poteſt, niſi vt ad viatica litiſq; ſumptus condemnetur. *leg. eum quem temerè* 77. *de indic.* Ergo quamuis per eam litem quæ de proprietate mota eſt amiſſa ſit oportunitas emptoris, quia res religioſa vendi prohibetur. *leg. vlt. C. de litigioſ.* non ideò tamen tenere debet is qui litem mouit ſiue actione de dolo, ſiue in factũ ad indemnitatem poſſeſſori præſtandam. R. dec. Non eſt indulgendum malitiis. *leg. in fundo* 38. *de rei vind.* neq; dolus cuiuſquam impunitus manere vnquam debet. Dolus autem euidens eſt ſi quis de proprietate moueat litem, ad hoc duntaxat vt perimat & auferat aduerſario oportunitatem emptoris, cui alioqui res venundari potuiſſet. Non enim alio quàm nocendi animo ita feciſſe videri poteſt.

a *Actionem in factum.* Sed cur non de dolo? An quia non apparet callidè quidquam & dolo malo factum fuiſſe? Ita putat Cuiacius, ego non probo: quia neque actio in factũ, quæ ſubſidiaria eſt actionis doli locum habere poſſet ſi nihil dolo malo factum eſſet. *leg. non debet* 11. *§. eod. leg. ſi ſuperſtite* 5. *C. eo.* An quod parens vel patronus contra quẽ actio, hæc proponitur? At eſt interpretatio hæc quoque commentitia, licèt Accurſio & aliis vulgaribus interpretibus probetur. Malo cum Græcis rationem illam adferre, quod in hac ſpecie nihil laboriſe videtur ei qui amittendo emptoris oportunitatem rem ſuam retinuit, quæ & fortaſſe poſtea pluris vendi poterit quàm antea potuiſſet, parúmque intereſſe videtur illius qui rem habet an rem habeat an æſtimationem. Intereſt quidem ſi fortaſſe debuit pecuniam ſub pœna, nec aliam rationem inuenire potuit explicandæ pecuniæ, ſed vix fieri poteſt vt quod intereſt aſcendat hoc caſu ad magnam quantitatem, licèt iuſtum rei pretium egrediatur. *l. 1. de act. empt.* Ideóque actionem in factum æquius eſt dari quàm De dolo etiam contra extraneos, & quãtũis callidè ac dolosè verſatus ſit is qui cõuenitur.

b *Cum ſua indemnitate.* Mallem legere *pro ſua indemnitate.*

34. IDEM lib. 42. ad Sabinum.

SI cùm mihi permiſiſſes ſaxum ex fundo tuo eiicere vel cretam, vel harenam fodere, & ſumptum in hanc rem fecerim, & non patiaris me tollere, nulla alia, quàm de dolo malo actio locum habebit.

Ad l. Si cùm mihi 34.

R. dub. Competit hoc caſu actio ad exhibendum itémq. rei vindicatio mihi cui tu permiſiſti vt cretam de agro tuo eximerem. *leg. permiſiſti* 16. *in prin. & §. 1. de præſcrip. verb.* Ergo non poteſt competere actio de dolo, quæ ſemper ſubſidiaria eſt, neq. cõpetit niſi alia deficiente. R. dec. Tunc habeo vindicationem aut actionem ad exhibendũ, cùm id quod mihi permiſeras vt de fundo tuo eximerem exemi. quia cùm exemerim tua voluntate meum factum eſt quod alioqui fuiſſet tuum, vt in contrariis legibus ſcriptum eſt. At in ſpecie huius legis nihildum exemeram, quia cum eximere vellem prohibueras poſt ſumptum à me in eam rem factum. Proinde neque vindicatio, neq. ad exibẽdum actio habere locum poteſt, ſed tantùm de dolo. Iure ſcilicet vetere inſpecto quo non aliter agi ex donatione poterat, quàm ſi vel traditio vel ſtipulatio interueniſſet. Hodie enim aliud eſt poſt quam Iuſtiniano placuit in *leg. ſi quis argentum* 35. *§. fin. C. de donat* vt ex donationibus pacto non dotali agi poſſit, in cóque Accurſius & Cuiacius conſentiunt. Nos de ius conſtitutionis ſententia ſcripſimus in Hemiſchiliade noſtra de error. pragmat.

35. IDEM lib. 30. ad Edictum.

SI quis tabulas teſtamenti apud ſe depoſitas, poſt mortem teſtatoris deleuit, vel alio modo corruperit: heres ſcriptus habebit aduerſus eum actionem de dolo. Sed & his, quibus legata [c] data ſunt danda erit de dolo actio.

Ad l. Si quis tabulas 35.

R. dub. Aliæ videntur in hac ſpecie actiones cõpetere vtputà depoſiti ad exhibendum. *leg. Aquilia*, vt diſertis verbis ex Iuliano ſcriptum eſt in *l. qui tabulas* 42. *ad l. Aquil.* Ergo actio de dolo locum habere non poteſt. R. dec. Deletæ fuerunt tabulæ in hac ſpecie poſt mortem teſtatoris, vt lex ait, & aditam hereditatem: quo caſu nõ poſſunt heredi competere ſupradictæ actiones, neq. tanquam hereditariæ, quia defuncto nunquam competierunt cùm poſt eius mortẽ ceperint, neq. ex propria perſona, cùm eo tempore nõdum eſſet dominus, nec quidquam iuris in iis tabulis haberet, vt nec in cæteris rebus hereditariis. Dices cũ Accurſio qui iam, olim hoc ipſum Martino obiecit, ex eo quod fit iacente hereditate acquiri hereditati actionem, quę poſt aditam hereditatem ipſi heredi recta acquireretur. quidquid autem hereditati acquiritur, id etiam heredi futuro acquiri. *leg. huic ſcripturæ* 15. *ad leg. Aquil.* Reſpondeo non potuiſſe in hac ſpecie actionẽ acquiri hereditati, quia hereditas defunctã perſonã repræſentat non heredis. *l. hereditas* 34. *de acq. rer. dom.* Defuncti autem nihil intereſt. *l. ſi quis teſtamentum* 41. *ad l. Aquil.* Sola igitur ſupereſſe poteſt heredi actio de dolo. Cæteræ ſolutiones Accurſij omnes commentitiæ ſunt & ineptæ.

c *Sed & iis quibus legata.* Ratio dubit. Legatariis teſtamenta penè chirographa ſunt. *l. ſi quis teſtamentũ* 41. *ad l. Aquil.* Atqui chirographo deleto cõpetit actio legis Aquiliæ, vt ibidem ex Marcello ſubiicit Vlp. Ergo & in propoſita ſpecie & cõſequenter nõ de dolo. R. dec. Legatarius eam demum actionem pro damno quod in re legata contingit habere poteſt, quã haberet heres ex cauſa hereditatis ſi damnum datum eſſet in re hereditaria. arg. *l. legatũ* 80. *de legat.* 2. Legatarius enim in re legata quodãmodo quaſi heres eſt. *leg. ad tempus* 14. *§. de vſuca.* Atqui heres in propoſita ſpecie non habet actionem *l. Aquiliæ*, quãuis tabulę deletæ ſint hereditarię, nẽpe quia deletæ ſunt poſt mortẽ & eo tempore quo neq. heredi, neq. legatariis ius vllum quæſitum erat, adeóque nec ipſi hereditati actio vlla ex eo facto quæri potuit, vt proximè diximus. Ergo neq. legatarius actionem. l. Aquiliæ hoc caſu habere poteſt,

36 MARCIANVS. lib.2.Regularum:

SI duo dolo malo inuicem de dolo non agent.

Ad l.Si duo 36.

Ratio dubit. Si quis reus criminis factus sit purgare se debet nec antè accusare potest quàm fuerit excusatus. Constitutionibus enim obseruatur vt nõ relatione criminum, sed innocentia purgari reus debeat. *leg. si reus 5.de publ.iud.* Atqui dolus crimen est.*leg.item exigit 16.§.b. tit.* Ergo is cui dolus obiicitur purgare se debet non mutuum dolum alteri obiicere nec si circa eandẽ rem dolus vtriusque interuenisse proponatur.Rat.dec.Patia delictamutua compensatione tolluntur.*leg.viro 39.solut. matr. leg.si ambo 10. de compensat.leg. quidam Tit.um 7.si quis omiss.caus. testi.* Ergo duos dolosos inuicem de dolo agere ferendum non est nisi fortè is qui delũ in vna re passus est dolum admiserit in alia quo casu certum est non fieri doli compensationem, sed vltro citróque esse actionem.*leg. quemadmodum 38. de noxal.act.leg.colonus 12.leg.cum tundam 18. d vi & vi arm.* Hic enim locum non habet ratio illa quã Vlpianus adfert in *leg.4.§.Marcellus. de dol.except.* quod in pari causa æquius ex eo quod perfidè gestum est nihil actorem consequi. Quæ ratio ad eum duntaxat casum accommodata est quo dolus ex vtraque parte circa idem subiectum interuenerit vt in specie. *leg. domum 57. §.vlt.de contr.empt.* Etsi locus ille non tantùm mendosus est, quod & Cuiacius fatetur:sed planè totus Tribonianus, vt alibi à nobis indicatum & probatum est. Neque rursus pertinet ad actionem prætotiam de dolo,de qua agitur in hoc tit.cuius exemplum accommodatius adfert Cuiacius, si Primus & Secundus tabulas testamenti suppresserint in fraudem filij exheredati,deinde decesserit filius iisdem Primo & Secundo heredibus relictis. Mox ij protulerint tabulas. Nam inuicem de dolo non agent,cùm tamen alius si heres fuisset in eos ageret de dolo.*leg.si quis adfirmauit 9.§.item si tabulæ.ff.eod.*

VLPIANVS lib.44.ad Sabinum.

QVod venditor,vt commendet,dicit: sic habendum,quasi neque dictum [a],neque promissum est.Si verò decipiendi emptoris causa dictum est, æquè sic habendum est, vt non nascatur aduersus dictum,promissúmve actio [b],sed de dolo [c] actio.

Ad l.Quod venditor 37.

a *Quasi neque dictum.*Ratio dubitandi.In omnibus contractibus sequimur semper id quod actum & cogitatum est.*l. semper in stipulationibus 34.de regul. iur.* Ergo multò magis quod dictum fuit si dicto mens congruat.*leg. Labeo 7.§.1.de supell.legat.* Hoc enim addendum est, quoniam alioqui in emptis & venditis potiùs ad quod actum quàm quod dictum sit sequendum est.*leg.sed Celsus 6.§.1. de contr.empt.* Rat.dec. Ea sc la dictà promissáve intelligi debent, quæcunque sic dicuntur vt præstentur non vt iactentur.*leg.sciendum 39.§. ea autem. de ædil. edict.* non illa etiam quæ ad nudam rei venditæ laudem pertinent.*d. l.sciendum in pr.* Nulla ergo ratio haberi potest eorum quę à venditore dicta sunt commendandi tantùm gratia.

b *Aduersus dictum promissúmve actio.* His verbis significatur actio ædilitia, inquit Cuiacius,& bene ex *leg.si hominem 47.de ædil. edict.* Verba enim edicti ædilitij hæc fuerunt, *siue aduersus quod dictum promissúmve fuerit,cùm veniret fuisset.leg.1.§. 1. vers. quod si mancipium. eod.* Hoc verò Accursius non animaduertit qui hæc verba de actione ex empto intelligit.

c *Sed de dolo.* R.dub.Actione ex empto vt & aliis bonæ fidei iudiciis dolus omnis vindicatur qui incidit in contractum. Nam & actiones & exceptiones doli iudiciis bonæ fidei inesse creduntur.*leg.sed etsi 21.solut.matr.leg. huiusmodi 84. §. qui seruum. de legat.1.* Ergo non est hoc casu necessaria de dolo actio cùm sufficiat ex emto. Nam nec potest negari quin hoc ipso pluris vendatur res quæ magis cõmendatur.*leg. ea quæ commendandi 43.de contr. emtion. leg. Iulianus 13.§.si venditor dolo fecerit. de act. emt.* Rat.decid. Tunc competit actio ex contractu bonæ fidei ad dolum vindicãdum cùm ex eo quod dictum promissúmve est actio nascitur, aut etiam ex natura ipsius contractus, id est,cùm dolus vel dedit causam contractui,vel incidit in contractum. Atqui ea quæ commendandi tantum causa sunt dicta vel promissa non solùm sunt extra contractum, sed etiam perinde haberi debent, acsi neque dicta neque promissa essent vt hæc lex ait. Ergo nullam possunt parere obligationẽ nec proinde actionem ex contractu. Et tamen quia emptoris decipiendi gratia dicta proponuntur non est æquum manere impunitum dolum vẽditoris. De dolo igitur actio ex hac causa dari debet: siue ponas cum Accursio emptorem nõ aliàs emturum fuisse siue ponas fuisse empturum.Pertinet enim hæc distinctio ad eum casum quo venditor aliquid promiserit præstandi gratia,nec tamen præstiterit,idque dolo malo.Hoc enim casu nihil vetat competere actionem ex contractu dolum vindicandum si contractus subsistat quomodo subsistit cùm dolus incidit in contractum, non etiam cùm dolus dedit causam contractui.vt dixi ad *leg.& eleganter 7.ff.h.tit.* At in specie huius legis agitur de dolo qui neque dedit causam contractui neque incidit in contractum, sed qui omnino extra contractum est, quippe qui inducatur ex verbis quæ pro non dicti habentur. Proinde non potest vindicare actione ex contractu aut alia quàm de dolo, quod tamen intellige cum distinctione. *d. l.ea quæ. & d.leg sciendum,* id est, nisi quæ commendandi causa dicta sunt aut palàm appareant, vt si dicat venditor seruum esse speciosum vel domum bene ædificatam, aut in obscuro quidem sit, sed tamen generalibus duntaxat verbis expressa fuerint ad nudam fidem laudem magis quàm ad contractum pertinentibus, veluti si dixerit hominem frugi probum, dicto audientem. Tales enim esse vult quisquis seruos emit, ideóque nec pluris hunc quàm illum emit ex hac causa: non etiã sẽper aut pictores,aut cocos,aut alios artifices.

38.IDEM lib.5.Opinionum.

QVidam debitor epistolam quasi à Titio mitti creditori suo effecit, vt ipse liberetur. hac epistola creditor deceptus,Aquiliana stipulatione,& acceptilatione liberauit debitorem,postea epistola falsa,vel inani reperta,creditor maior quidem annis vigintiquinque de dolo habebit actionem,minor autem in integrum restituetur [a].

Ad l.Quidam debitor 38.

Ratio dubitandi. Accepto liberatus ob eam causam quæ postea inanis & falsa reperitur, ob nullam causam liberatus intelligitur. Ergo potest ei condici condictione sine causa. *l. 4. si mulier 10. de cond. caus.dat.* Atqui quoties condictio locum habet,cessat actio de dolo,vt dixi ad *l.arbitrio 18.§.de ea.& ad l.si legatarius 23. ff. h. t.* Ergo in proposita specie de dolo agi non potest. Ratio decidendi. Condictio tunc habet locum cùm quis proprio errore ductus decipitur,non cùm id fit dolo aduersarij,vt ibi dixi. In proposito autem deceptus est ab aduersario,non à seipso ille qui falsa & inani epistola deceptus, quã debitor supposuerat,debitorem liberauit per acceptilationem: præsertim cùm acceptilatio non eò minùs valeat quod facta sit sine causa, vt & stipulatio.*l.2.§.circa de dol.ma. except.* Nec proinde dici potest agẽdum pristina actione, cùm semel peremta obligatio & actio nunquam resuscitetur. *l.qui res 98.§.areã.de solut.l.ob eam causam 9.de præscript.ver.*

a *Minor autem in integrum restituetur.* Ex edicto scilicet de minoribus. nam & actio de dolo datur ex edicto de in integrum restitutionibus, sed subsidiariè tantùm & ita demum si ex aliis partibus edicti restitutio dari non possit. *leg. 1.§.idem Pomponius refert.ff.hoc tit.*

39. GAIVS lib.27.ad Edictum prouinciale.

SI te Titio [b] obtulerisc de ea re, quam non possidebas, in hoc vt alius vsucapiat[d], & iudicatum solui satisdederis[e]: quamuis absolutus sis[f] de dolo malo, tamen teneberis: & ita Sabino placet.

Ad l.Si te Titio 39.

Ratio dubitandi. Stipulatio iudicatum solui tres clausulas continet inter quas vna illa est, Dolum malum abesse abfuturúmque esse,*l.6.ff.iud.sol.* Ergo actione ex stipulatu ob dolum agi debet non actione de dolo.*l.& eleganter 7.§. non solùm ff. hoc tit.* Ratio decidendi. Stipulatio iudicatum solui nulla ex parte committi potest aduersus eum pro quo fuit pronunciatum: quia nec eius dies cedit nisi ex quo die res iudicata est,*l.1.iud.sol.* Fuit enim ille absolutus,vt lex ait.Cessante igitur actione ex stipulatu necessaria est actio de dolo.vt dixi ad *§.non solùm.*

b *Si te Titio.* Vindicanti.

c *Obtuleris.* quasi possessorem:quia vindicatio non datur nisi contra possidentem. *l. officium 9.l.is qui destituit 24. & pas. de rei vind.* aut contra eum qui dolo malo desiit possidere.*l.qui petitorio 36.eo.*

d *Vt alius vsucapiat.* Nec n.vsucapio interrumpitur per litem motam de proprietate aduersus non possidentem. Imò nec si lis mota & contestata sit aduersus ipsum vsucapientem. *l. si post acceptum 18.* de rei vindic.

e *Et iudicatum solui satisdederis.* Tanquam alius reus & possessor quilibet. Ad reum enim aut eius procuratorem huius satisdationis onus pertinet. *l. vn.C. de sadisd.l.3.si reus.& pass.iud.solui.*

f *Quamuis absolutus sis.* quia apparuit te non possidere,nec dolo desiisse possidere,qđ sufficit ad absolutionem, si ante acceptũ iudiciũ negaueris te possidere.*l.ẽ qui se obtulit 25.de rei vin.* quamuis cõpleta iam tũ fortassis vsucapione. Quod si post iudicium id feceris, cũ sine causa obtulisses te defensioni rei, quã nec possidebas nec dolo desieras possidere non quidẽ absoluẽdus es.*d.l.is qui se obtulit.* sed si absolutus sis siue per imperitiã siue per sordes iudicis, nihilominus valet sententia & habet vim rei iudicatæ. Et ideò necessaria est actio de dolo,vt hęc l.ait,non quia sis absolutus, sed quia dolo malo fecisti vt alius qui rem meã possidebat, vsucapionẽ compleuerit, quã fortassis non cõpleuisset,si te liti nõ obtulisses.

40. FVRIVS ATHIANVS lib.1.ad Edictum.

IS,qui decepit aliquem,vt hereditatem non idoneam adiret, de dolo tenebitur:nisi fortasse ipse creditor erat[f] & solus erat[g]: tunc enim sufficit contra eum doli mali exceptio.

Ad l.Is qui decepit 40.

Ratio decidendi,Debet is qui adiit facilitati suæ imputare cur tam credulus fuerit. *l. 1. §.dolum.in fi. de eo per quem fact.erit.* i. cur adeò temerè & inconsultè adierit, nec hereditatis vires melius explorauerit, cum sciret aut scire deberet suspectas plerũque esse hereditates,siue ob periculũ latentis æris alieni,siue ob alias etiã rationes.*l.4.ad SC. Treb.* Ergo nõ est dãda ei actio de dolo,præsertim cùm etiã habeat mandati actionem. Solent.n.mãdatu creditorum hereditates suspectæ vt plurimum adiri. *l. si hereditatem 32.in fi. mand.l.4.in pr.de dol.mal.except. l.7.§.Marcellus 19.*aliàs *l.& suum de pact.* R.dec.Facile est persuadere etiã prudenti homini locupletẽ esse hereditatem,quæ tamen nõ sit idonea.Exhibitis fortasse pleriſq.rebus tãquã hereditariis, quæ ad hereditatem non pertinebant, vt è cõtrario qui res hereditarias subtraxit, facilè persuadere potest minimam esse miniméq.valere hereditatem.*l.Iulianus 13.§.per contrarium.de act.emp.* Hoc verò cùm fit,neque mãdati actio locũ habere potest,cùm mãdatum nullũ intercesserit,neq;alia quàm de dolo,quę similiter cõpetit si quis adfirmauerit minimã esse hereditatẽ vt eã repudiares.*l.si quis adfirmauerit.9.ff.h.ti.*

f *Nisi fortasse creditor erat.* Rat. dub. Etiamsi creditor hereditarius fuerit is qui te decepit vt hereditatem non idoneam adires, nulla tamen ob id magis actio alia contra eum competere potest, quàm de dolo. Ergo perinde danda est actio de dolo quã prætor ex hac edicti parte pollicetur. Sub illa tantũ exceptione. *Si alia actio nulla sit. leg.* 1. §. 1. ff. *h. tit. l. fal-sum* 43. §. *si quis nihil. in fin. de furt.* Ratio. dec. Ad excludendam actionem de dolo non est necesse vt alia actio possit competere, sed sufficit quo alio remedio possit consuli eius indemnitati qui dolum passus fuit & ita eleganter Pomponius supradicta prætoris verba interpretatus est. *leg. & eleganter* 7. ff. *eod.* Sufficit ergo doli exceptio quippe quæ tantùm prodesse possit ei qui conuenitur ad excipiendum quantum actio de dolo volẽti agere ad agendum: nisi quod semper commodius est excipere quàm agere. *leg.* 1. §. *si reus.* ff. *de eo per quem fact.* & doli exceptio hoc amplius habet quàm de dolo actio: quod perpetua est. *leg.* 5. §. *vlt. de dol. except.* & in rem non in personam ex parte illius à quo obligitur. *leg.* 2. §. 1. *eod.*

g *Et solus erat.* Nempe quasi plures essent creditores inutilis esset doli exceptio aduersus eos qui nihil dolo fecissent. Doli enim exceptio in personã est non in rem ex parte illius cui obicitur *a. l.* 2. §. 1. *de dol. except.* Quamuis ergo non minus posset doli exceptio sufficere ad summouendum creditorum qui hereditaris suspecta & non idoneæ additionem dolo malo persuasisset, non posse tamen sufficere ad indemnitatem heredi præstandam qui hereditatem non idoneam adeundo se omnibus creditoribus obliganit. *leg. quæ dotis* 33. *solut. matr.* & fecit hereditatem soluendo quæ antea non erat. *leg. libertas* 36. *de bon. libert.* Esset ergo ei hoc casu necessaria actio de dolo, vt plenam indemnitatem heres consequeretur.

DE MINORIBVS VIGINTIQVINQVE ANNIS

TITVLVS IIII.

VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

HOc edictum prætor naturalem æquitatem secutus proposuit? quo tutelam minorum suscepit: nam cùm inter omnes constet, fragile esse, & infirmum huiusmodi ætatum consilium[a], & multis captionibus suppositum, multorum insidijs expositum: auxilium eis prætor hoc edicto pollicitus est, & aduersus captiones opitulationem.

AD TIT. IV. DE MINORIBVS XXV. ANNIS.

Ad l. Hoc edictum 1.

Est hæc tertia pars edicti de restitutionibus in integrum cuius vt frequentior vsus est ita & tractatus cæteris longior & vtilior.

a *Fragile & infirmum huius ætatis consilium.* Ratio dub. Permittitur minori annis xxv. testamentum facere dummodo annos pupillares excesserit. *leg. à qua ætate* 5. *qui testam. fac. poss.* Idémque dare libertates inter viuos quidem post annum 20. *ex leg. Ælia Sentia*: in testamento autem post annum 17. ex Iustiniani cõstitutione de qua in *§. vlt. inst. quib. ex caus. man. non licet.* quamuis libertas sit res inæstimabiis. *leg. libertas* 106. *de reg. iur.* nihilque sit in Rep. tanti momenti aut iudicij quanti est factio testamenti. *leg.* 1. *C. de sacros. eccles. leg. illa in institutio* 32. *de hered. instit.* cùm is qui facit testamentum faciat legem quam alioqui facere solius populi est *l. verbis legis* 120. *de verb. sign.* iunct. *§. lex est. inst. de iur. nat. gent. leg. qui in testamento* 14. *qui testam. fac. poss.* Cui ergo totorum suorum bonorum dispositio in testamento data est, cui ius etiam inter viuos dandæ libertatis quidni ius erit de cæteris quoque rebus suis omnibus pro arbitrio inter viuos disponendi sine spe restitutionis? quo ferè modo argumentatur Iustin. in *d. §. vlt.* Nam etsi quid minor in testamẽto suo minùs cautè disposuerit aut in consulto liberarem immerenti dederit, non ideò tamen aut rescindi testamentum potest posteaquam semel fuit morte confirmatum, aut libertas reuocari quæ semel competiit. *leg. si ex causa* 9. §. *vlt.* ff. 6. *tit. l. & eleganter* 7. *an pr.* ff. *de dolo.* Ratio decid. Constat inter omnes & ipsa rerum experiẽtia compertum est fragile esse & infirmũ huius minoris ætatis consilium & multis captionibus suppositum multorúmque nisi diis expositũ vt hîc Vlp. ait. Æquum igitur fuit prætorem iis ferre auxilium & aduersus captiones opitulationem oblata ipsis in integrum restitutione non tantùm si alterius calliditate decepti essent quo casu iam per legem Lætoriam iis subuentum erat, sed etiam si propria facilitate lapsi essent quo casu ante prætoris edictum neque lex Lætoria neque actione dolo iis prodesse poterat. Nec quod fauore testamentorum & libertatum minoribus indultum fuit vt testari possint & dare libertates circa spem restitutionis vsque adeò trahendum est ad consequentias in eorũ preiudicium, vt nec si quid circa rerum suarũ administrationem perperam & minùs vtiliter gesserint restitutionem ex ea causa impetrare prohibeantur, ne quod eorũ fauore constitutum est in ipsorum odium retorqueatur, contra *leg. nulla* 25. *de legib. leg. quod fauore* 6. *Cod. eod. leg. penult. ad SC. Trebellianum cum similibus.*

1 ¶ Prætor edicit: *quod cum minore, quàm viginti quinque annis natu gestum esse dicetur: vti quæque res erit, animaduertam*[b].

Ad §. 1. Prætor edicit.

b *Vti quæque res erit animaduertam.* Ratio dubitãdi. Indignum videtur & alienum à maiestate prætoris vt cognoscat

cognoscat ipse de facto. Solebant enim prætores ob hanc causam de cõtrouersiis omnibus iudicem dare qui de facto cognosceret & pronunciaret. vnde illud est quod M. Tullius ad Q. Fratr. *Quid? Prætor solétne iudicare deberi?* exprobrans ei quod de quæstione & iure debiti inter priuatos cognouisset. Ergo si minor læsum se dicat non debet prætor vti quęque res erit animaduertere, sed iudicem dare vt in cæteris edicti partibus, in quibus ita edicit, *iudicium dabo. Litẽ si* 14. §. 1. ff. *quod met. cau. l.* 1. §. 1. *de dol. l.* 2. §. 1. *infr. titul. prox. leg.* 1. *de alien. iud. mut. caus.* Ratio decidendi. Fauor minorum hoc ius speciale extorsit ab humanitate & æquitate prætoris, vt ipse cognitionem suam interponeret, nec de ea iudicem daret. Idque est quod Paulus ait in *l. quod si minor.* 24. §. *vlt. hoc t. t.* ex hoc edicto nullam actionem vel cautionem proficisci, sed totum hoc pendere ex cognitione prætoria. Sed & generali clausula, *Si quæ mihi iusta causa videbitur*, prætor restituit nec dat iudicem *leg.* 1. §. *ex quib. caus. maior.* vbi dicam. Sed & quædam aliæ causæ sunt quæ ad cognitionem prætoris & maiorum magistratuum pertinent, tãquam grauiores & fauorabiliores cuiusmodi sunt causæ status *leg. non distinguemus* 32. §. *de liberali infr. de recept. arbitr. leg.* 2. *C. de pedan. iudic.*

2 ¶ Apparet minoribus annis viginti quinque eum opem polliceri: nam post hoc tempus compleri virilem vigorem constat.

Ad §. 2. Apparet.

Ratio dubitandi. Non pollicetur prætor opem minoribus tanquam minoribus, sed tãquam læsis. Nemo enim restituitur in integrum ob id solum quod sit minor, nisi sit etiam læsus. *l. verum* 11. §. *sciendum. & seq. l. quòd si minor* 24. §. *non semper.* ff. *h. ti. l. nam posteaquam* 9. §. *si minor. de iureiurand.* Atqui etiam maioribus succurritur cùm læsi sunt, siue per generalem clausulam edicti, *Si qua mihi iusta causa esse videbitur.* de qua in *leg.* 1. *infr. quib. ex caus. maior.* siue æquitate iudicij quod sit bonæ fidei, vt in *l. maioribus* 3. *C. commun. vtriusiud.* aut constitutionibus vt in *l.* 2. *l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vend.* Ergo nulla est hac parte inter maiores & minores differentia.

Ratio decidendi. Differentia in eo est quod minoribus qualitercunque lapsis ob lubricum ætatis succurritur, vt indemnes seruentur, adeóque eriam in lucro si lucri occasionem anisserint. *l. ait prætor* 7. *in princip. & §. hodie. infr. hoc tit. l. item quidam* 17. §. *pupillo. de vsur.* Maioribus verò non omnimodo succurritur, licèt læsi sint nisi læsio enormis & immodica probetur, aut nisi absentia Reipubl. causa, aut quid aliud simile interueniat quòd restam præbeat causam restitutionis *d. l. 1. ex quib. caus. maior. l.* 2. *C. de rescind. vend.*

3 ¶ Et ideò hodie[a] in hanc vsque ætatem adulescentes curatorum auxilio regunturb, nec antè rei suæ administratio eis committi debebit, quamuis bene rem suam gerentibus.

Ad §. 3. Et ideò hodie.

a *Hodie.* Intellige cum Cuiacio ex constitutione D. Marci duæ iussit dari curatores adultis omnibus etiam bene rem suam gerentibus, & sine causæ cognitione, cùm antea ex *l. Iatoria.* non nisi causa cognita darentur curatores minoribus, & ita demum si malis moribus prædíti essent.

b *Adolescentes curatorum auxilio reguntur.* Ratio dubitandi, quare adolescentes non accipiunt curatorem. Nec enim datur curator nisi petenti prætorquam si in litem dandus sit aut dementi vel prodigo *§. item inuiti. inst. de curator. l.* 1. *de curat. fur. vel aliis extr. min.* Ergo non est necesse vt curatorum auxilio regantur, præsertim si bene rem suam sine curatore administrent. Ratio decidendi, Minor qui nũquam fuit sub tutore, fortè qui tempore mortis patris iam pubes erat, non cogitur petere curatorem, aut eum accipere, nec si malè rem suam administret, nisi sit prodigus aut demens aut ad litem. Sed is qui tutorem aliquando habuit, licèt pubes factus tutorem habere desinat, non ideò tamen rerum suarum administrationem habere debet, quantumuis rem suam bene gesturus videatur. Sed ad officium tutoris pertinet, vt admoneat adultum qui heri impubes erat vt sibi petat curatorem, nec liberatur ab officio tutelæ si puberi permittat rerũ suarum administrationem. Atque ita hunc locum accipi debere constat ex *l. seq.* in illis verbis, *nec per liberos suos rem suam maturius à curatoribus recipiant.* quorum hic sensus est, vt quamuis ante 25. annum liberos susceperint, nihilò magis bonorum suorum administrationem à curatore consequantur si quem habent. Ergo nec à tutore si quem aliquando habuerint, sed si neque tutor, neque curator vllus fuerit, nihil impediet quominus rem suam liberè possint administrare *d. §. item inuiti.* Accursius malè hoc loco explicat, cùm ait non equidem debere committi minoribus rerum suarum administrationem, sed tamen committi Quasi aliud fiat quàm quod iure fieri debeat. Nec melius Cuiacius nõ cogi quidem minores vt accipiant curatores, sed tamen non esse illis permittendum vt rem suam administrent. Quomodo enim illis interim consultum esse poterit, si neque curatorem habeant, neque rerũ suarum administrandarum facultatem. Sensus verus ille est quem nos attulimus.

2. IDEM lib. 19. ad legem Iuliam & Papiam.

NEc per liberos suos rem suam maturius à curatoribus recipiat: quod enim legibus cauetur, vt singuli anni per singulos liberos remittantur, ad honores pertinere diuus Seuerus ait, non ad rem suam recipiendam.

Ad l. Nec per liberos 2.

Ratio dubitandi. Legibus cauetur vt singuli anni per singulos liberos remittantur, vt hæc lex ait. Ergo si minor liberos habeat non est expectandũ vt annum 25. compleuerit Ratio decidendi. Ad honores id pertinet ad quos non solet admitti minor *l. ad rempublic. 8. de muner. & honor.* non autem ad hoc vt minor rem suam maturiùs recipere à curatoribus suis possit. Et ita D. Seuerus rescripsit, vt hæc lex ait & *leg. 2. Codic. hoc tit. l. de his 12. C. de adim. tuto.* Nec enim ob id prudentior quis est quod vel vxorem duxerit, vel liberos susceperit.

3. IDEM lib. II. ad Edictum.

DEnique Diuus Seuerus, & Imperator noster huiusmodi consulum[a] vel præsidum decreta quasi ambitiosa esse interpretati sunt. ipsi autem perrarò minoribus rerum suarum administrationem extra ordinem indulserunt[b], & eodem iure vtimur[c].

Ad l. Denique 3.

Ratio dubitandi Credendum est eos quiobsingularem industriam & exploratam fidem ac grauitatem ad Consularis dignitatis magnitudinem adhibentur, non aliter iudicare pro sapientia & luce dignitatis suæ, quàm imperator ipse esset iudicaturus arg. *l. vn. §. his cunabulis. de off. præf prætor. leg. & ideò 8. de off. proconsul. leg. ex omnibus 10. cum duab. seq. de off. præsid.* Ergo si quando consulum vel præsidum decretis permissa fuit minoribus rerum suarum administratio non debuerunt Imperatores interpretari eiusmodi decreta esse ambitiosa & gratiosa. præsertim cùm semper præsumendum sit pro magistratu *leg. vlt. supr. quod met. caus. leg. ad inuidiam 6. C. eod.* Nec tam sint hæc decreta contra ius quàm præter ius. Non enim prohibentur lege vlla magistratus ne minoribus rerum suarum administrationem permittant, sed tantùm admonentur fieri id non debere, quod longe diuersum est *leg. 1. §.* Ratio decidendi. Præsumenda sunt ambitiosa & gratiosa decreta omnia, adeóque rescripta quæ abhorrent à iuris ratione, vt hîc Accurs. notat ex *l. rescripta 7. C. de precib. Imp. offerend.* Si quid tamen princeps prudens & sciens rescripserit, quòd iuris rationi minùs conueniat, non eò minùs rescriptum valet, quia princeps est supra leges *l. 1. Codic. de legibus. l. princeps. 31. eod.* In proposito autem decreta, de quibus agimus, licèt non sint, contra ius tamen sunt præter ius: ideóque non ambitiosa simpliciter & absolutè dicuntur, sed quasi ambitiosa, quod Acur. non obseruauit.

a *Consulum.* non dixit *prætorum*, *quia* ex rescripto D. Claudij ad consules pertinebat non ad prætores vt pupillis extra ordinem tutores darent & minoribus curatores. *§. sed ex his legibus. Instit. de Attil. tutor. l. tutores 39. §. tutores. de adm. tutor. l. 1. de constit. tutor.*

b *Extra ordinem indulserunt.* Data scilicet minoribus venia ætatis masculis quidem post annum vicesimum, fœminis verò post 18 *l. 1. & 2. Codic. de his qui ven. æt. impetr.* quæ dicitur firmata ætas in *leg. 1. C. Theod. eod. titul.* & plena pubertas in *l. adrogato. 40. §. 1. de adopt. leg. quidam 57. de re iudicat. leg. Mela. 14. §. 1. de alim. legat.* Sed hoc ideò non quod 15 sit pubertatis finis, sed quia frigidiores qui tardius pubescunt, ea saltem ætate puberes fiant, vt rectè Cuiacius explicat ex Paulo *lib. 3. sentent. tit. 4.*

c *Et eo iure vimur.* Ridiculè Accursius *Imperatorum*, inquit, non *aliorum*, sensus enim est eo iure nos vti, vt hodie nec consules, nec præsides, aut alij, quàm Imperatores eam sibi potestatem arrogent, vt permittant minoribus rerum suarum administrationem. Principes enim sibi solis eam reseruarunt.

1 ¶ Si quis cum minore contraxerit, & contractus inciderit in tempus, quo maior efficitur: vtrùm initium spectemus an finem? & placet, (vt & est constitutum) si quis maior factus comprobauerit, quòd minor gesserat, restitutionem cessare. Vnde illud non inelegantter Celsus epistolarum libro vndecimo, & digestorum secundo tractat, ex facto à Flauio Respecto prætore consultus: Minor annis vigintiquinque [d], annos fortè vigintiquatuor agens, iudicium tutelæ heredi tutoris dictauerat. mox factum, vt, non finito iudicio, iam eo maiore effecto vigintiquinq; annis, tutoris heres absolutus proponeretur: in integrum restitutio desiderabatur. Celsus igitur Respecto suasit, non facilè [e] hunc quondam minorem in integrum restitui: sed, si ei probaretur, calliditate aduersarij id actum, vt maiore eo facto liberaretur: neque enim extremo, inquit, iudicij die videtur solùm deceptus hic minor: sed totum hoc structum, vt maiore eo facto liberaretur. ¶ Idem tamen confitetur, si leuior sit suspicio aduersarij[f], quasi dolosè versati: non debere hunc in integrum restitui.

Ad §. 1. Si quis cum minore.

Ratio dubitandi. Cuiusque negotij initium inspiciendum est, & causa non finis. *l. si procuratorem 8. in princ. Mandat l. 1. §. si rem depositam. & §. si seruus 30. depos.* Etiam cùm agitur de restitutione minoris. *§. scio. ĩ. hac lege.* Prætor enim notauit tempus minoris ætatis, cùm in integrum restitutionem pollicitus est minoribus aduersus ea quæ gesserunt in minori ætate *l. 1. §. 1. l. ait prætor 7. ĩ. eod.* Et solent nostri dicere quod & verum est qualitatem adiunctam verbo intelligendam esse secundùm tempus vérbi *l. 4. §. si extraneus. de nox. act.* Ergo nihil aliud inspiciendum est, nisi an minor aliquid malè gesserit, an non maior perfecerit. Ratio decidendi. Quoties quis maior factus comprobat id quod in minori ætate gesserit cessat restitutio. Nec enim prætoris propositum

tum in hoc edicto est vt succurrat maioribus, sed vt minoribus *§. sed vtrum. infr. h. l. l. cum mandatu 23. eodem.* Atqui satis comprobat maior factus ille qui negotiũ quod in minore ætate inchoauerat perficit in maiori. cur enim perficeret si ratũ non haberet. Exemplũ est in *l. liberis 7. §. 1. de liberal. caus.* Ratihabitio autem duplex esse potest, vna expressa cùm minor quod in adolescentia perfecerat, maior factus pacto comprobat *l. 1. & 2. Cod. si maior. fact. rat. hab.* & apud Paulum *lib. 1. sent. tit. 9. §. 1.* Altera tacita quæ inducitur ex solo silentio, quod tamen pro causarum varietate aliquando longius aliquando breuius est. Quadriennij enim silentium sufficit si contractus tenuit ipso iure *l. vlt. C. de tempor. in integ. restitut.* Quinquennij verò si contractus fuerit ipso iure nullus re aliqua immobili vendita obligatáve sine decreto contra orationem Scueri. Deniq; decennij inter præsentes autvicennij inter absentes, si non vendita vel aliter oneroso titulo alienata res, sed donata præponatur iuxta distinctionem *l. vlt. C. si maior. fact. alien. rat. habuit.*

d *Minor annis 25.* Ratio dubitandi. Qui calliditate aduersarij vincitur in iudicio, is non tunc tantùm læditur cùm vincitur, sed tunc maximè cùm iudicium sic exercetur, & ad rem iudicandam disponitur, vt postea vincere eum sit necesse. putà si cùm esset minor citatus fuerit per edictum peremptorium & dolo aduersarij absuerit, posteà tanquam absens & contumax victus sit tam maior effectus, vt in *l. si dolo 24. §. tit. prox.* Ergo quamuis res iudicata sit in maiori ætate non eò minùs restitui debet minor, qui deceptus & læsus fuit in iis quæ gesta sunt antequam maior effectus esset. Ratio decidendi, Læditur per sententiam is qui vincitur, non per ea quæ sententiã præcesserunt. Sententia. n. illa est quæ pro veritate habetur & cui pareri oportet propter autoritatem rei iudicatæ *l. si fundus 16. §. si pluris. de pign. l. seruo 65. §. cùm prætor. ad Trebell.* Proinde si post legitimam ætatem prolata sit sententia non potest victus petere restitutionem, ob id quod iudicium ceptum fuerat in minori ætate *l. 1. Cod. si aduers. rem. iud.* vbi propter hãc causam puto legendum *Si tempore iudicati*, non vt vulgò, *Si tempore iudicij.* Tempus enim iudicij est, ex quo dictatum fuit iudicium quousque per sententiam finitum sit. Finis & perfectio iudicij iudicatum est. Et ideò rectè subiungitur hæc species pro exemplo ad propositionem illam positam in princip. §. quæ habet non initium negotij spectandum esse, sed finem. Hánc que nostram interpretationem probat secunda pars *d. l. 1. C. si aduersus rem iud.* in illis verbis, *Cæterùm si post legitimam ætatem sententia prolata est.*

e *Non facilè.* Vno enim casu potest restitutio iure peti, si probetur calliditate aduersarij id actum, vt absolueretur post maiorem ætatem eius qui iudicium dictauerat in minore ætate tracto in id vsque tempus sine iudicij dolo malo, vt sequitur in textu. Habet enim iudicũ suas quidem moras necessarias *leg. etiam 15. in princ. vt legat. non caue.* sed quæ tamen improbitate & tergiuersatione litigantium fiunt plerunque longiores *leg. si optione 10. ad exhib. leg. tutor 41. de vsur. leg. intra 40. ĩ. h. tit.*

f *Si leuior sit suspicio aduersarij.* Ratio dubitandi. Restitutio quæ indulgetur ex capite edicti de dolo desiderat calliditatem eámque magnam & euidentem *l. & eleganter 7. §. vlt. ff. tit. prox.* At non etiam restitutio quę datur ex hoc edicto de minoribus. Contenta enim est læsione etiam quæ contigerit minori propria facilitate *l. 1. §. hoc tit. l. 1. §. de in integ. restit.* Ergo quantumcunque leuis sit suspicio aduersarij, quasi dolosè versati, non eò minùs danda est restitutio minori. Cur non enim qualiscunque doli suspicio sufficit vbi nulla requiritur. Ratio decidendi. Non requiritur quidem regulariter probatio doli in restitutione minoris, cùm minor ea tantùm rescindi vult, quę gessit in minori ętate. Sed si tanquã minor velit rescindi sententiam, quæ contra eum iam maiorem factum prolata fuit, quia hoc casu venit contra regulas, quæ solent obseruari in restitutionibus minorum doli probatio necessaria est vt quod aduersarij dolo in maiorem ætatem protractum est perinde haberi possit, atque si in minori ętate accidisset. Vbicunque autem dolus probandus est. leuis suspicio nunquam sufficit, sed perspicuaindicia vel perspicuæ insidiæ requiruntur *l. dolum. 5. C. de dolo.*

2 ¶ Scio etiam illud aliquando incidisse: Minor vigintiquinque annis miscuerat se paternæ hereditati: maiórque factus exegerat aliquid à debitoribus paternis: mox desiderabat restitui in integrum, quò magis abstineret paterna hereditate. contradicebatur ei, quasi maior factus comprobasset, quod minori sibi placuit: putauimus tamen restituendum in integrum, initio inspecto. Idem puto, & si alienam adiit hereditatem a.

Ad §. 2. Scio etiam.

Ratio dubitandi. Cùm is qui in minori ętate adhuc cõstitut[a] immiscuerat se paternę hereditati postea maior factus exigit aliquid à debitorib. paternis videtur maior factus cõprobasse, quod sibi maiori placuisset. Non. n. ad alium quàm ad eum qui heres sit exactio debiti hereditarij pertinet, cùm id sit ex eorum genere, quæ non possunt fieri citra ius & nomen heredis *l. pro herede 20. §. Papinianus. de acq. hered.* Atqui, quoties maior factus comprobat id quod gessit in minori ætate cessat restitutio, vt dictum est in *§. præced.* Ergo non est in hac specie restituendus minor. Ratio decidendi. Interim hoc casu spectandum est. Non quasi finis & perfectio negotij spectari non debeat, (alioqui pugnaret hic §. cum superiore,) sed ad exclusionem eius quod factum est post completam maiorem ætatem, quia id nõ tam ad finiendum & perficiendum negotium pertinet, quàm ad consequentias finiti iam & perfecti negotij. Nec enim is qui iam heres est, & nomine & effectu, siue per additionem, siue per immixtionem ob id magis heres est, quod debitum hereditarium, aut persoluerit, aut exegerit postea cùm is qui semel heres fuit, sicuti non potest desinere heres esse *leg. ei qui soluendo 88. de hered. instit. leg. ait prætor 7. §. sed quòd Papinianus hoc ait.* ita nec magis fieri heres. Et hæc optima distinctio est quam olim Irnerius attulit & Cuiacius probauit. An negotium perfectum fuerit in minori ætate an in maiori, vt posteriore casu cesset restitu-

tio priore non item. Aliud exemplum adfert Accurſ. ad §. *præced.* ſi minor promiſerit aliquid ſub condicione quæ facto eo maiore impleta ſit: non enim ob id minùs reſtituetur, ſcilicet, quia non per condicionis implementum læſus eſt, ſed per contractum, ex cuius interpoſiti die fuit obligatus ad præſtandum id quod promiſit, ſi quando condicio euenerit *leg. qui balneum 9. leg. potior* 11. *qui potior. in pig. hab.* Vnde eſt quòd in contractibus condicionalibus ſpectatur tempus contractus, non autem euenientis condicionis *l. ſi filiusfamilias* 78. *de verb. obl.* ſed non ſatis accommodatum eſt exemplum hoc ad rem noſtram, quia in hac ſpecie minor factus maior nihil gerit ſi ponas caſualem fuiſſe condicionem quę non ex promiſſoris facto penderet. Alioqui ſi ex eius facto penderet, & is maior factus id feciſſet per quod condicio impleretur nõ putarem eum reſtituendum. Finge promiſſa fuiſſe à minore 100. ſi capitolium aſcenderet, poſtea verò cùm maior iam factus eſſet capitolium aſcendiſſe. Accommodatius exemplum eſt quod de negotio poſt maiorem ætatem perfectò adfert idem Accurſ. ex *leg. 3. §. vlt. de SC. Macedon.* Si quis minor ſtipulatus ſit pecuniam creditam fortaſis à filiofamilias, vel ab inope, eſque maior factus pecuniam numerauerit. Non enim poterit reſtitui, quia verum eſt hoc caſu eum comprobaſſe in maiore ætate quod fecerat in minore. Nam licèt vnus contractus ſit, iſque ſtipulationis non pecunię creditæ. Stipulatio autem interpoſita ſit in minori ætate, pecunia tamen numeratur ad implendam ſtipulationem *leg. ſi ita fuero. 6. §. 1. & leg ſeq. de nouat.* & ideò verum eſt impleri hoc caſu, perficique contractum poſt maiorem ætatem *leg. 9. §. ſed quod prætor ait ſup. quod met. cauſ.* ac proinde amitti beneficium reſtitutionis, quæ alioquin competeret *leg. verùm* 11. *§. vlt. infr. hoc tit. vt & in leg. liberis 7. §. 1. de liber. cauſ.* iung. *leg. ſi filius 30. infr. hoc. titul leg. poſt diem. 7. de leg commiſſ.*

a *Et ſi alienam adiit hereditatem.* Notandus eſt hic locus quo probatur ſuum heredem, cùm patri ſuccedit non tam alienam, id eſt, patris, quàm ſuam hereditatem adquirere nec tam patri quàm ſibiipſi ſuccedere. Adeò vt nec hereditas vlla hoc caſu eſſe intelligatur *leg. in ſuis 11. de lib. & poſt.* Tantum abeſt vt aliqua ſit aliena. Venit enim filius ad bona penè propria cùm patri ſuccedit *l. 1. §. largius de ſucceſſ. edict.* Alienam hereditatem adire dicitur, quæ delata ei eſt ab extraneo, quo nomine ſignificantur omnes extra patrem autauum paternum, in cuius morientis poteſtate fuerit filius vel nepos, primúmque gradum in familia tenuerit quod ad cauſam ſuccedendi *leg. ſcripto 7. vnd. lib. leg. ſi filiusfamilias 33. de teſtam. milit.*

3 ¶ Minorem autem vigintiquinque annis natu, videndum, an etiam diem natalis ſui adhuc dicimus, ante horam, qua natus eſt: vt, ſi captus ſit, reſtituatur. &, cùm nondum compleuerit, ita erit dicendum [b]: vt à momento in momentum tempus ſpectetur. Proinde & ſi biſſexto natus eſt [c]: ſiue priore, ſiue poſteriore die, Celſus ſcripſit, nihil refert: nam id biduum pro vno habetur, & poſterior dies Kalendarum intercalatur.

Ad §. 3. Minore

Verba ſunt edicti prætoris *Minore quàm 25. annis leg. 1. §. edicit ſup.* & ita Accurſ. niſi ex Pandectis Florentin. & cum Cuiacio legas, *Minorem autem 25 annis natu videndum, an etiam die natalis ſui, &c.*

b *Et ita erit dicendum.* Ratio dubitandi, Annus cęptus habetur pro completo *l. ad rempublicam 8. de muner. & honor. leg. qui filium 74. §. Fabius ad SC. Trebell.* Ergo non eſt neceſſe, vt vltima hora anni nouiſſimi ſit completa, vt neque cùm agitur dè danda puberi factione teſtamenti *leg. à qua ætate 5. qui teſtam. fac. poſſ.* aut de danda maiori annis 20. facultate manumittendi *leg. 1. de manumiſſ.* iam minorem annis viginti non eſſe eum qui ſupremum diem agit anni viceſimi. Sic & in ſpecie *leg. ſi in annos 49. de codic. & dem. Lanniculus 132. & ſeq. de verb. ſignific. leg. in vſucapionibus 6. de vſucap leg. penult in princ. de diuerſ. temp. præſcript.* Ratio decidendi, In fauorabilibus annus aut dies ceptus habetur pro completo vt in honoribus *d. l. ad rempub.* In reſtitutione fideicommiſſi ex iudicio defuncti facienda *dict. §. Fabius.* in danda libertate *dict. leg. 1. de manumiſſ. & in* vſucapione *d. l. pen.* Ergo ſi fauor perſonæ vel cauſæ exigat, vt annus aut dies ceptus non habeatur pro completo aliud dicendum erit, vt in propoſito tractatu de reſtitutionibus minorum. Reſtitutio enim minoris eſt fauorabilis, cùm nitatur æquitate naturali *l. 1. §.* ſi autem annus aut dies ceptus haberetur pro completo tantò citiùs minor amitteret beneficium reſtitutionis. In odioſis cuiuſmodi eſt præſcriptio actionis aliud eſt *leg. in omnibus temporalibus 6. de oblig. & act. item in excuſatione à tutela d. §. Fabius. in fi.*

c *Proinde & ſi biſſexto natus.* Ratio dubitandi. Annus Romanus non conſtat niſi ex 365. diebus *le. 4. §. Stichus ſi heredi. de ſtatulib l. ita vulneratus 51. verſ. æſtimatio ad l. Aqu.* Dies autem more Romano incipit à media nocte, & durat vſque ad mediam noctem ſequentem *leg. more Romano 8. de fer.* Ergo qui natus eſt 6. Cal. Martias, & contrahit anno viceſimo quinto poſteriore biſſexti die non poteſt videri minor contraxiſſe cùm contraxerit trecenteſimo & ſexageſimo die. Ratio decidendi. Id biduum pro vno die habetur & poſterior dies intercalatur *leg. cùm biſſextum 98. de verbor. ſignif.* vbi extat ea ipſa ſententia Celſi quæ hîc refertur.

4 ¶ Sed vtrùm ſolis patribusfamilias, an etiam filiisfam. ſuccurri deb eat, videndum Mouet dubitationem, quod, ſi quis dixerit etiam filiisfamiliarum in re peculiari ſubueniendum efficiet, vt per eos etiam maioribus ſubueniatur, id eſt, patribus eorum: quod nequaquam fuit prætori propoſitum: prætor enim minoribus auxilium promiſit, non maioribus. ¶ Ego autem veriſſimam arbitror ſententiam exiſti mantium, filiumfamilias

minorem annis in integrum reſtitui poſſe ex his ſolis cauſis, quæ ipſius interſint: putà ſi ſit obligatus. Proinde ſi iuſſu patris [a] obligatus ſit: pater vtíq; poterit in ſolidum conueniri [b] filius autem (cùm & ipſe poſſit vel in poteſtate manens conueniri: vel etiam emancipatus, vel exheredatus, in id, quod facere poteſt [c]: & quidem in poteſtate manens etiam inuito patre [d] ex condemnatione conueniri [e]) auxilium impetrare debebit, ſi ipſe conueniatur. ¶ Sed an hoc auxilium patri quoque profit [f], vt ſolet interdum fideiuſſori eius prodeſſe [g], vidcamus. & non puto profuturum [h]. Si igitur filius conueniatur, poſtulet auxilium: ſi patrem conueniat creditor, auxilium ceſſat, excepta mutui dationẽ: in hac enim, ſi iuſſu patris mutuam pecuniam accepit, non adiuuatur. Proinde & ſi ſine iuſſu patris contraxit & captus eſt: ſiquidem pater de peculio conueniatur, filius non erit reſtituendus: ſi filius conueniatur, poterit reſtitui. Nec eo mouemur, quaſi interſit filij peculium habere. magis enim patris quàm filij intereſt: licèt aliquo caſu [k] ad filium peculium ſpectet: vt putà ſi patris eius bona à fiſco propter debitum [l] occupata ſunt: nam peculium ei ex conſtitutione Claudij ſeparatur.

Ad §. 4. Sed vtrùm.

Ratio dubitandi, Si quis dixerit etiam filiisfamilias in re peculiari ſubueniri, efficiet vt per eos etiã maioribus ſubueniatur, id eſt, patribus eorũ quod nequaquam fuit prætoris propoſitum. Prætor enim minoribus auxilium promiſit, non maioribus *l. 1. §. apparet. 8. hoc tit. l. cum mandatu 23. ff. eod.*

Ratio decidendi Non eſt reſtituendus filiusfamilias minor in re peculiari ſi eius nihil interſit, ſed ſolius patris, Peculium enim magis patris eſt quã filij vt dicitur in hoc *§. & in l. patri 27. ff. h. t.* ſed poteſt etiã filij intereſſe, putà ſi ſit ipſe obligatus, Obligaturautem tam ex contractibus quàm ex delictis *l. tam ex contractibus 57. de iudic.* denique ex omnibus cauſis *l. filiusfamilias 49. de oblig. & act.* præterquam in Macedoniano *leg. 1. de SC. Macedon. & ex voto leg. 2. §. voto. de pollicitat.* Ergo ſi ſit aliquando obligatus reſtitui in integrum poterit. Nec perſona patris, cui non vult prætor ſubuenire, quia maior eſt, nocere debet filio minori, cui edictum prætoris opem pollicetur extra cauſam peculiarem ſi filius contrahat non eſt dubitandum quin poſſit reſtitui cùm eo caſu ceſſet ratio dubitandi quam hîc adfert Vlpian.

a *Proinde ſi iuſſu patris.* Ratio dubitandi Cũ iuſſu & mãdatu patris filiusfamilias contrahit pater ipſecõtrahere videtur. Nihil enim refert an per te quid facias, an alij mandes vt faciat *leg. 5. §. geſſiſſe. de admin. tutor.* Ergo cùm mandatu patris filiusfam. res patris adminiſtrat, non debet habere beneficium reſtitutionis, non magis quàm ſi alius ei mandaſſet, quoniã eo modo maiori ſuccurretur *l. cũ mãdatu 23 ff. hoc. titul.* Ratio decidendi. Multum intereſt an pater mandet, an iubeat filio vt contrahat de re peculiari, an vt de re quæ ſit merè paterna. Priore caſu locum habet quod hîc Vlpianus ſcribit reſtituendum eſſe filium, tanquam cuius proprio nomine interſit, cùm ſit proprio nomine obligatus ex eáque cauſa conueniri poſſit proprio nomine & inuito patre in ſolidum *leg. ſi quis cum filiofam 44. de pecul.* Poſteriore verò id obtinet quod ſcriptum eſt in *d. l.* cùm mandatu non eſſe dandam filio reſtitutionem, qui ſcilicet non tanquam filius obligatus eſt & proprio nomine, ſed tanquam procurator patris, ac proinde non tam filio quàm patri reſtitutio prodeſſet contra propoſitum prætoris. Nec mouet quòd etiam peculium ſit patris. Nam ita eſt patris, vt tamen ſit etiam filij, quamuis ſit patris magis quàm filij. Cùm igitur non ſit merè paternum meritò alia conſtituitur ratio filiifamilias contrahentis de re peculiari, alia contrahentis de bonis merè paternis. Obſeruandum autem eſt in toto hoc §. agi de peculio profectitio, non de aduentitio, nec de caſtrenſi aut quaſi caſtrenſi. Caue tamen ne dicas cum Cuiacio filiumfamilias nõ obligari ex procuratione rerum paternarum ſuſcepta mandatu patris eámque rationem eſſe ob quam reſtitui non poteſt ex *d. l. cùm mandatu.* Nam imò verò obligatur, quamuis non niſi quaſi procurator, & ideò reſtitui poteſt & debet ſi ex euentu damnum paſſurus ſit, putà ſi quod præſtiterit ſeruare à patre non poſſit qui fortè non eſt ſoluendo *d. l. cùm mandatu.* Regulariter tamen non reſtituitur, non quòd non obligetur, ſed quia eo modo maiori potius conſuleretur, cuius damno rem cedere neceſſe eſt, vt lex ait. Hic tamen verſiculus mihi valdè ſuſpectus eſt, vt & omnia quæ ſequuntur vſque ad *verſ. nec eo mouemur, vt* ſ. dicam.

b *Pater vtique poterit in ſolidum conueniri.* Ratio dubitandi. Qui cum filio ſa. contrahit, duos habet obligatos, filiumfamilias in ſolidum, patrem verò de peculio duntaxat *l. ſi quis cum filiof. 44. de pecul.* Ergo pater in ſolidum conueniri non poteſt ex cõtractu filij, ſed tantùm ad finem peculij. Ratio decidendi. Regulariter quidem id verum eſt, ſed fallit cùm filius contraxit iuſſu patris *l. 1. & tot. tit.* quod iuſſu & aliis nonnullis caſibus, de quibus dicemus ſ. *ad titulum de peculio.*

c *In id quod facere poteſt.* Intellige cum Accurſio de filio poſt contractum emancipato aut exheredato. Nam qui in poteſtate manſit, conueniri poteſt in ſolidum tam viuo quà mortuo patre *d. leg. ſi quis 44. de pecul.* præterquam ſi patris hereditate abſtinuerit *leg. 2. leg. ſi ex alio 9. Codic. quod cum eo qui in al. poteſt leg. 2. in fin. infr. eod. leg. ſi dubitet 10. §. vlt. de fideiuſſ.*

d *Inuito patre.* Ratio dubitandi. Non poteſt iudicio conſiſtere cum filiofamilias ſine voluntate patris *l. vlt. §. 1. verſ. neceſſitate. C. de bõ quæ li.* Ergo qeri nõ poteſt vt inuito patre cõueniatur filiusfamilias. Ratio decidendi. Conſenſum patris exigit Iuſtinianus, at ius vetus non exigebat cũ poſſet filiusfamilias etiã contra patrẽ agere vt in caſu *l. cogi 16. §. ſi pater. & l. imperator. 50. ad SC. Treb.* Quantò magis extraneus qui, cũ filiofamilias contraxerat agere poterat contra filium ſiue ignorante, ſiue etiam inuito patre? Alioqui nunquam conſenſurus eſſet pater cuius ni

mirum interesset filium siue habentem peculium, siue non habentem nunquam conueniri, nunquam condemnari arg. *leg. inter stipulantem* 83. §. 1. *de verb. oblig.* Denique cùm iudicium reddatur in inuitum vt Paulus eo loco scribit, potest quidem admitti vt non debeat licere filio agere sine consensu patris, sed vt similiter nō possit filiusfamilias ab extraneo conueniri, nisi patre cōsentiente admitti nullomodo potest. Iniquum enim esset eum qui cum patre non cōtraxerit expectare patris voluntatem. arg. *l. 3. ex quib. caus. in pos. eat.* Hoc verò Cuiacius non intellexit qui Accursiū secutus putat ideò iudiciū hîc cōsistere cum filiofamilias etiam inuito patre, quia iussu & voluntate patris erat filius obligatus. Quasi verò non possit & in solidum & inuito patre similiter conueniri filiusfam. in potestate manens qui absente & ignorante patre se obligauit. Quod sanè falsum est. Generalis est enim hæc sententia nec ad filium qui patris iussu contraxit coarctanda. Nam quantò minùs iussu patris filiusfam. contraxit tātò magis & in solidum & inuito etiam patre conueniri potest. Et verò quo iure aut prætextu posset requiri consensus patris qui nec pro seipso dissentire potest quominus etiam in solidum aut saltem de peculio ex contractu filij conuenire possit?

e *Ex condemnatione conueniri.* Ratio dubitand. Inutilis est actio quam debitoris excludit inopia *l. nam is nullam* 6. §. *de dol.* Atqui filiusfamilias nulla bona in ciuitate habet *l. lex Cornelia* 28. *ad fin. de vulg. & pupil. substi.* quia qui quid acquirit sibi, patri acquirit, adeo vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona filij consistat *l. placet* 79. *de acqu. hered. l. qui à parent. quis man.* Ergo non potest filiusfamilias ex condemnatione conueniri.

Ratio decidend. Potest quidem ex condemnatione conueniri, sed non ab eo exigi, quoniam exactio differtur in id tempus quo filius habeat bona *d. l. si dubitet* 10. §. *vlt.* aliàs *l. filiusfamilias. de fideiuss.* Sic & in specie *l. in lege* 40. *ad l. Aquil.*

f *Sed an hoc auxilium patri quoque prosit.* Id est, An ex persona filij possit pater in integrum restitui, quomodo fideiussor minoris ex persona ipsius minoris interdum restituitur. Alioqui certum est restitutionem à principali debitore impetratam eius fideiussori nunquam prodesse nisi & ipse restituatur *leg. in causa* 13. *infr. eod. & i. a rectè Accurs. ex leg. exceptione* 7. §. 1. *de except.* qui tamen locus parum ad rem facit. De hac quæstione dicam latiùs infra ad vers. *excepta mutui datione*

g *Vt so et interdum fideiussori eius prodesse.* Ita loquitur Vlp. quoniam adhibenda distinctio est. An fideiussor interuenerit pro minore simpliciter, id est tanquam pro alio quolibet etiam maiore, An verò contemplatione iuris prætorij, vt dicam ad *d. leg. in causa.* contra quam Accursius & Cuiacius hic sententiam qui aliter distinguunt.

h *Et non puto profuturum.* Ratio dubitandi. Solet eadē esse ratio patris & fideiussois *l. cùm filiusfamilias.* 49. *in princ. de verb. obl. g.* Atqui beneficium restitutionis minoris prodest fideiussori saltem quibusdam casibus, vt proximè dictū est. Ergo debet prodesse & patri. Ratio decidendi. Pater non fideiussor filij est, sed debitor ipse proprio nomine, quamuis non nisi quatenus est in peculio. Ideóq; nullum regressū habet pater contra filium quomodo habet fideiussor contra reum, quomodo bene hîc Accursius notat. Quanquā non videtur ille assecutus illud ipsum quod nos volumus patrem obligari proprio nomine & æquè principaliter atque filius ipse qui contrahit obligatur. Subinde enim quærit qui fieri possit vt filio per in integrum restitutionem liberato, ipse quoque pater sicut & fideiussor incontinenti non liberetur? arg. *l. cùm principaliter* 178. *de reg. iur.* Nec quidquam habet quod respondeat, nisi hoc vnum, Per restitutionem in integrum à principali debitore impetratam non tolli obligationem ipso iure, sed tantùm exceptionem induci, quod certè verum est & aptari cōmodè potest quæstioni propositæ de fideiussore, sed non quæstioni de patre. Debuit enim dicere patris obligationem esse æquè principalem nō accessoriam ad obligationem filij. Sanè quod idem Accursius quærit cur subueniretur patri ob absentiam filij potiùs quàm ob ætatem ex *l. cùm quidam* 30. *de acq. hered.* ridiculum est. Ibi enim restituitur pater non à prætore, sed à consulibus ex decreto Imperatoris & propter absentiam suam, non filij.

i *Excepta mutui datione.* Non conuenit exceptio hæc ei quæ proximè præcedit *si patrē conuenat creditor, auxilium cessat.* Itaque Accursius eam refert ad articulum præcedentem. *si igitur filius conueniatur postulet auxilium.* Nec dissentit Cuiacius qui putat hunc vnum esse casum quo filiusfam. minor ex suo cōtractu nō restituitur, videlicet, inquit, si mutuam pecuniam iussu patris acceperit: quod & significari putat *l. 2. C. de filiof. minor.* in illis verbis, *nec iussu eius, nec contra Senatusconsultum contractum est.* & rationem adfert quod eatenus saltem visum sit subleuandos esse creditores, qui aliàs Senatusconsulto Macedoniano satis opprimebātur. Ego tamen non possum hoc concoquere qui video, minorem ex omnibus suis contractibus restitui, siue mutuam pecuniam acceperit. *leg. aut prætor* 7. *circa princ.* §. *h. tit.* siue dederit etiam contra Senatusconsultum. *leg. verum* 11. §. *vlt. eod.* Nec quod minor idem filiusfamilias sit, nocere ei debet quoties ipsius interest, id est, si sit proprio nomine obligatus, vt scriptum est in hoc §. Rursus etiamsi filiusfamilias iussu patris mutuam pecuniam acceperit, non eò minùs tamen iuuandus est, si ipse ex ea causa proprio nomine conueniatur, etiam si ex causa aliqua peculiari contraxerit. De proprio enim patrimonio & in rem propriam contrahisse intelligitur filiusfamilias, qui de re ad peculium pertinente contraxit. Quidni ergo restituetur? Etsi cùm filius de re non peculiari contraxit minorem dubitationem res habet quin possit restitui, quia hoc casu verendum non est ne eius restitutio prosit patri. Fateor filium qui iussu & mandatū patris mutuam pecuniam accepit, non ex causa peculij, sed pro rerum paternarum administratione nō habere restitutionem, qui non tam ipse quàm pater eius cōtraxisse intelligitur, aut ipse pro patre. ne quidquam interest filij habituri regressum contra patrem, aut saltem contra res paternas, si modò pater sit soluendo, vt s. diximus ex *d. l. cùm mandatu.* Et ita intelligo quod scriptum est in *d. l.* 2. Aut si mauis de filio, qui, vt Accursius loquitur, nudum ministerium præbuerit patri, vt in specie. *leg. si ex contractu* 4. *C. quod cum eo qui in al. pot.* Sed non potest ea interpretatio accommodari ad hunc locum, in quo tractatur de filiofamilias qui contraxerit ex causa peculiari, ac proinde quī non

on ex contractu patris, sed ex suo, nec de re merè aterna, sed de ea quæ etiam sit sua se obligauerit n solidum sine vlla spe regressus contra patrem.

Nulla enim ratio est cur non possit hîc restitui n integrum. Nec solùm si conueniatur vt textus oster ait: sed & priùs quàm conueniatur, quia vt ossit restitui, sufficit quod possit cōueniri. Alioqui estitutio in integrum nunquam proponeretur nisi per viam exceptionis, cùm tamen certum sit posse illam proponi etiam per viam actionis. *l. metum* 9. §. *sed quod prætor ait. ff. quod met. caus.* déque ea estitutionis proponendæ ratione prætorem in omnibus edicti partibus sensisse, quibus se aut iudicium daturum pollicetur, aut animaduersurum. Idque est quòd hîc Vlp. scribit *putà si sit obligatus*, & paulò post *Filius autem cùm & ipse, &c. possit ex condemnatione conueniri, auxilium impetrare debebit.* Ergo vt dicā quod sentio totus hic versiculus, *Excepta mutui datione: in hac enim si iussu patris mutuam pecuniam acceperit non iuuatur.* irreptitius est ex glossa alicuius interpretis quem leges suprà citatæ, nec ab eo satis intellectæ fefellerunt. Nisi quis probabilius putet Tribonianum in hoc quoque §. vt alibi tam sæpe violentas Vlp. manus intulisse. Nam ab initio vers. *proinde si iussu patris* vsq; ad vers. *nec eo mouemur.* nihil video præter distinctiones quasdam & clausulas Tribonianeo more, id est, satis malè cōcinnatas. Quid enim ad Vlpiani tractatum pertinebat monere: patrem cujus iussu filius cōtraxit in solidum teneri? Quid rursus teneri filiū in id quod facere potest confusis tribus illis casibus, siue in potestate manserit, siue emancipatus fuerit, siue exheredatus: cùm tamen primo casu in solidum teneatur, vt supra probauimus. Quid præterea attinebat ita scribere, *& quidem in potestate manens etiam inuito patre*? Quasi verò non etiam & multò magis cōueniri possit, inuito patre filius emancipatus vel exheredatus in id nimirum quod facere potest. Ad hæc. Quid illud est dicere, *Cùm & ipse filius possit conueniri auxilium impetret si conueniatur.* Nam si bona est, vt est ratio illa, propter quam filio succurri debeat quod possit ipse conueniri, quid necesse est vt conueniatur? Hoc verò semel dicto an non planè insulsa est quæ sequitur eiusdem dicti inculcatio. *Si igitur filius conueniatur postulet auxilium, si patrem conueniat creditor auxilium cessat.* Sed & quidni conuento etiam patre dabimus filio restitutionem: non quidem vt ea restitutio prosit patri, sed vt prosit filio qui ipse potest conueniri? An eò minùs cōdemnari potest filius proprio nomine, & in solidum quod pater ipse de peculio conueniatur? Cur ergo mota contra patrem actio auferet filio auxilium restitutionis? Nam & è contrario si filius conueniatur in solidum, nec fortè velit restitui, non eò minùs pater restitui poterit, etiam inuito filio adeóque tametsi nondum conueniatur: quia sufficit periculum ne conueniatur posteà, cùm teneatur de peculio. *l. patri* 27. *hoc titul.* Iam dixi quàm ineptè subiectus sit iste versiculus, *excepta mutui datione*, sed ille multò ineptiùs qui sequitur, *Proinde etsi sine iussu patris.* Nam si verum est quod priùs dixerat Vlpianus, & de quo dubitari non oportet, toties restituendum esse filium ex causa peculiari quoties ipsius interest, vt putà si sit ipse obligatus quid interest filij volentis restitui an pater de peculio conueniatur necne? An ob id minùs obligatus est filius quòd nondum ipse conueniatur aut quod pater eius conueniatur de peculio? Denique pro illis verbis *si filius conueniatur poterit restitui*, debuerat potius scribi, *si filius possit conueniri erit restituendus.* An non enim maius periculum est filij, qui quandoque potest conueniri in solidum, priùs etiam quàm conueniatur quàm patris qui non tenetur, nisi de peculio. *d. l. patri* 27. sed quod omnium maximè me mouet illud est, quòd sequens versiculus, *nec eo mouemur*, quem nos Vlpiani esse admittimus necessariò referendus est ad versicul. *ego autem verisimam, arbitror sententiam existimantium.* Nam cùm dixisset Vlpianus filiumfamilias minorem in integrum restitui posse ex iis solis causis, quæ ipsius interfunt (si tamen latina ac non potiùs Tribonianea hæc locutio est.) putà si sit obligatus & consequenter ex aliis causis restitui nō posse. Respondendum fuit ad obiectionem quæ suadere videbatur dandam filiofamilias minori restitutionem in omni casu quo tractetur de peculio: quòd nimirum omni casu interfit filij peculium habere; etiamsi non sit ipse obligatus. Atquam obiectionem respondetur iis verbis, *Magis enim patris quàm filij interest.* Quæ ratio non probat filium restituendum esse quoties ipsius interest, vt putà si sit obligatus, de quo tamen solo agitur in iis quæ immediatè præcedunt: sed è contrario non esse restituendum filium si non sit ipse obligatus, aut si non aliter probet sua interesse. Loquitur autem Vlpianus in numero plurali, *nec eo mouemur*: quia non suam dumtaxat, sed & aliorum opinionem retulerat idem existimantium: quod facilè quilibet assequeretur, si omnia illa quæ nos Triboniano adscribimus interposita non essent. Penè omisi quod intexta quæstio illa, *sed an hoc auxilium patri quoque prosit*, &c. non nisi ineptè & falsò intexta fuit. Nam præter id quod nihil simile habet causa fideiussoris qui alienæ accessit obligationi cum causa patris qui proprio nomine tenetur de peculio, adeóque ex proprio facto, licèt ex contractu filij conueniatur, quia ex eius voluntate videtur contraxisse filius cui peculium pater dedit (quæ ratio sola fuit dandæ in patrem actionis de peculio) iam Vlpianus satis dixerat, contra quàm Tribonianus velit nunquam posse filium minorem restitui in integrum, quin eius restitutio prosit patri. Ea námque sola erat ratio dubitandi propter quam videbatur non esse permittendum, vt filiusfamilias minor ex causa peculiari restitueretur. Nempe quod ita posito iure necessarium erat euenire, vt contra propositum prætoris maioribus quoque succurreretur. Et verò cùm pater non teneatur actione de peculio nisi ex contractu filij (ex propriis siquidem contractibus in solidum tenetur,) quæro quî fieri possit vt ex contractu filij pater conueniatur, qui iam rescissus sit per in integrum restitutionem? Sed & cùm non alia ratione patri permittatur, vt pro filio petat omnimodo restitutionem quam ex propria persona petere non posset, nisi quia patris periculum agitur, qui de peculio tenetur, vt scriptum est in *dict. leg. patri* 27. *infr.* Vt nimirum liberetur ab eo periculo pater rescisso per restitutionem contractu filij, quantò magis dicendum est restitutionem à filio impetratam prodesse patri?

Illud sane verum est quod fortasse Tribonianus voluit dicere patrem qui sit maior non esse restituendum in integrum ex persona filij minoris scilicet si nomine suo non nomine filij petat restitutionem. Quomodo fideiuss or minoris potest restitui aduersus contractum dolo aduersarij interpositum etiamsi minor ipse nolit restitui. *l.2.*vbi Accursius. *Codic. de fideiuss. minor. leg. minor* 51. *de procurat. leg. exceptiones* 7. *de except. leg. ex persona* 32. *de fideiuss.* & argum. *leg. si post mortem* 10. *§. fin. de bonor. possess. contra tabul.* Sed illud non æquè verum patri non prodesse restitutionem filij. Prodest enim omnimodo omnique casu. Nec distinguo an iussu patris filius contraxerit an non iussu quomodo distinguit Cuiacius. Etsi enim qui contrahit cum filio habēte iussum patris cum ipso patre quodammodo contrahere videtur vt ait *l.1. quod iussu.* Verum tamen est contractum esse solius filij perinde atque si sine iussu patris contraxisset. *d. l. si quis cum filiofam.* 44. *de pecul.* & actionem, quod iussu non tam propriam esse actionem, quàm adiectionem quandam actionis de peculio, vt & actio De in rem verso quodiam olim Ioannes sensit ab Accursio nostro relatus & probatus ad *§. vltim. instit. quod cum eo.* Ex eodem namque edicto nascuntur tres illæ actiones, De peculio, de in rem verso & Quod iussu. *leg.1. §.1. de pecul.* Nam nec actio quod iussu datur in solidum absolutè (in quo plerique errant.) Sed quatenus dumtaxat iussum est sicuti nec de in rem verso nisi quatenus versum est. Itaque si filius iussus à patre mutua accipere quinquaginta acceperit centum ex quibus versa sint tantùm triginta in rem patris, nec nisi vigintiquinque sint in peculio pater non vigintiquinque debebit non triginta non centum, sed quinquaginta, qui tamen centum vtique deberet si ipse contraxisset. Accursium etiamsi ponere iussum à patre filium vt mutua acciperet centum & ita teneri patrem in solidum ad tota centum præstanda, non eò minùs tamen verum esset contractum esse filij, alioqui non teneretur filius proprio nomine, sed tantùm vel quasi procurator si ex mandato contraxisset vt in *d. l. cùm mandato* 23. *h. tit.* vel nullo modo si tanquam nudus minister vt in specie. *d. l. si ex contractu* 4. *Cod. quod cum eo qui in al.* Atqui tenetur proprio nomine & in solidum sicut & pater, nec tamen tanquam correus debendi quia ex contractu alieno nemo fit correus debendi præsertim cùm pater semper teneatur aut quatenus iussit aut quatenus in rem eius versum est aut quatenus est in peculio: nunquam in solidum absolutè: Filius verò in solidum quamdiu in patris potestate aut patris heres est. In quantum verò facere potest si emancipatus aut exheredatus aut absentus filius proponatur. *l.2. l. si ex alio* 9. *eod.* Omni ergo casu fatendum est patrem etiam qui iussit conueniri ex contractu filij & consequenter rescisso contractu per restitutionem filio concessam fieri nullo modo posse vt ex contractu pater aut de peculio aut de in rem verso aut quod iussu conueniatur. Quomodo enim posset ex contractu rescisso per eum qui ipse contraxisset dari actio in eum qui non contraxisset? In summa, vnica actio est de peculio & quod iussu, licèt alias eásque diuersas habeat condemnationes vt de actione de peculio & de in rem verso scribit Iustinianus in *§. præterea. instit. eod.* Nam & actioni quod iussu similis est actio de in rem verso in eo quod vtraque competit contra patrem vel dominum directo vt ait Iustinianus in *§. vltim. eod.* id est, proprio nomine non tanquam in eum qui alieno nomine sit obligatus. Sed id non efficit quin ex alieno contractu nascatur obligatio, quæ proinde non potest subsistere nisi quamdiu contractus ipse subsistit, qui porrò si rescindatur per restitutionem concessam filio non potest quantum ad patrem haberi pro integro & non rescisso. Fateor patris obligationem adeóque actionem quæ in eum quod iussu aut de peculio competit durare etiam sublata obligatione filij: purà si filius vnico patre deceserit vt in *l. antep. de SC. Maced.* Quidni verò cùm etiam fideiussoris obligatio quæ accessoria est possit subsistere sine principali, siue fideiussor debitum hominem occiderit, siue debitor sine herede decesserit. *lege sine herede* 32. *in princip. de admin. tutor. leg. Stichum* 95. *§.1. in fin. de solut.* Sed nego patris obligationem aut actionem quæ in eum competit etiamsi iusserit posse durare sublato & rescisso contractu filij non magis quàm fideiussoriam sublato & rescisso contractu cui fideiussor accessit nisi cùm fideiussor interuenit contemplatione iuris prætorij & ob hoc ipsum vt tantò magis teneretur si contractus minoris, beneficio ætatis rescinderetur, vt dicam ad *l. in causæ* 13. *ff. eod.* Quæ distinctio non potest adhiberi in patriæ, cuius scilicet persona in contractu filij non intervenit ne tum quidem cùm iussit. Aliud enim est iubere quod sit à patre tanquam à patre, aliud verò fideiubere quod sit à patre tanquam ab extraneo. *l.1. §. quid ergo. ff. quod iussu.* Sed & facilius est vt rescisso contractu principali nihilominus fideiussor teneatur, quàm vt pater rescisso contractu filij: quia fideiussor ex proprio contractu propriáq; promissione tenetur, Pater verò etiam qui iussit non nisi ex contractu filij vt probauimus. In quo probando longiores nos esse necesse fuit, quoniam & noua & magni momenti est hæc nostra interpretatio vt nemo non videt.

k *Licet aliquo casu.* Ratio dubitandi. Inspiciendum est id quod potest euenire. *l. verum* 11. *§. si locupleti. vers. sed hæres. ff. h. tit. l. si quis domum* 9. *§.1. vers. quia hoc euenire posse prospicere debuit. ff. locat.* Ergo cùm aliquo casu possit euenire vt peculium sit solius filij & separetur a patrimonio patris dicendum est dandam omnimodo restitutionem filio ex causa peculiari licèt non sit ipse obligatus.

Ratio decidendi. Aduentitij casus non sunt computandi. *l. Iulianus 6. qui & à quib. man.* & casum aduersámque fortunam hominis liberi præsertim patris expectari à filio neque ciuile neq; naturale est. *leg. inter stipulantem* 83. *§. sacram. vers. homo liber. de verb. oblig.*

l *Propter debitum pecuniarium.* Aliud ergo est si propter delictum patris bona eius à fisco occupata sint. Ratio dubitandi. Non debet ex delicto patris filius grauari. *l. si quis suo* 33. *§.1. C. de inof. test.* Ergo non minùs debet peculium separari filio si patris bona occupata sint a fisco propter delictum, quàm si propter debitum pecuniarium. Ratio decidendi. Separatio hæc fit eo beneficio & indulgentia imperatoris qui hoc fauore dignum putauit filium debitoris, non etiam filium delinquentis. Nemo enim fauore dignus est ob id quod improbum patrem habeat, si nec odio. Cùm ergo deterioris condicionis constituitur filius delinquentis, non odio patris grauatur, sed tantùm aufertur ei beneficium quo alioqui dignus esset si patrem haberet miserum quidem & ære alieno oppressum, sed tamen probum. Itaque miror quod ex hoc loco nostri inferunt peculium filij non publicari publicatis bonis patris. Publicatio enim non fit nisi ex causa precedentis delicti, nisi fortè legerunt illi *delictum* hoc loco nō *debitum*. nam & dictio *pecuniarium*, quæ adest in vulgata editione, deest in Florentina.

5 ¶ Ego etiam filiamfamilias[m] in dote captam, dum patri consentit stipulanti, dotem non statim[n], quàm dedit: vel adhibenti aliquem, qui dotem stipularetur, puto restituendam. quoniam dos ipsius filiæ proprium patrimonium est.

Ad §.5. Ego etiam.

m *Ego etiam filiāfamilias.* Ratio dubitandi. Dos profectitia communis est patri & filiæ: aut saltem actio de dote *l.2. §.1. l. si cùm dotem* 22. *in principio. & §. eo autem tempore. soluto matrimon.* Et mortua in matrimonio filia dos profectitia ad patrem reuertitur. *leg. dos à patre* 4. *Codic. eodem. l. iure succursum* 6. *de iure dotium.* Ergo si permittatur filiæ vt petat restitutionem in integrum pro dote profectitia, euenit similiter vt ea restitutio prosit patri contra propositum prætoris qui non id egit vt succurreret maioribus, sed vt minoribus, sicuti scriptum est in initio *§.* præcedentis.

Ratio decidendi, Dos proprium filiæ patrimonium est *l. pater* 14. *in princip. ad leg. Falcid l.4. de collat. l. vlt. de collatio. dot.* Ergo non potest denegari restitutio filiæfamilias minori, si capta sit in dote. Nec quòd ea dos ad patrem peruenire aliquo casu possit, nocere interim filiæ debet, cùm aduentitij casus non sint computandi *leg. Iulianus 6. qui & à quibus man.* abominabiles verò multò minùs *l. inter stipulantem* 83. *de sacram. vers. liber homo. de verbor. obligat.* Qualis ille est vt filia ante patrem moriatur *leg. cùm tale* 72. *in princip. de condic. & demonstr. l. Iulianus* 26. *ad fin. si quis omiss. caus. test. d. leg. iure succursum. leg. scripto* 7. *in fi. vnde liberi.* aut maritus ante vxorem. Datur enim dos eo voto vt perpetuò sit penes maritum *lege* 1. *de iur. dot.*

n *Non statim.* id est, *ex interuallo.* Pater enim qui dotem dat pro filia, potest incontinenti quas vult leges & condiciones adiicere, sed ex interuallo non potest *l. cùm à socero* 7. *Cod. de iur. dot. l. vnic. §. accedit. & §. & hoc. C. de rei vxor. act. l. cùm dos* 7. *in fi. de pact. dot. l. quoties* 29. *solut. matr.* Consequenter læditur filia, cùm post ius sibi acquisitum consentit patri siue stipulanti dotem siue adhibenti extraneum stipulatorem ex interuallo, quia ita fit deterior ipsius condicio: & idcirco necessarium est auxilium restitutionis filiæ, nec denegandam, quoniam ætas meretur restitutionem.

Ratio dubitandi; Pactum per quod fit deterior condicio dotis, non valet ipso iure *l. Attilicinus* 17. *de pact. dot.* Ergo nec quidquam valebit hoc de quo agimus, quo filia consentit patri ex interuallo dotem stipulanti, aut extraneum ad stipulandum exhibenti. Atqui cùm non valet conuentio iure communi & ordinario, cessat auxilium restitutionis quod est extraordinarium, quia minor ipso iure munitus est *l. in causa* 16. *in prin. inf. eo.* Ergo non est quod in hac specie tractemus de filiafamilias restituenda.

Ratio decidendi. Prohibita sunt huiusmodi pacta inter virum & vxorem *l. licèt* 18. *de pact. dot.* sed non inter socerum & generum, præsertim stipulatione interueniente. Ei námque semper restituenda dos est qui sibi fuit stipulatus siue incontinenti siue ex interuallo stipulatio interposita sit *l. post dotem* 40. *solut. matr.* si cum Cuiacio legas quomodo legendum est, *sine filiæ voluntate.* Quod enim sine filiæ voluntate stipulatus est pater dotem sibi reddi, non facit ne actio ex stipulatu patri competat, sed tantùm vt ii ex ea stipulatione agere pater volet viua aut ignorante filia, exceptione submouendus sit, ne alioqui maritus & patri eidémque stipulatori & filiæ quæ non consensit vtrique in solidum condemnetur. quod euidenter iniquum esset. Cæterùm si filia consentiat, potest pater deteriorem facere dotis condicionem stipulando eam sibi etiam ex interuallo, nec vlla exceptione repellitur *d. l. quoties* 29. *sol. matr. l. aliud est* 19. *de pact. dot.* vbi ob hanc causam legendum puto *vel* pro & in illis verbis, *si patri filia heres extitisset*, & *interueniente ea pactum conuentum fuerit.* Alterutrum enim sufficit vt pactum patris qui dotem longiore quàm statuto legibus tempore reddi voluit, filiæ quoque noceat, nimirum vt vel filia heres extiterit patri, vel ei malè pacisceti consenserit. Sed hoc accipi debet cum illa exceptione, nisi filia sit minor annis vigintiquinque, & in hoc ipso læsa quod patri consenserit. tunc enim restituenda est in integrum aduersus eiusmodi consensum, contra quem tamen non restitueretur, deque ex hac neque ex alia vlla parte edicti si esset maior. Sed contra quem restituetur? An contra patrem? Ita putat Cuiacius existimans ita obtinuisse iure vetere vt filiusfamilias posset restitui contra patrem, non quidem ei capite edicti de dolo, sed ex isto de minoribus. ex *l. patri* 27. *§. vltim. infr. hoc titu.* vbi quod additur, *nisi quædam personæ speciali lege exceptæ sunt*, ait esse Triboniani respicientis ad nouam Iustiniani constitutionem in *lege vitim. Codic. qui & aduersus quos id integrum restitut. non posses.* quæ primùm induxit vt neque liberis contra patrem, neque libertis contra patronum restitutio hæc indulgeatur. Sed ego contrà puto. Primùm quia nullo casu potuit olim esse lis inter patrem & liberos in potestate constitutos, nisi ex causa castrensis peculij *lege lis nulla* 4. *de iudiciis.* Nempe propter ius patriæ potestatis. quod impediebat & impedit etiam hodie ne pater contra filium agere posset non magis quàm contra seipsum *leg. ne cum filiofamilias* 16. *de furt. lege Imperator* 50. *ad Senatusconsult. Trebell. lege sive emancipatis* 17. *Cod. de donation.* Nec separanda est causa dotis à cæteris, quomodo eam separat Cuiac. vt faciat similem peculio castrensi. Nam in peculio castrensi filiusfamilias habetur pro patrefamilias *leg. 2. de Senatusconsul. Maced.* non etiam filiafamilias in dote

vt constat ex *lege Pomponius Philadelphus 35. famil. erciscund.* de cuius sententia contra receptissimum omnium interpretum errorem scripsi *7. coniectur.12.* Itaque quod Iustin. constituit in *dict.l.vlt. Cod.qui & aduers.quos.* vt non sint restituendi liberi contra patrem non magis quàm liberti contra patronum, cùm aliam rationem non habeat quàm reuerentiam parentibus vt & patronis debitam ad alios liberos pertinere non potest quàm ad emancipatos. Vt nec edictum de in ius vocando, quo prohibentur liberi ne parentes in ius vocent sine venia prætoris. Nam qui in potestate sunt iure magis potestatis quàm præcepto prætoris impediuntur ne id facere possint. inquit Vlpianus in *l. adoptiuum 8. de in ius vocand.* vbi excipit solam causam castrensis peculij non etiam dotis. Sed & falsum illud est quod addit Cuiacius non potuisse olim liberos restitui contra parentes ex capite de dolo. Etsi enim non poterant ita restitui vt agerent de dolo: poterant tamen ita restitui vt agerent in factum si modo essent emancipati vt constat ex *lege si superstite 5. §. sanè. Cod.de dol.* quod hodie sine dubio correctum est per *dict.l.vlt.* quæ non de sola minorum restitutione loquitur, sed generaliter de qualibet. Absit ergo vt dicamus cum Cuiacio in specie huius §. permittendum filiæ vt litiget de dote contra patrem. An igitur restituenda erit contra maritum? vt vult Accursius. Atqui nihil illa gessit cum marito qui promittendo dotem patri ex interuallo sibi stipulanti non cum muliere contraxit sed cum patre, quamuis illa stipulanti patri consenserit. Nam & idem esset etiamsi consensisset patri ante vel post stipulationem, absente quoque aut ignorante marito. Porrò inauditum est vt aduersus alium minor restituatur quàm cum qua contraxit *lege 1. §. prætor edicit l.ait prætor 7. in princip. ff. hoc tit.* Sed neque æquitas, qua restitutiones omnes nituntur vllo modo patitur vt in hac specie mulier contra maritum restituatur. Ad quid enim posset restitui nisi ad hoc vt maritum haberet obligatum, si ea vel inuita vel ignorante dotem patri solueret? Atqui non potest recusare maritus quominus totam dotem soli patri etiam contradicente filia cogatur soluere cum patri filia consensit nec habet vllam doli exceptionem contra patrem. Ergo necesse erit maritum & patri & vxori soluere quod iniquissimum esse supra diximus. Nam quod Accursius tentat similiter dandam marito restitutionem contra socerum ne maritus cogatur duobus soluere, adhuc magis ridiculum est. Neque enim captus est maritus qui dotem soli patri stipulanti promisit cùm nihil eius interfit si filia consenserit. Et quamuis eius interesset quoniam tamen colore restitueretur si neque dolus patris neque minor ætas mariti interuenerit. Nec ad rem facit *l. 1. Cod. de repud.* quam vnam Accursius adducit. Hoc enim tantum ait, indotatam mulierem esse non oportere. Quæ res non facit vt eò minùs cogatur maritus soli patri dotem restituere quam ei soli stipulanti promisit ex filiæ voluntate. Quòd si cum Accursio dicas restituendam filiam contra maritum vt se reponat in obligationem ne hoc quidem feram. Nulla enim obligatio est mariti de dote restituenda quamdiu durat matrimonium cùm eo voto dos detur vt perpetuò sit penes maritum *l.1. de iur.dot.* Nec incipit obligatio nisi soluto demum matrimonio quo tempore incipit etiam actio rei vxoriæ. Neque similis est hic tractatus ei quod dici solet de restituenda contra priorem debitorem actione qui per intercessionem mulieris fuerat liberatus, si postea mulieri ex Velleiano subueniatur *l.quamuis 8. §. si mulier. §. quanquam. & passim. ad senatusconsultū Velleian.* Ibi enim præcessit aliqua obligatio quæ restitui possit à prætore vt & in specie *l.4. de condict. caus. dat.* id est, cùm acceptilatio facta fuit. At cùm filia minor 25. annis consensit patri dotem sibi ex interuallo stipulanti nulla præcessit obligatio mariti quæ contra eum restitui vel deberi vel posset. Quid ergo dicemus? Hoc vnum quod vt puto hactenus nemo dixit restituendam esse filiam contra patrem, sed ita tamen vt ex hac causa non litiget cum patre. Nec enim expeditur hæc restitutio vt ceteræ vi actionis & per iudicium sed officio & cognitione sola prætoris *l. in causa 13. l. quod si minori 24. §. vlt. h.tit.* Quam cognitionem prætorem implorare filia potest contra patrem saluo iure patriæ potestatis vt euenit cùm filiofamilias hereditatem restituere rogatus est pater qui aut hereditatem adire non vult, aut res hereditarias in fraudem fideicommissi dissipat. Cogitur enim per prætorem statim hereditatem restituere *l. cogi 16. §. si pater. l. Imperator 50. ad senatusconsultū Trebellian.* Quidni verò, cùm etiam seruus cui libertas & hereditas fideicommissaria relicta est habeat per se aditum ad prætorem vt eandem prætoris cognitionem aduersus dominum implorare possit *lege mulier 22. §. non est dubitandum. eodem titulo.* Idque ita esse apparet etiam ex eo quod sequitur in hac lege restituendum esse minorem aduersus adrogatorem si eum adrogator deceperit. Nam & æquè adrogatus est in potestate sui adrogatoris nec contra eum stare in iudicio potest *lege adoptiuum 8. de in ius vocand.* Sed restituitur minor contra adrogatorem, vt & filia de qua agimus contra patrem naturalem & legitimum cognitione prætoria non actionis iure.

a *Quoniam dos proprium ipsius filiæ patrimonium est.* Intellige in comparatione patris, non etiam mariti. Dos enim in bonis mariti est, quamuis sit mulieris *l. quamuis 75. de iur.dot.* & vt alibi scripsi, mulier est domina dotis & rerum dotalium iure Quiritium, maritus verò est dominus bonitarius, qui & ideò mulieri præfertur in quæstione dominij *lege doce 9. Codice de rei vindic. §. 1. institut. quibus alienar.licet.* Tametsi longè aliter Iustinianus constituerit in *lege in rebus 30. Codice de iure dotium.* vbi facit è contrario mulierem dominam bonitariam, maritum verò non nisi quiritiarium. Sed quod ad patrem pertinet aliud est. Dos enim à patris bonis abscessisse & in filiæ bonis esse intelligitur *lege pater 14. ad leg. Falcidiam lege filium 4. de collatione bonorum lege prima §. vltimo. de collatione dotium lege in eum 16. de religios. lege cùm dos septima de pactis dotali.* Vnde est, quòd nec potest eam pater exigere sine filiæ voluntate. *lege 2. §. primo & passim soluto matrimonio. lege Titia. 34. §. qui in vita. de legatis secund. lege qui hominem. 34. §. si gener. de solutionib.* sed & nouo iure siue potestatis

tis, siue conuentionis iure dos profectitia ad patrem redierit cogitur pater eam filiæ reseruare, *tueb. sed quamuis. C. de rei vxor. act.* nec filiæ exhedatæ dotem auferre potest. *§. videamus. l. vn. C. de rei vxor. act.* An verò vsque adeò dos proprium filiæ patrimonium est, vt in dote instituì à patre filia non possit? Ita puto, quamuis Accursius, Bartolus & alij vulgò aliter sentiant, contra quos videnda sunt quæ scripsimus in *error. 2. Decad. 13. de error. pragmat.*

6 ¶Si quis minor vigintiquinque annis adrogandum se dedit, & in ipsa adrogatione circumuentum dicat: (finge enim à prædone eum hominem locupletem adrogatum) dio deberi eum audiri in integrum se restituentem[a].

Ad §. 6. Si quis minor.

Ratio dubitandi. Res non capit restitutionem cùm statum mutat. *l. si ex causa 9. §. Papinianus. ff. h. t.* Vnde est quod aduersus libertatem aut seruitutem restitutio dari non potest, vt scriptum est in *d. §. Papinianus. & in §. vlt. eius d. legis. & l. eleganter 7. institut. prox.* Atqui adrogatus statum mutat: fit enim ex filiofamilias patersamilias, & cum capite eram sert familiam suam, bonáq; omnia in familiam adrogatoris. *l. qui ex liberis 11. §. testamento. de bonor. poss. secund. tab.* & omnis capitis diminutio status mutatio est. *l. 1. §. de cap. minut.* Ergo non potest restitui adrogatus contra adrogatorem. Præsertim cùm nec inter eos lis esse possit obstante iure pariæ potestatis. *l. 4 §. de iudic.*

Ratio decidendi. Mutatio status publici non capit restitutionem, quæ mutatio conting it per meliam & maximam capitis diminutionem, quia tunc nullæ possunt esse prætoris partes, qui non nisi inter ciues Romanos cognoscit, & recurrendum necessariò est ad potestatem principis, si quis aduersus amissam libertatem aut ciuitatem restitui velit. *l. intercidit 59. de condic. & demon. l. 1. & tot. tit. C. de sentent. & pass. & restit.* sed mutatio quæ per arrogationem contingit non est eiusmodi. Aufert enim familiam duntaxat non libertatem, nec ciuitatem, ideóque dicitur contin gere saluo statu. *lege prima §. capitis. ff. ad SC. Tertyl.* Alioqui dicendum erit restitutionem in integrum nullo casu fieri posse, cùm restitutio quælibet ad hoc detur, vt omnia in pristinum statum reponantur. *l. quod si minor 24. §. restitutio. ff. h. ti.* atque ita in necessarium antecedens præsupponat aliquam status mutationem, vt benè hìc Cuiacius argumentatur. Nihil ergo impedit quominus restitui possit adrogatus contra adrogatorem, sed ex hoc tantùm capite, non etiam ex aliis: quia ex hoc capite fit restitutio sola cognitione prætoria, non per viam actionis quæ inter patrem & filium exerceri certè non posset, vt dixi ad §. præced. Fit autem restitutio in integrum hoc casu, non ita vt adrogatus reponatur à prætore ipso in pristinum statum & habeatur pro non adrogato, sed ita vt iubeatur adrogator eum emancipare, causa tamen priùs cognita, id est, si probauerit, minor sibi expedire non redigi in potestatem adrogatoris. *l. nonnunquam 32. & seq. ff. de adopt.* Putà si minor locuples adrogatus sit à prædone: quod & hodie locum habere potest, quamuis bona adrogati non transeant in familiam adrogatoris, nisi vno casu post Iustiniani constitutionem in *l. pen. C. de adopt.* de qua in *§. nunc autem. institt. de acquisit. per arrogat.* Nec distinguemus an adrogatio facta sit puberis an pupilli. Etsi enim adrogatio pupilli hoc proprium habet quòd non fit sine decreto prætoris. *l. si pater-familias 15. §. in adrogationibus. l. nec ei 17. §. 1. & l. seq. eod. tit.* decret i tamen autoritas non impedit restitutionem probata quandoque læsione, sed facit tantùm vt actus ipso iure teneat, sitque necessaria restitutio ad eum rescindendum. *l. etsi præses 5. l. siquidem 11. C. de præd. minor.*

a *In integrum se restituentem.* Rectius in victoriano exemplari *restitui volentem.* Nemo enim seipsum restituere potest, sed tantùm petere restitutionem ab eo qui restitutionis concedendæ ius habet, siue prætor ille sit, siue alius.

7 ¶Si quid minori fuerit filiofamilias legatum post mortem patris, vel fideicommissum relictum: & captus est, fortè dum consentit patri pacisceti, ne legatum peteretur, potest dici, in integrum restituendum: quoniam ipsius interest propter spem legati, quod ei post mortem patris competit. Sed & si ei legatum sit aliquid, quod personæ eius cohæret, putà ius militiæ: dicendum est, posse eum restitui in integrum: interfuit enim eius non capi, cùm hanc patri non adquireret, sed ipse haberet.

Ad §. 7. Si quid minori.

Ratio dubitandi. Legatum aut fideicommissum datum filio post mortem patris, non tantùm in diē, sed etiam sub condicione datum intelligitur si filius superstes erit patri, quia dies incertus pro condicione habetur in testamentis. *l. dies incertus 75. de cond. & demon.* Atqui legatum aut fideicommissum conditionale repudiari non potest: Et cùm repudiatur, nihil agitur, quia prius est vt quid competat quàm vt possit repudiari. Non competit autem condicionale legatum aut fideicommissum priusquam condicio extiterit. *l. si ita scripserit 45. §. si sub condic. de legat. 2.* Ergo si ante condicionis euentum filiusfamilias legatum aut fideicommissum si post mortem patris relictum repudiauerit, déque non petendo pactum cum herede fecerit, non ideò restituii in integrum potest, quia nō fuit læsus nihil agendo, satisq; ipso iure munitus est. *l. in causa 16. in prin. ff. h. tit.* Multò minùs si non ipse pactus sit, sed tantùm paciscenti patri cōsenserit. Ratio decidendi. Aliud est repudiare legatū vel fideicommissum cōditionale, quod sanè ante conditionis euentum fieri non potest. *d. §. si sub condicione.* Aliud verò pacisci de legato aut fideicōmisso condicionali, cuius cōdicio nōdū venerit, quod vtiq; fieri potest. *l. 1. C. de pact. l. de fideicommisso 11. C. de transact.* Ratio diuersitatis est, non quia in repudiatione factū vnius tantùm interueniat, in pacto autem factū duorum.

vt ſolet docere Bart. Sed quia repudiatio præſupponit delationem ſicut & acquiſitio. *l. is qui heres 13. leg. is poteſt* 18. *de acq. hered. l. delata* 151. *de verb. ſignif.* Pactum verò non delationem neceſſariò præſupponit, ſed ſpem tantùm futuræ delationis, quia ſpes etiam in pactum deduci poteſt & in quemlibet contractum. *l. pactum* 46. §. *de pact. l. Nam hoc modo* 11. *de hered. vel act. vend. l. ſpem futuræ actionis 3. C. de donat.* & cuilibet permiſſum eſt ſui iuris perſecutionem & ſpem futuræ actionis deteriorem conſtituere *d. l. pactum* 46. §. *de pact.*

b *Poſt mortem patris.* Quæ enim purè filiifamilias relinquebantur hoc iure patri acquirebantur per filios ita vt ne quidem momento temporis conſisteret acquiſitio in perſona liberorum. *leg. pl scet 79. de acq. hered. l. 1. ſi quis à par. man.* & ideò ſolebant qui filiisfam. conſultum volebant iis relinquere in tempus mortis patris aut ſi aliter effecti eſſent ſui iuris. *leg. quidam cùm filiumfam. 46. de hered. inſtit. leg. mater* 93. iunct. *l. duos* 70. *de condic. & demonſt.* Hodie nihil hoc neceſſe eſt, quia filiifamilias acquirit hodie ſibi ex omnibus cauſis præterquam ex peculio profectitio etiam inuito patre cui ſolus vſusfructus acquiritur. *l. cùm oportet. 6. l. vltim. C. de bon. quæ liber.*

c *Propter ſpem legati.* Ratio dubitandi. Licèt cuilibet non ſolùm iuris ſui perſecutionem, ſed etiam ſpem futuræ perceptionis pacto deteriorem conſtituere. *d. l. pactum* 46. §. *de pact. l. pen. C. eod.* Ergo non læditur minor qui ſpem percipiendi legati remittit. Nec enim læditur is qui iure communi vtitur. *l. vlt. C. de in integ. reſtit. min.* Conſequenter non eſt reſtituendus, præſertim cùm læſionem quę dat cauſam reſtitutioni certam eſſe oporteat, qualis tamen nulla eſſe poteſt in ea re quæ ex futuro euentu pendet. *l. d. e fideicommiſſo* 11. *C. de tranſact. l. ſi pater puellæ* 12. *C. de inoff. teſtam. l. ſi ea pactione* 14. *l. oleo* 23. *C. de vſur.*

Ratio decidendi. Minor, qui ſpem futuri legati remittit, facit quidem id quod iure communi facere cuique licet, ſed non facit quod prudens paterfamilias & maior faceret aut facere deberet: Ideóque læſus dicitur & tanquam læſus reſtituitur. *l. minor ſi in id* 48. §. *vlt. infr. hoc titu.* Pactum enim ſit gratis liberaliter & animo donandi & conſequenter perdendi. Donare namque perdere eſt. *l. filiusfamilias* 7. *de donat.* In eóque differt à tranſactione. *l. 1. §. de tranſact.* quæ non ſit niſi aliquo viciſſim accepto vel retento. *l. tranſactio* 38. *C. eod.* Sed contra quem reſtituetur minor hoc caſu? An contra patrem, vt in §§. præcedentibus? An potiùs contra heredem? vtique contra heredem, quia nec à patre, ſed ab eo qui cum patre pactus eſt de non petendo deceptus fuiſſe intelligitur. Nec ad patrem aliquid lucri ex hoc pacto peruenit quod poſſit ille filio reſtituto reddere. Quod in ſuperioribus ſpeciebus diuerſum eſt. Quid ſi hic minor non fuiſſet. Non reſtitueretur ob id ſolùm, quod patri conſentiendo læſus eſſet vt hic locus probat optimè contra pragmaticos noſtros qui ex ſola patris præſentia reuerentialem metum inducunt vt ex læſione qualibet iuncta cum metu reuerentiali eliciant iuſtam cauſam dandæ filio quantumlibet maiori reſtitutionis in integrum. ex *l. 1. §. quæ onerandæ. quar. rer. act. non det.* qui tamen locus ad rem non facit, vt alibi oſtendimus.

d *Sed etſi ei legatum ſit aliquid.* Non repetit Vlpianus quod in præcedente ſpecie adiecerat *poſt mortem patris*, quia ſcilicet non fuit verendum teſtatori ne legatum filiofamilias relictum quod ipſius perſonæ cohereret per eam acquireretur patri. Quæ enim cohærent perſonæ non tranſeunt à filio in patrem, vt nec à ſeruo in dominum. *l. qui heredi* 44. *de cond. & demonſt.* Eiuſmodi eſt legatum militiæ. Eſt enim omnino perſonale. Cùm militia ſit officium eorum qui in aliqua ſchola inter ſtatutos relati ſunt ex quo ſalaria & commoda à principe conſequuntur, vt Cuiac. hîc definit. Etſi video Accurſium aliam rationem adferre quòd legatum militiæ cenſeatur eſſe caſtrenſis peculij: ſed malè. Poteſt enim fieri vt vis militiæ legetur non militi quòd cùm ſit proculdubio caſtrenſis peculij eſſe non poteſt. Militem enim eſſe oportet eum qui peculium caſtrenſe habere velit. Recta igitur ratio illa eſt quam Vlpianus adfert quod legatum perſonæ cohereat.

8 ¶ Et ſi heres ſit inſtitutus, *ſi à patre in diebus centum*[e] *ſit emancipatus*: mox patrem debuerit ce[r]tiorare, nec fecerit, cùm poſſet: qui eum emancipaſſet, ſi cognouiſſet[f]: dicendum erit, poſſe eum reſtitui in integrum, parato patre eum emancipare[g].

Ad §. 8. Et ſi heres.

Ratio dubitandi. Quod quis ex culpa ſua damnum ſentit nec ſentire videtur. *l. quod quis* 203. *de reg. iur.* Atqui in propoſita ſpecie non ab alio minor læſus eſt quàm à ſeipſo, cùm ſuæ tantùm negligentiæ imputare debeat quòd patrem cùm poſſet & deberet non certiorauerit qui eum fuerat emancipaturus ſi cognouiſſet, non eſt igitur reſtituendus. Ratio decidendi. Minor dignus eſt cui ſuccurratur non tantùm cùm ab aliis læditur & decipitur, ſed etiam cùm facilitate ſua nimia vel inconſulta negligentia damnum aliquod incurrit, quia hæc omnia vicio & lubrico ætatis fieri intelliguntur. Itaque non poteſt in minore locum habere regula. *d. l. quod quis.* quia aduerſus culpam ſuam, quæ tamen excuſabilis negligentiæ modum non excedat nec ad dolum proximè accedat minor reſtituitur. Sublata verò per reſtitutionem obiectione culpæ damni emergentis ratio ſe exerens facit vt reſtitutionem iuſtè impetratam fuiſſe appareat.

e *In duebus centum.* Quæ erat vulgaris formula veteris cretionis de qua Vlp. in *tit. 22. qui hered. inſtit. poſſ.* & Impp. in *l. cretionum* 17. *C. de iur. delib.* vide *l. ſi Titio* 22. §. 1. *quand. dies legat.*

f *Qui eum emancipaſſet ſi cognouiſſet.* Aliud ergo dicendum eſſet ſi conſtaret, quòd pater quamuis de inſtitutionis condicione certior factus eum emancipaturus non fuiſſet, & ita bene Accurſ. ex *l. antep. quib. ex cauſ. maior.* Id enim eſt quod Vlpianus hîc ſcribit poſſe filium reſtitui in integrum *parato patre eum emancipare.* Alioqui nihil intereſt filij quod patrem non certiorauerit, ſi pater etiam certioratus eum non fuerat emancipaturus. Non quod etiam hoc caſu minor damnum non ſentiat qui omnimodo hereditatis ſibi ſub condicione delatæ iacturam facit: ſed quia non ſentit ob ætatis ſuę fragilitatem

fragilitatem, at potius ob patris ſeueriorem minúſque facilem & beneuolam in ſe voluntatem, quæ non iuſta eſt cauſa dandæ reſtitutionis ex hac edicti parte de minoribus. Nam nec pater filium emancipare vnquam cogitur, cùm patria poteſtas inæſtimabilis res ſit. *l. filiæfamilias* 114. §. *ſed etſi liberos. de legat. 1. niſi in caſu. l. ſi tui legatum* 92. *de cond. & demon. & l. nonnunquam* 32. *& ſeq. §. de adopt. l. vlt. ſi à par. quis manum.*

g *Parato patre eum emancipare.* Id eſt, ſi paratus ſit pater eum emancipare nunc cùm petit filius reſtitutionem. Præſumptio enim eſt in præteritum, eum qui nunc vult filium emancipare æquè fuiſſe citiùs emancipaturum, ſi id è re filij eſſe citiùs cognouiſſet, niſi aduerſarius probet contrarium. Ea namque probatio incumbit qui voluntatem mutatam eſſe dicit. *l. eum qui* 22. *de probat.* Sed quid ſi pater deceſſerit ante petitam reſtitutionem, vt iam emancipare filium non poſſit? An eo minus filius reſtituetur? & cùm ſui iuris factus ſit per mortem patris, æquè ac per emancipationem, non puto morte patris impediri reſtitutionem, ſi modò filius probet patrem, ſi ſciiſſet fuiſſe emancipaturum. Hoc enim caſu cùm nulla ſit præſumptio pro filio probationis onus ad ipſum pertinet, in eo præſertim quod fundamentum eſt intentionis ipſius, vulg. *l. adſeueratio* 10. *C. de non numer. pecunia l. actor.* 23. *Cod. de probat. l. 2. eod.*

9 ¶ Pomponius adiicit, ex his cauſis, ex quibus in re peculiari filiifamilias reſtituuntur, poſſe & patrem, quaſi heredem, nomine filij, poſt obitum eius, impetrare cognitionem.

¶ Si autem filiusfamilias ſit, qui caſtrenſe peculium habeat: proculdubio ex his, quæ ad caſtrenſe peculium ſpectant, in integrum reſtituendus erit, quaſi in proprio patrimonio captus.

Ad §. 9. Pomponius.

Ratio dubitandi. Mortuo filiofamilias qui contraxerat ex cauſa peculiari nulla ſupereſt obligatio filijfamilias, neq; naturalis, neq; ciuilis, cùm ea quę viuo ipſo fuerat eius morte finita ſit, quia non habet heredem iure pandectarum. Adeò vt nec eius obligationis & actionis nomine quæ contra eum competiit, fideiuſſor accipi poſſit *l. creditorem* 18. *j. de SC. Maced. l. qui contra* 11. *de fideiuſſ.* Ergo nec fieri poteſt vt ex quibus cauſis filiifamilias in re peculiari reſtituantur, poſſit & pater quaſi heres nomine filij poſt obitum eius impetrare cognitionem prætoriam: præſertim cùm nec quidquam fieri poſſit nomine defuncti qui nec heredem habet, nec hereditatem vllam quæ ipſius perſonam repræſentet, ſiquidem is qui defunctus eſt iam ipſe nullus eſt.

Ratio decidendi. Longè alia eſt huius loci ſententia quàm vulgo creditur, nec eam aut Accurſius aut Cuiacius aut quiſquã alius benè percepit: quia locus mendoſus eſt, & delenda ſunt verba illa *poſt obitum eius*, quæ ſententiam Vlpiani & Pomponij fecerunt inexplicabilem: & quę credibile eſt, additaeſſe ab imperito interprete exiſtimante præcedẽtia illa, *quaſi heredem*, perinde accipienda eſſe acſi ſcriptum eſſet, *quaſi ſucceſſorem.* cùm tamen dixerit hoc loco Pomponius *heredem* pro *domino*, quomodo veteres loquebantur teſte Iuſtin. in *§. fin. inſtit. de hered. qual. & diff.* & Tryphonino, in *l. de hereditate* 19. *§. pater de captiu. & poſtli.* Scripſi fuſiſſimè *lib. 3. coniect. cap. 5.* In ſumma ſenſus eſt diſtinguendum eſſe peculium profectitium à caſtrenſi, cùm quæritur de reſtitutione in integrum aduerſus contractum à filiofamilias celebratum, ſi peculium ſit profectitiũ, non ſolùm poſſe filium reſtitui proprio nomine, ſed etiam patrem, & quidem viuo adeoq; inuito filio. Non quidem proprio nomine, cùm & ipſe maior ſit & non contraxerit, quamuis proprio nomine de peculio teneatur, ſed tanquam heredem & dominum peculij: quia peculium profectitium, licèt ſit vtriuſque, patris nimirum & filij *l. filiusfamilias* 21. *de damn. infect.* Magis tamen eſt patris *§. ſed vtrum ſ. h. l.* Si verò peculium ſit caſtrenſe ſolum filium reſtituendum eſſe quaſi in proprio patrimonio læſum, non etiam patrem nomine filij: quia in peculio caſtrenſi filiusfamilias pro patrefamilias habetur *l. 2. de SC. Maced.* nec in eo quidquam iuris pater habet, ſiue viuo, ſiue mortuo filio: niſi cùm filius teſtamentum fecit quod aditione confirmatum ſit *l. 2. de caſtrenſ. pecul. l. ſi ſeruus communis* 18. *de ſtipulat. ſeruor. l. ſi filiusfamilias* 18. *ad l. facid.* Et malè Cuiacius in caſtrenſi peculio, ait patrem ſuccedere quodammodo quaſi heredem poſt mortem filij inteſtati. Id enim non minus falſum eſt, vt apparet ex locis ſupradictis, quàm quod vulgares interpretes volunt. In profectitio vel aduentitio peculio patrem poſt obitum filij ſuccedere quaſi heredem: quo tamen abſurdius nihil dici poſſe idem Cuiacius fatetur & veriſſimum eſt. Non enim alius filiusfamilias, quàm miles ſucceſſorem habere Vlpiani temporibus potuit *l. non ſolùm* 6. *in illis verbis ſiue filiifamilias militis ſucceſſor. §. de in integrum reſtitutione.* Et tamen poſſet quis pro interpretibus adferre: quod idem Vlpianus noſter ſcribit in *l. ſi ſtatuliberæ 6. §. ſi filiusfamilias de ſtatulib.* Statuliberum qui poſt mortem filiifamilias inſtituti pecuniam dedit patri quam implendæ condicionis cauſa filio dare iuſſus erat, perinde liberum fieri, atque ſi filio dediſſet quaſi dederit heredi heredis. Sed hæc verba ita ſunt interpretanda, non quaſi pater poſt filij mortem dici vllomodo poſſit heredis heres, ſed vt quod in heredis herede conſtitutum eſt, de pecunia etiam heredis heredi danda *l. ſeruus ſi heredi* 34. *eod. tit.* idem multò magis in perſona patris admittendum ſit, quippe qui plus iuris habeat in peculio quàm ſi eſſet heres filij, vel ob hoc ipſum quod fuit ille heres & dominus, vt peculij, ita & hereditatis filio acquiſitæ etiam viuo adhuc filio.

10 ¶ Seruus autem minor annis vigintiquinque nullomodo reſtitui poterit: quoniam domini perſona ſpectatur, qui ſibi debebit imputare, cur minori rem commiſit. Quare &

si per impuberem[a] contraxerit,idem erit dicendum:vt & Marcellus libro secundo digesto rum scribit. ¶ Et si fortè libera[b] peculij administratio minori seruo sit concessa, maior dominus ex hac causa non restituetur.

Ad §.10.Seruus autem.

Ratio dubitandi. Hanc restitutionem in integrũ prætor edicto suo pollicetur secutus naturalem æquitatem *l.1.§.hoc tit.* Atqui naturalis æquitas cõmunis est seruis & liberis hominibus, ideoq; tam illi,quàm hi obligantur naturaliter *l.nec seruus 41.de pecul.* quia obligatio naturalis illa est,quæ solo naturalis æquitatis vinculo sustinetur *l. Stichum aut Samphilum 95.§. naturalis de solut.* Ergo non minus serui quàm certi minores ex hoc edicto restituẽdi sunt.Nam & naturali iure certum est omnes homines pares & æquales esse,nullamq; differentiam inter liberos & seruos *l.quod attinet 32.de regul.iur.*

Ratio decidendi. Non tantùm iure ciuili, sed etiam prætorio,adeoq; extra ordinem serui pro nullis computantur *l.nullomodo 7.ad l.Cornel.de falsf. l.qui testamento 20.§.seruus quoque qui testam.fac.possf.* Ergo non possunt in integrum restitui,adeoq; nec lædi, cùm non entis nullæ sint qualitates *l.3.§.vlt. & l.4. §.tit.prox.* Et quamuis prætor in hac edicti parte,vt & in ceteris sequatur naturalem æquitatem,personam tamen aliquam requirit, cui naturalis illa æquitas aptari possit.Denique latius patet æquitatis naturalis quàm edicti prætorij potestas. Æquitas enim naturalis tota pẽdet à natura. Edictum verò prætoris etsi naturalem potissimum æquitatem propositam habet, tamen habet nescio quid commune cum iure ciuili à quo non in totum abhorret,sicut nec in totum ei deseruit. Adeò vt & prætor custos iuris ciuilis dicatur & ius prætorium viua vox iuris ciuilis *l. nam & ipsum 8. §.de iust. & iur.* Iure autem ciuili certum est seruos pro nullis haberi,imò & quadrupedibus comparari, *l.2.ad l. Aquil.* nisi quatenus ex dominorum persona æstimãtur, vt in factione testamenti *l.non minùs 31.de hered. instit.* & in contractibus omnibus iure ciuili, siue inductis,siue confirmatis.

a *Quare etsi per impuberem.* Ratio dubitandi. Pupillus hac mutuam pecuniam accipiendo, hac stipulanti promittendo, ne quidem iure naturali obligatur *l.quod pupillus 41.de condic.indeb.l pupillus 59.de oblig.& act.* Ergo nec per ipsum alius obligari potest. Ita demum enim per alium obligari possumus,si is qui adhibetur quod agit intelligat,vnde est quod si cum impubere filiofamilias vel seruo contractum sit non tenetur dominus vel pater ne quidem de peculio , nisi quatenus peculium locupletius factum est *l.1.§.sicum impubere de pecul.*

Ratio decidendi.Non tam pupillus qui contraxit quàm is qui seruo rem commisit intelligitur contraxisse:qui proinde imputare sibi debet cur impuberi rem commiserit:nec videtur damnum sentire quod ipse ex sua culpa sentit *l.quod quis 203. de regul. iur.*Ob idq; nec restituendus est tanquam qui probare non possit se ipsum,nisi minor etiam ipse proponatur, vt dixi ad *§. etsi heres ẽ.l.verùm 9.cum præced. de instit.act.*

b *Et si fortè libera.* Ratio dubitandi.Is cui libera peculij administratio concessa est , non tam aliena quàm sua voluntate omnia gerere intelligitur *l.procurator cui 58.de procur.* Ergo non eo minus restitui dominus debet quasi facta sint omnia ex ipsius voluntate. Ratio decidendi.Quodcunq; gerit seruus etiam cui libera peculij administratio concessa est,vt ex Africano subiicitur in *l.seq.* & illa etiã quæ dominus fortasse non faceret si præsens esset.Dum ne is qui liberam habet administrationem rem sibi cõmissam perdat *l.filiusfamilias 7.de dona.*Ergo si dominus sit maior non potest restitui aduersus id quod à seruo minore gestum est, nõ magis quàm si dominus ipse idemq; maior gessisset *l.cùm mandato 23.§. hoc t.* Nihil ergo interest an peculij administrationem simpliciter an verò liberam seruus habuerit.

4. AFRICANVS libro 7. Quæstionum.

ET enim quodcunque seruus ita gerit, voluntate domini gerere intelligendus est. & magis hoc apparebit, si aut de institoria actione quæratur[c] , aut si proponatur maiorem annis vigintiquinque negotium aliquod gerendum minori mandasse[d] , & illum in ea re deceptum esse.

Ad l.Et enim quodcunque 4.

Ratio decidendi est ad propositam in *§.vlt.l.præcedentis quæstionem.* vbi dixi veram rationem dubitandi.

c *Si aut de institoria actione quæratur.* Pupillus namque institor obligat personam quæ ipsum præposuit:cùm sibi debeat imputare is qui pupillum præposuit *l.sed & si quis 7.§.vlt.de instit.act.*

d *Negotium aliquod gerendum minori mandasse.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *d.l.cùm mandatu 23.§.eod.*vbi dicam.

5. VLPIANVS lib.11.ad Edictum.

SI tamen is seruus fuit,cui fideicommissaria libertas debebatur præsens : & fuit captus, cùm re mora ei fit:poterit dici prætorem ei succurrere oportere.

Ad l.Si tamen seruus 5.

Ratio dubitandi. Fideicommissorũ tuitio pertinet ad prætorem fideicommissariũ,de quo in *§.1.inst.de codicill.*

codicill. Atqui serui pro nullis habentur etiam iure prætorio, vt dixi ad *§. vlt. l.3.sup.ex l.qui testamento 20. §.seruus quoque. qui testam.facer.possf.l.nullomodo 7. ad l.Corne. de falsf.* Ergo non magis succurrendum est seruo , cui fideicommissaria libertas præsens debebatur si in re moram passus sit, quàm ceteris seruis minoribus quibus succurri non oportere proximè diximus ad *§. vlt.d.l.3.§.*

Ratio decidendi. Etiam seruus per se aditum habet ad prætorem, vt petat libertatem propter spem libertatis,*l.mulier 22.§.non est dubitatum.ad SC.Trebell.* Ergo si captus sit in eo quod moram libertatis in reipsa passus fuit(minorib[e] enim mora fit in reipsa quoties non soluitur, quod iis debetur, etiam citra interpellationem. *leg.in minorum 3.C.in quib. caus.restit.in integ.nec es.non est.l.Titia 87.§.vsuras.de legat.2.*) restituendus est , sed per viam actionis, quia non potest lis esse inter seruum & dominum *l.4. §.de iudic.* at cognitio prætoria, vt diximus ad *l.3.§.ego etiam.supr.h. tit.*

e *Prætorem ei succurrere oportere.* Ratio dubitandi. Seruus cui mora facta est reipsa in præstanda libertate hoc ipso fit liber , si verum est quod Accursius ad hunc locum notat ex *l.cùm libertatem 3. C.de fideicom.libert.* vbi dicitur eos qui post moram præstandæ libertati factam nati sunt videri natos , non modò liberos,sed etiam ingenuos. Quomodo enim & liberi & ingenui nati essent ex ea quæ ancilla remansisset. Siquidem partus sequitur ventrem. *l. & seruorum. §. iure gentium.l. Arestusa 15.& pas.de statu homin.* Ergo non decipitur qui tantò citiùs & sine facto vllo consequitur libertatem.

Ratio decidendi. Falsum est quod putat Accursius.Manumitti enim necessariò debet hic seruus,vt liber fiat.*l.si quis seruo 84.de legat.2.*& consequenter si proponas ancillam cui mora sit serui , sunt reuera quotquot ex ea nascuntur ipso iure. Ideóque succurri oportuit,vt ait Imp.in *d. l.cùm libertatem.* Non quidẽ ipsis seruis aut ancillis quibus satis consulitur per manumissionem quandoque ab herede faciendam : sed eorum liberis, vt qui nati sunt reuera serui,pro liberis tamen & ingenuis censeantur. Nam quod similiter placuit omnia quæ medio tempore seruus acquisiuit dum dominus moratur ei præstare libertatem eidem postea restitui oportere non fit ex humanitate , sed optima iuris ratione , quoniam qui moram passus est in libertate, in hereditate quoque moram passus intelligitur , vt ea lex ait.& *lege si cui legatum 92. in fin.de condic.& demonstr.*

6. IDEM lib.10. ad Edictum.

MInoribus xxv. annis subuenitur per in integrum restitutionem , non solùm cùm de bonis eorum aliquid minuitur:sed etiam cùm intersit ipsorum,litibus,&sumptibus non vexari.

Ad l. Minoribus 6.

Ratio dubitandi.Nihil videtur interesse minoris qui litem habet cùm si bonam litem habeat obtenturus sit sumptus & expensas litis. *leg.eum quem temerè 77. de iudic. leg.qui solidum 78.de legat.2.l.terminato 3. C. de fructi. lit.& expens.* Qui enim habet actionem rem ipsam habere videtur. *l. is qui actionem 11.de reg.iur.*

Ratio decidendi.Lis nulla est sine vexatione.Interest autem cuiusque non vexari litibus aut aliis molestiis. *leg.4.ad SC.Trebell.leg.cùm lege 41.de recept.qui arbitr.* nec cogendus est quisquam dicere cur litibus & molestiis nolit implicari. *d. l. 4. in fin. leg.sim testamento 22. §. vltim. si quis omis. caus.testi.*

Sed & aliud litis incommodum est , quod etiam qui bonam litem habet multos sumptus de suo prorogare cogitur. *leg. sumptus 53. supr.de pact.* quorum sumptuum integra restitutio nunquam fit , ne tum quidem cùm aduersarius ad expensas condemnatur. Et quamuis restitutum iri certum esset , quod tamen in dubio euentu positum est. *leg.good debetur 51. de pecul.*adhuc tamen interesset minoris non prorogasse sumptus , potius quàm prorogatos repetere. *l. 3. de compens.* Denique laudandum est propositum minoris & alterius cuiusliber lites execrantis. *leg.4.§.1.de alienat.iud. mut.caus.* Vnde etiam est quod dicimus interesse vtriusque partis vt quamprimum lis expediatur. *l.1.C.de admin.tutor.*

7. IDEM lib. 11. ad Edictum.

AIt prætor,*Gestum esse dicetur*,*Gestum* sic accipitur,qualiter:siue contractus sit,siue quid aliud contigit[a].

1 ¶ Proinde si emit aliquid[b],si vendidit,si societatem coiit,si mutuam pecuniam accepit,& captus est,ei succurretur

2 ¶ Sed & si ei pecunia[c] à debitore paterno soluta sit:vel proprio,& hanc perdidit[d]: dicendum est ei subueniri , quasi gestum sit cum eo. Et ideò si minor conueniat debitorem[e], adhibere debet curatores[f], vt ei soluatur pecunia:cæterùm non ei compelletur soluere[g]. Sed hodie solet pecunia[h] in ædem deponi : (vt Pomponius libro vicesimooctauo scribit) ne vel debitor vltra vsuras onereturi , vel creditor minor perdat pecuniam[k]: aut curatoribus solui,si sunt[l]. Permittitur etiam ex constitutione[m] principũ debitori,compellere adolescentem ad petendos sibi curatores Quid tamen,si prætor decernat[n] soluendam pecuniam minori sine curatoribus, & soluerit? an possit esse securus, dubitari potest.Puto autem, si allegans minorem esse, compulsus sit ad solutionem, nihil ei imputandum , nisi

fortè, quasi aduersus iniuriam°, appellandum quis ei putet. Sed credo prætorem, hunc nisi norem in integrum restitui volentem, auditurum non esse[p].

Ad l. Ait prætor 7.

Ratio dubitandi Quædam aguntur, quædam geruntur, quædam contrahuntur. Actum generale verbum est, siue re, siue verbis quid agatur, contractum verò dici[tur] vltro citróq; obligationem: gestū[m] rem [illegible] siue verbis factam. *l. Labeo libro primo 19. de verb. signif.* Ergo cùm gesti appellatio minùs latè pateat, quàm eius quod actum alterutrum fatendum videtur, aut non comprehendi hoc edicto quidquid & qualitercunq; à minore actum sit, siue contractum, siue quid aliud actum sit: vel meliùs scripturum fuisse prætorem si scripsisset, *Actum* pro eo quod scripsit *gestum*, quomodo idem Vlpianus noster prætorem reprehendit quasi minùs rectè verba edicti conceperit in *leg. ait prætor 5. de re iud.*

Ratio decidendi. Licèt inter gesta facta, vel acta videatur esse subtilis quædam differentia, attamen *κατάχρησις* & abusiuè nihil inter factum & gestum interest. *l. licèt 58. eod. tit. de verb. signif.* Eodemque verbo gestorum tanquam generali vsus est etiam prætor in edicto. Quæ in *fraud. cred. l. 1. §. vltim. quæ in fraud. cred.* Vnde & edictum hoc generale appellatur in *l. necessariis 57. de acq. hered.*

a *Siue quid aliud contigerit.* Intellige quod minor ipse gesserit. Alioqui si damnum passus sit minor ob rem aliquam quæ fato, vt nostri loquuntur, aut casu fortuito contigerit non restituitur: vt nec si damnum patiatur ob id quod ab alio sine ipso factum est, vt in specie. *l. verum 11. §. ex facto. & §. sciendum. ff. h. tit.*

b *Proinde etsi emit aliquid.* Ratio dubitandi, Non restituitur minor neque lædituꝛ, cùm iure communi vrituꝛ. *l. vlt. C. de integ. restit. min.* nec enim capitur qui ius publicum sequitur. *l. nihil consensus 116. §. 1. de reg. iur.* Atqui in contractibus emptionis, venditionis, locationis & conditionis, licèt contrahentibus naturaliter se in precio inuicem decipere dummodò absit dolus malus. *l. in causa 16. §. idem Pomponius. ff. h. tit. l. item si precio 22. §. vlt. & l. seq. de locat.* aut nisi læsio excedat duplum. *l. 2. l. si voluntate 8. C. de rescin. vend.* Ergo minor ex hac causa restituendus non est.

Ratio decidendi, Ius commune illud est inter maiores, non etiam si cum minore contractum proponatur. Semper enim creditur minor facilitate sua deceptus & ob lubricum ætatis potius quam aduersarij industria supeꝛatus: denique non ita fuisse contracturus si maior fuisset, ac quod est ferè consequens prudentior. *l. minor 48. §. vlt. ff. h. tit.*

c *Sed etsi ei pecunia.* Ratio dubitandi. Larga est differentia inter eum qui pecuniam à se debitam soluit minori eidémque vero creditori, & eum qui aliter contrahit cum minore. Nam contrahere cum minore, putà ei vendere aut ab eo emere, aut pecuniam ei credere non est necesse: At pecuniam quæ debetur soluere debitori est necesse. *l. quod si minor 24. §. restituio. ff. h. tit.* Cúmque ad id possit adigi auctoritate etiam prætoris, cuius est actionem dare, an non absurdum & iniquum est eum quem prætor vel inuitum soluere cogat impunè non soluere? *l. quod autem 6. §. apud Labeonem. quæ in fraud. cred.* Ergo non est danda minori restitutio contra debitorem qui bona fide soluit quod minori debeꝛit. Quid enim est quod huic possis imputare? An fortè quod soluendo liberè ac vltro bonam fidem agnouerit? An quòd soluere maluerit quàm litigare? Imò viri boni est à seipso exigere. *leg. quoties 9. §. & generaliter. cum seq. §. sed si non interpellauerit. leg. si pupilli 6. §. vltim. de negot. gest.* Denique lites execrari. *l. 4. §. 1. de alien. iud. mut. caus.* & non expectare vt conueniatur, cùm actiones non nisi in perfidos sint comparatæ, vt ait Theoph. *instit. de action. in princip.*

Ratio decidendi. Minor qui à debitore suo pecuniam accipit, etiam sine curatore si modo curatorem non habeat, liberat debitorem & consequenter amittit actionem quam aduersus eum habebat. Et quamuis pro actione acceperit pecuniam, in qua emolumentum actionis consistit, non eò minùs tamen ab initio ipso læsus intelligitur, id est, priùs etiam quàm pecuniam perdiderit: quia rem fragilem & caducam qualis est pecunia, accepit pro actione quam ita paratam habebat in debitorem vt non facilè perire posset. arg. *l. verum 11. §. si locupleti. vers. sed hæres. ff. h. tit.* læditur autem minor hoc casu, non quidem à debitore soluente, sed à seipso & sua facilitate quod sufficit ad restitutionem. *l. 1. sup. de restit. in integ. l. 3. §. et si heres. supr. hoc tit.* Cúm que hoc ipsum sciret debitor aut scire deberet imputari ei potest cur in solutione non adhibuerit curatorem aut iudicem. Nimirum si minor acceptam pecuniam perdiderit. Nam quandiu eam saluam habet, aut quod effectu idem est si eam in rem suam conuerterit, nullus restitutioni locus esse potest, ne alioqui minor simul habeat pecuniam & actionem, quod esset iniquum. Siquidem nec in pupilli, nedum in minoris persona vnquam ferendum est, vt cum alterius iactura locupletetur. *leg. natur aliter 13. §. vlt. & leg. seq. de condict. indeb. leg. si fundus 16. §. 1. de verb. eor. qui sub tutel. leg. vtere 14. C. de præd. minor. l. idem firmandum 72. de legat. 2.*

d *Et hanc perdidit.* Ratio dubitandi. Qui bona fide contraxit ob ea quę posteà acciderunt damnum pati non debet. *leg. si mulier 11. & l. bona fide 27. ad SC. Vellæan.* neq; esse curiosus, in quam rem pecunia impendatur. arg. *l. doli 19. in fin. de noxal.* Nec si cum minore contraxerit, quia non euentus damni restitutionem indulget, sed minoris inconsulta facilitas. *l. verum 11. §. item non restituetur, ff. hoc titul.* Ergo quamuis minor acceptam pecuniam perdiderit, nihilomagis restitui debet aduersus debitorem qui bona fide soluit. Ratio decidendi. Qui soluit pecuniam minori prospicere potest & debet posse fieri facilè vt minor acceptam pecuniam malè perdat, vel ob solum lubricum ætatis & inconsultam suam facilitatem, posteáq; ex ea causa impetret restitutionem vt proximè diximus. Proinde sibi debet imputare cur non expectauerit, vt conueniretur. Quia cùm non posset minor agere sine autoritate curatoris. *l. 1. C. qui pet. tutor. vel cur.* cogitur ad agendum accipere curatorem quo accepto posteà soluꝛ minori tutò curatore autore potest. Nec videbitur debitor dolo malo quidquam fecisse, coacto minore litem instituere ad suum consequendum, cùm fraudem potiùs excluserit. argum *l. cùm pater 77. §. antep. de leg. 2.*

g. 2. l. Iulianus 42. ad l. si pupillus. vers. neque enim de acquir. hered.

Si debitorem conueniat minor. Supple quod vtique facere cogetur, vt solutionem extorqueat à debitore si debitor in eo perstet vt nolit vltrò soluere.

Adhibere debet curatorem. Ratio dubitandi. Inuitus minor non accipit curatorem prætereꝗuam in liem *§. item inuiti. instit. de curat.* Non ergo solutionis ccipiendæ gratia, cùm solutio fieri sine lite possit. Ratio decidendi. Hic locus potest intelligi tam e minore curatorem habente quàm de non hatente. Si minor habet curatorem & conueniat deitorem, etiam extra iudicium adhibere debet curatorem, vt accipiat eo authore solutionem. Et hoc asu non datur inuito curator, sed qui iam curatorem habet autoritatem ipsius adhibet inuitus id ostulante debitore cuius interest sic fieri solutiem vt ex ea sequatur liberatio sine metu restitulonis. Si verò curatorem non habeat quem adhiere possit prudentis debitoris erit recusare solutionem, vt inuitus minor si eam vrgere volet, cogatur litem instituere, & ex ea causa in necessariū antecedens petere sibi curatorem. Ita fiet vt inuito uratoꝛ detur ad litem non ad solutionem accipiēlam: & tamen prosit ea datio etiam ad causam acipiendæ solutionis. Idq; est quod significat Vlpianus iis verbis. *Cæterùm non ei compelletur soluere.* Quis nim iudex aut patiatur minorem stare in iudicio ine curatore, aut debitorem cogat minori soluere non adhibita tutoris autoritate? Dices Puberem eiam qui curatorem habet sine curatore suo obligari *l. puberes 101. de verb. obli.* Quidni ergo solutionē ccipiendo longè magis liberat debitorem etiam non interueniente curatore? Respondeo, etiam si curator minoris non interuenerit, tamen obligari um ipso iure. sed ita tamen vt possit restitui in integrum ex hoc edicto. Neque tamen si solutionem ccipiat sine curatore suo liberare debitorem, quoniam ea res non ad persōnam minoris pertinet, vt obligatio contracta per promissionem, sed ad causam administrationis quæ tota curatori commissa est, non etiam persōnæ minoris. Inde namque est quod dicimus, Minorem qui curatorem habet æquiparari pupillo in iis quę administrationem spectant, non etiam in cęteris *l. si curatorem habens 3. C. de in integ. rest. min.* Sed si minor curatorem nullum habeat, nihil interest an stipulanti promittat an solutionem accipiat. Nam & se obligat & debitorem liberat ipso iure, sed aduersus vtrumque gestum restituitur si læsus probetur.

h *Sed hodie solet pecunia.* Ratio dubitandi. Obsignare non est soluere, nec obsignatio vim habet solutionis, nisi eo demum casu quo creditor fuerit in mora accipiendæ solutionis *l. acceptam 19. C. de vsur. l. obsignatione 6. C. de solut.* Nihil ergo prodest minoris debitori obsignare pecuniam quam prius minori non obtulerit, præsertim si eam accipere minor sit paratus.

Ratio decidendi. Obsignationis remedium necessarium est vt liberetur debitor, quoties per creditorem stat ne solutio ei fieri possit *l. nec creditores 10. l. vltim. C. de pign. act.* In proposito autem etiam si minor paratum se dicat accipere, solutionem tamen per eum stat quominus ei solui possit, quandiu non adhibet curatorem quo autore ei fiat solutio. Cùm enim dicimus alicui solui posse vel nō posse, non tam ad factū numerationis respicimus, quàm ad ius liberationis quæ ex numeratione sequi debet, nec quisquam cogendus est ei soluere, cui soluendo non liberetur ipso iure, vel liberetur quidem ipso iure, sed cum metu restitutionis. Ergo quasi stet per minorem qui non facit quod facere debet ad accipiendam solutionem quoties nō adhibet curatorem, permittendum est eius debitori vt pecuniam in ædę sacra deponat, vel in alio loco tuto, atque ita liberetur, & ipso iure & sine metu restitutionis *l. fideiussor qui minori 64. de fideiuss.* dummodo declaret paratum se esse, vt eam pecuniam minor quandocunque recipiat, si tamen adhibeat curatorem. Hoc enim addendum est vt obsignatio sit pro solutione.

i *Ne debitor vl ra onueretur vsuris.* Ratio dubitandi. Sola obligatio sufficit ad constituendum creditorem in mora quoties per eum stat ne ei soluatur. Nec enim mora vlla est debitoris qui non habet cui soluat. Aut si qua mora, ea inculpata est *l. pecuniæ 8. §. 1. l. cùm quidam 17. §. si pupillo de vsur.* non est igitur necessaria obsignatio.

Ratio decidendi. Ad sistēdum cursum vsurarum, quæ non nisi ex mora debentur sufficit sola oblatio, tum quoque cùm debitor in mora fuit: quia purgatur mora per oblationē & posterior semper nocet *l. qui decem 72. de solut.* Sed si vsuræ ex conuentione debeantur, quomodo semper deberi eas necesse est cùm agatur de pecunia credita *l. 3. C. de vsur. l. Titius 24. de præscr. verb.* nihil prodest oblatio nisi secuta obsignatione, quia oblatio nunquā vim solutionis obtinet. Quod autem iure obligationis debetur necessario soluēdum est, vt liberatio possit contingere, quia non nisi solutione tollitur obligatio, aut aliquo ex iis modis qui solutioni equipolleant *l. pen. C. de solu.* In eamq; rem textus est elegans, qui vtramq; distinctionis huius partem probat in *l. si per te non stat 9. C. de vsur.* In cuius specie cùm minores vsuræ ex cōuentione simpliciter deberentur, maiores verò ita demum si in minoribus soluendis mora fieret, lex contenta est sola oblatione ad hoc vt maiores non exigantur, requirit autē obsignationem ad hoc vt ne minores quidem debeantur. Aliam inter vsuras quę ex conuentione & eas quæ ex mora debentur differentiam obseruauimus in interpretatione *l. qui Romæ 122. in princ. de verb. oblig. 1. coniect. cap. 1.*

k *Vel creditor minor perdat pecuniam.* Ratio dubitandi. Vnaquæque res perit domino & periculo domini *l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act. l. contractus 25. de reg. iur.* Atqui minor solutionem accipiendo factus est dominus, ideoq; nimirum liberatus est debitor ipso iure qui ei soluit, cùm in solis pupillis ita constitutum sit vt eis solui non possit, quia nec alienare quidquam possunt: solutionem verò accipiēdo alienant & amittunt debitorem *§. at ex contrario instit. quib. al. licet.* quod in minoribus non ita est quibus sola prædiorū alienatio interdicta est, nisi cùm habent curatorem *l. 3. C. de in integ. restit. min.* Ergo si minor acceptam à debitore pecuniam perdidit, non debitori nocere id oportet, sed minori.

Ratio decidendi. Perit quidem pecunia minori tanquam domino. Sed ob hoc ipsum restituendus minor, quia læditur cum amittit pecuniam. Imò & iam inde cùm solutionem accipit & liberat debi-

torem: quia hoc ipso incurrit periculum perdendę pecuniæ amissa iam actione quæ nulla ei amplius supereſt contra liberatum debitorem. ergo iuſta hæc cauſa eſt petendæ reſtitutionis.

l *Aut creditoribus ſoluti ſi ſint.* Ratio dubitandi. Etiam aduerſus ſolutionem minori curatore autore, vel ipſi curatori factam datur minori reſtitutio. *l.1.Cod. aduerſ. ſolut. & tot.tit.ſi tuto.vel cur.interu.* Ergo nihil prorſus intereſt an debitor minoris ſoluat minori an ipſi curatori.

Ratio decidendi. Falſum eſt quod vulgo creditur aduerſus ſolutionem curatori aut minori curatore autore factam poſſe dari reſtitutionem in integrum. Quid enim poteſt imputari ei qui ſoluit adhibito curatore? Nec quidquam in iure certius eſt quàm ex ſolutione tutori vel curatori facta liberationem ipſo iure contingere. *l.Lucius 46.§.tutelæ. de admin. & peric. tut.l. quòd ſi fortem 10.§.1.& pen. de ſolut.* Imò & ex ſolutione facta creditori tutoris, ipſo tutore delegante. *l.pupilli 96.de ſolut.* Nec enim malè contrahitur cum tutoribus. *leg.4.in fin. de euict.* Idque hic etiam locus probat. Nam cùm Vlpianus non dubitet quin rectè ſoluatur curatori minoris, dubitat tamen poſteà an ſecurus ſit is qui ſoluit ſine curatore iuſſu tamen iudicis, & tamen concludit ſecurum eſſe, nec timere reſtitutionem. Quantò minùs ergo timebit is qui ſoluit curatori? Nec pugnat *dict. leg.1.Codic.ſi aduerſ. ſolut.* Non enim illius loci ſenſus is eſt quem vulgò putant, vt tutor qui ſoluit curatori quod ex tutelæ cauſa debuit, poſſit inquietari à minore per reſtitutionem ad hoc vt quod iam ſoluit cogatur iterum ſoluere, ſed hic potius vt quamuis ea ſolutione videatur conſecutus liberationem, non tantum pro ſoluta quantitate, ſed etiam pro omni cauſa & debito tutelæ, poſſit tamen minor implorare reſtitutionem cauſa cognita ſi probet malè redditas tutelæ rationes & amplius ſibi deberi ex cauſa tutelæ quàm ſolutum fuerit curatori. Quod nos pluribus explicauimus *17.conſect.13.* vbi etiam refutauimus totam illam diſtinctionem Accurſij quam hîc ponit de plena pleniori & pleniſſima liberatione. Quam tamen diſtinctionem Cuiacio quoque in omnibus ferè probari video & admiror. Sanè in aliis cauſis datur minori reſtitutio, etiáſi curator interuenerit: ſicut & ſi decretum interueniſſet, quia per eiuſmodi reſtitutionem poteſt tam qui cum minore contraxit quàm minor ipſe indemnis ſeruari, quod in ſolutione curatori facta non contingeret, vt dicemus ad verſ. *quid tamen §. hac lege.*

m *Permittitur etiam ex conſtitutione.* Ratio dubitandi. Inuito non datur curator & non petenti prętor quam in litem *§. item inuiti.inſtit.de curat.* Ergo non eſt compellendus minor vt accipiat curatorem ad accipiendam ſolutionem. Ratio decidendi. Ideò nimirum ſic loquuntur conſtitutiones, non vt dicant inuito minori & non petenti dandum eſſe curatorem, ſed compellendum minorem ad petendum ſibi curatorem. Ita fit vt curator detur petenti, ſed tamen inuitus petere compellatur: non quidé præciſa coactione ſed cauſatiua, vt loquuntur, i. ſi ſolutionem à debitore accipere volet. Nam ſi malit acquiri liberationem debitori per obligationę quod vnicum iuris auxilium ſupereſt debitori audiendus erit neque cogendus vt curatorem inuitus petat, non magis quàm vt accipiat inuitus. Et ita locus hîc accipiendus eſt, non quomodo ab Accurſio qui vult cogi poſſe minorem captis pignoribus, vt velit petere & habere curatorem.

n *Quid tamen ſi prætor decernat.* Ratio dubitandi. Decretum prætoris non ſolet impedire in integrum reſtitutionem minoris, putà ſi minor rem ſuam immobilem vendiderit cum decreto *l. ſi quidem 11. Codic. de præd. minor.* ergo nec in propoſita ſpecie poteſt aduerſus metum reſtitutionis ſecurus eſſe is qui ex prætoris decreto ſoluit minori, ſi poſtea minor pecuniam perdiderit. Hoc enim neceſſariò adiiciendum eſt vt aliqua ſit læſio minoris, quæ locum poſſit facere reſtitutioni.

Ratio decidendi. Qui iuſſu prætoris aliquid facit, non videtur dolo malo nec culpa facere, qui ſcilicet neceſſe habet parêre *l.non videtur 167.§.1.l.damnum dat 169. de reg.iur.* Et iuſſus iudicis facere ſolet licitum, quod aliàs eſſet illicitum, vt pluribus legibus & exemplis probat hîc Accurſius. Denique eum quem prætor ipſe cogat ſoluere abſurdum eſt impunè non ſoluere *l.quod autem 6.§.apud Labeonem. quæ in fraud. cred.* Et ſemper optimum & tutiſſimum conſilium eſt per magiſtratum facere illa etiam quæ alioqui facere debeas *l.ſi ſtipulatus 81. in fin.de ſolut.l.ei apud quem 5.§.1.depoſ.* Nec ſimile eſt quòd ſi minor fundum vendiderit interpoſito decreto, non eo minùs prætor eum reſtituit *d.l.ſi quidem.* Ea namque reſtitutio ſic fit, vt vnuſquiſque ius ſuum recipiat & reddatur precium emptori, qui fundum ipſum cogitur minori reddere *l.quòd ſi minor 24.§.reſtitutio l.patrì 27.§.ſi pecuniam l.minor annis 40.§.1.l.tutor 47.§.1.infr.eod.* At in propoſito ſi daretur reſtitutio minori aduerſus ſolutionem ei prętore iubente factam pecuniæ poſtea deperditæ in damno remaneret is quem prætor ſoluere coegiſſet quod eſſet iniquum *dict.§.apud Labeonem.* Adde quod venditionem aut aliam alienationem prædiorum minoris, prætor duntaxat permittit, non etiam iubet. At nos tractamus de ſolutione quam ille non modò permiſerit, ſed etiam iuſſerit fieri minori ſine curatore, vt hîc benè Accurſius. Nam & ei qui minoris debitor eſt, neceſſe eſt vt ſoluat minori, ſed vt fundum minoris emat quis aut aliter ſibi acquirat etiam cum decreto nunquam eſt neceſſe, vt ſuprà diximus ex *l.quòd ſi minor 24.§.reſtitutio §.hoc tit.*

o *Niſi forte quaſi aduerſus iniuriam.* Ratio dubitandi. Iniuria per prętorem vel per iudicem facta debitori minoris non debet minorem contingere. Multoque æquius eſt manere eam penes illum, cui facta fuit quàm ad alium transferri *l. ſi per imprudentiam 51.§.de euict.l.exceptiones 67. de fideiuſſor.* Ergo ſi prætor debitori minoris iniuriam fecit in eo quod iuſſit illum ſoluere minori qui non adhibito curatore non debet ea iniuria nocere minori, qui poſtea pecuniam perdidit, quominus aduerſus ſolutionem ſibi abſque curatore factam reſtitui poſſit, cùm poſſit imputari debitori, cur aduerſus eam iniuriam prætoris non appellauerit ad præfectum vrbi, vt in *l.Æmilius 41.* qui veriſimiliter vtrique parti melius conſuluiſſet, curatorémque adhiberi iuſſiſſet.

Rat. decid. Is quo poſtulante & vrgente iniuria facta eſt alicui per magiſtratum aut iudicem, nunquam poteſt imputare ei cur iniuriã paſſus eſt, nec appellauerit. Ipſe enim feciſſe iniuriam videtur, & factum iudicis, vt dici ſolet, eſt factum partis. *leg. ſi ob cauſam 13.Cod.de euict.leg.1.Cod.ſi in cauſ.iud.pign. capt.* Nec quiſquam poteſt alteri obiicere factum aut non factum id ex quo vel facto vel non facto lucrum ipſe ſenſerit. *l.ſi extraneus 33. l.cum in fundo. 78. §. quod ſi mulier. de iure dot.* Multò minus autem imputari poteſt ei qui iubenti prætori paruit, quamuis dici poſſit non habuiſſe neceſſe parere illum qui potuit appellare. Sed cùm appellatio iniquitatis ſententiæ querelam contineat, laudanda eſt à prætore potius quàm punienda verecundia eius qui à prætore noluit appellare. argum. *l. præfecti 17.hoc tit. iunct. l.4.§.1.de alien.iud.mut.cauſ.* Nemo enim cogitur appellare. *l. Herennius 63. §.1. de euiction.*

p *Auditurum non eſſe.* Ergo hoc caſu concludit Vlpianus nullomodo reſtitutionem competere: vt proinde mirer quod vult Cuiacius liberationem de qua in hoc §. agitur, & ſecuritatem debitoris qui vel curatori minoris ſoluerit ſine decreto, vel minori ipſi ex decreto ſine curatore minùs perfectam minúſque plenam eſſe. Nam imò verò eſt pleniſſima & vtraque extra periculum reſtitutionis, vt & illa quę debitori acquiritur per obligationem. *l.fideiuſſor. qui minori 64. de fideiuſ.* Et quòd idem putat pleniſſimam eſſe illam demum ſecuritatem quæ à Iuſtin. prodita eſt in *l. ſancimus 25. C.de admin.tut.* id eſt, inquit ille, ſi tutori vel curatori & præterea ex decreto ſolutum ſit, ridiculum eſt. Nec enim illa Iuſtiniani conſtitutio loquitur de ſolutione in qua duæ iſtæ ſolennitates interuenerint, autoritas ſcilicet tutoris vel curatoris, & decretum prætoris: ſed de ſolutione facta ex ſolius iudicis autoritate, *creatione tutorum & curatorum cum omni præcedente cautela*, vt habent prima legis verba, hoc eſt, vt ego interpretor ablatiuos illos abſolutos Tribonianeos, dum proceditur ad creationẽ tutorum vel curatorum cum diligenti inquiſitione, cuius inquſitionis adhibendæ neceſſitas facit plerunque vt tutoris vel curatoris datio in longiorem diem proferatur: ac proinde loquitur cõſtitutio de eo caſu quo nullus adhuc ſit tutor vel curator, cuius autoritas in ſolutione poſſit interuenire. Et ob eam nimirũ cauſam fuit neceſſaria cõſtitutio fauore debitoris, vt ſi forè haberet interim pecuniam in numerato, cuius amittendæ caſum aliquẽ & periculũ vereretur, non cogeretur in obligatione remanere, ſed poſſet æquè tutò non ſolùm minori, ſed etiam pupillo ſolvere, atque ſi ſolueret tutori vel curatori. Quæ ſolutionis faciendæ & liberationis acquirẽdæ ratio fuit incognita toto iure vetere & ante Iuſtinian. Nam quod hîc ſcriptum eſt de prætore iubente ſolui minori non adhibito curatore, ad eum caſum non pertinet quo expectetur tutor vel curator, & interim velit debitor ſoluere: quin potius ad illum caſum quo minoris debitor iuſſus ſit ſoluere non adhibito curatore quem volebat adhiberi. Alioqui quonam colore poſſet ei permitti appellare à decreto illo quaſi aduerſus iniuriam prętoris ſi prætor nihil niſi ad eius petitionem decreuiſſet? Cæterùm nihil neceſſe fuit nouum ius à Iuſtiniano conſtitui ad hoc vt pupilli vel minoris debitor poſſet tutò ſoluere & ſoluendo conſequi liberationem: cùm parata & expedita eſſet ratio ſoluendo tutori ipſi aut curatori au tpupillo ipſi tutore autore, vel minori curatore autore. Niſi fortè putamus eam Iuſtiniani mentem fuiſſe vt ad veterem ſolemnitatem adderet nouam in odium eius qui vel pupilli vel minoris debitor eſſet, ne tam facilè liberaretur per ſolutionem, nec aliter quàm ſi iudicis autoritas intercederet. Sed non ita eſt. Nam imò verò lata fuit ea conſtitutio fauore debitorum pupilli vel minoris, vt ſi parati eſſent ſoluere, poſſent liberari eo caſu quo antea non poterant, & quidem tutò ac ſine metu reſtitutionis, etiamſi neque pupillus tutorem adhuc haberet, neque minor curatorem. Quod ab interpretibus non eſt animad. uerſum, qui verba illa priora legis: quæ nos ponderam⁹, quaſi ſuperuacanea reliquerunt & neglexerũt. Quid ergo ſi debitorem, qui pupillo nondum habenti tutorem, vel minori nondum habenti curatorem ſoluit non interueniente iudice, arq. ita contra formam legis Iuſtinianeę datus poſtea tutor vel curator velit abſoluere & liberare? An conualeſcit ſolutio propter ſuperuenientẽ tutoris vel curatoris autoritatẽ? Minimè, niſi quãtum ad ſolutionẽ redituum vel penſionum, vel vſurarum 100. ſolidos non excedentium. *d.l.25. in fi.* iunct. *l. conſtitutionem 27. C.eo.* (Sic.n. Iuſtinianum intelligo, vt qui ex his cauſis ſoluit pupillo non habenti tutorem ita demũ liberetur ſi datus poſtea tutor eum abſoluat & liberet ex *§.nunc admonendi. Inſt.quib. al.lic.* Certum enim eſt ſolutionem ſoli pupillo factá vel vnius nũmi nunquam poſſe parere liberationem. *l.pupillo 15. de ſolut.* licèt in minore curatorem non habente ſit ſecus, vt ſ. dixi) Quia noluit Iuſtinianus eſſe in poteſtate tutoris aut curatoris irritam facere poteſtatem conſtitutionis in caſibus non exceptis, nec rationem vllam haberi ſolutionis perperã factæ, & contra leges, non magis quàm ſi ſolutio nulla præceſſiſſet: quo caſu nemo diceret in poteſtate tutoris vel curatoris fore vt debitorem qui nunquam ſoluiſſet liberarent. Tutori enim & curatori ſolutionem accipere permiſſum eſt, non etiam pupilli minoriſve debitorem nihil ſoluentem vltrò ac liberaliter liberare. Et hoc nimirum eſt quod ait Iuſtinianus in dicto *§. nunc admon. ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem ſoluere*, &c. quæ verba peruersè admodum plerique ſic accipiunt, ac ſi ſcriptum eſſet è contrario, *ita demum licere debitori pupillari vt ſoluat tutori vel curatori.* Atque hoc modo efficiunt vt non aliter poſſit liberari debitor pupillaris vel minori ſoluendo tutori vel curatori, quàm ſi prętera iudicem adhibeat: cùm tamẽ loquatur Iuſtin. toto eo §. de ſolutione facta ſine tutoris autoritate, qua ſcilicet interueniente nihil noui conſtituitur, vt nec conſtituendum fuit de iudice adhibendo. Idque apertiſſimè probant verba illa quæ ſequuntur apud Iuſtinianum, *nihilominus cõdemnabitur, quia temerè ſine tutoris autoritate & non ſecũdum noſtram diſpoſitionem ſoluerit*, vt intelligamus eo demum caſu condemnandum debitorem, quo ſoluerit temerè. Soluiſſe autem temerè videri tum demum cùm neque tutorem adhibuit, neque iudicem. Alterutrum igitur adhibitum fuiſſe ſufficeret. Denique cùm Iuſtinianus in eo §. referat eam ipſam conſtitutionem quæ eſt in *dicta leg. ſancimus 25. Codice de adminiſtratione tutorum.* quamuis erratum ſit in inſcriptione, dubitari non poteſt quin locus Inſtitutionum interpretandus ſit ſecundùm legem Codicis, id eſt, de ſolutione facta

pupillo vel minori nondum habenti tutorem aut curatorem, & eo tempore quo tutoris vel curatoris alicuius creatio expectabatur, quod & probant verba illa constitutionis *ad eos solutionem facere. Eos*, námque intelligit pupillos vel adultos ipsos non autem tutores eorũ vel curatores. Item quod in leg. fine scriptum est *solutionem facere & se liberare desiderat*, ostendit satis tractare Iustinianum de debitore qui festinet soluere eo tempore quo adhuc nemo est qui solutionem ab eo vrgere possit, non de debitore quià tutore vel curatore ipso vrgeatur. Hoc enim casu iuri veteri standum est. In summa dixit Iustinianus in *d. §. admonendi. soluere*, non pro *numerare* sed pro *absoluere & liberare, scripsi* 17. *comelt. cap.* 13.

3 ¶ Non solùm autem in his ei succurritur, sed etiam *in interuentionibus* [a] vtputà si fideiussorio nomine se, vel suam obligauit. Pomponius autem videtur adquiescere distinguentibus [b], arbiter ad fideiussores probandos constitutus eum probauit, an verò ipse aduersarius? mihi autẽ semper succurrendũ videtur, si minor sit, & se circũuentum doceat.

Ad §. Non solùm autem in his.

a *Etiam in interuentionibus.* Rat. dub. Qui fideiussorio tantum nomine vel se vel rem suam obligauit si quid ex ea causa damni passus sit regressum habet aduersus reum principalẽ pro quo intercessit siue ex stipulatu actio illa sit siue mandati siue etiam negotiorum gestorum si fidetubendi mandatum nullum interuenerit. *leg. ex mandato* 20. §. 1. *& pass. mandat.* Vnde est quod dici solet cùm fideiussor conuenitur videri per consequentias reum ipsum conueniri. *leg. si quis reum* 5. *de liber. leg. leg. cùm lex* 46. *de fideiuss.* Ergo nihil videtur interesse fideiussoris eo saltem casu, quo reus sit soluendo cùm is qui actionem bonam & efficacem habet pro indemnitate consequenda, iam indemnitatem ipsam habere videatur. *leg. is qui actionem* 11. *de reg. iur.* Proinde non videtur ex hac causa restituendus fideiussor quamuis minor non magis quàm si maioris procurator fuisset, quo vt que casu non restitueretur nisi is à quo mandatum accepisset soluendo non esset. *leg. cùm mandatu* 23. ĩ. *h. tit.* Rat. dec. Fideiussor licèt pro alio se obligauerit tamen proprio nomine & obligatur & conuenitur in quomaximè differt à procuratore qui siue aduersarium siue seipsum obligat alij contrahit non sibi. Ex qua differentia aliæ complures nascuntur inter fideiussorem & procuratorem, & illa imprimis quod fideiussor exceptiones, si quas habet, non solùm ex sua persona, sed etiam ex persona rei inuito quoque reo ipso proponere potest. *leg. ex persona* 37. *de fideiuss.* si modò non personæ sed rei cohærent. *leg. exceptiones* 7. §. *rei autem. de except. leg. vlt.* §. *de pact.* Procurator autem nihil potest facere inuito eo cuius procurator est siue agat siue conueniatur. *leg. si procurator* 28. §. *de procur.* Item illa quæ ad rem nostram magis pertinet, quod si maioris procurator minor in integrum restitueretur aduersus cõtractum suum ea restitutio prodesset maiori obligato ex contractu procuratoris quod esset contra propositum prætoris. *d. l. cùm mandatu. & leg.* 3. §. *sed vtrum.* §. *h. tit.* At quamuis fideiussor tanquam minor restituatur in integrum aduersus propriam obligationem ea tamen restitutio non prodest maiori quippe qui ex proprio contractu propria quoque obligatione & actione tenetur quę tantùm abest vt à fideiussoris obligatione pendeat, vt è contrario sit obligatio hęc principalis, fideiussoria verò non nisi accessoria. *l.* 1. 2. 3. *& segq. & passim de fideiuss.* Nec quod minor qui pro maiore fideiussit regressum habeat contra reum principalem impedire potest restitutionem. Interest enim minoris nõ soluere potiùs, quã solutum repetere. *l. si stipulatus* 15. *eo. t. l.* 3. *de compensat.* Nec ob id solum qui obligatur aut actionẽ pati cogitur quod postea sit receptarus ab alio quidquid præstiterit. *l. nemo id* ò 171. *de reg. iur.* Quod de fideiussore minore diximus idem de mandatore, constitutore expromissore dictum intelligi debet. Sunt. n. isti omnes interuentores & eorũ obligatio sicut fideiussoris, propria singulorum & tamen accessoria ad principalem obligationem.

b *Pomponius autẽ videtur acquiescere distinguẽtibus.* R. dub. Cũ arbiter ad fideiussores probandos cõstitutus (solet. n. arbiter ex hac causa constitui. *l. æburo* 9. *& seq.* §. *qui satisd. cog.* probauit personã minoris ad fideiussionẽ accedentis tanquã idonei nõ potest minor dicere se læsum fuisse ab aduersario qui nihil fecit. Ergo distinguendũ est cũ Põponio an minor probatus sit ab arbitro an ab aduersario: vt posteriore casu possit restitui, priore nõ itẽ. Maximè cũ potuerit querela ad cõpetente iudice deferri vt ait *l. si ab arbitro* 10. *qui satisd. cog.* R. dec. Minor vt ex hoc edicto restituatur nõ illud necessariò allegare & probare debet se læsũ ab aduersario, sed sufficit vt doceat se quoquo modo læsum etiã sua facilitate nullo aduersarij facto intercedente. *leg.* 1. §. *de restit. in integ. leg.* 3. §. *etsi heres.* §. *h. t. vbi dixi.* Facilitas autem minoris ad fideiussionẽ accedẽtis & quæ ex ea facilitate inducitur læsio & captio nimis euidens est, cũ ex fideiussione lucrũ nullũ possit accidere minori, dãnum possit. Tit. ũ. n. est & non minùs verũ quàm vetus verbũ *spondes? præsto noxa est*, nisi ponas minorẽ fideiussisse in rẽ suam, quia tunc pro reo principali habetur. *leg. de duo* 8. §. 1. *qui satisd. cogant.* iunct. *l. sed si fideiussor* 24. §. *de pact. l.* 3. §. *Iulianus. de pecul.* Aut principali debitori successisse siue in solidũ siue pro parte, quia pro qua parte successit tenetur non ex obligatione fideiussoria quippe quę sublata sit per confusionẽ. *l. debitori* 50. *de fideiuss.* sed tanquã heres maioris quo casu restitui non potest *l.* 1. *in fin. C. de filiofam. min. vulg. l. si ab eo.* 7. *Cod. de negot. gest.* Idque siue pro patre siue pro extraneo minor fideiusserit, vt bene cõtra Placentinũ disputauit Accursius ad *l.* 3. §. *sed vtrũ.* in verb. *potuerit restitui.* §. *hoc tit.*

c *Et se circumuentum doceat.* Docet autem hoc ipso quod ostendit se non in rem suam, sed pro alio fideiussisse. Nisi ponas habuisse illum in manu indẽnitatem putà si pro quanta pecunia fideiussit tantã pecuniam ab eo pro quo fideiussit acceperit ante fideiussionẽ aut pro pecunia rem aliquam quasi in solutum. Hoc enim casu nemo dixerit læsum fuisse minorem ob id quod pro alio quantumuis extraneo & in rem alienam fideiusserit cùm sit securus.

4 ¶ Sed

4 ¶ Sed & *in iud. cijs* subuenitur: siue, dum agit: siue, dum conuenitur, captus sit.

Ad §. 4. Sed & in iudiciis.

Ratio dubitandi. In iudiciis quasi contrahitur. vul. 3. §. *idem scribit. de pecul.* Idque non ex voluntate, sed ex necessitate, quia iudicium redditur in inuitum *l. ter stipulantem* 83. §. 1. *de verb. obl.* ergo non tam facilè subueniendum est minori in iudicio, siue agat, siue conueniatur: atque restitueretur contra obligationem conuentionalem *l. properandum* 13. §. *vlt. C. de ind. vi constituit Iustinian.* vt pupillus vel minor in iudicio læsus per culpam aut negligentiam tutoris aut curatoris non possit restitui contra id quod in iudicio factum est, si modò tutor vel curator sit soluendo. cùm tamen in cęteris causis non eò minùs subueniatur pupillo vel minori, quòd tutor aut curator interuenerit *l.* 1. *&* 2. *C. si tut. vel cur. interu.*

Ratio decidendi. Magna quidem est autoritas iuciorum, sed non tanta vt non maior ratio haberi debeat ætatis, ne minor qui in iudicio læsus est moretur in damno *l.* 1. *& tot. tit. C. si aduers. rem. iud.* Tantò enim faciliùs est vt in iudiciis minor lędatur. quãtò difficiliùs etiam maiori & prudenti patrifamilias cauere, ne quid in iudicio dãni incurrat, aut propter imperitiam iudicis, aut propter aduersarij tergiuersationem, siue agat quis, siue conueniatur. Minor autem hoc amplius lædituer plerunque sua facilitate aut negligentia *l. minor autem* 18. §. 1. *ĩ. h. tit.* 1. 2. *C. sententt. rescind. non posse.* Quòd si à tutore vel curatore indemnis seruari pupillus, minórve possit iustissimè placuit Iustiniano in *d. l. properandum.* §. *vlt.* vt actionem eo nomine habere debeat contra tutorem vel curatorem, cuius negligentia interuenit: non etiam restitutionem, nisi vno vllo casu quo tutor vel curator soluendo non sit. Et ita secundùm illam Iustiniani constitutionem hic locus intelligi debet.

5 ¶ Sed etsi hereditatem minor adiit minùs lucrosam [a]: succurritur ei, *vt se possit abstinere*: nam & hic acceptus est. Idem & in bonorum possessione [b], vel alia successione.

¶ Non solùm autem filius, qui se miscuit paternæ hereditati, sed &, si aliquis sit ex necessariis [c] minor annis, simili modo restitutionem impetrabit. veluti si seruus sit cum libertate institutus: dicendum enim erit, si se miscuit, posse ei subueniri ætatis beneficio *& habeat bonorum suorum separationem.* ¶ Planè qui post aditam [a] hereditatem restituitur, debet præstare, si quid ex hereditate in rem eius peruenit, nec petiit per ætatis imbecillitatem.

Ad §. 5. Sed etsi hereditatem.

Ratio dubitandi. Non restituitur minor in iis quæ non capiunt restitutionem, etiamsi captus fuerit & læsus *l. si ex causa* 9. §. *pen. ĩ. hoc tit.* Atqui cùm quis hereditatem siue lucrosam, siue damnosam adiit fieri non potest vt desinat vnquam heres esse. quoniam semel heres fuit, semper heres esse perseuerat *l. qui soluendo* 88. *de hered. instit.* & quemadmodum prætor non potest dare ius & nomen heredis, ita neque admittere. §. *quos autem. instit. de bon. poss.* Ergo non potest minor aduersus aditam hereditatem restitui vt liceat abstinere: sera enim repudiatio est iusta acquisiti. *l.* 1. §. *decretalis. de succes. edict.* Præterea cùm prætoris propositum illud sit in dando beneficio abstentionis, vt liberos ab oneribus hereditariis non sponte susceptis liberet *l. si filius* 12. *de vulg. & pupill.* non vt eos quibus potest imputari, cur temerè damnosam & suspectam hereditatem adierint quam adire non cogebantur *l. nec emere* 16. *C. de rescind. delib.*

Ratio decidendi. Non potest quidem is qui semel heres fuit desinere heres esse, sed tamen potest beneficio prætoris assequi, vt non habeatur loco heredis. nempe per beneficium abstinendi. Eum namque qui se abstinuit non habet prætor heredis loco *si filius* 12. *de interrog. in iur. fac.* siue abstensio facta sit ex edicto citra decretum prætoris, vt euenit in suis heredibus qui nunquam se immiscuerunt *l. ei qui se non miscuit* 12. *de acq. hered.* siue per in integrum restitutionem causa cognita & decreto prætoris interueniente *l. necessarius* 57. *eo. ti. & §. quod Papinianus ĩ. h. l.* Inæque est quòd prætor dat restitutionem in integrum aduersus aditionem, non vt repudietur hereditas quæ fuit adita. sed vt ab hereditate abstineatur. Repudiamus enim delata & nondum acquisita. §. *decretalis l.* 4. *C. de repud. vel abst. hered.* Abstinemus autem nostris & iam acquisitis. Itaque quamuis abstinere proprium sit suorum heredum, repudiare verò extraneorum, sicut & sui heredes dicuntur se immiscere, extranei verò adire aut gerere pro herede *d. l. necessariis l. eum bonis* 87. *de acq. here.* Tamen abstinere dicuntur, & quidem propriè etiam extranei quoties restituuntur aduersus aditionem hereditatis *l. etsi ex modica* 6. §. *sed etsi per in integ. ĩ. de bon. libert.* l. 1. §. *si quis adita. ad Senatusc. Tertyll.*

a *Hereditatem minùs lucrosam* Ratio dubitandi. Non potest videri læsus minor qui hereditatẽ adiit quãtulumcunque lucrosam, licèt sit minùs lucrosa. Nullum enim damnum in lucro quantumuis minimo esse potest. Et quod dici solet subueniri, minoribus etiam in lucro. §. *hodie ĩ. hac leg.* non hunc sensum habet, quasi pro læso habendus sit minor, qui paruum aliquod lucrum sensit, cùm maius aliud sentire non posset, sed vt is demum restituatur, qui alicuius lucri aut etiam maioribus lucri faciẽdi occasionem amiserit: quod dici non potest de eo qui hereditatẽ lucrosam quidẽ, sed minùs lucrosam adiit, nullũ enim iste aut damnum incurrit, aut lucrum amittit. Ratio decidendi. Damnosam hereditatem dixit hîc Vlp. non quidem pro damnosa, sed pro ea quæ sit minùs euidenter lucrosa, & vt vno verbo dicam quæ sit suspecta. Sufficit enim suspectam esse hereditatem, vt aduersus aditionem restitui possit minor. Siquidem eius interest, nec litibus, nec sumptibus vexari *l. prox. sup.* Vt plurimum autem etiam opulentæ hereditates suspectæ sunt propter periculum latentis æris alieni, aut metu negotiorum quibus implicari nolunt *l. si hereditatem* 32. *infr. mandat. l. si in testamento* 22. *in fin. si quis omis. caus. test.* Quam ob causam solet dici generaliter non esse præscribendum heredi instituto cur metuat adire hereditatem vel cur nolit, cùm variæ sint hominum voluntates.

l. 4. ad SC. Treb. Et idcirco probabilius arbitror minorem qui restitui velit aduersus aditionem hereditatis non esse cogendum probare quòd hereditas reuera plus habeat incommodi quàm commodi: tametsi hoc iure vtamur teste Guid. Pap. *quæst.* 141. Sed sufficeret vt dicat sibi suspectam esse hereditatem licèt nec de vno vel minimo debito appareat si modo nihil in ea hereditate dolo malo feci esse probetur. Idque probare soleo ex hoc potissimum Vlpiani loco, qui non exigit, vt hereditas probetur damnosa, sed tantùm vt minùs lucrosa: quod vtique probatur satis hoc ipso quòd dicitur suspecta.

a *Idem est & in bonorum possessione.* Ratio dubitandi. Bonorum possessor non fit heres, quoniam vt supra dixi prætor heredem facere non potuit. §. *quos autem. insti. de bon. poss.* Ergo non est necesse vt aduersus agnitam bonorum possessionem minor in integrum restituatur. cùm non eò magis heres sit.

Ratio decidendi. Bonorum possessor quamuis non sit heres, in omnibus tamen habetur per prætorem heredis loco perindéque ac heres tenetur ad omne æs alienum & ad vniuersa onera hereditaria *l. 1. 2 3. de bon. poss. l. prætor* 117. *de reg. iur.* Perinde igitur indiget restitutione vtà periculo damnóque quod in petenda bonorum possessione subiit liberetur. Idem dictum putà de fideicommissario vniuersali. Nam & is loco heredis est §. restitutio. *institut. de fideicom. hered.* cùm in eum transeant omnia iura hereditaria actiua & passiua *l. 1. 2. & 4. l. ita tamen* 27. §. *qui ex Trebelliano. ad SC. Trebell.* Idque significant vltima illa verba huius §. *vel alia successione* vt bene Accurs. explicat ex *l. filiusfamilias* 5. *quod cum eo qui in al. potest.* Addit aliud exemplum de eo cui bona sunt addicta libertatum conseruandarum causa. Rectè. Nam & hic exinde quasi heres est. §. *pen. instit. de eo cui libert. caus. bon. add.* Sed quod addit aliud exemplum in eo qui occupauit bona peculiaria filij vel serui quasi & is heres esse videatur ex *l. 3. §. Pomponius adiicit* ff. *h. tit.* hoc verò malè vt docuimus ff. *ad illum locum.*

c *Sed etsi aliquis sit ex necessariis.* Ratio dubitandi. Necessarius heres ille dicitur qui vtique & omnimodo heres cogitur siue velit siue nolit §. 1. *instit. de hered. quæ l. & diff.* ac proinde qui heres est ipso iure etiam citra vllam gestionem pro herede aut immixtionem *l. in suis* 14. *de suis & legit.* Nulla igitur ratio est restitutionis concedendæ necessariis heredibus.

Ratio decidendi. Necessariis heredibus licèt sint heredes ipso iure datum nihilominus est beneficium à prætore per quod iis succurritur. Et suis quidem beneficium abstentionis ex edicto. Iis verò qui non sui sed necessarij tantum sunt beneficium separationis ex alia edicti parte *l. ei qui* 12. *l. necessariis* 57. *de æquir. hered. l. 1.* §. *vltim. de separat.* Vtrumque sine restitutione & aduersus solum iuris rigorem, sed ita demum si sola iuris potestate sint heredes non etiam si factum ipsorum aliquod interuenerit, id est, si sui se non immiscuerint aut si serui heredes instituti bona patroni non attigerint. Nam facto eorum interueniente cùm ipsorum voluntas ad potestatem iuris accesserit indigni sunt quibus succurratur nisi ætatis fauor iis patrocinetur: quo casu necessaria est restitutio ex hoc edicto *d. l. necessariis.* Nempe si sint puberes: nam si sint impuberes possunt etiam post immixtionē se abstinere vltrò & sine ope restitutionis *d. l. necessariis.* Adeóque quamuis se immiscuerint tutore autore. tametsi Accursius noster hic contra sentiat & malè vt constat ex *l. pen. de auctor. tutor. ff. ex contractu* 44. *de re iudic. l. impuberibus* 11. *de acquir. hær.* In qua lege quod dicitur Impuberibus liberis abstinendi potestatem fieri *omnimodo*, sic accipiendum est vt fiat indistinctè non solùm si se non immiscuerint ad differentiam eius quod de puberibus additur in eadem lege, sed etiam si se immiscuerint: & rursus siue immiscuerint se tutore autore siue absque tutore. Vt planè ridiculum sit quod Pomponium eo loco dixisse somniat Accursius *puberes* pro *maioribus* 25. *annis*: impuberes verò pro minoribus. Dices pro Accursio falsa igitur fore legis sententiam, cum puberibus dummodo minores sint prætor det beneficium abstentionis per in integrum restitutionem etsi se immiscuerint *d. l. necessariis & l. si minor* 61. *eod. tit.* Hoc enim sanè est quod Accursium fefellit. Sed facilis responsio est intelligendum Pomponium eo loco de mero abstinendi beneficio quod habent sui heredes ex edicto prætoris mortui non adito prætore viuo. non autem de beneficio abstinendi quod indulgetur à prætore viuo ex decreto & causa cognita per in integrum restitutionem. Hoc enim per immistionem non amittitur, quomodo illud de quo priùs diximus; & de quo etiam agitur in *l. ei qui* 12. *eod. tit.* Est autem elegans illa differentia inter beneficium abstentionis & separationis, quod qui beneficium abstentionis impetrauit siue ex edicto siue ex decreto, is non habetur pro herede à prætore *l. si filius* 11. *de interrog. in iur. fac. fit.* quantum ad hoc vt à creditoribus hereditariis & à legatariis conueniri non possit *d. l. necessariis.* (in ceteris enim omnibus quæ ad ipsios incommodum non spectant habetur pro herede etiam quoad prætorem *l. filius* 41. *eod. l. ita tamen* 27. §. *si pater filium ad Senatusc. Trebell.*) Qui autem impetrauit separationem sicut ipso iure manet heres ita & heredis loco habetur à prætore vt creditoribus & legatariis omnibus reneatur, sed hactenus tamen quatenus ferunt facultates quas à patrono accepit non etiam si quid aliunde sibi quæsierit. Hoc enim separandum est à cæteris bonis. Indéque nimirum dictum est beneficium separationis *d. l. necessarii in fin. & d. l. ff. vlt. de separat.* Denique filij pudori parcitur vt patris potiùs quàm filij bona væneant *l. paterfamilias* 28. *de reb. aut. iud. poss. al. l. 13. de priuil. cred.* quia patri magis imputari potest qui ipse æs alienum contraxit quàm filio qui hereditariis oneribus non sponte susceptis obligatus reperitur sola iuris potestate. *lege si filius* 12. *de vulg. & pupill.* At non parcitur pudori serui qui libertatem cum hereditate ex domini sui testamento consecutus est quia nec pudorem vllum haberet si non à domino tantum beneficium quantum libertatis est accepisset. Parcitur tamen eius bonis quamdiu verum est eum patroni bona non attigisse. Vbi attigit necessaria est eirestitutio ad impetrandam separationem si fuit minor annis XXV. pubes tamen. Nam si sit impubes non video cur hac parte deterioris conditionis sit aut esse debeat quàm suus, cui impuberi dandum esse diximus beneficium abstentionis etiam post immixtionem tutore quoque autore factam. Nec enim fauore suitatis ita constitutum

est in suo impubere, sed fauore ætatis. Alioquin idem priuilegium puberibus quoque suis dari debuisset. Porro fauor quidem ætatis discernit puberes ab impuberibus, sed non ingenuos à libertis. Et alius Accursij nostri error ille est quod putat suo heredi puberi dari à prætore restitutionem ad hoc vt heres esse desinat. Seruo autem cum libertate instituto ad hoc tantùm vt separatio fiat, non vt hereditatem repudiet. Nam neque suo heredi datur restitutio vt vel suus heres esse desinat, vel hereditatem repudiet, cùm non sit sine herede qui suum heredem habet, quamuis se abstinentem etiam iure suo. *leg. cum quasi* 30. §. *sed & si suus. de fideic. libert.* sed tantùm vt habeatur à prætore pro non herede quod ad subeunda onera hereditaria, vt diximus. Etsi autem non idem obtinet in seruo herede cum libertate instituto, qui etiam post impetratam separationem beneficio restitutionis habetur pro herede apud prætorem, id tamen non ob id fit quòd minor ætas in necessario herede, tantùm minùs sit fauorabilis quàm in eo qui prætorea est suus, sed quoniam nulla quoque restitutione impetrata idem iuris esset si neque suus se immiscuisset, neque libertus bona patroni attigisset. Haberet enim vterque beneficium, ille abstentionis, hic separationis, & quidem suo iure sine auxilio restitutionis, sed diuerso effectu, quia plenius est beneficium abstentionis quàm separationis ob eam rationem quam supra attulimus. Nemo autem dixerit beneficium quod per in integrum restitutionem ætatis fauore redditur plenius esse debere quàm esset antea cùm amittebatur.

a *Planè qui post aditam.* Ratio dubitandi, Restitutio ita fieri debet vt omnia in pristinum statum reponantur. *leg. quòd si minor* 24. §. *restitutio. infr. h. t. leg. vn. C. de repud in iud. in integ. &c.* Ergo quisquis post aditam hereditatem restituitur, præstare debet quidquid ex ea hereditate ad ipsum peruenit non adhibita illa distinctione quam Vlp. hic adhibet. An ex eo quod ad minorē peruenerat, aliquid perierit per imbecillitatem ætatis, an nihil. Nec enim talis distinctio adhiberi potest citra iniuriam institutorum aut heredum legitimorū ad quos hereditas peruenire debet, aut etiam creditorum & legatariorum, quibus ex bonis hereditariis satisfieri oportet si permittatur minori abstinere per in integrum restitutionem ab ea hereditate quam maiori ex parte iam profligauerit. Tunc enim res non solū integra esset, sed nec potest redintegrari: quo casu nō datur restitutio *l. quòd si minor* 24. §. *Scæuola.* ff. *h. tit.* Ratio decidendi. Non videtur ad minorem peruenisse quod non durat peruentū, sicut nec versum quod non durat versum, vt dixi ad *l. videamus* 17. *supr. quod met. caus.* scilicet si per solam ætatis imbecillitatem factum sit vt desierit habere minor quod ab initio habuit. Sola enim ætas illa est quæ hoc priuilegium meretur. Ergo restitutus aduersus aditionem minor non aliud debet reddere quàm quod ad eum ita peruenit vt nō perierit per imbecillitatem ætatis. Cùm enim minor inconsultò damnosam hereditatem adiit, & multas ex ea res æquè inconsultò & citra dolum malum perdidit, non tam aduersus aditionem hereditatis quàm aduersus inconsultam facilitatem suam restituitur, ac proinde non minùs contra profligationē, quàm contra ipsam additionem. Vtrumque enim damnum ex eadem facilitate proficiscitur: & satis est ad indulgendam restitutionem, quod minor nullum ex hereditate lucrum retineat. *d. l. vnic.* Aliud ergo erit si minoris dolus aliquis interuenerit in profligandā hereditate. *leg. si ex causa* 9. §. *nunc videndum. inf. h. tit.* Aut si dolo eius factum sit quominus ad eum ex hereditate perueniret. *d. l. vnic. C. de repud. in iud. in integr.*

6 ¶ Hodie certo iure vtimur, *vt & in lucro* minoribus succurritur.

Ad §. 6. Hodie certo iure.

R. dub. Non fit pauperior qui lucri occasionem amittit, sed tantùm is qui patrimonium suum diminuit. Aliud enim patrimonij diminutionem pati, aliud verò non acquirere. *leg. quod autem* 6. *quæ in fraud. cred.* vt & aliud est fieri pauperiorem, aliud non locupletiorem. *leg.* 5. §. *concessa de don. int. vir. & ux. leg. Proculus* 26. *de damn. infect.* Ergo nulla ratio est cur minoribus subueniatur in lucro quibus satis esse debet si damnum nullū patiantur. Semper enim minùs fauorabilis est causa illius qui certat de lucro captando, quàm eius qui de dāno vitando. *d. l. quod autem.* §. *simili modo dicimus.* Nec tam pro bonis propriis quàm pro alienis videtur restitui minor qui in lucro restituitur, i. ob id solùm quod acquirendi occasione vsus non sit. Nam quod acquirere possumus, quandiu tamen acquisitum non est extra bona nostra est. *l. substitutio* 42. *de acq. rer. dom.* cùm interim fit alterius: quod autem alterius est, meum esse non possit. *l. rectè dicimus* 25. *de ver. sig.* Ratio decidendi. Fuit quidem hoc aliquando inter veteres controuersum, vt hic ipse locus indicat. Sed hodie certo iure vtimur etiā in lucro subueniri minoribus oportere. *l. cū quidam* 17. §. *si pupillo.* ff. *de vsur.* fauore nimirū ætatis quæ facit vt cū in cæteris partib. edicti nemo restituatur nisi aduersus damnum (omnes. n. damnum exigunt, vt diximus ad duos titulos superiores) minori tamen danda sit restitutio aduersus propriam facilitatem. *leg. 1.* ff. *de in integ. rest.* quæ facilitas incōsulta non aliā causam habet quàm lubricum ætatis. Ex eadem verò facilitate fit vt minor & damnum rei suæ incurrat & occasionem rei alienæ acquirendæ amittat, quam non amitteret is quem maior ætas prudentiorem fecisset. arg. *leg. minor* 48. §. *vlt.* ff. *h. tit.* Denique vt restituendus sit minor sufficit eius interesse quoquo modo. Interesse aūt videtur nō tātùm si quid ei absit, sed etiā si quid lucrari potuit. *l. si omissa* 13. *rem rat. hab.* vnde nostri colligunt distinctionem illam duplicis interesse, vt loquuntur, lucri cessantis & damni emergentis.

7 ¶ Pomponius quoque libro vicesimo octauo scribit,

ET si sine dolo cuiusquam legatum repudiauerit [a], vel in optionis legato captus sit [b], dū elegit deteriorem: vel si duas res promiserit, illam aut illam [c], & pretiosiorem dederit, debere subueniri: & subueniendum est.

Ad §. 7. Pomponius quoque.

Ratio dub. Legatum acquiritur quidem etiam ignoranti, sed non inuito, ideòque repudiari etiam à maiore potest dummodo totum repudietur. *l. legatarius 38. de leg. 1.* iunct. *leg. cùm pater 77. §. surdo. de leg. 2.* Ergo non læditur minor qui legatum repudiat quod agnoscere non cogebatur etiamsi maior fuisset. *leg. si tibi homo 86. §. cum seruus. de leg. 1.* Rat. dec. Potest quidem qui maior annis legatum si velit repudiare, sed vix est vt repudiet quia legatum non potest non esse lucrosum. *leg. si hereditatem 32. ff. mand. sine quòd fit donatio. leg. legatum est donatio 39. de leg. 2.* siue quòd nemo legati nomine onerari possit ne quidem per fideicommissum in plus quàm ex legato acceperit. *leg. filius fam. 114. §. apud Marcellum. de leg. 1. leg. 1. §. si is qui ad SC. Trebell.* Læditur ergo minor cùm legatum repudiat, quoniam id facit quod maiores possunt quidem, sed non solent facere. *leg. minor 48. §. final. hoc tit.*

a *Legatum repudiauerit.* Quod ergo si minor hereditatem non legatum repudiauerit ? Idem erit. Nam aduersus repudiationem hereditatis restitui minor potest vt eam adeat. *§. restitutus. ff. hoc tit. leg. 1. & 2. C. si vt omiss. hered.* Sed adhibita tamen distinctione, *si hereditas probetur lucrosa nec vllo modo suspecta.* Quæ distinctio non adhibetur in legato, quippe quod semper lucrosum est. *dict. leg. 32. mandat.* Et ita Cuiacius hic sentit. Sed ergo contra. Quia sicuti aduersus agnitionem hereditatis quantumcunque lucrosæ restituendus est minor si eam sibi suspectam dicat cùm non sit cogendus vt probet ac ne quidem vt alleget quibus ex causis suspectam eam habeat vt dixi ad *§. non solùm. ex leg. si in testamento 22. in fin. si quis omis. caus. testam. & leg. 4. ad SC. Trebell.* ita nec præscribendum est heredi cur velit esse heres quamtumlibet damnosa hereditas esse videatur. Tanti enim hereditas est quanti eam heres æstimat, vt & de legato scriptum est in *leg. imperator 70. §. si centum. de leg. 2.* Et idonea sit hoc ipso quòd inuenit heredem *leg. libertus 36. de bon. libert.* vt & cùm inuenit emtorem *leg. 3. ad leg. falcid. leg. quæ dotis 33. solut. matr.* Sed cur addit Pomponius *si sine dolo malo cuiusquam.* An quia si dolus malus interuenisset alterius danda esset restitutio minori ex edicto de dolo non ex capite isto de minoribus ? Minimè. Nam quo casu maiori necessaria est actio de dolo sufficit minori vt ex hac parte edicti possit restitui. *leg. quidam debitor 38. §. de dolo. leg. diuus Pius 6. in fin. §. de in integr. restit.* Sed vt intelligamus restituendum esse minorem non solùm si alterius dolo deceptus sit, sed & si propria sua facilitate sine alterius cuiusquam dolo.

b *Vel in optionis legato captus sit.* Ratio dubitãdi. Nõ capitur legatarius optionis etiamsi eligat deteriorem. Legata enim optione tam in legato est qui pessimus quàm qui optimus. Si modò eum legatarius optet : præsertim cùm fieri variis ex causis possit vt interfit aliquando legatarij eum habere qui pessimus videatur. Alioqui non legata optio, sed optimus quisque semper legatus intelligeretur quod falsum est. *leg. 2. & pass. de opt. legat.* sed & legata optione certum est optandi facultatem primo actu consumi, vt dixi ad *leg. si quis adfirmauit 9. §. 1. §. 1st. prox.* Ergo etiamsi minor elegerit deteriorem non est restituendus. Rat. deciden. Non est restituendus si vltrò & consultò eligat deteriorem ex aliqua iusta causa quem etiam maior fuisset similiter electurus. *leg. minor 48. §. fin. hoc tit.* sed nos hic loquimur de eo qui inconsulta facilitate & per lubricum ætatis deteriorem elegit quem maior & prudentior factus nunquam elegisset atque ita ius optionis sibi legatæ consumpsit. Hic enim ob hoc ipsum proculdubio læsus est & consequenter restituendus. Maior non restitueretur si sine dolo cuiusquam elegisset deteriorem. *d. l. si quis. §. 1. supra tit. 1.*

c *Vel si duas res promiserit illã aut illam.* Rat. dub. Cùm duę res alternatiuè promittuntur electio quidem est debitoris. *leg. plerunque 10. §. vl im. de iur. dot.* sed tamen vtraque est in obligatione. *leg. illud aut illud 25. de pec. const. leg. si duo rei 128. de verb. oblig.* licèt vna tantùm sit obligatio. *leg. cùm illud 25. in fin. quand. dies leg. ced.* Ergo vna soluta etiam pretiosiore non est audiendus minor si velit eam repetere & aliam soluere, quia non potest dici læsus qui soluit quod debuit atque ita liberationem consecutus fuit. Imò fit locupletior quisquis à debito liberatur. *leg. si pupilli 66. in fin. de solut.* Ratio decid. Æquè potuit liberari minor soluendo rem deteriorem ex duabus illis quarum electionem habuit, quoniam deterior quoque in obligatione fuit non minùs quàm pretiosior. Ergo læsus fuit soluendo prætiosiorem. ac proinde restituendus, quia hoc lucrari potuisset quantò preciosior est res soluta si soluisset deteriorem. Minoribus autem subuenitur etiam in lucro vt diximus *§.* prox. Ex illo enim hic pendet. Quid si vtramque soluisset? Non egeret restitutione, quia iure communi posset condicere vtram vellet etiam maior condictione scilicet indebiti. *leg. pen. C. de condict. indeb.*

8 ¶ Quæsitum est ex eo, quod in lucro quoque minoribus subueniendum dicitur : si res eius venierit, & existat, qui plus liceatur: an in integrum propter lucrum restituendus sit : & cottidie prætores eos restituunt, vt rursum admittatur licitatio. Idem faciunt & in his rebus, quæ seruari eis debent. Quod circumspectè erit faciendum. Cæterùm nemo accedet ad emptionem rerum pupillarium, nec si bona fide distrahantur. Et directè probandum est, in rebus, quæ fortuitis casibus subiectæ sunt, non esse minori aduersus emptorem succurrendum : niũ aut sordes, aut euidens gratia tutorum, siue curatorum doceatur.

Ad §. 8. Quæsitum.

R. dub. In lucro quoque minoribus succurrendũ est vt diximus in §. præced. Ergo si post additionẽ à minore factã existat aliquis qui pl⁹ liceatur multò magis restituendus est minor, quia hoc casu non tam propter lucrum restitui videtur qnàm propter damnum cùm tantò pauperior factus sit quantò minus ex rei suæ venditione redegit quàm redigi potuerit. Tanti enim quæque res esse intelligitur quanti vendi potest. Cur non igitur rursum admittetur licitatio ? Nam & fisco idem concessum esse creditur intra certa nimirum tempora vt hic Cuiacius scribit ex *l. si tempora 4. C. de fid. & iur. hast. fiscal. lib. 10. tit. 3.* Minùs porro iuris non debet habere minor quàm fiscus : quandoquidem etiam aduersus fiscum minor restitui potest vt maior ratio habeatur ætatis quàm fisci. *l. 1. & tot tit. C. si aduers. fis.* Ratio decidendi. Potest quidem ex hac causa minor restitui, sed tamen non facilè ac temerè, verùm circunspectè, id est, ita demum si grande sit damnum minoris, vt in *l. si ex causa 9. in pr. l. pen. ff. h. tit.* Alioqui metu restitutionis nemo accedet ad emptionem rerũ pupillarium vel minoris, nec si publicè ac bona fide distrahantur : quod tamen ne eueniat interest maximè omnium minorum, quibus ea ratione commercio interdici quodammodo videretur. *l. quòd si minor. §. non semper. ff. hoc tit. l. pen. C. ad SC. Trebell. l. cùm plures 12. §. 1. de admin. tuto.* Simile quiddam est traditum de fœminis in *l. si mulier 11. ad SC. Velleian. & de militibus in l. diuus Traianus 24. vers. nec illorum. ff. de testam. milit. & in l. ratas 7. C. de rescin. vend.* Distinguendum igitur est an ea res distracta sit, quam distrahi lex prohibet, in quo numero sunt hodie omnes ferè res pupillorum, vel adultorum, iis exceptis quæ mortales sunt, & seruando seruari non possunt post constitutionem Constantini in *l. lex quæ tutoris 22. C. de admin. tutor.* An verò talis res sit quam distrahere non modò liceat, sed etiam oporteat. In iis quæ sunt posterioris generis districtè obseruandum est, ne minori aduersus emptorem succurratur, ne alioqui eueniat, vt nemine ad talium rerum emptionem accedente ob metum restitutionis necesse sit, eas tandem minori perire. Nisi tamen aut sordes, aut euidens gratia tutorum aut curatorum doceatur, vt hîc Vlp. ait. Ergo si collusio tutorum aut curatorum nulla interceserit aliud dicendum est, quamuis grande damnum ex ea venditione passurus sit minor. Nam quod contra scriptum est in d. *l. si ex causa 9. & l. tutor 47. l. pen. ff. hoc tit.* quibus nititur Accursius, & in *l. 1. C. si aduers. vend. pig.* ad venditiones priuatas pertinet, non ad publicas auctiones, quarum vtique maiorẽ vim esse conuenit propter hastæ publicæ fidem & auctoritatem, *l. quæcunque 5. & seq. C. de fid. & iur. hast. fis.* Potest enim minor causari rem suam pluris fuisse, pluriſque vendi potuisse, si in publicam venditionem exposita fuisset, quoties priuatim facta venditio est, quod similiter allegari non potest si publicè & subhasta fieri eam contigerit. Et verò quatandem ratione sciri melius potest, verum rei pretium quàm si subhasta & publicè res vendenda exponatur. Aut quando verum erit, tanti reuera rem esse, quanti vendi potest, si etiam facta publica venditione audiendus adhuc est qui allegat rem pluris vendi potuisse. Quare nec puto posse hoc casu locum esse remedio nouo. *leg. 2. C. de rescind. vend.* nisi cùm sub nomine subhastationis publicę locus & color fraudibus quęsitus est, vt ait *l. si quos 16. Cod. eod. tit.* de qua re scripsi in decad. Nec minùs falsum est quod vult Cuiacius post additionẽ factam à fisco admitti licitationẽ intra certa tempora. Nam quod adfert ex d. *l. si tempora.* non pertinet ad licitationem factam post adiectionem, vt ille interpretatur, sed ad eam quæ facta sit ante addictionem, & intra tempora auctionis, vt nominatim lex ait. Neque aliter posset ius constitui sine magna fisci iniuria nemine ad rerum fiscalium emptionem accessuro, vt de minore diximus. Quod si res minoris talis fuit quàm ei seruari oportuit, & quæ tamen ex iusta aliqua causa distracta sit, putà decreto prætoris interueniente, quod vtique hoc casu necessarium est, faciliùs quidem est vt minori subueniatur, id est, etiam si nulla tutoris aut curatoris gtaia & collusio probetur, sed tamen circumspectè, vt diximus, id est, non aliter quàm si grande minoris sit damnum.

9 ¶ Restitutus autem, cùm se hereditati misceat, vel eam adeat, quam repudiauit, rursus restitui poterit, vt se abstineat, & hoc & rescriptum, & responsum est.

Ad §. 9. Restitutus autem

Ratio dubitandi. Non potest in vna eadémq. causa sæpius restitutio in integrũ postulari *tot. tit. C. si sæpius in integ. restit. post.* Ergo non potest fieri vt qui restitutus fuit ad hereditatem amplectẽdã quã priùs omiserat, postea restituatur ad eadẽ hereditatẽ omittendam aut contrà. Ratio decidendi. Non intelligitur sæpius peti restitutio in vna eadémque causa cùm petitur ad adeundam, primùm & rursus ad repudiandam eandem hereditatem, aut ad repudiandam eam primum, deinde ad eandem adeundam. Alia enim causa est adeundæ : alia repudiandæ hereditatis, tametsi eiusdem potestatis sit hereditatem adire & repudiare *leg. is potest 18. de acq. hered.* Ergo nihil vetat in duplici hac causa duplicem quoque restitutionem peti *leg. 2. §. si bonorum infr. ad SC. Tertyll.* Quare nec ad rem pertinet si quis obiiciat ex Paulo *lib 1. sent.* Integri restitutionem plus quàm semel concedendam non esse. Id enim sic accipi debet, vt in vna eadémque causa non debeat bis concedi. Non potest autem eadem esse causa, vbi duplex læsio interuenit, quæ duplicem præbet materiam restitutionis *leg. doli 19. §. diuersum de nouat.* Dices, non posse fieri vt quis lædatur dupliciter adeundo & repudiando eandem hereditatem : cùm si fuerit lucrosa, lędi tantùm potuerit repudiando si damnosam tantùm adeundo. Respondeo hoc fiei ex eo quod diximus in præcedentibus hereditatem pro lucrosa vel damnosa haberi pro arbitrio & opinione illius qui eam vel acquirere vel amittere quod non est in cęteris rebus, quarum vera æstimatio pendet ex ipsa rei veritate, nõ ex singulari huius vel illius opinione *l. si seruum 33. ad leg. Aquil. leg. precia rerum 63. ad leg. Falcid.* Dices, ita fieri ludibrio leges si eidem personæ liceat sæpius eandem, & amplecti, & respuere hereditatem, vt Iustin. loquitur in *leg. vlt. §. vlt. Codic. de bon. quæ lib.* vbi ob hanc causam prohibet, ne filius aduersus paternam aditionem restitutus possit rursus ad repudiandam eam restitui aut contra. Respondeo specialem illius constitutionis rationem esse propter autoritatem consilij & iudicij paterni, cuius fructu æquum est in perpetuum priuari filium, qui semel illud temerè aspernatus est, vt bene hîc Accurs.

tractat, & longè meliùs quàm Thalelæus & Cuacius qui legem illam Iuſtiniani cum hoc §. pugnare arbitrantur. At meliùs Cuiacius quàm Accurſius in eo quod ait ſententiam tituli *Codic. ſi ſæpius in integ.reſt.* poſt eam eſſe, vt vna eademque cauſa petita in integrum reſtitutione & petitore repulſam paſſo fruſtrà iterum petatur reſtitutio, niſi nouæ defenſiones & reſtitutionis rationes proferantur. Nam quòd Accurſius diſtinguit an reſtitutio primùm conceſſa fuerit, an denegata ſeparátque ſententiam ab actione propter autoritatem rei iudicatæ, nullam certè habet rationem. Debuit enim diſtinguere potius cauſam hereditatis à rebus cæteris, vt oſtendimus.

10 ¶Sed quod Papinianus lib 2. reſponſorum, aut minori ſubſtitutum ſeruum neceſſarium, repudiante quidem hereditatem minore, neceſſarium fore: & ſi fuerit reſtitutus minor liberum nihilominùs manere: ſi autem priùs minor, adiit hereditatem, mox abſtentus eſt: ſubſtitutum pupillo ſeruum cum libertate, non poſſe heredem exiſtere, neque liberum eſſe, nõ per omnia verum eſt: nã ſi non eſt ſoluendo hereditas [a], abſtinente ſe herede, & Diuus Pius reſcripſit & Imperator noſter, & quidẽ in extraneo pupillo [b], locum fore neceſſario ſubſtituto: & quod ait liberum manere: tale eſt, quaſi non & heres maneat, cùm pupillus impetrat reſtitutionem: poſtea quàm abſtẽtus eſt [c]. cùm enim pupillus heres non fiat, ſed vtiles actiones habet: ſine dubio heres manebit qui ſemel extitit [d].

Ad §.10. Sed quod Papinianus.

a *Nam ſi non eſt ſoluendo hereditas.* Ratio dubitandi. Subſtitutus vulgaris, de quo in hoc §. fit mentio, non vocatur ad hereditatem niſi ſub ea condicione, *ſi primus inſtitutus heres non erit leg. 1. & paſſ. de vulg. & pup ſubſt.* Atqui cùm minor heres inſtitutus adiit hereditatem, mox abſtentus eſt per in integrum reſtitutionem non eò minùs verum eſt heredem eſſe & manere illum qui ſemel adiit: quoniam qui ſemel heres fuit ſemper heres perſeuerat *l. ei qui ſoluendo* 88. *de hered.inſtit.* Ergo non poteſt fieri vt neceſſarius ſubſtitutus admittatur ex ea vulgari ſubſtitutione. Atq. ita Papinianus & putabat & ratiocinabatur. Ratio decidendi. Bona eſt ratiocinatio cũ hereditas eſt ſoluendo, ſed cũ nõ eſt ſoluendo abſtinente herede, cuius aditio fecerat eam idoneam & ſoluendo reſcriptum eſt ab Imperatoribus perinde locum debere eſſe ſubſtituto neceſſario atque ſi adita nunquam fuiſſet hereditas. Ne ſcilicet nudum nomẽ heredis qui poſt reſtitutionem habetur pro non herede, quantum ad prætorem noceat defuncto, cuius oſſibus & cineribus infamia inureretur ſi ſubſtitutus non admitteretur: quandoquidem eque facienda eſſet venditio bonorum ſub nomine defuncti. *leg. ſi non expedierit* 6. *l g. paterfam.* 28. *de r.b. autor. iud. poſſ.* Itaque cũ ea ratio quæ vſum neceſſariorũ ſeruorum, & inſtituendorum & ſubſtituendorũm induxit locum hoc caſu habeat iuſtiſſimè Imperatores neceſſario ſubſtituo locum fieri voluerunt. Nam nec nundũ nomen heredis aliàs nocere ſolet *l eg.* 2. §. *ſed ſi ſint ſui heredes & §. ſi bonorum. ad SC. Tertyllianum leg. etſi ex modica* 6. §. *ſi filius. de bõ. libert. leg. ex contractu* 44. *de re iud. leg. ſi. minor* 61. *de acq hered.* Dicat aliquis condicionem illam vulgaris ſubſtitutionis, *ſi heres primus non erit*, videri exiſtere, cùm heres inſtitutus poſt aditionem abſtinet beneficio reſtitutionis. Nec enim veriſimile eſt teſtatorem qui id maximè agebat vt heredem haberet, ſed cuius nomine bona venderentur, aut qui creditoribus ſatisfaceret de illo herede ſenſiſſe, qui nomine tantùm heres eſſet, quique bonorum venditionem proprio nomine pati non cogeretur: In condicionibus autem certum eſt, voluntatem teſtatoris potiſſimùm inſpiciendam eſſe *leg. in condicionibus* 19. *in pr. & §. ſi patronus. de condic. & demonſtr.* Nullo igitur opus fuiſſe Imperatorum reſcripto, vt ſubſtitutus neceſſarius admitteretur, nec ſi hereditas ſoluendo eſſet. Reſpondeo in aliis ſubſtitutis non neceſſariis ita eſſe, quia prætor qui heredem ſe abſtinentem nõ habet pro herede poteſt vtiles actiones ſubſtituto dare, quẽ habet heredis loco. At in ſeruo neceſſario ſubſtituto aliud eſſe: quoniam ſerui perſona penitus eſt incognita iure prætorio & magis quàm iure ciuili. Nã iure ciuili, id eſt, ex lege Ælia Sentia poteſt ſeruus heres eſſe neceſſarius, ſiue inſtitutus ſit ſiue ſubſtitutus, dummodo alius heres nullus ſit, neq; eſſe poſſit *l. ſi is qui ſoluendo* 55. *leg.* 57. *& dict. leg. ei qui ſoluendo* 88. *de hered. inſtit.* At iure prætorio ſeruus bonorum poſſeſſor neceſſarius fieri nunquam poteſt, ſiue inſtitutus, ſiue ſubſtitutus proponatur, Neceſſe igitur eſt eum aut heredem eſſe & quidem neceſſarium, aut nihil. Atqui non poteſt heres eſſe neceſſarius cùm ab alio fuit adita hereditas. quia cũ is qui adiit, remaneat ſemper heres iure ciuili, etiam poſtquam beneficio reſtitutionis ſe abſtinuit, impediſſemper ne ſeruus neceſſarius heres eſſe poſſit. Nec enim poſſunt duo iure ciuili in ſolidũ heredes eſſe *l. quod contra* 141. §. *vni duo de reg. iur.* Neceſſarium igitur fuit reſcriptum Imperatorum, vt ſeruus ex ſubſtitutione admitti poſſet, & neceſſariò reſtituendum ad eum caſum quo hereditas ſoluendo non eſſet, ne alioqui iuris ratio nimis apertè violaretur, Sed quomodo potuerunt Imperatores facere, vt alio iam herede exiſtente neceſſarius ſubſtitutus admitteretur, cùm facere non potuerint, vt duo in ſolidum heredes eſſent? Quod vtique implicat contradictionem. Reſpondeo non feciſſe Imperatores, vt ſubſtitutus ſeruus heres eſſet, ſed tantùm vt haberet vtiles actiones, ei nimirum dandas à prætore, quomodo & eas prætor dat pupillo aut minori, qui poſtea quàm repudiauit hereditatem reſtitutus eſt ad eam adeundam, poſtea quàm fuit agnita iam à ſubſtituto, vt ſequitur in hoc §. Atque hic fortaſſe vnus eſt ex iis caſibus, quibus prætor cogitur dare bonorum poſſeſſionem, de qua in *tit.* vt ex *leg. Senat.& conſt.* Non enim alia ratione poteſt ſuccurri huic ſubſtituto, quàm datis ei à prætore vtilibus actionibus *leg.* 2. §. *interdum. de vulg. & pupill. ſubſt.* Cæterùm de tota huius §. quæſtione. An vulgaris ſubſtitutio, quæ per aditionem reſtituto poſtea herede ad abſtinendum reſuſcitetur, quod Bartolus credidit

credidit, An potiùs fiſco bona vacantia deferantur, vt voluit Cuiacius ſcripſi fuiſſimè nec inſubtiliter, vt mihi quidem videtur. *li.3.coniect.ca.*4.

b *Et quidem in extraneo pupillo.* In quo dubitandi ratio idcirco maior erat, quod extraneus pupillus non eſt heres ipſo iure vt ſuus, ſed eſt heres facto ſuo per aditionem, ideóque difficiliùs eſt vt habeat eum prætor pro non herede, quia prætori propoſitum eſt liberos ab oneribus hereditariis non ſpontè ſuſceptis liberare, non autem extraneos ab iis quæ ſpontè ſuſceperunt. *leg. ſi filius* 12. *de vulg. & pup. ſubſtit. leg. paterfamilias* 28. *de reb. autor. iud. poſſ.* Vnde eſt quod ſuis heredibus, nec pupillis tantùm, ſed etiam maioribus dat beneficium abſtentionis citra reſtitutionem: extraneis verò non niſi petita reſtitutione, vt ſupra diximus ex *l. ei qui* 12. iunct. *l. præced. l. neceſſariis* 57. *de acq. hered.*

c *Poſtea quam abſtentus eſt.* Verba ſunt imperiti interpretis. Nam nec Papinianus locutus fuerat de ſuo pupillo aut minore, ſed de extraneo, qui proinde nõ ſe abſtinere dicitur, ſed repudiare: quod probant verba illa, *repudiante quidem hereditatem minore.* Niſi cùm extraneus reſtituitur ad omittendam hereditatem quam adierat, quo caſu nihilominus heres manet, quia ſemel fuit. Similiter heres manet ſuus pupillus, qui ſtatim & ipſo iure heres fuit. *leg. cùm quaſi* 30. §. *ſed & ſi ſuus. de fideic. libert.* etiamſi ante immixtionem ſe abſtinuerit, nec vnquam heres eſſe voluerit. Quantò magis ſi poſt abſtentionem velit heres eſſe, vt in hoc §. Itaque non poſſunt verba illa Vlpiani quæ ſequuntur, *Cùm enim pupillus heres non fiat*, vera eſſe in ſuo herede pupillo, non magis quàm in pupillo extraneo præcedentia iſta, *poſtea quam abſtentus eſt.* Niſi cum Cuiacio reſpondeas dixiſſe Vlpian. *abſtinere*, pro *repudiare*, quod non eſt probabile. Similis, ſiue eiuſdem, ſiue alterius interpretis audacia fuit, qui in *d. l. paterfam.* 28. *de reb. autor. iudic. poſſ.* adiecit verba illa, *poſtea quam filius ſe immiſcuit paternæ hereditati*, vt docuimus 2. *Coniect.* 2.

d *Heres manebit qui ſemel extitit.* Ratio dubitandi. Euenit pleriſq; caſibus, vt qui ſemel heres fuit, deſinat res eſſe. Vt putà ſi teſtamentũ ex quo heres adierat hereditatem, poſteà inofficioſum pronunciatum ſit. *l. in ſubſtitutione* 31. *de vulg. & pup. ſubſt.* aut ſi heres qui adiit hereditatem, poſtea fiat ſeruus. *l. ex facto* 43. §. *vlt. eod.* Aut ſi pater qui ſuum heredem reliquerat damnatus ſit perduellionis poſt mortem ſuam. §. *per contrarium* 5. *inſtit. de hered. quæ ab inteſt. def.* Ergo & hoc caſu nihil vetat eum qui ſemel heres fuit deſinere eſſe heredem.

Ratio decidendi. Tres caſus ſuperiores habent rationem ſpecialem, quæ non ex poteſtate, ſed ex impotentia potius iuris proficiſcitur. Nec enim ius ipſum facere poteſt, vt ex teſtamento, quod per querelam inofficioſi ruptum fuit heres quiſquam eſſe poſſit, aut vt heres maneat qui liber non manet: Aut denique, vt filius maneat ſuus heres patris, qui poſt mortem ſuam damnatus perduellionis non alium ſucceſſorem habere vnquam potuit, quàm fiſcum. Sed extra hos caſus, nunquam is qui ſemel heres fuit, poteſt deſinere eſſe heres, nec ſi ad eum caſum res perueniat à quo non potuit incipere. *l. ei qui ſoluendo* 88. *de hered. inſtit.* In caſu autem noſtro nihil prohibet heredem manere eum qui ſemel adiit, quamuis poſteà abſtentus ſit per in integrum reſtitutionem. cùm prætor ſicut heredis nomen dare non potuit. §. *quos autem. inſtit. de bon. poſſ.* ita neque adimere, vt iam dixi. Ex quo non malè notat Accurſ. Non ſemper reſtitutionem in integrum reponere omnia in priſtinum ſtatum. Quia cùm ſit ex iuriſdictione prætoris non aliud facere poteſt quàm quòd prætor. In effectu tamen verum eſt hoc quoque caſu omnia reponi in priſtinum ſtatum, quia is cui prætor dat vtiles actiones effectu ipſo ſi non heres ſaltem heredis loco eſt: cùm præferatur habenti directas. Directæ enim poſſunt eſſe inutiles & inefficaces: Alioqui vtiles dici non poſſent. *l. in cauſa* 27. *in fin. ff. de procur. l.i. §. vlt. ſi ag. vectig. l. ita tamen* 27. §. *qui ex Trebell. ad SC. Trebel.* Sic & iam olim quoties quæſtio erat inter duos dominos bonitarium vnum, Quiritiarium alterum bonitarius Quiritiario præferebatur, vt Vlp. ſcribit in titulis. *tit.* 19. *de acquiſit rer. l. duce. ancillam* 9. *C. de re vind.*

11 ¶ Item ſi non prouocauit, intra diem, ſubuenitur, *vt prouocet* finge enim hoc deſiderare [a].

Ad §.11. Item ſi non prouocauit.

Ratio dubitandi. Tempora ipſo iure non currunt pupillis, at neque minoribus ſaltem hodie poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *lege vltim. Cod. in quib. cauſ. in integ. reſt. non eſt neceſſ.* Iis nimirum caſibus quibus reſtitui pupillus vel adultus poſſet aduerſus lapſum temporis. Ergo nulla reſtitutione indiget, vt prouocare poſſit minor condemnatus.

Ratio decidendi. Et olim neceſſaria fuit minori reſtitutio, vt ex hoc loco conſtat, & ex *l. vlt. ff. de reſt. in integ. leg.* 1. *C. ſi ſæp. in integ. reſt. poſtul.* & etiam hodie neceſſariò eſt iure ſpeciali propter autoritatem iudiciorum, vt ait Accurſius ex *l. properandum* 13. §. *vlt. C. de iudi. & §. pupillis. Nouel.* 1. *de hered. & falcid.* Itémque rei iudicatæ. *leg. ſi fideiuſſor conuentus* 29. §. *in omnibus. mandat. leg. ſi fundus* 16. §. *ſi pluris. de pigno. leg. ſeruo inuito* 65. §. *cùm prætor. ad Treb.* Cætera dicemus ſi Deus volet in Rationalibus ad Codicem. in *dict. leg. vlt. in quib. cauſ. reſt. in integr. neceſſ. non eſt.* aduerſus ea quæ Cuiacius hoc loco ſcribit.

a *Finge enim hoc deſiderare.* Si enim mallet reſtitui aduerſus rem ipſam iudicatam audiendus eſſet, ob priuilegium ætatis. In quo differunt minores à maioribus, quitum quoque cum iuſtam cauſam habent petendæ reſtitutionis, vt putà ſi reipubl. abfuerint, non tamen reſtituuntur ad hoc vt reſcindatur iudicatum, ſed tantùm vt poſſint appellare. *d. l. vlt. ff. de reſt. in integ.* Sed nemo dixerit prohibendum minorem, vti iure maioris ob id ſolùm, quòd tanquam minor poſſit aliam & fauorabiliorem reſtitutionem implorare.

12 ¶ Item & *in eremo dycijs* [b] ei ſubuenitur. Conſtat autem omnis ætatis hominibus reſtaurationem eremodicij præſtari, ſi ſe doceant ex iuſta cauſa [d] abfuiſſe.

Ad §.12.Item &.

Ratio dubitandi. Contra pupillum indefensum vel minorem annis 25. qui curatorem non habeat propositum edictum peremptorium nihil momenti habet.*l.contra pupillum* 54.*de re iud.* & consequenter nullus hoc casu potest locus esse restitutioni, cum minor sit ipso iure munitus. *l. in causa* 16.*ff.hoc tit.* Quòd si pupillus minórve habeat tutorem vel curatorem, qui modò sit soluendo certum est non dandam restitutionem.*l.properandum* 13.*§.vlt.C.de iudic.*Ergo nullo casu minori in eremodiciis subuenitur.

Ratio decidendi. Ante Iustiniani constitutionem quæ extat in *d.§.vlt.* restituebatur minor aduersus eremodicium,etiamsi tutorem haberet vel curatorem vt hic locus probat,*& tot.tit.C.si tut.vel cur.inter.* Hodie aliud est postquam ita placuit Iustiniano propter autoritatem iudiciorum, vt proximè diximus. Et tamen etiam Iustiniani constitutio dat minoribus ex hac quoque causa restitutionem,si tutor vel curator non sit soluendo.

b *In eremodiciis.* Eremodicium non vadimonij vt Haloander credidit, sed litis desertio est,& ideò cum vadimonium à reo dumtaxat deseratur non ab actore:est enim vadimonium satisdatio iudicio sistendi causa,quam non actor sed reus præstat.)eremodicium tamen contrahitur æquè ab actore, atq; à reo & contrà.vt bene Cuiac.contra Goueanum& alios disputat ex *d. l. properandum. sin autem §. cum autem eremodicium.* iuncta *lege cùm quærebatur* 13. *iud.solut.* Desertione litis moritur lis, non etiam sertione vadimonij. *l.2.iud.solu. & d.leg.properandum.*& ideò aduersus eremodicium restitutio præstatur, aduersus vadimonij desertionem, non item cùm possit reo satis cautum esse opposita exceptione: si qua æquitas quæ pro eo faciat contra actorem. Præstatur autem restitutio aduersus eremodicium,non tantùm minoribus, sed etiam maioribus quibuscunque, si modò se ex iusta causa abfuisse doceant,vt hęc lex ait.Galli eremodicium vocant peremptionem instantiæ. Aliud tamen lis est, aliud instantia. Potest enim instantia perire salua lite non contra.

c *Omnis ætatis hominibus.* Eremodicium cùm nihil aliud sit quã litis desertio, vt proximè interpretati sumus contumacia est: quamuis nõ è contrario quælibet cõtumacia eremodicium sit. Vnde & Cuiacius putat de eremodicio accipiẽdum esse, quod scriptum est in *leg. contumacia* 53.*de re iud.*iunct.*leg. contra* 54. *in fin eo.* Atqui priuilegium minoris est, vt etiamsi quasi contumax condemnatus sit, in integrum tamen restitutionis auxilium habeat, vt sequitur in *l.prox.*Ergo non omnis ætatis hominibus idem beneficium tribuendum est.Ratio decidendi. Differũt hac parte minores à maioribus in eo quod minores passim & omnimodo restituuntur tanquã læsi hoc ipso quòd eremodicium contraxerunt,etiãsi nullam iustam habuerint causam absentiæ:Maiores verò non aliter quàm si doceant se ex iusta causa abfuisse.

d *Ex iusta causa.*Ratio dubitandi.Pœnam cõtumacis non patitur is quem aduersa valetudo maioris causæ occupatio defendit *l.contumacia* 53.*§.pœnã de re iud.*Atqui eremodicium contumacia est, vt proximè diximus.Ergo nulla restitutione indiget is qui iustam absentię causã habuit,siue maior sit,siue minor.Ratio decidendi. Si cõstet de causa absẽtię priusquam ex eremodicio iudicetur,nulla restitutione opus est, quia nec contumacia vlla esse intelligitur. *d.§.pœnam.* Sed si absente actore aut reo sententia lata sit,cùm nemo absentiæ causas pro eo allegaret. vt in *l. pen. §.1. de publ.iud.*restitutio necessaria est, sed ad appellandum non ad eremodicium restauerandum *l. vlt.* ſ. *de restit. in int.* Quod si nondum quidem res iudicata sit, eremodicium tamen iam contractum fuerit,neq; appellari potest, neq; proinde restitutio peti ad appellandum. *l. ex consensu* 23.*§.vlt.de appell.* sed eremodicij restauratio præstanda est, vt hîc Vlpian. ait, quod sit citra restitutionem. Pronunciatur enim probatis causis iustis absentiæ eremodicium nullum contractum esse.

8. HERMOGENIANVS libro I. Iuris Epitomarum.

MInor, etiamsi quasi contumax condemnatus sit, in integrum restitutionis auxilium implorabit.

Ad l.Minor etiamsi 8.

Ratio dubitandi.Contumacia nulla est sine dolo. Non enim potest dolo carere qui imperio magistratus non paruit *l.nõ potest* 199.*de reg.iur.* Atqui minor aduersus dolum suum nunquam restituitur *l.prox.§. nunc videndum.*ff. Ergo nõ est danda restitutioni minori qui quasi coutumax condemnatus fuit. Ratio decidendi.Minor non potest esse contumax *l.contra pupillum* 54.*de re iud.* l. 4. *C.si aduers.rem iud.* ideóque bene Hermogenianus in hac lege *quasi contumax.* Et tamen si sit condemnatus rei iudicatæ autoritas facit vt sit ei necessaria restitutio,quia postquam iudicatum est non quæritur qua ratione, sed quid iudicatum sit. Verum autem est minorem esse condẽnatum. Necesse igitur est vt iudicatum rescindatur vel per restitutionem in integrum, vel per appellationem si id minor malit *leg. vlt.*ſ.*de in integr.rest.leg. prox. §.pen.sup.hoc tit.leg.*1.*Codic.si sap.in integr.rest.post.* Quorum neutrum permittitur ei qui verè contumax est.Contumacia enim omnimodo litis damno coercetur *leg.contumacia* 53.*de re iud.*Nec is qui contumax est vnquam auditur appellans *l.* 1. *l.*4.*C.quor. appel. non recip. leg. properandum* 13. *§. & si quidem. Codic.de iud.leg.& post edictum* 73. *§.vlt.*ff.*de iudic.* Hodie tamen hoc iure vtimur, vt contumacia quælibet expensarum refusione sola purgetur. Quæ refusio si agatur contra pupillum, vel adultum non ab ipso pupillo vel adulto facienda est, sed à tutore ipsius aut curatore,quem pupillo vel adulto datum fuisse ponendum est,vt de minoris contumacia tractari possit *d.leg.contra* 54. *de re iud.* Quémque proprię negligentiæ pœnas luere æquum est *leg. non est ignotum* 6. *Codic. de adim. tut. dict. leg. properandum* 13. *§.vlt.Codic.de iud.* potiùs quàm minorem qui sui defensor idoneus non est *leg.si minor.* 5. *de reb. aut. iud poss.*

9. VLPIANVS. lib.II.ad Edictum.

SI ex causa iudicati a pignora minoris capta sint, & distracta: mox restitutus sit aduersus sententiam præsidis,vel procuratoris Cæsaris: videndum, an ea reuocari debeant quæ distracta sunt[b].nam illud certum est pecuniam ex causa iudicati solutam ei restituendam[c] sed

sed interest ipsius, corpora potiùs habere, & puto interdum permittendum,id est, si grande damnum sit minoris.[d]

Ad l Si ex causa 9.

Ratio dubitandi.Minor non est restituendus,nisi quatenus læsus fuit, & consequenter contra eum à quo læsus fuit,non aduersus eum cum quo nihil gessum est *l. ait prætor* 7. *in pr.*ſ.*h.tit.* Atqui is qui emit pignora distracta ex causa iudicati nihil gessit cum minore. Nec potest ei imputari cur emerit rem minoris,etiamsi talis res esset, cuius distractio ex oratione Seueri prohiberetur, quoniam ea oratio non pertinet ad prædia, quæ autoritate prætoris vel iudicis in iudicati executione distrahũtur *l* 3.*§.pignori. de reb.eor.qui sub tut.* l. 1. *C.depræd.min.* Alioqui nulla erit autoritas rei iudicatæ si non mandetur executioni:nec rursus executio vlla fieri si metu restitutionis nemo reperiatur qui velit accedere ad pignorum emptionẽ *d.l* 7.*§.quæsitum* ſ.*h tit.* Sa isque minori esse debet,quod impetrata restitutione aduersus sententiam, & ita rescisso iudicio paratam habeat actionẽ in eum qui vicerat,pignorũque capionem & distractionem vrserat, vt prætet quidquid interest minoris, præsertim si ponas eum esse soluendo. (nam si soluendo non esset facilius succurreretur minori, ne in damno moraretur) Nec simile est quod scribitur in *leg.si cùm nulla* 58.*de re iud.* Si cùm nulla sententia præcessisset, capta sint & distracta posse illa reuocari.Ponimus enim sententiam præcessisse,& quidem nonnullam, sed validam & contra minorem latam autore,tutore, vel curatore.Alioqui nec esset vlla restitutio necessaria *leg.* 4. *Codic.si aduers.rem iud.* Ratio decidendi. Non facilè quidem restituitur minor aduersus vẽditionem pignoris factam ex autoritate iudicis:sed tamen ex causa restituendus est. Causa verò iusta subesse intelligitur non solùm si aliqua tutoris vel curatoris collusio interuenisse probetur *d. §.quæsitũ in fi.*sed etiã si eius interfit habere potius corpora & grãde dãnũ ex eiusmodi vẽditione minor accedat *l.pẽ.h t.l.*1.*C.si adu.vẽn.pig.* Ergo si nihil aliud alleget minor,nisi quod sua interfit corpora quæ distracta fuit habere potius quã redactũ ex iis pretiũ non erit audiendus: licèt aduersus priuatas venditiones,etiã ex hac causa restituatur *l. si in emptionẽ* 35. *h.t.*ne alio qui metu restitutionis executio iudicati impediatur,vt diximus.Et hoc iure quotidie vtimur, vt tum quoque cùm in executione prouisionalis, vt vocãt adiudicationis pignora distrahuntur,emptor nunquã inquietetur nec si prouisionalis adiudicatio per diffinitiuã sententiã reuocetur, adeóq. nec si dolus interueniat aduersarij quo postulãte facta venditio fuit si non emptor quoq. dolũ illũ participauerit *l. vlt.& pass.C.si vend.pig.ag.*Quando igitur grande dãnũ minoris esse probabitur? An eo demũ casu quo res magni momẽti & valoris minimo pretio distracta sit?Nequaquã, Is enim qui posteaquã vrsit distractionẽ pignorũ succubuit in causa restitutionis tenetur reddere minori, non modò preciũ ab emptore solutũ,sed ẽt quãtòpluris res fuit,cũ restitutio quęlibet plenissimã debeat indemnitatẽ adferre.In eo aũt quod interest saltẽ iustũ pretiũ semper cõtinetur.*l.*1.*de act.empt.l.in interdicto vnd.vi.*Ita ergo restituendus erit minor cõtra emptorẽ,si aduersarius nõsit soluẽdo,ita vt alioqui nõ modò dãnũ aliquod passurus sit minor,quod nõ sustineret, sed etiã grãde dãnũ. Quo casu tamẽ restituetur,nõ vt quod iusto pretio deest suppleatur,sed vt res ipsa reddatur. Duo igitur probare minor debebit & sua interesse, vt corpora potius quàm precium habeat, quod nõ semper contingit & grãde damnum se incursurum si non restituatur, Atq. huic interpretationi conuenit vtraque lectio & vulgaris, & Florentina.

a *Ex causa iudicati.* Ergo loquitur hæc de pignore iudiciali, de quo in *tit. C.si in caus. iud.pig.capt.sit.* Quid ergo in pignore conuentionali? Si a minore ipso cõstituturũ sit minùs dubitationis reshabet,quin restitui possit aduersus vẽditionẽ pignoris. i. aduersus emptorẽ,quia rei iudicatę autoritas hîc nulla est quæ sola pignoris iudicialis venditionẽ difficiliorẽ facit.& de hoc pignore accipienda est *l.* 1.*C.si aduers. vẽd pig.l.si cred.tor* 7.*§.*1.*de distract.pig l.*2.*C.de præd.min.* In quo tamẽ dubitandi ratio illa occurrit, quod cũ pignº cõuentionale distrahitur à creditore iure creditoris emptor nõ tã à creditore causã habet quàm ab ipso debitore, ideóq. nec ab alio debitoris creditore,nec ab ipso debitore offerri ei põt *l.*2.*C.sian. tiq. cred. pig. vend.* & quamuis creditor nõ sit dominus trãsfert dominũ in emtorẽ, quia venuit ex domini voluntate §. 1. *inst.quib.al.licet.*Nulla igitur ratio est cur aduersus emtorẽ minor restituatur, nisi ponas in hoc ipso circumscriptum fuisse minorem quòd pignus dederit, quod nos hîc non ponimus. Alioqui non aduersus venditionem, sed aduersus dationem pignoris esset restituendus.Sed respõdẽdũ est rationẽ hanc facere vt non facilè sit restituendus,hoc ẽt casu, sed ita demũ si eius interfit maximè ob dãnũ grande, quod alioqui passurus esset, non aũt vt nullo casu restitui debeat *d. l.* 1. vbi illud obseruãdum est, non illud ẽt requiri quod in hac lege requiritur ad restituendũ minorum aduersus vẽditionẽ pignoris iudicialis, vt eius interfit habere corpora:quia difficilior est & esse debet restitutio,de qua in hac lege propter autoritatem,vt diximº rei iudicatæ.Quod si pignus cõuentionale non à minore constitutum sit, sed à maiore cui minor successerit, siue pater ille fuit,siue extraneus nullomodo danda ei est restitutio *leg.* 2. *Codic.h.tit.l.Æmilius* 38. *infr.hoc tit.* quia nihil hoc casu gestũ est cũ minore. Dices, cur nõ ergo idẽ dicimº vẽdito pignore iudiciali,vt nullo casu restitutio minori cõcedatur?Nã nec eo casu quid quã minor gessit: aut cur nõ distinguimus, vt in pignore cõuẽtionali an debitum cõtractũ fuerit à minore an à maiore? Respondeo, cùm pignus iudiciale capitur & distrahitur,licèt fiat vtrumque ex autoritate iudicis, perinde tamen habendum esse,ac si à minore ipso factũ esset, quia in vicem iustæ obligationis succedit autoritas iubẽtis,vt ait *leg.* 1.*Codic.si in caus.iud.pig.capt.*º & vt dici solet factum iudicis est factũ partis *l. si ob caus.ff.* 13.*C.de eui.*Ob id q.põt ẽt creditor ipse pignº emere *d.l.*1.*&* 2.*C.si in caus.iud pig capt.sit l.cũ bonai* 6.*de reb.aut iud poss.*aliàs lex 1.*de priu.cred.*quod vtiq. facere nõ posset,si idẽ vẽditor esse intelligeretur *leg & qui sub imagine* 10.*C.de distract.pign.*Nec.n. idẽ vẽditor & emptor eiusdẽ rei esse põt *l.* 1.*de rer.perm.*Indeigitur fit vt tũ quoq.cũ debitũ pro quo pignº iudiciale capitur,cõtractũ fuit à maiore,pignus tamẽ ab ipso minore cõstitutũ intelligatur,quia nõ incipit à die debiti cõtracti,sedàquo die res pignòri capta est *l.à D.Pio* 15.*de re iud.* & cõsequẽter vt nõ possit absolutè dici nihil gestũ esse cũ minore ad restitutionẽ ei omnimodo denegãdã.Vnus tamẽ casº est quo minor

venire potest etiam aduersus venditionem pignoris conuentionalis à defuncto maiore constituti. Nimirum si in eius venditione dolus creditoris interuenerit, cúmque emptor participauerit, nec creditor sit soluendo. Nam & maior ipse posset venire *leg. 1.3. & vlt. C. si vendito pignore agatur.* Idémque multo magis obtinet si pignus, aut à minore ipso constitutum, aut in causa iudicati captum proponatur. Sed hoc casu non per restitutionem venerit maior, sed iure communi. Minor tamen restituetur *l.2.in fin. C. de præd. min.*

b *An ea revocari debeant quæ distracta sunt.* Ratio dubitandi. pro minore. Executio iudicati accessoria ad iudicatum: idóque incipi nunquam potest ab executione *leg.1. Codic. de execut. rei iud.* Ergo minor restitutus aduersus sententiam hoc ipso restitutus videri debet aduersus sententiæ executionem, quia cùm principalis causa non subsistit, ne quidem accessoria possunt subsistere *leg. cum principalis 178. de reg. iur. leg. si cum nulla 57. de re iud.* Quid enim refert an nulla sententia præcesserit, an ea quæ per restitutionem in integrũ rescissa sit? Semper enim verũ est rem peruenisse ad eũ casum à quo incipere non potuit arg *l. quia in eum 16. ad l. Aquil cũ simil.* Ratio decidendi. Res inter alios iudicata aliis nocere nõ debet *tot. tit. C. int. al. act. vel iud. al. non nocer.* Ergo sententiam pro minore latã in causa restitutionis aduersus creditorem inaudito emptore pignoris nocere emptori nõ oportet, ne alioqui decipiatur emptor, qui bona fide accessit ad emptionem secutus fidem iudicati & hastæ publicæ, atque ita fiat, vt sententia contra minorem quantumcunq; iustè lata nũquam possit mandari executioni per vinditionem pignorũ nemine volẽte ad emptionem accedere propter metum restitutionis. Vnde enim potest diuinare emptor quod minor petiturus sit & impetraturus restitutionem? arg *leg. quod si minor 24. §. non semper hoc. tit* iunct. *leg. 4. §. illa etiam quæstio de dol. except.* Itaq; non est quod quis dicat hoc casu resoluto iure datoris resolui ius acceptoris *leg. lex vectigali 31. de pign.* Non enim emptor ius suum metitur ex persona creditoris qui primum obtinuit, deinde in causa restitutionis succubuit, sed ex autoritate iudicis & rei iudicatæ: & dominiũ non à creditore ipso, sed à minore habere intelligitur quod proinde auferri ei æquum non est ob id solùm, quod creditor qui prior vicerat postea victus sit. Factum enim iudicis in distractione pignoris iudicialis repræsentat factum debitoris condemnati non victoris, vt ſ. diximus ex *leg. si ob causam 13. Codic. de euict. & l.1. & 2. C. si in caus. iud. pign capt. fit.*

c *Pecuniam ex causa iudicati solutam ei restituendã esse.* Ratio dubitandi. Debitor etiam ab solutus nõ potest repetere quod soluit, quia remanet naturaliter obligatus, non valẽte potestate iudicati extinguere obligationem naturalem *leg. Iulianus 59. de condict. indeb.* Ergo multò minùs restituenda est minori pecunia ab eo vel eius nomine soluta causa iudicati.

Ratio decidẽdi. Naturalis obligatio nulla est nisi invero debitore, de quo in *d.l. Iulianus.* At nos ponimus minorẽ, aut nihil, aut minus debuisse, ideóq; sententiam, quæ cõtra eum lata fuerat rescissam fuisse. Dices, quomodo fieri potest vt pignoris in executione sententię capti distractio valeat, si debitum nullũ fuisse ex postfacto apparet? Respondeo perinde omnia haberi, ac si minor ipse mãdasset emptori vt indebitum solueret, eíq; post rem in solutum dedisset: Aut ac si rem ipse vendidisset ea lege, vt pretium falso creditori solueretur: quibus casibus haberet condictionem indebiti, nõ contra emptorem qui soluisset, sed contra falsum creditorem, cui solutio facta esset *leg. indebitum 47. de cond. indeb.* Neque verò emptor pignoris retinet rem venditam quasi obligatam & pignoris iure, sed quasi sibi acquisitam titulo emptionis à minore, qui eam vt creditori quãtumuis falso satisfaceret vẽdidisse intelligitur, & quidem eo tempore quo creditor verus dici poterat propter autoritatem rei iudicatæ, quæ pro veritate habetur *leg. ingenuum 25. de stat. hom. l. res iudicata 208. de reg. iur.*

d *Id est si grande damnum sit minoris.* Ratio dubitãdi. Minor quoquomodo læsus restituitur etiam pro modico damno, adeóque interdum ob solam rationem adfectionis *l. minor 6. leg. 7. §. non solũ l. si in emptionem 35. hoc. tit ex.* Ergo non est necesse quod hæc lex requirit, vt probetur grande damnum minoris. Ratio dec. Speciale est hoc casu vt non tã facilè detur restitutio propter autoritatẽ rei iudicatæ, vt supra diximus. At neque sufficeret grande damnum minoris esse, si minor non aduersus sententiam esset restitutus, sed restitui tãtùm vellet aduersus licitationem rerum minoris licitè ac bona fide venditarum. Tunc enim non aliter restitui minorem oporteret, quàm si sordes aut euidẽs gratia tutorum aut curatorum doceretur *dict leg. 7. §. quæsitum. in fin* vbi dixi ſ. *hoc tit.* quia odiosior est restitutio quæ datur aduersus licitationẽ publicam, cuius causa semper durat, quàm quæ petitur contra distractionem pignorum venditorum in executione sententiæ postea rescissæ per restitutionem, & ideo tanto difficilius concedenda est.

1 ¶ In dotis quoque modo mulieris subuenitur, si vltra vires patrimonij, vel totum patrimonium circumscripta in dotem dedit.

Ad §. In dotis.

Ratio dubitandi. Non est decipiendus maritus qui non fuerat minore dote vxorem accepturus. Decipietur autem si cogatur minore dote contentus esse post impetratam ab emptore restitutionẽ *l. si donaturus 9. §. 1. de cond. caus. dat l. Titia 64. in fi. de iur. dot. l. purè 5. §. pen. de dol. mal. except* Præsertim cùm ex parte mariti res non capiat restitutionem, quia matrimonium dissolui nõ potest, moribus saltem nostris & inter Christianos. Ratio decidendi. Mulier quę dat dotem diminuit patrimonium suũ: quia dotis dominium transfertur in maritum *§.1. instit. quib. al. non lic. l. doce 9. C. de rei vind.* Datur enim dos eo animo & voto, vt si perpetuo penes maritũ *l.1. de iur. dot.* Atqui minor restituitur, quoties patrimonium suum diminuit *leg. minoribus 6. ſ. h. tit.* Ergo etiam aduersus dotis constitutionem restitui mulier minor potest, non quidem ob id quod dotem dederit (interest enim mulieris habere dotem sine qua nec maritum fortasse haberet nec liberos) sed ob id quòd circumuenta sit in modo dotis, siue supra vires patrimonij, siue totum patrimonium in dotem datum sit *leg. vnic. Codic. si aduersus dot.* aut quia circa dotem tale pactum mulier fecerit

fecerit quod maiores & prudentiores fœminæ facere non solent. *l. minor §. in id. 48. §. vlt. ff. hoc titul.* Debétque sibi imputare maritus quod contrahens matrimonium cum minore ipsam deceperit nec prouiderit fore vt ex ea causa quandocunque posset restitui. Non enim maritum decipit vxor quæ vtitur iure communi cùm petit restitutionem. Nam & inter maiores contracto matrimonio si alteruter coniugum circumuentus sit in dote danda succurrendum ei est, non quidem per restitutionẽ in integrum, sed æquitate ipsius iudicij de dote, quod concipitur in bonum & æquum per nomina illa comparatiua *quanto æquius melius. l. eas obligationes. 18. ff. titul. prox. l. in his rebus. 66. §. vlt. solut. matr.* Bono autem & æquo non conuenit aliquem lucrari aliquem per damnum alterius aut damnum sentire per alterius lucrum. *l. iure succursum. 6. §. vlt. l. si res. 12. §. 1. l. quoties. 16. in fin. de iur. dot.* Dices, non esse dandum mulieri auxilium restitutionis cùm promisit dotem supra vires patrimonij: si quidem ea promissio ipso iure nullius est momenti. *l. sine generalis. 61. de iur. dot.* iunct. *l. in causa. 16. ff. hoc tit.* Respondeo multum interesse an mulier ipsa dotem dederit an curator eius. Si mulier dederit quamuis supra vires patrimonij, valet tamen datio ipso iure, ideóque necessaria est restitutio ad eam rescindendam. *d. l. nic. C. si aduers. dot.* Si verò curator ipse dederit nullius momenti est nec eget mulier restitutione: quia curator in iis omnibus quæ extrà officium gerit nunquam minorem suum obligat. *l. at si extrinsecus. 4. quod falsi. tutor.* Egreditur autem officium suum curator qui supra facultates puellæ dotem eius nomine constituit. *l. cum post mortem. 43. §. 1. vers. curator de administr. tutor.* siue dolo malo id faciat siue bona fide & per ignorantiam facti quę non nisi ex negligentia proficisci potest. Quanquam videtur Cuiacius aliter existimasse.

2 ¶ Nunc videndum, minoribus vtrùm in contractibus captis duntaxat subueniatur, an etiam delinquentibus: vt puta dolo aliquid minor fecit in re depositа, vel cõmodata, vel aliàs in contractu: an ei subueniatur, si nihil ad eum peruenit[a]. Et placet in delictis minoribus non subueniri. nec hic itaque subuenietur[b]. ¶ Nam & si furtum fecit[c]: vel damnum iniuria dedit: nùm ei subuenietur. ¶ Sed si, cùm ex damno dato confiteri possit, ne dupli teneatur, maluit negare, in hoc solùm restituendus sit, vt pro confesso habeatur. ¶ Ergo & si potuit pro fure damnum decidere magis, quàm actionem dupli, vel quadrupli pati: ei subuenietur.

§. 2. Nunc videndum.

Rat. dub. Quoties aliquid gestum est à minore in quo ille læsus sit etiam sua facilitate & à seipso, præstor tamen eum restituit. *l. 3. §. 1. et si heres. l. 7. in prin. & §. non solum. ff. hoc tit.* Atqui is qui delinquit gerit aliquid & læditur hoc ipso quod alium lædit cũ faciat se reum & obnoxium pœnæ siue corporalis siue pecuniariæ quæ pro delictorum emendatione iure publico constituta est. *l. si pœnæ. 20. de pœn.* Ergo restituendus est qui se obligauit & ex dolo vel etiam ex delicto non minus quàm si ex contractu perperam se obligasset. Et verò etiam delicta peraque & fèrè omnia committuntur ex animi leuitate vel ex insania. Si ex leuitate ignoscendum est ætati: si ex insania non modo ignoscendum, sed etiam miserendum. *l. vn. C. si quis imper. maled.* Ergo vtroque casu dignus est minor cui etiam in delictis subueniatur. Nam & quod facit per insaniam & furorem quamdiu minor est vicio ætatis potius id facere intelligitur vt causa naturalis prævaleat accidentali. *l. 3. in princ. & §. 1. de tutel.* R. decid. In criminibus minores ætates suffragio non iuuantur, quia malorũ mores infirmitas animi non excusat. *l. 1. & 2. C. si aduers. delict.* Alioqui nec maiores vnquam puniendi essent. Quotus enim quisque est qui nisi infirmo planè animo leuique consilio accedat ad delinquendum. Interestque Reip. delicta puniri, multo magis quàm minoribus subueniri. Illud enim ad Reip. vindictam publicámque securitatem tuendam pertinet, hoc verò non nisi ad minorum patrimonia conseruanda quod longè minus est magisque ad priuatam minorum vtilitatem spectat quæ semper publicæ postponitur. *l. ita vulneratus. 50. ad l. Aquil. l. si à reo. 70. §. vlti. de fideiuss. l. Stichum aut Pamphilum, 95. circa princ. de sõlut.* Excipe tamen casum elegantem. *d. l. 1. in 2. part. C. si aduer. del.* non tamen casum. *l. 2. C. eod.* Ibi enim non restituitur mulier minor, sed illæsa seruatur: quia lex ob hanc ipsam causam de maioribus mulieribus locuta est ne minores tenerentur.

a *Etiamsi nihil ad eum peruenerit.* Hoc ideo quia si quid ad minorem ex dolo delictóve suo peruenisset alia ratio impediret restitutionem, illa nimirum quòd non debeat ille ex dolo suo lucrari. *l. ne ex dolo. 12 ſ. tit. 1.* Turpia enim lucra etiam iis extorquenda sunt qui nullius doli aut culpæ conscij probantur. *l. quod diximus. 16. §. vl. quod met. caus. l. 5. in princ. de calumniat.* Quantò magis dolosis ipsis & nocentibus?

b *Nec hic itaque subuenietur.* Optima consecutio est à delicto ad dolum, quia dolus sine delicto & delinquendi animo non committitur quamuis non iisdem pœnis coerceatur dolus quibus cetera delicta quæ non solùm dolum habẽt de linquentis, sed præterea iniuriam grauiorem inferunt ei aduersus quem admittuntur. Quæ res facit vt grauiore quoque indigeant animaduersione.

c *Nam & si furtum fecit.* Ratio dubitandi. Ex furto aut dãno iniuria dato nascitur actio ad pœnam pecuniariam. *§. in duplum inst. de act.* Atqui in pecuniariis pœnis licèt admixtam delicti causam habeant maioribus subuenitur. *d. l. 1. in fin. C. si aduer. deli.* Ergo etiam in furti actionẽ & damni iniuria dati subueniendum eis erit. Ratio decidendi. Non quoties pœnæ causa damnum pecuniæ irrogatur subueniendum est minoribus, sed ita demum ſi delictum non ex animo veniat, sed ex re vt scriptum est in *d. l. 1.* Atqui neque furtum fit sine animo furandi, neque damnum iniuria datur, quin animus dandi adsit. *l. si quid fur. 22. l. verum. 39. l. si is qui. 75. & seq. de furt.* Ergo ex his causis minori non subuenietur. Nec distinguemus an deliquerit in com-

mittendo an in omittendo, vt bene & subtiliter hic probat Accurs. ex *d.l.2.C.si aduers.delict.* Idem tamen malè notat excipiendum esse casum *l. pe. C. ex qui. caus. infa. irrog.* Nec. n. minor in ea specie cõtra delictũ restituitur, sed à præuenięte legis potestate seruatur illæsus, ne deliquisse videatur vel ob hoc ipsum quod al ioqui restitui nũquam posset, vt iam diximus euenire in specie, *d. l. 2. C. si aduers. delict.* d *Sed & si cùm ex damno dato.* Qui negat crimen à se admissum quod cõfiteri debuit & quod per inficiationem crescit, is dupliciter delinquit. Mętitur enim & illudit prætori & quidem dolo malo. Ergo tanto minus dignus est cui subueniatur. R. dec. Nõ ei subuenitur aduersus delictũ, sed aduersus id qđ ex ipsius leuitate & inconsulto mendacio accessit pœnæ pecuniariæ quã delicti improbitas merebatur. Nec vt absoluatur, sed vt non in plus condemnetur quàm si delictum ab initio confessus fuisset. Sibi enim factam iniuriam facilè remittit prætor, sed nõ eam quæ alteri, Nechabet aduersarius quod conqueratur de huiusmodi restitutione si tantundem consequatur ex delicto minoris quantum si minor à prætore interrogatus delictum nõ negasset. Hactenus igitur restituetur minor vt pro confesso non vt pro innoxio habeatur.

e *Ergo & si potuit pro furto.* R. dub. Non potest de furto trãsigi sine infamia. *l. furti. 6. §. pactũ. ve.* ff *de his qui not. infa.* nisi prætoris iussu transactio fiat. §. *qui iussu. eius. leg.* Ergo non est restituendus minor ob id solùm quod de furto transigendi, cùm transigere posset occasionem amiserit. Nec enim quisquam omnino facere posse creditur quod minus honestè facere potest. *l. filius. 15. de cond. instit.* Cúmque nõ aliter audiendus sit minor petens restitutionem quàm si doceat sua interesse, certum est neque minoris neque alterius cuiusquam interesse si non ex honesta causa intersit. *l. 3. §. si mecum. ad exhib. l. tum is. 11. de furt.* R. dec. Minor qui cùm posset pro furto damnum decidere, id est, de furto transigere maluit dupli vel quadrupli actionem pati, non eo minus infamis factus est cùm fuerit ex causa furti condemnatus. *d. l. fin. ti. l. 1.* & *pass. ll. tit. l. infamem. 7. de publ. iud.* Ergo nihil illi profuit ad euitandam infamiam quod non transegerit. Eidem verò nocuit ad pecuniariam condemnationem, cũ ob hoc ipsum condemnatus sit in maiorem quantitatem. Iusta ergo causa est restitutionis petendæ, cùm læsus sit minor qui in omnem euentum infamis futurus non sibi cauit melius aduersus damnũ pecuniarium. Aliud dicerem si grauiore pœna pecuniaria infamiam redimere voluisset, vt in *l. quid ergo. 13. §. pœna grauior. de his qui not. infam.* quod vtique facere potuisset tran gendo de furto ex autoritate prætoris. *d. §. qui iussu.* Ad quid ergo minor hic restituitur postquam in duplum iam vel in quadruplum condemnatus fuit? An ad hoc fortasse vt possit transigere? Minimè. Nam neque transigi potest post iudicatum. *l. eleganter. 23. §. si post rem iudic. de cond. indeb. l. post rem iudicatam. 11.* ff *de tran sact.* neque aduersarius minoris cogi vt transigat cùm transactio requirat mutuum consensum, nec valere possit si per vim aut metum facta probetur. *l. interpositas. 13. C. de transact.* quæ alia erat elegans dubitandi ratio ad hunc locum. Non enim potest sera esse trãsactio post sententiam quin sera etiam sit petitio restitutionis in integrum aduersus omissam transactionem. Ad hoc igitur restituendus erit, vt quamuis ad duplum vel ad quadruplum condemnatus fuerit, non plus tamen præstare teneatur quàm ex causa transactionis fuerat præstiturus si transigendi occasionem non neglexisset. Probare itaque debebit quantitatem qua contentus aliquando voluit esse aduersarius vt probet se læsum fuisse in eo quod non transegerit. Nec arbitrio prætoris ea summa taxari potest quandoquidem læsionis probatio non à prætore proficisci debet, sed à minore. Quamuis Accurs. noster hic contrà sentiat. Illud bene quod minor transigens aut dans pecuniam pro furto post restitutionem à prætore impetratam non fit infamis. *d. §. iussu.*

2 ¶ Si mulier, cum culpa diuertisset, velit sibi subueniri: vel si maritus: puto restitutionem non habendam. est enim delictum non modicum. nam & si adulteriũ minor commisit[f], ei non subuenitur.

Ad §. 3. Si mulier.

Rat. dubit. Dolus quidem delictum est, vt in superiore *§.* dicebamus, sed non similiter verè quis dixerit culpam delictum esse. Atqui ponimus mulieris non dolo, sed tantùm culpa factum fuisse diuortium: ergo si mulier cum culpa sua diuertisset, velit sibi subueniri, audienda est si minor fuit diuortij tẽpore. Ne. s. pœnã diuortij sentiat, illa dotis, hic donationis propter nuptias quæ diuortij pœna est. *l. consensu. 8. C. de repud.* Nã & aduersus culpã aliam quamlibet si modò delictum nullũ sit, minor restitui solet. *l. 1. C. si aduers. delic.* Rat. dec. Diuortiũ quod sit sine causa delictum est, & quidem non modicum: proinde quod vindicari publicè interest. Nã sicut ad publicam vtilitatem pertinet vt matrimonia contrahantur ad replendam liberis hominibus ciuitatem, ita & multo magis vt contracta retineãtur. Nec quòd Romanis legibus libera sunt diuortia facere debet vt ideo sint impunita. Sunt enim libera hactenus ne cogatur quis inuitus in matrimonio remanere, non etiam vt non cogatur pati pœnas quas diuertenti sine causa alterutri coniugum aut legis autoritas aut coniugum pactio præscripsit. Nam pactionibus vt pluribus libertas diuortiorum constringebatur, non vt fieri omnino non possent, sed vt non sine causa. Atqui in delictis quæ ex animo proficiscuntur, non subuenitur minori, vt prox. §. diximus ex *d. l. 1. C. si aduers. del.* Ergo nequè in hac specie non magis quàm si adulterium mulier commisisset, quo casu proculdubio teneretur. *l. auxilium. 37. instr. hoc titul.* Addit Accursius exceptionem, nisi sit impubes. ex *leg. si minor. 36. ad leg. Iuliam de adulter.* sed parum subtiliter: quoniam impubes siue vir sit siue fœmina, sicuti in matrimonio esse non potest, ita nec adulterium committere.

f *Nam & si adulterium minor commiserit.* Rat. dub. Non est bona comparatio diuortij & adulterij. Diuortium enim, vt proximè diximus, licitum est: adulteriũ verò non itẽ, quod è cõtrario crimen publicũ est. Ergo faciliùs restituẽda est mulier minor aduersus

duersus diuortium quàm aduersus adulterium. Nã dici solet id quod fit lege permittente pœnã nõ nereri. *l. Gracchus. 4. C. ad l. Iul. de adul.* Quidni er o etiã hoc casu fauore ætatis auxiliũ restitutionis nerebitur? Sed & delictũ ipsum quid habet cõmue cũ venia ætatis. *l. Papinianus. 20. ff. h. t.* R. dec. diortiũ licitũ est, sed tamẽ nõ impunitũ si sine causa ista fiat quia tũc delictũ est & quidẽ quod ex animo proficiscitur. Nihil ergo hac parte distat diuortium ab adulterio nisi secundum magis & minus, quia adulterium grauius delictum est. Quod verò obiicitur delictum nihil commune habere cũ venia ætatis tunc verè dicitur, cùm venia ætatis à delinquente quidem petitur, sed non contra delictũ, at contra quidpiam aliud à delicto remotum vt in specie *d. l. Papinianus.*

4 ¶ Papinianus ait, si maior annis viginti, minor viginti quinque se in seruitutẽ venire patiatur: id est, si precium participatus est, non solere restitui. sed hoc meritò: quoniam res nec capit restitutionem[h], cùm statum mutat.

§. 4. Papinianus ait.

R. dub. Edictũ hoc prætoris generale est. *l. necessarius. 57. de adquir. her.* pertinẽs nimirũ & ad omnes minores, & ad omnia quæcunque geruntur per minorem. *l. ait prætor 7. ff. h. t.* Cõputato, sc. tẽpore le momento in momentũ. *l. 3 §. minore. eod.* Ergo i maior annis 20. minor tamẽ 25. patiatur se in ser itutem redigi, quod fit quoties patitur se vendi ad retium participandũ restituendus est ex hoc edicto tanto magis quanto grauius damnum est amisæ libertatis qua nihil preciosius est, præsertim cũ ec in potestate liberi hominis sit vt eripiat sibi libertatem quam nec à seipso habet, sed à natura & à epublica. *l. liberos. 10. l. liberos. 39. C. de liber. caus.* dec. SC. Claudianum, non liberi hominis voluas seruum facit eũ qui se passus est venire ad prelium participandũ si modò maior sit annis viginti. *§. ferus autẽ. instit. de iur. person. l. 3. ff. quib. ad libert. roclam. nõ licet:* Nec abs re quia SC. de eo tantùm ocutum est qui dolo malo id fecerit & bonam em otoris fidẽ circũuenerit, cũ difficilè dignosci liber homo à seruo possit. *l. 5. de cõtr. emt.* Minor autẽ nõ restituitur aduersus proprium dolũ, vt neq; aduersus delictum sicuti diximus in præced. Dices, non esse igitur distinguendum an qui dolo malo passus est vendi se ad pretium participandũ maior sit annis 20. an minor. Nam & qui minor est 20. annis si quid dolo fecerit non restituitur aduersus dolum si modò sit pubes. At neq; si sit impubes si modò sit doli & iniuriæ capax. *l. heredibus. 13. §. 1. ff. tit. 1.* Respondeo adhibitam fuisse hanc distinctionẽ non à prudentibus, sed ab ipsis senatusconsultis de quibus *in d. l. 3. qub. ad libert. proclam. non licet*, quia vt dixi non esset in potestate hominis liberi vt faceret se seruum ciuis Romani si nõ ipsa legis auctoritate id fieret, ad quam, vtpote dominam & reginam personarum & rerum omnium, pertinet vt de cuiusque vita & libertate pro arbitrio possit disponere. Lex autem ita distinguẽdum putauit vt adhiberet temperamentum in re tanti momenti ne vel minori cuilibet impunè liceret ad vsque 25. impunè deripere emtorem qui se seruum emere putaret, vel è cõtrario nimis facilè incauto & parũ pro uido adolescenti libertas eriperetur aduersus quã iacturam nulla restitutionis impetrandæ ratio supereesset. Nam quemadmodum semel data libertas nunquam reuocatur, ita & semel amissa nunquam recuperatur.

g *Sed hoc meritò.* Id est, extra omnem dubitationẽ, quia præter id quod proximè diximus non restitui minorem in delictis: delictum autem esse quoties dolus committitur tũ verò maximè cùm quis dolo malo ad pretium participandum vendi se patitur. Omnia enim ista coniunctim requiruntur, vt quis seruus fiat iure ciuili. Illa etiam ratio impedit hoc casu restitutionem quòd res ipsa non capit restitutionem cùm statum mutet.

h *Quoniam nec res capit restitutionem* R. dub. omnis in integrum restitutio præsupponit aliquam status mutationẽ. Cùm non aliam ob causam comparatæ sint restitutiones quàm vt omnia in pristinum statũ restituantur. *l. quod si minor. 24. §. restitutio. ff. hoc tit. l. vn. C. de reput. quæ fiunt in iud. in integ.* Ergo non est bona consecutio, vt quia res statum mutat non capiat restitutionem. Et verò cum capitis diminutio nihil aliud sit quam status mutatio. *l. 1. de cap. minut.* certum tamen est aduersus capitis diminutionem dari restitutionem in integrum putà aduersus adrogationem si fortè minor paterfamilias honestæ familiæ & locuples dederit se adrogandum prædoni vel egeno. *l. 3. §. si quis minor. ff. hoc tit.*

Rat. dec. Intelligenda hæc ratio est non de mutatione status qualibet, sed de illa tantũ quę sit status publici vt ex Cuiacio diximus in *d. §. si quis minor.* quæ mutatio non cõtingit in persona adrogati, quoniam adrogatio mutat statum priuatum dumtaxat & familiæ non publicum. *l. 2. §. capitis. ff. ad* SC. *Tertyll.* Contingit autem in eo qui patitur maximam aut mediam capitis diminutionem, sed multo apertius in eo qui maximam, id est, in eo qui ex libero fit seruus, quia seruitus morti adsimilatur. *l. seruitutẽ. 209. de reg. iur.* quamuis possit fieri vt deportatus restituatur in ciuitatem aut seruus in libertatẽ. *l. intercidit. 59. de cond. & demonst.* Non enim considerantur ista quæ possunt euenire quidem, sed nõ nisi casu fortuito ad quem præsens rei status non sit ordinatus.

5 ¶ Si in commissum incidisse vectigalis dicatur, erit in integrum restitutio. quòd sic erit accipiendum, si non dolus ipsorum interueniat. cæterùm cessabit restitutio.

§. 5. Si in commissum.

Rat. dub. In commissum vectigalis incidunt illi demum qui vectigal fraudarunt, quod vtique crimen est, sicque appellatur à Papiniano *in l.*

fraudati vectigalis crim̃.8. de pub.& vec. itémq; ab Vlp.in *l.commissa.*14.in illisverb.*qui crim̃ eximere voluit, eo.tit.* Atqui in delictis & criminib. non subuenitur minori, vt dictũ est in præced. Ergo neq. hoc casu subuenietur, nisi proponas pupillum esse qui in cõmissum inciderit, quo casu placuit Impp. remittẽdã ei pœnam cõmissi, si modò intra diem 30. vectigal intulisset. *l.Impp.7. in fi. de pub. & vect.* Postquam constitutionem nemo dixerit necessariam esse pupillo *restit.in integr.* cùm ei pœna ab Impp. remittatur. Nullo igitur casu vel necessaria vel vtilis in integr.restitutio est cũ de commisso agitur. R. dec. Fraudari vectigal dicitur quoties nõ soluitur ab eo à quo debetur, aut quoties nõ fit professio merciũ quæ transuehuntur, præterquàm si miles sit is qui dimittit professionem. *l.3.C.de vect.& com.miss.* aut denique quoties illicitæ merces transuehuntur. *l.cotem.*11.*§.dominus.d.tit.de vect.& com.* j. Hæc verò fraus dupliciter cõtingit, aut re ipsa tantũ, aut etiam consilio & dolo malo. Et æquè punitur & in commissi pœnam incidit qui vectigal fraudauit re ipsa, quãuis fraudandi animũ non habuerit, atque si fraudãdi animũ habuisset, ne alioqui magno incõmodo publica vectigalia afficerentur si fraudãdi animus probãdus esset, quæ probatio nõ nisi perdifficilis esse posset, ac plerũq. impossibilis. Habet aũt hoc sũ mã rationẽ, quia nec fieri põt vt quisquã incidat in commissum sine culpa, cũ publicorũ vectigaliũ, iquæ publicè & debentur & exiguntur, iustã ignorantiã nemo possit prætendere. Ergo si minor, qui modò pupillares annos excesserit, in commissum vectigalis incidisse probetur, necessaria ei est in integrum restitutio aduersus pœnam, ne res, quæ vectigal debuit, committatur. Res.n. ipsa vectigal debet, ob idque & ipsa pœnã patitur nõ persona. Datur tamen minori hæc restitutio cum distinctione, id est, ita si nullus dolus eius interuenerit, sed culpa tantùm. Commissum enim sine culpa vix potest contrahi. Crimen est dolo interueniente, non etiam si culpa tantùm probetur.

6 ¶ Aduersus libertatem quoque minori à prætore subueniri impossibile est.

§.vlt.Aduersus libertatem.

R.dub. Nõ est nouũ vt libertates etiã quæ semel cõpetierũt rescindantur, vt euenit in iis quæ competierũt ex eo testamẽto quod postea inofficiosum pronũciatũ fuit. *l.Papin.*8.*§. fi. & l.seq.de inof. test.* aut quæ datæ sunt in fraudẽ creditorũ ab eo qui nõ erat soluendo. *tot.tit.inst.quib. man. non lic.* Ergo non est impossibile dari restitutionem aduersus libertatem, cũ nihil aliud factura sit restitutio, nisi vt rescindat id quod gestũ est. Rat. dec. Libertas adeo fauorabilis est vt quæ semel cõpetiit, nũquam possit reuocari. Et ob eam nimirum causam necesse est vel ab initio impediri libertatem, ne possit cõpetere, iis videlicet casibus quib. alioquin si cõpeteret, esset reuocãda, vt in casib. *l.Aeliæ Sentiæ*, vel si quãdo competat cõpetere irreuocabiliter. Quæ res facit vt in plerisque libertas sit deterioris cõdicionis quàm cæteræ res, vel ob hoc ipsum quòd & fauorabilior est & melioris cõdicionis esse debet. Itaq; si libertas data sit in fraudẽ creditorũ rescindit quidem eam *l.AElia Sentia*, sed hactenus ne cõpetat, nõ vt cõpetens reuocetur. Planè cũ datæ sunt libertates in eo testamento quod postea inofficiosum pronunciatum fuit, vtrũq; necessariò, sed per cõsequentias euenire oportet, vt & libertates ab initio cõpetant, quia testamentũ ab initio valere adeóque per additionẽ cõfirmatum esse necesse est vt per inofficiosi querelã rescindi possit. *l.Papin.*8.*§.si condicioni.de inof.test. l.si quis filium.* 34. *C. e.* & tamen postea reuocentur rupto per querelam testamẽto, quia is qui heres fuerat, desiit heres esse. *l.in substitutione.*33.*de vul.& pup.subst.* Sed non posset tanta vis esse restitutionis quanta est potestas iuris, quia restitutio neq. factum pro infecto facit, neque iuris potestatem tollit, sed effectũ duntaxat, quem tamẽ tolli in libertate quæ semel cõpetiit prorsus impossibile est. Quòd si libertas nondum competat, sed sit competitura, locus restitutioni esse potest. *l.1.C. si aduers.lib.*

i *Impossibile est.* R. dub. Si libertas per vim aut metũ data sit, locus est restitutioni ex edict. *quod met. caus.l.metũ.*9.*§.idẽ Pomp.quod met.caus.* Ergo nõ est impossibile restitutionẽ dari contra libertatẽ: præsertim cùm possit etiã appellari à sententia lata pro libertate. *l.illud sciendũ.de app.l. vlt.C.si aduers.lib.* Restitutio aũt in integ. id soleat præstare minorib. quod appellatio præstat maiorib. *l.præses.*42.j.*h.ti.* eadémq. vim habere creditur. *l.si causa cognita.*32. *C.de transac.* Quidni ergo poterit rescindi libertas per restitutionẽ sicut & per appellationem? R. dec. Vnaquæque res facilè reditad suã naturam. *l.si vnus.* 27.*§.pactus ne peteret. in fin* s. *de pact.* At qui naturaliter homines omnes nascũtur liberi. *l.* 4. *de iust. & iur.* Ergo vbi quis semel liber factus est, quia ad naturalẽ statũ rediit, non põt fieri seruus nisi interueniente aliquo ex iis modis quibus placuit amitti libertatẽ, aut iure gentiũ aut iure ciuili. Nec cõtrarium est quod scribitur in *d. §.idẽ Pomp.* Sic.n. accipi debet vt restitutio fiat ex edicto qđ *met. caus.* non contra manumissum. sed contra eum qui vim intulit vel metum vt ibi explicauimus. Nec rursũ simile est quod obiicitur de appellatione. Appellatio.n. à sententia quæ lata fuerit pro libertate, rescindit sententiam & iudicatum principaliter. *l.1. §.fi.ad SC. Turpill.l.furti.*6.*§.*1.*de his qui not. infam.* nõ etiam libertatem nisi per cõsequentias. Et ideo fauorabilius est remedium appellationis quàm restitutionis cùm agitur contra libertatẽ, sicut & in cæteris causis in quibus ob hanc rationem permittitur appellatio maioribus, quibus tamen restitutio non daretur, nisi ad hoc fortasse vt possent appellare. *l.vlt.*s.*de restit.in integ.*

10. PAVLVS libro 11. ad Edictum.

Nisi ex magna causa hoc à principe fuerit consecutus.

l.10.Nisi ex magna.

R. dub. Quod impossibile est non magis à principe quàm ab aliis fieri potest. Neque enim princeps omnipotens est, sed solus Deus. Atqui aduersus libertatem dari restitutionem prorsus impossibile est, vt diximus in *§.vlt. l. præced.* Ergo quantumuis magna causa sit propter quã subueniri debeat minori, non potest ei restitutio dari cõtra libertatem, ne quidem à principe. R. dec. Quod per rerum naturam impossibile est, id certè nec à principe fieri potest. Sed in iure nostro impossibile dicitur etiam quòd iure fieri nonp otest, licèt per rerum naturam possit. *l.filius.*15. *de cond. inst.* Quod autem hoc modo impossibile est, à prætore quidẽ fieri non potest: quia nihil contra leges senatusconsulta aut constitutiones facere potest. *l.nec non.* 28.*§.quoad eius. ex quib. caus. maior. l. cùm sponsus.*12.*§.si res. de public. in rem. act.* Sed à principe potest, quia est supra leges, & nihil impossibile est

principi ex hoc rerum alioqui impossibilium genere, præsertim si suprema & absoluta potestate sua non tam vti quàm abuti velit: si qua tamẽ in bono principe à Tyranni suspicione alieno talis potestas absoluta esse potest quæ distingui debeat ab ordinaria. De quo alibi scripsi contra interpretes qui non minus sine lege quàm sine ratione distinctionem hanc duplicis in principe potestatis, ordinarie scilicet & absolutæ induxerunt.

11. VLPIANVS lib.11. ad Edictum.

VErùm vel de dolo, vel vtilis actio[a] erit in id quod minoris interfuit, nõ manumitti[b]: proinde quicquid hic haberet, si non manumississet, id ei nunc præstabitur.

Ad l.11.Verùm de dolo.

R. dub. Minor amittendo seruũ quem manumisit libertum acquisiit quem habere ipsius etiam interest. *l.interest.*5.*de lib. caus.* Nec potest libertum illum amittere non magis quàm reuocare datã libertatem, cùm fieri nequeat vt libertus non sit is qui ab alio manumissus est. Ergo cùm non possint omnia restitui in eum statum in quo erant priùs quàm seruus manumitteretur, nec æquum sit damnum præstari ei qui lucrum non auferatur, consequẽs est vt hoc casu restitutioni locus esse nõ possit. R. dec. Non intelligitur locupletior factus qui adquisiit libertũ, cùm tamẽ è cõtrario fiat pauperior qui amittit seruum: quia locupletiores possunt fieri domini per seruos, non etiam patroni per libertos. *l.precta rerum.*63.*ad l.Falcid.l. de hereditate.*19. *in pr. de capt.& postl.* Ergo acquisitio liberti non debet impedire quominus minori subueniatur per actionem de dolo aut saltem per actionem in factũ, iis nimirum casibus quib. actio de dolo locum habere nõ potest, vel quia finita sit tempore, vel propter reuerentiam debitam personæ quæ conuenitur. *l.non debet* 11.*l.itaque.* 28.s.*titu.* 1. vel denique quod nullus in eo dolus interuenerit. Nõ enim põtest imputari minori cur petens restitutionem ex capite De dolo velit retinere libertum, quẽ hodie non haberet si dolum passus non fuisset, cùm inuito eo hoc fiat & ob id solùm quod libertatem à se datam reuocare non possit. Idem euenit cùm restitutio fit ex edicto quod metus causa propter manumissionem vi extortam. *l. metum.*9. *§.idem Pomponius.*s.*quod met.caus.*

a *Vel vtilis actio.* Accurs. intelligit de act. in factũ quæ est subsidiaria actionis doli, & quæ datur in dolosum quatenus locupletior factus est etiam post annum, de qua in *d.l.itaq.* Ergo generalius de actione vtili quæ æquitate danda sit, nec ex capite edicti

1 ¶ Sed & nomine earũ rerũ, quas dominicus seruus manumissus supprimebat, cõpetũt aduersus eũ actiones ad exhibendũ, & furti, & condictio: videlicet quoniam & manumissus eas contrectabat. Cæterũ ex delicto[c] in seruitutem facto, domino aduersus eũ post libertatem actio non competit. & hoc rescripto Diui Seueri continetur.

Ad §.1. Sed & nomine.

R.du. Assidua cõtrectatione furis nõ magis actio furti nasci põt, ne in id quidẽ in quod postea creuisset res subrepta. *l.ei qui.*9.j.*de furt.* Ergo non ob id magis teneri debet act. furti hic manumissus qđ res dominicas post manumissionẽ contrectauerit. R. dec. Assidua contrectatio nihil addit cùm iam ex prima cõtrectatione actio furti cœpit cõpetere, vt ait *d.l.eo qui.* At in proposito casu prima contrectatio habetur pro non cõtrectatione, vt benè notat Accurs. quia neque furtum domino seruus facere põt, neq; actione furti ei teneri ex contrectatione quã fecit in seruitute, vt sequitur in hoc tex. & scriptum est in *l.1.C. de nox.act.* Nam neque ex alia vlla causa potest seruus post manumissionem conueniri ex iis quæ gessit in seruitute, nisi quantum ad ea quæ g. ssit occasione libertatis futuræ, vt in *l.& eleganter.*7.*in pr.& §.seruus.* vbi dixi s. *tit.*1. *l.1.si quis test.lib.eff.inff.l.*3. *& pass.*C. *an seru. pro suo fact.*

c *Cæterùm ex delicto.* R. dub. Noxa caput sequitur. *l.licet.*4.C. *an seru.ex suo fact.* Ergo etiã ex delicto in seruitute facto danda est domino aduersus manumissum actio. Ratio decid. Ratio illa concludit

Ex delicto quod seruus admiserit in seruitute manumissum teneri extraneo, in cuius scilicet præiudicium non potuit eum dominus manumittere ad se exonerandum, cùm ipse quoque ex eo serui delicto noxali actione teneretur. Itacóque conuertitur noxalis actio in directam. *§. omnis autem instit. de noxa. actio.* At non idcirco illud etiam consequens est vt seruus domino post manumissionem teneatur. quia nõ sicut noxalis actio ex delicto serui statim nascitur contra dominum, ita & actio furti aut alia vlla potest dici nata domino contra seruum, vt eleganter ait *dict. l. 1. C. de nox. act.* Hæc enim vera huius iuris ratio est non illa quam adferunt multi, quod dominus manumittendo seruum ei omnem iniuriam hoc ipso remittere videatur, quæ poterat, si voluisset, domi virgis & flagris conuenire, vt habet *l. vlt. C. an ser. ex suo fact.* Nam nec aliud esset etiam si dominus manumittendo seruum nullam se ideo velle iniuriam ei remittere expressim protestatus esset, cùm non ex domini voluntate & indulgentia, sed ex meræ iuris ratione totum hoc pendeat.

2 ¶Quid, si minor vigintiquinque annis, maior viginti, hac lege se vendiderit, vt manumittatur? ideo proposui maiorem viginti: quoniã & Scæuola scribit libro quartodecimo quæstionum) & magis est, vt sententia[a] constitutionis Diui Marci ad Ausidiũ Victorinum, hunc, id est, minorem viginti annis nõ complectatur[c]: quare videndum, an maiori viginti annis subueniatur. & si quidem antè desideret, quàm libertas competat, audietur[d], sin verò postea, nõ possit[e]. Item quæri potest, si is, qui emit hac lege, minor sit: an restitui possit, & siquidem nondum libertas competit: erit dicendum, posse ei subueniri[h]: sin verò posteaquàm dies venit, voluntas maioris vẽditoris libertatem imponit[i].

Ad §. 2. Quid si minor.

d *Et magis est vt sententia.* Verba sunt Vlpiani, non Scæuolæ. Nec enim peruenit Scæuola ad ætatem vsque Marci & Commodi & eorum constitutionem ad Ausidium Victorinum, de quò in hoc loco agitur, proculdubio ignorauit; vt pluribus docui. 14. *Conjectu.* 4. Reddit autem Vlpianus duplicem rationem, cur propositam quæstionem conceperit in maiore annis xx. Prima ratio est, quia & Scæuola libro 14. quæstionum eam ita concepit, nõ dubitans scilicet quin lex Aelia Sentia quæ prohibuit minorem annis xx. seruos suos manumittere, sic accipienda sit vt multo magis prohibuerit minorem xx. annis ea lege seruum vendere vt manumittatur. Alioqui esset inuenta ratio fraudandæ legis. argu. *l. 5. §. si pupillus. de rebus eorum qui sub tut. l. scire oportet. 21. §. 1. de legit. tutor.* Lex enim Aelia Sentia non tantùm facto minoris manumittentis resistit, sed etiam consilio eius quasi parum firmo: ita vt nec si emptor velit, hunc tamen seruum ea lege venditum liberum facere possit. *leg. si minor. 4. de seru. export.* Altera ratio est, quia sententia constitutionis Diui Marci ad Ausidium Victorinum, quæ ipso iure liberum facit eum qui fuit vẽditus ea lege vt intra certum tempus manumittatur, si intra id tẽpus non fuerit manumissus, hunc minorem annis xx. non complectitur, nec proinde facit vt aliter hodie concipienda sit quæstio quã olim concepta fuerit à Scæuola, cuius temporibus ea constitutio nondum lata erat.

e *Non complectatur.* Ratio dubitandi. Verba constitutionis sunt generalia aut saltem indefinita, quæ generalibus æquipollent. *leg. si plures. 98. de leg. 3. cum similib.* Placuit enim Imperatoribus vt seruus venditus ea lege vt manumittatur, statim atque mora libertati facta est per emptorem hoc ipso liber fiat ipso iure quasi potestate constitutionis factum emtoris repræsentante. *l. vlt. & tot. tit. Cod. si mancip. ita fu. al.* nec distinxit constitutio an maior esset venditor, an minor, quamuis contrà scripserit Accursius ad hunc §. Ergo generaliter accipi debet, non cum distinctione legis Aeliæ Sentiæ, de qua nullum in cõstitutione verbum. *l. in fraudem. 15. §. vlt. de testam. milit. l. de precio. 8. de public. in rem. leg. 1. §. generaliter. de leg. præst.* Ratio decid. Verba quidem constitutionis etiam hunc minorem viginti annis complectuntur, sed non sententia. Ne alioqui fraudem legi Aeliæ Sentiæ Imperatores fecisse aut fieri voluisse viderentur. Inuenta enim esset ratio per quam minor annis viginti posset seruos suos perducere ad libertatem, adeóque maiore suo damno. Qui námque venditus est ea lege vt manumittatur, siue ab emtore sit manumissus, siue solius constitutionis potestate citra factum emtoris, patronum habet emtorem non venditorem, quia lex emtoris factum repræsentat, non venditoris: nisi quòd nõ omnia iura patronatus emtor habet. putà nec querelam, nec operarum impositionem, vt bene hìc Cuiacius docet. Denique, vt idem ait, constitutio legi cedit.

f *Audiatur.* Ratio dubitandi. Aduersus libertatem restitutio dari non potest. *l. 9. in fin. sup.* Atqui si daretur hoc casu, daretur cõtra libertatem, quippe quæ competat ipso iure nullo aut vẽditoris aut emtoris facto interueniente. *dict. l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.* Ergo non est danda minori hoc casu restitutio. Rat. decid. Aduersus libertatem iam competentem impossibile est dari restitutionem, sed non aduersus competituram, quia libertatis priuilegium est vt nunquam possit reuocari. *l. 2. & 3. C. si aduersus libert.* quod non de alia libertate dici potest quàm de ea quæ iam competit, nõ de ea quæ sit competitura. Nec quod omnimodo & citra hominis vllum factum competitura sit, facere potest vt haberi debeat pro iam competente: exemplo eius quod dicimus, Eum qui sub condicione omnimodo extitura stipulatus est, purè stipulatum intelligi. *l. si pupillus. 9. §. 1. de nouat.* Non enim lex & constitutio D. Marci ad Ausidium Victorinum repræsentat factum emtoris ante tempus manumittendi conuentione præstitutum. *d. l. vlt. Cod. si mancip. ita fu. alien.*

g *Si verò postea non possit.* Ratio dubitandi. Nullum intercedit nouum factum aut venditoris aut emtoris, cùm libertas competit ex potestate constitutionis. Ergo eadem subest causa concedendæ restitu-

restitutionis post diem libertati dandæ præstitutũ quæ fuberat ante diem, quo tempore poterat minor restitui aduersus factum suum. Nam & illud ipsum factum est ex quo potestas constitutionis sumit occasionem & colorem dandæ ipso iure libertatis. R. dec. Post diem libertati dandæ præstitutum competit ipso iure libertas autoritate constitutionis, non ob præcedens factum venditoris qui seruum suum ea lege vendidit, sed ob non factum, id quod fieri debuit ab emtore. Cuius emtoris factum lex supplet, & perinde habet hunc seruum ac si ab emtore iam manumissus esset, quo casu nemo diceret dandam postea minori restitutionem aduersus libertatem iam competentem. Cur verò minùs fauorabilis esse debeat libertas quæ sola iuris potestate competit, quàm quæ ex facto hominis & manumissione?

h *Dicendum est posse subueniri.* Ratio dubitandi. Non est priuandus venditor emolumento & commodo pacti in venditione per se facta adhibiti, & sine quo nõ fuerat ipse venditurus. *l. vlt. C. de pact. int. emt.* Ergo quamuis minor sit is qui hac lege emit, non eo magis debet ei subueniri. R. dec. Non potest quidem minor restitui aduersus legem venditioni dictam à venditore qui non aliter venditurus fuit, sed potest restitui aduersus venditionem ipsam si deceptus probetur eo quòd inutiliter fortasse aut maiorequàm oportuit pretio seruũ emerit ea lege. Sed hoc ita si nõdum libertas competat & quandiu integra sunt omnia, non etiam si postea quàm dies venit cũ ex eo die voluntas venditoris qui maior proponitur libertatem imponat, vt sequitur in textu. Non idem est si minor seruum emerit nummis ipsius serui ea lege vt seruus hic ab eodem minore manumittatur. Tunc enim ex constitutione diuorum fratrum ad Vrbium Maximum libertas ipso iure competit seruo cessante emtore in manumissione. Nec magis potest restitui minor antequam libertas competat quàm postea, quia nihil interest minoris cùm nihil ei abfuturum sit, etiamsi fidem impleat. *l. 4. in prin. & §. nihil autem interest. de manumiss.* Addit Accursius constitutionem illam loqui de pacto inter seruum ipsum & emtorem. Constitutionem autem D. Marci ad Ausidium Victorinum de pacto inter emtorem & venditorem. Quasi facilius sit vt detur restitutio contra emtorem quàm contra seruum ipsum. Sed parum subtiliter. Nam æquè minor restitui posset contra seruũ si non ea potius ratio impediret restitutionem, quòd nihil minoris interesse videatur cum emit seruum eiusdem ipsius serui nummis.

i *Voluntas maioris venditoris libertatem imponit.* Ratio dubitandi. Constitutio Diui Marci ad Ausidium Victorinum emtoris factum repræsentat; nõ venditoris, vt iam diximus ex *leg. vlt. Cod. si mancip. ita fuer. alien.* Ergo non tam à venditore quàm ab emtore libertatem seruus habere intelligitur, ideóq; libertus vẽditoris non est, sed emtoris, quamuis non ideo ei operas imponere emtor possit. *l. si quis hac lege. 30. qui & a quibus manum. l. si quis hac lege. 13. de oper. libertor.* Proinde non est bona ratio qua hic mouetur Vlpianus, maximè cùm etiam si venditor quoque minor fuisset, non eo magis tamẽ aut ille aut emtor restitui posset contra libertatem iam competentem, vt dictum est in præcedentib. Ratio decidendi. Competit quidem libertas hoc casu tanquam ex facto emtoris siue vero siue per constitutionis potestatem repræsentato. sed tamen ob voluntatem venditoris, non solùm quæ ab initio interuenerit, sed etiam quam oportet perseuerare, non solùm vt seruus possit liber fieri ipso iure nolente emtore manumittere, sed etiam vt possit emptor eum manumittere si velit. *leg. 3. infr. de seru. export. l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.* Nulla igitur hoc casu subest causa dandæ restitutionis contra libertatem, non ob id solùm quòd libertas iam competat, sed etiam quia in iis tantum minor restituitur, in quibus læsus est aut calliditate aduersarij aut propria facilitate & cõsilii sui infirmitate: quorum omnium nihil dici potest in hac specie, in qua licèt factum emtoris ciusdémque minoris aut verum aut fictum interueniat, nihil tamẽ ex eius voluntate aut consilio geri intelligitur, sed ex voluntate & consilio venditoris. Fatẽdum tamen est rationem hanc minus germanam esse. Nam etsi ex solius minoris consilio manumissio facta esset, nihilo magis tamẽ posset restitui aduersus libertatem iam competentem. Vera igitur ratio est, quia dari restitutionem aduersus libertatem iam competentem à prætore imposibile est. Ergo quod hìc additur de maiore venditore, multo magis superuacuum cùm nihil referat an qui vendidit maior sit an minor. Sed ita hoc debet accipi vt si non possit restitutio dari minori qui emit à minore, multo minus danda sit ei qui emit à maiore.

3 ¶Ex facto quæsitum est: Adolescentes quidam acceperant curatorem Saluianum quendam nomine. hic, cùm curam administrasset, beneficio principis vrbicam procurationem erat adeptus: & apud prætorem se à cura adolescẽtium excusauerat, absentibus eis: adolescentes adierant prætorem, desiderantes in integrum aduersus eum restitui, quòd esset cõtra cõstitutiones excusatus. cum enim susceptam tutelam non alii soleãt deponere, quàm qui trans marẽ reipublicæ causa absunt, vel hi, qui circa principẽ sunt occupati, vt in consiliarij Menandri Arrii persona est indultum: meruisset autẽ Saluianus excusationem: adolescentes, quasi capti, in integrum restitui à prætore desiderauerant. Arrius Seuerus, quia dubitabat, ad Imperatorem Seuerũ retulit: ad quam consultationẽ successor eius Benidio Quieto rescripsit nullas partes esse prætoris[k]: neq. enim contractum proponi cum minore annis vigintiquinque: sed principes interuenire, & reducere hunc ad administrationem, qui perperam esset à prætore excusatus.

Ad §. 3. Ex effecto.

k *Nullas partes esse prætoris.* Ratio dubit. Edictum hoc generale est quo prætor omnibus minoribus quoquomodo læsis pollicetur auxilium restitutionis. *l. 1. l. ait prætor. 7. in princip. supr.* vbi dixi. Ergo licet nihil proponatur contractum cum mi-

nore annis 25.non eo minus tamen partes prætoris erāt vt ex hac causa daret restitutionem, cū negari nō posset quin læsi essent adolescentes in eo quòd eorum curator fuerat excusatus cōtra constitutiones Quòd si quis diceret nō fuisse illos læsos quod excusatus fuisset perperā curator, & quia iis absentib.cū audiri debuissent. *l.1.C.si tut.vel cur.fal.alle.* & quia cōtra cōstitutiones nulla iusta excusationis causa interueniēte [siquidē non alij solent susceptā tutelā vel curam deponere quàm qui vel trās mare Reip.causa absunt,vel circa principē sunt occupati, cuiusmodi sunt silentiarij &consiliarij principis,& senatores cū sint pars corporis principis. *l.quisquis 5.C.ad l.Iul.ma.*] cū fateri necesse esset multo minùs se interponere principē debere quàm prætorē. Nā si is qui ipso iure munitus est frustra implorat auxiliū prætoris.*l.in causa.* 13.*cum l.præce.*longè magis repellendus est ne principi possit supplicare pro ea re quā iure cōmuni obtinere queat. *l.Impp.* 30.*de reb.aut.iud.poss.al.l.*15.*de priuil. cred.* Atqui necessariū fuit principē interuenire ad reducēdum curatorem hūc ad administrationem à qua perpeperam fuerat excusatus.Nō fuit ergo bona hæc ratio ,ppter quā reseribi deberet nullas hīc esse partes prætoris.R.dec.Generale est hoc edictū ad restituendos minores qui quoquo modo læsi sint siue faciendo aliquid siue non faciendo. At in casu proposito nullū damnū patiuntur adolescentes ex eo quòd aliquid fecerint vel non fecerint,sed ex eo tātùm quòd curatores fuerint ipsis absentib.excusati. Nulla igitur ratio est propter quā restitui debeant,cū nec propriæ & inconsultæ facilitatis prætextum possint obtendere.Et ita generaliter accipi debent verba illa, *neque enim contractū proponi cum minore*,non eo sensu quo contractū separatur ab eo quod actum aut gestum est,vt in *l.Labeo.*19.*de ver. sign.*& tamen negari non potest quin læsi sint, quia curatorem desierūt habere eum quē antea idoneū habebant. Æquum igitur fuit principē se interponere manca & deficiente autoritate prætoris, vt in *l.cùm quidam.*30.*l.Pannonius.*86.*de acq.her.* An ergo dicemus tenuisse sententiam absentibus iis latam? Ita est.Nec enim lex requirit vt adsint pupilli vel adolescētes cùm tutores aut curatores excusantur,sed tantùm vt per necessarias personas vel alias quæ vltro pro ipsis interueniant,defendantur.*d.l.*1. *C.si tut.vel cur.fals.alleg.*quod in hac specie ponendum est interueniisse. Nam vt propositæ quæstioni locus esse possit,sufficit adolescentes absuisse, licēt alij adfuerint eorum nomine.Non.n.eo minùs verum est nihil cum adolescentibus gestum iuisse aut quasi gestū tametsi soleat dici in iudicio quasi contrahi.*l.3.§.idem scribit.de pecun.* Id.n.obtinet quod ad eos qui iudicio adfuerūt per se vel per procuratorem,aut qui propter cōtumaciam haberi possunt pro præsentibus:quorum neutrum aptari potest his adolescētibus,quos ponimus absentes fuisse,& qui propter ætatem contumaces esse non potuerunt: *l.contra pupillum.*§4.*de re iud.* qui deniq; nec si vellent in iudicio tamen stare possent sine curatore: quanquā non nego posse minorem etiam qui curatorem non habeat adire prætorē in iis quæ cognitione prætoria non iudicio expediuntur. Sed quomodo potest,inquies,tenere pronūciatio facta cōtra constitutiones? Aut quomodo potest necessaria esse restitutio minori ad eā rescindendam cùm nec maiorib. necessaria sit appellatio? *l.expressim.*10.*de appel.*iunct.*l.præses.*42.*ff.h.tit.*Respondeo non fuisse hunc curatorem tam contra quàm præter constitutiones excusatū,vt bene Accurs.cùm sicut nulla constitutio est quæ excusationis causam hanc reprobet,ita nec vlla sit quæ admittat. Id enim tantùm constitutionibus cauebatur ne alii audirentur volentes susceptam tutelam deponere, quàm qui trans mareReip.causa abessent aut circa principem essent occupati, in quo numero non sunt vrbis curatores vel procuratores. Cùm ergo nulla excusatio admittāda sit,nisi quæ causam habeat à legibus, vel senatusconsultis,vel constitutionibus adprobatam,consequens est vt curator hīc, de quo agimus, fuerit excusatus cōtra cōstitutiones hoc ipso quod secundùm eas excusatus non fuit.Et alii quoq.possunt etiā à susceptа tutela excusari,aut in perpetuū, vt qui postea cœcus, aut surdus, aut mutus,aut furiosus,aut valetudinarius factus est.*l.post susceptam.* 40.*de excus.tut.*aut ad tempus, vt qui nō trās mare absunt causa Reip.aut qui negotiationi cuipiā præpositi sunt à principe, vt Accurs. notat ex *l.geometræ.*2.§.1.*eo.t.* Hæc verò neque Accursius intellexit neque Bartolus qui notauit eum esse sensum huius §. vt aduersus sententiam ipso iure nullam minor non restituatur, sed res in pristinum statum reducatur per iudicem competentem.Quasi verò restitutio in hac specie impetretur à principe de facto tantùm,non etiam ex iuris necessitate. In quo non plura sunt verba quàm errata.

4 ¶ Sciendum est autem,non passim minoribus subueniri,sed causa cognita,si capti esse proponantur.

Ad §.4.Sciendum.

R.dub. Fauor ætatis inducit beneficium & auxiliū restitutionis ex hoc capite edicti De minorib. *l.3.§.h.t.l.*1,*de in int.rest.*Ergo debuit prætor subuenire passim minorib.nō interponere causæ cognitionem. R.decid.Ætatis quidem fauor præbet causam restitutionis,sed nō solus, at ita demum si minor læsus sit aut calliditate aduersarij, aut propria facilitate. *leg.nam posteaquam.§. si minor.de iureiurando.* Causæ igitur cognitio adhibenda necessariò fuit, ne alioqui magno incommodo afficerentur minores nemine cum iis cōtrahere volente propter metum restitutionis, ne quidem vbi minorum vtilitas id postularet. *l. quòd si minor.* 24.§. *non semper.l.non omnia.*44.*ff.h.tit.l.ait prætor.* 7.§. *quæsitum.*§. *eod.*

5 ¶Itē non restituetur,qui sobriè rē suā administrans occasione dāni non incōsultè accidentis, sed fato velit restitui.nec enim euētus dāni restitutionē indulget, sed incōsulta facilitas.& ita Pomponius libr. 28.scripsit.Vnde Marcellus apud Iulianum notat, si minor sibi seruum necessarium comparauerit,mox decesserit, non debere eum restitui[a]. neque enim captus est emendo sibi rem perneccssariam,licèt mortalem.

Ad §.Item

Ad §.5.Item non restituetur.

R.dubit. Nihil aliud exigit prætor ad dandam ex hoc edicto restitutionem,nisi vt minor doceat se& minorē fuisse & quoquomodo læsum. *l.ait prætor.* 7.*§.non solum.*ff.*h.tit.l.nam posteaquam.* 9. *§. si minor.de iureiur.* Ergo quāuis minor proponatur rem suā sobriè administrasse,nō eo minus tamē restitui debebit etiam occasione damni non incōsultè, sed fato accidentis. Alioqui melioris condicionis erūt stulti quàm prudentes & frugi homines,quod esset ridiculū. R.dec.Euētus dāni non indulget restitutionem,sed incōsulta facilitas minoris. Quæ si nulla interueniat , nō maior ratio est vt minori quàm vt maiori succurratur.Aliter.n. posito iure nemo cōtraheret cū minore,vt diximus ad §.præce.si quidē fortuiti casus neq.præuideri possunt neq.caueri,ob idq;nec à sapiētissimo quoquā præstātur , nec proinde à maiorib. magis quàm minoribus euitari.Nec est cōtrarium quod Accur.obiicit ex *l.1.C.si aduer. solut.* Si debitor minoris soluerit minori etiā cautè & ex curatoris autoritate, perinde tamē restituēdū eum esse ex damni euentu. sc. si pecunia amittatur. Id.n.falsissimum est,vt probauimus ad *l.7.§.sed & si ei pecunia.* & probatur etiam optimè ex hoc ipso §.Euentus.n.dāni non inconsulta facilitas indulgeret restitutionē si restitueretur minor ad eā ipsam pecuniam iterū exigendam , cuius solutionem iam sensiel curatore autore accepisset siue casu aliquo fortuito siue ob minoris facilitatem pecunia deperdita proponeretur. Hoc.n. addo vt refellam opinionem Accursij sic distinguentis. Quid enim possis ideo imputare illi qui bene ritéque soluit?

a *Non debere eum restitui.* R.dub.Potuit & debuit minor prospicere posse euenire vt seruus hīc moreretur:quod cùm non fecerit, credēdus est per inconsultam facilitatem & temere accessisse ad huius serui emtionem. Ergo potest ea res adferre iustam causam restitutionis,vt scriptum est in specie §.sequentis.R.decid.Non potest videri minor captus, ne quidem propria facilitate in emēdo sibi rem necessariam licèt mortalem.Nam & maior ac prudētior quilibet idem fecisset.Nō est igitur restituendus. *l.vniuersi in id.*48.§.*vlt.*ff.*h.t.* vt nec is qui vsus est iure communi. *l.vlt.Cod.de in integ.restit. l.inter eos.* 51. *§.pen.in fi.de fideiuss.* Initio enim inspecto factus est locupletior hoc ipso quod nō fuit factus pauperior, vt eleganter scriptum est in *l.in pupillo.* 47.*§.*1.*de solut.* Fuisset enim factus pauperior si rē sibi necessariam non emisset.Quid ergo si non necessariam,sed vtilem duntaxat rem emerit? Idē esse putat Accurs. Ego contrà puto. Non enim prudentis est emere rem mortalem , quamuis alioqui vtilem, nisi præterea sit ea prudentia præditus quę possit sufficere ad rem illam ita administrandam ne sibi pereat,cum haud dubiè peritura sit res quæ sit mortalis, quam ob causam solent prudētes patresfamilias huiusmodi res citò vendere. Neque verò in ea re quæ minori vtilis esse potuit,locum habet ratio quam in re necessaria vsurpauimus ex *d. l.in pupillo.* 47.*§.*1. *de solut.* Idque innuens Vlpianus non contentus ita scripsisse, *si minor sibi seruum necessarium comparauerit*, addit in seqq. *emendo sibi rē perneccssariam.* Quod autem Accursius obiicit non videri deceptum minorem qui iure communi vsus est ex *d.l.vlt.*c.*de in integ.restit.*prorsus impertinēs est.Aliud.n.est minorem vti iure communi in quo nunquā fieri potest vt lædatur : aliud verò minorē id facere quod alij communiter faciunt. In quo nihil noui aut absurdi est dari restitutionem minori postea damnum passo ex euentu qui præuide ri potuerit & debuerit , vt in specie §. *seq.* quæ tamen maiori danda non esset.

6 ¶ Si locupleti heres extitit,& subitò hereditas lapsa sit:(putà prædia fuerūt, quæ chasmate perierunt,insulæ exustæ sunt,serui fugerunt,aut decesserunt)Iulianus quidem libro 46.sic loquitur,quasi possit minor in integrum restitui: Marcellus autem apud Iulianum notat,cessare in integrum restitutionem : neque enim ætatis lubrico captus est adeundo locupletem hereditatem:&quod fato contingit,cuiuis patrifamilias,quamuis diligentissimo,possit contingere. ¶Sed hæc res adferre potest restitutionem minori, si adiit hereditatem,in qua res erāt multæ mortales,vel prædia vrbana,æs autem alienum graue:quod non prospexit posse euenire vt demoriantur mancipia, prædia ruant: vel quòd non citò distraxerit hæc,quæ multis casibus obnoxia sunt

Ad §.6.Si locupleti.

R.dub.Pro Marcello. Non potest minori videri captus adeundo hereditatem opulentam & quod fato casúque contingit, cuius patrisamilias quantumuis diligentissimo posset contingere. Ergo nō est minor ex hac causa restituendus. Sicut nec ob id minùs valet transactio de certa quantitate annua ad habitationem relicta, quod pro pecunia sit præstita habitatio , licèt ruinæ vel incendio subiecta est. *l.cùm hi.*8 §.*vlt.*ff. *de transact.* R.dec. Pro Iuliano.Lęditur minor qui adit hereditatem etiam locupletem si in ea hæreditate fuerit æs alienū graue,id est,annexum habēs onus vsurarum, quo nihil grauius, multæ verò res mortales vrbanaque prædia quæ vel ruīna vel incēdio facilè perire possunt, nō etiam rustica:quia debuit prospicere posse euenire vt demorerentur mancipia & prædia ruerent si non citò distraherentur : æs autem alienum semper crescceret nec perire vnquam posset.*l.incēdium.* 11.*C.si cert.pet.*Ergo potest hæc ratio iustam adferre causam restitutionis. Vlpianus autem Iuliani sententiam non Marcelli notam probat.

7 ¶ Item quæritur,si minor aduersus minorem restitui desiderat,an sit audiendus. & Pomponius simpliciter scribit non restituendum.Putoautem inspiciendum à prætore,quis captus sit. proinde si ambo capti sunt:verba gratia minor minori pecuniam dedit,& ille perdidit , melior est causa secundum Pomponium eius, qui accepit, & vel dilapidauit,vel perdidit. ¶Planè si minor[b] annis cum filiofamilias maiore contraxerit:&

Iulianus libro quarto digestorum, & Marcellus libro secundo digestorum scribit posse in integrum restitui [c]: vt magis ætatis ratio, quàm senatusconsulti habeatur.

Ad §.7.Item quæritur.

R.dub. Pro Pomponio. Priuilegiatus nō potest vti priuilegio cōtra æquè priuilegiatum, & eodem priuilegio: quia sicuti priuilegium vincit legem cōmunem, ob idque odiosum existimatur, ita vinci non potest nisi ab alio priuilegio potentiore, nō ab eo quod sit par & æquale. Atqui duo minores inuicem contendentes par priuilegium habent & parem fauorem ætatis. Ergo alter contra alterum restituendus non est. R. decid. Nullum habet priuilegium minor quatenus minor nisi sit etiam læsus, vt diximus in *l.sciendum.* §. Ergo si alteruter tātū læsus sit, solus ille priuilegiatus est, nō alius qui læsus non fuit. Proinde mirū non est solum eum restitui contra alium minorem nō priuilegiatum, vt & in specie *l.vlt.* vbi eleganter Barto. ℑ. *ex quib.caus.maior.* Inspiciendum igitur est à prætore quis captus sit vt sciatur quis sit priuilegiatus. Proinde si ambo capti sint, ex cuius causa, si minor minori pecuniam crediderit, & ille perdiderit, melior erit causa eius qui accepit vel dilapidauit: nec tātùm secundùm Pomponium, sed etiam secundùm Vlpianum, qui Pomponij sententiam hoc casu probat iis verbis, *secundùm Pomponium*: ac si diceret, *quæ sententia mea conuenit cum sententia Pomponij in hac posteriore specie, non etiam in priore.* An ergo non restituetur alter cōtra alterum? Ita sentit Cuiacius post Accursium: quia cum vterque & minor & læsus inuenitur, hoc ipso vterque & priuilegiatus & æquè priuilegiatus est. Consequenter melior erit cōdicio eius qui pecuniam dissipauit & perdidit. Sed male, vt puto. Nā non potest fieri vt non teneatur is qui pecuniam accepit, licèt eam consumserit, si non ei succurratur per restitutionem. Obiicit Accurs. Nullo casu posse locum esse restitutioni in integrum, quia eum qui pecuniam ab alio accepit necesse est aut amisisse illam, aut non amisisse. Si amisit, restitutio (inquit) locum non habet, vt hîc Vlpian. ex Pomponio scribere videtur: si nō amisit, vtique tenetur iure communi, vt alius debitor quilibet: nec iuuatur per restitutionem, cùm læsus non sit qui e cōtrario factus est locupletior. Nisi proponas filiumfam. qui iuuetur Macedoniano. Idémque est si consumserit quidem minor pecuniam, sed ita vt ex ea consumtione locupletior factus sit. *l.si minor.34.h.titul.* Nam nec consumpta videtur pecunia quæ in corpus patrimonij versa est. *leg. idem est 73.de leg.2.* Neque verò potest Accursius se hinc extricare, qui nescio quid somniat de dilationibus & pactionibus adhibitis in contractu, quē per restitutionem in totum rescindi oporteat, & distinguit an minor curatorē habeat necne. Ego verò resp. in hac quoque specie, vt iam dixi, locum esse restitutioni, neq; Vlpianum aut Pomponium contradicere: sed quod Vlpia. ait contra Pomp. inspiciendum esse à prætore quis captus sit, ad eā speciem referri debere in qua possit fieri vt alteruter tantùm ex minorib. captus fuerit. Alioqui si vterque captus esset, vterque restitueretur: quod fieri impossibile est. Hoc verò nunquam potest contingere cum minor minori pecuniam credidit. Nam si pecunia sit amissa, vterq; læsus intelligitur & qui credidit, quia cum minore contraxit, & qui accepit, quia se obligauit pro pecunia quā postea amisit. Si verò pecunia nō sit amissa, neuter læsus dici potest. Exemplum igitur aliunde petendum est. Finge minorem vendidisse minori rē immobilem cum decreto, precio ducentorum aureorum quæ trecentis digna erat. Læsus fuit venditor, non emtor. Restituetur ergo venditor non emtor. Alia huiusmodi exempla innumera dari possunt: quale inter cætera illud quod adfert Cuiacius ex *l.1.C.si mai.fact.rat.alien.hab.*

b *Planè si minor.* R.dub. Non est ætatis excusatio ei qui dū leges inuocat contra eas committit. *l.auxilium.37.in fi.h.tit.* Atqui minor qui filiosam. pecuniam credidit, fecit contra SC. Maced. Ergo non est à prætore restituendus in integrum. Nec enim prætor minus custos est legum & senatusconsultorū quàm æquitatis: nec prætexu æquitatis pōt quidquā facere contra leges, senatusconsulta & principum constitutiones. *l.nec non.28.§. quod ad eum.ℑ.ex qui.caus.ma.l.cùm sponsus.12. §.si res.de publ.in rem act.* R.dec. Minor qui dolo malo aduersus leges cōmittit, putà si admittat stuprum vel adulteriū, vel alia huiusmodi quæ naturali iure & ratione prohibita suat, nō pōt restitui in integr. quia nullā habet iustā excusationē, cum neq. ætatis neq. alio vllo prætextu possit ignorari prohibita esse stupra & adulteria, & cætera his similia, quæ bonis morib. naturalib. repugnāt. Sed non est simile si quis filiosam. credat pecuniam. Id. n. neque bonis moribus neq. naturali ratione prohibitum est, sed tātum auctoritate SC. Maced. cuius ignorātia vt & aliarū ll. omniū minori permissa & impunita est. *l.regula.9.de iur.& fact. ign.l.vl.C.eo.l.pe.C.de minor.* Maiorem ergo rationem ætatis quàm senatusconsulti habere prætor debet: quia ætatis fauor habet æquitatē naturalem. *l.1.§.h.tit.* Senatusconsulti verò non nisi ciuilem.

c *Posse in integrum restitui.* Opposita nimirū restitutione in integrum per viam replicationis aduersus exceptionem Macedoniani, quomodo opponitur aduersus exceptionem iurisiurandi in specie. *d. l.nam posteaquā.9.§.si minor.de iureiur.* Ergo minor qui pecuniā credidit, aget condictione certi ex mutuo, quæ competit iure communi. Si filiusfamil. maior excipiet de SC. Macedo. replicabit minor de ætate, & vt admittatur replicatio, quæ alioqui admittenda non esset iure communi impetrabit in eā rem restitutionē à prætore, etiamsi pecunia cōsumta sit ante litem contestatam. At nō restitueretur si credidisset minori qui pecuniam consumsisset ante litis contestationem. *l.si minor.34.ℑ.h.tit.*

12. Gaivs lib. 4. ad Edictum prouinciale.

SI apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda, sed perinde, atque cæteri, per exceptionem summoueri debet: scilicet quia communi iure [a] in priorem debitorem ei actio restituitur. hæc, si soluendo sit prior debitor: alioquin mulier non vtetur senatusconsulti auxilio.

Ad l.

Ad l.12.Si apud minorem.

R.dub. Maior ætatis ratio haberi debet quā SC. Macedoniani, vt diximus in §. *vlt.l.præced.* Quidni ergo maior etiam quàm SC. Velleiani? R.dec. Differentia est inter causam SC. Macedoniani & Velleiani, quod ex Velleiano succurritur mulieri pro filio intercedenti siue nouandi animo siue non nouādi animo intercedat. Ex Macedoniano autem ei tantum filiosa. qui proprio nomine pecuniam accipiendo se proprio nomine obligauit. Inde fit vt faciliùs deneganda sit in mulierē actio minori qui cū muliere contra Velleianum contraxit quàm in filiumfa. cum quo contractum est aduersus Macedo. Nihil enim videtur priore casu interesse minoris qui actionem habet in debitorem principalem, & quidē directā si nouatio nulla facta sit aut vtilem & restitutoriā si qua nouatio facta proponatur. *l.quāquam.8. §.si mulier. §. quoties.& pas. ad SC. Vel.l.si paternā.8.C.eo.* At interest minoris ne submoueatur exceptione Macedoniani, qui nullum alium regressum habiturus est, atq; ita moraretur in damno si non ei per restitutionē subueniretur. Quid ergo si prior debitor contra quem retinetur aut restituitur minori actio nō sit soluendo? Nihil ei proderit habere actionem quæ propter debitoris inopiam inutilis & inefficax sit futura. *l.nā is.6.§.de dol.* Ergo ne minor in dāno remaneat, dāda ei erit in mulierē actio, & deneganda mulieri exceptio Velleiani, vt maior ratio ætatis quàm SC. habeatur: quia hoc demum casu bona est vtriusque Senatusconsulti cōparatio, siue ab initio debitor hic fuerit soluēdo siue non soluendo, vt rectè Accurs. concludit contra Hugolinū: notans hoc casu vt & in aliis plerisq; quos congerit ex inopia vnius dari in alium actionem. Hoc tamen non satis verè. Datur enim actio ex contractu aut ex delicto eius qui cōuenitur, non ex inopia alterius. Sed ob alterius inopiam datur vtiliter & efficaciter, quę alioquin esset inutilis & inefficax. Neque rursum in hac specie inopia prioris debitoris dat minori eidémque creditori actionē, sed eam duntaxat efficacem constituit impediendo ne mulier vtatur exceptione Senatusconsulti.

a *Scilicet quia communi iure.* R.dub. Etiamsi tutor vel curator interuenerit in eo negotio in quo minor læsus est, nō eo minùs potest minor petere restitutio. in integ. aduersus eum cum quo contraxit, nec si tutor vel curator sit soluendo: & tamen pōt iure cōmuni indemnitatē consequi minor à tutore vel curatore, actione. ſ. tutelæ vel curæ. *l.1 2.3.C.ſi tut.vel cur.interu.* Ergo non est bona ratio qua hic Gaius vtitur vt minor ideo non restituatur aduersus mulierem quòd iure cōmuni paratam habeat in alium actionem. R.dec. Actio quæ cōpetit pupillo vel minori cōtra tutorem vel curatorem non adimit ei beneficiū restitutionis contra tertiū: quoniā vtraq. nascitur ex eodem cōtractu in quo pupillus vel minor læsus est, aut vtraq; potius ex læsione. Et ideo quòd pupillus vel adultus habiturus sit eam actionem contra tutorē vel curatorē, non potest facere nec minor læsus videatur qui nec actionem illam haberet si læsus non esset. At actio quæ cōpetit minori aduersus alium prius quàm contrahat cū muliere, & quæ ipsi restituitur quoties Senatusconsulti Vell. exceptione submouetur, impedit ne possit videri læsus hoc ipso quod cum muliere cōtraxit, eámque apud se pro alio intercedere passus est. Impedit ergo ne sit restituendus quandiu prior ille debitor est soluendo. Et hæc vera huius rei ratio est non quam adfert Accursius de priuilegio contra priuilegium admittendo.

Vlpianvs lib. 11. ad Edictum.

IN causæ cognitione versabitur, vtrum soli ei succurrendum sit, an etiā his, qui pro eo obligati sunt, vtputa fideiussoribus: itaq. si cum scirem minorem, ei & fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo: non est æquum, fideiussori in necem meam subueniri: sed potius ipsi deneganda [b] erit mandati actio [c]. In summa perpendendum [d] erit prætori, cui potius subueniat, vtrum creditori, an fideiussori. nam minor captus neutri tenebitur [e]. Facilius in mandatore [f] dicendum erit, non debere ei subuenire: hic enim velut adfirmator fuit, & suasor, vt cum minore contraheretur. ¶ Vnde tractari potest: minor in integrum restitutionem vtrum aduersus creditorem, an & aduersus fideiussorem implorare debeat. & puto tutius aduersus vtrumque [g]. Causa enim cognita [h], & præsentibus aduersariis, vel si per contumaciam desint [i] in integrum restitutiones perpendendæ sunt.

Ad l.3.In causæ.

a *Non est æquum fideiussori in necem meam subueniri.* R.dub. Exceptiones omnes quæ competunt reo & auxilia omnia cōpetunt etiam fideiussori & quidem inuito reo. *l. exceptiones.32.ℑ.de fideiuss. l.vlt. §.de pact.* Ergo quoties succurritur minori, necesse est vt succurratur etiam fideiussorib. *l.minor.51.§.de procur.l.si pupillus.89. de acq. her.* Tanto magis est quod altoqui nihil prodesset restitutio minori cōtra creditorem impetrata si nō prodesset etiā fideiussoribus, quippe qui actione mandati regressum habituri essent cōtra minorē. *l.Marcellus.25.l.cùm lex.46.de fideiuss.l.5.de lib.leg.* R.dec. Nihil interest minoris vt restitutio contra creditorem ab eo impetrata prosit vel nō prosit fideiussori, quia æquè poterit restitui aduersus ipsum fideiussorem agentē mandati pro sua indēnitate, cùm nō minus possit imputari ei qui fideiubet pro minore quàm alij cuilibet cōtrahenti cū minore. Nā contrahit etiam ille qui suscipit mandatum. E contrario autem interest valdè creditoris cui cum minore contraxit & ab eo fideiussorem accepit vt restitutio minori cōcessa non prosit fideiussori, sine quo non aliter fuerat creditor contracturus qui ob hoc ipsum accepit fideiussorem quod sciret sibi rem esse cū minore quem præuidebat impetraturum restitutionem aut quod dubitaret an minor esset qui se maiorē fortè dicebat. Deniq; vt plurimū fideiussores accipiuntur & dantur à minore propter incertum ætatis ac restitutionis, vt ait Papin. in *l.si Titius.48. de fideiuss.* Aliud ergo erit si quis à minore debitore fideiussorē acceperit tanquam ab alio quouis etiam

maiore. Tũc.n. reſtitutio minoris ,pdeſt fideiuſſori,eo.ſc.iure cõmuni quo auxilia omnia quæ minorib.cõpetunt, ad corũ quoque tranſeunt fideiuſſores:multo magis ſi creditoris dolus cauſam dederit reſtitutioni. *l.2.& tot. titul. C.de fideiuſſ. minor.* Nam & doli exceptio competẽs minori prodeſſet eius fideiuſſori, *l.exceptiones.7. §.1 de except.* & æquum non eſſet faueri creditori, cuius dolus proba retur,vt bene hîc ratiocinatur Accurſ. ex illis verbis, *non eſt æquum.* Malè verò Cuiacius noſter diſtinguit an reſtitutio detur minori tanquam circũſcripto an tanquam læſo,vt hoc poſteriore caſu reſtitutio minoris non proſit fideiuſſori,quaſi beneficium perſonale. Nã imò verò etiam hoc caſu prodeſt dummodo non interceſſerit fideiuſſor tanquã pro minore. Finge fideiuſiſſe pro eo quem maiorẽ putabat cum eſſet minor. Nec Cuiacius ipſe negat ſuccurrendum hoc caſu fidei uſſori. Quanquam nõ aliud eſt,ſi fideiuſſerit pro eo quem ſciebat minorem dum ne fideiuſſerit tanquam pro minore.i. aduerſus periculum & metum reſtitutionis & contemplatione iuris prætorij, vt loquitur Papin. in *l. Stichum.95.§.quod vulgo.de ſolut.* Idq; conſtat etiam ex *dict.l.minor.51.de procur.l.ſi pupillus. 89. de æqu. here.* Quòd ſi bona eſſet ratio Cuiacij,eadem probaret priuilegium reſtitutionis minori competens non trãſire in he redem minoris. Cum ea quæ ſunt merè perſonalia non magis tranſeant in heredem quàm in fideiuſſorem.*l.quia tale.14.ſolut.matr.l.ex pluribus.42.de admin.tut.l.in.omnibus. 68. l.priuilegia.196. de reg.iur.* Atqui non eſt verum reſtitutionis beneficium non tranſire in heredem. *l. minor. 18.§.vlt.j.h.tit.* Ergo nec verum eſt quod vult Cuiacius non tranſire in fideiuſſorem.

b *Sed potius ipſi deneganda.* R. dub. Non debet fideiuſſori qui à minore mandatum ſuſcepit , officiũ ſuum eſſe damnoſum. Imò æquum eſt ſarciri ei damnum omne quod non haberet ſi mãdatum non ſuſcepiſſet. *l.ſi ſeruus 61.§.quod verò de furt.* Ergo nunquam deneganda eſt fideiuſſori actio mandati in minorem pro quo fideiuſsit. Alioqui magno incommodo afficientur minores , quia non reperietur qui pro iis fideiubere velit. argum. *l.quòd ſi minor.24.§.non ſemper.h.tit.*

Rat.dec.Debuit eſſe curioſus fideiuſſor minoris vt in rem minoris pecunia verteretur cùm ſciret aut ſcire deberet futurum vt poſſet minor reſtitui nõ minus contra fideiuſſorem quàm cõtra creditorem ſi qua læſio inteueniret,arg.*l.virum uxori.17.§.vl. ad SC.Vellei.l.doli.19.in fin.de nou.* Impetrari verò reſtitutionẽ neceſſe eſt ad hoc vt fideiuſſori aduerſus minorẽ actio mãdati denegetur , quomodo hîc Accurſ.notat ex *§.prox.& l.1. C.de fideiuſſ.minor.*

c *Mandati actio.* R. dub. Actio nulla eſſe poteſt ſine obligatione. *l.licèt. 43.§.ead.obligatio.de procurat.* Atqui obligatio fideiuſſoris extinguitur petita per minorem in integrum reſtitutione aduerſus principalem creditorem , cùm ea obligatio ſit acceſſoria quæ proinde non poteſt ſubſiſtere ſine principali. vulg. *l.cum principalis 178. de regul. iur.* Principalis autem tollitur per æſtimationem.Ergo non eſt cur quæratur an denegãda ſit à prætore vel danda actio quæ iam nulla ſit. R.dec.Reſtitutio nõ tollit ipſo iure actionem,multo minus obligationẽ ne quidem ciuilem,quia prætor ſicut dare non poteſt ea quæ ſunt iuris ciuilis,ita neq; tollere,ſed tãtũ iuris ciuilis effectum impedire.*l.neceſſarius 57.de acq.her.* Tantũ abeſt vt poſſit tollere naturalẽ,quæ nec per ſententiã abſolutoriã tollitur.*l.Iulianus 59. de cond.ind.* quam tamen retineri ſufficeret vt fideiuſſor etiam ciuiliter maneret obligatus , ſi quidem poteſt omni obligationi accedere fideiuſſor etiam naturali.*l.1.l.fideiuſſor obligari.16. §. fideiuſſor accipi. j.de fideiuſſ.* Falſum ergo eſt quod hîc Accurſ. ex Ioanne refert & admittit pro vero,ciuilem obligationem minoris tolli per reſtitutionem, niſi exponas quomodo ille exponit *tolli* pro *vulnerari.* Sed non erit bona expoſitio : quoniam aliud longè eſt tolli actionem ciuilem,aliud verò vulnerari.

d *In ſumma perpendendum.*] R.dubit.Non potè imputari creditori cur fideiuſſorem à minore acceperit cùm ea ratione ſibi cautum eſſe voluerit.*l. ſi mandatu.59.§.fin.infr.mandat. l.4.§.addici. de fideicommiſſ.libert.* E contrario ſolet imputari creditoribus ſi aut nullum aut minùs idoneum fideiuſſorem acceperint. *l.1. §. item quæritur. de ſeparat.* At imputari poteſt ei qui pro minore fideiuſſit cur fideiuſſerit.Nunquam ergo dubitare prætor poteſt quin potius ſubuenire debeat creditori quã fideiuſſori. Subuenire, inquam,non dato ei auxilio aliquo, ſed denegata minori aduerſus eum reſtitutione. R.dec.Fieri poteſt multis caſibus vt æquius ſit ſubueniri fideiuſſori quàm creditori : vtputa ſi dolus interuenerit creditoris in circumſcribendo minore, cum hoc caſu poſsit etiam doli exceptione repelli creditor citra reſtitutionem: quæ doli exceptio haud dubiè prodeſſet fideiuſſori, vt ſupra diximus ex *d.l.7.§.1.de except.* Item ſi creditor fideiuſſorem à minore acceperit ſimpliciter & tanquam à maiore & à quolibet debitore, quia poteſt ei hoc caſu imputari , cur non acceperit contemplatione iuris prætorij, cùm poſſet & deberet ita facere vt ſibi proſpiceret aduerſus incertum ætatis & reſtitutionis, potius quàm fideiuſſori quem credibile eſt acceſsiſſe ad fideiuſsionem pro minore præſtandam ſpe & fiducia reſtitutionis minori cõpetituræ,quàm ſciuit ſi quando à minore impetraretur ſibi quoque profuturam.

e *Nam minor captus neutri tenebitur.* Vtrique enim poteſt imputari cur cum minore contraxerit , ſed hoc quantum ad minorem. Nam quantum ad ipſos attinet qui inuicem quoque contraxerunt , ea ratio non poteſt impedire ne alterutri ſubueniendum ſit vt in damno non moretur, quod alioqui reſtitutio minoris vtrique eſſet allatura.

f *Facilius in mandatore.* R. dub. Mandator æquè eſt interceſſor & acceſſionis tantùm iure obligatus atque fideiuſſor. *l.inter cauſas.26.§.vlt.mand.* Ergo eadem vtriuſque ratio eſt, vt non facilius fideiuſſori ſubueniri oporteat quàm mandatori. R.dec. Vterq; quidẽ interceſſor eſt & pro alio acceſſorièobligatus:ſed tamẽ maior ratio eſt in mandatore vt non debeat tã facile ei ſuccurri cõtra creditorẽ quàm in fideiuſſore. Mãdator.n. velut adfirmator & ſuaſor fuit vt cùm minore contraheret creditor qui alioquin fortaſſe neque contracturus erat cum minore, neque de minore , at ne quidem de contrahendo cogitabat. Mãdator quærit & impellit creditorem vt contrahat: fideiuſſor è contrario quæritur &impellitur à creditore vt fideiubeat, Inde eſt qđ iam olim electo vno ex plurib.mandatoribus cæteri nõ liberabãtur,quod in fideiuſſoribus diuerſum erat. *l. vlt. C. de fideiuſſ.* vbi Iuſtinianus correcto iure vetere idipſum conſtituit in fideiuſſoribus quod in mandatoribus , vt vno electo alij non idcirco liberentur.

g *Et puto tutius aduerſus vtrunque.* Sic in *l. 1. in fin.C.de fideiuſſ. minor.* R. dub. & dec. eadem quæ in præced.

h *Cauſa enim cognita.* Ratio hic redditur eius quod prius dictum fuerat prætori perpendendum, & in cauſæ cognitione verſari , an minori tantùm ſubuenire prætor debeat, an etiam eius fideiuſſori.

i *Vel ſi per contumaciam deſint.* R. dub. Nihil poteſt fieri abſente eo cuius intereſt,nec ſi reſcriptũ principis in eam rem impetretur. *l. de vnoquoque 47.de re iud.* quia negotiorum merita partium aſſertione panduntur. *l. vlt. C. ſi per vim vel al.mod.* Ergo ſi aduerſarii abſint etiam per contumaciã nõ poteſt aduerſus eos reſtitutio concedi. R. Dec. Cõtumaces pro præſentibus habentur. *§.appellationes. Nouel.de iudic. Auth.qua in prouincia.C.vbi de crimin. agi oport.* ſcilicet in ipſorum præiudicium & pœnam contumaciæ , neq; tamen ſemper cõtumaces ſunt qui ſunt abſentes. Poteſt enim fieri vt quis abſit, nec ideo tamen ſit contumax. Et hic per tres menſes expectandus eſt.*Nouel.119.Vt ſponſ.larg.§. ad hæc.* Quod ſi non veniat nihilominus fieri poteſt vt vincat : nimirum ſi bonam cauſam habeat. Partis enim abſentia ſupplenda eſt per Dei præſentiam. *l.properandum. 13. C. de iudic.l.1.C.quom. & quand.iud.* At verus contumax nunquam poteſt vincere:quia ſemper contumacia litis damno coercetur.*l.cõtumacia.53.de re iudic.* Adeo vt nec appellare liceat ei qui propter contumaciam ſuam fuit condẽnatus.*l.1. C.quor.appel.non recip.* niſi purgata prius contumacia,vt paſſim hodie fit per ſumptuũ refuſionem. Ergo dicendum eſt citandos & ad iudicem euocandos eſſe omnes contra quos petitur reſtitutio.*l.etiam.29.§.fin.h.titul.* Nec poſſe quidquam fieri niſi vocatis & citatis omnibus qui ex eo actu lædi poſſent.*l.nam ita 39.de adopt.* Sed non tamen perinde neceſſe eſt vt præſentes ſint ſi modò per eorum contumaciam fieri poſſit , vt pro præſentibus haberi debeant.

1 ¶ Interdum autem reſtitutio & in rem datur minori,id eſt,aduerſus rei eius poſſeſſorem,licèt cum eo non ſit contractum vt puta rem à minore emiſti,& alii vendidiſti : poteſt deſiderare interdum aduerſus poſſeſſorem reſtitui,ne rem ſuam perdat,vel prætoria, vel re ſua careat. & hoc vel cognitione prætoria[a] : vel reſciſſa alienatione, dato in rem iudicio.

Ad §.1. Interdum autem.

Ratio dubitandi.Eadem ſolet eſſe ratio diſtrahẽdi negotii quæ contrahendi:*l.prout 80.de ſolut.* Atqui actio ex contractu eſt rationalis , *l.1. & paſſ.de obli.& act.* Ergo & reſtitutio in integrum ad diſtrahendum negotium & contractum reſcindendũ eſt in perſonam non in rem. Vnde etiam eſt quòd reſtitutio in integrũ tractanda eſt,vt & cæteræ actiones perſonales in eo loco vbi habet domicilium is qui conuenitur. *l.2. C. vbi cauſ.in integr.reſt.* Non eſt igitur danda cõtra tertium poſſeſſorem cũ quo nihil contractum fuit , & cui non poteſt imputari, quod imputatur eis qui cum minore contrahunt, cur non fuerint cautius negotiati. R.dec.Inde nimirum ſit vt reſtitutio in integrum regulariter nõ detur,neque principaliter aduerſus alium,quàm cũ quo contractum fuit.Sed tamen interdum neceſſaria eſt contra tertium , etiam quantumuis bonæ fidei poſſeſſorem.Nempe quoties minor aliter indemnis ſeruari non poſſet : quod ipſum dupliciter poteſt contingere,aut quia is cum quo minor contraxit : nec rem ipſam amplius habeat, nec ſit ſoluẽdo,Aut quod etiam ſi ſit ſoluendo , interſit tamẽ minoris rẽ ipſam habere potiùs quàm rei æſtimationem : quam rem habere tamen non poteſt, niſi reſtitutionem impetret etiam contra poſſeſſorem, cùm is qui contraxit rem minoris alienauit.Et hoc eſt quod Vlpianus hîc ait,*ne rem ſuam perdat , neue re ſua careat* : vt bene Acc explicat ex *l.ſi ex cauſa. 9. in prin.ſ.h.ti.* cui iungi poteſt *l.ſi in emptionẽ.34. j.eod.*

a *Vel cognitione prætoria.* Id eſt, prætore ipſo de iure reſtitutionis in integrum ex hac parte edicti cognitionem ſuam interponente,ideóque iubente ad ſe euocari non ſolùm eum qui cum minore contraxit,ſed etiam tertium poſſeſſorem , vt ſi minorem captum,atque ita ei ſubueniendũ eſſe cognouerit contra vtrumq; ſimul pronunciet, remq; minori ſuam reſtitui iubeat. Nec enim verba edicti repugnant , quæ ſcilicet imperſonaliter concepta ſunt,non ita vt demonſtrent eius ſolius perſonam, qui cum minore negotium geſſit. *l.1. §.1.l.ait prætor.7.in princ. ſ.h. tit.* Hoc verò à pleriſque interpretibus & pragmaticis noſtris malè ſic accipitur, quaſi Vlp.velit poſſe reſcindẽs & reſciſſorium cumulari,iunctis præſertim iis verbis quæ ſequũtur, *vel reſciſſa alienatione dato in rem iudicio.* Nã quod hîc dicitur de cognitione prætoria,neq; ad reſcindens iudicium referri poteſt,neq; ad reſciſſorium, ſiquidem non cognoſcit prætor per viam actionis & iudicii,ſed propriæ iuriſdictionis vi.*l.quod ſi minor.24.§.vlt.j.h.tit.* Quod verò ſequitur oſtendit potius non poſſe cumulari reſcindens cum reſciſſorio , cùm nolit Vlpian. dari iudiciũ in rem quod reſciſſorium eſt,niſi poſt reſciſſam demum alienationem, quæ hodie reſcindi nequit , niſi poteſtate iudicii reſcindẽtis. De eo ſcripſi latè,& de tota huius *§.ſententia.in Error.1.2.3.4. Decad. 7. de Error. pragmat.*

2 ¶ Pomponius quoque libro vicesimo octauo ſcribit , Labeonem exiſtimaſſe ſi minor viginti quinque annis fundum vendidit & tradidit,ſi emptor rurſus eum alienauit:ſiquidem emptor ſequens ſcit rem ita geſtam,reſtituti onem aduerſus eum faciendam:ſi ignorauit,& prior emptor ſoluendo eſſet[a],non eſſe faciendam : ſin verò non eſſet ſoluendo,æquius eſſe minori ſuccurri etiam aduerſus ignorantem,quamuis bona fide emptor eſt.

Ad §.2.Pomponius quoque.

R.dub.Si emeris ab eo qui cum minore contraxerat,& cui minor eũdem fundum vẽdiderat & tradi-

derat,licèt sciueris rem ita gestam esse, id est, eum fundum minoris fuisse &ab eo ad priorem emtorẽ peruenisse, non eo minùs verum est te bonæ fidei possessorem esse.Nec enim prædo est qui precium numerauit. *l.nemo prædo.116.de reg.iur.* multò minùs qui emit à vero domino quem & dominum esse sciuit,cum sufficiat ad bonam fidem inducendam quòd eum à quo emit dominum esse putauerit.*l.1.& pass.de public. in rem act. l.Celsus 27.de vsucap.*Ergo non debuit Vlp.distinguere an secundus emtor sciuerit rem quæ gesta est inter minorẽ & primum emptorem an ignorauerit.

Ratio decidendi. Vtroque quidem casu secũdus emtor non tantum bonæ fidei emptor est, sed etiã verus dominus. Sed tamen in eo differentia est an sciuerit, an ignorauerit quòd ei qui sciuit potest imputari cur emerit rem quam videbat posse quãdo peti per minorem beneficio restitutionis. Ob idq; videtur ille anceps istud restitutionis periculum vltro subiisse:quod tamen non possis similiter imputare illi qui rem minoris fuisse ignorauit.

a *Et prior emtor soluendo esset.* Ratio dubitandi. Vnde potuit diuinare is qui rem quæ aliquãdo minoris fuit à priore emptore cõparauit;An prior ille emptor soluendo esset, id est,an haberet vnde posset satisfacere minori si omnia quæ inter minorem & priorem emptorem gesta sunt ignorauit? atque ita nec illud quidem sciuit rem vnquam fuisse minoris? *arg.l. 4.§.illa etiã quæsito. de dol. except.* Nam cum bona fide rem gesserit quid potest ipsius interesse an alius soluendo sit necne?arg.*l.cũ plures.12.§. 1.de admin. tut.* Aut quomodo potest quis bene & tutò contrahere si non bene nec tuto contrahit qui rem emit à vero domino. Cum dici soleat nec male cõtrahi cum tutoribus, si quis forte rem pupillarem adeóque quasi pupillarẽ emerit à vero tutore? *l.4 §.1.de euict.*Nec simile est quod fortè quis obiecturus sit alienationẽ cum sua causa fieri etiam in bonæ fidei emptorem.*l.alienatio.67. de contrab.emt.* Id enim eum sensum habet vt non alio aut meliore iure possit res esse penes emptorem quàm fuerit penes venditorem.quantum scilicet,ad ea iura pertinet quæ sunt in re ipsa eámque perpetuò comitantur cuiusmodi sunt iura pignoris & alia huiusmodi realia. At restitutio in integrum non est huius generis.Neque enim rem afficit,sed datur in personam, ideoque non potest sequi singularem successorem:arg.*l.vlt.§.1.de contrab.empt. l.1.§.si hæres ad* S. *C. Trebell.* Ergo non est danda contra tertium bonæ fidei possessorem.

R.dec.Ob has nimirũ causas æquius est succurri bonæ fidei emptori quàm minori, si modò minor indemnis seruari possit à primo emptore cum quo contraxit,quomodo seruari indẽnis potest, quãdiu primus emptor vel eius hæres idoneus est quamuis possit minor prætendere sua interesse, vt rem ipsam quæ aliquando sua fuit habeat quam indẽnitatem,& ita scriptum est in l. seq.vbi dicam. Sed si primus emptor eiusve heres soluẽdo non sit,ideóque minor in damno moraturus sit si non ei aduersus tertium bonę fidei emptorẽ succurratur æquius est minori succurri etiam aduersus ignorantem & bonæ fidei emptorem: quia facilius potuit emptor scire rem quam emerat fuisse aliquando minoris, præsertim si fuisset curiosus vt esse debuerat in inquirendo an emeret à domino quàm minor impedire ne res quæ ab eo vendebatur,& in cuius venditione lædebatur à primo emptore in alium postea trãsferretur.Adde quod verba huius edicti imperſonaliter sunt concepta vt iam dixi.

14. PAVLVS libro II. ad Edictum.

Planè quandiu is, qui à mimore rem accepit, aut heres eius idoneus sit,nihil noui constituendum est in eum,qui rem bona fide emerit a: idque & Pomponius scribit.

Ad l. Planè.14.

Ratio dubitandi. Interest minoris rem suam habere potius quàm eius æstimationem. *l.si ex causa.9.in pr.supr.hoc tit.*Ergo etiamsi primus emptor eiusve heres idoneus sit & soluendo non eo minus tamen danda est minori restitutio contra tertium possessorem quamuis bonæ fidei emptorem.Alioqui dicendum erit in hoc dari restitutione m minori,vt c ogatur rem suam vndere cumis qui rei suæ precium etiam inuitus accipit hoc ipso em suam vendere videatur. *l. eius rei. 46. & segu. infr.de rei vind.l.non enim.9 .rer.amot.* Id enim est quod dici solet litis æstimationem similem esse emptioni.*l.2.pro emptor.l.1.de æstim. act.*

Ratio decidendi. Non semper interest minoris rem habere potius quàm æstimationem, sed eò tantum casu quo talis res sit in quam cadat probabilis & honesta adfectio, vt in specie. *l.si in emissionem.34.* ĩ. *hoc tit.* Sed tamen hoc quoque casu puto locum habere, quod in hac lege scribitur ex Paulo nihil noui constituendum esse in eum qui rem bona fide emit, id est, qui rem illam minoris fuisse ignorauit, quando is qui à minore rem accepit aut heres eius idoneus est, tametsi videam Accursium dissentire. Moueor *ex §.fin.l.præced.* vbi Vlpianus vel ipso interprete Accursio hunc quoque casum tractat in iis verbis *vel re sua careat.* neque tamen aliter dat actionem in secundum emptorem eo casu quo primus non sit soluendo quàm si sciuerit rem gestam inter minorem & primum emtorem. Item ex eo quòd huius legis verba valde generalia sunt & præcisa quæ porro nullam distinctionem admittunt. Postremo etiam ex eo quod damnum contingens minori cum is re sua carere cogitur non pecuniarum damnum est, sed adfectionis cuius proinde multo minor ratio habenda est & habetur in persona primi quoque emptoris. Quanto igitur magis in persona secundi emptoris, cui nihil prorsus imputari potest? Fateor minoribus etiam in lucro subueniri. *l.ait prætor. 7. §. hodie.8.hoc tit.* & consequenter multo magis subueniendum iis esse in damno etiam adfectionis: quia qualecumq; damnum facit causam restitutionis fauorabiliorem quàm lucrum qualecunque.Sed cum minori succurri non potest citra iniuriam dãnumque illius cui nihil potest imputari, dico fauorabiliorẽ esse causam tertii bonæ fidei possessoris, quã minoris cuius nihil interfit nisi ratione dãni quod sit adfectionis tantùm aut ratione lucri omissi.

a *Qui*

a *Qui rem bona fide emit.* Id est, qui omnia inter minorem & primum emptorem gesta ignorauit. Hoc enim sensu bonæ fidei emptorem Paulus & Vlpianus dixerunt non quomodo alias accipi solet de eo qui rem alienam à non domino,quem dominum esse putabat,comparauit. Quod verò hinc generaliter colligit Bartol. prioris contrahentis bona prius discutiẽda esse quàm peruenianur ad tertium possessorem, quem ignorantia excusat, vereor ne nõ sit probabile, eo scilicet casu quo bona quæ per tertium possidentur,sunt actori obligata. Alioqui probaret hic locus iam inde ab Vlpiani &Pauli tẽporibus competiisse tertio possessori beneficium excussionis, quod falsum est cum fuerit nouo iure inductum à Iustin.*Nouel.4.de fideiuss.*Et toti veteri iurisprudentiæ incognitum extra casum. *l. Mõschis.47. de iur.fis.* Habet ergo hic locus rationem specialem quam attuli, quòd restitutio in integr. quæ ex hoc edicto datur minoribus,licèt imperſonaliter & in rẽ magis quàm in personam concepta sint verba edicti,rẽ ipsam tamẽ non afficit,sed personam,nec datur minori contra tertium possessorẽ nisi quodammodo in subsidium,ac proinde quatenus duntaxat necesse est vt indemnis seruetur.

15. GAIVS lib.4. ad Edictum prouinciale.

Sed vbi restitutio datur posterior emptor reuerti ad auctorem suum poterit.

Ad l. Sed vbi.15.

Ratio dubitandi. Qui rem quam à minore comparauit non refragantibus legibus alii subinde vẽdidit, is neque rem alienam vendidit neque alii obligaram, cùm factus sit dominus per emtionem. Emit enim à domino & iure non prohibente. Ergo non potest obligatus esse de euictione. Sunt námque duæ illæ causæ ex quibus actio de euictione nasci solet.*l.3.& passim. Cod.de euiction.* Ratio decid. Euictio debetur à venditore omni casu quo non licet emptori rem habere. Quid enim refert emtoris an rem habere ideo non possit quòd aliena fuerit aut obligata? An quia fuerit minoris cui restituenda sit cognitione prætoria? *l.euictus.35.l. minor.39.de euiction.* id est, an iure communi res euincatur an speciali per beneficium & auxiliũ restitutionis?Etsi enim non videtur venditor aut expresse aut tacitè hoc promisisse quod extraordinario prætoris auxilio & contra ius commune euenire posset.*leg. 3. in principio. & §.1. ratam rem habet.* Æquum tamen non est beneficium prætoris cuiquam esse captiosum.*leg.Paulus notat.8. de prætoria stipulatione.* vt Accursius noster non insubtiliter ratiocinatur ad *d.l.minor.*

1 ¶ **Per plures quoque personas si emptio ambulauerit,idem iuris erit.**

Ad §.1.Per plures.

R.dub.Quo plures personę sunt per quas emtio ambulauit, eò minus æquum est inquietari possessorem eundémque vltimum emtorem, cùm tanto minus ei imputari possit quod emerit rem quę aliquando fuit minoris,aut quod non fuit diligentior & curiosior in inquirendo an ea res minoris aliquando fuisset.Ne alioqui detur progressus in infinitum si etiam iis qui emunt à maiore necessitas imponatur perquirendi an ex tot venditoribus qui præcesserunt aliquis fuerit minor. Ergo multum interest an per duas tantum personas emtio ambulauerit,an per plures.

Rat.dec. Eædem rationes quas supra attulimus pro minore restituendo contra secundum emtorẽ militant etiam cõtra tertium,quartum & quintum, alióſque deinceps,quia omnimodo minor indemnis seruãdus est,dummodo soli eius adfectioni indulgeatur, propter quam sanè in damno morari posteriorem emtorem æquum non esset. Ex quo fit apertius quod in præcedenti diximus, si primus emtor eiusve heres idoneus sit & soluendo non esse faciendam restitutionem aduersus sequẽtes emtores. nec si minoris interfit rem potius habere.Nemo enim negauerit parcius ei succurrendum ex hac causa cum per plures personas emtio ambulauit: quo tamen casu idem iuris esse Paulus hic scribit.Iunge *l.si pro re 22.§.1.& seq.* ĩ. *de euict.* At cum minor non aliter audiendus sit petens in integ.restitutionẽ quàm si pecuniam restituat quæ ei data fuit,siue in totũ, si fortè soluta sit curatori, siue quatenus, saltem locupletior factus est. *l.quòd si minor.24.§.restitutio.l.patri.27.§.si pecuniam.* ĩ. *h. tit.*An cogendus erit eam pecuniam restituere primo emtori cum quo contraxit, an tertio possessori qui ipse conuenitur? Et Accurs. quidem variat,vt solet.Sed cum iam toties dixerimus post Vlpianũ & Paulum non aliter dandam minori restitutionẽ contra tertium bonæ fidei emtorem qui rem cum minore gestam ignorauit, quàm si primus emtor eiusve hæres non sit soluendo,intrepidè dicendum est restituendam possessori pecuniam,vt qui actionem de euictione nullam nisi inefficacem ob inopiam debitoris sui habere potest. *leg. nam is nullam.6.de dol.*vt hoc saltem habeat ex persona primi emtoris pro cuius facto conuenitur quod emtor ille habiturus esset si conueniretur.arg.*l.qui solidum.78.§.1.de leg.2.l.dotem.6.in fin. de .collat.bon. l.emptor.65.de rei vind.* Cum in eo nulla fiat iniuria vel minori,cuius planè nihil interest cui reddat pecuniam dummodo liberetur,vel primo emptori qui si soluendo esset plenissimam indemnitatem secundo emptori præstare cogeretur, quique proinde ex ea pecuniæ restitutione vltimo emptori facta nullo damno adficiatur.arg.*leg.in creditore 38. de euiction.*tanto minus scilicet ei ex causa euictionis debiturus.

16. VLPIANVS lib.II. ad Edictum.

In causæ cognitione etiam hoc versabitur, num fortè alia actio possit competere a citra in integrum restitutionem. Nam si communi b auxilio, & mero iure munitus sit,non debet ei tribui extraordinariũ auxiliũ.Vtputa cum pupillo contractũ est sine tutoris auctoritate nec locupletior factus est. ¶ Itẽ relatũ est apud Labeonẽ,si minor

circumſcriptus ſocietatem coierit[c], vel etiam donationis cauſa[d], nullam eſſe ſocietatem nec inter maiores quidem: & ideò ceſſare partes prætoris. idem & Ofilius reſpondit: ſatis enim ipſo iure munitus eſt.

Ad l. In cauſæ. 16.

a *Num fortè alia actio poſſit competere.* R. dub. Reſtitutio in integrum quę ex hoc edicti capite competit non eſt ſimilis ceteris quæ dantur ex duabus prioribus partibus edicti, id eſt, ex edicto, Quod metus cauſa, & De dolo. Illa enim ita demum dantur ſi alia actio non ſit. *l. item ſi cùm. 14. §. in cauſæ. ſup. quod met. cauſ. l. 1. §. ait prætor. l. & eleganter. 7. in priuc. & paſſ. ſup. de dol.* Hæc verò datur etiamſi alia actio ſit. *§. Pomponius. h. l.* Ergo non hoc in cauſæ cognitione verſari poteſt an alia actio poſſit competere citra in integrum reſtitutionem. Rat. decid. Aliam actionem Vlp. hìc intelligit non quācunque ſed eam dumtaxat quam haberet minor ſi negotium quod geſſit geſtum non eſſet, id eſt, quę ei competit ipſo iure, idque non aliam ob cauſam quàm quod ipſo iure non valeant quæ geſta ſunt per minorem. Cuius rei exempla ponuntur in hac lege ſi fortè cum pupillo contractum ſit ſine tutoris autoritate, nec is locupletior factus ſit. Item, ſi minor circumſcriptus ſocietatem coierit vel etiam donationis cauſa: quibus caſibus certum eſt cùm ipſo iure contractus non teneat nullam ex eiuſmodi contractu actionem contra minorem aut pro minore naſci. Actio enim præſupponit obligationem, ſobligatio contractum. Atqui ſi negotium nullum geſtum eſſet nulla actione poſſet conueniri pupillus ex eo contractu ex quo locupletior factus nō eſſet: rem autem ſuam de qua perperam & contra leges contraxit poſſet vendicare. Nulla ergo indiget reſtitutione, quoniā habet aliam actionem ſibi competentem ipſo iure, id eſt, vindicationem. Quòd ſi aliam haberet actionē ex ipſo negotio competentem vt puta condictionem vt in ſpecie. *§. Pomponius.* non eo minus danda eſſet minori reſtitutio. Atque ita hic locus accipiendus eſt, non quomodo à Cuiacio qui poſt Accurſium hìc notat actionis verbo etiam contineri ius dicēdi nullum, vt in edicto De dolo malo, quod vtrumque falſum eſt. Nec enim iure noſtro quidquam dicitur nullū per viā actionis, ſed ob hoc ipſum quòd quid nullum eſt priſtina actio ſiue vindicatio ſiue alia illa ſit competit quæ non competeret ſi contractus nullus non fuiſſet. Malè rurſum idem Cuiacius addit eſſe ſemper aliam actionem minori ſi id minor malit: priſtinam ſcil. inquit ille, vel in rem reſciſſa alienatione, vel in perſonam reſciſſa liberatione ex *l. in cauſa 13. §. interdum. ſup.* Nam cùm neceſſe ſit reſcindi alienationem vt actio in rem cōpetat, vel liberationem vt actio in perſonam: reſciſſio autem illa non fiat niſi per in integrum reſtitutionem: apparet ſatis non eſſe has actiones tales de quibus poſſit dubitari, an debeāt impedire reſtitutionem, quam è contrario petitam ſupponunt & impetratam. Nec ſubtilius eſt quod idem Cuiacius ſubiicit, Eſſe etiam minori ſemper ætatis exceptionem & replicationem: ex *l. nam poſteaquam. 9. §. ſi minor. de iureiur.* Is enim locus probat potius neque exceptionem ætatis eſſe neque replicationem niſi beneficio in integrum reſtitutionis vt oſtendunt verba illa Vlpiani. *Sed plerumque ipſum prætorem debere cognoſcere an minor captus ſit & ſic in integrum reſtituere*: quod & Accurſius noſter ad eum locum notat. Debuit ergo Cuiacius dicere, Tunc aliam actionem minori competere citra reſtitutionem cum id quod à minore geſtum fuit ita nullum eſt vt neque actionem in eum aliquam nouam parere potuerit, neque ſi quam veterem aut actionem aut exceptionem habuit ei auferre. Proinde his caſibus ceſſare partes prætoris nec reſtitutioni locum eſſe.

b *Nam ſt communi.* R. dub. Auxilium appellationis eſt commune auxilium iuris. *l. 3. §. falſus procurator Rat. rem hab.* Atqui quod appellatio interpoſita præſtat maioribus, id beneficio ætatis per reſtitutionem conſequuntur minores, *l. præſes 42. ff. hoc tit.* Ergo etiam ei qui communi auxilio munitus eſt tribui debet extraordinarium auxilium reſtitutionis. Rat. dec. Non ait Vlp. quod plerique putant non eſſe dandum minori auxilium reſtitutionis ex hoc capite, cùm ei aliud competit ordinarium & commune, ſed non eſſe dandum ei qui cōmuni auxilio & ipſo iure munitus eſt, id eſt, cui autoritas iuris illęſum ius ſuum conſeruauit non obſtante negotio, quod geſſit perinde atque ſi non geſſiſſet. Itaque pro ſynonimis iſta accipit Vlpianus *communi auxilio, & ipſo iure munitum quem eſſe.* & commune auxilium intelligit non quod ſit commune maioribus & minoribus, quale eſt auxilium appellationis (nam & minor appellare poteſt ſi id malit.) ſed quod minoribus omnibus aut pupillis omnibus commune eſt ex ſola iuris autoritate citra vllam adeundi prætoris neceſſitatem: ad differentiam auxilij reſtitutionis pro quo impetrando neceſſe eſt adiri prætorem adeoque cauſæ cognitionem ab eo interponi. Idque apparet etiam ex eo exemplo quod ſtatim ſubiicitur de pupillo qui ſine tutoris autoritate contraxit nec locupletior factus fuit. Quod enim is non obligatur fit quidem iure communi pupillis omnibus: ſed tamē quod poſſis dicere proprium pupillorum cum neq; maioribus neque verò minoribus adultis ſit cōmune. Alia ſanè exempla quæ ſequuntur pertinent ad ius cōmune omnis ætatis hominib. vt textus ait. Cùm autē in hoc verſ. reddat Vlp. rationē eius quod prius dixerat in cauſæ cognitione etiam hoc verſari; num fortè alia actio poſſit competere vt nimirū ſi cōpetat reſtitutio non detur ſiue generalis ſit ſiue ſpecialis (hoc enim addo vt Ioannis diſtinctionem conuellam) apparet non alio ſenſu ita ſcripſiſſe Vlpianū quàm quo ſupra interpretati ſumus. Et in eo quoq; Ioannem erraſſe qui hunc verſiculum ſic accepit ac ſi non tam dicti rationem contineat quàm nouum à ſimili argumentū. Si. n. ita ſenſiſſet Vlp. debuerat ſcribere, *nam eſſi cōmuni auxilio*, non quomodo ſcripſit *nam ſi.* Illud ſane verum eſt quod hic notat Accurſ. non debere auxiliū extraordinarium peti vbi competit ordinarium & cōmune ex *l. cùm ſine. 11. ff. de Carbon. edict. l. quadā, 9. ſup. de edend. l. 1. in fin. ad municip.* Noli tamen ſic intelligere vt non poſſit dari reſtitutio ei qui ſit ipſo iure munitus. Non debet quidem dari vt hic Vlpianus loquitur, ſed tamen poteſt, quamuis ex abundanti & non neceſſario. *l. 2. & l. ſiquidem. 11. C. de præd. minor.* Nemini enim facit iniuriam prætor cum dat reſtitutionem ei qui ſatis tutus eſt ipſo iure, non magis quàm cum dat prætoriam actionem ei qui habet ciuilem. *l. 3. §. ait prætor. ff. naut. caup. ſtab.* aut cum dat exceptionem ei qui habet actionem. *l. 1. §. is autem. de ſuperf.*

c *Si minor circumſcriptus ſocietatem coierit.* Ratio dubitandi. Licèt bona fides contraria ſit fraudi & dolo. *l. 3. §. vlt. pro ſoc.* tamen dolus interueniens in ceteris contractibus bonæ fidei, putà in venditione & emptione, non ideo facit contractum ipſo iure nullum niſi etiam dederit cauſam contractui. *§. idem Pomponius. ff. h. l. iunct. l. & eleganter. 7. ff. tit. rox.* Et ideo venditionem ex doli cauſa per reſtitutionem reſcindi neceſſe eſt. *l. ſi dolo 5. C. de reſc. vend.* Falſum igitur eſt ſi minor circumſcriptus ſocietatē coierit adeo nullam eſſe ſocietatē, ne inter maiores quidem nulla ei ſit opus reſtitutione.

Rat. dec. Locus hic vt & *d. §. vlt. l. 3.* accipiendus eſt de dolo qui interuenerit in eo ipſo vt minor ſocietatem coiret, quam alioqui nunquam fuiſſet coiturus, id eſt, de dolo qui dederit cauſam contractui ſocietatis. Quod genus doli certum eſt ita repugnare bonæ fidei, vt nullum faciat contractum quemlibet, qui alioquin bonæ fidei eſſet. *d. l. & eleganter. 7.* vbi dixi. Non tamen diſplicet quod notat Accurſius contractū hoc caſu tenere ex parte illius qui dolum paſſus eſt vt poſſit agere pro ſocio ſi velit. Non quaſi contractus pēdeat in id vſq; tempus quo ſuam ille declarauerit volūtatem, quod abſurdum eſſet. arg. *l. Pomponius. 9. de negot. geſt.* Sed vt abnitio ſtatim ex parte ipſius teneat, nō ex parte alterius, quippe qui dolum ſuum allegare nō poteſt. *ſi creditoribus 5. C. de ſeru. pign. dat man.* Quāquam non eo minus permittendum eſt dolioſo, vt excipiat ex eodem contractu ex quo conuenitur. *l. ſi ex emptione. 34. §. item ſi emptor.* vbi aliquādo dicemus, Deo faciente, de contrah. empt.

d *Vel etiam donationis cauſa.* Ratio dubitandi. Vnuſquiſque ſuæ rei moderator eſt & arbiter. vulg. *l. in re mandata. 21. C. mand. act.* Ergo ſi quis ex ſociis velit donationis cauſa coire ſocietatem non eſt impediendus.

Ratio decidendi. Donationis cauſa ſocietas rectè non contrahitur, nequidem inter maiores. *l. 5. §. vlt. pro ſocio.* vt neque vēditio: nimirum ſi in totum non pro parte ita contrahitur. *l. ſi quis donationis. 38. de contrah. empt. l. cùm hic ſtatur. 32. §. ſi inter. de don. int. vir. & vxor.* Nec enim id fieri poteſt quin aliud agatur, aliud ſimuletur quod bonæ fidei contractus non admittit. Hactenus autem ſuæ rei moderator quiſque eſt arbiter, dum ne tamen vis vlla legibus fiat. Legis enim eſt non hominis priuati legibus & iuribus imperare. *l. vl. de ſtatu & leg. l. nēmo poteſt. 55. de legat. 1.* Ergo his caſibus ceſſant partes prætoris in danda minori reſtitutione, quia minor ipſo iure ſatis munitus eſt, qui in eadē conditione & cauſa eſt, ſi conueniatur in qua eſſet, ſi nullum negotium geſſiſſet. Denique hoc vnum in his omnibus caſibus vult Vlpianus, non debere ſe interponere prætorem ad reſcindendum per reſtitutionem factum illud quod ipſa iuris autoritas iam fecerit irritum & infectum, & per quod non magis impediatur minor rē ſuam vindicare, quàm ſi ſocietatem nullam contraxiſſet. Societas valida impedit ne quis ex ſociis res ſuas vindicare poſſit, cùm ſocietas fecerit eas communes. Sed ſocietas inutilis cùm effectum nullum habeat priſtinam actionem, id eſt, vindicationem quę alioqui competeret impedire, non poteſt.

1 ¶ Pomponius quoque refert libro viceſimo octauo cùm quidam heres rogatus eſſet fratris filiæ complures res dare ea conditione, vt ſi ſine liberis deceſſiſſet, reſtitueret eas heredi: & hæc defuncto herede, heredi eius cauiſſet, ſe reſtituturam: Ariſtonem putaſſe in integrum reſtituendam. Sed & illud Pomponius adiicit, quòd potuit incerti condici hæc cautio etiam à maiore. non enim ipſo iure, ſed per conditionem munitus eſt.

¶ Et generaliter probandum eſt, vbi contractus non valet, pro certo prætorem ſe non debere interponere.

Ad §. 1. Pomponius.

Ratio dubitandi. Vbi alia actio poteſt competere citra in integrum reſtitutionem non eſt danda reſtitutio, vt proximè dictum eſt initio huius legis. Atqui in hac ſpecie competit condictio incerti, quoniam cautio præſtita heredi heredis pro fideicommiſſo condicionali, cuius conditio iam decerat fuit prorſus indebita. Siquidem fideicommiſſum condicionale neque debetur ante impletam condicionem, neque ad heredem tranſmittitur. *l. unic. §. ſin autem aliquid. Cod. de caduc. toll.* Ergo non debet hoc caſu dari reſtitutio.

Ratio decidendi. Eſt quidem munitus minor per condictionem quæ competeret etiam maiori, quia non magis in maioris quàm in minoris potestate eſt facere, vt fideicommiſſum condicionale ad heredem fideicommiſſarii tranſmittatur. Sed non ideo minùs reſtitutio locum habet, quia non ipſo iure munitus eſt hoc caſu minor, id eſt, ita vt nullo facto indigeat vt indemnis ſeruetur, cum neceſſe ſit ei vt condicat; ne alioqui remaneat obligatus. Proinde cum aliquid ei neceſſariò faciendū ſit ad conſequēdam indemnitatem tam facilè, támq; æquum eſt dari ei reſtitutionem atque condictionē, Quod planè diuerſum eſſet ſi ſola iuris autoritas poſſet ſufficere ad conſeruanda ei iura integra quę ante habebat. In eóque differt maximè condictio à vindicatione. Condictio enim præſupponit contractam obligationem aut factam dominii tranſlationem, naſcitúrque ex negotio, quod tenet ipſo iure. *l. ſi area 33. de condict. indeb.* ſicut & reſtitutio, atque ita ſpeciem quandā habet reſtitutionis, cùm per eam dominium quod fuerat tranſlatum repetatur, aut contracta obligatio reuocetur. Quare nec mirum eſt ſi concurrat cum reſtitutione in integrum in perſona minoris.

At vindicatio è contrario tunc competit cum negotium quod gestum fuerat vt dominium transferretur, ipso iure non tenet. Præsupponit enim dominum mansisse illum qui antea fuerat, nec proinde vlla egere restitutione. Nimirum propter concurrentem iuris communis & ordinarij potestatem. Dices condictionem non posse quidē proponi nisi interueniente aliquo facto agētis, sed tamen competere ipso iure. Non ergo hac parte differre à vindicatione. Nam & vindicare facti est nō iuris, sed aliud est dicere, cōdictionem competere ipso iure quod non nego, aliud verò munitum esse ipso iure, eum qui potest habere cōdictionē, quod hīc Vlpianus negat, cum opponit ista tanquā contraria *munitum quem esse ipso iure & munitum esse per condictionem.* Munitū enim ipso iure intelligit nō cui aliqua actio ipso iure competit ex negotio, quod gessit, sed cui è contrario nulla competit ex illo negotio, & contra quem etiam nulla, quia negotium non tenuerit, quod euenit quoties contractus non tenet. Quo tamen casu vindicatio cōpetit. & consequenter alia actio citra restitutionem, at non ex negotio gesto, imò ob hoc ipsum quod cum contractus ipso iure non tenuerit nihil gestū intelligitur. Ideoq; bene subjicit Vlpianus *& generaliter probandū est vbi contractus non valet pro certo prætorem se non debere interponere.* quo velut epilogo totam hanc tractationem concludit, & interpretationem nostram mirificè confirmat. non ait, *vbi alia actio est*, inquit Cuiac. sed *vbi contractus non valet.* Verum idem in hoc loco vtriusque formulæ sensus est, vt apparebit si huius legis initium iūgas cum hoc fine. Ibi enim dixit Vlp. si alia actio sit nō dari restitutionem. Hīc verò, non debere prætorē se interponere vbi contractus ipso iure non valet, nempe, quia cum contractus ipso iure non tenet, per quem voluit minor dominium rei suæ in aliū trāsferre, alia semper actio competit, scilicet, vindicatio quæ ante cōtractum competebat, nec proinde nascitur ex negotio. At cum contractus ipso iure tenet, non potest competere vindicatio, sed necesse est recurri ad condictionem quæ nascitur ex negotio ipso vt dixi ex *l. si in area 33. de condict. indeb.* Tota igitur hæc quæstio in eam tandem distinctionem nostram incidit, an alia actio competat ex eo ipso negotio ex quo petitur restitutio, an ipso iure citra negotium, vt si alia competat ex negotio restitutio quoq; detur, aut si aliud remediū, putà appellationis. Tam enim appellationi quàm restitutioni in integrum aduersus sententiam dat causam sententia & cōdemnatio, si verò alia comperat, sed aliunde quàm ex ipso negotio, ea verò impediat restitutionem. Hoc verò neque Ioannes neque Martinus intellexerūt qui de huius loci sententia tantopere pugnarunt. Etsi melius Martinus in eo quod sensit Aristonem bene putasse, nec fuisse à Pomponio reprehensum. Illam denique rationem, *non enim ipso iure* &c. ad Aristonis sententiam probandam referri debere non ad probandam adiectionem Pomponij: Nam cum initio legis dictū esset non esse dādam restitutionem si alia sit actio videbatur hoc suadere, non esse igitur dandam in specie ab Aristone proposita cum in ea detur condictio, quam obiectionem diluit Vlpianus iis verbis *non enim*, vt intelligamus quod initio dictum fuerat *si alia actio non sit*, de ea demum actione intelligi debere quæ cōperat ipso iure aliunde quàm ex negotio quod gestū fuit. Malè igitur interpretes nostri vulgo existimant minorem qui læsus est vltra dimidiā iusti precij non posse restitui ex hoc edicto nisi cum ipsius interest rem omnimodo habere quasi sufficere ei debeat quod habeat auxilium commune. *l. 2. C. de rescind. vendit.* Quod in specie consuluit *Cræuet. cons. 7. nu.* Nam cum vtrum jue auxilium ex huius edicti & *d. l. 2.* ex eodem negotio & contractu nascatur, non potest restitutio per condictionem impediri. Præsertim cùm valde intersit minoris, vt ex hoc edicto potius restituatur, siue quòd rem tam facilè sit enormem læsionem & quæ vltra dimidiam iusti precii sit probare quàm aliam minorem, siue quod etiam probata enormi læsione is qui à minore emit habet electionē supplendi iusti precii, si ex *d. l. 2.* conueniatur quàm electionem non haberet si aduersus eum restitutio ex hoc edicto cōcederetur. Text. est in *l. 1. C. si aduersus fisc.* nec probabilius est quod vult Accurs. minorem si sit deceptus ex proposito non posse restitui, nec si dolus inciderit in contractum, quod hoc casu tutus sit minor iure communi cum actionem ex contractu habere possit ad dolum vindicandum, quam & maior haberet. Fateor non restitui si dolus causam dederit cōtractui vt dicam ad fin. *§. seq.* sed nego idem dici posse si dolus inciderit in contractum, putà si dolo malo venditoris emptor deceptus sit in precio aut contra, vt in *§. seq.*

2 ¶ Idem Pomponius ait, in pretio emptionis & venditionis naturaliter[a] licere contrahentibus se circumuenire.

Ad §. 2. Idem Pomponius.

Rat. dub. Venditio est contractus bonæ fidei, atque nihil tam cōtrarium est bonæ fidei quàm fraus & dolus. *l. 3. §. vlt. ff. pro socio. l. si dolo 5. C. de rescind. vendit.* Ergo non potest esse quod hic dicitur, In pretio emptionis & venditionis licere contrahentibus naturaliter se decipere. Rat. decidendi. Intelligendus est hic locus non de deceptione quæ dolū adnexum habet qui semper & in omnibus cōtractibus etiam strictis prohibitus est. *l. bonam fidē 4. C. de oblig. & act.* sed de læsione, quę in re ipsa interueniat ex natura contractus venditionis, qui sic iniri solet, vt emptor viliore comparandi, vēditor cariore distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addēte, ad certum tandem consentiant precium. *l. si voluntate. 8. C. de rescind. vend. iunct. l. item si precio 22. §. vlt. cum l. sequ. ff. locat.* Si ergo dolus interuenerit quia numquam licitus est vindicabitur per actionem ex ipso contractu, etiam à maiore, multò magis à minore, sed si minor malit in integrum restitui non eo minus erit audiendus. vt dixi contra Accurs. ad *§ præcedentem.* Quod si non dolus aliquis interuenerit, Sed sola læsio, vltra dimidiam tamen iusti precij, non erit licita læsio, sed vindicanda auxilio. *l. 2. C. de resc. vend.* quæ nouum ius continet solis maioribus necessarium, non etiam minoribus quibus longè vtilius & commodius est beneficium restitutionis, ex causa ætatis. *l. quisquis. 15 C. de rescin. vend. l. si quidem. 11. C. de præd. minor. d. l. 1. C. si aduers. fisc. l. 1. C. si maior. facti. alien. rat. hab.* Nisi quod beneficium competens maioribus durat 30. annis, cùm sit condictio ex lege. *l. 3. C. de præscr. 30. ann.* licèt Cuiac. malè hic scribat post Constantinum finiri quadriennio quasi speciem quandam habeat restitutionis, quod falsum est. Si enim ita esset non haberet emptor arbitrium iusti precij supplendi. At restitutio minorum finitur quadriennio sicut cæteræ. *l. vlt. C. de temp. in int. restit.* hodie decennio continuo apud nos ex iure nostro prouinciali. Illud quoq; falsum est quod Cuiac. addit *diem. l. 2.* trahi ad emptorem. Idque Cuia. ipse postea refutauit, scripsi latè in *err. 7. Decad. 8. de error. pragmat.*

a *Naturaliter.* Noli intelligere cum Accursio, de iure gentium aut naturali, sed refer hoc ad naturam & substantiam contractus, vt scriptum est in *d. l. si velamate. 8. C. de rescind. vendit.* Aut intellige *naturaliter, i. reuera*, aut quod idem est *in re ipsa*, quomodo dicimus naturaliter aperiti tabulas testamēti in *l. 3. §. aperire*, de SC. Silan. scripsi *in err. 7. Decad. 7. de error. pragmat.* Videtur autem Vlpianus ex Pomponio hanc sententiam addidisse, quasi per antithesim eius quod dictum est in præcedentibus. Nullam esse societatē si minor circumscriptus societatem coierit, ideóque nec agere restitutione. Nam ne quis putaret idem dicendum, si minor in venditione circumscriptus esset, subiungendū fuit, In precio emptionis & venditionis licere contrahentibus naturaliter se circumuenire, vt intelligamus non esse hoc casu nullam venditionem, & cōsequenter necessariam esse minori restitutionem si velit sibi succurri aduersus venditionem, aut emptionem. Venditioni hac parte similis est locatio. *d. l. item si precio. 22. §. vlt. locat.* non etiam societas in qua cum omnia communicentur sic vnusquisq; rem suam gerit vt alienam, & alienam vt suam. Omnibus tamen bonæ fidei contractibus commune illud est, vt nulli sint si dolus dederit iis causam. *l. & eleganter. 7. §. 1.* vbi dixi. Proinde cum id euenit restitutio dari non debet ei qui est ipso iure munitus.

3 ¶ Nunc videndum, qui in integrum restituere possunt[a]. Et tam præfectus vrbi[b] quā alii magistratus[c] pro iurisdictione sua[d] restituere in integrum possunt tam in aliis causis, quàm contra sententiam suam[e].

Ad §. 3. Nunc videndum.

a *Qui in integrum restituere possint.* Nec enim omnes possunt, putà magistratus municipales. *l. ea. quæ 26. §. 1. ad municip.* An quia dare in integrum restitutionem sit mixti imperij, ea verò quæ mixti imperij sunt magistratus municipalis facere possit. Ita vulgo putant interpretes ex *d. l. ea quæ in princip.* sed malè. Nam neque verum est restitutionem in integrum esse mixti imperij, cùm in ea danda nulla coercio versetur, neque aliud quicquam præter iurisdictionem. Neque illud quoquè, ea, quæ sunt magis imperij, quàm iurisdictionis esse mixti imperij, vt docui ad *l. 3. de iurisdict.* Ratio igitur est, quia dare in integrū restitutionem est iurisdictionis prætoriæ, quam proinde alius dare non potest quàm prætor aut præfectus vrbi, aliíque magistratus maiores prætore, aut quibus nominatim id ius datum est, in quo numero non sunt magistratus municipales, si non habeant expressum mandatum,

b *Tam præfectus vrbi.* Notandus est hic locus contra eos qui putant præfectum vrbi nullam nisi criminalem iurisdictionem habuisse, ob id quod præfectura vrbis omnia sibi crimina vindicauerit post epistolam Diui Seueri ad Fabium Chilonem. *l. 1. de offic. præf. vrb.* Nam etsi verum est habuisse præfectum vrbi iurisdictionē de omnibus omnino criminibus, illud quoq; tamen verum est, cognouisse præfectum vrbi de multis causis ciuilibus, præsertim ex appellatione à prætore. *L. Æmilius. 38. ff. hoc titul.*

c *Quàm alij magistratus.* R. dubit. Restitutiones omnes in integrum sunt ex edicto prætoris, ergo non alij magistratus quàm prætores possunt in integrum restituere. R. dec. Solus prætor restituit ex suo edicto, sed alij tamen magistratus qui iurisdictionem habent, restituunt etiam pro sua iurisdictione, moti eadem æquitate qua prætor, cùm non minùs habeant autoritatis qui maiores sunt magistratus, in iis scilicet quæ ad suam iurisdictionem pertinent. Id enim est quod sequitur in hoc textu. d *Pro sua iurisdictione.* Dare enim restitutionem in integrum iurisdictionis est. *l. vlt. C. vbi & apud quem cognit. in integ. restit. sit.*

e *Quàm contra sententiam suam.* R. dub. Iudex posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit, nec ampliùs suam sententiam corrigere potest, quia siue benè, siue malè, officio functus est. *l. iudex. 55. de re iudicat.* Idémque de sententia prætoris scriptum est in *l. quod iussit. 14. in fin. de re iudic.* Ergo non potest fieri vt quis contra sententiam suam in integrum restituat. Præsertim cùm per restitutionem in integrum rescindatur, id contra quod restitutio postulatur, *l. si dolo. 5. C. de rescin. vendit. l. in causa. 13. §. interdum. ff. h. ti.* Sententia verò rescindi non possit. *to. ti. C. de sen. rescind. non poss.* R. dec. Quod scriptum est in *d. l. iudex* ad iudices pedaneos pertinet qui nullam habent iurisdictionem, sed tantùm notionem qualem iis dedit qui iurisdictioni præest. *l. 5. in princip. eo. ti. d. l. vlt. C. vbi & apud quem.* Non autem ad magistratus qui iurisdictionem habent proprio iure. qui etiamsi pronūciauerint, retinent tamen iurisdictionem, quia & magistratum cui adnexa est iurisdictio. Et quamuis iure Pandectarum magistratus isti per se cognoscere non possent, ideóque iudices dare cogerentur, exceptis quibusdam duntaxat grauioribus causis, non eo minus tamen dicebantur ferre sententiam, si quando nisi cognoscebant & pronunciabant. *l. prox. seq. & ti. C. de senten. præf. prætor.* Ea ratio faciebat, vt aduersus suam sententiam possent dare in integrum restitutionem, atque ita sententiam suam rescindere, si qua restitutionis causa iusta proponeretur. Nam quod dicitur sen-

tentiam rescindi non posse, non ita generaliter accipiendum est quasi sit perpetuò verum. Rescinderur enim sententia aut iure communi per appellationem, quæ scilicet extinguit iudicatum. *l. 1. §. vlt. ad Turpil. l. furti. 6. §. 1. de his qui not. infam.* aut per in integrum restitutionem. *tot. ti. C. si aduers. rem iudic.* Sed nō per rescriptum Principis, neque per solam eius qui sententiam dixit voluntatem. Atque ita accipi debet *d. l. quod iussit. 14. de re iudic. l. pœnam. 16. C. de pœn. l. 1. §. vlt. de quæst. & totus ti. C. sent. resc. non poss. vt constat ex l. 1. & 3. ill. tit.* iunct. *l. 2.* in illis verbis *citra remedium appellationis. & l. si causa cognita. 32. C. de transact.* Est tamen hoc speciale in minore, vt possit restitui contra rem iudicatam *tot. ti. C. si aduersus rem iudic. l. 1. §. vlt. de offic. præf. prat.* Nam maiores tum quoque cùm iustam habēt causam petendæ restitutionis contra sententiam hactenus tantùm restituuntur vt possint appellare. *l. vlt.* si secundùm Goueani emendationem quem nos post Cuiacium probamus, legatur & intelligatur. *Sup. de in integrum restit.*

PRæfecti etiam prætorio ex sua sententia in integrum possunt restituere, quamuis appellari [a] ab his non posit. Hæc idcirco tam variè: quia appellatio quidem iniquitatis sententiæ querelam: in integrum verò restitutio erroris proprii veniæ petitionem, vel aduersarii circumuentionis allegationem continet.

Ad l. Præfecti. 17.

a *Quamuis appellari.* R. dub. Eadem vis est restitutionis & appellationis ad suspendendam autoritatem rei iudicatæ. *l. si causa cognita. 32. C. de transact.* Atqui non potest appellari à sententia præfectorum prætorio, ne quidem ad Principem, quia Princeps credidit eos qui ob singularē industriam explorata eorum fide & grauitate ad huius officij magnitudinem adhibentur non aliter iudicaturos esse pro sapientia & luce dignitatis suæ quàm ipse esset iudicaturus. *l. vnic. §. 1. de offic. præf. prat.* Ergo neque aduersus sententiam præfecti prætorio danda restitutio est. Ratio dec. Alia ratio est hac parte appellationis, alia restitutionis, propter eam diuersitatis causam quæ hîc posita est in textu. Neque in hoc quicquam fit contra dignitatem præfectorum prætorio, cùm subnixi sint eo priuilegio, vt ab eorum sententiis minores ætate ab aliis magistratibus quàm à præfectis ipsis restitui non possint. *d. l. 1. §. vlt. de offic. præf. præt.* Præfecti enim prætorio cæteris omnibus magistratibus dignitate antecellunt. *l. 1. C. de offic. vicar. l. quilibet. 40. C. de decur.*

18. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

MInor autem magistratus contra sententiam maiorum non restituet.

Ad l. Minor autem. 18.

b *Contra sententiam maiorum.* Ergo maior magistratus restituet contra sententiam minoris, vt in exemplis quæ adfert Cuiacius. Præfectus prætorio aduersus sententiam præsidis, præfectus vrbi aduersus sententiam prætoris, itémque cōsul, quia & hic maior prætore est. *l. 3. §. vlt. & l. seq. de recept. qui arbitr. recep.* Vnde est quod in plerisque causis cessante, & veluti manca potestate prætoris si Princeps mandet dari restitutionem, id mandat Consuli non prætori, vt in *l. cùm quidam. 30. in princ. de acquir. hered.* Sed an par restituit aduersus sententiam paris, putà præses aduersus sentētiam alterius præsidis? Ita putat Accurs. nec videtur dissentire Cuiacius. Alioqui frustra moneret Vlpianus minorem magistratum non posse restituere contra sententiam maioris, si nec par posset restituere contra sententiam paris. In eamque rem citant *l. præses. 42. ff. hoc ti.* vbi dicitur præsidem prouinciæ posse minorem restituere aduersus decessoris sui sententiam. Sed aliud est dicere, Præsidem posse restituere aduersus sententiam decessoris sui, quod ea lex ait, & nos admittimus, quia videtur eo casu contra suā propriam restituere: Aliud verò dicere Posse præsidem restituere aduersus sententiam alterius præsidis, id est, etiam qui alterius prouinciæ præses sit, si tamen sic isti intellexerunt. Etsi enim præsidum omniū par est autoritas, quia omnes omnium magistratuum qui in vrbe sunt partibus & vice funguntur. *l. ex omnibus. 10. cum duab. seqq. ff. de offic. præsid.* separatæ tamē sunt & quidem integris prouinciis iurisdictiones, & cùm par in parem non habeat imperium nec iurisdictionem. *d. l. 3. §. vlt. & l. seq. de recept. l. ille à quo. 13. §. tempestiuum ad SC. Trebell.* fieri nullomodo potest, vt sententia per præsidem vnius prouinciæ lata per alterius prouinciæ præsidem rescindatur. Id enim fieri non potest sine iurisdictione, quam nemo extra prouinciam suam habet. *l. vlt. de iurisdict.* Nec sanè aliter fieri posset, quin iurisdictiones omnes turbarentur. *l. à Diuo Pio. 15. §. 1. de re iudic. l. cùm vnus. 12. §. is qui possidere. de reb. autor. iudic. poss.* Dices, Restitutionem in integrum id præstare minoribus, quod appellatio præstat maioribus. *dict. l. præses.* Atqui non potest appellari ad parem, sed tantum ad superiorem. *l. 1. quis à quo appell. & Nouell. 23. de appellat. & intr. qua temp. §. vlt.* Ergo neque alius quàm superior potest dare restitutionem minori contra rem iudicatam. Ergo non præses, non præfectus vrbi aduersus suam, suive decessoris sententiam restituere potest. Respondeo euidētem esse rationē diuersitatis inter appellationem & restitutionem. de qua in l. præced. Princeps verò aduersus omniū magistratuum sententias restituit, quia omnibus maior est. *l. 1. C. vbi & apud quem. l. 3. C. si aduersus rem iudic.* Neque ideo tamen ab omnibus appellatur: excipitur enim præfectus prætorio. *d. l. 1. §. 1. de offic.*

de offic. præf. prætor. non etiam præfectus vrbi. *Æmilius 38. inf. hoc tit.*

1 ¶ Sin autem princeps sententiam dixit, perrarò solet permittere restitutionē, & induci in auditorium suum eum, qui per infirmitatem ætatis captum se dicat: dum ea, quæ pro causa sunt dicta, nō allegat [a], vel ab aduocatis proditū queratur. Denique Glabrionem Acilium Diuus Seuerus, & Imperator Antonius non audierunt incolorate [b] restitui desiderantem aduersus fratrem post speciem in auditorio eorum finitam [c].

Ad §. 1. Sin autem Princeps.

R. dub. Restitutiones omnes in integrum dantur ex æquitate contra nimium iuris rigorē. *l. 1. l. 3. & pass. ff. de in integ. rest.* Atqui Princeps potissimū æquitatis custos est. ita vt inter ius & æquitatem positam interpretationē soli Principi liceat inspicere. *l. 1. C. de legib.* Ergo nulla frequētior restitutio esse debet, quàm quæ à Principe cōcedatur aduersus propriā ipsius Principis sententiam. R. dec. Ad Principis dignitatē pertinet, nō solùm vti ne quid iniquè decreuisse videatur, sed etiā ne passus sit minorem in suo auditorio, siue propria facilitate, siue aduersarij calliditate circumueniri. Omnium enim iudiciorum solennitatē superare videtur, quod infertum mera fide precibus inter tot mobiles, probasque personas etiā Principis conscientiam tenet, nec de sententia vnquā tractandū est, quæ medio Principe & toto iure quod in scriniis Principis constitutū est, teste lata fuit. arg. *l. omnium. 19. C. de testam.*

a *Dumea quæ pro causa dicta sunt non allegat.* His verbis duo casus exprimuntur quibus permittere solet Princeps in auditorium suum induci eū qui per infirmitatem ætatis captū se dicat. Primus est si allegat ea quæ nō sunt dicta pro causa, id est, si nouas & omissas allegationes proferat, vt in *l. minor. 36. ff. h. tit.* Et ita hic legendum est alio ordine, *Non dicta allegat*, vt Budæus & Cuiacius obseruarunt. Alius casus est si minor se ab aduocatis suis proditum queratur. Quo probato certū est præuaricationem aduocati nō posse nocere minori. *l. 1. C. de aduoc. diuers. iudi.* His verò casibus ideo facilior est princeps ad dandam restitutionem, cōtra suam sententiam, quòd nihil possit imputari Principi, qui sententiam dixit contra minoré ob omissas ab eo allegationes, aut per occultā aduocati præuaricationem.

b *Incolorate.* Id est, nullo colore.

c *Post speciem in auditorio eorum finitam.* Speciem dixit pro causa & lite, vt & Accurs. interpretatur. Sed me verbum hoc ferè mouet, vt putem versiculum hunc esse Triboniani. Vix enim reperias ita vnquā scripsisse Vlpianum: aut alium ex prudentibus nostris. Alio sanè sensu & elegantiore, *huius speciem*, dixit Modestinus in *l. etiam. 29. §. 1. ff. hoc tit.*

2 ¶ Sed & Percennio Seuero contra res bis iudicatas in integrum restitui, Diuus Seuerus, & Imperator Antoninus permiserunt in auditorio suo examinari.

Ad §. 2. Sed & Percennio.

Ratio. dub. Nō potest sæpiùs in eadē causa restitutio in integrum postulari *l. 1. & 2. C. si sæp. in integr. rest. postul.* Atqui ponendū est aduersus priorem sententiam fuisse datam restitutionē, vt potuerit bis iudicari. Alioqui prior sentētia rescindi non potuisset, neque iudicari super iudicato non magis quàm trāsigi cùm res iudicata pro veritate habeatur *tot. ti. C. sent. resc. non poss. l. res iudicata. 206. de reg. iur.* Ergo non potest dari restitutio ne quidem à Principe cōtra res bis iudicatas. Ratio dec. idendi. Potest res bis iudicari, etiam citra restitutionem in integrum, scilicet rescissa priore sententia per appellationem. Et eo casu cum datur restitutio contra res bis iudicatas, nō ideo bis impetratur restitutio in eadem causa. Ideo autem datur restitutio cōtra res bis iudicatas, quia & in eadem causa secūdò appellare licet, dū ne tertio appelletur. *l. vnic. C. ne lic. in vna eademque caus. tert. prouoc.* Id verò præstat restitutio minoribus, quod appellatio præstet maioribus. *l. præses. 42. ff. hoc tit.* Ergo aduersus res ter iudicatas nō dabitur restitutio, quia nec ab iis appellari posset, at ne quidē supplicare Principi, si iudex secundæ appellationis præfectus prætorio fuisset. *d. l. vnic.* Si qua tamen noua & iusta causa esset dādæ restitutionis contra res ter iudicatas dubitandum nō est, quin liceat Principi si velit dare ex hoc casu etiā restitutionem. Nullis enim certis & absolutis legibus potestas Principis cōcluditur, quoties eam ratio aliqua æquitatis implorat, licèt ius refragetur. Sacrilegum namque instar est de potestate Principis dubitare *l. sacrilegij. 5. C. de diuers. rescript.* Sed tamen id esset insolitum quomodo scriptum est in specie seq.

3 ¶ Idem Imperator Lucinnio Frontoni rescripsit, insolitū esse, post sententiā vice sua ex appellatione dictam, alium in integrum restitutionem tribuere, nisi solum principem.

Ad §. 3 Idem Imperator.

R. dub. Etiam præfectus vrbi cognoscit & iudicat vice sacra, id est, vice Principis, ob idq; iudicium eius sacrū appellatur in *l. si apud virumque. 17. C. de appellat.* Et tamen à præfecto vrbi potest appellari nō tātùm Princeps. *l. Æmilius. 38. ff. h. t.* sed etiā præfectus prætorio, ergo præfectus prætorio etiam aduersus sentētiā Præfecti vrbi potest restituere, quemadmodū Princeps ipse posset, cuius vices gerit. R. dec. Præfectus vrbi non tā vice sacra verè iudicat, quàm sacræ cognitionis imaginem tantùm obtinet. *l. eos etiam. 16. C. de appellat.*

Proinde & ab eo appellari præfectus potest,& aduersus sententiã eius restituere. Nam & præfectus ipse posset aduersus suam sententiam restituere, si in eodem officio perseueraret ,vt hîc notat Cuiacius,& probat satis. *l. præses.42. ĵ. hoc tit.* Nec est contrarium quod in hoc §. dicitur solum Principem restituere post sentẽtiam vice sua ex appellatione dictam. Id enim dictum videri debet ad exclusionem aliorum qui sententiam non dixerunt, quíque non sunt maiores & superiores eo qui sententiam dixit. Sicque accipi etiam debet quod ait. *l.7.C.si aduers.rem.iudic.*

4 ¶ Sed & si ab Imperatore iudex datus cognoscat: restitutio ab alio, nisi à principe,qui iudicem destinauit,non fiet.

Ad §.4.Sed & si ab Imperatore.

R.dub.Iudex ab imperatore datus, non ideò aut magistratus est,aut tantam habet iurisdictionem & potestatem, vt non alios magistratus putà prætores , consules & præfectum vrbi , itémque præsidem prouinciæ, aut proconsulem maiores se & superiores debeat agnoscere: Atqui maiores magistratus possunt restituere cõtra sententiam minoris, vt diximus initio huius legis. Ergo & aduersus sententiam iudicis dati à Principe restituere poterunt.R.dec.Iudex à Principe datus,licèt magistratus non sit, in eo tamen in quo iudex est alium superiorem neminem habet præter Principem,ideóque habet priuilegia omnia quæ habent cæteri qui vice Principis cognoscunt, adeò vt etiã alium iudicem dare possit.*l.5.C.de iudic.* Non enim suam, sed Principis iurisdictionem exercet. *l. cæsi prætor. 16.iunct.l.1.§.1.qui mandatam. de offic.eius.* Neque tamen huic cõsequens est, vt possit etiam ille contra sententiam suam restituere quomodo alius posset, habens à Principe iurisdictionem ordinariam non delegatam. Hic enim vbi semel pronunciauit officio suo functus est, & desinit esse delegatus, quod & Cuiacius noster monet,contra quàm Accursius noster hîc senserit , qui iudicem delegatum accipiẽs pro magistratu abutitur eo quod scriptum est in *§.vlt.l.16.supr.*

5 ¶ Non solum autem minoribus , verùm successoribus quoque minorum datur in integrum restitutio,& si sint ipsi maiores.

Ad §.vlt.Non solum.

R.dub. Non restituitur minor ex hoc capite edicti nisi beneficio ætatis. Atqui hæc ratio non conuenit heredibus minoris si sint maiores. Ergo non sunt restituendi heredes ex persona minoris defuncti. Quamuis enim dici soleat heredem in omnibus censeri eodem iure quo defunctus censebatur,certum tamen est priuilegia personalia in heredem non transire.*l.quia tale.14.solut.mat.l.ex pluribus. 42. de admin. tutor. l. in omnibus causis. 68.l. priuilegia.196.de reg.iur.* R.dec. Priuilegiũ restitutionis nõ tam datur personæ,quã causæ & patrimonio minoris, ne qua ratione ob eius ætatẽ & infirmitatem patrimonium ipsius minuatur. Minueretur autem , si cum vita minoris etiam priuilegium finiretur,quia minor tanto pauperiorem relinqueret hereditatem,quæ res facere posset,vt hereditatẽ,aut nullomodo aut tardiùs adire vellent ij, quos minor destinasset habere heredes siue ex testamẽto siue ab intestato. Ergo non tantum heredum minoris interest,sed ipsius etiam minoris vt beneficium restitutionis ad heredẽ transmittatur.Itemque vt cedi possit. *l. quod si minor. 24. in prin.ĵ.hoc tit.* quod posterius tamẽ multo difficilius est.Heres enim succedit in vniuersum ius defuncti.*l.cùm heres.11.de diuers.temp.præscr.* Cessionarius verò non succedit , nisi iure & titulo singulari , multa autem cum vniuersitate transeunt , quæ alioqui non transirent in successorem singularem. *l. quædam.62. de acq.rer.domin.l.1.§.si heres ad SC. Trebell.l. vlt.§.1: de contr.empt.* vnde est quod nostri volunt quicquid est cessibile esse etiam multo magis transmissibile, sed non contrà. Sed cùm restituitur maior heres minoris , ficti non ex sua,sed ex defuncti persona restituitur, ita non nisi intra annum vtilem, quem defunctus habuit ad petendam restitutionem restitui potest. Diuersum est in minore herede minoris,vt dicemus ad *l.seq.*

19. IDEM lib.13.ad Edictum.

INterdum tamen successori plus quàm annum dabimus,vt ex dicto expressum:si fortè ætas ipsius subueniat. nã post annum vigesimumquintum habebit legitimũ tempus. hoc enim ipso deceptus videtur quod,cùm posset restitui intra tẽpus statutũ ex persona defuncti,hoc non fecit. ¶ Planè si defunctus [a] ad in integrum restitutionem modicũ tempus ex anno vtili habuit, huic heredi minori post annum vicesimumquintum completum,non totum statutum tempus dabimus ad in integrum restitutionem,sed id duntaxat tempus,quod habuit is,cui hæres extitit.

Ad l.Interdum tamen 19:

R.dub.Cùm heres vtitur iure defuncti, necessariò vti debet eo ipso modo quo defunctus si hodie viueret,vteretur. Nemo enim plus iuris ad alium transferre potest quàm ipse habuerit. *l. nemo plus iuris.74. de regul.iur.* Atqui defunctus non habuit plus quàm annum vtilem ad petendam restitutionem ex capite minoris ætatis. *l.intra vtile.39.ĵ.hoc tit.*Ergo neq;successori eius , quamuis minori plus quàm annum dare prætor vnquam debet. R. dec. Cùm minori succedit minor ætas heredis facit , vt ipsi heredi subueniendum sit, vt postquàm vicesimum

mum quintum annũ impleuerit , habeat legitimũ tempus,id est,annum vtilem,ad petendum restitutionem,ex persona tamen defuncti quamuis causa prorogandi tẽporis descendat ex persona heredis. Ideo namque prorogatur tempus heredi,quod ille hoc ipso deceptꝰ videatur, quod cùm postea restitui intra tempus statutum ea persona defuncti hoc non fecit,vt hæc lex ait.Restitutio igitur aduersus cõtractum ex persona & iure defuncti petitur,sed aduersus lapsa tempora petendæ restitutionis , vt eã nihilominus ex defuncti persona petere possit minoris heres minor restituitur ex propria persona. Proinde falsum est quod post Bulgarũ defenlit Accursius contra Martinum , tempus quod ad petendam restitutionem defuncto supererat non currere ipsius heredi minori. Nam si nõ curreret, nil esset opus restituere minorem ex propria persona,vt posset petere restitutionẽ ex persona defuncti.Sufficerétque vna restitutio,cum tamẽ Vlpianus in hac lege duplicẽ necessarium esse innuat heredi minoris,vnam tanquam heredi & ex persona defuncti aduersus id quod defunctus gessit,aliã tanquam minori , & ex persona propria aduersus propriã negligentiam.Et verò si minor heres nõ restitueretur , nisi ex persona defuncti non posset fieri vt restitueretur eo tẽpore quo defunctus ipse si viueret restitui non posset. Neque rursus verũ esset quod hîc Vlp.ait,deceptum fuisse hũc minorem heredem minoris hoc ipso , quod cùm posset restitui intra tempus statutum ex persona defuncti hoc non fecit.In quo enim deciperetur is cui tempus non curreret:nec sanè hanc obiectionem effugere aut diluere , aut etiam dissimulare Accursius noster potest.Vt mirer Cuiacium scripsisse vtrãque opinionẽ, & Martini & Bulgari probabiliter defendi posse.Opinio enim Martini tã vera est quã Bulgari falsissimam:quod constat etiam ex *Auth. si minor. C.de temp. in integr. restit.* ad quem textum nihil aliud respõdere potest Accurs. nisi q; multa ibi sunt specialia quasi & hoc sit speciale. Nec me mouet quod ille obiicit,si quis finito anno 25.incipiat abesse causa reipublicæ , non statim currere tempus petẽdæ restitutionis ex capite minoris ætatis,sed ex eo demum die quo is reuersus fuerit.*l. 12.& 3.C.de tempor. in integ. restit. vbi* dicitur priuilegiũ ætatis cõtinuari cum alio priuilegio causa reipublicæ.Id enim fit quia vtrumque priuilegium competit eidẽ personæ,licet ex diuersa causa, quo casu nihil impedit quominùs fiat ea cõtinuatio, & per posterius priuilegium retineatur prioris temporis quod alioqui fluxisset.At nos eum casum tractamus quo priuilegium vnũ competit defuncto, aut quod idem est,heredi quidem,sed ex defuncti persona. Alterũ verò heredi ex persona propria, quæ distinctio personarum planè impedit continuationem istam priuilegiorum, quia nullum potest esse priuilegium heredis ex persona defuncti eo tẽpore quo defunctus ipse si hodie viueret restitui amplius non posset,quin priùs sit ipse restitutus ex propria persona aduersus lapsum tẽporis, contra quod priuilegio defuncti vti debuit. Neque Accursus obstat quod idem Accurs.obiicit , ita futurum , vt inducatur circuitus & detur progressus in infinitũ si detur restitutio restitutionis,præsertim si ponas per diuersa tempora pluribus minoribus plures minores successisse. Non enim dici potest hîc circuitus euitandus tanquam superuacuus,vt i *l.dominus.53.de condic. indeb.* cùm sit necessarius. Potest enim facilè fieri, vt propter inter mediam vnius ex minoribus,iisdémque primi minoris defuncti heredibus personam longè breuius tempus superfit vltimo heredi,quàm superforet si ex soli primi defuncti persona restitueretur.Finge primũ minoris heredem minorem superuixisse sex mẽsibus post completum annum vicesimumquintũ, cùm primꝰ minor intra 25.annũ decessisset,ideóq; annũ vtilem ad petendam restitutionẽ in integrũ habuisset.Nõ habebit minor vltimus nisi aliud semestre post annum vicesimumquintum, qui alioquin habiturus fuerat annum tam ex sua quàm ex primi defuncti persona si circuitus nullus fieret, neq; vlla intermedij heredis ratio haberetur. Minùs obstat quod obiicitur ex *l. vi.in fin.C. si maior fact. alien. rat. habuer.* Non enim ibi agitur de dãda minori heredi minoris in integrum restitutione, sed de ea ipsi denegãda,si per decennium aut vicennium tacuerit. In quo prouidendum fuit à Iustiniano ius nouum inducẽte, & illud pro arbitrio constituente,vt non posset heredi minoris imputari silentiũ suum si tacuisset in minore ætate constitutus, sed ex eo tantùm die quo ætatẽ legitimã impleuisset,ne alioqui,necessaria ipsi esset restitutio, quæ defuncto nõ fuit necessaria aduersus alienationem sine decreto factã,nulláque iuris autoritate subnixam.*l.2.l.11.C.de præd.minor.* Proinde nõ pertinet is locus ad quæstionem nostram quæ est de restitutione danda minori tam ex persona propria quàm ex persona defuncti. Quod autem postremo loco obiicitur ex alia eiusdem Iustiniani constitutione,in *l. vlt.C.In. quib.caus.necess.non est in integr.restit.* minus vrget.Ea namque constitutio ad eos minores pertinet, quibus ex propria tantùm persona competit restitutio in integrum, nõ ad eos qui ex persona defuncti , quos necesse est vti iure defuncti.

a *Planè si defunctus.* R.dub.Minor restituitur hoc casu ex sua persona ad petendam restitutionem,vt proximè diximus.Atqui annus vtilis qui olim dabatur minori ad petendam restitutionem nõ currebat, nisi à die vicesimi quinti anni completi, vt probant verba illa huius legis. *Nam post annũ vicesimum quintum habebit legitimum tempus.* Sicut nec hodie antè currit quadriennium quod loco illius anni substitutum fuit à Iustin.in *l.vlt.C.de tẽp. in integr. restit.* Ergo etiamsi defunctus modicum duntaxat tempus habuerit ex anno vtili ad petendam restitutionem in integrum,totum tamen statutum tempus heredi dandum est, nõ id duntaxat quod habuit defunctus cui heres extitit.R.dec.Restituitur quidẽ minor hoc casu ex propria persona ad petendam restitutionem , sed ad petendam eam ex persona defuncti.Restitutionis enim huius indulgendæ color totus in eo est quod heres minor hoc ipso deceptꝰ videtur,quod cùm posset restitui intra tempus statutum ex persona defuncti hoc non fecit. Ergo si modicũ tempus superfuit, intra quod posset minor defunctus restitui , non amplius dandum erit heredi ipsius ad petendam restitutionem:vt quatenus fuit læsus minor,eatenꝰ restituatur.Nihil enim potest aut debet reddere restitutio,nisi quod abstulit læsio. *l. sed etsi.9.§. quoties. l. necnon. 28. §. si quis sæpius. ĵ. ex quibus*

cauſ.maior. Quid autem ſi maior ſucceſſerit minori, aut minor etiam maiori? Res non habet dubitationem, quin maior qui ſucceſsit minori omnimodo debeat reſtitutionẽ petere intra tempora quæ defuncto competebant, & quæ proinde certum eſt ſtacim cedere & computari. *l.ea quæ.4.§.vlt.C.de tempor. in integr. reſtit.* Nullam enim reſtitutionẽ petere poteſt ex propria perſona cùm ſit maior. De maiore verò qui ſuccedit minori, iã dictũ eſt in *§.vlt.l.præced.* non aliud tempus poſſe illum habere ad petendam reſtitutionẽ quàm quod habuit defunctus, mortis tempore. Iunge *l.2.& 4.C. de temp.in integ.reſtit.*

20. IDEM lib.11.ad Edictum.

PApinianus libro ſecundo reſponſorũ ait, exuli reuerſo nõ debere prorogari tempus in integrum reſtitutionis ſtatutũ: quia abfuit: cum potuerit adire prætorẽ per procuratorẽ [a]. nec dixit, vel præſidẽ, vbi erat [b]. ¶ Sed, quod idem dicit, & indig nũeſſe propter irrogatã pœnã [c], nõ rectè. quid enim cõmune [d] habet delictũ cũ venia ætatis?

Ad l.Papinianus.20.

R.dub. Qui in exilium miſſus fuit, ſiue temporale illud fuerit, ſiue perpetuũ, quod poſtea vel tempore ipſo, vel Principis indulgentia finitũ ſit, tamdiu abfuit à ciuitate, quandiu in exilio manſit, & conſequenter non potuit ipſe adire prætorem, vt ab eo impetraret cognitionem, & in integrum reſtitutionem. Ergo dignus eſt cui ſuccurratur data ei prorogationẽ temporis ſtatuti ad petendam reſtitutionem, & continuato priuilegio ætatis cum priuilegio abſẽtiæ, vt fit cùm minor factus maior, & intra annũ vtilem cœpit abeſſe reipublicæ cauſa, vt in *l.3.C.de tempor.in integ.reſti.* aut cum alio priuilegio ætatis, vt in ſpecie. *l. prox. præced.* quæ ratio fuiſſe videtur huius legis cũ illa cõiungendæ. R.de.Relegatus ſiue ad tempus, ſiue in perpetuũ, dummodo in exilium miſſus ſit ſalua ciuitate, licèt abſit, tamẽ quod ad ius petendæ reſtitutionis pro præſente habẽdus eſt, quia & procuratorem in ciuitate potuit relinquere. *l.ſed etſi per prætorem.26. §.1.ĩ.ex quib.cauſ.maio.* & per procuratorem petere reſtitutionem. *l. illud. 25.§. 1. ĩ. hoc tit.* Non ergo dignus eſt cui ſuccurratur, cùm poſsit ei imputari cur non reliquerit procuratorem.

a *Cùm potuerit adire prætorem per procuratorem.* R.dub. Quod quis potuerit procuratorem in ciuitate relinquere, & per procuratorẽ adire prætorem, non facit quominùs æquum ſit eum adiuuari per reſtitutionẽ in integrũ ex cauſa abſentiæ, quãuis non reipubl. cauſa abfuerit. *d.l.ſed etſi per prætorem.26.§. vlt. ex quib. cauſ. maior.* Idque etiam in relegato diſertè ſcriptum eſt in *§. 1. eiuſdem legis.* Ergo hæc Papiniani ratio non eſt bona, quamuis Vlpianus eam probet. R.dec. Nunquam reſtitutio datur ei qui damnũ aliquod ex culpa ſua paſſus eſt, quia nec damnum vllum ſentire videtur is qui ſentit ex culpa ſua. *l.quod quis 203.de regu.iur.* Culpa autem imputari poteſt ei qui cùm in exiliũ iturus, aut aliter reipublicæ cauſa abfuturus eſſet, potuit relinquere procuratorẽ in ciuitate & nõ reliquit, aut per eũ quẽ reliquerat potuit adire prætorem & petere reſtitutionem, & non petiit. Non eſt igitur ei danda reſtitutio tanquã qui nõ ſit audiendus ſi dicat ſe læſum. Nec ſi reipublicæ cauſa abfuit. *l.is qui reipublicæ.39. ĩ. ex quib.cauſ.maior.* Quanto minùs ſi exilij & pœnæ cauſa. Ex cauſa tamẽ ſuccurritur nõ ſolũ ei qui procuratorẽ in ciuitate relinquere potuit, ſed etiã ei qui reliquit, nec tãtũ ſi ex honeſta cauſa abfuerit, putà vt legatione fungeretur. *d.l.ſed etſi.26.§. vlt.ſed etſi propter relegationem. §. 1. eiuſ. leg.* Cauſa verò eſſe poteſt, vt benè Cuiac. explicat, ſi vel procurator mortuus ſit vel nõ idone⁹ deprehẽdatur, vel ſi nõ potuerit ineũ petere poteſt ex propria perſona cùm ſit maior. De maiore verò qui ſuccedit minori, iã dictũ eſt in *§.vlt.l.præced.* non aliud tempus poſſe illum habere ad petendam reſtitutionẽ quàm quod habuit defunctus, mortis tempore. Iunge *l.2.& 4.C. de temp.in integ.reſtit.*

20. IDEM lib.11.ad Edictum.

PApinianus libro ſecundo reſponſorũ ait, exuli reuerſo nõ debere prorogari tempus in integrum reſtitutionis ſtatutũ: quia abfuit: cum potuerit adire prætorẽ per procuratorẽ [a]. nec dixit, vel præſidẽ, vbi erat [b]. ¶ Sed, quod idem dicit, & indig nũeſſe propter irrogatã pœnã [c], nõ rectè. quid enim cõmune [d] habet delictũ cũ venia ætatis?

Ad l.Papinianus.20.

R.dub. Qui in exilium miſſus fuit, ſiue temporale illud fuerit, ſiue perpetuũ, quod poſtea vel tempore ipſo, vel Principis indulgentia finitũ ſit, tamdiu abfuit à ciuitate, quandiu in exilio manſit, & conſequenter non potuit ipſe adire prætorem, vt ab eo impetraret cognitionem, & in integrum reſtitutionem. Ergo dignus eſt cui ſuccurratur data ei prorogationẽ temporis ſtatuti ad petendam reſtitutionem, & continuato priuilegio ætatis cum priuilegio abſẽtiæ, vt fit cùm minor factus maior, & intra annũ vtilem cœpit abeſſe reipublicæ cauſa, vt in *l.3.C.de tempor.in integ.reſti.* aut cum alio priuilegio ætatis, vt in ſpecie. *l. prox. præced.* quæ ratio fuiſſe videtur huius legis cũ illa cõiungendæ. R.de.Relegatus ſiue ad tempus, ſiue in perpetuũ, dummodo in exilium miſſus ſit ſalua ciuitate, licèt abſit, tamẽ quod ad ius petendæ reſtitutionis pro præſente habẽdus eſt, quia & procuratorem in ciuitate potuit relinquere. *l.ſed etſi per prætorem.26. §.1.ĩ.ex quib.cauſ.maio.* & per procuratorem petere reſtitutionem. *l. illud. 25.§. 1. ĩ. hoc tit.* Non ergo dignus eſt cui ſuccurratur, cùm poſsit ei imputari cur non reliquerit procuratorem.

a *Cùm potuerit adire prætorem per procuratorem.* R.dub. Quod quis potuerit procuratorem in ciuitate relinquere, & per procuratorẽ adire prætorem, non facit quominùs æquum ſit eum adiuuari per reſtitutionẽ in integrũ ex cauſa abſentiæ, quãuis non reipubl. cauſa abfuerit. *d.l.ſed etſi per prætorem.26.§. vlt. ex quib. cauſ. maior.* Idque etiam in relegato diſertè ſcriptum eſt in *§. 1. eiuſdem legis.* Ergo hæc Papiniani ratio non eſt bona, quamuis Vlpianus eam probet. R.dec. Nunquam reſtitutio datur ei qui damnũ aliquod ex culpa ſua paſſus eſt, quia nec damnum vllum ſentire videtur is qui ſentit ex culpa ſua. *l.quod quis 203.de regu.iur.* Culpa autem imputari poteſt ei qui cùm in exiliũ iturus, aut aliter reipublicæ cauſa abfuturus eſſet, potuit relinquere procuratorẽ in ciuitate & nõ reliquit, aut per eũ quẽ reliquerat potuit adire prætorem & petere reſtitutionem, & non petiit. Non eſt igitur ei danda reſtitutio tanquã qui nõ ſit audiendus ſi dicat ſe læſum. Nec ſi reipublicæ cauſa abfuit. *l.is qui reipublicæ.39. ĩ. ex quib.cauſ.maior.* Quanto minùs ſi exilij & pœnæ cauſa. Ex cauſa tamẽ ſuccurritur nõ ſolũ ei qui procuratorẽ in ciuitate relinquere potuit, ſed etiã ei qui reliquit, nec tãtũ ſi ex honeſta cauſa abfuerit, putà vt legatione fungeretur. *d.l.ſed etſi.26.§. vlt.ſed etſi propter relegationem. §. 1. eiuſ. leg.* Cauſa verò eſſe poteſt, vt benè Cuiac. explicat, ſi vel procurator mortuus ſit vel nõ idone⁹ deprehẽdatur, vel ſi nõ potuerit in-

era non eſt quia nil commune habet delictum cũ enia ætatis: in iis nimirum in quibus extra cauſ delicti fauetur ætati.

Quid enim commune. R.dub. Ei qui delinquendo icit contra leges non eſt dãda ætatis excuſatio. *l.ſi v cauſa 9.§.nunc videndum. ſup. l.auxilium.32. in n.ĩ.h.tit.* Ergo nullum habet commune delictum um venia ætatis. R.dec. Locus hic ita intelligẽdus ſt quomodo proximè diximus, vt delictũ in vna e admiſſum nihil cõmune habeat cum venia ætatis irca rem aliam aliudque negotium petita. Quemdmodum in *l.ſi maritus.10.de don.int.vir. & vxor.* criptum eſt cauſam liberalitatis à criminatione ſearatam eſſe. Cæterum in huius legis ſpecie nihil efert an ponas minorem hunc fuiſſe cum cœpit xulare an verò iam maiorem, ſi modò fuerit intra empus petendæ reſtitutionis, quia neutro caſu ei ſuccurretur, neque tanquam minori, neque tanquã maiori, ſi tempus illud petendæ reſtitutionis durante exilio effluxerit. Illud ſanè verum eſt non tã ſententiam quàm rationem Papiniani hoc loco ab Vlpiano improbari, ſed tamen ex eiuſdem Vlpiani ſententia addendam exceptionem ad Papinianum, vt nihilominus ex cauſa ſuccurrendum ſit exuli reuerſo, quamuis in ciuitate procuratorẽ habere potuerit ex d. *l.26. §. 1. ex quibus cauſ. maior.* Illud etiam verum quod Accurſ. notat accipiẽdam eſſe hanc legem de relegato qui & libertatem & ciuitatem retinet, non de deportato qui ciuitatem amittit. Nam neque deportato neque aduerſus deportatum reſtitutio vlla dari poſſet, cum nullam habeat iuris noſtri ſiue ciuilis ſiue prætorij quod inter ciues tantum redditur communionem. *l.2. in princ.l.tutelas.7.in fin ĩ.tit.prox.*

1 **¶ Si quis tamen maior viginti quinque annis intra tempus reſtitutionis ſtatutũ conteſtatus poſtea deſtiterit: nihil ei proficit ad in integrum reſtitutionem conteſtatio: vt eſt ſæpiſſimè reſcriptum.**

Ad §.1.Si quis tamen.

Ratio dubitandi. Conteſtatione perpetuantur actiones quæ alioquin aut anno aut morte finirentur, adeo vt etiam tranſeant in heredem. *l.conſtitutionibus.33.de obl.& action.l. aliam. 29. in fin. de nouat.* Ergo etiam ius petendæ intra annum reſtitutionis perpetuabitur per conteſtationem eo anno factam. Præſertim cum reſtitutiones in integrum non ſint minus fauorabiles quàm cæteræ actiones, ſiquidem omnes æquitate nituntur, & ea maximè de qua in *h.tit.l.1.ſ.* R.dec. Reſtitutionum ſingulare ius eſt vt non perpetuentur per conteſtationẽ, ſiue quòd ſint minus fauorabiles ob eas rationes quas attulimus ad l. *1.ſup.de reſtit. in integr.* ſiue potius quod iis non tantum petendis, ſed etiam impetrandis legitimum tempus præſtitutum eſt. *l. vlt. C.de dolo. l. petendæ 6. C. de temp. in integ.reſtit.* ſi modò non ſtet per actorem, ſed per aduerſarium quominus intrà id tempus tota reſtitutionis quæſtio finiatur vt conſtat ex *l.intra vtile. 39.ĩ.h.t.* In propoſita verò ſpecie ſtat per actorem quem ponimus deſtitiſſe poſt petitam reſtitutionem, id eſt, vt lex ſequens interpretatur, liti in totum renuntiaſſe, & beneficium prætoris repudiaſſe vt loquitur Papin. *l.ſi filius 30. ĩ. h.tit.* Nec aliud in aliis actionibus iuris eſſet. Generale namque eſt vt poſtquam liti renunciatum eſt cauſa finita inſtaurari poſtea nullo modo poſſit. l.4.C. *de pact.* nec ſi actionis tempora largiantur. Remittentibus enim actiones ſuas regreſſus nullus dãdus eſt. *l.item quæritur. 14.§.ſi venditor.de ædilit. edict. l.Papin.in fin.8. §.1.de inoff.teſt.* Igitur nihil aliud ex hoc loco inferre poſſis niſi quod notat Bartolus, litis conteſtationem, nil prodeſſe poſtea deſiſtenti.

21. IDEM lib.10.ad Edictum.

DEſtitiſſe autem is videtur, non qui diſtulit, ſed qui liti renuntiauit in totum.

Ad l.Deſtitiſſe.21.

R.dub. Si quis cognita rei veritate ſuum negotiũ deſeruerit nolens in lite improba perſeuerare quã calũniæ cauſa inſtituerat, is deſtitiſſe non videtur. § *deſtitiſſe 10 ĩ.de iudic.* Et tamen hic liti renunciat in totum. Ergo nõ eſt bona definitio poſita in hac lege, ſiquidem non conuertitur cum ſuo definito vt dixi ad *l.1.§.1.ſup.tit.prox.* R.dec. ſumpſit Tribonianus hanc legem non ex tractatu Vlp. de minoribus in integrum reſtituendis, ſed ex tractatu de calumniatoribus vt duo Iacobi Labittus & Cuiac. obſeruarunt ex inſcriptione huius legis & *d. l. deſtitiſſe.* vnde hæc ſumpta eſt, vbi *deſiſtere*, definit Vlpian. *de negotio abſtinere quod calumniandi animo quis inſtituerat.* Tolle igitur calumniandi animum, Tollis deſiſtentiam quod ad illum tractatũ, De calumniatoribus, *l. deſtitiſſe 13. ad SC.Turpill.* ſed non quod ad hunc, vt neque quod ad alias iuris partes.

22. IDEM lib.11.ad Edictum.

INintegrum verò reſtitutione poſtulata aduerſus aditionem à minore factam: ſi quid legatis expenſum eſt, vel pretia eorum, qui ad libertatem aditione eius peruenerunt, à minore refutanda non ſunt, quemadmodum per contrarium, cùm minor reſtituitur ad adeundam hereditatem: quæ antea geſta erunt per curatorem bonorum decreto prætoris ad diſtrahenda bona ſecundum iuris formam conſtitutum, rata eſſe habenda, Calpurnio Flacco Seuerus, & Antoninus reſcripſerunt.

Ad l.In integrum.22.

R.dub. Reſtitutionis in integrũ ius propriũ eſt vt omnia reponat in priſtinũ ſtatum ac ſi negotiũ quod reſcinditur geſtum non fuiſſet & quidem ex vtraque parte. *l. quòd ſi minor. 24. §.reſtitutio. ĩ. h.t.l. vnic.C.de repu.quæ ſunt in iud.in integ.reſtit.* Atqui ſi minor hæreditatẽ nõ adiiſſet nec legata de hereditate ſoluere potuiſſet, neq. alios ex ſeruis hereditariis ad libertatẽ perducere: quia: ſc. nullũ ius in hereditate habuiſſet, nec rurſus potuiſſet aut legatũ aut libertas ipſo iure competere ex eo teſtamento quod aditione confirmatũ nõ fuiſſet. *l.ſi nemo. 9.de teſt.tutel.l.ea quã 16.C.de fideic.* Ergo ſi poſteaquã legata ſoluit, vel libertates dedit, præſertim quas teſtator nõ reliquerat, reſtitutus ſit in integrũ, debet quicquid legatis expenſum eſt refundere, itemque precia eorum qui ad libertatem aditione eius peruenerunt. Maximè cum ex eiuſmodi ſolutione aut datione libertatis nullum accedat cõmodum ei qui reſtituto aduerſus aditionem minore

bona poſſeſſurus eſt ab inteſtato,cum inteſtati ſucceſſor neque legaris neque libertatibus teſtamento relictis obſtringatur ſi non ſit facta repetitio ab inteſtato. *l. generaliter. 24. §. ex teſtamento. de fideic. lib.* R. dec. Reſtitutio in integrum à minore aduerſus aditionem impetrata non facit quin minor heres remaneat ipſo iure. *l. ait prætor 7. §. ſed quod. Papin. ſup. h. tit.* & conſequenter non impedit quominus libertates cõpetant ipſo iure ſi directò datæ fuerint,aut ex cauſa fideicommiſſi ſi per fideicommiſſum relictæ & præſtitæ. Quæ autem ſemel cõpetierunt,nunquam reuocantur. *l. ſi ex cauſa 9. §. vlt. ſup. h. tit.* nec proinde cauſa vlla eſt cur manumiſſorũ precia refundere debeat minor,qui adeũdo hereditatem ſibi delatam iure ſuo vſus eſt, ſicut & ſuo vtitur cum aduerſus inconſultam aditionem reſtituitur, quod & diſertè ſcriptum eſt in *l. ſi mulier. 31. ſ.* niſi poneres aditam fuiſſe hereditatẽ à minore ea mente & propoſito vt poſtea reſtitueretur aduerſus aditionem in fraudem eorum ad quos illo abſtinẽte bona debeãt peruenire: quo tamen fraudis conſilio probato,neque ipſi danda eſſet reſtitutio:deceptis enim duntaxat non decipientibus minoribus ſubuenit prætor,quẽadmodum & ſenatus mulieribus. *l. 2. §. ſed ita demũ. ad Velleian.* Eadẽq; ratio obtinet in legatis quæ in libertatibus, hacteuus.ſ.vt quod legatis ſoluendis minor expẽdit, refundere non debeat. Non tamen etiã in eo vt ſicuti datæ libertates, ita & legata ſoluta non reuocẽtur. Reuocantur.n. & quidem per condictionem indebiti: quæ tamen non minori datur qui ſoluit,ſed ei qui minore abſtinente ſit ab inteſtato bonorũ poſſeſſor. *l. nec nouum. 5. de cond. indeb.* quod tamen mirum videtur cum vt ſerũi debitas libertates, ita & legatarij debita legata ex teſtamento non deſtituto ſint optimo iure conſecuti, quomodo hic ratiocinatur Cuiacius qui reſcriptũ illud, de quo in *d. l. 5.* apertè ait iniquũ eſſe. Accurſ. verò ad *d. l. 5.* vt iniquitatẽ hanc effugiat,coartat reſcriptũ ad ea legata quæ fuerunt indebita,putà ex eo teſtamento ſoluta quod poſtea inofficioſum vel falſum vel agnatione poſtumi ruptum eſſe apparuit, de quibus in *l. 2. 3. 4 eo.* Sed vterq; meo judicio parũ ſubtiliter. Debuerunt.n. obſeruare non poſſe tractari de hereditate inconſultò adita per minorẽ, niſi quæ non ſit ſoluendo: quod cum euenit,non poteſt fieri vt legata debeãtur,cum potior ſit cauſa æris alieni quam legatorũ,& ideo legata ſemper ſunt indebita,quemadmodum & libertates, ſed minus tamen priuilegiata,quia reuocari poſſunt,libertates non poſſunt. Itaq. ſi poneres lucroſam eſſe hereditatẽ quæ fuerat legatis onerata, & nihilominus minorẽ poſt additionẽ reſtitui ad abſtinendũ(hoc.n.ſuo etiam iure facere poteſt& qualem qualem hereditatẽ aditã ſiue lucroſam ſiue dãnoſam omittere beneficio reſtitutionis,vt diximus ad *d. l. 7. §. reſtituetur. ſ. h. tit.*) non dubitarẽ quin legata ſoluta & deberẽtur & repeti nõ poſſent ceſſante nimirũ ſupradicta ratione. Et quia hoc caſu hereditas non tam inconſultè adita quàm inconſultè omiſſa videretur, cũ nunquam poſſit eſſe dãnoſa,propter legata,ex quib. Falcidię cõmodum heredi ſaluũ & integrũ manere neceſſe erat iure Pandectarũ. Nec ſanè ferendũ eſt vt cum Cuiac.admittamus quidquam iniqui ab Impp.conſtitutũ eſſe aut reſcriptũ. *l. 3. in pr. de vſur. l. ex facto. 43. de vulg. & pup. l. 2. §. meritò. & §. ſi quid à principe. ne quid in lo. pub.* & ideò ſic accipiẽda eſt huius l. ſententia,vt ſit generalior quàm *d. l. 5.* Verũ.n.eſt generaliter poſtulata reſtitutione aduerſus additionẽ nihil minorẽ refundere vnquã debere,i.ſiue dãnoſa fuerit hereditas & incõſultè adita,ſiue lucroſa & incõſultè omiſſa, ac proinde ſiue legitimus poſſeſſor poſſit repetere legata à legatariis, ſiue non poſſit. Sed non eſt æquè verũ generaliter poſſe legitimũ ſucceſſorẽ à legatariis repetere legata quæ minor ſoluit,at eo tãtum caſu quo incõſultè i.dãnoſam hereditatẽ & quæ ſoluendo non erat maior adierit. Poſſunt quidẽ videri indebita iure prętorio etiã cum hereditas eſt lucroſa,quia prætor non habet pro herede illum qui per reſtitutionem abſtẽtus eſt,ſed eum cui ab inteſtato defert bonorũ poſſeſſionem, niſi quod vtiles tantũ ei dat actiones cũ directas manere neceſſe ſit penes eũ qui heres manet. *d. l. 7. §. ſed quod Papin. ſup. h. t.* ſed ea ratio iuris prætorii non poteſt inducere condictionem indebiti quæ eſt iuris ciuilis, vt & cæteræ omnes condictiones. *l. 2. §. vi. vi bonor. rapt. l. 1. de priu. delict.* quia ex negotio naſcũtur. *l. 2. in pr. l. ſi in area. 33. ſ. de cõd. indeb. iunct. l. 7. §. 1. ſup. de pact.*

a *A minore refundenda non ſunt.* Intellige ſi minor nihil niſi bona fide geſſit,vt conſtat ex *l. quoties. 44. de acq. her. l. ſi non expedierit. 6. §. 1. de reb. aut ind.*

b *Quemadmodum per contrarium.* Rat.dub. Cum minor reſtituitur ad hereditatẽ adeũdã,à qua prius ſe abſtinuerat, certũ eſt ſi hereditas paterna fuit tãto magis manere illũ heredẽ, cùm heres ſemper fuerit etiã poſt abſtenſionem. *l. cum quæſi 30. §. ſed & ſi ſuus. de fideic. lib.* adeóq; haberi illũ pro herede à prætore ac ſi nunquã ſe abſtinuiſſet, ita vt nec egeat actionibus vtilib.quas prętor dare ſolet cùm habeat directas. arg. *l. ſi heres 70. ad SC. Treb. iunct. l. neceſſariis. 57. de acq. her.* Si verò extranei hereditas fuit,quãuis non fiat heres niſi per additionẽ,cùm tamen medio tẽpore alius nemo heres fuerit, & idcirco curator ad bona diſtrahẽda ſecundũ iuris formam decreto prætoris cõſtitutus ſit,vt hæc lex ait, Certũ eſt videri cum fuiſſe heredẽ iam inde ex die mortis, ſiquidẽ medium nullum eſt inhabile quod impediat hanc iuris retrofictionem & coniunctionem extremorũ. *l. heres quandocunq; 49. de acq. her. l. omnia ferè. 193. de reg. iur.* Apparet igitur ex poſtfacto nullũ ius habuiſſe medio tẽpore curatorẽ gerẽdi negotia hereditaria & alienãdi quicquã ex hereditate,cũ heres ſignificet dominũ. *§. vlt. Inſtit. de her. qual. & diff.* nihil autẽ fieri poſſit in re aliena inuito domino. vulg. *l. id quod noſtrum. 11. de reg. iur.*

R. dec. Ita quidẽ eſt ſi ſummo iure agatur, ſed tamen æquitas facit vt quæcunq. medio tẽpore geſta ſunt per curatorẽ ex decreto prętoris datũ rata haberi debeãt ac ſi per verũ dominum geſta eſſent,ſi modò nihil dolo malo & per colluſionẽ factũ probetur,ne alioqui decipiãtur qui bona fide cum eo cõtraxerunt,ſecuti decretũ prætoris. In eãque rem fuit neceſſariũ reſcriptũ Impp. cuius hîc meminit Vlp. Obſeruandũ tamẽ eſt non alia per curatorem hũc geri poſſe & debere quàm quæ maximè vrgẽt ſi aliquis heres interim expectetur. *l. ſi quis inſtituatur. 23. §. pen. & vlt. de her. inſt. l. ſi diu 8. ex quib. cauſ. in poſſ. eat. l. ſed ſi is. 5. §. quotics. de Carb. edic.* Sic in ſpecie *l. Ariſt. 5. §. 1. l. ait prætor. 7. §. vlt. de iur. delib.* Omnia verò ſi certũ ſit neminẽ heredẽ aut bonor. poſſeſſorẽ aut alterius generis ſucceſſorem fore. *l. 2. de curat. bon. dand.* Iunge *l. cùm hereditas. 36. ad SC. Treb.* quamuis non loquatur de curatore.

23. PAV-

23. PAVLVS lib. 11. ad Edictum.

CVm mandatu patris filiusfamilias res adminiſtraret, non habet beneficium reſtitutionis.nã,& ſi alius nõ mandaſſet,non ſuccurreretur:cũ eo modo maiori potius conſuleretur,cuius damno res ſit ceſſura. ¶ Sed si euentu [a] damnum minor paſſurus it:quia,quod præſtiterit,ſeruare ab eo,cuius negotia geſsit,non poteſt, quia is non erit ſoluendo: ſine dubio prætor interueniet [b]. ¶ Si autem ipſe dominus minor ſit [c], procurator verò maioris ætatis,non poteſt facilè dominus audiri, nisi si mandatu eius geſtum erit,nec à procuratore [d] ſeruari res poſsit. Ergo & si procuratorio nomine minor circumſcriptus sit:imputari debet hoc domino,qui tali commisit sua negotia: idque & Marcello placet.

Ad l. Cùm mandatu. 23.

Ratio dubitandi. Prætor reſcindit quicquid cũ minore geſtum eſt ſi in eo negotio aliqua læſio inuenerit. *l. 1. §. 1. l. ait prætor. 7. ſup. hoc tit.* Atqui verum eſt in propoſito caſu & minorẽ & læſum fuiſſe illum qui contraxit. Ergo ex verbis edicti quæ ſunt generalia poterit in integrum reſtitui.

Ratio decid. Non læditur minor qui ſi ex negotio quod geſſit aliquid præſtare cogatur,poſtea reſſum habiturus eſt actione mãdati contra eum qui mandauit ſi ſit extraneus. Nam cum patre cẽſum eſt filium agere non poſſe. *l. 4. ſ. de iudic.* Sed quod à patre filius conſequi nil poteſt per actionem non facit, vt eò magis læſus videri poſſit, qui nihil de ſuo præſtare potest, nec ſi totum præſtiterit de peculio quippe quod licèt ſit filij, magis tamen eſt patris. *l. 3. §. ſed vtrum. ſup. l. patri 27. ſ. hoc it.* Itaque quod ſequitur in verſ. *ſed ſi euentu.* non de minore accipi debet, qui res paternas adminiſtrauerit, ſed de eo qui alienas, de quo proximè Paulus locutus fuerat illis verbis, *nam eiſt alius ei mandaſſet.* Non enim euentu poteſt damnum ſentire filiusfam. quia quandiu filiusfamilias eſt & vicio patre condemnari quidem poteſt, ſed non vrgeri ad ſolutionem. *l. ſi dubitet. 10. §. filiusfamiliæ. de fideiuſſ.* Quòd ſi poſt mortem patris cogatur de suo aliquid ſoluere, tum verò habebit actionem mandati cõtra heredes paternos ſi non ſit ipſe heres patris, aut officio iudicis familiæ erciſcundę indemnitatem à fratribus aliiſve coheredibus conſequetur, ſi pro parte tantùm heres ſit. Nam ſi in totum & ex aſſe ſibiipſi ſoluiſſe videbitur. *l. quæ dotis. 3. ſolut. matrim.*

Sed ſi euentu. R. dubitandi. Intereſt minoris vt & alterius cuiuſlibet,non ſoluere potius quàm ſolutum repetere. *l. 3. de compenſ. l. ſi ſtipulatus. 15. de fideiuſſ.* Atqui ſi non reſtituatur minor qui maioris mandatu contraxit, poterit ille conueniri procuratorio nomine, & cogi ad ſolutionẽ aut ad præſtandam euictionem ſi fortè alienam rem mandatu eius,qui dominus non erat, vendiderit. *l. ſeruum Tit. 49. Mandat.* Ergo quamuis habiturus ſit actionem mandati contra mandatorem non eo minus landa ei reſtitututio eſt, ſicut & ei datur qui iuſſu patris contraxit. *d. l. 3. §. ſed vtrum ſup. h. t.*

R. dec. Non eſt propoſitum prætoris in hoc edicto vt per minorum perſonam conſulat maiori. Auxilium enim pollicetur minoribus non maioribus. *d. l. 3. §. ſed vtrum.* Atqui ſi ſuccurreretur minori filiofamilias qui mandatu maioris res alienas adminiſtrauit, videretur eo modo potius conſuli maiori cui damno in effectu res eſſet ceſſura per reſſum, quem habet procurator actione mandati adverſus eum qui mandauit, cum non ſuum negotium geſſerit procurator, ſed alienum. Ergo minori ſuccurrendum non eſt ne indirectò per mediam minoris perſonã ſuccurratur maiori, meliúſque eſt minorem cogi ſoluere poſtea repetiturum quàm prætextu eiuſmodi quod patitur cum ſoluere interim cogitur in effectu fauere maiori contra mentem & propoſitum prætoris. Aliud eſt ſi filius minor de re peculiari etiam iuſſu patris contraxerit,quia tunc, ſicut proprio nomine obligatur non procuratorio,ita & proprio nomine reſtituitur, adeoque inuito etiam patre vt dixi ad *d. §. ſed vtrum. & ad §. vlt. eiuſd. legis iunct. l. 4. ſup.* Nõ tamen accipiendus eſt hic verſiculus de filiofamilias qui patris res adminiſtrauerit, ſed de alio minore qui extranei maioris mandatu aliquid geſſerit vt ſup. dixi. Ioannes & Azo apud Accurſium hîc delirant:nec minus Accurſ. qui ſequitur Azonem.

b *Prætor interueniet.* Dando ſcilicet reſtitutionem minori ad reſcindendum negotium quod geſſit etiam procuratorio nomine. Ne alioquin eueniat vt moretur in damno etiam vbi cõuentus non fuerit niſi tanquam procurator.

Ratio dubitandi. Hoc quoque caſu cum minor reſtituitur qui procurator fuit maioris quem apparet non eſſe ſoluendo ad præſtandam minori indemnitatem actione mandati contraria reſtitutio minoris prodeſt maiori cuius negotium eſt. Atqui hoc abhorret à mente & propoſito prætoris, *d. l. 3. §. ſed vtrum. ſup.* Ergo nec hoc caſu reſtituendus minor eſt.

Ratio decidendi. Melius eſt hoc admitti præter mentem prætoris, quàm reſtitutionem denegare minori eo metu ne reſtitutio minoris profit maiori. Eſſet enim id contra mentem prætoris qui nullo modo patitur in dãno morari eum qui & minor & læſus probatur. Eſt autem lõgè tolerabilius fieri quid à prætore præter quàm contra mentem edicti. arg. *l. necnõ. 28. §. quoad eius. ex quib. cauſ. maior.* Quanquam poteſt etiam defendi nihil aut parũ admodum intereſſe maioris qui ſoluendo non eſt, vt minor reſtituatur,cum etiamſi nõ reſtitueretur, actionẽ tamen ſiue extraneo cum quo minor contraxit ſiue minori ipſi contra ſe competẽtem poſſet per inopiam ſuam eludere. *l. nam is. 6. ſup. ſ. 1.*

c *Si autem ipſe dominus minor ſit.* Ratio dubitandi. Inſpicienda eſt perſona domini non procuratoris vt initio huius legis ſcriptum eſt, ſicut è contrario cùm mandatum nullum interceſſit, inſpicienda eſt perſona geſtoris non domini. *l. proxim. in princ. inſt.* vt & Cuiac. tractat. *ad l. 3. §. vltim. ſup.* Ergo ſi minor fuerit dominus & læſus reſtituendus eſt quamuis procurator fuerit maior,

R.dec. Inſpicitur perſona domini cum res eius domino ceſſura eſt, vt hæc lex ait. Atqui non poteſt cedere damno minoris cùm procurator fuit major, quia poteſt minor quidquid ex ea cauſa ſoluerit repetere à procuratore per directam actionẽ mandati, quam effugere procurator nullo modo poteſt ne quidem per reſtitutionem cum ſit maior. Ergo nec læſus videtur minor, nec proinde reſtituendus tã quam qui vice rei quam amiſit habeat actionem vulg. *l. is qui actionem. ii. de reg. iur.* Quòd ſi objicias minoris intereſſe non ſoluere potius quàm ſolutũ repetere, eadem expectanda erit reſponſio quæ allata eſt ad ſimilem objectionem in ſpecie præcedenti. Nec obſtat rurſum quod ſi ex contractu tutoris vel curatoris minor læſus ſit, nihilominus reſtituitur aduerſus eum qui cõtraxit cum tutore vel curatore. *l. fin. & tot. tit. C. ſi tutor vel cur. interue.* cùm tamen æquè poſſit dici nihil abeſſe minori qui cõtra tutorem vel curatorem paratam habeat actionem. Tutoris. n. & curatoris perſona magis repræſentat perſonam pupilli vel adulti quàm perſona procuratoris perſonã domini, vt ex eo cõſtat quod qui contraxit tanquã procurator procuratorio nomine conueniri poteſt & condemnari, ita vt de ſuo quoq; ſoluere cogatur ſalua repetitione contra eũ qui mãdauit. *d. l. ſeruum Titij. 49. ff. mand. l. cum qui. 46. ff. h. t.* At tutor vel curator qui pupilli vel adulti nomine contraxit, nihil de ſuo ſoluere cogitur, nec in eum iudicati actio datur. *l. 2. de admin. tut.* ideóq; verendũ non eſt, ne reſtitutio conceſſa pupillo vel adulto profit tutori vel curatori, quomodo prodeſſet procuratori, & quidẽ contra propoſitũ prætoris qui ſolis minoribus auxiliũ pollicetur. Prodeſt quidem tutori vel curatori reſtitutio impetrata cõtra eum qui cum tutore vel curatore contraxit, ſed hactenus duntaxat vt quod fuerit conſecutus pupillus vel minor per in integrum reſtitutionẽ poſtea petere non poſſit per tutelæ vel curæ actionẽ, ſed nõ prodeſt in eo vt ob id minus conueniri poſſit tutor vel curator ab eo cum quo cõtraxit, à quo nõ poſſet cõueniri, nec ſi reſtitutio nulla petita eſſet. Deniq; hoc vnum ſpectandum eſt cuius damno ceſſura res ſit nõ impetrata reſtitutione, vt in hoc tract. domini loco habeatur etiam procurator ſi ex euẽtu & effectu ipſo dãnum paſſurus ſit. Vnde eſt quod in procuratore ad litem dato idem ſeruandum eſt quod in tutore vel curatore. *l. 4. in fin. C. ſi aduer. rẽ iud.* quãuis perinde ſit ille procurator ex volũtate, nempe quia res eius damno non poteſt cedere cũ iudicati executionem pati nõ cogatur. *l. ſi procurator. 28. ſup. de proc. vbi dixi iunct. d. l. eum qui 46. ff. h. t.* & ita nodum hunc diſſoluendũ arbitror, nõ quomodo Accurſius, qui rationẽ diuerſitatis inter tutorem & procuratorem illam adfert: quòd tutor itémque curator fiat ex neceſſitate, procurator autẽ ex voluntate, vt inferat mitius ergo agendum cum tutore vel curatore, quàm cum procuratore. Non n. mitius agitur cum tutore vel cum curatore cum poſſit minor ſi malit priores illos eligere: neque rurſus quomodo Cuiacius qui cõtrario errore putat non eſſe audiendũ minorẽ, ſi velit rectà petere reſtitutionem aduerſus emtorem, niſi eo demum caſu quo tutor curatorve ſoluẽdo nõ ſit, aut emtor mala fide contraxerit, aut denique interſit minoris rem ſuam potius habere. Pugnat enim hęc opinio cum *d. l. v. t. C. ſi tut. vel cur. interu.* quæ dat electionem indiſtinctè minori an velit reſtitui, an agere contra tutorem vel curatorem dicam ad leg. *l. intra viile 39. ff. h. t.*

d *Nec à procuratore.* R. dub. & decid. eadem quæ ad verſ. ſed ſi euentu. ſup.

e *Ergo & ſi procuratorio.* Eadem ſententia eſt quæ poſita eſt in principio legis. Sed noua ratio quam adfert Paulus, quòd imputare ſibi debeat maior qui minori ſua negotia commiſit, ſicut dici ſolet de eo qui in arbitrum aliquem minus peritum compromiſit. *l. denique 27. §. ſtari. de recept. & qui arb. dixi in l. 3. §. fin. & l. ſeq. ſup.*

24. PAVLVS lib. I. Sententiarum.

QVod ſi minor ſua ſpõte negotiis maioris interuenerit, reſtituendus erit, ne maiori dãnum accidat[a]. quòd ſi hoc facere recuſauerit[b]: tunc, ſi cõuentus fuerit negotiorum geſtorum[c], aduerſus hanc actionem non reſtituitur[d]: ſed cõpellendus eſt ſic ei cedere[e] auxilium in integrum reſtitutionis, vt procuratorem eum in rem ſuam faciat: vt poſſit per hunc modum[f] damnum ſibi propter minorem contingens reſarcire.

Ad l. Quòd ſi minor. 24.

R. dub. Prætoris ꝓpoſitũ nõ eſt ſubuenire minori. b. vt per eos ſubueniat maioribus. *l. prox.* ſ. Ergo ſi minor ſua ſpõte negotiis maioris interuenerit, nõ ob id ſolùm reſtituẽdus erit quòd alioqui futurũ ſit vt maiori dãnum accidat, & quemadmodũ mãdato interueniẽte ſpectatur ꝓſona domini nõ ꝓcuratoris, ita & ceſſante mãdato ſpectãda eſt perſona domini nõ geſtoris. Eadẽ. n. vtriuſq. ratio eſſe videtur cũ vterq. interueniat ex volũtate gratuito & vt impleat officiũ amici. R. dec. Dominus in hoc tract. habetur is cuius dãno res ceſſura eſt, vt dixim' ad l. prox. Mãdato aũt interueniente ſemper cedit dãnũ ei qui mãdauit & minori negotia ſua cõmiſit: proinde ſi ſit ipſe maior, nõ põt reſtitui, vt Paul. ait *lib. 1. ſent. tit. de reſt. in integ.* At cũ mandatum nullũ interceſſit, debet res cedere periculo geſtoris, ſi ab initio malè geſta ſit cũ nihil poſſit imputari ei cuius abſentis & ignorantis negotia geſta ſunt. Ergo geſtoris perſona inſpiciẽda eſt nõ domini, vt ſ. poſſit geſtor, qui minor fuit, reſtitui, ne alioqui aut ipſe damnũ ſentiat, cum teneatur actione negotiorum geſtorũ aduerſus quam reſtitui non poteſt, vt hic Paulus ſubjicit, aut ſi nõ reſtituat ut in damno moretur dominus, cui tamen nihil imputari poteſt.

a *Ne maiori damnum accidat.* R. dub. Nemo cogitur ratum habere quod à negotiorum geſtore ſine mandato geſtum eſt. *l. Pomponius 10. & paſſ. ſ. de neg. geſt.* Ergo non poteſt ex geſtoris facto damnũ accedere domino niſi velit. Non enim ſicut abſentis & ignorantis meliorem conditionem facere poſſumus, ita & deteriorem. *l. ſoluendo. 39. ſ. eod. l. 2. quod vi aut clam.* Igitur nõn eſt bona hæc ratio, propter quam reſtituendus ſit geſtor qui minor fuit, præſertim cum habeat maior paratam actionem negotiorum geſtorum, eámque efficacẽ modò minor ſit ſoluendo, ſiquidem aduerſus eam actionem reſtitui non poteſt. R. decidendi. Poteſt caſus talis euenire in quo dominus ex ipſo negotio geſtoris damnum ſenſerit quod per actionẽ *negot. geſt.* farciri non poſſit, vt in exemplo quod adfert Accurſ. ſi minor emerit aliquid de pecunia domini

mini nec poſtea poſſit domino eam rem reddefortè quam amiſerit cum non ſit ipſe ſoluendo: d malo hãc legem intelligere de maiore qui ratũ buerit geſtum à minore. Hic enim damnum ſuũ it per ratihabitionẽ, neque tamen eo minus dius eſt cui ſuccurratur quando nihil geſſit ipſe cũ inore, & captioſa erit obiectio ſi quis dicat ratibitionẽ comparandã mandato. Valet enim comratio quantũ ad confirmandum negotiũ abſentis mine geſtum, vt ipſo iure teneat, nõ etiam vt ei i nihil mãdauit poſſit imputari quod imputatur andãti cur minori negotia ſua commiſerit. Vera itur ratio, propter quã in hac ſpecie minori ſucurritur, illa eſt, quod cum poſſit ipſe conueniri aione negotiorum geſtorũ, nec tamen poſſit adrſus eam actionem reſtitui condẽnandus eſſet ac ſuo cogendus præſtare indemnitatem, ſi aut ipſe on reſtitueretur aut ſaltẽ reſtitutionis auxilio nõ deret: quod tamen cedere non poteſt quin prius o explorato habeatur poſſe illum reſtitui. Quæ item hic adfertur ratio ne maiori damnum accit, non tam ratio eſt dandæ minori reſtitutionis ntra eum cum quo contraxit quàm denegandæ dem contra dominum cuius negotia geſſit. ſed ſic ptata eſt ſiue à Paulo ſiue quod magis crediderim Triboniano (cui totum hoc initium legis acceptũ ro) quod tanto magis reſtituendus ſit minor adrſus eum cũ quo contraxit, ne domino cuius negotia geſſit tencatur, quanto minus contra dominum ipſum reſtitui poteſt, cui omnimodo tenetur.

Quòd ſi hoc facere recuſauerit. Quid verò hoc ſt? Nimirum reſtitui in integrũ: Quaſi verò minor ſeipſum reſtituat, ac non potius à prætore reituatur. Itẽ quaſi prætor reſtitutionẽ offerat minori, ac non potius minor eam poſtulare debeat à rætore. Denique minoris eſt eam poſtulare, prærioris verò aut concedere aut recuſare prout æquũ lli videbitur. Itaq; vel vnica hęc phraſis Triboniai eſſe locũ hunc ſatis oſtendit, vt & cætera quę ſequuntur ſi Paul. & Triboniani ſtylum planè diuerum bene agnoſco. Tãto magis quod in libris ſententiarũ Pauli, vnde hic locus ſumptus dicitur ſententia hæc non reperitur. Etſi non ignoro ſatis mãas & mutilas eſſe eas quas hodie habemus.

Tunc ſi conuentus fuerit negotiorum geſtorum. Hoc pſo autem quod is cuius negotium geſtum eſt agit egotiorum geſtorum, habet ratum quicquid ſuo omine geſtum eſt. Ex quo apparet quàm verum it quod ſupra dixi intelligendam eſſe legem hanc le illo, qui negotium à minore geſtum ratum haouit, ac proinde cui facilè poſſet damnum ex ea gẽtione accedere ſi minor non reſtitueretur.

Ratio dubitandi. Imputare ſibi debet dominus ur maluerit negotiorum geſtorum agere, atque ita negotium pro ſe geſtum ratum habere quàm id ratum non habẽdo omnem damni occaſionem effugere. Ergo non eſt ei ſuccurrendum quaſi nec damnum vllum paſſus ſit ex regula. *l. quòd quis 203. de reg. iur.* R. dec. Non poteſt minor qui eius nomine geſſit negotium ei imputare, cur poſtea id ratum habuerit quando nec alia mente geſſiſſe videri poteſt quàm vt id negotium ratum haberetur.

d *Aduerſus hanc actionem non reſtituitur.* R. dubit. Minor reſtituitur non ſolum ſi contrahendo læſus ſit, ſed etſi quaſi contrahendo putà hereditatem adeundo. *l. ait prætor. 7. §. ſed etſi hereditatem ſup. h. t. iunct. l. 3. §. vlt. & l. 4. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Geitũ enim accipimus in hoc edicto qualiter qualiter geſtum ſit, ſiue contractus ſit ſiue quid aliud contigit *d. l. ait prætor 7. in princ.* Ergo etſi abſentis negotia geſſerit in eóque læſus ſit perinde reſtituetur.

R. dec. Reſtituitur minor aduerſus eos cum quibus cõtraxit, quia poteſt iis imputari, cur cum minore ad eum lædendũ contraxerint. At nihil poteſt imputari ei cuius abſentis & ignorãtis negotia per minorem geſta ſunt cum non minorem elegerit, ſed ignorans in minorem inciderit. Æquius igitur eſt in damno morari minorem cui poteſt imputari cur ad aliena negotia vltro acceſſerit quàm dominum cui nihil imputari poteſt. arg. *l. vlt. rem pupil. ſalu. for.* Dices neq; poſſe quicquam imputari creditoribus & legatariis, cum minor damnoſam adiit hereditatẽ quam vtiq; adire potuit iis etiam ignorantib. Et tamen non eo minus contra ipſos reſtituitur. Reſpondeo reſtitui minorem aduerſus creditores & legatarios eũ quibus nihil contraxit, ſed per conſequentias tãtum non principaliter. Reſtitui verò principaliter cõtra factum ſuum quod dãnoſam aut ſuſpectam agnouerit hereditatẽ, in quo facilè potuit labi infirmitate cõſilij, cum lucroſam hereditatem eſſe putaret, eámque agnoſcendo iure ſuo vteretur, vt tanto magis dignus ſit cui ſuccurratur. Quod planè diuerſum eſt in eo qui abſentis & ignorãtis negotia geſſit. Nullã. n cõſilij aut ætatis infirmitatẽ poteſt obtendere, cum nemo eũ cogeret accedere ad negotia alterius gerenda, aut eligere vtrum ea abſentis negotia gerere deberet, an negligere. Nec ſanè caret doli ſuſpicione quiſquis ad aliena negotia gerenda vltro accedit ſi poſtea malè gerat, & vbi malè geſſit recuſet ſuſcipere iudiciũ negotiorũ geſtorũ. Neq. verò reſtitutio quæ datur minori aduerſus agnitionẽ hereditatis quicquam auffert legatariis aut creditoribus, quib. integra remanent iura quæ habebãt ante agnitionem à minore factam. At quæ daretur aduerſus actionem negotiorum geſtorũ ea faceret vt in damno moraretur dominus cui tamen nihil imputari poſſet.

e *Sed compellendus eſt ſic cedere.* R. dub. Beneficiũ reſtitutionis quod datur minori non aliã causã habet quã fauorem ętatis. *l. 1. ſ. h. t.* Atqui fauor ætatis nullus poteſt eſſe in maiore cur minor vult cedere & præſtare auxiliũ reſtitutionis. Ergo beneficium reſtitutionis cedi nullo modo poteſt arg. *l. ex plurib. 42. de adm. tut.* R. dec. Reſtitutionis beneficiũ nõ eſt merè perſonale cũ trãſeat ad heredẽ. *l. minor 18. §. vlt. & l. ſeq. ſ. h. t.* Ergo nihil prohibet quominus etiã cedi poſſit. Cũ ſit regulare vt quæ ſunt tranſmiſſibilia eadẽ ſint ceſſibilia & cõtrà *d. l. ex plurib.* Hoc ipsũ tamẽ nõ ſic accipiendũ eſt, vt ex ea ceſſione poſſit ceſſionarius aliquã habere ſuo nomine reſtitutionẽ, ſiue directã ſiue vtilẽ quomodo vtilẽ haberet ceſſionarius nominis ex reſcripto D. Pij. *l. ſi cum emtorẽ 16. ſ. de pact. l. emptor. 5. l. ex nominis. 8. C. de her. vel act. vend.* Non tã. n. hic ceſſionarius eſt quã procurator in rẽ ſuã vt lex ait, qui ꝓinde cogitur ex ꝓſona minoris petere reſtitutionẽ, quam ex ſua nõ magis petere põt poſt ceſſionẽ, quã ſi nulla ceſſio facta eſſet. Atq. ita hic locus accipi debet nõ quomodo ab interpretib. vulgo accipitur, quo ceſſionẽ reſtitutionis habent pro ceſſione nominis: in quo ſanè falluntur. Itaque rectiùs dixerit, qui reſtitutionem in integrum mãdari, quàm qui cedi poſ-

se dixerit. Quod etiam constat ex *l. si minoris 25. in fi. de admin. tutor.*

f *Vt possit per hu. c modum.* Obserua in hoc potissimum versiculo elegantiam Triboniani.

1 ¶ Non semper autem ea, quæ cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum & æquum redigenda sunt, ne magno incommodo huius ætatis homines adficiantur, nemine cum his contrahente: & quodammodo commercio eis interdicetur. Itaque nisi aut manifesta circumscriptio sit, aut tam negligenter in ea causa versati sunt, prætor interponere se non debet.

Ad §. 1. Non semper.

R. dub. Semper potest imputari ei qui cum minore contraxit, aut aliud negotium gessit, cur non adhibuerit curatorem. *l. ait prætor 7. §. 1. sup.* Ergo semper rescindenda sunt quæ cum minoribus gesta fuerunt sine curatore.

R. dec. Minor etiam qui curatorem habet rectè obligatur. *l. puberes. 101. de verb. oblig.* Qui verò curatorem non habet, omnia pro arbitrio suo administrare potest, nisi quod oratione D. Seueri prohibetur alienare bona immobilia sine decreto. Valde ergo interest minorũ, vt non semper ea quę cum ipsis gesta sunt rescindantur, sed ad bonum & æquum redigãtur. Ne alioqui magno incommodo afficiantur huius ætatis homines, nemine cum iis contrahere volente, & quodãmodo cõmercio eis interdiceretur. Dixi ad *l. verum. 11. §. sciendum. sup.* Manifestã ergo circumscriptionẽ probare minor debet, aut magnam suam negligentiã & facilitatẽ, vt prætor se interponat. Similis ratio est in *l. si mulier 11. ẏ. ad Velleian. l. ratas. 7. C. de rescind. vend. l. Diuus 24. de test. milit. l. pen. C. ad SC. Trebell.*

2 Scæuola noster aiebat, si quis iuuenili leuitate ductus omiserit, vel repudiauerit hereditatem, vel bonorum possessionem: si quidem omnia in integro sint, omnimodo audiendus est: si verò, iam distracta hereditate, & negotiis finitis, ad paratam pecuniam laboribus substituti veniat, repellendus est, multóque parciùs ex hac causa heredem minoris restituendum esse.

Ad §. 2. Scæuola.

g *Omnimodo audiendus est.* R. dub Hereditas semel repudiata postea acquiri nũquam potest, sicut nec ea quæ fuit adita repudiari. *l. sicut 4. C. de repud. vel abstin. hered.* quia vterque actus & aditionis & repudiationis est legitimus. *l. actus legitimi. 77. de reg. iur. l. 1. §. vlt. vt in poss. leg.* Ergo non est audiẽdus minor qui hereditatem sibi delatam omisit vel repudiauit, quamuis iuuenili leuitate ductus id fecerit, nec si omnia in integro esse videantur. Quomodo enim possunt omnia esse integra cùm delatio hereditatis consumpta sit per repudiationem? Delatam siquidem oportet esse hereditatẽ priusquã adiri possit. *l. delata 15. de reg. iur.* Et cùm nemo cogatur adire aut repudiare sibi delatam hereditatem, adeóque nec rationẽ reddere cur eam sibi velit acquisitam aut amissam. *l. 4. ad SC. Treb. l. nec temere. 16. C. de iur. delib.* non potest videri læsus minor qui hereditatem repudiauit, etiam lucrosam, cum facilè fieri possit vt damnosa tãdem appareat, si fortè æs alienum emergat quod diu latuit. *l. si hereditatem. 32. mandat.* Quod quanquam ex postfacto non eueniat, prudẽtis tamen hominis est prospicere quid euenire possit, & hereditatem quantũlibet lucrosam pro suspecta habere. Adde quòd cum hereditas nobis delata nondum sit in bonis nostris quandiu non est adita. *l. precia rerum 63. ad l. Falcid.* non potest videri factus pauperior minor qui delatam sibi hereditatem repudiauit expressa & solenni declaratione voluntatis, aut omisit tacita renũciatione. Hic enim nihil de patrimonio suo diminuit, sed tantum acquirendi occasionem amisit. *l. quod autem. 6. quæ in fraud. cred.*

R. dec. Minoribus succurrit prætor non solum si damnum aliquod incurrant, sed & si lucrum omittant. *l. ait prætor 7. §. hodie. & seqq. sup. h. t.* Lucrum autem omittit qui hereditatem lucrosam non vult acquirere cum possit. Nec in eo fit vlla iniuria creditoribus & legatariis, quorum interest potius vt habeant quem possint conuenire. *l. cùm hereditate 55. de acq. her.* Dices fieri iniuriam substituto aut proximo agnato ad quem ex die repudiationis cœpit pertinere hereditas. *l. 1. §. sed videndum. de succes. edict.* Quod. n. ius ei semel quæsitum fuit postea inuito auferri non potest. *l. si ego. 9. §. 1. de tut. dot. l. id quod nostrum. 10. de reg. iur.* Respondeo non fieri iniuriam substituto nec agnato proximo cum per in integrum restitutionem in eum statum reducãtur omnia in quo erant priusquã minor læsus fuisset. Quo tempore nullum ius substituto aut agnato proximo competebat in ea hereditate quæ minori delata erat primo loco. Nec debent isti ægrè ferre eripi sibi per restitutionẽ in integrũ occasionẽ acquirendæ hereditatis, quę nunquã iis delata fuisset, si minor iuuenili leuitate ductus eã hereditatẽ nõ omisisset. In summa potestas restitutionis in integrũ tollit intellectum repudiationis, exemplo eius quod à Papiniano scriptũ est in *l. si patroni 55. §. vlt. ad SC. Trebell.* potestatẽ euictionis tollere intellectum restitutionis. Planè si ponas aditam fuisse iam hereditatem siue à substituto siue ab agnato proximo, licèt nihildũ ex rebus hereditariis distractũ sit, non faciet restitutio quin is qui adiit re vera heres maneat, sed tantùm vt vtiles actiones minori dentur qui restitutus est aduersus omissionẽ aut repudiationẽ hereditatis. *l. 7. §. sed quod Papin. ff. h. t.* Omnia verò quæ diximus de minore in integrum restituẽdo aduersus omissam aut repudiatã hereditatẽ ad eum pertinẽt qui fuerit extraneus heres. Suo enim heredi qui se abstinuit non est necessarium beneficium restitutionis, non solùm si minor sit, sed nec si maior, dummodo sint omnia in integro, i. dũ ne sint distractæ res hereditariæ. *l. si quis sauus. 8. de iur. delib.* cum distinctione tamen. *l. vlt. C. de repud. vel abstin. hered.* Sed & post repudiationem ab extraneo factam euenit interdum vt non modò permittatur ei, sed etiam cogatur hereditatem adire, sed alieni non sui compendij gratia, vt si eã hereditatem alteri restituere rogatus sit. *l. nam quod 14. §. 1. ad SC. Trebell.* De cuius tamen loci sententia vide quæ scripsi *lib. 18. Coniect. cap. 9.*

1 *Si verò iam distracta hereditate.* Ratio dubitandi. Cùm distracta est hereditas, precia rerum fiunt hereditaria, & precium succedit loco rei in vniuersalibus, quale est iudicium petitionis hereditatis. *l. si & rem & precium. 22. & l. seq. infr. de petit. hered.* Ergo quemadmodum rebus nondum distractis potest minor restitui aduersus omissionem aut repudiationem hereditatis vt res ipsas cõsequatur, ita & iis distractis restituendus est ad precia saltem consequenda. Quid enim substituti interest an res ipsas amittat, an precia ex rerum venditione redacta? Aut quidni admittemus omnia esse in integro etiam post distractas res hereditarias si minor pretiis rerum contentus esse velit? Quanquam quid referre videtur an omnia sint in integro necne, cũ potestas restitutionis illa sit vt ea etiam quæ non sunt integra, in integrum reponat. *§. restitutio. infra hac leg.*? Ratio decidendi. Precium rei venditæ non tam ex re ipsa quàm ex negotiatione percipitur. *l. venditor. 2. de hered. vel action. vend.* Ergo post distractas res hereditarias finitáque negotia, nõ debet audiri minor si velit venire ad pecuniam quartam laboribus substituti. Idque ius ita semper & constanter obtinuisse testatur Iustinianus in *d. l. vlt. Cod. de repud. vel abstin. hered.* vbi tamen addit ille exceptionem nouam & à iuris veteris ratione abhorrentem, nisi fortè durante minore ætate res venditæ sint. Tunc etenim, inquit, per integ. restitutionẽ non denegatur ei adire hereditatem, & res recuperare, & creditoribus paternis satisfacere. Sed hoc ipsum tamen sic accipiendum esse puto, si res venditæ sint non à substituto, vt in hoc §. aut, quod idem est, ab agnato proximo cui ratio posita in hoc §. minori noceat, sed à creditoribus, quorum sanè nihil interest dummodo eis satisfiat. Ne alioqui pugnet hæc constitutio cum hoc §. in quo certè Paulus ex Scæuola eum casum tractat, quo res hereditariæ distractæ sint tempore minoris ætatis. Interest tamen emptorum qui etiam à creditoribus emerunt, vel à curatore qui bonis dari solet quoties successor nullus est qui velit respondere creditoribus. *l. 1. & tot. tit. de rebus autoritate iudic. possidendis seu venundandis.* Sed & creditorum qui distrahendi ius habent, ne tanto tardiùs suum consequantur, non facilè reperturi emptorem qui velit accedere ad emptionem bonorum hereditatis minori delatæ, & ab eo repudiatæ, idque propter metum restitutionis. Quare non placet mihi ea Iustiniani distinctio, quæ nec iuri veteri conuenit, nec ipsi quoque Iustiniano, qui initio legis constituit generaliter & indistinctè, quod antiquitas obseruauerat, vt si res hereditariæ iam venditæ sint, nullus omnino minori aditus ad hereditatem reseruetur, nõ adhibita distinctione illa, An suus heres qui paternam hereditatem recusauit, maior fuerit an minor, quam tamen distinctionem adhibet in altera parte constitutionis, cùm rebus omnibus integris suus heres vult redire ad paternam hereditatem quam priùs recusauit. Præsertim cùm ex eius constitutionis præfatione appareat Iustinianum id agere vt suorum heredum ius antiquum hac parte minuat non vt augeat, quod tamen augetur proculdubio cũ minori aditus reseruatur ad hereditatem post distractas res hereditarias, etiamsi heredi qui recusauerat adhuc in minore ætate constituto distractæ proponantur. Quanquam dici potest Iustinianum ea lege non tractare nisi de suis heredibus, quorum causa fauorabilior esse solet & debet, cùm sint ipso iure heredes etiam post abstentionem. *leg. cùm quæst. 30. §. sed & si suus. de fideicommiss. libert. l. necessarius. 57. de acquirenda hereditate.* & ex ratione posita in *leg. si filius. 12. de vulgari & pupillari substitutione.* Paulum verò & Scæuolam in hoc loco de extraneis, quibus magis conuenit vtrumque illud verbum *omiserit vel repudiauerit hereditatem.* Suus enim magis propriè dicitur abstinere. Extraneus verò tum omittere cùm patitur se tempore excludi ab adeunda hereditate, vt constat ex dict. l. 1. §. vlt. vt in posses. legat. Et ita sanè est.

i *Multóque parciùs ex hac causa heredem.* Ratio dubitandi. Restitutio in integrum quæ ex hoc edicto competit, transit etiam in heredem quamuis maiorem. *l. minor. 8. §. vlt. supr.* sicut & cæteræ omnes restitutiones. *leg. non solùm. 6. supr. de in integrum restitution.* Ergo nulla causa est cur difficiliùs heredi minoris quàm minori ipsi succurratur, scilicet quandiu res hereditariæ non sunt distractæ. Si enim distractæ sint, iam diximus nullomodo audiendum esse minorem. Ergo nec heredem. Alioqui non parciùs, sed plenius heredi succurreretur. Ratio decidendi. In hac causa minùs fauendum est heredi minoris quàm minori, hoc est, cùm minor hereditatem sibi delatam repudiauit, & ante distractas res hereditarias decessit nulla petita restitutione nec declarata voluntate an heres esse vellet. Quamuis enim potuerit restitui aduersus repudiationem, id tamen sic accipiendum est si mutata voluntate heres esse vellet, cuius volũtate mutatæ probatio nõ alia maior esse potest quàm si petat restitutionem ad hoc ipsum vt liceat sibi adire. Atqui non eadẽ voluntas adeundi repudiatam hereditatem in eius herede esse nõ potest, quia eius est velle adire cui delata fuit hereditas, quæ porrò non heredi minoris fuit delata, sed minori. Adeò vt nec si olim heres impetrasset ius deliberandi, id tamen ad heredem suum transmitteret, si non suus heres esset, ad tempora vsque Iustiniani qui hoc quoque immutauit in *l. cum antiquitoribus. 19. Codic. de iure deliberandi.* Cæterum illud etiam hodie supereſt ex iure vetere, vt si defunctus non habuerit ius deliberandi, quod vtique non habet is qui repudiauit, nihil omnino iuris ad heredem eius transmittatur, & hereditas non adita non transmittatur. *l. vnic. §. in nouissimo. Cod. de caducis tollendis.* Tantum abest vt hereditas repudiata transmitti possit. Ergo sicuti voluntas adeundi non potest transmitti ad heredem minoris, ita neque restitutio ad adeundum, quæ supponit non solùm voluntatem adeundi, sed etiam voluntatem diuersam ab ea quæ per defunctum fuit declarata per repudiationem, & quam quisquis mutatam dicere vult, probare debet. *l. eum qui voluntatem. 22. de probat.*

3 ¶ Si seruus, vel filiusfamilias minorem circumscripserit: pater, dominúsve, quod adum peruenerit, restituere iubendus est: quod non peruenerit, ex peculio eorũ præsta-

re.ſi ex neutro ſatisfiet,& dolus ſerui interuenerit [k]:aut verberibus caſtigādus,aut no-
xæ dedēdus erit [l]. ¶ Sed & ſi filiusfamilias hoc fecit,ob dolum ſuum condemnabitur [m],

Ad §.3.Si ſeruus.

Ratio dubitandi. Etiamſi ſeruus vel filiusfamilias minorem circumſcripſerit, verum tamen eſt nihil patrem dominúmve geſſiſſe aut contraxiſſe cum minore, cùm alia ſit perſona patris, alia filij, alia domini, alia ſerui. Ergo non debet dari reſtitio contra patrem aut dominum. Ratio decidendi. Cùm filiusfamilias vel ſeruus contrahit, licèt patre vel domino ignorante, pater tamen vel dominus tenetur ex eo contractu ſaltem de peculio, adeóque ſupra peculium, ſi plus ad patrem dominúmve peruenerit, quàm in peculio ſit, aut in rem eius ſit verſum. *tot. titul. de pecul. & de in rem verſ. & Inſtit. quod cum eo qui in alien. poteſt.* Eadem ergo ratione ſi filiusfamilias vel ſeruus minorem circumſcripſerit, danda eſt minori in integrum reſtituto actio in patrem vel in dominum, De eo quod peruenit, aut ſaltem de peculio: ne ex dolo aut facto filij vel ſerui lucretur eſt damno minoris contra naturalem æquitatem. Alioqui eſſet inutilis reſtitutio etiam quæ contra filiumfamilias eſſet impetrata, niſi differretur executio in id tempus quo factus eſſet ſui iuris. *leg.ſi dubitet.*10. *§. filiusfamilias. de fidetuſſoribus.* Contra ſeruum verò nulla reſtitutio concedi poteſt, ſicuti nec actio alia vlla exerceri. *leg.2.infr. de capit.minut.* Ergo ne minor in damno moretur, non modò æquum eſt, ſed etiam neceſſarium, vt contra patrem vel dominum reſtitutio iſta detur, ſiue de eo quod peruenit, ſiue de peculio, Præſertim cùm nulla in eo fiat iniuria patri aut domino, quos placuit etiam cùm ex filij vel ſerui delicto actio venit de peculio conueniri poſſe. *l. ex contractibus* 49. *de oblig.& actio.*

k *Et dolus ſerui interuenerit.* Intellige cum Accurſio de dolo qui vel extra contractum interuenerit, vel in contractu quidem, ſed qui non dederit cauſam contractui, quomodo legendum eſt apud Accurſium, addita negatione.

l *Aut noxæ dedendus erit.* Ratio dubitandi. Etiam cùm dolus filiifamilias aut ſerui interuenit, datur actio de peculio in patrem vel dominū. Ergo non actio noxalis. *d. l.ex contractib.*49. *de oblig.& act.* quæ ſcilicet cum actione de peculio concurrere non ſolet. *leg.ſi quis adfirmauit.*9. aliàs *leg.ſi oleum, §.penult.ſupra titulo proximo.* Longè namque vtilius eſt ei qui cum ſeruo contraxit vt habeat actionem de peculio quàm vt noxalem, cùm noxalis actio faciat vt dominus liberetur dando ſeruum noxæ, licèt multo plus ſit in peculio quàm in æſtimatione ſerui. *leg.miles.6.§.decem.infr.de re iudicata.* Ratio decidendi. Noxalis actio datur hoc caſu, non vt concurrat cum actione de peculio, ſed in ſubſidium aliarum actionum, De eo quod peruenit & De peculio, ſi fortè vel non competant, vel inutiles ſint & inefficaces, quòd aut nihil aut minus peruenerit ad dominum, vel in ſerui peculio ſit. Hoc enim eſt quod ſignificant verba illa, *Si ex neutro ſatisfiet*, ac ſi ſcriptum eſſet, Si *neque ex eo quod peruenit, neque ex peculio ſatisfieri poterit*, vt habeat dominus ſatisfaciendi neceſſitatem ſi ſatisfieri poſſit, non vt habeat electionem vel ſatisfaciendi vel dedendi ſeruum noxæ aut ad verberandum. Planè cùm ſatisfieri aliter non poteſt, neque ex peculio neque ex eo quod peruenit, electio domini eſt an verberibus caſtigandum dare velit ſeruum an noxæ dedere, vt euenit etiam in actione iniuriarum, *l.ſed ſi vnius.*21.*§.cum ſeruus.de iniur.* De filiofamilias nihil tale tractari poteſt, quia cùm ſit liber non poteſt noxæ dedi, nec proinde metu noxæ deditionis ad verberandum dari. Sed ſi in dolo fuerit, debet ipſe ob dolum ſuum inſolidum condemnari, vt ſequitur in textu.

m *Ob dolum ſuum condemnabitur.* Filius familias cùm nihil proprium habeat, quia patri omnia acquirit, non poteſt vrgeri ad ſolutionem. *l.placet 79. de acquirenda hereditate. l.* 1. *in princip. ſi parent. quis manum.* Ergo fruſtra & inutilis erit condemnatio quam debitoris eludet inopia. vulg. *leg. nam is nullam.6.ſupr. titul. prox.* Ratio decidendi. Sicut aliud eſt actio, aliud exactio, cùm illa ſit iuris, hæc facti: ita & ſeparanda eſt condemnatio ab executione rei iudicatæ, nec quidquam vetat condemnari filiumfamilias tum quoque cùm bona nulla habet, & tamen differri executionem condēnationis in id tempus quo ſui iuris factus erit, & aliquid habere cœperit. *l.ſi dubitet.*10.*§.filiusfam.ff. de fideuſſ.*

4 ¶ Reſtitutio autem ita facienda eſt, vt vnuſquiſque in integrū [n] ius ſuum recipiat. ¶ Itaq. ſi in vendendo fundo circumſcriptus reſtituetur: iubeat prætor *emptorem fundum cū fructibus reddere,& pretium recipere* [o]: nisi ſi tunc dederit, cùm eum perditurū nō ignoraret [p]: ſicuti facit in ea pecunia, quæ ei conſumpturo creditur [q]: ſed parciùs in vēditione: quia æs alienum ei ſoluitur: quod facere neceſſe eſt: credere autem non eſt neceſſe. Nam & ſi origo contractus ita conſtitit [r], vt infirmanda ſit, tamen neceſſe fuit pretium ſolui [s], non omnimodo emptor damno adficiendus eſt [t].

Ad §.4.Reſtitutio.

n *Vt vnuſquiſque in integrum.* Ratio dubit. Nihil eſt quod tam impediat reſtitutionem in integrum quàm ſi res in integro eſſe deſierit. §. Scæuola. *hac l.aut ſi res ſtatum mutauerit.l.ſi ex cauſa.*9. *§. pen. ff. h.tit.* Ergo non poteſt reſtitutio facere vt vnuſquiſque integrum ius ſuum recipiat. Ratio decidendi. Rem eſſe in integro tum dicimus cùm in eo eſt vt in integrum reſtitui poſſit, contrà verò non eſſe in integro, cùm ita eſt immutata vt non poſſit in integrum reponi, vt in exemplo. *d. §. Scæuola. & d.§. penul.l.ſi ex cauſa.*9.*ſupr.* qui locus debet accipi de mutatione ſtatus publici non priuati, vt ibidē poſt Cuiacium diximus.

e *Et pretium recipere.* Ratio dubitandi. Non tenetur minor pretium reddere quod accepit, niſi ab emtore

emptore probetur in rem ipſius minoris verſum eſſe. *l. patri.*27.*§. ſi pecuniam.verſ. ex diuerſo.in fin. ff. eod. l. ſi ſine.* 32. *§. interpoſito. de adminiſt. tut.* Nec ſi ſolutum fuerit curatori minoris, aut, quod idem eſt, ipſi minori curatore autore. *l.prætorium.* 10. *Cod. de præd. minor.* Ergo non eſt hoc caſu ſic faciēda reſtitutio, vt vnuſquiſque integrum ius ſuum recipiat. Ratio decidendi. Prætoris beneficium nemini debet eſſe captioſum. *l. Paulus notat.* 8. *de prætor. ſtipulation.* Eſſet autem captioſum ſi emtor qui precium dedit vt fundum conſequeretur, fundum ipſum cogeretur reddere & quidem cum fructibus, nec precium reciperet cum vſuris. *dict.leg.patri.*27. *§. ſi pecuniam. verſic. ex diuerſo.l.minor.*41.*in fin. leg. tutor.* 47. *§. vltim. infra hoc titulo.* Sed & meliorationes & ἐπανορθώματα reddere. *leg. vnic. Cod. de reputat.quæ fiunt in iudic. in integr. reſtit.* Nec obſtat quod ſcriptum eſt in dict. *§. interpoſito. & in dict. leg. prædiorum.* Diſtinguendum enim eſt an minor petat reſtitutionem ad hoc tantùm vt pretium quod ei iam ſolutum eſt rurſum ei ſoluatur quaſi malè conſumtum: an verò ad hoc vt ſibi res ſua quam vendidit reſtituatur quam læſo, ſiue contractus ab initio tenuerit, ſiue non. Priore caſu nihil eſt quod de reſtitutione tractari poſſit: quia ſi bene facta fuit ſolutio liberatus eſt emtor, nec proinde aut inuitus aut ignorans recidere in obligationem poteſt, vt nec ullius quilibet minoris debitor nul obſtāte eo quod ſcriptum eſt in *lege* 1. *Cod. ſi aduerſus ſolut.* de cuius ſententia ſcripſimus ad *leg.* 7. *§. ſup. hoc titul.* Si verò ſolutio perperā facta ſit cùm emtor non ſit liberatus, nulla minor aduerſus eū indiget reſtitutione: poſteriore verò caſu non aliter precium redendum eſt emtori quàm ſi vel in rem minoris verſū ſit, vel neceſſe fuerit emptori vt ſolueret vi actionis contra eum inſtitutæ: probetúrque alterutrum per emtorem: tametſi curatore autore ſolutio facta proponatur, vt in legibus contrariis. Non quòd ſolutio facta curatori vel adhibito curatore emptorē ipſo iure nō liberauerit. Sed quoniam ea liberatio facere tantùm poteſt ne debitor rurſum ſoluere cogatur, non autem ne fundus ipſe reddi debeat minori qui ad fundum agit, non ad precium. Emtor enim vt cogat minorem ad prestitutionem non tantùm probare debet ſe liberatum ſolutione pretij cùm ab eo pretium non petatur, ſed illud præterea obligatum eſſe minorem vt pretium reddat: quod porro non aliis caſibus quàm ſuperioribus duobus euenire poteſt. Altero quidem ne locupletetur minor ex alieno dāno. *leg. ſi fundus.* 13. *§.* 1. *de rebus eorum qui ſub tutel.* Altero verò, quia iniquum eſt impunè non ſoluiſſe eum qui coactus fuerit à prætore vt ſolueret. *leg.quo autem.*6. *§. apud Labeonem. quæ in fraudem creditorum.* & in iis verbis huius *§. quod facere neceſſe eſt.* & paullo poſt, *ſi neceſſe fuit pretium ſolui.* Proinde ſi contractus ab initio tenuerit, & pretium ſolutum fuerit curatori illud exigenti, aut minori id agenti curatore autore, obligatus erit minor petens reſtitutionem vt illud emtori reſtituat, quia emtor ſoluere habuit neceſſe. Niſi ponas fraudem interueniſſe, vt in ſpecie *dict. §. interpoſito.* Nunquam enim fauendum eſt emtori qui fraudem vel ſolus admiſit, vel participauit. Si verò contractus non tenuit, licèt curatori ſolutum ſit pretium, contrà erit, quia nulla ex tali contractu potuit naſci obligatio aut actio venditi ad cogendum emtorem vt pretium ſolueret, adeóque nec poterit dici emtor liberatus per ſolutionem factam curatori, quia tunc habet curator poteſtatem accipiendæ ſolutionis, cùm id quod ſoluitur minori debetur, ſiquidem liberatio quælibet præſupponit præcedentem obligationem. Sed de tota quæſtione iſta videnda ſunt quæ pluribus ſcripſimus in tertia parte Chiliadis noſtræ de Errorib. pragmat. contra omnes omnium opiniones.

p *Cùm eum perditurum non ignoraret.* Ratio dubitandi, Qui cum alio contrahit non cogitur inquirere in quam rem aduerſarius pecuniam ſit impenſurus: & quamuis ſciat malè conſumturum, diſſimulare debet ne curioſus videatur. *leg. doli.*19. *§. vltim. de nouationibus.* Ratio decidendi. Fallit hoc in eo qui contrahit cum perſona ſuſpecta, id eſt, cui ſcit ſubuentum iri per legem aut per prætorem ſi pecunia malè conſumatur, vt cum fœmina intercedente contra Velleianum, aut cum minore. *leg. vir vxori.* 17. *§. mulier & Titius.infra ad Velleian.*

q *Quæ ei conſumturo crederetur.* Ratio dubitandi. Mutuum cùm ſit gratuitum & meræ liberalitatis, in quo differt à fœnore, fauorabile eſt & fauorabilius emtione, in qua quod emtor ſoluit pretium non facit liberaliter, ſed quia viciſſim accipit fundum. Ergo creditor debet eſſe fauorabilior emtore. Quam ob cauſam putant plerique quod ſcriptum eſt in *lege prima. Codic. ſi aduerſus creditor.* onerandum eſſe creditorem probatione pecuniæ in rem minoris verſæ non ad liberalem creditorem pertinere, ſed ad fœneratorem, de quo in *lege* 2. *eodem titulo.* Ratio decidendi. Fauorabilior eſt cauſa emtoris quàm creditoris cum minore contrahentis: quia cùm emtor ſoluit pretium, ſoluit æs alienum, quod facere neceſſe eſt, pecuniam autem credere non eſt neceſſe. Dices neque eſſe neceſſe vt quis emat à minore. *leg. nec emere.* 16. *Cod.de iur. deliberandi.* perinde ergo imputari poſſe emtori atque creditori cur cum minore contraxerit. Reſpondeo, inde nimirum fieri vt per reſtitutionem in integrum cogatur emtor fundum reddere. Sic enim punitur in eo ipſo in quo poteſt ei aliquid imputari: ſed non ideo puniri debet iactura precij, quia nihil hac parte imputari ei poteſt, cùm poſt factam emtionem neceſſe habuerit ſoluere.

r *Nam & ſi origo contractus ita conſtitit.* Ergo intelligendus eſt hic §. de eo caſu quo contractus ab initio tenuerit, reſcindi tamen potuerit & debuerit ex æquitate.

ſ *Si tamen neceſſe fuit pretium ſolui.* Adhibenda igitur duplex diſtinctio eſt. Prior illa, An ſiue emtor ſiue alius minoris debitor coactus ſit ſoluere necne. Altera, An ſi coactus fuit vt ſolueret, ſoluerit perditurō, an in rem ſuam verſuro. vt hoc demum non etiam illo caſu ſit ſecurus: quæ diſtinctio in creditorem cadere nō poteſt. Itaque omni caſu tenetur probare creditor in rem minoris ver-

sum esse. *l. patri. 27. §. si pecuniam. inf.* etiamsi simplex sit creditor, non fœnerator. *dict. leg. 1. Cod. si aduersf. credit.* Nec obstat quod hic locus loquitur de creditore qui credidit cõsumpturo. Aliud enim est credere consumpturo, aliud verò ei credere quem consumpturum non ignores. Consumpturo credit etiam is qui ignorat an accipiens sit consumpturus, nisi crediderit in eam rem quam sciebat minori necessariam aut vtilem fore. *l. vltim. de exercit. act. l. seruus. 17. de in rem verf.* quibus locis dicitur perinde habendam hanc pecuniam, ac si in rem versa esset, quamuis perdita probetur. Creditori contra quem minor restitutus est, nihil restituitur si credidit consumpturo, id est, non tanquam in rem suam versuro, etiamsi consumpturum eum ignorauit. Emptori verò reddendum est precium quod soluere habuit necesse, nisi cùm eum consumpturum non ignorauit.

t *Non omnimodo emptor damno adficiendus est.* Non ait, *omnimodo emptorem damno adficiendum non esse*: Quibus verbis significaret nullo modo nullóque casu damno adfici debere, sed ait non omnimodo damno adficiendum esse: qua loquendi formula ostendit aliquo casu posse fieri vt damno adficiatur, quamuis necesse habuerit soluere: nempe cùm ex perspectis moribus minoris potuit præuidere futurum vt eam pecuniam minor perderet. Non enim ei tunc proderit coactio, quia debuit ipse minori meliùs prouidere vt sibi quoque meliùs prospiceret, & vel curatores vel condemnationem expectaret.

5 ¶ Ex hoc edicto nulla propria actio, vel cautio[u] proficiscitur. totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione[x].

Ad §. vlt. Ex hoc edicto.

Ratio dubitãdi. Plerumque ex hoc edicto prætor dat minori vtilem actionem, idque fauore minoris ætatis, vt in specie *l. prox. in fin. & l. verum. 11. sup. eod.* vbi dixi. Ergo etiam ex hoc edicto aliqua actio nascitur.

Ratio decidendi. Non negat Paulus quin prætor ex hoc edicto det aliquando actionem, sed negat dari vllam propriam, id est, quæ dicatur de minoribus, quomodo ex edicto de dolo dicitur actio De dolo, & actio Quod metus causa ex edicto Quod metus causã. Actio autem illa vtilis quam prætor interdum dat ex hoc edicto non propria & specialis aliqua actio est, sed generalis, licèt causam huius edicti habeat propriam & specialem.

u *Vel cautio.* Placet quod Cuiacius interpretatur hoc de cautione quæ instar actionis obtinet. Vnde & cautionales stipulationes appellãtur in *l. 1. §. cautionales. de prætor. stipul. & in l. nõ solum. 20. rat. rẽ hab.*

x *Pendet ex prætoris cognitione.* Vnde & prætoria cognitio dicitur restitutio quæ fit ex hoc edicto. *leg. in causæ. 13. §. interdum. supra hoc titulo.* Ideóque verba edicti sic concepta sunt, *vti quaque res erit, animaduertam. leg. prima. §. 1. supra.* aliter quàm in cæteris partibus edicti, in quibus prætor se iudicium daturum pollicetur. Iudicium enim & actionem dare idem est, & sit vtrumque cùm prætor non vult ipse cognoscere, sed iudicem dare quomodo semper olim dare cogebatur ante *l. 2. Cod. de pedaneis iudicibus.* nisi fauorabilis causa esset quam sua cognitione dignam putaret, cuiusmodi esse credebatur restitutio minoris, itémque causa liberalis, *l. non distinguemus. 32. §. de liberali. ff. de recept. qui arb. l. vlt. C. vbi & apud quem cog. in integ. rest. ag. sit.*

25. GAIVS. lib. 4. ad Edictum prouinciale.

ILlud nullam habet dubitationem, quin minor, si non debitum soluerit ex ea causa, ex qua iure ciuili repetitio non est danda, sit ei vtilis actio ad repetendum: cùm & maioribus vigintiquinque annis iustis ex causis dari solet repetitio.

Ad l. Illud nullam 25.

Ratio dubitandi. Non læditur nec decipitur minor qui iure communi vtitur. *leg. vlt. Codic. de in integrum restitution. minor. leg. inter eos. 51. §. penult. infra de fideiussoribus. l. nihil consensui. 116. §. 1. de regulis iuris.* Atqui ius commune illud est vt ea quæ per inficiationem in lite crescunt ab ignorante etiam indebita soluta repeti non possint. *leg. ea quæ. 4. Cod. de condictione indebiti. §. vlt. de obligationibus quæ ex quasi contract.* quasi redempto periculo inficiationis & dupli hoc veluti precio, vt Cuiacius tractat ad Paulum *libr. 1. Sententiarum titulo 19.* Ergo non est hoc casu restituendus minor, cuius scilicet interest non minus quàm maioris, ne periculum illud inficiationis & dupli præstandi incurrat. Ratio decidendi. Læditur minor & alius quilibet quoties indebitum soluit, quia sit pauperior sine causa. Ergo restitui debet hactenus vt petita in integrum restitutione habeat repetitionem quam maior non haberet, idque per vtilem actionem ex hoc nimirum edicto dandam, quomodo & vtilis illa datur. de qua in *l. verum. 9. in principio. supra hoc titulo.* Dixi ad finem legis præcedentis. Per inficiationem verò crescunt & duplantur actiones iudicati, depositi, legati per damnationem relicti damni iniuria legis Aquiliæ. Item de modo agri cùm venditor ab emptore deceptus est, vt scribit Paulus *dict. titul. 19.* vbi rectè monet legẽdum esse *depositi* pro eo quod vulgo legitur *depensi. l. inde Neratius. 23. §. hæc actio. ad leg. Aquil. l. item veniunt. 20. §. cum prædiximus. de petition. hereditatis. §. sed furti. de actio.* Hodie addenda est actio omnium legatorum intuitu pietatis relictorum. *§. ex maleficiis. eod. & d. §. vlt. Instit. de obligationib. quæ ex quasi contract.* Addit Accursius aliud exemplum ad hanc legem de naturali debito quod à minore solutum sit ex igno

norantia iuris ex *l. interdum. 29. de cond. indeb. & l. C. si aduersf. fol.* Sed malè meo iudicio. Nec. n. privilegium vllum minoris esse potest ad rescindendum id quod fecit ex bona fide, ac ius gentium patitur, cùm bonam fidem agnoscere nemo prohibeatur. *l. quoties. 9. §. sicut. de adm. tut.* Quod autem natura debetur id iure gentium dari oportet. *l. in amplius. 84. §. is natura debet. de reg. iur.* Et vel ex hæc loquitur euidenter de indebito soluto, ius appellatione non potest id contineri quod naturaliter debetur. *l. Iulianus verum debitorem. 59. cond. indeb. l. nec seruus. 41. de pecul. & arg. l. cum us. 76. §. heres meus. de leg 2.* Contra verò *d. l.* indebitum loquitur de debito etiam ciuili. Nam quod pupillus debet quantumcunque ciuiliter, ita vt eo nomine possit conueniri: si tamen ipse sine tutoris auctoritate soluat, repetit: quia persona non causa eius facit repetitioni, vt ea *l.* ait. Quod aũt scribit in *d. l. 2. C. si aduersf. solu.* de indebito legato per heredis errorem soluto nõ de eo legato accipi potest quod naturaliter tantùm debeatur, quia vel nullo modo vel ciuiliter quoque legatum deberi necesse est, quandoquidem legata omnia sunt iuris ciuilis, quod de legato quod ne quidem naturaliter debeatur, cuius tamẽ quantũlibet indebiti repetitio nulla est si solutum fuerit per errorẽ iuris à maiore, sed repetitio est si à minore, cui. s. ius ignorare permittitur. *l. relata. 9. de iur. & facti. igno.* Si verò à maiore ita deberi fuerit si solutum sit per errorem facti. *l. error. 9. C. de l. Fal.* Exemplum igitur ad hanc legem omnium manifestissimum est de indebito ex ea causa quæ per inficiationem crescit.

Cùm & maiores. R. dub. Non subuenitur maioribus si in iure errent, sed tãtùm si in facto. *d. l. error. C. ad l. Falc. l. cùm quis. 10. C. de iur. & facti. ign.* Ergo non potest hac parte similis esse ratio maiorum & minorum, & ob id nimirũ Accurs. hunc vers. intelligit de errore facti, priorem verò partem de errore iuris. Sed parum probabilior. Esset. n. euidenter absurda ratiocinatio si quis diceret minoribus per errorem iuris indebitũ solutum ideo succurrendũ esse q; etiã maiorib. qui per facti ignorantiã soluerunt, succurratur. Cùm nihil simile aut cõmune habeat ignorãtia iuris cum ignorantia facti. *d. l. regula. & toi. tit. D. & C. de iur. & fact. ign.* R. dec. Etiã maioribus per iuris ignorãtiam aliquid facientibus interdum succurritur, vt in specie *l. 1. in princ. vt in poss. leg.* & in exemplo quod attulimus ad hanc legem de indebito soluto ex ea causa quæ per inficiationem in lite crescit. Potest iuris ignorantia facere etiam in maiore vt ei sit succurrendum. Nam tùm ratio propter quam ista quamuis indebitè soluta non repetuntur, non alia sit quàm quòd videatur voluisse is qui soluit eo veluti pretio redimere pretiũ inficiationis & dupli, vt s. docuimus: nemo certè dixerit hanc rationem posse aptari ei qui iuris ignorans nesciat id quod soluit tale esse vt possit crescere per inficiationem. Illa tamen semper differentia est inter maiores & minores, quòd in minoribus iuris ignorantia præsumitur, quam in maioribus probari semper opo. et. dict. leg. regula. & hoc innuere videtur Gaius hoc loco in illis verbis, *iustis ex causis.* Ergo in specie huius legis non causa neque persona, sed in integrum restitutio facit locum repetitioni, vt bene monet Cuiacius.

1 ¶ Si talis interueniat iuuenis, cui præstanda sit restitutio: ipso postulante[b], præstari debet, aut procuratori eius, cui idipsum nominatim mandatũ sit. qui verò generale mandatum de vniuersis negotiis gerendis alleget, non debet audiri.

Ad §. 1. Si talis.

R. dub. Qui generale mandatum habet, generaliter & in omnib. vice eius qui mandauit fungitur: & intũ põt generalitas quòd ad omnia, quãtum specialitas quod ad singula: cùm nihil excipiat is qui tum dicit. *l. 1. §. 1. de leg. præst. l. quæ conditio. 39. de ad. & dem. cum simul.* Ergo qui mandatum generale habet à minore, potest etiam ipsius nomine petere restitutionem. R. dec. Restitutionis auxiliũ extraordinarium est & hoc ipso odiosum, quia per restitutionem rescinditur id quod ipso iure tenet. *l. causæ. 19. §. b. tit.* Mutatam ergo voluntatem esse oportet cùm petitur restitutio. Mutatio autem voluntatis nunquã præsumitur, sed probãda est ab eo qui allegat. *l. eum qui mutatam. 22. de prob.* præsertim in ea re quæ ritè facta sit. ar. *l. sancimus. 27. ver. quod enim. C. de testa.* Ergo cùm restitutio in integrum non detur nisi petenti, necesse est vt vel à minore ipso petatur, vel ab alio qui habeat speciale mandatum. Neque nouum est vt generali mandato non omnia cõtineantur. Sunt. n. multa quæ speciale mandatum exigunt. *l. mandato generali 60.* vbi dixi *de proc.* iunge *l. vn. C. etiam per proc. caus. in integ. rest. ag. pos.* & alias ll. quas in hanc rem cumulat hic Accur. & ad *l. Pomponius. 40. gloss. 2. 8. de procur.*

Ipso postulante. Intellige ex autoritate curatoris quem habeat. Nam & curator ipse posset petere restitutionem nomine minoris. *l. 1. C. si tut. vel cur. interv.* Curator. n. plus quàm procurator est, & magis repræsentat personam minoris vt possit omnia facere pro vtilitate minoris quæ ad causam administrationis pertinent etiam solus adeó; reluctãte minore, nisi in iis in quib. psonale factũ ipsius personæ omnino requiritur, vt in *l. cũ is una. 17. §. tutor. de app.* Sed si minor curatorem non habeat, poterit vtiq. etiã per se petere restitutionem & adire prætorem, qui cùm ipse solus ex hoc edicto cognoscat pro cura quam suscipit vtilitatis minorũ, satis hoc ipso fungitur officio curatoris & quidem optimi. facit *l. 3. in 2. part. C. de in int. rest. min.* Idémne ergo est si velit dare procuratorem ad petendam restitutionem? Ita hîc contra Accurs. defendit Cuiac. quamuis aliud sit si minor velit dare procuratorem ad litem coram iudice tractandam. *l. neque tutores. 11. C. de proc.* Sed potest dici pro Accursio tum quoq; cùm restitutio petitur per procuratorẽ, quamuis prætor ipse cognoscat, interesse tamẽ minoris vt in dando procuratore autoritas curatoris interuenerit, ne fortè minor infirmitate cõsilij eũ procuratorem eligat, qui minus fortasse habeat fidei & industriæ quàm necesse sit ad tractandã causam restitutionis circa quam multa occurrũt, quæ sũt facti, quæ nec supplere nec diuinare prætor potest si per procuratorem aut non allegentur aut nõ probentur. Qua etiam ratione defendi potest tum quoque cùm minor per se petit restitutionem, adhuc vtilius ei esset vt adhibeat curatorem.

26. PAVLVS lib.11.ad Edictum.

QVod si de speciali mandatu dubitetur, cùm restitutio postuletur: interposita stipulatione ratam rem dominum habiturum, rei potest mederi.

Ad l. Quod si de speciali 26.

Ratio dubitandi. Cautio de rato non potest habere vim specialis mandati. Alioqui eæ personæ quibus permissum est agere alieno nomine data eiusmodi cautione de rato. *leg. sed & hæ. 35. supr. de procuratorib.* possent etiam adolescentis nomine petere restitutionem, quod nos proximè negauimus, & Gaius negat in leg. seq. Ergo si de speciali mandato nõ appareat quod necessarium est ad petendam restitutionem alterius nomine, frustrà est si cautio rati offeratur. Rat. dec. Nihil quidem prodest cautio de rato, si mãdatum speciale nullum allegetur. Sed si allegetur adeóque proferatur, at in ea tamen forma vt de eius fide ac veritate dubitari possit, putà si de eo constet per scripturam dũtaxat priuatam quæ non sit recognita, aut per scripturam publicam quidem, sed quæ aliqua falsi suspicione vrgeatur, potest huic incommodo adferre medelam interposita stipulatio, Ratam rem dominum habiturum. Ratihabitio enim quandocunque secuta cùm æquiparetur mandato, & specialiter fiat petitæ restitutionis, nõ generalis mandati, sed specialis vim & potestatẽ habet. Sic iure nostro, puinciali cũ nemo admittatur ad litẽ alieno nomine siue agendo siue excipiendo, tractandam sine mandato expresso. Si tamen mandatum quis proferat, de cuius fide aut idoneitate aliqua incurrat quæstio, suscit eo nomine offerri cautionem de rato.

1 ¶ Quod si is, qui circumscripsisse dicitur, absit: defensor eius satis iudicatum solui dare debebit.

Ad §. 1. Quod si is.

Ratio dubitandi. Procurator eius contra quem petitur restitutio, cogitur cauere de rato, non alia ratione quàm quia partes actoris obtinet. *l. non solùm. 39. §. est & casus. sup. de procur. iun. ff. l. procurator. 8. §. vlt. rat. rem haber.* Ergo non est cogendus satisdare iudicatum solui, cùm ea satisdatio non nisi ex parte rei interponatur. Ratio decidendi. Tam is qui petit restitutionem quàm is contra quem petitur restitutio, duplicem personam sustinet, actoris nimirum & rei propter mutuas præstationes & adiudicationes quæ fiunt in iudicio in integrum restitutionis. *l. quòd si minor. 4. §. restitutio. 5. & l. prox. seq. §. si pecuniam. j. de i.* Ergo duplicem cautionem interponere debet de rato & de iudicato soluendo. *d. §. est & casus.*

27. GAIVS lib. 4. ad Edictum prouinciale.

PAtri pro filio omnimodo præstãda restitutio est, licet filius restitui nolit: quia patris periculũ agitur qui de peculio tenetur Ex quo apparet [a], cæteros adgnatos vel adfines alterius esse cõditionis, nec aliter audire oportere, quàm si ex volũtate adolescẽtis [b] postulent: aut eius vitæ si iste adolescẽs [c], vt meritò etiam bonis ei debeat interdici.

Ad l. Patri 27.

Ratio dubitandi. Si quis alterius nomine petat restitutionem in integrum, non aliter audiri debet quàm si habeat in eam rem mandatum speciale. *leg. illud. 25. §. 1. supr.* vbi dixi. Ergo si filius conueniatur, non est permittendum patri vt filij nomine petat restitutionem, si non hoc ei filius nominatiuè mandauerit, Tantum abest vt possit filio inuito: quod tamen hæc lex ait. Rat. dec. Proprium hoc ius est patris cùm filius familias ex causa peculiari cõuenitur, non etiam si ex alia qualibet. Interest enim patris filium ex ea causa neque conueniri neque condemnari posse, vt nec ipse pater de peculio teneatur. Peculium enim profectitium filij quidem est & velut ipsius patrimonium, sed ita vt magis tamen sit patris. *l. 3. §. sed vtrum.* ff. vnde petenda sunt cætera quæ ad huius loci explicationem pertinent. Ergo in alio genere obligationis & actionis ex qua filius conueniatur, aliud erit: Nec enim quicquam interest patris principaliter, quamuis interfit per consequentias.

a *Ex quo apparet.* Id est, ex qua ratione. Ratio enim quæ facit vt patri pro filio conuento danda omnimodo sit restitutio, etiamsi filius nolit, nempe quod patris periculum in eo versetur qui de peculio tenetur, non habet locum in cæteris agnatis & adfinibus, qui scilicet non similiter de peculio tenentur. Accursius tamen aliter explicat, quasi quod in patre conceditur, in aliis prohiberi videatur. argum. *leg. cùm prætor. 12. de iudic. l. maritus 21. Cod. de procuratoribus.* Sed non ita est. Ad alios enim æquè posset hoc ius extendi, si ratio quæ habet locum in patre, haberet etiam in cæteris. Et ratiocinatio quam sibi fingit Accursius, in iis tantùm valet quæ sunt iuris cõstituti, non etiam in iis quæ sunt iuris recepti.

b *Quàm si ex voluntate adolescentis.* Ratio dubitandi. Istis personis permittitur agere etiam sine mandato. *leg. sed & hæ. 35. supr. de procuratoribus.* Ergo & petere in integrum restitutionem. Est enim facilius vt quis petat restitutionem quàm vt agat, sicuti ex eo constat quod filius contra patrem impetrare potest cognitionem, qui non posset impetrare actionem. *leg. 3. §. sed vtrum. supr.* vbi dixi. Ratio decidendi. Quod istis sine mandato agere permittitur, non facit eos procuratores. *l. 3. §. sed & si fortè. iudicatum solui.* Multò minus ergo potest eos facere procuratores speciales. Atqui, inquies, mandatum ab iis nullum exigitur, *dict. §. sed & si fortè.* Ergo neque speciale. Respondeo nullum exigi mandatum in iis quorum nomine actio simpliciter & absolutè absenti competit

petit, at non etiam in iis de quibus actio non competit nisi sub ea velut condicione si absens velit eam sibi competere. Tunc enim declaranda & probãda prius voluntas est. In eo autem numero sunt omnes restitutiones. Nec enim eas pollicetur prætor, nisi volentibus & petentibus restituineque tam ex edicto competuntquàm ex decreto: cum dentur omnes causa cognita *l. 3. §. de in integ. rest. l. 27. inf. hoc tit.*

c *Aut eius vitæ sit iste adolescens.* Ratio dubitandi. Quòd quis eius vitæ sit vt meritò etiam bonis ei interdici possit & debeat, non facit vt hoc ipso sit ei interdictum. Facto enim prætoris aut alterius magistratus, opus est vt interdictio sequatur *l. 1. l. Iulianus 10. de curat. fur. prod.* Ergo nec facit agnatos curatores, vt eo iure possint petere restitutionem nomine adolescentis.

Ratio decidendi. Imò ex *l. 12. tabb.* & ipso iure bonis interdicitur prodigo, qui proinde ipso etiam iure in agnatorum gentiliúmque tutela & curatione constituitur *d. l. 1. de curat. furios. prod.* quamuis postea reperit requiri decretum prætoris. Vnde est quod pragmatici nostri iactare solent, quanquam nimis generaliter omnes tutelas & curatelas hodie esse datiuas: sed tamen non is mihi videtur sensus Caij in hoc loco, vt si adolescens sit prodigus, possint eius agnati vel affines tanquam curatores pro eo petere restitutionem. Primùm quia nihil tale sonant verba legis. Deinde, quia minori tum quoque cùm furiosus vel prodigus inuenitur, dandus est curator tanquam minori, non tanquam prodigo aut furioso, quasi vitium sit ætatis. *l. 3. §. 1. de tutel.* Sensus igitur est ni fallor quoties adolescens eius vitæ est, vt ei bonis quoque interdici debeat non esse expectandum, vt vel postulet ipse restitutionem, vel mandet aliis nominatim vt postulent, quia eo casu cogi potest accipere curatorem tanquam minor, cùm etiam si maior esset cogeretur accipere tanquam prodigus. Accepto autem curatore, qui porro vnus ex agnatis aut adfinibus esse solet, non exigemus vt habeat mandatum speciale à minore, sufficiente nimirum mandato quod habet generale à lege vt ea omnia possit exequi, quæ ad minoris vtilitatem pertinere videbuntur. Quod etiam Accurs. non intellexit.

1 ¶ Si pecuniam, quam mutuam minor accepit, dissipauit: denegare debet proconsul creditori aduersus eum actionem quòd si egenti minor crediderit: vlteriùs procedendum non est, quã vt iubeatur iuuenis actionibus suis, quas habet aduersus eum, cui ipse credidisset, cedere creditori suo ¶ Prædium quoque si ex ea pecunia pluris, quàm oporteret, emit: ita temperanda res erit, vt iubeatur venditor reddito pretio recuperare prædium: ita vt si ne alterius damno etiam creditoi à iuuene suum consequatur. Ex quo scilicet simul intelligimus: quid obseruari oporteat, si sua pecunia pluris, quàm oportet, emerit: vt tamen hoc, & superiore casu venditor, qui pretium reddidit, etiam vsuras, quas ex ea pecunia percepit uit percipere potuit, reddat: & fructus, quibus locupletior factus est iuuenis, recipiat. Item ex diuerso si minore pretio, quàm oportet, vendiderit adolescens: emptor quidem iuberi debebit prædia cum fructibus restituere: iuuenis autem eatenus ex pretio reddere, quatenus ex ea pecunia locupletior est.

Ad §. 1. Si pecuniam.

Ratio dubitandi. Puberes curatorem non habentes rectè & efficaciter ex omnibus contractibus obligantur *l. puberes 101. de verb. obl.* præsertim cùm ex ea actio venit. Nam & furiosus & pupillus eo casu obligantur *l. furiosus 46. de oblig. & act.* Atqui obligatio mutui re contrahitur & ex ea nascitur actio quæ condictio certi ex mutuo appellatur, de qua in *tot. tit. de reb. cred. si cert. pet.* Ergo etsi minor pecuniam quam ab alio mutuam accepit dissipauerit, non potest prætor in eum denegare actionem, sed necessaria est minori restitutio.

Ratio decidendi, Quod hic Caius scribit denegandam creditori actionem in minorem sic intelligi debet, vt id fiat beneficio restitutionis quam & minor petierit & prætor concesserit. Alioqui cùm teneatur ipso iure, potest etiam conueniri danda in eam rem actione per prætorem, nisi aliquid interueniat propter quod possit dici, non haberi eum à prætore pro obligato. Tale verò est auxilium restitutionis, vt & in *l. necessariis 57. de acq. hered.* Nam cùm prætoris vtrunque sit & restituere & actionem dare vel denegare secum pugnaret prætor, si contra minorem daret actionem ex obligatione quam rescinderet. Atque ita etiam rectè sentit Accurs. *l. 1. 2. C. si aduers. cred. l. quod si minor 24. §. restitutio. 3. hoc tit.* vbi dixi.

d *Quòd si egenti.* Ratio dubitandi. Tum demum liberatur quis præstando actiones quas habet cum non aliam ob causam tenetur quam quod actiones habeat *l. quod si in diem 16. §. vlt. l. item veniunt 20. §. ait Senatus. de pet. hered. l. quod debetur 51. in fi. de pecul.* Atqui hoc casu non ob id solùm tenetur minor creditori, à quo mutuam pecuniam accepit quod eiusdem pecuniæ nomine habeat actionem aduersus alium cui eam subinde credidit, sed quia mutuam ipse accepit: Ergo eam reddere omnimodo debet, nec liberandus est sola actionis cessione: quæ sanè nihil commune habet cum mutui obligatione, cuius ea vis & potestas est, vt tantundem reddi debeat, & quod sit eiusdem generis & qualitatis *l. 2. §. mutui datio. j. de reb. cred.*

Ratio decidendi. Potestas & æquitas restitutionis hoc facit, quia minor aduersus obligationem mutui restitutus nihil debet reddere, nisi id in quo factus est locupletior *d. l. 1. C. si aduers. cred.* Qui autem egenti, id est non habenti vnde soluat, credidit pecuniam, in hoc tantum factus est locupletior quod pro pecunia habet actionem quam porro non haberet. si eam prius pecuniam ipse mutuam non accepisset. Æquum igitur est eam actionem ab ipso præstari, quod sine suo vllo dispendio facere potest *l. in creditore 28. de euict.* non etiam aliud quidquam præterea de suo, quoniam alioqui remaneret in damno. Idem verò aliis quibusdam casibus euenire notat Accursius. vt in *l. 1. §. pen. si quadr. paup. fecis. dic. l. si vt certo 5. §. nunc videndum. vers. idem Labeo. j. commod.*

b *Prædium quoque.* Ratio dubitandi. Cum minor emit ab alio prædium & pretium soluit, non habet venditor inquirendum ex qua pecunia soluatur, dummodo sit illa soluentis vndecunque eam habuerit *l. qui aliena 8. C. si quis alter. vel fil.* Ergo etiamsi minor idémque emptor eam pecuniam prius ab alio mutuam acceperat, nihil tamen causæ est cur eò

magis restitui debeat contra venditorem.

Ratio decidendi. Non ob id restituitur minor contra venditorem, quod soluerit ex pecunia quam ab alio mutuam acceperit, sed quia emit pluris quàm oportuit atque ita læsus est in pretij quantitate: quæ res facit vt non sit ei necessaria restitutio aduersus creditorem quam nec posset impetrare, tametsi veliet nisi in eo in quo factus esset pauperior, id est, quatenus rem pluris emisset. Nam vsque ad concurrentem rei emptæ valorem negari non potest, quin pecunia in rem eius versa sit pro qua rem habet. Impetrata verò contra emptorem restitutione, ficuti rem quam emit debet reddere ita vicissim restituendum est ei pretium quod soluit quo facto habet ille quod suo creditori possit reddere, nulla proinde contra eum egens restitutione. Ita fit vt sine cuiusquam ex tribus iniuria restituantur omnia in pristinum statum, creditore suam recipiente pecuniam, venditore suum funoum, minore verò hoc vnum lucrante quod neque læsus neque obligatus.

c *Ex quo scilicet.* Ratio dubitandi, Fauorabilior est minor qui precium soluit ex pecunia quam ab alio mutuam acceperat vt restitui debeat in integrum, ne alioqui cogendus sit aut in damno morari aut restitutionem petere contra creditorem, cui obligatus est vt creditam pecuniam reddat. Hic enim ficuti bis contraxit ita bis læsus intelligitur, quod nō similiter dici potest de illo qui ex pecunia sua rem aliquam pluris comparauit.

Ratio decidendi, Iam dix mus, non ob id restitui minorem contra emptorem quòd ex pecunia mutuo accepta soluerit, sed quòd pluris quàm oportuit emerit, Quæ ratio perinde locum habet cum ex sua pecunia minor comparauit. Sufficit autem vt læsus sit in quantitate pretij dummodo non prorsus modica, quamuis infra dimidiam iusti pretij ad hoc vt restitui possit. Ea namque læsio quæ dimidiam iusti pretij excedit exigitur tantùm in maiore *lege 2. Cod. de rescind. vend.* Est tamen necessaria minori restitutio quotiescumque deceptus est non in eo quod emerit aut vendiderit, sed quòd vtilius vendiderit aut cariùs emerit quàm par fuit: cùm si deceptus esset in eo ipso quod emisset aut vendidisset contractus ipso iure non teneret, vt dixi ad *legem & eleganter 7. sup. de dol. & ad legem in causa* 16. §. *idem Pomponius supra hoc titul.* Nec simile est quod Accursius obicit ex *lege si res* 12. §. *primo de iure dot.* vbi dicitur si mulier in æstimatione fundi dotalis circumuenta sit reducendam esse rem ad bonum & æquum. (Quod vtique sic accipiendum est vt nulla eo nomine sit necessaria in integrum restitutio.) Etsi enim æstimatio solet facere emptionem, multum tamen differt emptio dotis causa ab emptione alia simplici qualibet. Quia dos siue æstimata siue inæstimata non id eò datur marito vt aliquid lucretur ille ex damno mulieris aut mulier ex damno mariti *lege quotics 16. in fin. de iur. dot.* nec licet contrahentibus in eo contractus in genere se decipere *lege iure succursum 6. supra dict. titul.* quod in emptione simplici non ita est *dict. §. idem Pomponius.*

d *Etiam vsuras.* Ratio dubitandi, Minor qui fundum emit non cogitur reddere fructus omnes ne quidem quos percepit, sed hactenus tantùm quatenus ex iis factus est locupletior vt lex ait. Ergo neque venditor cogendus est ei restituere vsuras nisi ex quibus locupletior factus sit (in quarum numero esse non possunt eæ quas non percepit, tametsi percipere potuisset.) ne alioqui restitutio claudicet & non ex vtráque parte omnia in integrum reponantur.

Ratio decidendi, Restitutio quæ minori conceditur, licèt minorem vicissim obliget vt reddat quod accepit, fauorabilior tamen est minori quem non est æquum reddere nisi in quantum factus est locupletior. Aliter enim moraretur in damno nec proinde restitutus dici posset. Neque rursus absurdum est restitutionem claudicare vt dici solet de contractu inito cum pupillo *l. Iulianus* 13. *§. si quis à pupillo. de act. empt.* dum ne minor remaneat in lucro quod non magis ferendum est quàm vt remaneat in damno *l. si minoris 25. ad fin. de ad. minist. tutor.* Rectè autem Accursius totum hunc §. accipit de venditione fundi per minorem facta interposito decreto cùm alioqui non esset necessaria restitutio *l. 2. lege si quidem* 11. *Cod. de præd.* Quanquam nihil vetat eo quoque casu quo decretum nullum interuenerit dari restitutionem si modò in ea sit ætate is qui vult restitui, vt possit ratam facere venditionem, id est, si constitutus sit intra annum vtilem, qui non incipit nisi ab anno quinto & vicesimo completo. Quemadmodum enim qui precium rei malè venditæ petit hoc ipso venditionem approbare intelligitur *l. cùm pater 77. §. qui dotale. de legat.* 2. ita & qui petit restitutionem aduersus contractum ipso iure nullum qui tamen in eo sit vt noua voluntate confirmari possit hoc ipso eum confirmare intelligitur, non quidem adeò vt non possit eum improbare, alioqui non esset audiendus petens restitutionem, sed quātum satis est vt contractus teneat ipso iure vel ob hoc solum vt rescindi possit. Siquidem quod ipso iure nullum est, id neque rumpi neque rescindi potest *l. nam etsi 5. de minus. rupt.*

e *Item ex diuerso.* Ratio dubitandi, Parcendum est emptori qui fundum à minore comparauit quod precium ei soluerit quia soluere habuit necesse *lege quod si minor 24. §. restitutio. supra hoc tit.* Ergo sicut emptor cogitur fundum minori reddere & quidem cum fructibus nec tantùm quos percepit, sed etiam quos percipere potuit æquè dicendum est cogendum minori totum petium cum vsuris restituere nō tantùm id in quo factus est locupletior. Alioqui si fortè totum pretium perdiderit emptor & re & pretio carebit quod alienum sanè est à bona fide nec minus in persona minoris quam maioris. Omnibus enim commune esse debet quod ex bona fide est *l. ex emto* 11. §. *vl. l. bona fides* 50. *de act. emt.*

Ratio decidendi, Sic facienda restitutio est vt minor nullatenus moretur in damno. Aliter enim non posset dici in integrum restitutus. Moraretur autem in damno si cogeretur reddere pretiū ex quo locupletior factus non esset. Nec absurdū est emtorem carere & re & pretio, dūmodo minor non habeat & rem & pretium simul. Hoc. n. vnū est quod absurdū & iniquum esset *d. l. ex emto. §. vlt. l. vn. C. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. restit.* Sed neque verum est emtorem habuisse soluendi pretij necessitatē si ponas venditionē factā esse sine decreto, cùm eo casu non potuerit cōtractus ipso iure subsistere vt dixi ad *d. l. §. restitutio.* Interueniente autem decreto licèt contractus teneat ipso iure ac proinde potuerit cogi emtor vt pretium solueret cùm tamē in ipso pretio deceperit minorem, minus dignus est cui faueatur quasi qui ipse soluēdi necessitatē sibi impoſuerit vt tātò citius minoris fundū pretioviliore extorqueret quem

quem nisi oblato prius pretio petere non potuisset *l. Iulianus* 13. §. *offerri. de act. empt.* Nec rursum sufficit emptori ad restitutionem precij consequendam, vt potuerit cogi, nisi etiam fuerit coactus ad solutionem vi propositæ actionis, quæ porro cùm non potuerit proponi sine curatore, nec proinde solutio ei fieri absque curatore qui nullus hic interuenerat. Ergo nec vsuras hoc casu vllas minor debet; nisi quas fortè ipse perceperit, & quidem ita vt ex earum perceptione locupletior factus sit, cùm ex persona sua conueniatur ad precij restitutionem. Secus enim esset si ex patris aut alterius persona conueniretur, vt bene monet Accursius ex *l. minor* 40. §. *prædia. ff. eod.*

2 ¶ Si minor annis vigintiquinque sine causa debitori *acceptum* tulerit: non solùm in ipsum, sed & in fideiussores, & in pignora actio restitui debet. Et, si ex duobus reis alteri acceptum tulerit, in vtrumque restituenda est actio. ¶ Ex hoc intelligimus b, si damnosam sibi nouationem fecerit, fortè si ab idoneo debitore ad inopem nouandi causa transtulerit obligationem, oportere eum in priorem debitorem restitui.

Ad §. 2. Si Minor.

Ratio dubitandi. Cum minor annis 25. debitori suo à quo fideiussorem acceperat acceptum tulit, quamuis sine causa, fideiussor liberatur ipso iure nō beneficio minoris, sed potestate iuris: quia cumvim solutionis habeat acceptilatio & fideiussoria obligatio accessoria sit, non potest fieri vt liberato per acceptilationem debitore fideiussor maneat obligatus, nec si minor ita esse vellet *l. si quis reum 5. de liber. legat.* Nam & quod magis est acceptilatione soli fideiussori facta reus liberatur *l. & per iusiurandum* 15. §. *si fideiussori de acceptil.* Ergo non potest restitutio minoris auferre fideiussori beneficium quod is non à minore habeat, sed à lege. vulg. *l. si adrogator* 22. §. 1. *de adopt l. 3. de interd. & releg.*

Ratio decidendi, Minoris interest, vt obligatum habeat etiam debitoris sui fideiussorem vt plures habeat debitores: itémque vt eadem pignora remaneant obligata post acceptilationē quæ erant antea, ne sit ei minus cautum *l. si mandatu* 59. §. *vlt. mandat.* Ergo ne quid ei damni acceptilatio attulerit, quod non plenè sarciat restitutio, restituenda ei est actio, & in fideiussores, & in pignora *l. illud verum* 10. vbi dixi §. *quod met. caus.* nec tam inspiciendum est quid minor fecerit, aut cum quo contraxerit, quàm quid ex eo quod fecit damni senserit, vt aduersus totum damnum restituatur.

a *Et, si ex duobus reis.* Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad *vers. præced.* Nam acceptilatione vni ex correis debendi facta alius ipso iure liberatur *l. 2. §. 1. de duob. reis l. in duobus* 28. *in pr. & §. ex duobus. de iureiur.* cùm vnica omnium obligatio sit *d. l. 2. §. 1.* & æquè minoris interest habere vtrumque potius quàm alterutrum obligatum rescissa per restitutionem acceptilatione. Nec sanè quicquam interest, aut fideiussoris, aut correi, qui hodie obligatus ex propria promissione inueniretur si minor acceptum non tulisset debitori. arg. *l. si iudex* 41. *in fin. inf. hoc titul.*

b *Ex hoc intelligimus.* Ratio dubitandi, Obligatio semel extincta nunquam resuscitari potest, *l. qui res* 98. §. *aream. de solut.* Atqui nouatio nihil aliud est quàm prioris obligationis peremptio, & in sequentem transfusio *l. 1. de nouat.* Ergo si damnosam sibi nouationem minor fecerit, fortè si ab idoneo debitore ad inopem nouandi causa transtulerit obligationem non potest fieri vt in priorem debitorem actio restituatur, quia res quæ ita statum mutauit vt esse desierit, non capit restitutionem *l. si ex causa* 9. §. *pen.* ff. Idémque tractari potest circa restitutionem in integrum impetratam contra acceptilationem de qua in præcedentibus. Nam & acceptilatio peremptio est obligationis *l. pen. C. de solu.* cùm sit imaginaria solutio. §. 1. *Inst. quib. mod. toll. obl.*

Ratio decidendi. Verum quidem est obligationē semel extinctam nunquam reuiuiscere, vt sit eadem ipsa numero, sed nihil vetat eam à prætore ita restitui, vt eadem sit si non numero & specie saltem genere ac effectu. Vnde est quod passim vtiles appellantur huiusmodi actiones restitutæ, aut restitutoriæ, cùm tamen obligatio quæ per nouationem aut acceptilationem sublata est fuerit directa. Directæ actiones competūt ipso iure vel ciuili si sint ciuiles, vel prætorio si sint prætoriæ: vtiles verò non competunt, sed dantur à prætore qui eas tum primum inducit cùm dat siue per restitutionem in integrum id faciat, siue ex qua alia causa æquitatis. vt alibi scripsi, iunge *l. 1. C. de reput. quæ fiunt in iudi. in integ. restit.*

3 ¶ Aduersus eos quoque restitutio præstanda est, quorum de dolo agere non permittitur: nisi quædam personæ c speciali lege exceptæ sint.

Ad §. vlt. Aduersus.

Ratio dubitandi, Quod actio de dolo præstat maioribus, id restitutio ex hoc edicto minoribus præstat *l. quidam* 38. §. 1. Ergo de quorum dolo agere non permittitur, nec aduersus eos restitutio ex hoc edicto danda est. Ratio decidendi; Plenior & fauorabilior hæc restitutio est quæ datur ex edicto, De minoribus, quàm actio de dolo: siue propter fauorem ætatis, siue quod non vt actio De dolo sit famosa, itaque bona quidem ratiocinatio est, vt aduersus quos de dolo agi potest; multò magis permittenda sit restitutio ex hoc edicto, sed non è contrario, vt contra quos de dolo agi non potest; nec restitutionem ex hoc edicto dari oporteat.

c *Nisi quædam personæ.* Iam olim idem mihi visum est quod Cuiacio qui ad *l. non debet* 11. *supra titu.* 1. notat exceptionem hanc esse Triboniani respicientis ad Institiniani constitutionem in *l. vlt. C. qui & aduers. quos.* Quę primum induxit, vt neque filius contra patrem, neque libertus contra patronum restitutionem ex hoc edicto petere possit, non magis quàm ex edicto De dolo. Vide tamen quæ scripsi ad *l. 3. §. sed vtrum. vers. ego etiam. ff. hoc tit.* Quænam autem personæ aliæ sint præter patrem & patronum, de quarum dolo agere non permittatur, vidimus in *d. l. non debet.*

28. CELSVS lib.2.Digestorum.

CVm minor,quàm quinque & viginti annis,aduersus eum,cum quo tutelæ egit, restituitur:non ideò tutori contrarium tutelæ iudicium restituendum est.

Ad l.Cùm minor 28.

Ratio dubitandi.Actio contraria tutelæ non minùs nascitur ex tutela quàm actio directa & altera alteri correspectiua est & correlatiua.Dicitur enim directa ex comparatione contrariæ & è conuerso *l.* 5.*§.tutelæ.de obli.& act.l.*1.*& tot.tit.de contr.tut.& vtil. act.* Atqui in actibus correspectiuis & correlatiuis posito vno aliud etiam necessariò ponitur *l. cùm te fundum* 6.*C.de pact.inter empt.l.*1.*C.de cupress lib.* 11.*tit. vlt.*Ergo cùm minor 25.annis aduersus tutorem cũ quo tutelæ egit restituitur,vt iterum agat siue nihil siue minùs quàm deberetur à tutore fuerit consecutus etiam tutori contrarium iudicium restituẽdum est:vt ex vtraque parte fiat restitutio quæ potissima regula est omnium restitutionum *l.quod si minor* 24. *§.restitutio* ẽ.*l.vn.C.de reput.quæ fiunt in iud.l.*1.*&* 2.*C.si aduers.transact.* vbi dicitur rescissa transactione vel diuisione facta cum minore restituendum esse pristinum iudicium vt aduersarius minoris iis actionibus quas antè habuit vtatur.

Ratio decidendi.Pendet quidem ex eadem causa tutelæ vtraque actio & directa & contraria & se habent inuicem correlatiuè. Sed tamen alia actio est quæ directa, alia quæ contraria vt non solùm ex eo apparet quòd diuersis personis nõ iisdem competunt & ad diuersos effectus: verùm etiam ex hoc maximè quod & directo iudicio agi potest etiamsi contrario non agatur & vicissim contrario licèt non agatur directo *l.*1.*§.vlt.*ĩ.*de contr.tutel.& vtil.act. lege in commodato* 17.*§.*1.*eum l.seq.§.vlt.commodat.* Nihil ergo necesse est vno restituto aliud restitui cùm nihil habeant commune arg.*l.proxim.§.*1.*infra.* In eóque differt species huius legis ab iis de quibus in *d.l.*1.*&* 2.*Cod.si aduers.transs.* in quibus restituitur iudicium pristinum quod exercebatur ante transactionem non aliud vllum quod sit ab eo diuersum vt Cuiacius tractat post Accursium cuius fuit hæc tertia solutio. Sed quid attinet inquies quærere hic de restituendo iudicio tutelæ siue directo siue contrario : aut potiùs quomodo potest restitui vtrumque pronunciauerit.Respondeo consumi actionem tutelæ quoties exercetur, quia nunquam bis tutelæ agi potest: proinde etiamsi prima actione non fuerit quidem submotus minor,sed tamen minus consecutus est quàm debuit restitutione indiget vt iterum tutelæ agere possit,Similiter igitur ponendum est tutorem contrario tutelæ iudicio egisse vt possit videri consumtum iudicium tutelæ contrarium,indéque fieri locus quæstioni an sit restituendum. *lib.* 2.*Responsorum.*

29. MODESTINVS libro 2.Responsorum.

ETiam si patre, eodémque tutore,auctore, pupillus captus probari possit curatorem postea ei datum,nomine ipsius in integrum restitutionem postulare non prohiberi.

Ad l.Etiam si pater 29.

Ratio dubitandi. Nullum filio melius & vtilius consilium est quàm paternum. *l.vlt. C.de curat. furios.l.non solùm* 67.*§.*1.*de rit.nupt.* Ergo si patre eodémque tutore autore pupillus emãcipatus captus probari possit(nec.n.qui in patris potestate esset patrem tutorem habere posset.) non est permittendũ curatori postea dato vt nomine ipsius minoris petat restitutionẽ in integrũ aduersus id quod pater: qua ratione nec filio vnquam hodie permittitur vt cõtra patrem petat restitutionẽ.*l.vl.C.qui &aduers. quos.*R.dec.Nõ potest quidem minor restitui cõtra patrem siue tãquam tutor siue proprio nomine pater contraxerit,sed cõtra alium restitui potest de eo quod pater fecit si modò se læsum probet:Nam patris persona & adfectio excludit quidẽ præsumtionem fraudis.*d.l.non solùm §.*1.Sed non probationem siue consilio siue in reipsa fraus facta sit.Nec in eo quidquã fieri videtur cõtra votũ aut volũtatem patris cuius etiam interest, vt si quid dãni ex facto paterno filius sensit totũ id per restitutionẽ in integrũ à curatore postea petitam corrigatur. Nihil.n. vetat tutorem vacare delicto,& nihilominus restituẽdum esse minorem *l. tutor* 47. *in pr.*ĩ.*h.t.l.*2.*&* 3.*C.si tut.vel cur.interu.l.vltim.C.si aduers.rem iudicat.*

1 ¶ Ex causa curationis condemnata pupilla , aduersus vnum caput sententiæ restitui volebat : & quia videtur in cæteris litis speciebus releuata fuisse, actor maior ætate qui adquieuit tunc temporis sententiæ,dicebat totam debere litem restaurare. Herennius Modestinus respondit : si species, in qua pupilla in integrum restitui desiderat, cæteris speciebus non cohæret:nihil proponi,cur à tota sententia recedi actor postulans audiendus est.

*Ad §.*1.*Ex causa.*

Ratio dubitandi. Sententia non potest pro parte valere & pro parte non valere.*l.in hoc iudicio* 27. *fam.ercisc.* Ergo si ex causa curationis condemnata pupilla aduersus vnum caput sententiæ restitui voluerit restituendus etiam erit actor quamuis maior ætate qui adquieuit tunc temporis sententiæ,si putet se in aliis capitibus læsum fuisse.Ratio decidendi. Cùm totius sententiæ vnicum dũtaxat caput est aut cùm plura quidem sunt capita, sed connexa ita vt separari non possint non potest diuidi sententia vt partim valeat partim non valeat.Sed si plura sint capita non connexa aliud est, quia tot videntur esse sententiæ quot capita:sicuti solemus dicere tot esse stipulationes quot sunt res. *l. scire debemus* 29. *de verb.obl.*& tot legata annua quot sunt anni. *l. senatus.*35.*§.vl.de don. caus.mort.* iung. *l.cùm eiusdem* 34. *de ædil.edi.d.l.ult.*47.*§.*1.ĩ.*h.t.l.vl.in pr.C.de appell.l. per hanc* 4.*C.de temp.& repar. appell.l.si quis separatim* 10.*§.*1.*de appell. l.*1.*§. vl. quæ sent.sine appell.rescind.* Exemplum autem ad hunc §.non melius adferri potest quàm ex *l.prox.præced.*De sententia verò quæ plura capita habeat sic coniuncta vt restitutio contra vnũ caput impetrata omnia secum trahat varia exẽpla ponit hîc Accur.Est verò hic §.intelligendus de pupilla condẽnata vtili actione negotiorum gestorum ex causa curationis quã pater ipsius administrauerat.Idque significant verba illa. *Actor maior ætate* : Significant enim fuisse illum eundem antea minorem & actorem contra pupillam tanquam heredem patris eiusdémque curatoris. vt & Cuiacius hîc bene explicat.

2 ¶ Si here-

2 ¶ Si hereditate patris, ætatis beneficio, in integrum restitutus, abstinuit se, nemine de creditoribus paternis præsente, vel ad agendum à præsidẽ euocato:an ea restitutio rectè facta videatur? quæritur. Herennius Modestinus respondit: cùm non euocatis creditoribus,in integrum restitutionis decretum interpositum proponatur, minimè id creditoribus præiudicasse.

*Ad §.*2.*Si hereditate.*

Ratio dubitandi, Non maiorem vim habet restitutio per prætorem concessa minori ad abstinendũ hereditate paterna,quàm abstentio quæ fit citra restitutionem vtriusque enim idem effectus illic est,vt quamuis filius iure ciuili heres maneat,& obligatus creditorib. ac legatariis , ab iis tamen conueniri nõ possit.*l.necessariis* 57.*de acq.hered.* Atqui cum filius abstinet,non ob id sunt euocandi creditores aut legatarij:quia pendet id ex mera filij voluntate. Ergo nec sunt euocandi cum restitutio petitur aduersus immixtionem vt liceat abstinere. Ratio decidendi, Est quidem vtráque species abstentionis eiusdem effectus & potestatis , quoniam vtraque est ex iurisdictione prætoris,sed longè tamen diuersa vtriusq. ratio est,quia cum suus heres se abstinet suo iure nõ indiget decreto prætoris,sed ex edicto abstinẽdi ius habet si modò se non immiscuerit *d.l. necessariis* & *l. ei qui.eo.ti.*Sed cum se abstinet per restitutionem necessarium est decretum prætoris,id est,causæ cognitio:quæ porro adhiberi non potest,nisi præsentibus aut saltem euocatis iis omnibus, quorum interest, quique ex eo actu lædi possent. vulg. *l nam ita* 39 *de adopt. l.de vnoquoque* 47.*de re iud.* ne alioqui res inter alios acta aliis noceat contra *tot.tit. C.inter al.act.vel iud.alios non voc.l.in causæ* 13.*verſ.* causa enim cognita. vbi d xi.ẽ.*hoc tit.* Semel enim agnita hereditate ius quæsitum est creditoribus, vt non possit is qui agnouit liberari,nisi vel deferatur abijis condicio,vt in *l.cum heredit.* 55. *de acq.hered.* vel iis inuitis minor restituatur:nempe nisi pupillus fuit. Is enim potest suo iure abstinere citra restitutionem etiam postquam se immiscuit.

30 PAPINIANVS lib.3. Quæstionum.

SI filius emancipatus,contra tabulas non accepta possessione, post inchoatam restitutionis quæstionem,legatum ex testamento patris maior vigintiquinque annis [a] petiisset:liti renuntiare videtur cùm,& si bonorum possessionis tempus largiretur, electo iudicio defuncti repudiatum beneficium prætoris existimaretur.

Ad l. Si Filius 30.

Ratio dubitandi.Filius emancipatus à patre præteritus qui iam tẽpore exclusus est à petẽda bonorũ possessione contra tabulas nõ magis excludi potest, etiamsi si millies si velet repũcier bonorum possessioni.Quemadmodum enim quod nostrum est,non potest magis fieri nostrum *l. vt non ex pluribus* 159. *de reg.iur.§.sic itaque inst.de actio:* Ita quod semel amisimus,postea magis amittere nũquam possumus. Atqui exclusio illa quæ per lapsum temporis inducitur non impedit restitutionem , cuius petendæ materiã ex contrario præbet: cùm non sit locus restitutioni quandiu bonorum possessio peti potest *l. Pannonius* 86.*de acq.hered.* Ergo quamuis filius post motam restitutionis litem agnouerit legatum sibi in testamẽto patris relictum , idque maior iam factus non debet ea legati admissio ipsi nocere quominus in integrum restituatur , quamuis esset ei nocitura quominus admitteretur ad bonorum possessionem cõtra tabulas si tempore nondum exclusus esset. Ratio decidendi. Admissio legati nocet filio,non quasi renuntiauerit bonorum possessioni à qua iam erat exclusus, sed quasi renuntiauerit liti per quam id agebat, vt ad petendam bonorum possessionem restitueretur. Absurdum enim est plus iuris habere filiũ ob id solum quod tempore iam exclusus sit quàm si nondum exclusus esset. Atqui etiamsi bonorum possessionis tempus largiretur , electo tamen iudicio defuncti repudiatum beneficium prætoris existimaretur. Ergo &multò magis si illud ipsum filius fecerit, postquam à petenda bonorum possessione iam exclusus fuit. Debet enim exclusio illa facere,quominùs non quò magis filius admittatur. arg. *l legata inutiliter* 14.*de admin. leg.l.*3.*§.si emancipatus de bon.poss. contr.tabul.*

a *Maior* 25.*annis.*Hoc ideò quia si minor esset nihil noceret ei destitisse.Siquidem præter ipsam quoque desistentiam restitui posset *l.Papinianus* 20.*§.*1.ĩ.Loquitur autem hîc Papinian.de fil o emancipato,An quia suus heres præteritus non habeat contra tabulas, aut non eo ipso tempore quo emancipatus *l.& tot.tit de bon.poss.contr.tab* Itaque parum interest sui heredis præteriti quòd bonorum possessionis aut restitutionis beneficium amiserit,cum habeat auxilium iuris ciuilis quod plenius est,& nullo tempore olim coarctatum *l.licèt* 8.*& seq.C.de iur.delib.*Hodie tamen sublata videtur hæc differentia; licèt Cuiacius dissentiat post Accursium,cùm ex Nouellis Iustiniani necesse sit filium,vel instituere,vel exheredari,siue suus fuerit, siue emancipatus, nec minus in matris quàm in patris testamento. *Nouel.*115. *vt cum de apell.cognoſ.*§.*aliud quoque capitulum.*Sed &in eo erraat Accursius quòd ait filium cui legatum relictum est debere hodie agere ad supplementum : id enim ita verum est si testamentum valeat, id est, si filius fuerit,vel institutus, vel exheredatus , hæc autem lex loquitur de filio præterito. Et quod adiicit debere hodie legitimam relinqui titulo institutionis,falsum etiam est cùm possit relinqui titulo,dum modo filius institutus sit in aliqua hereditatis parte etiam minima vel adiecta causa exheredatus,vt probaui in *error.*6.*Decad.*14.*de error.pragmat.*In eo denique errat Accursius,quod vult tempus petendæ bonorum possessionis hodie minori non currere post *l.vltim.C.in quib.cau.in integ.rest.non est necess.* Nam vt bene Cuiacius docet, constitutio illa pertinet tantùm ad exceptiones temporales : bonorum autem possessio tempore amittitur ipso iure non per exceptionem.

31. IDEM lib.9.Responsorum.

SI mulier,postquàm heres extitit,propter ætatem abstinendi causa in integrum restitu-
ta fuerit seruos hereditarios ex fideicommisso ab ea rectè manumissos, retinere liber-
tatem respondi : nec erunt cogendi viginti aureos [a] pro libertate retinenda dependere,
quam iure optimo consecuti videntur. Nam& si quidam ex creditoribus[b] pecuniam suam
ante restitutionem [c] ab ea recuperassent: cæterorum querella contra eos, qui acceperunt,
vt pecunia communicetur,non admittetur.

Ad l.Si mulier 31.

Ratio dubitandi. Libertates quantumuis fauorabiles sint non aliter tamen competunt, quàm si te-
stator qui eas dedit habeat heredem, & quidem ex testamento,nisi repetitæ fuerint ab intestato *l.testa-
mento 23. de manum.test. l.generaliter 24.§.ex testamento de fideic.libert.* Atqui mulier quæ posteaquàm heres
extitit, abstinendi tamen causa propter ætatem in integrum restituta fuit, perinde habetur quod ad
prætorem, acti hereditatem nunquam adiisset *l.ait prætor 7.§.sed etsi hereditatem. §.restituto.& §.sed quod
Papinianus.s.hoc titul* Ergo consequens necessario
est vt libertates quoque perinde haberi debeant ac
si nunquam competissent,præsertim cùm causa he-
reditatis sit indiuidua nec possit quisquam heres es-
se pro parte,pro parte non esse. *lege 1.& 2.de acquir.
hered.*

Ratio decidendi.Is quidem qui se abstinuit ab he-
reditate siue ante siue post immixtionem non ha-
betur à prætore heredis loco *l. necessariis 57.eo.ti.l.si
filium 12.de interrog.in iur.fac.* sed tamen non eò minus
heres manet iure ciuili cum semel fuerit *dict. §.sed
quod Papinianus l.cùm quasi 30.§.sed etsi suus. de fideic.li-
bert.* Ergo non potest abstentio facere vt eò minùs
libertates competant, quas tamen semel compe-
tiisse sufficeret, siquidem earum priuilegium est vt
quæ semel competierunt reuocari nunquam pos-
sint,ne quidem prætextu & fauore ætatis *l.si ex causa
9.§.vlt.*s.Nec enim id minùs pertinet ad fideicom-
missarias libertates de quibus in hac lege quàm ad
directas. Cùm inter eas nulla hac parte differentia
sit, post factam ex causa fideicommissi manumissionem,nisi quod qui directam consecutus fuit liber-
tus defuncti & Orcinus est, qui verò fideicommis-
sariam libertus est heredis,& manumissoris *d.l.cùm
quasi.§.idem dicendum.* Ante manumissionem diffe-
rentia sanè est, quia libertas directa ipso iure com-
petit fideicommissaria verò debetur tantùm.

a *Nec erunt cogendi viginti aureos.* Ratio dubitandi,
Solent illi quibus libertas fauorabiliter conseruatur, quam alioquin amittere deberent viginti au-
reos præstare victori (quod vulgare precium seruo-
rum fuit *l.1.C.de commun. seru.manum.*) vt eam retine-
ant. Vtputà si post quinquennium dici cœptum
sit inofficiosum testamentum in quo fuerant datæ
libertates siue directæ siue fideicommissariæ *l.Papi-
nianus 8.§.vlt.& l.seq.ff.de inoff.test.* Ergo & in specie
proposita idem dicendum videbatur.

Ratio decidendi. Dissimilis hæc species est in
qua manumissi libertatem optimo iure consecuti
videntur. Ex eo scilicet testamento quod semper
valuit,quodque semel aditione confirmatum fuit *d.
l.testamento 23.de manum.testam.* & quidem ita vt ve-
rum sit etiam post impetratam restitutionem adesse
heredem testamentarium, ex cuius persona & adi-
tione subsistere libertates adhuc possint. Quod di-
uersum est cùm de inofficioso actum fuit & pro-
nuntiatum aduersus testamentum. Eo namque casu
testamentum ita rescinditur,vt nec valuisse vnquam
videatur tanquam à demente & furioso factum:
Estque is vnus ex iis casibus in quibus qui semel he-
res fuit desinit ex postfacto heres esse iure ciuili,
quoniam ex testamento rescisso heres nemo mane-
re potest non magis quàm fieri *l.in substitutione 31. de
vulg.& pupill.substit.* Dices legata hoc casu non debe-
ri si hereditas non sit soluendo *l.5.de cond. indeb.l.vlt.
§.sin verò creditores. vers. licentia. C.de iur.delib.* Ergo
neque libertates quarum eadem ratio esse solet
quæ legatorum arg. *d.lege Papinianus. §.pen.de inoff.te-
stam.* Respondeo fauorabiliorem esse hac in re cau-
sam libertatum quàm legatorum vt dixi ad *l.in inte-
grum 22.ff.hoc titulo.*

b *Nam etsi quidam ex creditoribus.* Ratio dubitandi,
Cùm plures sunt creditores eius hereditatis quæ
non sit soluendo, satisfaciendum est omnibus & cō-
sulendum æquali portione pro rata debiti quantita-
te,vt scriptum est in *l.pro debito, 6.C.de bon.autor.iudi.
possid.* Ergo qui priores suum recuperauerunt,non
possunt recusare quominùs cæterorum querela ad-
mittatur vt pecunia quam acceperunt communice-
tur.Quomodo Iustinianus constituit in *l.vltim.§.sin
verò heredes.C.de iur.deliber.* vt si heres cum beneficio
legis & inuentarij res hereditarias dederit creditō-
ribus hereditariis in solutum vel per dationem pe-
cuniarum satis eis fecerit, licèat aliis creditoribus
anterioribus aduersus eos venire & à posterioribus
creditoribus qui acceperunt eas abstrahere.

Ratio decidendi , Repetitio nulla est ab eo qui
suum recepit,licèt alius soluerit quàm qui debuit *l.
repetitio 44.de condict.indeb.* Quantò magis id obti-
net si ille ipse soluerit qui debitor verus fuit ? vt in
casu proposito. Licet enim creditori vigilare vt
suum consequatur,nec ob id quod suum recepit te-
neri potest, quamuis sciuerit ea ratione futurum vt
cæteri creditores fraudentur *lege quod autem 6.§.
sciendum.lege pupillus 24. §. vltim. quæ in fraud. cre-
ditor.lege si non expedierit 6.§.primo de rebus autor. iu-
dic. possid.* Planè si heres nemini soluerit omni-
bus ex æquo consulendum est ad assem & libram,
quod pragmatici nostri Galli dicunt *à sold & à li-
ure. dict. lege pro debito. in fin.* Aut si creditō-
res qui posteriores veniunt sint hypothecarij & in
iure hypothecæ anteriores , ius habent abstrahen-
di per hypothecariam quod anterioribus solutum
fuit *dict. §. si verò heredes.* Id enim facit ius hypo-
thecæ quod per solutionem alij factam tolli non
potuit : At lex hæc loquitur de creditoribus chi-
rographariis, id est, personalem tantùm non etiam
hypothecariam actionem habentibus, quos cōstat
nihil iuris habere nisi in bona debitoris & quandiu
remanent debitoris. Quibus proinde reuocatoria nulla

nulla cōpetit,nisi ex edicto prætoris, *Quæ in fraud.
red.*si quid in creditorum fraudem factum proba-
tur,*tot.tit.quæ in fraud.credit.* At nos ponimus factam
fuisse à muliere solutionem bona fide,id est, eo tē-
pore quo & heres cum effectu erat, & de suscipien-
do abstinendi consilio , petendáque restitutione
nondum cogitabat. Quod autem bona fide gestum
est, id perita postmodum restitutio irritum facere
non debet.*leg.in integrum 22.§.eod.*vbi dixi.*leg. sanci-
mus 25.in fin.Cod.de admin.tutor.leg.3. Cod. de confirm.
tutor.*

Ante restitutionem. Aliud ergo est si post impetra-
tam restitutionem mulier hæc quibusdam credito-
ribus soluerit. Nec enim bona fide feciſſe videre-
tur, quæ soluisset ex ea hereditate quam ad se perti-
nere nollet,nocerétque ea solutio ipsi potiùs vt re-
stitutionis beneficium abiecisse videretur, quàm
creditoribus cæteris, ad quos ex die abstentionis
bona pertinere cœperunt , aut saltem in eo esse,vt
pertinere potuerint,quod sufficit vt nihil in eorum
necem fieri debuerit.Neque hoc casu gratificationi
vlli locus est,cui fuerat ante abstentionem *d.l.si non
expedierit.§.1.de reb.autor.iudic.possid.*

32. PAVLVS lib.1. Quæstionum.

MInor vigintiquinque annis,adito præside,ex aspectu corporis falsò probauit [a], perfe-
ctam ætatem.curatores, cùm intellexissent esse minorem,perseuerauerunt in admi-
nistratione medio tempore, post probatam ætatem, ante impletum vicesimumquintum
annum solutæ sunt aduleſcenti pecuniæ debitæ:eásque malè consumpsit. Quæro, cuius sit
periculum:& quid si curatores quoque id eodem errore perseuerassent, vt putarent maio-
rem esse,& abstinuissent se ab administratione,curationem etiam restituissent : an pericu-
lum temporis,quod post probatam ætatem cessit,ad eos pertineat?Respondi:Hi, qui debi-
ta exsoluerunt:liberati iure ipso [b],non debent iterum conuenir [c]. ¶ Planè curatores [d], qui
scientes eum minorem esse,perseuerauerunt in eodem officio, non debuerunt eum pati
accipere pecunias debitas:& debebunt hoc nomine conueniri [e]. Quòd si & ipsi decreto
prætidis crediderunt [f],& administrare cessauerunt [g]: vel etiam rationem reddiderunt, si-
miles sunt cæteris debitoribus:ideóque non conueniuntur.

Ad l.Minor.32.

a *Ex aspectu corporis falso probauit.* Ratio dubitan-
di.De ætate eius qui se maiorem annis vigintiqui-
que dicit , non nisi causa cognita probandum est,
quia per eam probationem & in integrū restitutio-
ni adolescentis,& aliis causis præiudicatur.*l.de ætā-
te 43.ff.* Ergo non debuit ex solo corporis aspectu,
qui fallacissimus est ætas probari , præsertim cùm
minoris ætatis tempore de momento in momen-
tum computentur. *l.3.§.minore.*s.

Ratio decidendi. Non bene officio suo functus
est hic præses,qui solo corporis aspectu contentus
nullas perfectæ ætatis probationes tutiores explo-
rauit. Et tamen nocet hoc decretum minori, pro-
désque omnibus,quorum interesset esse illum ma-
iorem , quia quod prætor pronunciauit pro tribu-
nali & causa quoquomodo, licèt minùs plenè, aut
minùs verè cognita pro veritate habetur.*l.seruo in-
uito 65.§.cùm prætor ad SC. Trebel.* vt & alia res iu-
dicata quælibet vulg,*l.ingenuum.25.de stat.hom.l. res
iudicata 208.de regu.iur.*Certiores ætatis probatio-
nes natales sunt professiones.*l.2.de excusatior.cen-
sualis.l.at item 3.de censib.*testes,putà obstetrices.vi-
cini & propinqui.*l.cùm de ætate.13.de probat.*

b *Liberati ipso iure.*Ratio dubitandi.Qui soluit mi-
nori non adhibito curatore is non liberatur quasi
soluens alij quàm cui debet soluere , cùm acceptio
solutionis per quam debitor amittitur ad causam
administrationis bonorum pertineat,quàm vtique
nullam habere potest minor qui habet curatorem.
*l.3.C.de in integr.rest.minor.*Atqui in proposita spe-
cie & minor fuit is,qui solutionem accepit , & cu-
ratores habens,adeóque eos qui etiam post decre-
tum prætoris cùm minorem esse intellexissent per-
seuerauerant in administratione, vt lex ait. Ergo
non sunt isti debitores liberati ipso iure qui solue-
runt minori nullo adhibito curatore.

Ratio decidendi. Nihil potest imputari debito-
ribus qui decreto prætoris crediderunt, & minori
quem maiorem esse putabant soluerunt, cùm sol-
uerint vero creditori , nec debuerint curiosiùs in-
quirere, an perseuerarint curatores in administra-
tione in qua nec perseuerare poterant salua decre-
ti autoritate.Quare nec aliud erit etiamsi proponas
non ignorasse debitores cùm soluerunt,perseuerā-
tiam curatorum in administratione.Sunt ergo ipso
iure liberati,quia per solutionem vero creditori fa-
ctam tollitur ipso iure obligatio.*l.pen. & tot.ti. C.de
solut.* Nec video cur Accursius dicat tutius esse , vt
liberati sint ope exceptionis. Nam & qui creditori
suo minori soluit etiam quem sciat minorem libe-
ratur suo ipso iure,si modò curatorem nullum mi-
nor habeat,quamuis possit rursum conueniri peti-
ta in integrum restitutione,vt mox dicemus.

c *Non debent iterum conueniri.*Ratio dubitandi. Non
est nouum, vt debitor qui per solutionem minori
suo creditori factam ipso iure liberatus fuit,iterum
cōueniatur ad solutionem.Nimirum petita per mi-
norem restitutione in integrum si minor qui solu-
tionem accepit,nullum eo tempore habuerit cura-
torem,vt proximè diximus.*l.ait prætor 7.§.1. ff.h.tit.*
Ergo non est bona hæc ratio , vt qui iam ipso iure
liberati sunt, conueniri idcirco non possint, quòd
sint ipso iure liberati.Ratio decidendi. Non est bo-
na ratio quoties imputari potest ei qui soluit, cur si-
bi melius non prospexerit aduersus metum restitu-
tionis,id est, cur non adhibuerit curatorem. *d.§.1.*
aut cur non potiùs pecuniam obsignauerit. *leg. fide-
iussor qui 64. de fideiuss.* At in proposita specie ni-
hil potest imputari debitoribus qui soluerunt mi-

nori cùm eum non modò maiorem esse crederent, quod sanè non sufficeret, sed etiam ita credendi necessitatem habuerint propter autoritatem decreti, post quod nullus quæstioni facti locus relinquebatur, an minor esset quem maiorem esse prætor pronunciasset.

d *Planè curatores.* Ratio dubitandi. Decretum prætoris pronuncianti maiorem eum esse, qui reuera erat minor, facit ius quod ad omnes, vt & alia sententia quælibet, quæ sit de statu & condicione personæ. *d. l. de ætate* 43. ℈ *l. ex ea causa* 9. vbi dixi ℈. *de postul.* Ergo non magis potest imputari curatoribus quàm cæteris cur passi sint pecunias debitas solui minori, quem prætor hoc ipso, quod pronunciauit maiorem esse, pronunciauit etiam accipiendæ solutionis potestatem habere. Ratio dec. Non crediderunt decreto curatores, qui scientes hunc minorem esse in administratione nihilominùs perseuerauerunt. Ergo imputari eis debet cur passi sint, hunc minorem accipere solutionem: ac proinde æquũ est hoc nomine illos conueniri. Nec enim vereri debuerunt ne prætoris decretum & autoritatem alioqui contemnere viderentur, cuius religionem falsa perfectæ ætatis allegatione & probatione circumuectam vidēt. Quod enim per obreptionem à prætore decretum est nullius est momenti. *leg.* 5. ℈ *penult. de rebus eor. qui sub tutel.* comperto scilicet probatóque postea mendacio. Interim tamen inducitur ex eo decreto bona fides, vt ne quid imputari possit iis qui decreto crediderunt. *leg. qui autore* 137. *de regul. iur.* nisi ponas eos sciuisse obreptum prætori, falsúmq. esse quod prætor habuit pro vero. *l. de tutela* 7. *C. de in integr. rest. l.* 3. *C. si min. se maior. dixer. l.* 1. ℈. *Gregor. si maior fuer. probat.* Ignorantia tamen præsumenda est, interueniente præsertim decreto prætoris si non probetur scientia.

e *Et debebunt hoc nomine conueniri.* Ratio dubitandi. Deceptis non decipientibus minoribus prætor subuenit. *l.* 2. *C. si min. se maior. dixer.* Atqui si minor hic fuit in dolo qui ex aspectu corporis falso ætatem probauit. Ergo non est ei danda actio contra curatores, tametsi ætatem illi non ignorauerint. Ratio decidendi. Facilè potest fieri vt minor falsò ætatem suam, & allegauerit & probauerit, nec tamen ipse in dolo sit. Quid enim si deceptus ipse fuerit, vt in *leg.* 1. *eod. tit. Cod. si min. se maior. dixer. & d. leg.* 3. *verſ. quod si per iniuriam eod.* Aut errore lapsus, vt in *l. vlt. eodem.* Nullus his casib. minoris dolus est, nec si iurauerit se maiorem. Nec enim quicquam vetat interponi iusiurandum etiam per dolum aut per errorem, *ca. quamuis de pact. in* 6. Ergo restituendus erit minor aduersus quoscunque, id est, etiã aduersus eos qui maiorẽ eũ esse bona fide crediderunt. Quòd si è contrario minor in dolo fuerit, & maiorem se adfirmauerit, vt eum cum quo contrahebat deciperet, certum quidem est non esse dandam illi restitutionem aduersus eum quem decipere voluit. *dict. leg.* 2. aduersus alios tamen non eò minùs restitui poterit, quia nemini suum nocet mendacium etiam in iure nisi quod ad interrogantem aduersarium, vt in *leg. vlt. de interrog. in iur. fac.* nec facit ius quod ad omnes, quomodo decretum *d. l. de ætate* 43. *infrà.* Parúmque interest an adfirmet aliquid minor an confiteatur. Porrò contra suam confessionem restitui haud dubiè potest. *l. certum* 6. ℈. *pen. de confeſſ.* Nec rursus quicquam refert an minor prudens & sciens mendacium adfirmauerit simpliciter an adhibito iureiurando. Nam vt eleganter ait Cuiacius, nihil religio adiicit affirmationi. Quod intelligẽ, quantum ad dolum. *l. si legatarius* 23. ℈. *tit.* 1. Adiicit enim certè dolo periurium, & de periurio fit crimen stellionatus, quod punitur exilio temporario quo periurium simplex non puniretur. *leg. vlt.* ℈. *Stellion.* In hoc tamen refert an minor simpliciter affirmauerit se maiorem, an verò etiam iurauerit, quod qui iurauit etiam sine dolo malo nõ potest contrarium probare per testes, sed tantùm per instrumenta. *d. l.* 3. *ad fin.* Potest autem is qui simpliciter adfirmauit, siue deceptum se alleget, siue per suam facilitatem errore lapsum. Quòd si iurauerit quidem at non simpliciter, sed corporaliter, id est, tactis sacrosanctis Dei Euangeliis, nullomodo audiendus est si contrarium probare velit, nec si per instrumenta. *d. l.* ℈. *in fin.*

f *Quod si & ipsi decreto præsidis crediderunt.* Ratio dubitandi. Non est verisimile eum qui vel tutor vel curator fuerit ignorare ætatem pupilli sui vel adulti, maximè cùm soleat tutor curatórve dari ex agnatis & propinquis. *dict. leg. de tutela* 7. *Cod. de in integr. restit.* Ergo non potest curatores istos excusare quod decreto præsidis crediderunt. R. dec. Multum interest an minor ipse falsò ætatem probauerit, vt in hac lege, An verò curator cui res erat cum minore, vt in *d. l. de tutela.* Priore casu nihil potest imputari curatoribus, qui bona fide autoritatem decreti præsidis secuti sunt: nisi fortè quis imputare eis velit cur non appellauerint, aut de decreto conquesti sint probata obreptione, quòd dici sanè non potest arg. *l. ait prætor* 7. ℈. *sed etsi verſ. permittitur. inſi.* ℈. *h. tit.* Posteriore autem casu non possunt decreti autoritate se tueri cùm ipsi præsidem deceperint, & religionem eius circumuenerint, vt in specie *d. leg. de tutela*, vbi decretum quidem interuenerat, quo pronuntiatum fuerat maiorem eum esse, qui reuera minor erat, sed postulante eo qui tutor fuisse proponebatur, & id agente vt liberatio quàm à minore extorquebatur restitutionis periculo non subiicerẽtur, tanquam quæ propter decretum à maiore facta esset. Quo nomine tantò dignior est cum quo seueriſſimè agatur, & contra quem minor restituatur. *leg. Diuus* 33. *de re iudic.* Hoc verò non videtur Accursius percepisse.

g *Et administrare cessauerunt.* Duobus his potissimum modis probatur curatores istos decreto credidisse, nimirum si cessauerint in administratione, aut si rationes reddiderint, quorum neutrum fieri potest quandiu curatio durat, tametsi non prohibeatur minor agere si velit cum curatore, quamuis adhuc cura perseueret. *leg. si cum adhuc tutore* 16. *in fin. de tutel. & ration. distr.*

33. ABVRNIVS VALENS lib. 6. Fideicommissorum.

SI minor vigintiquinque annis seruum suum, qui pluris, quàm in testamento ei legatum sit, manumittere rogatus fuerit, & legatum acceperit: non cogendum præstare libertatem [a], si legatum reddere paratus sit, Iulianus respondit: vt, quemadmodum maioribus [b] liberum sit non accipere, si nolint manumittere, sic huic reddenti legatum necessitas manumittendi remittatur.

Ad l. Si minor 33.

Ratio dubitandi. Nemo legati nomine onerari per fideicommissum in plus potest, quàm quantum ex legato acceperit, & quod amplius est, inutiliter relinquitur. ℈. 1. *Inſtit. de ſingul. reb. per fideic. relict. leg.* 1. ℈. *ſi tu qui ad SC. Trebell.* Ergo si is qui legatum accepit, rogatus fuerit manumittere seruum suum qui pluris est quàm ei in testamento legatum sit, non ideò præstare libertatem cogendus est, nec si maior sit, adeóque nec si legatum nolit reddere argument. *l. decem* 6. *de fideic. libert.* vbi scriptum est si decem legata sint, & rogatus sit legatarius Stichum emere & manumittere, qui tamen minoris emi non possit, & falcidia interuenerit, & dodrantem accipere debere legatarium, & præterea nihilomagis emere compellendum. Non est igitur in proposito casu necessaria minori restitutio, cum tutus sit iure communi. *leg. in causa* 16. ℈. *hoc tit.* Multò minùs arctandus est vt reddat legatum, quod impunè retinere etiam maior posset. Ratio decidendi. Qui agnoscit legatũ habens adnexum onus manumittendi serui proprij, cuius longè maior sit æstimatio, tanti seruum suum æstimare videtur, quantum est in legato non pluris. *l. imperator* 70. ℈. *ſi centum. de legat.* 2. *leg. ſed ſi non ſeruus* 36. *ad leg. falcid.* In quo diuersa ratio est eius qui seruum proprium & eius qui alienum manumittere rogatus est. *d. l. decem. & l. generaliter* 24. ℈. *ſi quis alienum. eo. tit. de fideic. libert.* Non enim sicut rem suam pro arbitrio æstimare quisque potest, ita & alienam. Ergo in specie proposita si maior esset is qui legatum accepisset, omnimodo seruum suum manumittere cogeretur, nec audiri deberet si legatum nollet reddere, nisi fortè inopinati aliquid emersisset propter quod ei succurri oporteret. *d.* ℈. *ſi quis alienum. verſ. quòd ſi legatum. & dict. l. decem*, vbi concluditur cogendum potiùs heredem, vt tota decem præstet quæ fuerunt legata, quamuis falcidia interuenerit, quàm vt audiatur legatarius paratus restituere legatum quod accepit, adeò verum est legatarium se oneri obiecisse, cùm accepit legatũ, siue de suo, siue de alieno seruo manumittendo rogatus fuerit, vt ea lex habet quamuis eorum sententia qui putabant cogendum legatarium redimere seruum alienum, quem pro legati compendio manumitterere rogatus esset, corrigatur & reprehendatur in fine legis. Non quia se non subiecerit oneri, qui legatum accepit, sed quia nullum onus esse intelligitur in eo quod excedit legati æstimationem, habetúrque pro non scripto. *d.* ℈. 1. *de ſingul. reb. per fideic. relict.* Nec pugnat quod Cuiacius hoc loco scribit in interpretatione. *l. ſi ea* 13. *C. ad leg. falcid.* fideicommissariam, quæ in illa specie acceperat ex fideicommisso quinquaginta, & rogata fuerat seruos suos manumittere damnum facturum agnito fideicommisso si serui illi sexaginta aureis digni proponerentur tanquam quæ nõ nisi quinquaginta acceptis omnimodo tamen eos manumittere cogeretur. Nam in specie illius legis ita est, qui non de alienis, sed de propriis seruis manumittendis rogata fuerat fideicommissaria: qui proinde licèt pluris reuera essent, non fuerant tamen pluris ab ea æstimati. Quanquam ex verbis legis apparet fuisse seruos longè minoris non pluris. Alioqui nihil esset reliquum quod posset fideicommissaria petere deducto pretio seruorum, si plus esset in seruorum pretio quàm in fideicommisso.

a *Non cogendum præstare libertatem.* Quid ergo si eam præstiterit? Nullus vtique erit locus restitutioni aduersus libertatem. *l. ſi ex cauſa* 9. ℈. *fin. & ll. ſeqq.* ℈. *& tot. tit. Cod. ſi aduerſ. libert.* neque tamen eò magis agere poterit minor contra heredem ad iustum pretium consequendum, vt vult Accursius: quia nihil ab herede præstari testator voluit præter legatum. Erit igitur damnum minoris, cùm per rem ipsam stet, non per prætorem quominus possit restitui. Nisi proponeres dolum vel heredis, vel manumissorum interuenisse: quo casu vel de dolo, vel vtilis & in factum actio minori danda esset, vt in *leg. verùm* 11. ℈. *eod.*

b *Vt quemadmodum maioribus.* Totum ergo priuilegium minoris in eo est, vt etiam post agnitum legatum sit pœnitentiæ locus, vt possit abiicere legatum, quod à maiore agnitum repudiari nunquã posset. Quod tamen Accursius in hanc rem adfert ex *l. tutor decedens* 26. *in fin. de liber. lega. alienum eſt.* Nõ enim ætatis beneficio, sed ex mera iuris ratione fit in ea specie, vt adulto liceat quod ex causa fideicommissi perceperit reddere: quemadmodum in eius loci interpretatione scripsimus contra Tribonianum *libro* 18. *coniect. cap.*

34. PAVLVS lib. 1. Sententiarum.

SI minor vigintiquinque annis filiofamilias minori pecuniam credidit, melior est causa consumentis: nisi locupletior [c] ex hoc inueniatur litis contestatę tempore is qui accepit.

Ad l. Si minor 34.

Ratio dubitandi. Priuilegiatus non vtitur priuilegio contra æquè priuilegiatum. *l. verum* 11. ℈. *penultim. ſup. hoc titul. vbi dixi.* Atqui in hac specie vterquè priuilegiatus est, quia vterque minor. Ergo neutri danda restitutio est: nec proinde melior erit causa eius qui accepit & consumpsit. Nam si neutri restitutio detur illud necessariò relinquitur, vt ex iure communi actionem habeat is qui mutuam pecuniam credidit, soluere verò teneatur is qui accepit, quantumuis consumpserit. In quo videtur errasse Cuiacius ad *d.* ℈. *pen.* vbi scribit nihil posse prætorem hîc melius facere: ne dum vni minori fauere vult iniurius sit in alterum. Ita enim oporteret prætorem non modò intactam rem relinquere quod ad restitutionẽm neutri dandam: sed etiam minor

qui crediderit actionem denegare. Quod vtique facere nullo colore potest nisi data restitutione minori qui pecuniam accepit & consumsit, vt in *l. patri* 27. *§. si pecuniam.* 8. Fatendum igitur est in hac specie non intactam rem relinqui à prætore, sed ei qui pecuniam consumpsit subueniri.

Ratio decidendi. Minor qui pecuniam accepit & consumpsit fauorabilior est eo qui pecuniam credidit: non solùm si præterea filiusfamilias sit, vt in hac *leg.* Quo casu duplicem fauorem habet, ætatis nimirum & senatusconsulti, sed etiam si solo ætatis priuilegio vtatur: & quia magis imputari potest ei qui pecuniam credidit cui crediderit, quàm ei qui accepit cui acceperit: & quia in pari etiam causa melior est condicio rei quàm actoris. *l. fauorabiliores* 125. *de reg. iur.* In proposita tamen huius legis specie, in qua nō solùm minor, sed etiam filiusfamilias est qui pecuniam accepit, potest Cuiacij sententia procedere vt neutri detur restitutio à prætore, quia non indiget restitutione filiusfamilias cùm iure communi sit securus & ope Macedoniani: cuius tamen minor haberetur ratio, quàm ætatis data scilicet per prętorē restitutione minori qui pecuniam filiofamilias credidisset, si non etiam minor filiusfamilias proponeretur.

c *Nisi locupletior.* Ratio dubitandi. Solet plerunque inspici tempus rei iudicatæ cùm quæritur an locupletior quis factus sit, vt in *leg. si à domino* 36. *§. quo tempore. infrà de petit. hered.* Ratio decidendi, Petenda est ex iis quæ dixi ad dict. *leg. verum* 11. *§. pen. sup. h. tit. & ad l. litis contestat.* 37. *sup. de neg. gest.*

1 ¶ Minores, si in iudicem compromiserunt, & tutore auctore stipulati sunt, integri restitutionem aduersus talem obligationem iure desiderant.

Ad §. 1. Minores.

Ratio dubitandi. Cùm plures minores in iudicē aliquem compromiserunt & pœnam inuicem tutore vel curatore autore stipulati sunt: nō magis vnus quàm alius læsus videri potest. Ergo non possunt in integrum restitutionem aduersus talem obligationem iure desiderare, cùm non aliter possit minor restitui quàm si probet se læsum. *l. nam posteaquam §. si minor. de iureiurand.* Læsio autem nulla esse possit in iis quæ pendent in incerto euentu, præsertim antequam euentus fuerit secutus. *l. de fideicommisso* 11. *C. de transact. l. si pater puellæ* 12. *C. de inoffi. testam.*

Ratio decidendi. Vterque ab initio læsus intelligitur cum futurum sit vt arbitri sententiæ standum sit, siue æqua sit, siue iniqua, scilicet metu pœnæ: sibique debeat imputare qui compromisit. *l. diem proferre* 27. *§. stari. de recept. qui arb.* adeò vt nec appellari arbitrio possit. *leg.* 1. *C. de arbitr.* nec rursus agi de euictione, si forte per arbitri sententiam res euincatur, cuius nomine potuerat autor laudari, & indemnitas haberi, si per iudicem euicta res fuisset. *leg. si dictum* 56. *§.* 1. *de euictione.* quomodo hîc bene ratio cinatur Accursius, & longè meliùs quàm Cuiacius, qui putat non restitui hoc casu minorem aduersus minorem, sed ambos quodammodo aduersus arbitrum ne sententiam dicat, & ne pœna ex vlla parte committatur. Quo enim iure aut colore restitutio peteretur aduersus arbitrum, cuius nihil potest interesse an sententia feratur, necne & an hic aut ille minor condemnetur. Denique læsus intelligitur minor, quoties id fecit ex quo potest lædi, licèt nondum lædatur, quia debuit prospicere quod potuit euenire. *dict. leg. verùm. §. si locupleti.* 3. *leg. si quis domum.* 9. 8. 1. *vers. idem quærit. infrà locat.* Id enim alius quilibet maior & prudentior prospexisset. arg. *leg. minor se in id* 48. *§.* 1. *infrà hoc titul.* Sed & si facto per minorem compromisso nec impetrata ante sententiam dictam restitutione postmodum sententia contra minorem dicta sit æquè prætor eum restituit, ne in ipsum vlla pœnæ petitio dari possit. *leg.* 3. *in princip. §. de recept.* Quidni ergo petentibus indulgeat restitutionem, vt ab initio impediat, ne qua contra minorem feratur sententia, quæ perinde sine effectu foret? At neque illud probo, quod vult Cuiacius locum hunc intelligendum de eo casu quo plures minores simul & inuicem compromiserint de lite quam mutuo exercebant. Etsi enim de minoribus pluraliter Paulus loquitur, generalis tamen sententia est pertinens ad minorem quemlibet compromittentem, siue cum maiore compromittat, siue cum minore quod & ostendunt verba illa, *tutore autore.* Nam de tutoribus quoque in plurali numero loquendum fuerat si de pluribus minoribus de eadem lite compromittentibus Paulus sensisset. Quanquam mihi valde suspecta est tota hæc clausula *licèt tutore autore stipulati sunt.* De curatore enim tractandum erat, non de tutore cùm de minoribus non de pupillis ageretur. Sed & ea clausula sit retineatur innuet, idem multò magis dicendum esse si minor pœnam promiserit sine tutoris autoritate: quod tamen falsum est, quia cùm eo casu compromissum ipso iure non teneat, nullo opus est restitutione. *leg. si pupillus* 35. *infrà de reception.* ex quo loco haud dubiè motus fuit imperitus interpres, vt clausulam istam interseret. Cuius inscitiam illud quoque detegit, quod dixit minorem stipulatum esse pro eo quod dicere voluit minorem promisisse: quomodo vix est vt prudentes nostri loquantur. Etsi enim stipulatio constat ex interrogatione & responsione, stipulator tamen dicitur ille qui interrogat, non qui promittit. Maximè cùm de compromisso agitur quod à promissione, non ab interrogatione nomen sumpsit. Coniecturam meam iuuat quod in aliis codicibus pro *licèt* legitur *&* hoc modo *& tutore autore stipulati sunt*, quæ formula propiùs accedit ad glossema interpretis supplentis ex *d. l. si pupillus*, quod huic loco deesse putabat. Nec enim de restitutione tractari posset facto per pupillum compromisso sine tutoris autoritate quandoquidem, vt diximus ipso iure non valeret. Sed animaduertere debuit non de pupillo hîc tractari, sed de minore, qui neque tutorem habere potest, neque curatoris autoritate indigetvt ex sua promissione obligetur, ne tum quidem cùm habet curatorem. *leg. puberes* 101. *de verb. oblig.* vt proinde semper egeat restitutione. Iunge quæ dicam ad *d. l.* 3. *de recept.*

35. HER-

35. HERMOGENIANVS libro 1. Iuris Epitomarum.

Si in emptionem penes se collocatam minor adiectione ab alio superetur: implorans in integrum restitutionem audietur, si eius interesse, emptam ab eo rem fuisse, adprobetur: veluti quòd maiorum eius fuisset: ita tamen, vt id a, quod licitatione accessit, ipse offerat venditori.

Ad l. Si in emptionem 35.

Ratio dubitandi. Non decipitur minor qui iure communi vtitur. *l. vlt. C. de in integ. rest. min. l. inter* 51. *§ pen. de fideiuss.* Atqui iure communi vtitur minor qui vincitur per licitationem alio maius precium offerente, dummodo intra diem in quem facta fuerat addictio secuta sit adiectio. Adeò vt quamuis ex pluribus emptoribus ille soleat præferri, cui priori res tradita est, præferatur tamen in hoc casu posterior qui plus obtulit, licèt prior tantundem offerre velit. *l. licèt autem 7. de in diem addict.* Ergo nulla causa est cur audiendus sit implorans in integrum restitutionem aduersus eum à quo fuit licitatione superatus: præsertim si non ponas quod neque hæc lex ponit, pluris esse rem quæ addicta fuit quàm quanti æstimata fuerit postrema licitatione. Quid enim eo casu potest videri interesse minoris: nisi fortè ratione adfectionis, quod interesse non est probabile, cùm neque ex adfectione neque ex vtilitate singulorum, sed ex communi opinione res æstimentur. *l. si seruum* 3. *ad leg. Aquil. l. pretia rerum* 63. *ad l. falcid.* Ratio decidendi. Tantus est fauor minorum, vt iis succurrat prætor, non tantùm in damno quod passi sunt, sed etiam in lucro quod amiserunt & rursum quod magis est, quoties eorum interest ratione etiam solius adfectionis, dummodo probabilis sit adfectio qualis illa esse creditur, si res de qua agitur maiorum eius fuerit. Maximè verò si domus paterna in qua defecit pater minor creuit, aut in qua maiorum imagines aut non videre fixas aut reuulsas videre lugubre est. *l. lex quæ tutores* 22. *C. de admin. tut.* Neque verò nouum est, vt adfectionis quoque ratio interdum habeatur. *l. cùm seruus* 54. *mandat. liberius* 36. *de bon. libert. l. si cui fundus* 54. *de leg.* 2. quamuis vt plurimùm fraus in damno accipi debeat pecuniario. *l.* 1. *§. sed si rem vers. & aliàs videamus si quid in fraud. patr.* quæ alia esse poterat ratio dubitandi ad hunc locum.

a *Ita tamen vt id.* Ratio dubitandi. Restitutio quæ conceditur minori nihil aliud ei præstare potest, nisi vt in ea condicione sit in qua esset si læsus non fuisset. Nullum enim ei lucrum adferre debet, sed tantùm ab eo damnum arcere. *l. vnic. C. de repat. quæ fi. in iud. in integr. rest.* Atqui eo tempore quo minor passus est se vinci alterius licitatione non poterat ipse vincere, nisi plus offerendo non magis quàm si maior fuisset. Nullum enim hic in re priuilegium est minoris. *dict. leg. licet. cum seq. de in di. addict.* Ergo si quando restituatur non in id restitui debet, vt omnimodo rem habeat, offerens dumtaxat venditori id quod ex licitatione accessit, sed vt possit rursum licitari & licitando vel vincere vel vinci. Alioqui plus iuris habebit post restitutionem quam habuerit ante læsionem, quod absurdum est. *leg. sed etsi* 26. *§. quoties. & seq. infrà ex quib. caus. maior.* Adde quòd his verbis significatur restitutionem in integrum hac in specie contra venditorem dari, quod absurdum est, cùm venditor neque rem amplius habeat, neque possit eam vendere quam vendidit iam alteri & purè addixit, sed si qua minoris restitutio conceditur ea facienda est contra emptorem, quo inuito vel ignorante ius per licitationem quod semel quæsitum auferri ei nunquam potest. *leg. si ego* 9. *§. si res. de iur. dot.*

Ratio decidendi. Non ita hic locus accipiendus est vt minor per in integrum restitutionem offerēdo tantundem venditori, præferatur posteriori licitatori, quomodo Cuiacius intelligit (ita enim fieret, vt posterior licitator quasi minoris procurator fuisse videretur, qui tamen sibi negotium gessisset non minori,) sed ita vt restituatur minor contra vēditorem solum. Neque enim illi res est cum posteriore licitatore, qui per maiorem licitationem, neque emptor dominúsve factus est, neque aliud quidquam iuris in ea sibi quæsiit, adeóque nec in personam ipsam venditoris, qui cùm in diem addixit, potest quidem meliore allata cōdicione posteriori rem addicere si velit, sed non cogitur. *d. l. licèt.* Allata enim melior condicio venditori prodest, vt rem suam & venditam & traditam possit auocare ab emptore proposita in eam rem actione ex contractu non vindicatione, vt de venditione facta sub lege commissoria scriptum est in *dict. ea lege* 3. *Cod. de pact. int. empt.* non etiam nocet vt rem suam alteri vendere cogatur, cum quo nunquam contraxit. Et ob id nimirum non cogitur minor plus offerre: sed tantundem: quoniam ita assequitur, vt non melior condicio ab alio allata dici possit, & vt nihil videatur interesse venditoris, cui satis est meliorem condicionem, quæ allata fuit non perire. Ideò autem minori succurrendum est, quòd cùm per addictionem factus esset iam dominus & professor, (quod significant verba illa huius leg. *penes se collocatam.*) non potest negari quin damnum faciat si eam rem amittat. Amittit autem cùm patitur meliorem condicionem ab alio adferri, quia hoc ipso res fit inempta, non vt dominum ipso iure discedat à minore, (retrotraditio enim necessaria est vt contractus dissoluatur eo modo quo contractus. *leg. ab emptione* 58. *§. de pact. & dict. leg.* 3. *Cod. de pact. int emptor.*) Sed vt dominium ab eo discedat per eam retrotraditionem quam actione ex vendito facere cogitur. *leg.* 1. *in fin. de in diem addict.* Proinde aliud esset, si poneres nulla præcedente addictione inceptū fuisse à licitatione, vt vulgò fit in publicis auctionibus minorémque ab alio plus offerente superatum esse. Non enim putarē audiendum eum, siue vellet præferri posteriori licitatori tantundem offerendo, qui casus nullā apud me dubitationem habet: siue vellet admitti ad nouā licitationem, quamuis ageretur de domo quæ maiorū eius fuisset. Quia minor qui licitatione vincitur in auctione rei nondum venditę, & quam ipse non habet nihil amittit, ac ne quidē occasionem lucri, cùm emptionis titulus onerosus sit, non lucratiuus. Alioqui non facilè reperietur qui velit accedere ad licitationem, si quis minor interueniat, qui & ipse licitari velit. arg. *leg.* 7. *quæsitum.* 8.

Nec vnum est vt magis faueatur ei qui possidet vt eam rem, cuius dominium & possessionem habet sibi retinere possit. arg. *l. 1. §. de pignor. l. per diuersas* 22. in illis verbis, *pro rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit. C. mandat.* Verum tamen est minorem hunc videri rem habere non ex prima emptione: sed ex secunda. *leg. item quòd 6. §. 1. de in diem addict.* cùm non possit eadem manere emptio mutato pretio, ex quo emptionis substantia constitit. *l. pacta conuenta 72. vers. Paulus notat. de contrahend. empt.*

36. PAVLVS lib. 5. Sententiarum.

MInor viginti quinque annis omissam allegationem per in integrum restitutionis auxilium repetere potest.

Ad l. Minor 36.

Ratio dubit. Minor qui in prima instantia omisit aliquam allegationem, potest iure communi & via ordinaria eam proponere in causa appellationis: in qua solent pragmatici nostri dicere, *Non deducta deducam. & non probata probabo. leg. per hanc 4. C. de temp. & repar. appell.* Atqui vbicunque competit auxilium ordinarium, non est dandum extraordinarium restitutionis. *l. in causa 16. in pr. ff. eod.* Ergo non est restituendus minor aduersus omissam allegationem.

Ratio decidendi. Quod maioribus præstat appellatio id minoribus præstare debet in integrum restitutio. *leg. præses 42. infrà eod. l. vlt. ff. de in integ. restit.* Interest enim minorum restitui potius quàm appellare, qui plenius & fauorabilius est beneficium restitutionis quàm appellationis: siue quòd fauorem ætatis annexum habeat: siue quòd minor qui restituitur, non tam de iudice quàm de aduersario, vel de seipso conqueratur. *l. præfecti* 17. iunct. *l. seq. §. 1. ff. hoc tit.* Ergo restituendus est minor aduersus omissam allegationem, sicut & aduersus omissam exceptionem, siue dilatoria illa sit, siue peremptoria: quamuis differat exceptio ab allegatione, vt & hic notat Cuiacius.

37. TRYPHONIVS lib. 3. Disputationum.

AVxilium in integrum restitutionis exsecutionibus pœnarum [a] paratum non est, ideóque iniuriarum iudicium omissum peti non potest.

¶ Sed & in sexaginta diebus præteritis [b] in quibus iure mariti sine calumnia vir accusare mulierē adulterij potest, denegatur ei in integrum restitutio, quod ius omissum si nunc repetere vult, quid aliud, quàm delicti veniam, id est, calumniæ deprecatur? & cùm neque in delictis, neque in calumniatoribus prætorem succurrere oportere certi iuris sit, cessabit in integrum restitutio. [c] ¶ In delictis autem minor annis vigintiquinque non meretur in integrum restitutionem, vtique atrocioribus [d]: nisi quatenus interdum [e] miseratio ætatis ad mediocrem pœnam iudicem produxerit. ¶ Sed vt ad legis Iuliæ de adulteriis coercendis præcepta veniamus. vtique nulla deprecatio adulterij pœnæ est [f], si se minor annis adulterum fateatur [g]. ¶ Dixi, nec si quod [h] eorum commiserit, quæ pro adulterio eadem lex punit: veluti si adulterij damnatam sciens vxorem duxerit, aut adulterio deprehensam vxorem non dimiserit, quæstúmve de adulterio vxoris fecerit, pretiúmve pro comperto stupro acceperit, aut domum præbuerit ad stuprum, adulteriúmve in eam committendum, & non sit ætatis excusatio aduersus præcepta legum ei, qui dum leges inuocat, contra eas committit.

Ad l. Auxilium 37.

Ratio dubitandi. Minoribus succurritur etiam in lucro merè aduentitio. *l. ait prætor 7. §. hodie ff. eod.* Ergo multò magis in pœna quam remiserit, siue expressè, siue tacitè: putà si actionem iniuriarum intra annum executus non sit. Siquidem pœna illa nō merum lucrū est sed vindicta, cuius proinde iactura damnosior videri debet minori quàm iactura meri lucri præsertim cùm ad fauorem minoris accedat etiam fauor publicus. Siquidem publicè interest pœnas ob malaficia solui, & omnia malè admissa vindicari. *l. ita vulneratus 51. §. 1. ad l. Aquil. l. locatio 9. §. quod illicitè de public. & vectig. l. l. si à reo 70. §. fi. de fideiuss.* Ratio decidendi. Non conuenit prætori, vt nec alij vlli viro bono credere quidquam interesse minoris si ipsius fœuienti animo non satisfiat: cùm pœnæ non irrogata indignatio solam duritiem contineat, nec ad rem familiarem minoris, sed magis ad altiorem pertineat. *l. 6. in fin. de sepulc. violac.* E contrario autem interfit, cuiusque hominis beneficio adfici hominem, *l. si venditor 6. §. 1. cum leg. seq. de seru. export.* Minor autem cuius nihil interest, nunquam est audiendus. Et generale est in toto iure nostro, vt cuius non interest ex honesta causa, eius nec interesse quidquam videatur. *leg. 3. §. si mecum. ff. ad exhib. leg. is cuius interest 11. & leg. seq. ff. de furt.* Nec sanè quidquam dignius est bono viro, ne dicam Christiano, quàm iniuriarum memoriam ex animo delere: nihil contra indignius quàm deletam & obliteratam ad animum reuocare. Quod cùm ita sit non possum probare quod vult Cuiacius, si minor pacto amiserit actionem iniuriarum,

iarum, esse illum restituendum, maximè si tempore largiantur, quòd lex de omissa, tantùm actione loquatur non de amissa. Nam præter id quod imò verò huius legis sententia generalis est, quæ habet auxilium in integrum restitutionis executionibus cœnarum paratum non esse. Illud etiam constat multò maiorem esse rationem in denegandę restitutionis minori qui expressè actionem iniuriarum repudiauit quàm ei qui tacitè duntaxat quod fit cū intra annum quis non experitur *l. si non conuicij 5. C. de iniur.* Non enim potest maior esse vis taciti quàm expressi, licèt interdum par esse possit, vt notant nostri *ad l. 3. de reb. credit.* Et verò si huius legis ratio non alia est, quàm quæ adfertur à Cuiacio, quod qui tempore semel excluſi adhuc vindictam expetunt rem odio dignam graui, remerè, imrobè calumniosè facere videantur *l. 1. §. accusationem. infr. ad Turpill.* An non improbiùs facit qui aduersus propriam conuentionem restitui vult, quàm qui aduersus solam negligentiam? Facit *l. 1. ff. de in integ. restit. minor.*

Executionibus pœnarum. Aliud ergo est si minor non executionem, sed relaxationem pœnæ pouler, fortè quod accusationem deferuerit *dict. l. 1. §. accusationem. vers. meritò itaque ad S. C. Turpil.* vt ita Accursius, sed parum accommodatè. Non ob eā tantùm rationem quam contra ipsum adfert Cuiacius, sed ob id etiam quòd in specie. dict. §. accusationem, nulla minori opus est restitutione, quàm ipso iure sit exceptus ne incidat in Turpillianum, vt & in *l. 2. Cod. si aduers. delict. l. 2. Cod. in quib. caus. non est necess. in integ. restit. vt & quod* scriptum est in *l. 1. ad leg Iul. ambit.* non de restitutione prætoria intelligi potest, sed ad eam pertinet, quæ lege ipsa Iulia pro præmio datur, vt benè sic Cuiacius, Quid verò si pœna fuerit conuentionalis? An minor si eam remiserit restituetur? putat Accursius, Et verò meo iudicio, quia ad rem familiarem illa pertinet non ad meram vltionem, Cùm vt plurimùm promittatur in vtilitatem eius quod interest *l. vltim. de prætor. stipulat. præd.* 28. *l. Lucius* 47. *de action. empt. l. duo sorores* 71. *pro socio. l. scriptum* 10. *§ si pactio. ff. de pact.* licèt verum sit cùm pœna promissa est non esse quærendum an, aut quanti interfit stipulatoris. *l. stipulatio. ista* 38. *§. alteri. de verborum obligat.* Denique quoties pœna meram vindictam & vltionem non continet dicendum est minorem restitui posse, arg. *l. ait prætor 7. in princip. & §. hodie sup. ff.*

Sed & sexaginta diebus præteritis. Ratio dubitandi. Si iure mariti accusat, calumniæ periculum non habet *l. is cuius* 14. *§. vltim. infr. ad leg. Iuliam de adult.* Ergo non est bona ratio propter quam sexaginta diebus præteritis deneganda sit restitutio marito ne iure mariti accusare possit, quòd qui post legitimum tempus desiderat, vt sibi liceat accusare iure mariti hoc vnum videatur delerare, vt sibi liceat impunè calumniari.

Ratio decidendi, priuilegium mariti est cùm accusat iure mariti vt possit vxorem etiam ex suspicione ream adulterij facere, quod extranei facere non possunt sine periculo calumniæ *l. quamuis 39. Codic. ad legem Iuliam de adulter.* Nec aliter calumniam metuere debet maritus quàm euidenter calumniator sit, quomodo accipienda est dict. *l. is cuius. §. vltim.* cùm nec in iis qui ex officij necessitate accusare coguntur, putà in tutoribus aut curatoribus, euidens calumnia maneat impunita *l. 2. in fin. Codic. qui accus. non poss.* Verum igitur est quod ait Tryphonius, eum qui vult restitui vt iure mariti accusare possit, hoc ipso videri delicti, id est, calumniæ veniam deprecari. Vt mirer Cuiacium hîc scribere eam Tryphonini mentem non fuisse, quæ tamen expressa est tam apertis verbis vt non potuerit apertioribus. Nec quod eadem ratio aptari non possit omissæ iniuriarum actioni, vt ille obiicit ad rem facit. Nihil enim vetat vno casu duplicem subesse rationem denegandæ restitutionis, in alio verò simplicem.

c *Cessabit in integrum restitutio.* Ratio dubitandi, Præscriptionis tempus ipso iure non currit minori *l. vltim. Codic. in quib. caus. non est necess. in integr. restitut.* Ergo frustrà quæritur an minor restituendus sit nécne.

Ratio decidendi, Constitutio illa Iustiniani nouum ius facit, proinde non potest ex ea peti ratio dubitandi & decidendi ad legem Pandectarum. Et tamen apertè loquitur Iustinianus de præscriptionibus iudiciorum ciuilium non criminalium, aut eorum quæ vindictam perinde spectant ac criminalia, vt hîc monet Cuiacius. Ergo addo Iustiniani constitutionem non ad alios casus pertinere, quàm in quibus antè dabatur minori restitutio contra lapsum temporis, vt verba constitutionis probant. Atqui non dabatur in hac specie olim restitutio minori, vt hæc lex ait. Ergo ad hanc speciem constitutio illa non pertinet. Et sanè vix quisquam adhuc eam constitutionem benè percepisse videtur. Distinguendum enim est an agatur de temporali exceptione quæ sit inducta ex iurisdictione prætoris, an de illa quæ sit ex iure vetere, aut ex Senatusconsultis aut ex constitutionibus Imperatorum, de quibus in *leg. quart. Codic. de præscription. triginta vel quadraginta annor.* In iis quæ sunt prioris generis nihil Iustinianus innouauit: quia iam olim ita ius erat vt earum tempora non currerent minoribus, sicuti nec aliis qui ex aliqua parte edicti peti, aut impetrare restitutionem *l. 2. 3. & 6. Codic. quibus non obii. long. temp. præscript.* quibus locis agitur de præscriptione longi temporis, quam sola prætoris æquitas inducit in prouinciis ad exemplum vsucapionis quam ius ciuile induxerat Romæ & in solo Italico. Et ratio huius rei est, quia secum pugnaret prætor, si tempora quæ ipse præscribit pateretur currere aduersus eos quibus idem ille restitutionem pollicetur. Quod diuersum est in temporibus vsucapionis quæ est ex iure ciuili *tot. titul. Codic. si aduers. vsucap.* In iis verò exceptionibus quæ à iure ciuili descendunt rursus subdistinguendum est. Aliæ enim sunt quarum tempora ipso iure currunt: sed ita tamen vt minor restituatur: cuiusmodi fuit

olim exceptio non numeratæ pecuniæ, inducta nimirum ex constitutionibus principalibus, de quibus apud Iustin. in *titul. de liter. oblig.* Et ad has solas Iustiniani constitutio pertinet ne sit hodie necessaria minori restitutio quæ olim erat. Nec enim prætor facere poterat vt tempus non curreret quod non ipse, sed ius ciuile præstituisset. Aliæ verò erant quæ currebant ipso iure minoribus & quidem ita vt nihilò magis restitui minor posset ratione aliqua peculiari restitutionis æquitatem remorante, vt in specie huius legis, Si minor qui vxorem iure mariti de adulterio accusare potuit intra sexaginta dies omiserit accusationem. Nec enim magnum damnum sentire videtur ex eo quòd restitutio ipsi denegetur cùm exclusus à iure accusandi iure mariti saluum habeat ius accusandi iure extranei: tantundem hoc casu consecuturus nec calumniæ pœnam subiturus si accusationi confidat, vt scriptum est in *leg. iure mariti. 6. Codic. ad leg. Iul. de adult.* Item cùm pupillo vel minori status defuncti quæstionem post quinquennium mouere volenti præscriptio quinquennij obiicitur: quoniam ea res publicam tutelam mereri visa est præferendam vtilitati minorum vt Papinianus ait in *leg. non esse 2. §. 1. inf. ne de stat. defunct. leg. si mater. Codic. eodem.* Aliæ denique sunt quæ non currunt minori, non quòd sint odiosiores cæteris, sed è contrario quia sunt fauorabiliores, & tales quarum tempora si currerent contra minorem restitui postea non posset. Eiusmodi est fuitque iam olim præscriptio quinquennij aduersus querelam inofficiosi testamenti. *leg. 2. Codic. in quib. caus. non est necess. in integr. rest.* Quia cùm querela inofficiosi proximè accedat ad actionem iniuriarum *leg. 1. §. sed si puta. infr. si quid in fraud. patron. leg. Papinianus* 8. *in princip. de inoff. test. leg. cum meta 6. Codic. de transact.* non magis potest repeti vbi semel omissa vel amissa est quàm actio iniuriarum. Nec minùs fauorabilis exceptio est quæ ideò perinde datur vt vindictam impediat & vltionem. Sed tamen quia præter vindictam competit etiam querela ad hoc vt rescisso testamento possit filius ab intestato succedere cui patris hereditas & iure naturæ & communi omnium parentum voto debebatur, nec aliud vllum habet auxilium cuius beneficio possit succedere, cùm & testamentum causam intestati excludat & exheredatio bonorum possessionem contra tabulas *leg. non putauit* 8. *de bonor. poßeß. contr. tabul.* rectissimè placuit quinquennium illud non currere minori quem illæsum seruare iustum erat, neque tamen seruare restitutio poterat *dict. leg. secund.* Qui etiam sensus est necdum quoque bene perceptus *leg. 1. Codic. de in integr. restit. minor.* vbi Imp. Alexander postquam rescripsit illud inspiciendum num inofficiosi querelæ vel palàm vel tacita dissimulatione fuerit renuntiatum, vt intelligamus siue hoc siue illo modo renuntiatum esset nullum restitutioni locum superfore subiungit, *nec hoc autem in tuam personam cadere poße auxilium quod ætati impertitur ostendit.* Quæ verba ita explicanda sunt ac si scriptum esset pluribus verbis & apertioribus. *Nec hoc autem posterius quod diximus inspiciendum esse an tacita dissimulatione renuntiatum sit querelæ in personam tuam cadere posse. ex eo potes intelligere quod eam ætatem agis cui per restitutionem subueniri solet.* Quasi dicat Imp. posse quidem minorem renunciare querelę palàm & aperta testamenti adprobatione, sed non æquè tacita dissimulatione, quæ scilicet non inducitur nisi ex eo quod quis passus sit labi tempora: quæ porro non possunt labi minori cui nec currunt. Et ita totam quæstionem hanc quæ supradictis ferè solis legibus continetur explicandam esse arbitror. Ac memini cùm superiore anno essem Lutetiæ Parisiorum in Academia Clericana in qua adsidebant vt solent frequentissimi & lectissimi non modò adolescentes, sed etiam senatores eruditionis fama celebriores, & de hac re quæstio incidisset probatam distinctionem nostram tantis viris nec insubtilem visam fuisse.

d *Vtique atrocioribus.* Ratio dubitandi, Quoties minor dolum admisit restitutionem impetrare non potest *leg. si ex causa 9. §. nunc videndum supra leg. 2. Cod. si minor se maiorem dixerit.* Atqui delictum nullum est sine dolo, vt diximus ad dict. *§. nunc videndum.* Ergo generaliter dicendum est in criminibus ætatis suffragio minores non adiuuari vt scriptum est in *leg. 1. Cod. si aduers. delict.* non adhibita illa distinctione quam adhibet Accursius an delicta sint atrocia, atrociora an atrocissima.

Ratio decidendi, Regula quidem generalis est in delictis non subueniri minori sed tamen potest tale incidere delictum & tam leue vt non sit dubitaturus prætor qui restituere debeat minorem denegata scilicet aduersus eum actione quam vtique daturus esset contra maiorem. Putà si minor furtum fecerit per modicæ quantitatis quæ distinctio non cadit in crimina atrocia: quę proculdubio Tryphoninus hîc intelligit appellatione *atrocium.* Grauissima enim sunt omnia quæ habent qualemcunque atrocitatem facinoris in quibus ideò nec admittitur excusatio si filius fortè causetur ea se admisisse iussu patris aut seruus iussu domini *l. qui in puteum 11. §. an agnoscitur. quod vi aut clàm*

e *Nisi quatenus interdum.* Ratio dubitandi, Pœna delicti respondere delicto debet & ibi esse vbi delictum est *leg. sancimus. 22. Codic. de pœnis.* Atqui minor nullomodo restituitur aduersus delictum vt proximè diximus. Ergo neque aduersus delicti pœnam vlla ex parte restitui debet præsertim cùm pœnę sint generaliter aduersus delinquentes omnes constitutæ sine vlla maiorum & minorum distinctione *leg. iura 8. de legibus.*

Ratio decidendi, Non datur hoc casu restitutio aduersus pœnam delicti non magis quàm aduersus delictum: sed prodest tamen interdum miseratio ætatis ad permouendum iudicem vt mitiorem pœnam infligat *leg. ferè in omnibus 108. de regulis iuris.* quòd intellige de iis delictis quibus pœna nulla certa & legitima constituta est vt in specie *leg. 2. infrà de term. mot.* & in extraordinariis omnibus criminibus, itémque in iis quæ plurimùm ex arbitrio iudicis pendent quatenus ad facti quæstionem. Vt si quæratur an minor fuerit calumniator *l. si maritus 15. §. lex Iulia. vers. sanè ad leg. m Iuliam de adulteriis.* Nam cùm pœna legibus statuta est eius persecutio non voluntati iudicantis mandatur, sed legis autoritati reseruatur *leg. 1. §. sed non vtique in fin. ad SC. Tertyllianum.* Idque est quod sequitur in hac lege. *Nullam adulterij pœnæ deprecationem esse.* id est, id est, ne quidem grauioris pœnæ: quia pœna adulterij legitima est ordinaria non arbitraria, quamuis aliter Cuiacius sentiat motus ex illo Suetonij loco in Augusto de C. Lætorio qui in deprecanda grauiore adulterij pœna ætatem allegabat. Poterat enim ea fieri allegatio apud principem & ab eius autoritate ac benignitate aliquid extorquere quòd à magistratu concedi nunquam potuisset.

f *Nulla deprecatio adulterij pœnæ est.* Ratio dubitandi Minoribus etiam incesti crimen propter ætatem interdum remittitur *l. si adulterium cum incesto 38. §. fratres. infra. ad l. Iul. de adult.* Et tamen incesti crimina grauiora sunt naturæ quàm adulterij. *§. nonnunquam. d. le.* Ergo & adulterij pœnæ deprecatio esse potest.

Ratio decidendi. Incesti crimina humanius interdum tractantur quàm adulterij, quamuis sint grauiora *d. §. nonnunquam.* Nempe qui id adulterio commisso nulla potest haberi excusatio, cùm iure naturali adulterium committere prohibeamur, *l. probrum 42. de verborum signif.* iuncta *l si minor 36. ad legem Iul. de adult.* At incestum potest habere excusationem, scilicet si non iure gentium commissum sit, quod ignorari à nemine potest, putà si inter parentes & liberos, vel eos qui parętum inter se liberorúmque locum obtinent *l. vlt. de condict. fin. caus. l. vlt. de ritu nupt.* sed iure tantùm ciuili, id est, inter cæteros qui ex transuerso vel affinitate coniuncti sunt, vtputà cùm fororis filia: quia ius ciuile ignorare multi possunt, vtpu à mulieres minores & milites *le. regula 9. de iur. & fact ignor.* qui si tale quid admiserint, stupri quidem pœna tenetur ex *lege Iulia de adult. & stupro* : quomodo bene Cuiacius accipit *lege. miles 11. j. ad lege. Iul. de adul.* sed non tenetur de incesto quomodo teneretur maior masculus non miles *l. etiam 56. de rit. nupt.* tũct. *dicta lege si adulterium 38. §. 1. ad leg. Iul. de adult.*

g *Si semper annis adulterum fateatur.* Ratio dubitandi. Cõfessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportet *l. §. diuus 17. de quæstion.* Ratio decidendi. Ita est si quis vltro de maleficio aut metu, aut alia de causa fateatur. *d. l. 1. §. si quis vltrò. eod.* At non similiter si aliæ probationes adsint, quæ instruant religionem cognoscentis *d. §. diuus* quod hîc ex facto contigisse ponendum est.

h *Dixi nec si quod.* Ratio dubitandi. Multa sunt ex iis quę pro adulterio lex Iulia punit, quorum turpitudo iure naturali nulla est, putà si quis adulterij damnatam sciens vxorem duxerit, aut in adulterio deprehensam vxorem non dimiserit. Vt ex eo appareat quod hodie adulteram in matrimonio retinere maritus impunè potest *§. si quando verò. vers. adulteram. Nouell 134. vt null. iudic.* Quæ enim sunt ex iure naturali ea sunt immutabilia, quæ verò ex iure ciuili pro legislatoris arbitrio mutantur *§. vlt. Inst. de iur. natur. §. vlt. Inst. de legit. agnat. tutel. lege. eas 8. j. tit. prox.* Atqui excusandus est minor delinquens ignoratione eorum, quæ sunt iuris ciuilis. vt s. diximus. Ergo & si in illis deliquerit quæ lex Iulia pro adulterio punit, pœnę deprecatio aliqua esse potest.

Ratio decidendi. Non debet ætatis excusatio esse aduersus præcepta legum ei, qui dum leges inuocat contra eas committi: ne leges ei ludibrio esse videatur, vt loquitur Iustin in *leg. vlt. §. pẽ. C. de bon. quæ liber.* Nec nouum est vt quis amittat beneficium propter suum delictum, vt in legibus quas hîc in eam rem Accursius congerit. Nec pugnat quod diximus posse minorem impunè ignorare illa quæ sunt iuris ciuilis. Id enim ad ea referendum est quæ sunt iuris ciuilis recepti & commentitij quale illud est vt fororis si iam vxorem ducere sine incestu nemo possit. Non etiam ad ea quæ sunt iuris constituti: & certis legibus expressim definiti. Constitutiones enim principum, & publicas leges: præsertim verò eas quæ nec ignorare, quenquam nec dissimulare permittitur *lege. pen. C. de iur. & fact. ignor.* Planè cætera quæ lex Iulia pro adulterio punit, & quæ, hîc Tryphoninus ponit, etiã iure naturali habent turpitudinem quale illud est, quæstũ de adulterio vxoris facere sciens *lege. mariti 29. §. quæstum autem ad leg. Iul. de adult.* precium pro comperto stupro accipere *l. de crimine 10. Codic. eodem.* Denique domum suam prębere ad adulterium stuprúmve in ea committendum. Ideóq. mirum non est si in his nulla ætatis excusatio admittatur.

38. PAVLVS lib. 1. Decretorum.

AEmilius Larianus ab Obinio fundum Rutilianum lege commissoria emerat, data parte pecuniæ: *ita vt si intra duos menses* [a] *ab emptione reliqui pretij partem dimidiam non soluisset ineptus esset*: item *si intra alios duos menses reliquum precium non numerasset, similiter esset ineptus.* Intra priores duos menses Lariano defuncto Rutiliana pupillaris ętatis successerat: cuius tutores in solutione cessauerunt. Venditor, denuntiationibus tutoribus sępe datis, post annum eandem possessionem Claudio Telemacho vendiderat: Pupilla in integrum restitui desiderabat. victa tam apud prætorem, quàm apud præfectum vrbi prouocauerat. *Putabant* bene iudicatum, quòd pater eius, non ipsa contraxerat [b]: *Imperator* autem motus est, quòd dies committendi in tempus pupillę incidisset, eáque effecisset, ne pareretur legi venditionis. *Dicebam* posse magis ea ratione restitui eam, quòd venditor denuntiãdo post diem [c], quo placuerat esse commissum, & pretium petendo recessisse à lege sua videretur. non me moueri, quòd dies postea transisset: non magis, quàm si creditor [d] pignus distraxisset, post mortem debitoris die solutionis finita. *Quia tamen* lex commissoria displicebat ei [e], pronuntiauit in integrum restituendam. Mouit etiam illud Imperatorem [f], quòd priores tutores, qui non restitui desiderassent [g], suspecti pronunciati erant.

Ad l. AEmilius 38.

a *Ita vt si intra duos menses.* Hæc enim formula est legis commissoriæ quæ in venditionibus fieri solet, vt nisi in triginta diebus precium soluatur res fiat inempta *l. 2. de diuer. temp. præscript.* aut nisi annua bima trima die pretium soluatur *l. sed Celsus 6. §. 1. de contr. emp t.*

b *Quòd pater eius non ipsa contraxerat.* Ratio dubitādi Etsi pater hius pupillæ non ipsa contraxerat tamen per filiæ aut tutorum eius negligentiam factum erat non per patrem vt lex venditionis committeretur cùm patre moriente essent adhuc omnia integra, neque res inempta facta esset. Id enim est quod Paulus ait. Imperatorem motū fuisse ex eo quod dies committendi in tempus pupillæ inciderat solaque ætas puellæ effecerat ne pareretur legi venditionis. Nam minores in integrū restituuntur siue quid fecerint, siue non fecerint, propter quod damnum passi sint *l.* 3. §. *& si heres. sup. hoc tit.* Ergo non eò minus in proposita specie restitui pupilla debuit, quòd pater eius non ipsa contraxerat

Ratio decidendi. Iniquum est eum qui cum pupillo non contraxit expectare pupilli pubertatem *l. apud Iulianum* 3. *ex quib. caus. in poss. eat.* Natura enim lex & substantia obligationis, postea immutari ex persona successorum non potest *l.* 2. §. *ex his. de verb obligat. l. si intra* 8. *in fin. C. de non numer. pecun.* Vnde est quod neque aduersus venditionem pignoris à defuncto contracti minor restituitur, quamuis minor ipse fuerit qui cessauit in solutione *l.* 2. *C. si aduers. vendit. pignor.* An verò similiter dicemus, Minorem ob omissam vsurpationem non esse restituendum aduersus vsucapionem cœptam cōtra defunctum, licèt complendæ eius tempus in minorem ætatem inciderit? Ita putat Cuiacius, sed malè meo iudicio, quia nullus in hac specie contractus est initus à defuncto, cuius duntaxat negligentia interuenit in patiendo vt aduersus eum inchoaretur vsucapio quā minor idémque heres postea contra se compleri passus est. Estque in hanc rem textus apertus in *l. etiam* 45. *infr. hoc tit.* ad quam propemodum fatetur Cuiacius non habere se quid respondeat, vbi dicam. Itaque ratio qua Paulus hic mouetur ad eam speciem aptari nullomodò potest.

c *Quòd venditor denunciando postdiem.* Ratio dubitādi. Venditor denunciando & interpellando tutores post diem legi commissoriæ præstitutum videtur ei legi renunciare *l. de lege* 6. §. *vlt. & l. seq. infr. de leg commiss.* Ergo ipso iure tuta erat pupilla in hac specie, nec egebit restitutione. Multò magis dicendum est debuisse illam restitui à prætore & præfecto vrbi, aut saltem restitui potuisse à Principe. Atque ita putat Accursius, Paulum hac ratione motum consentire tandem cum decreto Imperatoris, vt in integrum restitui pupilla & potuerit & debuerit.

Ratio decidendi. Non aliter videtur venditor renunciare legi commissoriæ quàm si aut precium siue in totum siue pro parte acceperit, aut id petierit per iudicem. Id enim significat verbum petendi quo hac in re vtuntur Iureconsulti in *l.* 4. §. *elegānter. & lege penultim eodem tit. de leg. commiss.* iunct. *l. amplius non peti* 15. *infra. rat. rem haber.* Non ergo est quod ob hanc rationem, dicamus malè iudicatum fuisse à prætore & præfecto vrbi eámque fuisse Pauli sententiam qui è contrario scribit bene iudicatum. Neque verò Paulus fatetur quod supponit Accursius rationem hanc esse idoneam, sed ait tantum esse probabiliorem cæteris quibus motus fuit imperator, vt Cuiacius optimè explicat Quanquam illud fortasse non satis bene quod concludit, Ex hac causa pupillā à prætore vel præside vel præfecto vrbi in integrum restitui non posse sed à principe Posse. Cur enim à Principe potius si ratio iuris repugnat, vt fatetur Cuiacius? An fortè minùs religiosus esse debet Princeps quàm magistratus in eo vt prospiciat ne quid contra ius faciat *l. vlt. & tot. titulo. Codic si contr. ius vel vtil. public.* præsertim quod alterum possit lædere, aut ex quo videri possit injuriarum aliquam alij inferre? *l.* 2. §. *meritò & §. si quis à principe ne quid in loco. public. l. nec anus* 4. *Codic. de emancip. liber.* Nunquam enim vnius siue factum siue factum alteri nocere debet *l. si maritus* 36. *solut. matr. lege. vlt. nautic. fœn. lege ad diem* 77. *de verbor. obliga. lege* 2. *Codic. de iis quibus. vt indig.* Neque verò hæc lex id probat, Posse pupillam restitui à Principe, sed tantùm, fuisse restitutam, de facto scilicet non de iure. Nec minus contra iuris rationem quàm aduersus Pauli adsidentis sententiam vt & in specie *lege. Paula Calinico* 27. §. 1. *de lege* 3. *lege. vlt infra. quod cum eo. lege. Clodius* 97. *de acquir. hered lege vlt. de iur. fisc.* Melius hac parte Accurs. sententiam Pauli sequendam esse tanquam quæ sit Iustiniani. Nisi quod addit exceptionem *præterquam si renunciatum sit legi* quam addere non debuit, quia nec renunciatum fuerat in specie huius legis, cùm denunciatio facta esset extra iudicium quam in iudicio fieri oportuerat vt effectum hunc haberet. Et si renunciatum fuisset, nulla opus esset restitutione pupillæ tanquam satis tutæ ipso iure *l. in causæ* 16. *in princ.* §.

d *Non magis quàm si creditor.* Ratio dubitandi. Etiā aduersus venditiones pignorum quæ à creditoribus fiunt minoribus subueniri si tamen magno detrimento afficiatur iampridem placuit *l.* 1. *C. si aduersi vendit. pign.* Ergo etiam cùm creditor pignus distraxit post mortem debitoris die solutionis finita restitui aduersus distractionem pignoris minor potest.

Ratio decidendi. Loquitur hic Paulus de venditione pignoris dati à defuncto & ritè rectéque distracti. Lex autem illa vel de pignore quod à minore ipso eiúsue curatore datum sit, vel quod minus ritè minúsque solenniter venditum proponatur: de quo etiam in *lege. si creditor* 7. §. 1. *in fin. de distr. pignor. lege. si ex causa* 9. *in princip. supr.* & apud Paulum *libr* 1. *Sentent. titulo* 9. §. *vltim.* Iunge *legem* 1. *vers. aut si creditor. lege. si pupillorum.* 7. §. 1. *de rebus eor. qui sub tutelæ. vel curatore sunt.*

e *Quia tamen lex commissoria displicebat ei.* Id probata, vt constat ex *lege* 4. *in princip. infra de leg. commiss.* Ratio dubitandi. Lex Commissoria nihil aliud est quàm pactum adhibitum in venditione conceptum ea quam supra diximus forma. Atqui pacta omnia conuenta sunt fauorabilia ex naturali æquitate de qua in *lege* 1. *de pact. leg* 1. *de constit. pecun.* sed ea præsertim quæ adhibentur in contractu aut saltem incontinenti post contractum, maximè si contractus sit bonæ fidei, quia creduntur inesse ipso iure contractui, causam ei dare & informare contractum *lege. iurisgentium* 7. §. *quinimo. de pact. lege. pacta conuenta* 72. *de contra empt.* adeóque pars esse contractus *lege. fundi partem* 79. *eod.* quippe sine quibus credibile est eos qui contraxerunt non fuisse contracturos *lege vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Ergo lex commissoria non debuit Imperatori displicere viderique ipsi odiosa

Ratio decidendi. Credituresse odiosa, quia per eam fit vt

fit vt bonæ fidei contractus ipso iure rescindatur, ob solam non solutionem precij, quod non potest non esse tam odiosum quàm contractus omnes fanorabiles sunt præsertim si sint, bonæ fidei. *l. res bona fide* 54. *de contr. empt. l.* 3. *l. venditor* 11. *l. ea condicio ne* 14. *C. de rescind. vend.* Vox enim iuris & legū est, vt dicebat Symmachus, Bonæ fidei contractum nō rescindi. Etsi ergo non sit improbata lex commissaria in venditionibus, æquitas tamen suader vt in dubio contra eam pronuncietur. Sanè in pignoribus lex commissoria nō solùm odiosa semper fuit, sed etiam tandem improbata lege Constantini, in *l. vlt. C. de pact. pignor.* Sed alia est illa lex & longè alterius effectus, vt docui in *Error.* 1. *Decad.* 21.

f *Mouet & illud Imperatorem.* Ratio dubitandi. Nō debet factum aut dolus tutoris ei nocere, quicū pupillo remhabet, absurdúmque est deteriorē fieri alterius conditionem ob id solùm quod tutor suspect⁹ sit, siue moribus, siue facultatibus. Quid enim potest diuinare is, aut quid imputari ei qui negotium habet cum tutore pupilli nomine? arg. *leg. cùm plures* 12. §. 1. *de admin. tutor. leg.* 4. §. *illa etiam quæstio de dol. except. leg.* 4. *in fin. de cuicī.* Ergo non ob id magis restitui pupilla in proposita specie oportuit, quod tutores suspecti pronūciari fuissent. Ratiodecidendi. Nō fuit sanè hæc bona ratio. Sed Imperatori cui lex commissoria displicebat pro bona, ob id maximè quod dies committendi in tempus pupillæ incidisset, eáque res effecisset ne legi vēditionis pareretur. Germana enim ratio illa est qua motus maximè fuit Imperator, vt Paulus testatur in *vers. Imperator*, non tamen vera, vt pro Paulo contra Imperatorem disputauimus, & interpretes omnes tam veteres quàm recentiores consentiunt. Quanquam video Bartolum, & post eum cæteros vulgò ita existimare, vt nihil quidem prodesse debeat pupillo auxilium ætatis, quantum ad hoc vt restitutio dari possit ex edicto. De minoribus, sed tamen prodesse debeat, ad allegādam probandámque iustam ignorantiam, cùm hæc ætas illa etiam ignoret quæ videt. *leg. vnic. C. de falsi. monet.* vt subinde ex eo capite iustæ ignorantiæ pupillus non tanquam minor, sed tanquam maior restituatur. Ex generali clausula si qua mihi iusta causa esse videbitur. de qua in *leg.* 1. §. *ex quib. caus. maior* Ita tamen si conueniatur ipse non si agat. sed hæc opinio stulta est, pace Bartoli dixerim: nec rationem istam aut imperator, aut pro Imperatore Paulus prætermisisset, si aliquem vel minimum colorem habuisset, qui tam multas alias attulit etiam parum coloratas, scripsi latissimè in *Error.* 5. 6. *& 7. Decadis* 25. vbi vide.

o *Qui non restitui desiderassent.* Sunt hæc verba interpretis, & quidem imperiti. Non enim poterat imputari tutoribus cur non desiderassent restitui pupillam, cui tempus petendæ restitutionis non cucurrerat, quippe quod non incipi nisi ex die completi anni vicesimiquinti: sed imputandū iis erat cur precij soluendi tempus labi passi essent, præsertim cùm iis denunciatum fuisset vt soluerent. Dixi in *Error* 6. *dictæ Decadis* 25. Et hoc autem quod denunciationes tutoribus factæ fuerant, apparet non esse verum quod pòst Accursium vulgò creditur, si quid vel minimū gestum sit cum minore aut cū eius tutore vel curatore, posse dari restitutionem minori, licèt non possit dari contra id quod gestum est à defuncto. Alioqui restituenda erat pupilla in hac specie, & quidem tanquā pupilla & ex edicto isto. De minoribus propter denunciationē tutoribus eius factam, quod tamē Paulus hīc negat. Et verò cùm id quod geritur siue cum pupillo aut adulto, siue cum tutore aut curatore penderex eo quod gestū est cum defuncto qui maior fuit, nec fit nisi per consequentiā, nulla ratio est cur ob id solùm minor restituatur etiā aduersus ea quę defunctus gessit. Initium enim spectandum est nō ea quæ fiunt in consequentiam negotij iam gesti & perfecti, vt dixi ad *leg.* 3. §. *scio. supr. eod.* Quod verò idem Accursius obiicit *ex leg. vlt. Cod. in quib. caus. in integr. restit. non est necesse.* vt probet præscriptionem huius temporis currere pupillæ non potuisse, ad rem non pertinet. Non quia ex illa intelligenda sit de tempore legali tantùm, non de conuentionali, vt idem Accursius concludit (nam & aduersus lapsum temporis conuentionalis restituendus esset minor si contractus ab eo non a defuncto incepisset, vt in hac ipsa lege Paulus nō obscurè innuit) sed quia non potest pertinere ad præscriptiones conuentionales quæ cœperant currere contra defunctum, cùm ex ipsius defuncti contractu nascantur. quæ prima eiusdem Accursij solutio fuit, vel sola bona vel saltem coiungenda cum secunda. Quanquam dici etiam illud potest, & apertiùs, eas demum præscriptiones ex Iustiniani constitutione minoribus non currere, quæ si currerēt, restitutio minori aduersus lapsum temporis danda esset, vt probant verba constitutionis. Atqui ea de qua agitur in hac lege, nullam admittit restitutionem, secundùm Pauli sententiam. Ergo nec ad illā Iustiniani constitutio pertinet. De qua vide plura quæ scripsi ad *leg. prox. præced.* Alius eiusdem Accursij error est quod putat victam fuisse pupillam apud præfectum vrbi, quod semel impetrata in integrum restitutio iterum peti nō possit, solúmque superfit minori auxilium appellationis. Quasi verò in hac specie pupilla non appellasset. Nam imò ponēdum est appellasse, vt appellari potuit & debuit à prætore ad præfectum vrbi, tum à præfecto ad Imperatorem, victámque tandem fuisse in causa primę appellationis & apud præfectum vrbi ob eas ipsas rationes ob quas victa fuerat apud prætorem.

1 ¶ Quod dicitur, non solere filiisfamiliàs post emancipationem adhuc minoribus succurri in his, quæ omisissent manentes in potestate, tunc rectè dicitur, cùm patri adquirere possunt.

Ad §. 1. Quod dicitur.

Ratio dubitandi, Non alia ratione denegatur filiisfamilias emancipatis restitutio in integrum aduersus ea quæ omiserunt, quàm quòd si restituerentur, fieret vt non tam ipsis

quàm patribus eorum iisdémque maioribus subueniretur, quod esset contra mentem & propositum prætoris. *l. 3. §. sed vtrùm* iunct. *l. cum mandatu* 23. ff. *hoc tit.* Atqui hæc ratio cessat cùm petitur restitutio post emancipationem, quia iam tum filius potest sibi omnia acquirere etiam inuito patre. *l. 1. in princip. si à parente. quis manum. sit.* Ergo etiam si de ea re agatur quæ patri acquiri potuit per filium manentem in potestate, non eò minùs danda eidem filio est restitutio post emancipationem, putà si hereditatem non adierit, aut conditionem stipulationi appositam quæ in ipsorum potestate erat, non impleuerit. Ratio decidendi. Restitutionis in integrũ effectus non ex eo tempore æstimatur quo petitur restitutio aut conceditur, sed refertur semper ad tempus illud quod læsionem præcessit, & quo erant omnia integra. Est enim illud vnicum restitutionis extremum ad quod. Ergo si filius emancipatus restitueretur ad ea quæ omisisset manens in patria potestate, vtique non prodesset ea restitutio filio, sed patri, cui filius rem erat quæsiturus si nihil omisisset. Proinde nõ est ei danda restitutio, si de ea re agatur, quam patri acquirere potuit, sicut nec ei datur actio ex stipulatione condicionali, interposita ante emancipationem, quamuis condicio post emancipationem euenerit. *l. si filiusfamilias 78. de verb. oblig.* Secus esset, si eam rem filius sibi ipsi fuerat quæsiturus, fortè nolente patre sibi eam acquiri, vt in specie. *l. 1. C. qui adm. ad bonor. possess. possint. l. cogi 16. §. si pater filio ad SC. Trebell.* Exemplum est in *l. 3. §. si quid minori. ff. h. tit.* Quid si filiusfamilias ab extraneo heres scriptus sit non patris sed ipsius filij contemplatione? Accursius videtur sensisse restituendum eo casu filium post emancipationem. Alioqui cur poneret exemplum in hereditate relicta filio contemplatione patris? Ergo contra puto quia nihil vetat acquiri patri eam quoque hereditatem quæ & filio & ipsius filij contemplatione non patris relicta fuerat. Nempe si purè relicta sit non in id tempus quo filiusfamilias factus esset sui iuris siue per emancipationem siue quo alio modo. Nam & similiter dicimus posse hereditatem aut legatum relinqui seruo contemplatione ipsius serui, quamuis sit ille omnino incapax acquisitionis: *l. sed etsi quid 22. vers. si ipsius serui. ff. de vsufr.* Nimirum vti tantò gratior sit domino, tantóque faciliùs possit sperare libertatem ex cuius persona & merito videat dominum factum se fuisse locupletiorem. Sanè quod addit Accursius omnimodo restituendum esse filiumfamilias minorem qui ex contractu suo conuenitur, siue in potestate, siue post emancipationem conueniatur ex *d. l. 3. §. sed vtrùm. vers.* proinde si iussu: verum quidem est, quia filiusfamilias ex suis contractibus proprio nomine obligatur, tum quoque cùm patris iussu contraxit, ideóque eius interest vt per in integrum restitutionem liberetur, quomodo explicauimus ad *d. §. sed vtrùm.* Sed ab huius §. sententia prorsus aliena est hæc adnotatio. Tractat enim Paulus hoc loco de ea restitutione quam certum sit non posse dari filio manenti in potestate, & de qua tamen dubitari probabiliùs possit an ei danda sit post emancipationem.

39. SCÆVOLA lib. 2. Digestorum.

INtra vtile tempus restitutionis apud præsidem petierunt in integrum restitutione minores, & de ætate sua probauerunt. Dicta pro ætate sententia[a], aduersarij, vt impedirent cognitionem præsidis, ad Imperatorem appellarunt. præses in euentum appellationis cætera cognitionis distulit. Quæsitum est, si finita appellationis apud Imperatorem cognitione, & *data de appellatione pronuntiata*, egressi ætatem deprehendantur, an cætera negotia impleri possunt, cùm per eos non steterit, quo minùs res finem accipiat? Respondi secundùm ea, quæ proponuntur, perinde cognoscendum, atque si nunc intra ætatem essent.

Ad l. Intra vtile 20.

Ratio dubitandi. Restitutionis non tantùm peremptæ, sed etiam impetrandæ tempus vnico anno eo tamen vtili concluditur si ius Pandectarum inspiciamus, aut quadriẽnio quod ab initio vtile est, ex postfacto autem continuum si Iustiniani constitutioné nouam in *l. vlt. C. de temp. in integr. restit. iunct. l. 5. & 6. eod. tit.* Atqui in proposito petita quidem fuit restitutio per minores intra annum illum vtilem, sed non impetrata. Ergo quamuis nec denegata fuerit denegari, tamen debet post vicesimum sextum annum completum. Ratio decidendi. Non stetit per minores quominùs res finem acciperet, sed per dolum aduersarij, cuius moratoria & fruſtratoria appellatione factum est, vt in longius tempus protracta illis fuerit, neque tam citò finiri potuerit. Ergo non debet id nocere minoribus sicuti nec aduersario dolus suus & tergiuersatorio prodesse, *l. tutor 41. de vsur.* Iuris enim regula est. In omnibus causis pro facto accipiendum esse id in quo per alium mora fit quominùs fiat. *l. in omnibus 50. de regul. iur.* Dices cum Accursio. Videri nulla minores egere restitutione cùm annus ille intra quem instituì, & finiri debet causa restitutionis sit vtilis qui proinde non potest currere minoribus per aduersarij appellationem impeditis non magis quàm si ex qua alia causa impediti essent. *l. 1. de diuers. temp. præscr.* Respondeo pendente quoque causa appellationis annum illum vtilem currere, quoniam appellatio non facit ne de restitutione agi & cognosci possit, sed tantùm vt ea cognitio fiat longior, neque tam citò expediri possit, cùm necessario prius terminanda sit quæstio de ætate tanquam præiudicialis. *l. de ætate 43. ff.* Non possit autem videri terminata quandiu pendet appellatio à sententia præsidis, siquidem iudicatũ. *l. 1. §. vlt. ad SC. Turpill. l. si causa 32. C. de transact.* Nec rursum potest præses à quo appellatum fuit cognoscere de cæteris negotij & restitutionis, cùm appellatio non tantùm vim suspensiuam habeat vt pragmatici nostri loquuntur, sed etiam deuolutiuam, & quæ faciat vt eius à quo appellatum est officium totum conquiescat, nec in eo tantùm de quo appellatum est, sed etiam quantum ad alia omnia quæ inde pendent tanquam consequentia.

a *Dicta*

a *Dicta pro ætate sententia.* Hæc igitur sententia fuit, non vt Accursius putat, interlocutio cùm non nisi per decretum pronunciari de ætate possit, hoc est, adhibita plenissima causæ cognitione *dict. leg. de ætate 43 ff. vbi dicemus.* Proinde frustrà est obiicere, Ab interlocutione appellari non posse *l. penult. Co. quor. appella. non recip.* Aut cum Accursio & Bartolo distinguere, an talis interlocutio sit quæ totam penè causam terminet. Interlocutio enim est quicquid iudex aut magistratus iussit, vetuit ve solo imperio, non id etiam de quo pronunciauit post adhibitam plenissimam causæ cognitionem *leg. quod iussit 14. de re iudic.* vt & in *l. ait prætor 7. §. 1. ff. hoc tit.* quo tamen loco eque abutitur Accursius, vt pro interlocutione accipiat decretum prætoris. Illa difficilior obiectio est, quòd non de incidenti quæstione iudex pronunciare debeat, sed tantùm de principali *leg. 1. in fin. C. de ordin. iudi. l. 2. Codic. de ord. cogn.* Nec enim negari potest quin quæstio de ætate illius qui tãquam minor petit restitutionem incidens sit non principalis, quamuis & necessaria sit & præiudicialis. Causa verò principalis est causa restitutionis, quę nec ex sola ætate pendeat, sed etiam & quidem maximè ex læsione. Verùm responderi potest cum Cuiacio. Non esse quidem necesse vt de incidenti quæstione pronuncietur, sed tamen non prohiberi iudicem quin de incidenti quoque pronunciet si velit. Nimirùm si eius quæstionis iudex sit competens, alioqui cognoscere quidẽ de incidenti æquè, & potest, & debet, sed pronunciare nec debet, nec potest *d. l. 1. C. de ordin. iudic. d. l. 2. C. de ord. cognit.*

1 ¶ Vendentibus curatoribus minoris fundum, emptor extitit Lucius Titius, & sex ferè annis possedit, & longè longéque rem meliorem fecit. Quæro cùm sint idonei curatores an minor aduersus Titium emptorem in integrum restitui possit? Respondi, ex omnibus, quæ proponerentur, vix esse eum restituendum: nisi si maluerit omnes expensas, quas bona fide emptor fecisse adprobauerit, ei præstare: maximè cùm sit ei paratum promptum auxilium, curatoribus eius idoneis constitutis.

Ad §. 1. Vendentibus

Ratio dubitandi. Cùm quæritur de restitutione minori danda aduersus venditionem fundi curatoribus factam sicut ponendum necessariò est vẽditionem ipso iure valuisse, & consequenter, aut cum decreto factam, aut eius fundi quo sine decreto vendi potuerit, quomodo potuerunt olim vẽdi prædia vrbana vsque ad constitutionem Constantini in *l. lex quæ tutores 22. Codic. de adim. aut. l. si prædiũ 16. C. de præd. minor.* Alioqui frustrà tractaretur de restitutione quæ non esset necessaria *l. 2. eo. tit.* Ita & ponendum est læsionem aliquam interuenisse sine qua certum est non dari restitutionem minori *lege. verum 11. §. sciendum. leg. quod si minor 24. §. non semper. ff. l. non omnia 44. ff. eod.* Atqui cùm læsus est minor in rei suæ venditione restitutio ei danda est ad rem ipsam recipiendam, & quidem cum fructibus si modò paratus sit minor precium reddere cum vsuris, vt omnia in pristinum statum reponãtur *d. l. quòd si minor. §. restitutio l patri 27. §. 1. vers. prædium. ff. eodem.* Præsertim cùm ipsius interfit habere corpus fundi potiùs quàm eius æstimationem *l. si ex causa 9. in princip. l si in emptionem 35. suprà.* Ergo non ob id minùs restituendus est minor quod in eum fundum impensas multas emptor fecerit, quãuis bona fide ne alioquin eueniat, vt si eas refarcire nõ possit cogatur re sua carere. Quod cum eo quoque casu absurdum esse credatur, quo impensę necessariæ, aut vtiles fuerunt *l. in fundo 38. de rei vindica. l. si seruus 25. de pignor. actio.* quantò absurdius est id admittere in sumptibus voluptatis tantùm causa factis, quibus vtique adolescentem onerari non oportet *leg. si sine 32. §. interposito. vers. item respondit. de admin. & peric. tutor.* Et tamen locus hic omnino ita accipiendus est, vt non ad necessarias & vtiles impensas restringatur, (quanquam de iis quoque Scæuolam loqui constat ex illis verbis, *ac longè latéque rem meliorem fecit.*) sed voluptuarias quoque complectatur, quod probant generalia ea verba, *Nisi si maluerit omnes expensas quas bona fide emptor fecisse se adprobauerit ei præstare.* Aliter namque interpretantibus nihil interit, an bona an mala fide factæ sint ab emptore, cùm & si à malæ fidei emptore factæ essent, non aliàs tamen audiendus esset minor petens restitutionem quàm si redderet necessarias & vtiles solis voluptariis exceptis. *d. §. interposito.* Nec enim aliud ius constitui posset, quin euenirent, vt minor ex alterius iactura locupletaretur, quod nunquam ferendum est, ne tum quidem cùm venditio non valuit ipso iure tanquam facta contra iuris prohibitionem *l. si fundus 13 in fin. de reb. eor. lege vtere 14. Codic. de præd. minor.* Ergo debuit Scæuola respondere dandam omnimodo restitutionem minori etiam non refusis expensis in fundum factis, aut saltem voluptuarias excipere ne iis minor oneraretur. Nec videtur bona ratio quam in contrarium adfert Scæuola quòd paratum sit auxilium minori curatoribus eius idoneis constitutis. Nam & tum quoq. cùm autoritas curatoris interuenit, perinde restitui minor potest, etiamsi curator sit soluendo *l. 3. vlt. & pass. C. si tut. vel curat. interuẽ.*

Ratio decidendi. Interueniẽs curatoris autoritas non facit, sicuti neque bona fides emptoris quominùs possit minor in integrum restitui ad rem ipsam habendam, si modò iustam restitutionis causã probet, id est, aliquam læsionem: siue curator soluendo sit, siue nõ. In eóque errauit sanè Cuiacius, qui scripsit ad *§. vlt. l. 3. ff.* non esse permittendum minori, vt inquietet emptorem quandiu tutor vel curator idoneus est, nisi emptor sit in mala fide: sed facit autoritas curatoris iuncta cum bona fide emptoris (alioqui sola non sufficeret *d. §. interposito*) vt non aliter restituendus sit minor, quàm si in omnibus & per omnia indemnem præstet emptorem etiam ratione impensarum voluptatis tantùm causa factarum cùm nihil sit ei imputandum, propter quod æquum sit morari eum in aliquo vel minimo damno. Habet ergo minor electionem hoc quoque casu an contra emptorem agere velit, an contra curatorem, tametsi & curator soluendo sit & em-

ptor in bona fide, idque vel ex hoc potissimùm loco euidentissimè probatur. Excipiendus est casus vnus, in quo minor hanc electionem non habet cùm tutor vel curator est soluendo. Nimirũ in specie *l. properandum* 13. §. *vlt. Codic. de iudic.* idque propter autoritatem constitutionis Iustinianeæ, & vigorem iudiciorũ. Planè cùm tutor vel curator soluendo non est succurri omnimodo minori necesse est data ei restitutione aut re sua carere, vel voluptariarum quoque impensarum onus suscipere cogatur, cum ne quidem iudiciorum fauor & autoritas ei restitutionis auxilium adimere hoc casu possit *d. §. vlt.*

40. VLPIANVS libro 5. Opinionum.

MInor annis viginti, cui *fideicommissum solui* pronuntiatum erat, cauerat, id se accepisse: & cautionem eidem debitor, quasi creditæ pecuniæ fecerat, in integrum restitui potest: quia partam ex causa iudicati persecutionem nouo contractu ad initium alterius petitionis redegerat.

Ad l. Minor annis 40.

Ratio dubitandi. Nihil interest qua actione suum quis consequatur, dummodò non minus ex vna quàm ex alia *l. 1. §. quia autem. ff. quod legat. l. 3. §. 1. naut. caupon. stabul.* Atqui ponimus in hac specie conuersũ esse in causã pecuniæ creditæ quicquid ex causa fideicommissi ac iudicati deberi poterat. Nec quisquam dubitat quin ex cautione mutuę pecuniæ comperat certi cõdictio ex mutuo, per quam cogitur debitor soluere quicquid deductum est in cautionem siue mutuum fuerit naturale, cõtractum scilicet ex vera numeratione, siue vt interpretes vocãt ciuile, quale illud est, quod ex alia quacunq. causa constituitur, aut etiam verbis *le. 2. §. creditum. & §. vlt. l. singularia* 15. *de reb. credit. l. qui negotia* 34. *mandat. lege. si non singuli* 5. *& seq. C. si cert. pet. lege* 4. *Codic. de duob. reis* Ergo cũ nihil possit interesse minoris, qui causam iudicati per nouationẽ transtulit in causam creditę pecuniæ, non est ei danda restitutio.

Ratio decidendi. Minoribus subuenitur per in integrum restitutionem non solùm cùm aliquid de bonis eorum minuitur, sed & cũ ipsorũ interest ne litibus & sumptibus vexentur *l. minoribus* 6. *ff. hoc tit.* Atqui iudicatum finis est litium. Creditum vero initium & origo, vt benè ait Cuiacius. Igitur minoris valde interest vt restituatur, qui partam ex causa iudicati persecutionem nouo contractu ad initium alterius petitionis redegerat. Vbi enim iudicatum est nihil aliud quæri oportet quàm quid iudicatum sit, emissa verò cautione creditæ pecuniæ, non de illo solo quærendum est an cautio emissa sit, sed de illo quoque an numeratio præcesserit aut subsecuta sit, aliáue causa iusta, quæ numerationis vice esse possit. Vnde est quod condemnatum iubet prætor soluere, nec eum facilè audit si aliter satisfacere paratus sit, putà dãdo expromissorem, quia noluit ex obligationibus nouas obligationes fieri, ne quod in tanta hominum perfidia ferè consequens esset, fierent de lite lites *l. 4. §. ait prætor. de re iudi.* Addit Accursius alias rationes propter quas vtilius sit minori habere ex mutuo, quàm ex iudicato actionem, scilicet propter vsuras quę ex iudicato incipiunt currere post quatuor mẽses non etiã ex mutuo, & maiores ex iudicato quàm ex mutuo præstantur *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* Sed non potuit Vlpianis rationibus moueri, cuius tẽporibus nihil dũ tale constitutum erat. Est enim virũque inductum ex noua illa Iustiniani constitutione. Bene autẽ Accursius ponit factã esse nouationem, quia nõ posset alioqui laesus videri minor qui nulla nouatione facta ad actionem iudicati adiecisset cõditionem certi ex mutuo: cùm si mallet agere ex iudicato maneret, idem ius & ordo executionis *dd. 4. §. si ex conuentione de re iudic.* Nouatio sola est quæ adfert læsionem, quia iudicati actionem extinguit *l. 1. de nouat.* Sola igitur nouatio est quæ potest inducere restitutionem, quia sine læsione dari restitutio nunquam potest.

1 ¶ **Prædia patris sui minor annis viginti quinque ob debita rationis tutelæ aliorum, quam pater administrauerat, in solutum inconsultè dedit, ad suam æquitatem per in integrum restitutionem reuocanda res est, vsuris pecuniæ quam constiterit ex tutela deberi, reputatis, & cum quantitate fructuum perceptorum compensatis.**

Ad y... Prædia.

Ratio dubitandi. Locupletior fit pupillus qui soluit quod debet, siue soluat in pecunia numerata, siue quod effectu idem est, fundum det in solutum. Vtroq. enim modo liberatur ab obligatione quæ non vilis species acquisitionis est *l. si pupilli* 66. *in fi. de solu. l species* 11. *de accept.* Atquin inauditũ est subueniri minoribus in iis etiam quæ sibi acquirunt, non enim læditur qui acquirit sibi & fit locupletior. Ergo nullus hoc casu color subest dãdę minori restitutionis. Datio námq. in solutum nihil nisi solutio est, licèt aliud soluatur quàm quod debebatur, cùm id fiat volente & consentiente creditore *l. manifesti* 17. *C. de solu.* Ratio decid. Datio in solutũ habet quidem vim solutionis quantum ad acquirendam debitori solutionem, attamen non tam solutio est quã velut venditio quædam solutionis causa. Imò plus quàm venditio quantum ad causam alienationis. Non enim sicut vendi res aliena potest, ita & in solutum dari, sed necesse vt dominiũ transferatur omnimodo in accipiẽtem adeóq. in solidũ, alioqui nulla ex parte contingit liberatio *l. si quis aliam* 46. *de solu.* Proinde cùm nihil alienet is qui rem alienã vendit, omnino tamẽ necesse est vt alienet qui dat in solutum. Hoc ipso igitur minor lædi tur, nõ quia soluit, sed quia vt solueret rem suã alienauit, & pro pecunia numerata quæ recipiebat functionẽ in suo genere dedit corpus fundi quòd non similem recipit functionem, vt nec quicquam eorũ quæ in specie debentur *l. 2. §. mutui. & seq. de reb. cred.* Danda igitur minori restitutio est tanquam læso, quoniam eius interest rem ipsam habere & pecuniam potiùs debere, si modò eam aliũde explicare potuerit soluere. Sic enim hunc locum accipiendum esse constat ex *l. si fundus* 13. *§. 1. verf. si ex cæteris de reb. eor.* qui *sub tute.* vbi quod dicitur dandam esse hoc casu doli exce-

exceptionem contra minorem, si fundum cum fructibus vindicet, nec pretium offerat cum vsuris medij temporis, quæ creditoribus deberentur, si modò ex cæteris eius facultatibus solui æs alienum non potuerit, ostendit satis non posse minorem restitui, nec si pretium cum vsuris offerat si æs alienum quo premebatur solui ex aliis bonis non potuit. Neque enim fieri potest vt prætor det restitutionem ei, contra quem dare debeat doli exceptionem, cùm tã restitutio quàm exceptio doli sit ex iurisdictione prætoris, eandémq. causam habet nimirum æquitatem, & quidem prætoriam. Quod ideò addo, quoniam vt alibi scripsi, alia est æquitas ciuilis, alia prætoria, quę licèt sæpe concurrant, nõ tamen semper. At vt prætoria æquitas in vno eodémque casu secum pugnet, fieri nullo modo potest. Eodémque pertinere arbitror dictionem *inconsultè*, qua hîc vtitur Vlpianus, vt nimirum significet non vtique restitui quemlibet minorem qui pro pecunia quam debebat, fundum in solutum dedit, sed eum duntaxat qui dedit inconsultè, id est, cum ex aliis bonis soluere posset quod debebat. Ex quo etiam apparet in *d. l. si fundus. §. 1.* legendum esse *potuerit*, non vt vulgò *poterat*, in illis verbis, *si ex cæteris eius facultatibus æs alienum solui non poterat.* Nam & ratio sequitur, ego autem notaui *etsi soluat potuerit*, non autem *poterit*. Itaque si ponas eo tempore quo fundus à minore insolutum datus fuit non potuisse ex aliis bonis solui debitum, hodie verò posse cùm restitutio petitur, auctis fortasse facultatibus minoris, dicam non esse restituendum minorem, quia verum est nihil inconsultè ab eo factum fuisse, sed illud tantùm quod alius maior quilibet ac diligens paterfamilias facere debuisset. Semper enim contractus tempus inspiciendum est cùm quæritur an inconsultè quid factum sit à minore, vt & cùm tractatur de maiore in specie. *l. 2. & l. si voluntate* 8. *Cod. de rescind. vend.* Ex eo autem quod Vlpianus ponit fundum inconsultè datum fuisse in solutum, intelligimus datum fuisse non interposito decreto, neque posse defendi interpretationem Accursij, qui putat posse hunc *§.* explicari etiam de alienatione facta cum decreto. Quid enim consultius posset facere minor, quàm prætoris decretum implorare? Atqui omnis alienatio prædiorum minoris prohibita est, nec minùs ea quæ fit per dationem in solutum, quàm quæ per venditionem aut transactionẽ. *l. vno filium 4. & pass. C. de præd. minor.* Porrò cùm alienatio facta est contra iuris prohibitionem non est tractandum de restitutione, siquidem ipso iure contractus non tenet. *l. 2. eod. l. in causa* 17. *in prin. ff. hoc tit.* Cur ergo tractat hîc Vlpianus de restitutione? An quia prædium vrbanum proponebatur, quod Vlpiani temporibus poterat vendi, & quoquomodo alienari etiam sine decreto, ante constitutionem Imp. Constantini in *l. lex quæ tutores* 22. *C. de admin. tutor.* Ita putat Accursius, nec ego repugno. Alioqui posset minor citra restitutionem vindicare fundum, & quidem efficaciter, si modò ad euitandam doli exceptionem paratus esset reddere precium cum vsuris si ex aliis bonis solui æs alienum non potuit. Nam quæ ratio æquitatis eo casu quo contractus teneret impediret restitutionem ipso iure, vt ita dicam prætorio (*ipso* enim *iure* cùm simpliciter dicimus ius ciuile intelligimus) eadem impediet vindicationem si contractus non teneat, sed impediet opposita exceptione doli, quia in eo differt vindicatio quę cõpetit ipso iure à restitutione in integrum, quod cùm illa sit ciuilis non potest denegari à prætore, qui iuris ciuilis & custos & minister est, quamuis non eò minùs possit prætor exceptionem doli dare, quæ vim eius elidat. Restitutio autem in integrum cùm sit ex prætoris iurisdictione denegari, & potest & debet à prætore quoties æquitatem aliquam in contrarium facere videt. An igitur indistinctè dicemus denegãdam minori, siue vendicationem, siue restitutionem in integrũ, tunc tantum cùm ex aliis bonis solui æs alienũ non potuit: Imò etsi potuit, si tamẽ adhuc res saluæ sunt ex quib. satisfieri potuit deneganda restitutio aut vindicatio est. Eadem hoc quoque casu militãte ratione æquitatis, quòd nõ sit permittendum minori, vt per occasionem iuris ciuilis locupletetur ex damno alieno, quemadmodũ ad Papinianum Paulus notat in *d. l. si fundus. §. 1. de reb. eor. qui sub tutel.*

a *Vsuris pecuniæ.* Ratio dub. Minoritum quoque cũ in integrum restituitur, licèt ab aduersario consequatur fundum cum fructibus, non solũ iis qui percepti sunt, sed illis etiam qui percipi potuerũt, nullas tamen vsuras vicissim præstat, quia nec fructus redderet, si in fundi emptione læsus esset, nisi quatenus ex iis locupletior factus probaretur. *l. pari.* 27. *§. si pecuniam. verf. ex quo scilicet. ff. hoc tit.* Quæ exceptio & distinctio non cadit in vsuras, quia vsuræ non sicut fructus accessiones naturales sunt, sed ciuiles, & quæ iure & negotiatione magis quàm natura percipiuntur, *l. si nauis* 62. *de rei vindic.* vt non possit dici factũ minorem locupletiorem ex alieno damno, tametsi vsuras nullas reddat, nec si quas ex industria sua per eius pecuniæ occasionem percepit, si modò reddat aduersario pecuniã precij, quę sola ei abest. Ergo non potest verũ esse quod hîc Vlpianus respondet. vsuras pecuniæ quam constiterit ex tutela deberi, reputandas esse, & cum quantitate perceptorũ fructuũ cõpensandas, Ratio decidendi, Multũ interest an pecunia quã restituere minor iubẽdus est, debeatur ex cõtractu inito cum minore, an ex contractu vel quasi contractu defuncti, cui minor successit. Priore casu nullas minor debet vsuras, qui nec pecuniã ipsam debet, nisi quatenus ex ea locupletior factus fuit. *d. verf. ex quo scilicet in fi.* Posteriore verò debẽt eas quas defunctus ipse si viueret deberet. *d. l. si fundus. 16. §. 1. de reb. eor.* Nec. n. persona pupilli cũ quo contractum non fuit, sistere potest cursum vsurarũ, quas defunctus siue ex conuentione, siue ex mora debere cœperit. *l. 3. quib. ex caus. in poss. eat.* In proposita autem specie tractamus de vsuris debitis ex persona defuncti, qui ex causa tutelę quam administrauerat, reliqua traxerat, debitórque constitutus fuerat eius pecunię pro qua minor postea inconsultè fundum dederat in solutum, tanquam & ipsẽ debitor ex persona patris cuius heres proponebatur. Alia igitur ratio est maioris, restitutionem in integrum siue petentis, siue patientis. In huius enim persona vsurarum ratio habetur omnimodo, sitque earum compensatio cum fructibus ex alia parte reddendis, vt & in specie. *l. emptor* 65. *ff. de rei vind. eat.* vbi tamen agitur non de restitutione in integrum, sed de vendicatione fundi, quem à non domino emptum, sed à domino, eodémque alterius debitore vsurario pignoratum emptor bona fide luerat à creditore.

41. IVLIANVS libro 43. Digestorum.

SI iudex circumuento in vēditione adulescenti iussit fundum restitui, eúmque pretium emptori reddere & hic nolit hac in integrum restitutione, pœnitentia acta: exceptionem vtilem, aduersus petentem pretium, quasi ex causa iudicati, adulescens habere poterit: quia *vnicuique licet contemnere hæc, quæ pro se introducta sunt.* Nec quæri poterit, venditor[a], si restitutus fuerit in eam causam, in qua se ipse constituit, & quam mutare non potuisset, si minor auxilium prætoris non imploraſſet.

Ad l. Si iudex. 41.

Ratio dubitandi. Cùm prætor qui de in integrum restitutione minoris tāquā iudex cognoscit, & pronunciat, iussit fundum à minore circumuento venditum restitui minori, ac vicissim emptori minorē reddere precium, fiādum omnimodo est iudicato. *l. si heredē 32. §. interposito, nullis verbis, nec quicquam de eo à iudicante de integrum restitutione quantum est ad min. tutor.* Præsertim cùm ea fuerit iustissima pronūciatio, siquidem restitutio quælibet in integrū suas habet reputationes, & mutuas præstationes. *l. vnic. C. de reputat. quæ fiunt in iudi. in integr. rest. leg. quòd si minor. 24. §. restitutio. leg. patri 27. §. si pecuniam. per. ſ. ex diuerso. & ſ. q. §. h. t.* Ergo quamuis post sententiā pœniteat minorem impetratæ restitutionis, & dicat se nolle vti hac in integrū restitutione, tamen audiendus non est, neque adiuuandus exceptione vlla contra aduersarium petētem precū quasi ex causa iudicati. Nec enim pœnitentiæ locus esse potest post rem iudicatā. Alioquin, quis erit vnquam litiū finis? Fateor non posse cogi eum qui vicit vt vrgeat sententiæ executionem cū ipse condemnatus non est. Sed cùm vterq; condemnatus fuit, vt in hac specie non magis vni quàm alij permittendum est vt effugiat iudicati executionem. Vbi enim semel iud cātū est, de hoc tantùm quæri oportet quid iudicatum sit, támq; deberi pecunia incipit non ex pristino contractu, sed ex iudicato. *leg. si fundus 16. si plures. ĵ. de pign. quippe per quod fit nouatio. leg. vlt C. de vſur. rei iud.* ac cui proinde satisfieri oportet, etiāsi per sordes aut per gratiam iudicātū esset, idq; propter rerum iudicatarum autoritatem. *l. ſeruo 65. §. cùm prætor ad SC. Trebell.* qui locus etsi loquatur de prætore, hic verò de iudice, idē tamē vtriusq; dictionis hac parte sensus est & iudicem dixit Iulianus pro prætore. Nec impropriè cùm prætor iudex sit in integrum restitutionis minorum, nec alium iudicem dare possit, vt diximus ad *l. 1.* Non quidē omnis iudex prætor est, At è contrario prætor iudex est, in iis saltem causis de quibus pronunciat, sed maior iudex ad differentiam minorum & pedaneorū qui dantur aut ab ipso prætore, aut ab alio magistratu. *leg. non distinguemus 32. §. de liberali. de recept. qui arbit.* Ratio decidendi. Euidenter iniquissimum est nocere rem iudicatā ei pro quo iudicatum fuit. *l. eundē 16. de except. rei iudic.* licet enim vnicuiq; contēnere ea quæ pro se introducta sunt, vt hīc Iulianus ait, & posti eū Iustin. in *l. pen. C. de pact.* Atqui in proposito casu iudicatū erat pro minore, quem scilicet prætor in integrū restitui debere pronuntiauerat. Nam quod eadem pronunciatione iussus est minor precium emptori reddere, non tam ideò factū videri debet, vt minor aduersario cōdemnaretur, cū nihil à minore aduersarius peteret, quàm vt iusta esset restitutio quę minori concedebatur, cuius aliter concedendæ nulla æquitas fuisset. ac veluti in executionē rei iudicatæ pro minore. Ergo si minor nolit vti hac in integrū restitutione non est cogēdus preciū reddere. Nec potest iniquum hoc videri aut iniuriosum emptori, qui hoc modo restituitur in eam causam in qua se ipse constituerat, & quam mutare non potuisset si minor auxiliū prætoris non imploraſſet. Atqui, inquies, iudicium redditur in inuitum. *l. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verb. obli.* Ergo non est quærendum an minor velit aut nolit parere iudicato. Sed iam dixi iudicatum fuisse in hac specie pro solo minore, nihil prorsus contra minorem.

a *Nec quæri poterit venditor.* Male cum Cuiacio locum hunc emendare, & pro *venditur* legere *emptor*, quàm cū Accursio interpretari emptorem pro vēditore. Etsi enim veteres his verbis emptoris & vēditoris, itémq; emptionis & venditionis promiscuè vtebantur, *leg. veteres 19. de actionē. empt.* erat tamen Iuliani temporibus iam antiquata hæc nominū cōfusio, quam posteriores tidémq; politiores lurecōsulti semper euitādam crediderunt, ne ex ea rerum quoq; confusio quædissima est induceretur. *leg. vlt. C. de legat. tutel. leg. ſi idem 7. C. de iur. delib.* Ex eo autem quod hæc lex ait vnicuiq; licere ea contemnere quæ pro se introducta sunt quærit Accursus an possit minor beneficio ætatis renunciare. Et respondet rectè nō posse, efficaciter, quoniam hoc ipso deceptus intelligeretur, atque ita restitui eum oporteret tanquam ex causa nouæ læsionis. *l. interdum 19 §. h. tit. leg. doli 19. §. duerſum. verſ. idémque eſt. ĵ. de nouat.*

42. VLPIANVS libro 2. de Officio Proconsulis.

PRæses prouinciæ minorem in integrum restituere potest, etiam contra suam, vel decessoris sui sententiam, quod enim appellatio interposita maioribus præstat, hoc beneficio ætatis consequuntur minores.

Ad l. Præſes 42.

Ratio dubitandi. Quod appellatio à maioribus interposita præstat, hoc ipsum beneficio ætatis cōsequūtur minores, vt hęc lex ait. Atqui nō posset maior appellare à sententia præsidis ad ipsū præsidē, vt neque a sententia prædecessoris ad successorē, quia eum qui appellatur maiorem & superiorem esse oportet. *leg. 1. & paſſ. quis à quo appellet. leg. eos 6. C. de appellat. leg. iudex poſteaquam 28. de re iudi. l. 1. C. ſent. reſc. non poſſ.* Ergo neque minor poterit petere à præside restitutionē in integrū aduersus sentētiam eiusdē præsidis, aut à successore aduersus sentētiam prædecessoris. Rat. dec. Differētia illa est inter restitutionē integrū appellationē, & quòd appellatio iniquitatis sententiæ querelā in integrū verò restitutio erroris proprij veniæ petitionē, vel aduersarij c rcumuentionis allegationem continet. *l. præfecti 17. §.* inde fit vt etiam is possit de in idtegrū restitutione cognoscere qui appellari ipse non posset. Eóque referenda est ratio quæ hīc ab Vlpiano adfertur, quod appellatio præstat à maioribus interposita idipsum beneficio ætatis & restitutionis cōsequi minores, non quasi eadem esse debeat ratio appellationis & restitutionis, sed vt intelligamus non esse minori necessariam appellationem, quæ necessaria est maiori, cum tantundē possit consequi per restitutionem quantū maior consequeretur per appellationē. Si tamen minor quoq; appellare velit nō est ei denegandū appellationis auxiliū quod est commune vt bene Accursius concludit ex *l. ſi pater 8. C. quand. prouoc. non eſt neceſſ. & leg. non debet cui 21. de* reg. *iur.* iunct. *leg. 3. §. falſum procurator. ff. rem hab.* Non enim sicut commune & ordinarium auxilium facit cessare extraordinarium. *l. in cauſa 16. §.* ita è conuerso. Auxiliū tamen restitutionis minorū & commodius & plenius est, ideóq; nec datur maioribus nisi ad hoc vt possint appellare. *l. vlt. §. de in integ. reſt. vbi dixi.*

43. MARCELLVS lib. 1. de Officio Præsidis.

DE ætate eius, qui se maiorem annis vigintiquinque dicit, causa cognita probandum est: quia per eam probationem in integrum restitutioni eiusdem adolescentis, & aliis causis præiudicatur.

Ad l. De ætate 34.

Ratio dubitandi. Res inter alios acta quamuis in iudicio, inter alios non nocet. *l. & 1. tot. tit. C. int. alios act. vel iudic. alijs non nocet l. vlt. m. de interrog. in iur. faciend.* multò minùs verò in alijs causis, cùm eandem rem esse oporteat quę in nouum iudicium deducitur, vt rei iudicatæ potestas exerceri possit. *l. cū quæritur 12. de except. rei iudic.* Nam si verum est, vt est, in iudiciis quasi contrahi. *leg. 3. §. idem ſcribit. de pecul.* inspiciendum necessariò est, & eum quo & de quo contraxisse quis videatur, vt neq; ab alio cū quo nec contraxerit, nec quasi, neq; rursus de alia re quàm de qua contraxerit conueniatur. Ergo non est bona ratio quæ hīc à Macro adfertur, vt de ætate eius qui se maiorē dicit, ideò probandum sit causa cognita, quia per eam probationem in integrum restitutioni eiusdem adolescentis & aliis causis præiudicetur. Ratio decidēdi. Multum interest an de ea re cognitū & pronūciatū sit, quæ ad statum personæ pertineat, an de ea quæ ad statum causæ & rei in iudicium deductæ. Priore casu sententia ius facit & quod ad alias res, & q. ad alias personas, quia personæ status vnicus atque indiuiduus est, perinde ac persona ipsa. *leg. ex causa 9. §. de poſtul. vbi dixi.* Posteriore nō item. Exempla huius legis vide apud Accursium. Quod autem ille quærit quis ætatem probare debeat ad hanc legem non pertinet, sed ad *leg. cùm de ætate 13. ĵ. de probat. vbi dicemus. & ad leg. cùm leg. minorem 9. C. eod. de probat.* iunct. *leg. ſi minorem 4. C. h. tit.* vbi dicitur minorem, qui vult restitui probare debere suam ætatē quòd minor fuerat tempore gesti negotij, vt possit obtinere restitutionem, aduersarium verò vt eam excludat si alleget præteriisse tempus intra quod debuit peti restitutio, idipsum etiam probandum habere. Planè si minor in vno contractu iurauerit se maiorē verum est quod vult idem Accusius non sibi præiudicare illū in aliis, quia licèt iusiurandū probationis quoq; vim habeat. *leg. non erit 5. §. dato iureiurando. & leg. eum qui iurauit 30. ĵ. de iureiurand.* Non tamen eius probationis quæ fiat causa cognita.

44. VLPIANVS lib. 5. Opinionum.

NOn omnia, quæ minores annis vigintiquinque gerunt, irrita sunt: ad ea tantùm, quæ causa cognita, eiusmodi deprehensa sunt: vel ab aliis circumuenti, vel sua facilitate decepti, aut quod habuerunt amiserunt, aut quod adquirere emolumentum potuerunt, omiserunt: aut se oneri quod non suscipere licuit, obligauerunt.

Ad l. Non omnia. 44.

Ratio decidendi. ad hanc legem eadem est quæ ad *l. verum 11. §. ſciendum & ad l. quòd ſi minor 24. §. non ſemper*, vbi diximus. §. *h. tit.* Exempla verò petenda sunt ex Accursio. iung. *leg. 1. C. qui & aduerſ. quos.*

45. CALLISTRATVS lib. 1. Edicti monitorij.

ETiam ei, qui priùs, quàm nasceretur vsucaptum amisit, restituendam actionem Labeo scribit.

Ad l. Etiam 45.

Ratio dubitandi. Nemo potest id amittere quod nunquam habuit. *l. ſi in diem 46. l. Titio uſusfructus 96. de cond. & dē. l. non potest videri 108. de regul. iur.* Atqui is qui in vtero est cùm nondū sit in hominū natura nihil habere potest. *l. in falcidia 9. 1. ad l. falc.* Ergo neq; amittere. Proinde si nihil amisit non indiget restitutione. Nec est quod quis dicat habēdū eum esse pro nato qui est in vtero. *l. qui in vtero 7. & l. 26. de ſtat. hom.* Id enim obtinet in iis quæ ad commodū nascituri spectant. Nullum autem commodū est in amissione rei propriæ siue per vsucapionem, siue quo alio modo ea amissio contingat. Et rursus cū vsucapio non sit lare ciuili ob aliā causam introducta quàm vt diligentiores redderentur domini ad res suas inquirendas, quòd vsucapionis tēpora legitima sufficere in eam rem viderentur, vt ait *Iuſtin. in pr. Inſt. de vſucap.* apparet nihil posse imputari ei qui adhuc in vtero est. Ergo vsucapio cōtra eum currere non potest non magis quàm incipere. *l. bonæ fidei 48. de ac. rer. dom.* Ratio decidendi. Vsucapio siue à defuncto, siue contra defunctum cœpta, potest etiam ante aditam hereditatem impleri. *l. nunquam 31. §. vacuum l. cœptam 40. l. iuſto 47. §. nondum aditam. de vſucap. l. qui cum 6. pro empt.* Ergo quāuis ille qui est in vtero habendus sit pro nullo potius quàm pro nato in iis quæ ad damnum eius spectāt nihilominus completur in eius præiudicium vsucapio: sicut & stipulatio pœnalis committeretur etiā si nullus esset heres promissoris. *l. vl. de naut. fœn. l. ad diem 77. de verb. obl.* Non enim præcipua inducendæ vsucapionis ratio illa fuit vt dominorū negligentia plecteretur, sed ne dominia rerū semper manerent in incerto. *l. 1. de vſucap.* Quæ ra-

tio cùm respiciat fauorem possidentis non odium negligentis perinde militat contra eum qui adhuc in vtero est atq; contra iam natum, nec amisisse dicitur is contra quem vsucaptum fuit, nisi per consequentias, quoniã scilicet is qui vsucepit dominiũ sibi acquisiuit. *leg 3. de vsucap. l. si finita 15. §. Iulianus. de dam. infect.* quod dominum penes duos esse non potest *l. 5. §. si duob. vehiculum. 3. commod.* Indiget ergo restitutione is qui rem priusquam nasceretur vsucaptam amisit sicuti iam natus amisisset *l. vnic. C. si aduersus vsucap.* Malè tamen Accursius ad hunc locum *qui amisit*, id est, inquit, *qui amisisse inuenitur.* Nam verè amisit, dicique potest habendum hunc etiam pro nato, non quidem propter vsucapionem, quæ non nisi damno eius potest cedere, sed propter hereditatem quæ non posset ei deferri si non haberetur pro nato *d. l. 7. & 26. de stat. hom.* Ponendum autem necessariò est fuisse aditam hereditatem per tutorem, alioqui nõ posset vsucapio facere vt quicquam inueniretur amisisse posthumus cùm nasceretur si non heres esset. Non potest autem haberi pro nato quod ad hereditatem quin habeatur etiam quod ad vsucapionem, & in hoc quoque Accursius errauit.

a *Restituendam actionem.* Ratio dubitandi. Non restituitur minor aduersus vsucapionem aut præscriptionem quæ cœpit à defuncto cui minor successit. *l. Æmilius 38. vers. diceba. sup. hoc titul.* Atqui in specie huius legis cœpta erat vsucapio cõtra decessorem pupilli. Ergo non magis restitui poterit pupillus quàm posset desunctus ipse si viueret: atque ita sentit. Cuiacius ad *d. l. Æmilius*, sed malè & cõtra hanc legem quæ dum ait etiã ei qui priusquam nasceretur vsucaptũ amisit restituẽdam esse actionem ostendit apertissimè tantò magis restituendam esse ei qui iam natus vsucaptum amisisset. Ratio decidẽdi. Nihil impu[illegible] tari potest ei qui priùs quàm nasc[illegible] retur non vsurp[illegible] at tit nec interrupit vsucapione, o[illegible] nec potuit. Er[illegible] so dignus est qui per restitutio[illegible] adiuuetur, sed r[illegible] io in tam aperta ratione, quàm[illegible] nem iã natus amisit. [illegible] di enim alienasse videtur qu[illegible] is qui est rem suam vsuc api *leg. alienationis 28. de signific.* quod dici[illegible] non potest de illo qui *verb. s-* fuit natus tem[illegible] pore completæ vsucapion[illegible] nondum inde cùm nihil gesserit neque amiser[illegible] is qui prorestitui, nec posse nec debere. Sic dici[illegible] it videbatur lia de fundo dotali inhiberi vsucapio[illegible] mus lege Iutalis : eam tamen quæ ante dotis[illegible] nem fundi docœpta fuerat non interpellari. *leg* [illegible] constitutionem *fund. dotal.* Nec obstat quòd nihil[illegible] *si fundum 16. de* contra præscriptionem conuen[illegible] ior non restituitur *lius.* Vsucapio enim non à c[illegible] tionalem. *d. l. Æmi-* quæ facta sit cum domino, s[illegible] onuentione procedit, quod à Iustiniano constitu[illegible] ed à lege. Nec rursus *bus caus. non est necess.* [illegible] tum est in *l. vlt. C. in qui-* contra quas olim restit[illegible] vt legales præscriptiones non currant. Illa eni[illegible] atio dabatur hodie ipso iure nes tantùm pertine[illegible] m constitutio ad præscriptiotò potentior est, c[illegible] nõ ad vsucapionem, quæ muliuris ciuilis pote[illegible] ùm effectum suum operetur solaria, ex cuius cl[illegible] ate, nec indigeat tuitione prætoindigent præ[illegible] cto sunt restitutiones, qua tamen bus aut sen[illegible] criptiones omnes etiam quæ ex legitionibus p[illegible] roficiscuntur, de quibus in *l. 4. C. de præscripe. 30. vel 40. annor.* Nam & eadem Iustiniani constit[illegible] utione exceptæ sunt præscriptiones 30. & 40. ar[illegible] norum, vt scilicet currant contra minorem & [illegible] quidem quod necessariò consequens est sine spe re[illegible] stitutionis, quamuis non currant contra pupillum : qui proinde nec vlla indiget eo casu restitutione.

¶ Imperator Titius Antoninus rescripsit, eum qui fraude tutoris [b] aduersarium suum diceret absolutum, & agere cum eo ex integro [c] vellet, licentiam habere, priùs cum tutore agere.

Ad §. Imperator.

b *Fraude tutoris.* Ratio dubitandi. Etiam cùm nulla fraus tutoris interuenit, si tamen aduersarius pupilli fuerit, perperã absolut[illegible] est, perinde restitui pupillus potest ad causam ex integro tractãdam aduersus eum qui absolutus est, aut potest etiam si hoc malit priùs agere cum tutore. *l. 3. vlt. & tot. tit. C. si tut. vel curat. interu. l. 1. pen. & vlt. C. si aduers. rem indic.* Quid ergo potest hîc facere fraus tutoris? Ratio decidẽdi. Potest quidem pupillus restitui cõtra aduersarium victorem, etiamsi nulla fraus tutoris interuenerit: id enim est quod ait *l. 2. C. si tut. vel cur. int.* Minoris etiam in his quæ præsentibus tutoribus in iudicio vel extra iudicium gesta sunt in integrum restitutionis auxilium superesse si circumuenti sint. Sed nõ æquè potest agere cum tutore qui nullius fraudis conscius probatur: siue ante, siue post impetratã contra eum qui absolutus est restitutionẽ agere velit. Quid enim potest imputari tutori qui causam egit pupilli diligenter & ex bona fide, tametsi fuerit pupillus per imperitiam & iniuriam iudicis condemnatus? Ita namq; fieret vt iniuria per iudicem pupillo facta tutorem quoq; contingeret, quod esse non debet. *leg. si per imprudentiam 51. de euict. leg. exceptione 67. de fideiuss.* Diuersum est in aliis quæ tutor ipse gerit nomine pupilli, pro quibus vtique teneretur si malè gesserit, licèt nõ per fidẽ neq; per fraudem : quia potest ei imputari cur ita gesserit quod aliter & melius gerere potuit & debuit, non etiam cur fuerit malè condemnatus si pupillus bene ab eo defensus fuit, cùm iudicium quidem reddatur in inuitum reum. *leg. inter stipulationem 87. §. 1. de verb. oblig.* iudicatum autem etiam contra actorem æquè inuitum. Itaque non similiter scriptum est in *d. l. 2.* minoribus, siue in iudicio, siue extra iudicium circumuenti sunt subueniendum esse etiam contra tutores aut curatores, contra hos enim subuenitur in iis tantùm quæ malè, id est, non ex vtilitate minorũ gesserunt distrahendo aut aliter administrando res minorum, non eriam in iis quæ in iudicio si nulla eorum fraus probetur. Nam neque in cõtractibus perpetuum est vt minor læsus habeat actionẽ contra tutorem vel curatorem, putà si & dolo & culpa careat tutor vel curator, quos tamẽ casu non eò minùs restituitur minor contra eum qui contraxit cum tutore vel curatore, vt in *l. tutor 48. §. hoc tit.* Ergo bona consecutio est, vt quo casu datur actio minori contra tutorem vel curatorem multò magis detur restitutio contra eum à quo læsus minor fuit : sed nõ è conuerso, vt quo casu datur restitutio minori, danda etiam sit ei actio contra tutorem vel curatorem

curatorem. Facilius enim datur restitutio quàm actio ista, quia restitutio nihil requirit nisi læsionẽ ex parte minoris, Actio autem tutelæ vel negotiorum gestorum ex causa curationis requirit etiam dolum aut culpam ex parte tutoris vel curatoris, quæ culpa non semper concurrit cum læsione.

c *Ex integro.* Malè Accursius hæc verba sic interpretatur, quasi significent *per in integrum restitutionem.* Potest enim fieri vt connemnatus pupillus velit ex integro agere, nec tamen egeat restitutione, putà si fuerit condemnatus per dolum aduersarij. Hoc enim casu cum pristina actio superest quã exercere nihilominus potest nulla eget pupillus restitutione qui ipso iure munitus est. *l. in causæ 26. sup.* Quod si ei pristinam actionem exercenti obiiciatur exceptio rei iudicatæ, quam vtique victor obiicere pro suo iure potest, sufficit pupillo ad eam elidendam replicatio doli quæ sufficeret maiori. *l. cum à te 25.* vbi dixi *sup. ti. prox.* Sed si nullus aduersarij dolus interuenerit sicuti non potest replicatio doli locum habere, ita fatendum est necessariam esse restitutionem in integrum vt ex integro causa agatur. Potest autem hæc interpretatio ad hanc legem optimè aptari, non propter verba illa, *ex integro*, sed propter titulum hunc qui est de in integrum restitutione minorum, & quia lex ponit fraude tutoris absolutum fuisse aduersarium, non etiam adiecto eo quod aduersarius participauerit fraudem. Malè rursum idem Accursius quod lex ait, *licentiam habere*, sic explicat quasi necessitatem non electionem habeat pupillus agendi priùs cum tutore ex *l. properandum. 13. §. vlt. C. de iud.* Nam præter id quod noua illa constitutio est, qua Iustinianus ius vetus correxit, quod Vlpiani & huius legis temporibus obtinebat, illud etiam constat eam constitutionem ad vnum illum casum pertinere, quo per desidiam tutorum elapsum sit triennium intra quod finiri lis debuit, ob idque pupillus causa ceciderit, qui casus specialem habet rationem propter quam non sit danda restitutio pupillo aduersus sententiam si tutor sit soluendo, Nempe quod in hac specie condemnatus sit pupillus ex iure communi, quamuis propter desidiam tutoris, Quod non similiter dici potest cum causa ritè acta & peracta est, non tamen rectè & ex fide propter fraudem tutoris, quæ si non intercessisset, vincere pupillus debuisset ex ipso etiam iure communi.

46. PAVLVS libro 2. Responsorum.

EVm, qui ex sua voluntate minorem annis in iudicio defendit, & condemnatus est, ex causa iudicati posse conueniri : nec eius, quem defendit, ætatem [a] ad restitutionem impetrandam ei prodesse, cùm causam iudicati recusare non possit. Ex quo apparet, nec eum, cuius nomine condemnatus est [b], auxilium restitutionis propter eam sententiam implorare posse.

Ad l. qui eum 46.

Ratio dubitandi. Neque procuratori neque in procuratorem actio iudicati datur. *l. si procurator. 28. sup. de procur. l. item eorum 6. §. vlt. quod cuiusque vniuers. nom. leg. hoc iure. 86. de solu. l. 4. in princ. de re iud.* Atqui procurator quisquis est siue alieno agat nomine siue conueniatur, etiam defensor est, & ad eius officium maximè pertinet vt absentem defendat. *l. 1. §. vsus. l. seruum quoque. 33. §. ait prætor. l. sed & he. 35. §. defendere. de procur.* Non magis igitur verum est quod hic dicitur minorem qui ex sua voluntate minorem annis in iudicio defendit & condemnatus est ex causa iudicati posse conueniri. Nam nec procurator quisquam est nisi ex sua voluntate cum inuitus procurator nemo fiat. *l. filiusfam. 8. §. initium. eod.* & mandatum suscipere ab initio voluntatis est, licèt ex postfacto sit necessitatis. *l. si mandauero. 22. §. vlt. mandat.* Et contra non minus alieno nomine litigat qui alterius defensor est, quàm qui procurator. Idem ius igitur in vtroque constitui debuit, nec defensor magis quàm procurator ex iudicati causa conueniri, ne alioquin aut huic aut illi officium suum quod bona fide & absentis amicitia ductus impleuerit damnosum sit contra. *l. sed si quis 7. testam. quem. aper. l. si seruus 61. §. quod verò. 3. de furt.*

Ratio decidendi. Euidens differentia est, & differentiæ ratio inter procuratorem, & defensorem. Defensor enim vltro se liti offert, non etiam procurator, qui licèt mandatum ab initio non suscipere potuerit, postea quam tamen susceperit litem quoque suscipere cogitur. Vnde illud etiam fit vt in eum cuius mandato procurator iudicium accepit iudicati actio dari possit propter mandatum. *d. l. si procurator*, quæ non posset dari contra eum qui non modò absens, sed etiam ignorans ab alio defensurus esset. *d. l. 4. & de re iud.* Itaque impunè defensor illusisset & iudicio, & iudicio, si contra eum iudicati executio fieri non posset, quod non similiter dici potest in persona procuratoris, pro quo alius est qui ex iudicato conueniri possit : is nimirum qui procuratorem dedit. Procuratori comparantur tutor & curator non defensori, quia pupillum & adultum defendere coguntur ex necessitate officii, ob idque in eos non datur actio iudicati, sed in minorem siue pupillus ille sit siue adultus. *l. 2. de admin. tutor.* Cum autem hæc lex sit de maiore qui minorem defendit, quæstio autem de hoc tantùm, an contra eum danda sit iudicati executio necne, non autem an possit restitui in integrum. Apparet malè Accursium hîc distinguere quod ad restitutionis causam pertinet, an intercesserit mandatum necne, siue enim mandatum aliquod præcesserit, siue nullum, restitui maior nunquam potest, caditque ea distinctio duntaxat in minorem qui dedit procuratorem quem dicimus posse restitui si rem à procuratore suo seruare non possit, at non posse restitui si seruare possit. *l. cum mandatu 23. vers. si autem ipse dominus* vbi dixi, §. *h. t.* Debuit igitur hęc Accur. glossa aptari ad vltimam huius legis sententiam, & quæstionẽ quæ est de minore defenso. An restitui possit contra sententiam tam aduersus defensorem.

a *Nec eius qui defendit ætatem.* Ratio dubitandi. Defendere est eandem quam reus vicem subire. *l. minor. 51. §. 1. sup. de procur.* Atqui si minor

qui defensus fuit, litem susceperit, ac condemnatus fuisset, restitui hodie in integrum posset *l. prox. sup. & tot. tit. C. si aduersus rem iud.* Ergo & ei qui minorem defendit, danda erit restitutio aduersus iudicatum quæ daretur minori. Ne alioqui deterioris conditionis sit defensor quàm defensus, quo admisso vtique non eandem vicem defensor subiret quam reus.

Ratio decidendi. Eandem vicem subire defensorem quam reus subiret, nihil aliud est quàm ad id ipsum condemnari defensorem, ad quod reus condemnaretur, & ad eundem modum, id est, non in plus nec in minus. *d. leg. minor.* §. 1. vbi dixi. At causa restitutionis in integrum quæ daretur minori, nihil commune habet cum causa iuris & condemnationis, quia non ex iure proficiscitur restitutio, sed ex æquitate. Non eadem porrò æquitas quæ suadet succurrendum esse minori, suadet succurrendum esse etiam defensori, quia non potest imputari minori cur minor sit, nec rursum cur se conuenirit & condemnari passus fuerit. *l. petenda. 6. C. de temporalibus in integrum restitutione. l. purè 5. §. vlt. de dolo exceptione.* At defensori minoris imputandum est cur eum sine mandato defendere voluerit, ac liti se vltro obtulerit. *d. l. 4. de re ind. l. sin autem 27. in prin. ff. de rei vind.* Hoc verò Accursius quoque non intellexit, qui distinguendum putat, An restitui possit minor defensus, an non, vt si possit restitui, defensor quoque restituatur ex *d. l. minor. §. 1.* Nam præter id quod nullo casu potest locus esse huic distinctioni, cum nullo casu possit lædi minor defensus per sententiam contra defensorem latam, vt sequitur in textu, cuius scilicet executio contra minorem ipsum fieri nunquam potest. Illud etiam constat si quo casu minor posset restitui, nihilo magis tamen restituendum esse defensorem ob eam diuersitatis rationem quam attulimus.

b *Nec eum cuius nomine condemnatus est.* R. dub. Interest minoris vt possit restitui aduersus sententiã contra defensorem latam, non quasi ex ea cõueniri quandoq. possit, sed quoniam à defensore condemnato postea cõueniri poterit actione non quidem mandati, cum mandãtum nullum interuenerit, sed negotiorũ gestorũ quę dari solet cessante mandato. Ergo etiã hoc casu danda est restitutio minori.

R. dec. Imò nihil interest minoris, quia nullomodo tenetur defensori si defensor malè negotia gesserit. Si verò defensor bene gesserit, tenetur ei minor, & quidem efficaciter ac sine spe restitutionis, quam nisi iniquè ipsi dare prætor non posset, vt optimè contra Martinum disputat Accursius ex *l. §. in hac stipulatione hoc tractatur. iudic. solut.*

47. Scaevola lib. I. Responsorum.

TVtor, vrgentibus creditoribus [a], rem pupillarem bona fide vendidit, denuntiante tamen matre & emptoribus. Quæro, cum vrgentibus creditoribus distracta sit, nec de sordibus tutoris [b] meritò quippiam dici possit, an pupillus in integrum restitui possit? Respondi, cognita causa æstimandum: nec idcirco, si iustum sit restitui, denegãdum id auxilium, quòd tutor delicto vacaret.

Ad l. Tutor. 48.

R. dub. Non male contrahitur cum tutore, dummodo tutor cõtrahat bona fide. *l. 4. in fin. ff. de euict.* Tutor enim domini loco est, nisi cum mala fide versatur in re pupillari, ac pupillum spoliat. *l. interdum. 56. §. qui tutelam. de furt.* iunct. *l. qui fundum. 7. §. si tutor pro emptor.* Ideoque rata habenda sunt omnia quæ per tutorem gesta sunt bona fide, tametsi tutor non sit soluendo ad indemnitatem pupillo præstandam. *l. cùm plures 12. §. 1. de admin. tut.* Vnde enim potest diuinare is qui contrahit cũ tutore? *l. 4. §. illa etiam quæstio. de doli except.* Ergo cum in hac specie tractaretur de venditione rei pupillaris bona fide facta per tutorem, adeoque vrgentibus creditoribus, quibus satisfieri omnimodo oportuit, siue interposito decreto si talis res erat quæ aliter vendi non posset, vtputà prædium rusticum vel suburbanum, siue etiam sine decreto si res mobilis erat aut prædium vrbanum, temporibus nimirum Scæuolæ, cuius hæc lex est [hodie námque aliud est post *l. lex quæ tutores. 22. C. de administ. tut.*] nulla videbatur subesse ratio aut æquitas dandæ pupillo restitutionis. Nec enim quod mater ex facto proponebatur emptoribus denunciasse ne emerent, ad rem faciebat, cum mater quæ tutrix non erat, denunciandi ius nullum haberet, non magis quàm prohibendæ venditionis, cum paterni & hereditarii creditores pupilli vrgerent: nec quicquam per sordes aut per gratiam tutoris factum allegaretur.

R. dec. Tenet quidem & valet ipso iure venditio quæcunque per tutorem facta est bona fide, nec aduersus iuris prohibitionem, ac si per dominum ipsum maiorem vigintiquinque annis facta esset. Sed ea res adfert pupillo restitutionis implorandæ necessitatem, potius quàm vt ei aufferat eius obtinendæ facultatem, si modò causa cognita probetur causa aliqua restitutionis, id est, quòd læsus fuerit pupillus. Hoc enim vnum sufficit vt iustum sit restitui pupillum, nec illud etiam requiritur vt tutoris dolus aliquis aut culpa interuenerit, quomodo requireretur si tractaremus de tutelæ actione ex eo nomine contra tutorem danda, vt diximus ad *l. imperatores. 46. sup. eod.*

a *Vrgentibus creditoribus.* Non tamen ipsis creditoribus distrahentibus iure creditorum fortè quòd essent creditores chirographarij tãtum. Nec enim ius distrahendi habet alius creditor, quàm qui pignoratitius est. *l. Aristot. 3. quæ res pign. oblig. poss. l. is conuenit 4. & seqq. de pignor. action.* Quid ergo si creditores ipsi rem hanc pupillarem distraxissent, tanquam pignoratitij? Solet quidem omnium validissima esse huiusmodi venditio quæ fit à creditore iure creditoris, ita vt dictum vulgare sit, Eum qui à creditore rem pignori obligatam iure emit, de proprietate vinci non posse. *l. qui à creditore. 18. C. de distr. pign. l. 2. C. si antiq. cred. pign. vend.* Sed tamen non eo minus, quanquam paullo difficilius, restituendus est minor, nimirum si magno ex ea venditione damno afficiatur, vt ait *l. 1. C. si aduersus vend. pign.* cum ad rescindendam venditionem quæ à tutore ipso facta esset læsio qualiscunque, dum

dum ne prorsus modica sufficeret. Facilius enim est vt restituatur minor contra factũ tutoris, quàm contra factum creditoris, siue quod factum tutoris propius quàm creditoris accedat ad factum pupilli cuius personam tutor non creditor repræsentat, siue quòd creditor ius distrahendi pignoris habeat non à pupillo tantum vel à tutore sed à lege, quamuis ob concurrentem tacitam debitoris voluntatẽ: vnde fit vt dominium quoque transferat quamuis non sit ipse dominus. §. 1. *Instit. quibus alienare licèt vel non.* Ideóque si poneres à patre pupilli & contractum debitum & constitutum pignus fuisse, dicerem non posse locum esse restitutioni si modò pignoris distractio ritè ac solenniter facta esset, vt dixi ad *l. Æmilius. 38. sup. h. t.* post Paulũ. *lib. 1. sent. tit. 9. §. vlt.* At cum pignus à pupillo ipso ex tutoris autoritate vel à tutore constitutũ est, distingui oportet an in ea re quæ post orationem Seueri sine decreto obligari non potuerit, an in ea quæ potuerit etiã sine decreto. Ac rursus an pro debito proprio an pro hereditario. Et omni casu facilius datur ei restitutio, quàm cum & debitum & pignus paternum fuit, difficilius tamen quàm si pupillus tutore autore vel tutor ipse vẽdidisset. Dicat aliquis, Cum pignus datum est à patre quod postea venditum fuit à creditore nihil esse quod de restitutione tractari possit quia vel ponimus ritè ac solenniter factam esse vẽditionem, & eo casu verum est quod diximus restitui minorem nullo modo posse, vel peccatum aliquid fuisse in solennitatibus, & eo casu non potest necessaria esse restitutio, aduersus venditionem quæ ipso iure non tenet. Sed respondendum est imò verò tenere venditionem pignoris à creditore factã etiam mala fide si modò creditor habuerit ius distrahendi. *l. 1. & 2. C. si vendit. pign. agat.* adeò vt nec emptor eo nomine conueniri possit iure ordinario & communi nisi fraudem cum creditore participasse probetur, nisi in subsidium, si creditor non sit soluendo quando emptor fraudem non participauit. *l. 3. 4. & vlt. eod. tit.* Non est igitur inutilis restitutio minori quæ facit vt rectè possit agere contra emptorem ad rem suam recuperandam, quæ pignoris quidem iure sed perperam minúsq. solenniter distracta fuit. Proinde quod scriptum est in *d. l. 1. C. si aduers. vend. pign.* de danda minori restitutione cõtra venditionem pignoris ob causam duntaxat erroris damni ex ea vendi tione contingentis, de pignore accipi debet quod non à patre minoris sed à minore ipso cõstitutum sit vt dixi ad *d. l. Æmilius.* Constitutum, inquam ritè ac rectè, itemque ritè ac solleniter distractum. Alioqui de damno quæri non oporteret, quippe quod nullum potuisset contingere ex ea venditione quæ ipso iure non teneret.

b *Nec de sordibus tutoris.* Rat. dubit. Alij plerique sunt casus in quibus non aliter minor restituitur, quàm si tutoris dolus aliquis interuenerit. vt in *l. 3. §. 1. vers. sed si ei probaretur. l. ait prætor. 7.* aliàs. *l. etsi fine. §. quæsitum. ff. h. t.* [quibus tamen malè Accursius addit tertium ex *d. l. 1. C. si aduers. vend. pign.* vbi de dolo & sordibus tutoris vel curatoris verbũ nullum est.] Ergo & in specie huius legis cum venditionem bona fide factam esse constaret, nec de sordibus tutoris quicquam dici posset, non erat restituendus pupillus.

R. decid. Casus quidam sunt in quibus denegatur restitutio minori, etiã qui se læsum probet, si maior alia ratio faciat ne subueniri ei oporteat, siue ob ipsorum quoque minorum vtilitatem vt in specie. *d. §. quæsitum.* siue ob quam aliam rationem. vt in *d. l. 3. §. 1.* Et tamen iis ipsis casibus semper restitui minorem oportet, si dolus tutoris vel curatoris interuenisse probetur. Nullus enim omnino casus excogitari potest quo deneganda sit restitutio minori, qui per se tutoris vel curatoris sui sordes & collusionem probare læsum possit. Extra eos casus speciales sufficit vt damnum pupilli vel minoris versetur, etiamsi tutoris vel curatoris collusio nulla interceserit, vt dixi ad *d. §. quæsitum. ex l. pen. ff. h. tit.* vbi etiam dicam. Nec simile est quod Accurs. obiicit ex *l. minor. 25. ann. s 32. §. eod.* non restitui minorem contra debitorem qui bona fide soluit minori quem maiorem esse putabat, nec proinde adhibito curatore qui tamen adhiberi debuerat cũ re vera minor esset is qui maior putabatur. Id enim fit tam propter autoritatem decreti præsidis quod in ea specie interuenerat quàm propter fauorem liberationis, vt dixi ad eam legem. Semper enim fauorabilior est qui æs alienum soluit quod soluere habet necesse, quàm qui vltro rem minoris emit quam non poterat cogi vt emeret. *l. quod si minor 24. §. restituitur. sup. eod.*

1 ¶ Curator adolescentium prædia communia sibi, & his quorum curam administrabat, vendidit. Quæro, si decreto prætoris adolescẽtes in integrum restituti fuerint, an eatenus venditio rescindenda sit, quatenus adolescentium pro parte fundus communis fuit? Respondi eatenus rescindi, nisi si emptor à toto contractu velit discedi, quòd partem empturus non esset.

¶ Item quæro, emptor vtrum à Seio & Sempronio pupillus [a], pretium cum vsuris recipere deberet, an verò ab herede curatoris [b]? Respondi, hæredes quidem curatoris teneri, verùm in Seium & Semptonium [c] pro parte, qua eorum fundus fuit; actiones dandas: vtique si ad eos accepta pecunia pro eadem parte peruenisset [d].

Ad §. 1. Curator.

Ratio dubitandi. Venditionis causa indiuidua est quia nec qui vendit totũ fundũ, partẽ fortasse venditurus fuit, nec qui totum emit partem fuerat empturus, vt de emptore scriptum est in hoc ipso *§.* & in *l. quod si vino. 13. de in diem addict. l. Iulianus. 13. §. idem Celsus 17. de act. empt. l. si quis aliam. 46. de solut.* Et ratio est quoniam alioqui feret vt inuitus emptor vel venditor incideret in communionem cum eo quem socium habere fortassis nollet: cùm tamen ad communionem nemo compellatur. *l. si non sortem. 26. §. si centum. de cond. indeb.* vt neque in communione remanere. *l. vlt. C. com. id uti.* propter discordias quas materia communioni

excitare solet. *l.cùm pater. 77.§.dulcissimis. de legat. 2.* Ergo in proposita specie necesse est venditionem in totum rescindi per restitutionem à minoribus impetratam, non autem eatenus duntaxat quatenus prædium adolescentium fuit.

Ratio decidendi. Ita est ex parte emptoris si velit ille à toto contractu recedi, quia partem emturus non fuit. Interest enim ipsius vt non incidat in communionem cum adolescentibus inuitus. Sed ex parte minorum non ita est, quia nihil eorum interesse potest, nisi quatenus ipsorum pro parte fundus communis fuit, cùm ante venditionem essent iam in communione cum curatore, nec potuerint vnquam impedire quominus curator partem suam cui vellet, venderet, & similiter nihil interest curatoris, qui omnimodo partem suã vendere & potuit & voluit, quique nullo colore possit dicere se partem suam venditurũ non fuisse, si non etiam adolescentium partem vendidisset. Cur non enim vendidisset, cùm neque totum fundum haberet, neque in communione manere vellet?

a *A Scio & Semp. pupillis.* Dictio hæc *pupillis* planè irreptitia est ex glossa interpretis alicuius parũ cauti, nec animaduertentis propositam fuisse speciem & quæstionem de adolescentibus curatorem habentibus, non de pupillis qui tutorem habere, non curatorem debuissent. Nam quod Accursius ait, & post eum Cuiacius *pupillos* dixisse Scæuolam pro adolescentibus, prorsus improbabile est. Sunt quidem pupilli omnes minores, iisque non minus quàm adolescentibus conuenit appellatio minorũ, sed non vicissim possis dicere adolescẽtes, aut minores omnes esse pupillos.

b *Heredem quidem curatoris teneri.* Intellige in solidum, non quidem quod ad causam euictionis, de qua hic tractari non potest cum prædium commune curatori & adolescentibus fuisse proponeretur, & ita dominij iure ad eos non ad alium pertinuisse: sed quantum attinet ad pretij restitutionem licèt aliter sentiat Accursius.

Ratio dubitandi. Fundus non fuit curatoris nisi pro parte, nec à curatore ex propria persona venditus nisi pro ea parte. Etsi enim totum fundum hic curator vẽdiderat, aliam tamen partem quæ ad adolescentes spectabat nonnisi curatoris iure vendiderat. Alioqui si fundum tanquam totum suum vendidisset, nulla minores egerent restitutione, sed partem suam iure cõmuni vindicare quandocunque possent, vt euenit quoties à non domino vendita fuit res aliena. *l.rem alienam. 28. de contrah. empt.* Sed & ponendum necessariò est quod Accursius ponit factam fuisse venditionem interposito decreto, vel prædium quod fuit venditum vrbanum fuisse non rusticum aut suburbanum, quoniã alioqui non magis egerent adolescentes restitutione in integrum, quàm si alius quilibet extraneus rem ad eos pertinentem sine mandato distraxisset. *2. Cod. de præd. minor.* Ergo non potest heres curatoris teneri ad restitutionem precij, nisi pro sua parte fundus curatoris fuit.

Ratio decidendi. Curator licet partim proprio, partim curatorio nomine vendiderit, precium tamen totum accepit, nec debuit emptor inquirere an precium curator acciperet tãquam totum id in vsus suos impensurus, an verò tanquam pretij partem in adolescentium vtilitatem cõuersurus. Pertinebat enim hoc ad causam curationis, & ad fidẽ curatoris, non ad dil igentiam nimisque curiosam sollicitudinem emptoris, qui non poterat dubitare quin totum precium bene solueret si totum solueret curatori, siue proprio nomine totum accipere vellet, siue partem proprio, partem curatorio. Totum igitur precium emptori reddere curatoris heres debet, salua ei reputatione in iudicio curationis aduersus adolescentes si precium illud siue in totum siue pro parte ad eos, id est, ad eorum non tam manus quàm vtilitatem peruenisse probetur.

c *Verùm & in Seium & Sempronium.* Ratio dubitandi. Habet emptor actionem aduersus heredem curatoris ad precium cum vsuris recipiendum, & quidem in solidum, vt proximè diximus. Ergo nullam aduersus adolescentes actionem habere debet, siue quòd nihil eius interesse videatur, siue quòd nihil adolescentibus fuerit solutum.

Ratio decidendi. Qui cum curatore contrahit, eique precium aut alia ex causa debitam pecuniam soluit, ficuti cum ipso adolescente contrahere intelligitur, ita duos habet eius pecuniæ debitores, curatorem & adolescentem, sed alio atque alio modo. Curatorem enim qui ipse naturaliter & re vera totam pecuniam sibi numeratam accepit, obligatum habet in solidum. Adolescentem verò non nisi de eo quod ad ipsum peruenit, & quidem pro qua tantum parte fundus adolescentis fuit. Nam & si poneres totum precium in rem adolescentis versum fuisse, non eo magis tamen actio contra adolescentem danda esset in solidum emptori, sed curatori. Idque est quod hîc Scæuola significat iis verbis, *vtique si ad eos accepta pecunia pro eadem parte peruenisset.* Ergo in proposita specie adolescentes ad precij restitutionem teneri æquum est pro qua parte fundus eorum fuit, si modò ad eos accepta pecunia pro eadem parte peruenerit. Neque nouum est vt qui cum vno tantùm contrahit, duos tamen sibi hoc ipso acquirat debitores. Nam & idem euenit si quando filiusfamilias contrahat ex causa peculiari. Seipsum enim obligat in solidum, patrem verò non nisi de peculio aut de in rem verso. *l. si quis cum filiofamilias. 44. §. de peculio.* An verò adolescenti isti simul cum parte precij etiam vsuras pro eadem parte præstare cogentur, quomodo heres curatoris si conueniatur in solidum, præstare cogitur totum precium cum vsuris? Et non puto, quia eatenus duntaxat teneri illos æquum est, quatenus pecunia ad eos peruenit, vt lex ait. Pecunia autem non peruenit cum vsuris, nec si postea vsuras aliquas ex ea pecunia, aut vt melius dicam, per eius pecuniæ occasionem siue ex sua siue ex curatoris industria perceperint, quamuis per restitutionem in integrum non tantùm partem suam prædij recuperent, sed etiam fructus qui ex ea parte vel percepti sunt, vel percipi potuerunt. *l.patri 27. §.si pecuniam. vers.ex diuerso. l. minor. 40. §.1.* vbi dixi. *sup. hoc tit.* Ergo nec vsuras reddere adolescentes debent, nisi vno illoc asu quo ex ea pecunia dimissi essent creditores quibus hodie si dimissi non essent vsuræ deberentur vt in *l.si fundus 13.§.1. de reb. eorum. qui sub tut.* Planè si curatoris heres totius precij vsuras præstiterit, & partem pecuniæ in rem adolescentium versam esse probauerit, æquum erit in eo iudicio quod ex causa curationis postea redditur reputationem fieri vsurarum, etiam quas adolescentes emptori præstare non debuissent. Neque sunt ista contraria. Deterior enim debet esse condicio adolescentium si res iis sit cum curatore quàm si cum emptore. Nam cum curatore quasi contraxisse intelliguntur. *l.5.§. tutelæ. de oblig. & action.* Cum emptore autem nullo modo: Proinde non aliam ob causam tenentur emptori, quàm quia locupletarentur alioquin ex ipsius damno. *d.§.1. in fin.* vbi datur idcirco exceptio doli emptori si adolescentes fundum vindicare velint cum fructibus nec reddere velint precium cũ vsuris quæ creditoribus dimissis deberentur, vt & in *l.vtere 14. & l.si prædium. 16. C. de præd. minor.* Eatenus ergo duntaxat tenentur emptori ne locupletiores fiant ex ipsius damno, *l.vnic. C. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. restit.* Non fiunt autem locupletiores ex dãno ipsius, cùm nullas ei vsuras reddunt, quas nec ab alio fortasse vllas certè ab ipso nullas acceperunt: At suo curatori tenentur, non ne locupletiores fiant ex eius iactura, sed ob id solùm ne in damno & iactura curator moretur, qui moraretur vtique si adolescentes non redderent ei vsuras quas ipse de suo præstitisset pro pecunia in rem minorum conuersa, tametsi ex iis vsuris minores non essent facti locupletiores.

48. PAVLVS lib. 1. Sententiarum.

MInor, se in id, quod fideiussit, vel mandauit in integrum restituendo, reum principalem non liberat [a].

Ad l. Minor se in id. 49.

Ratio dubitandi. Nihil refert quid ex æquipollentibus fiat *l.mulier 22. vers. Brasidas ad S C. Trebell. & vulgarib.* Atqui si liberatus esset fideiussor per solutionem aut acceptilationem quæ imaginaria tantùm & ciuilis solutio est. *§.1. Instit. quib. mod. tollit. oblig. l. vlt. de solut.* non tantùm fideiussor ipse, sed etiam reus principalis liberatus intelligeretur. *l.5. de liber. legat.* Idem ergo esse debet si liberatus sit per in integrum restitutionem, quasi hæc quoque solutionis species quædam sit, si non vera, saltem imaginaria, si non ciuilis, saltem prætoria.

Ratio decidendi. Per restitutionem in integrum concessam minori qui pro alio fideiusserat, vel mãdauerat non id assequitur minor vt liberetur ipso iure, quomodo liberaretur per solutionem, aut acceptilationem, sed tantùm vt contra eum denegare debeat prætor actionem sicut & in *l.patri. 27. §. si pecuniam. sup. h.t.* Remanet igitur obligatus ipso iure, in eoque minus iuris nancisci tur per restitutionem in integrum quàm per solutionem aut acceptilationem: quia obligationis vinculum iure legitimo contractum nonnisi certis & legitimis modis dissolui potest. *l. obligationum ferè. 44. §. placet. de oblig. & act. l. nihil tam naturale. 35. l. omnia quæ iure. 100. de reg. iur.* inter quos modos non est restitutio in integrum, quippe quę iuris est prætorii nõ ciuilis. Plenior tamen est liberatio hæc quæ contingit iure prætorio per in integrum restitutionẽ quàm si contingeret per pactum, quia pactum facere duntaxat posset, vt danda esset minori exceptio, non etiam vt deneganda esset contrà eum actio: Tutius autem & vtilius est non posse quẽ cõueniri, quam conuentum adiuuari per exceptionẽ: quia nec vlla indiget exceptione is qui nõ cõuenitur. *l.5.§. vlt. de doli excep.* Mirum ergo non est liberationem istam prætoriam quæ minori acquiritur per restitutionem non prodesse reo principali, quominus in obligatione remaneat in qua & minor ipse remanet ipso iure. Quãquam nec nouum est consistere principalem obligationem sine accessoria, licèt è conuerso sine principali consistere accessoria non possit. *l. cùm principalis. 178. de reg. iur. l. si fideiussor. 19.* vbi dixi *sup. tit. prox.*

a *Reum principalem non liberat.* Quid ergo si minor ipse qui fideiussit vel mandauit, rei principalis locum effectu ipso teneat, putà si fideiusserit aut mandauerit in rem suam: Hoc enim casu fideiussor mandatorve pro reo habetur, reus autem pro intercessore. *l. de die 8.§.1. qui satisd. cogant. l. sed si fideiussor. 24. sup. de pact.* Quæstio hæc in illam recidet de qua diximus ad *l. 3. §. sed virum. & ad l. in causa 13.§. hoc tit.* An restitutio minoris prosit eius fideiussori: & adhibendæ erunt distinctiones quas ibi attulimus. At cùm quæritur an restitutio fideiussoris prosit reo, de quo hic tractat Paulus, indistinctè dicendum est non prodesse. Adeò vt si nouandi causa minor pro alio intercesserat, posteáq; restituatur, restituenda sit actio in reum principalem qui per nouationem fuerat ipso iure liberatus. *l. vlt. inf. hoc. tit.*

1 ¶ **Minor ancillam vendidit: si eam emptor manumiserit, ob hoc in integrum restitui non poterit [a]: sed aduersus emptorem [b], quanti sua interest, actionem habebit.**

Ad §.1. Minor.

R. dubitandi. Restitutionis in integrũ natura illa est, vt omnia in pristinum statum reponat. *l. quòd si minor. 24. §. restituto. 3. h.t.* Atqui si minor ancillam suam non vendidisset, is qui ipsam emit, manumittere non potuisset, aut saltem nullius momenti fuisset manumissio, quam non dominus fecisset, Ergo & cùm minor ancillam vendidit quam emptor postea manumisit danda minori restitutio est non tantum aduersus emptorem vt ab eo quanti sua interest consequatur, sed etiam aduersus ancillam vt in seruitutem reuocetur. Alioqui in dãno minor morabitur, cuius haud dubiè interest ancillam habere potius quam pecuniam. *l. si ex causa. 9. in pr. diss. in emptionem. 35. §. eod.* quia per ancillam etiam ignorans locupletior fieri potest. *l. de hereditate. 19. de castr. pecun.* per pecuniam non item, quia

sterilis res est pecunia nisi negotiatio accedat. *l. si nauis. 62. de rei vindic.* Sed & resoluto iure datoris, necesse est resolui quoque ius acceptoris. vulg. *l. lex vectigali. 31. §. de pignor.* Ergo resoluto iure emptoris per restitutionem in integrum à minore aduersus eum impetratam, necesse est resolui quoque libertatem ancillæ datam ab emptore: quemadmodum dici solet, cùm res à minore vendita, rursus ab emptore alij vendita est. *leg. in causæ. 13. §. interdum. & l. seq. sup. eodem.* Ratio decidendi. Nullus hoc casu locus est restitutioni in integrum, ne quidem contra emptorem, quantum ad hoc vt venditio rescindatur, non magis quàm contra ancillam ipsam manumissam, quia res non capit restitutionem cùm statum mutat, nec fieri potest vt libertas, quæ semel competiit, reuocetur. *dict. l. si ex causa. 9. §. penult. & vlt.* Datur tamen actio minori contra emptorem in id quod sua interest, & quidem vel de dolo, vèl ex hoc edicto si dolus nullus interceserit, hactenus scilicet vt minor in damno non moretur. *l. verum. 11.* vbi dixi ſ. *eod.* Petita scilicet restitutione, vt vult Accursius, sed non tam contra venditionem ipsam quàm contra emptorem ad indemnitatem consequendam.

a *Ob hoc integrum restitui non poterit.* Noli sic intelligere ac si scriptum esset, *non ob hoc restitui poterit*, sed vt verba sonant, ita vt minori in hac specie restitutio denegetur, idque non quod ancillam vendiderit, sed quia venditam ancillã emptor manumiserit. Si enim venditio sola interuenisset, vtique restitui minor posset non minùs quàm aduersus rei alterius cuiuslibet venditionem. Sed subsecuta manumissio impedit ne restitutio in integrum dari possit etiam contra venditionem, quia fecit nõ solùm vt desierit res esse integra, quæ ratio induceret potiùs quàm impediret in integrum restitutionem, sed vt in integrum & pristinum statum redigi nunquam possit, quandoquidem semel datam libertatem reuocare impossibile est. *d. leg. 9. §. vlt. sup.*

b *Sed aduersus emptorem.* Ratio dubitandi. Manumissio morti similis est, quod ad subtrahendum domino seruum. *l. inter omnes. 46. in princip. de furt.* Atqui si post venditionem à minore factam ancilla decessisset, emptor nullomodo teneretur, tanquam interitu speciei citra moram contingente liberatus, *l. si ex legati. 25. de verb. obl.* Ergo nec post manumissionẽ à se bona fide facta teneri potest, *l. si nihil alienum 92. de solut.* R. decid. Qui sic contrahit cum minore vt eum lædat, hoc ipso subiicit se & obligat periculo restitutionis in integrum quandocunque per minorem impetrandæ, nec facto suo vllo potest periculũ hoc effugere, nisi præstita minori indemnitate, etiamsi careat dolo. Nemo enim proprio facto exuere se obligatione potest. *l. si seruum. 91. §. nunc videamus. de verb. oblig.* nec alterius ignorantis aut inuiti conditionem deteriorẽm facere. *l. soluendo. 39. sup. de negg. gest. lib. 2. quod vi aut clàm:* præsertim vt partam ei actionem vel exceptionem tollat. *l. vlt. sup. de pact. l. Granius. 71. §. pen. de fideiussor.* Ergo emptor qui ancillam à minore sic comparauit, vt tamen ex eo die potuerit minor restitui aduersus venditionem; siue dolum aliquem siue nullum admiserit, effugere non potest manumittendo ancillam quominus teneatur præstare minori quanti interest minoris quòd ancillam habere amplius non possit. Ergo non liberatur per manumissionem sine dolo malo factam quasi per interitum speciei, vt malè putat Accursius, quia nec manumissio morti comparatur quantum ad eum qui manumisit, nisi hactenus vt ipse occidisse videatur: quod si euenisset, nemo diceret absoluendum occisorem, quia scilicet factum suum præstare omnimodo debet etiam is, qui facti non præstaret. *d. §. nunc videamus.* Tunc itaque ma numissio morti æquiparanda est ad liberandum debitorem, cùm alius debitor est, alius manumissor, vt in specie *dicta leg. si mihi alienum.* In hoc autem §. idẽ fuit manumissor, & indemnitatis minori præstandæ debitor. Ideó que tenetur, non tam quasi emptor, quàm quasi manumissor, quòd manumittendo ancillam effecerit ne restitui aduersus venditionem amplius minor posset.

2 ¶ Mulier minor vigintiquinque annis, si pactione dotis deterior conditio eius fiat & tale pactum inierit, quod nunquam maioris ætatis constitutæ paciscerentur, atque ideo renocare velit, audienda est.

Ad §. 2. Mulier.

R. dub. Vel ponimus mulierem minorem 25. annis feciſſe conditionem dotis suæ deteriorem per pactum appositum in ipsa dotis datione, aut, quod effectu idem est, incontinenti post ipsam dationẽ, aut ex interuallo pactum hoc adhibuisse. Priore casu non potest in integrum restitui mulier quin fiat iniuria marito, qui non aliter nec alia condicione vxorem ducturus fuit. *l. si donaturus. 9. §. 1. de condict. caus. dat. l. purè. 5. §. penult. de dol. excep. l. Titia. 62. de iur. dot. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vend.* Posteriore autem casu ipso iure non valet pactio per quam deterior dotis conditio efficitur. *l. Attilicinus. 17. de pact. dotal.* Ergo nullo casu in specie proposita de restitutione tractari potest. R. decid. Tractat hoc loco Paulus eũ casum quo mulier minor læsa sit per pactionem appositam siue in ipsa dotis datione, siue incontinenti post dationem: & nihilominùs dat mulieri restitutionem, quia ponit talem fuisse pactionem quam mulier in maiori ætate constituta nunquam pacta fuisset, vt proinde per huiusmodi in integrum restitutionem non tam decipiatur maritus, quàm subueniatur mulieri deceptæ à marito, qui in dote accipienda non debuerat vsque adeo abuti facilitate mulierculæ, vt ab ea extorquere pactionem, quam à maiore muliere, licèt eandem sexus fragilitatem patiente nunquam extorquere potuisset. Nam & idem euenit cùm circumscripta est minor mulier in modo dotis. *l. si ex causa. 9. §. in dotis.* vbi dixi *sup. hoc titul.* Ergo non sufficiat mulieri minori ad petendam restitutionem in integrum aduersus pactionem aliquam dotalem, vt probet se læsam ex eo solo, quòd potuerit melioribus condicionibus aut hunc ipsum maritum aut maritum quærere, nisi etiam probet tale pactum esse cui maior & prudentior fœmina consentire

sentire nunquam voluisset. Non enim decipitur minor siue masculus sit siue fœmina, quoties id facit quod etiam maiores & prudentiores facer solent.

49. VLPIANVS lib. 35. ad Edictum.

SI res pupillaris, vel adolescentis distracta fuerit, quam lex distrahi nõ prohibet:[a] venditio quidem valet: veruntamen, si grande damnum[b] pupilli, vel adolescentis versatur, etiam si collusio non intercessit, distractio per in integrũ restitutionem reuocatur.

Ad l. Si res pupillaris. 50.

a *Quam lex distrahi non prohibet.*] Rectè. Nam cùm lex venditioni occurrit, venditio valere non potest, cùm ideo occurrat ne venditio fiat. *l. cùm lex. 46. de fideiussor.* Subsequeretur autem, non occurreret si factam venditionem irritam faceret ac rescinderet. Porrò cùm venditio ipso iure non valet, nulla minor indiget restitutione. *l. 2. C. de præd. minor.* Quarum verò rerum distractio & iam olim permissa esset, & hodie permissa sit, dictum iam est sæpius, & constat satis ex *l. lex quæ tutores. 22. C. de admin. tutor.*

b *Veruntamen si grande damnum.*] R. dub. Vt minor in integrum restituatur, sufficit quod probet se minorẽ & læsum, nec illud etiam requiritur vt probet grande suum damnum versari, nisi in quibusdam casibus, putà si minor velit restitui aduersus distractionem pignorum siue in iudicati causa captorum, siue à minore ipso constitutorum. *l. 1. C. si aduers. vend. pign. l. si ex causa. 9. in prin. ſ. b. tit.* aut si virgentibus creditoribus ea distractio facta sit ad æris alieni exsolutionem, vt in *l. tutor. virgentibus 48. sup.* aut denique si vltro minor ipse aut curator minoris distraxerit eas res quæ seruando seruari nõ possunt, vt in *l. ait prætor. 7.* aliàs *l. & si sine. §. quæsitum. supr. eod.* Extra hos casus sufficit qualiscunque læsio, dum ne prorsus modica & contemnenda. *arg. l. scio 4. §. de in int. rest.* Est. n. speciale in maioribus vt cogantur probare immodicã & enormẽ læsionem, id est, vltra dimidiam iusti precij. *l. 2. l. si voluntate. 8. C. de rescind. vendit.* quanquam & in maioribus minor læsio sufficere interdum potest, vt in *l. maioribus. 3. Cod. comm. vtriusque iudic. l. iure succursum. 6. §. vl. de iur. dot.* Ergo non debuit Vlpianus in hac lege damni enormis probationem à minore exigere. Quasi verò non aliter possit restitui minor aduersus distractionem rei suæ factam licitè ac lege non prohibente, quàm si alterutrum probet aut enorme grãdéque damnum versari, aut collusionem tutoris vel curatoris intercessisse, quod sane falsum est. R. dec. Potest quidem aliquãdo minor restitui, quamuis neque damnum enorme neque collusionem probet, sed non semper. Aliqui enim casus sunt in quibus alterutrum necessariò probãdum est, illi scilicet quos proximè retulimus. Ergo Vlpianus vt generalem faceret propositionem quæ nullas exceptiones pateretur, necesse habuit ita loqui. Non enim dari potest casus in quo non sit restituendus minor probata collusione tutoris aut curatoris, vel enormi & immodica læsione. Neque tamen hujc consequens est vt alterutrum necessariò interueniisse oporteat. Sufficit enim regulariter, vt dixi, læsio qualisqualis. Itaque propositio hæc generalis & vera si accipiatur affirmatiuè, non etiam si negatiuè. id est, Bona erit collectio si quis ita ratiocinetur, Collusio tutoris vel curatoris interceſsit, aut grande damnum pupilli vel adolescentis in hoc versatur: Ergò danda minori restitutio est: at non illa æquè bona si quis dicat, Neque collusio tutoris aut curatoris, neq; grãde damnum minoris interceſsit, Ergo restituendus minor non est. Nec sanè Vlpianus propositionem hanc negatiuè concepit, sed affirmatiuè. Ex qua si voles argumentari à contrario sensu, quod faciunt qui hanc legem aliis opponunt, in quibus non tam grande, damnum requiritur, nihil aliud assequêris, nisi quod nos libenter concedimus, non semper dandam esse restitutionem minori, qui neque grande damnum sibi illatum, neque sui administratoris collusionem probat. Affirmatiuè enim propositio illa est, Semper dandam esse restitutionem minori qui alterutrum probare potest. Illatio ergo quæ fit in contrarium casum, vt sit concludẽs, concipi debet per verba non tam contraria quàm contradictoria, inter quæ nullum sit medium. Contradictoria verò sunt ista *semper* & *non semper*, non autem illa *semper* & *nunquam*, inter quæ scilicet medium illud est *non semper*. Quod summè notandum est. Nam in hoc paſsim errant & interpretes & pragmatici nostri quoties à contrario sensu argumentantur.

50. POMPONIVS lib. 6. Epistolarum & variarum lectionum.

IVnius Diophantus Pomponio suo salutem. Minor vigintiquinque annis nouandi animo interceſsit pro eo, qui temporali actione tenebatur, tunc, cùm adhuc supererant decem dies: & postea in integrum restitutus est, vtrum restitutio, quæ creditori aduersus priorem debitorem datur[a], decem dierum sit, an plenior? ego didici, ex tempore in integrum restitutionis tantundem temporis præstandum, quantum supererat. tu quid de eo putas, velim rescribas. Respondit: Sine dubio, quod de temporali actione, in qua interceſsit minor, sensisti, puto verius esse, [b]ideóque & pignus, quod dederat prior debitor, manet obligatum [c].

Ad l. vlt. Iunius Diophantus.

a *Quæ creditori aduersus priorem debitorem dantur.* Rat. dub. Semel extincta obligatio resuscitari postea & reuiuiscere nunquam potest. *l. qui res 98.*

§.aream.de solutio. Atqui per nouationem tollitur prior obligatio, tum quoque cùm posterior non valet ac sine effectu est. *leg. 1. de nouat. §. præterea. Instit. quib. mod. toll. oblig.* Ergo quamuis minor annis in integrum restituatur aduersus intercessionem à se factam nouandi animo pro eo qui aliqua actione siue temporali siue perpetua tenebatur, nõ eò magis restitui potest aut debet actio pristina aduersus veterem debitorem. Ratio dec. Non potest quidem resuscitari & reuiuiscere actio illa directa quæ per nouationem extincta fuit. Sed restituitur vtilis per prætorem ex æquitate, vt omnia in pristinum statum, quoad fieri potest, reponantur. *leg. patri. 27. §. penul.* vbi dixi. *sup. hoc tit.* Iunge. *l. vnic. in fin. C. de reput.* quæ fiũt in iudic. in integr. rest. Cùm verò fiat hæc actionis restitutio ex mera æquitate, apparet non alij posse actionem restitui quàm ei qui nouationem fecit bona fide, non etiã ei qui dolosè versatus est. *l. si Titius. 48. in fi. de fideiuss.* Nunquam. n. fauet æquitas ei qui est in dolo. *l. pen. in fi. infr. ad SC. Treb.* Ex eo autem quod hæc lex ponit restitutum fuisse minorem qui nouandi animo incesserat, intelligimus nouationem tenuisse ipso iure. Alioqui de restitutione tractandũ non esset. Hoc amplius intelligimus minorem qui nouãdi animo fideiussit, fuisse ciuiliter obligatum. Nam qui naturaliter tantùm obligatus est, non indiget restitutione cùm conueniri non possit, quãuis non eo minùs fiat nouatio si posterior obligatio saltem naturaliter teneat. d. l. 1. de nouat. Proinde rectè Accursius hanc legem accipit de minore adulto, non de pupillo, nisi poneres tutoris autoritatem accessisse, sine qua promittens pupillus naturaliter quidem obligatur. *dict. l. 1. in fin.* sed ciuiliter & efficaciter non obligatur. *d. §. præterea. Instit. quib. mod. tollit. oblig.* ideóque nec restitutione indiget, quæ res facit per consequentias vt neq; restituenda sit actio creditori contra veterem debitorem, quoniam ea restitutio non fit nisi in consequentiam restitutionis in integrum, ne alioqui beneficium restitutionis quod minori conceditur, captiosum sit creditori. *l. Paulus notat. 8. de præt. stipulat.* Sed malè idem Accursius quod diximus de pupillo promittente sine tutoris autoritate protrahit ad adultum qui habeat curatorem, si promittat sine curatore, quasi nec hic efficaciter obligetur. Perpetuus enim error ille est & Accursij & interpretum omnium veterum quod putãt puberes sine curatoribus suis non magis quàm pupillos sine tutoribus obligari posse, contra *l. puberes. 101. de verbor. oblig.* Nihil quidem sine curatore administrare potest minor curatorem habens. *l. 3. C. hoc tit.* sed personam suam obligare potest. *dict. l. puberes*, quia nimirum curator non personæ, vt tutor, sed rebus datur. *leg. cum in vnã. 17. §. primo. de appellation.*

b *Puto verius esse.* Scilicet vt ex tempore in integrum restitutionis concessæ tantundem temporis præstandum sit, quãtum supererat tempore nouationis factæ. Non igitur amplius tempus in proposita specie quàm decem dierum. Proponebatur enim facta nouatio pro eo qui temporali actione tenebatur, cùm adhuc decem dies superessent. Rat. dub. Cùm mulier aduersus senatusconsultum Velleianum intercedit pro eo qui temporali actione tenebatur, similiter actio illa temporalis, quæ per intercessionem nouandi animo factam extincta fuerat, restituitur, sic tamen vt restitutæ actionis tempora currere incipiant statim & ex die intercessionis. Sic enim vulgo nostri credunt post Accursium quasi ea sit sententia Pauli in *l. debitrix. 24. §. vlt. infr. ad SC. Vellei.* vbi hanc ob causam Cuiacius Accursij opinionem secutus putat erratum esse legendúmque *quoniam* pro *quamuis* in illis postremis verbis, *quamuis statim atque intercessit mulier, competierat.* Ergo & in proposita specie debuit Pomponius respondere computanda esse tempora restitutoriæ actionis ex die non restitutionis obtentæ, sed intercessionis factæ. R. decid. Falsum est quod ratio dubitandi ex traditione interpretum supponit pro vero, Restitutoriæ actionis tempora computari ex die intercessionis, cùm mulier contra senatusconsultum intercessit: pugnátque ex diametro, cum eo quod Paulus scribit in *d. §. vlt. l. debitrix.* vbi quod dicitur *ex præcedenti causa continua tempora numerari post restitutionem*, nihil aliud est quàm illud ipsum quod Pomponius hoc loco scribit numerari tempora ex die restitutæ actionis. Nõ igitur ex die intercessionis. Et diuersitatis causa quã interpretes pro decidendi ratione adferũt, quòd intercessio mulieris statim inefficax sit, idcóque statim possit agi cõtra priorem debitorem, In hac aũt specie nõ fit inefficax intercessio minoris, nisi petita demũ restitutione, dubitandi rationem potiùs præbere potuit: quam Paulus apertè expressit in *d. §. vlt.* si vulgatam & Florentinam lectionem sequamur potius quàm Cuiacij emendationẽ, quæ vel hoc ipso prorsus improbabilis est. Videbatur enim hæc quidem ratio facere vt tempora restitutoriæ actionis currere deberent ex die intercessionis nõ restitutionis, quia cœperat competere actio illa restitutoria ex die intercessionis quæ ab initio & statim fuerat inefficax propter autoritatem senatusconsulti, vt interpretes ratiocinantur. Sed tamen contrà Paulus sentit, illa, vt puto, decidendi ratione quod quamuis statim competat hæc actio restitutoria, nõ ideo tamen statim restitutio fit, sed tum demum cùm incipit mulier vti beneficio senatusconsulti. Quid enim si parata esset cauere ex postfacto se beneficio senatusconsulti non vsuram? vt in *l. vlt. §. pen. eod. tit.* Quid si conuenta mallet soluere quàm exceptionem obiicere? His casibus nulla certè subesset ratio aut æquitas restituendæ contra veterem debitorem actionis. Expectandum igitur est quid mulier factura sit, ideóque non potest interim currere tempus restituendæ actionis antequàm restituatur. Sicut & in specie huius legis expectamus quid minor facturus sit qui nouandi animo intercessit, id est, an petiturus sit restitutionem in integrum, necne. Quod enim facit in hac specie petitio restitutionis in integrum, id facit apud Paulum implorata potestas senatusconsulti, ex quo demum tempore restitutio fit, non ante, licet ante fieri potuerit, & ex ipso die intercessionis. Denique aliud est restitutoriam actionem competere, aliud verò restitutionem fieri actionis. Illud iuris, hoc verò facti est. Iuris autem potestas sola nũquam sufficit vbi facto aliquo opus est.

c *Manet obligatum.* R. dub. Nouatione legitime facta liberantur pignora & hypothecæ. *l. nouatione. 18. §. de nouat. l. vnic. C. etiam ob chirogr. pecun. pignor. retin. poss.* Atqui in hac specie facta fuerat nouatio & quidem legitimè, & ob eam nimirum causam necessaria est minori restitutio quæ alioqui necessaria non esset. Ergo non potest verum esse quod Pomponius ait, pignus, quod prior debitor dederat, manere obligatum. Nisi suppleas cum Accursio fuisse actum vt pignus esset repetitum, quod tamẽ planè commentitium fuerit: aut quod Pomponius ait *pignus manere obligatum*, sic intelligas cũ eodem Accursio vt recidat in priorem obligationem. Æquè ineptè. Non enim manet obligatum quod recidit in obligationem. Ratio decidendi. De pignoribus prioris debitoris non est creditori noua actione opus, cùm quasi Seruiana, quæ hypothecaria vocatur, in his vtilis sit, quia scilicet verum est de pignoribus conueniisse, nec solutam esse pecuniam. *leg. aliquando. 13. §. penultim. ad Velleianum.* iunct. *leg. grege. 13. §. etiam. de pignoribus. leg. penult. §. 1. de exceptione rei iudicatæ. leg. debitor. 59. ad Trebell.* Et ita intelligi debet quantum ad pignora, quod scriptum est in *l. patri. 27. §. pen. supr.* vt mirer Accursium contrà putare nulla sententiæ suæ allata ratione.

DE CAPITE MINVTIS.

TITVLVS V.

GAIVS lib. 4. ad Edictum prouinciale.

CAPITIS minutio est status permutatio

Ad Tit. 5. De capit. diminut.

Ad l. 1. Capitis.

R. dub. Hæc definitio non conuertitur cum suo definito, quia patre mortuo filius statum mutat, cũ fiat sui iuris. *tit. quib. mod. ius patriæ potest. soluit. in pr. apud Iustin.* Neque tamen dicitur minui capite. *l. 3.* aliàs *l. si filiusfamilias. §. vlt. de Senat. Macedon.* Sic vt nec is qui amittit dignitatem, putà qui senatu mouetur. *§. quibus autem. Inst. h. tit. l. 3. sup. de Senat.* Ergo non est bona definitio. *l. 1. §. solum. ff. de dolo.* R. dec. Nomen ipsum capitis diminutionis præ se fert factũ aliquod hominis per quod ea status mutatio contingat, quomodo contingit in emancipatione, rogatione & condemnatione quæ aut libertatem adimat aut ciuitatem. Nullum autẽ hominis factum intercedit, sed factum duntaxat cũ filiusfamilias per mortem patris fit sui iuris. Nulla igitur in eo capitis diminutio est. Cùm autem quis dignitatem amittit, putà motus à senatu, non tam statum quàm dignitatem mutat. *d. §. quibus.* Statum enim sic intelligimus non quamlibet conditionem personæ, sed eam demum quæ constituat specie certam ex iis in quas diuidi solet generalis status personarum. Non enim cum de statu hominum tractamus alios dicimus esse senatores, alios non senatores, sed alios liberos, alios seruos: & rursus alios sui iuris esse, alios alieni. *tit. de iur. perso. & tit. de iis qui sui vel alie. iur. sunt apud Iust.* Denique ex liberis alios esse seruos, alios peregrinos: Tria enim sunt quæ habemus, libertatem, ciuitatem & familiam. *l. vlt. ff. h. tit. vbi* dicemus.

2. VLPIANVS lib. 11. ad Edictum.

PErtinet hoc edictum ad eas capitis deminutiones, quæ salua ciuitate contingũt. cæterùm siue amissione ciuitatis, siue libertatis amissione contingat capitis deminutio, cessabit edictum: neque possunt hi penitus conueniri. dabitur planè actio in eos ad quos bona peruenerunt eorum.

Ad l. 2. Pertinet.

R. dub. Edictum prætoris, de quo in hoc tit. agitur, & cuius verba in §. proximo referuntur de dãda actione in eum qui capite minutus fuit ac si minutus non esset, non aliam rationem habet quàm quia per capitis diminutionem pristina obligatio & actio intercidit, quasi capitis minutio alium faciat hominem quàm qui antè fuerat tempore contractæ obligationis. Status enim mutatio inducit mutationẽ personæ, quæ scilicet sine statu suo stare & subsistere nõ potest. Atqui ea ratio ad illam maximè capitis diminutionem pertinet, quæ contingit amissione ciuitatis aut libertatis: quia is maximè alius homo esse videtur, qui ex libero factus est seruus, & ex ciue peregrinus. Cùm è contrario is quoque qui ex seruo reuocatur in libertatem, hoc ipso alius & nouus homo esse videatur. *l. seruus legatus. 27. in fin. infr. de adim. leg. l. qui res. 98. §. aream. de solut.* Ergo hoc edictum non est restringendum ad eas capitis diminutiones, quæ salua ciuitate contingunt, sed protrahẽdum ad illas etiam quæ per amissionem ciuitatis aut libertatis. Ratio decid. Intercidit quidem obligatio & actio per magnam & mediam non minus, imò multò magis, quàm per minimam capitis diminutionem. Sed nõ ideo restituitur ex hoc edicto, in quo id agit prætor, vt qui per capitis diminutionem desiit obligatus esse, perinde adhuc possit conueniri ac si nunquam desiisset, cùm in eos prætor se iudicium daturum polliceatur. *§.* prox. infr. Et quidem ex summa æquitate, ne alioqui factum eius qui capitis diminutionem attulit, noceat creditori, cui nihil potest imputari. *l. Granius. 71. §. penul. infr. de fideiuss.* Atqui non possunt cõueniri illi, qui aut libertatem

aut etiam ſolam ciuitatem amiſerunt, quia cũ ſeruo nulla actio eſſe poteſt. *l. cum ſeruo. 107. de reg. iur. l. quoties. 13. ſupr. ſi quis cautionib.* Neque rurſus cum peregrino, qui nullam iuris ciuilis communionem habet. Ex quo tamen actiones deſcendunt. *l. 2. §. deinde ex his legibus. ſupr. de orig. iur.* Et conſtat ex ipſa definitione obligationis apud Iuſtinianum tit. de oblig. in illis verbis, *ſecundum noſtræ ciuitatis iura.* Neque verò vlla æquitas eſt dandæ reſtitutionis aduerſus cum qui amiſſis bonis, & ciuitate relicta nudus exulat. *l. tutelas. 7. §. vlt. infr. hoc tit.* Ergo ad eos pertinere hoc edictum non poteſt, nec proinde ad alias capitis diminutiones quam quæ ſalua ciuitate contingunt.

a *Neque poſſunt hi penitus conueniri.* In ſeruo quidem qualis eſt qui per maximam capitis diminutionem amiſit & ciuitatem & libertatem, hoc verum & perpetuum eſt, vt neque agere neque conueniri poſſit. *d. l. cum ſeruo. 107. de reg. iur. l. quoties. 13. ſupr. ſi quis caution.* ne quidem ex prætoria iuriſdictione. *l. 7. §. ſi libertate. infr. hoc titu.* vbi dicam. Sed in deportato non item. Interdum enim accidit vt qui ciuitatem amiſit, bona tamen detineat, quo caſu nihilominus conueniri poteſt vtilibus actionibus. *l. relegatus. 14. §. vlt. infr. de interdict. & relegat.* Sed reſpondendum eſt tractari hoc loco de ea deportatione quæ ſucceſſit in locum aquæ & ignis interdictionis. *l. 2. §. 1. de pœn.* ac proinde quæ ſimul cum ciuitate adimit bona *l. amiſſione. §. dict. l. 7. §. vlt. infr. hoc tit.* quod regulariter ſit, in eoque differt deportatio à relegatione, quæ nec ciuitatem nec bona tollit, niſi è contrario bona publicentur ſpecialiter. *d. l. relegatus. §. 1.* Quid ergo ſi deportatio facta ſit ſaluis bonis? Non eo magis neceſſarium erit hoc edictum, cùm ſufficiat vtilis actio, de qua in *d. l. 14. §. vlt.*

b *In eos ad quos bona peruenerunt.* R. dub. Perſonalis obligatio & actio non ſequitur ſingularem ſucceſſorem. *l. vlt. §. 1. de contr. empt. l. 1. §. ſi heres. ad SC. Trebell. l. æris alieni. 15. de donat.* ſed tranſit in ſolum heredem ex poteſtate legis 12. tabul. *l. vlt. C. de hered. action. l. 1. C. ſi cert. petat. l. 2. C. ſi vnus ex plurib. hered. debit. vel credit.* Atquin is qui aut ciuitatem ſolam aut etiam cum ciuitate libertatem amiſit, heredem nullum habere poteſt, ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato, quia ius habendi heredis publicum eſt & ex legibus, quæ non niſi ad ciues pertinent. *l. 3. qui teſtam. facer. poſſ. l. 1. ad l. Falcid. l. fin. de ſuis & legit.* Ergo in eos ad quos bona deportati aut in ſeruitutem redacti hominis peruenerũt, actio dari nulla poteſt. Ratio decidendi. Fiſcus quidem & cæteri ad quos bona damnatorum peruenium, heredes non ſunt, ſed tamen vniuerſalium ſucceſſorum locum obtinent, ideóque creditoribus reſpõdere illos æquum eſt pro modo & parte ſucceſſionis. *l. 2. C. ad l. Iul. de vi publ. l. ſi vt propoſui. 5. C. de bon. proſcr. l. ſi ademptis. 5. C. de ſecut. poſſ. & reſtit. l. tutelæ. 7. §. ſi libertate. ff. h. titu. l. habere. 57. de euict.* Denique decedit quidem ſine herede & bonorum poſſeſſore is qui fiſcum ſucceſſorem habet, ſed non ſine ſucceſſore. *d. l. habere.* iunct. *l. 1. §. idem Pomponius quærit. 14. in fi. ff. depoſ.*

1 ¶Ait prætor: *qui quæve, poſteaquam quid cum his actũ, contractúmve* a *ſit, capite deminuti, deminuta eſſe dicentur: in eos, eáſve perinde, quaſi id factum non ſit, iudicium dabo.*

Ad §. 1. Ait prætor.

R. dub. Capitis diminutio iuris ciuilis nomen & commentum eſt. Naturaliter enim & re vera non amittit caput is qui aut familiam aut ciuitatem, aut etiam libertatem amittit, cùm retineat vitam quæ ſine capite eſſe non poſſet. Ac proinde ſi rei veritatem inſpicias, idem planè homo eſt poſt capitis diminutionem qui fuerat antea. Atqui prætor nihil niſi veritatem & naturalem æquitatem ante oculos habere debet, nec curat iſtos iuris ciuilis apices qui à iure & ratione naturali abhorret. Vnde eſt quod dicitur habere poteſtatem iuris ciuilis corrigendi atque emendandi, non minus quàm ſupplendi & interpretandi. *l. ius autem. 7. §. 1. ff. de iuſtit. & iur.* Ergo potuit prætor iure ordinario & ex ſola generali æquitate iuriſdictionis ſuæ dare iudicium & actionem in eum qui capite minutus eſſet perinde ac ſi capitis diminutio nulla interceſſiſſet, neq; fuit opus in eam rem vlla reſtitutione in integrum aut iſta edicti parte. R. decid. Poteſt quidem prætor ius ciuile corrigere at emendare, ſed nõ tollere prorſus & negligere. Eſt enim ille cuſtos & miniſter iuris ciuilis cuius & viua vox eſſe dicitur. *l. nam & ipſum. 8. eo. ti.* nec poteſt quicquam ille facere contra leges, quamuis poſſit præter leges. *leg. nec non. 28. §. quòd eius. ff. tit. proxim. l. cum ſponſus. 12. §. ſi res. ff. de publician.* Atqui faceret cõtra leges, & tolleret ius ciuile prætor, ſi contra capite minutum actionem iure ordinario daret, cùm capitis minutio faciat vt ali homo eſſe videatur. Ergo ne quidille cõtra leges facere dici poſſit, prius eſt vt reſcindat capitis diminutionẽ quàm vt cõtra capite diminutũ det actionem. Reſciſſe enim capitis diminutione in eo ſtatu perſona inuenitur in quo erat antea, indéque fit vt eadem actio dari poſſit aduerſus capite diminutum, quæ citra capitis diminutionem competiiſſet. Niſi quod illa eſſet directa & ciuilis, hæc autem prætoria & vtilis, quia reſtitutoria. Vna enim tantùm actio eſt quæ poſt capitis diminutionem competit, eáque ex hoc edicto non duplex, vt videtur voluiſſe Accurſius. Ergo prætoria, ſed datiua, quia ex edicto datur cùm reſtituitur, nõ natiua, quia non naſcitur ex iuriſdictione prætoris ſed ex obligatione ciuili quæ capitis diminutionem præceſſerat. Idque eſt quod ait prætor *quaſi id factũ non ſit.* Faceret namque vim legibus & iuri ciuili ſi ſalua capitis diminutione iudicium daret ex præcedente obligatione ciuili, quæ ſublata eſſet per capitis diminutionem. Ne vim faciat, reſcindit ante omnia capitis diminutionem. Quomodo & cùm dat filio emancipato bonorum poſſeſſionem contra tabulas, aut vnde liberi ab inteſtato. Neutram enim dare poſſet ſalua iuris ciuilis autoritate, ſi nõ priùs reſcinderet emancipationem, vt filium quem emãcipatio iure ciuili extraneum fecerat, pro filio habere poſſit. *l. 3. §. ſi emancipatus. de bonor. poſſeſſione contra tabulas.* iunct. *l. quinetium. 55. in fi. de rit. nupt.*

a *Actum contractúmve.* Quænam differentia ſit inter actum, contractum, & geſtum, explicat Vlp. in *l. Labeo. 19. & Caius in l. licet. 58. de verb. ſignif.* Dixi ad *l. 7. in pr. ff. tit. prox.* Quod autem Accurſ. quærit in quo differat hic titulus à titu'. Quod cum

eo qui in alie. poteſt. valdè ocioſum, ne dicam ineptum, eſt. Nihil enim ſimile aut commune habet hic titulus cum illo.

2 ¶Hi, qui capite minuuntur, ex his cauſis, quæ capitis deminutionem præceſſerunt, manent obligati naturaliter. cæterùm ſi poſtea a, imputare quis ſibi debebit, cur cõtraxerit, quantum ad verba huius edicti pertinet. ſed interdum b, ſi contrahatur cũ his poſt capitis deminutionem, danda eſt actio, & quidem, ſi adrogatus ſit, nullus labor c. nam perinde obligatur, vt filiusfamilias.

Ad §. 2. Hi qui.

R. dub. Obligatio naturalis nõ magis poteſt eſſe ſine perſona quàm ciuilis. Eſt enim obligatio perſonæ. l. naturalis. 10. de oblig. & act. Atqui per capitis diminutionem perſona mutatur, & noua atque alia fit, vt proximè diximus. Ergo fieri non poteſt vt qui capite minuuntur maneant obligati naturaliter ex his cauſis quæ capitis diminutionem præceſſerunt. Ratio dec. Ciuilis ratio naturalia iura corrumpere non poteſt. *§. vlt. Inſtit. de legit. agn. tut.* Atqui obligatio naturalis illa eſt quæ naturalis æquitatis vinculo ſuſtinetur. *l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. naturalis. ff. de ſolut.* Vnde & naturalem illam appellamus. Ergo non poteſt perire per capitis diminutionem, quæ commentum eſt iuris ciuilis. *l. eas obligationes. 8. ff. h. tit.* Non magis quàm per ſententiam & rem iudicatam, quæ ipſa etiã ciuilis eſt. *l. Iulianus verum debitorem. 59. ff. de cond. indeb.* Æſtimatur enim obligatio naturalis tota ex facto & ex eo quod re vera eſt. *l. nec ſeruus 41. infr. de pecul.* Ideóque ſemper ſequitur perſonam cui ſemel adhæſit. *l. frater à fratre. 38. de con. ind.* Atqui re vera & naturaliter eadem perſona manet per capitis diminutionem quæ fuerat antea. Ergo qui capite minuuntur, non eo minus naturaliter manent obligati.

a *Caterùm ſi poſtea.* Totus hic verſiculus, ni fallor, Triboniani eſt, non Vlpiani, cùm nullam habeat ſatis aptam ſententiam & huic edicto conuenientem, ſiue verba edicti ſpectemus, ſiue ſententiam: verba ſiquidem edicti ad eos tantùm pertinent qui ante capitis diminutionem contraxerunt, non ad eos qui poſtea, de quibus nec potuit prætor cogitare cùm hoc edicto id tantùm ageret vt actionem capitis diminutione amiſſam reſtitueret, non etiam vt aliquam daret in eos, qui vel obligati nunquam fuiſſent, vel ex propria obligatione & actione conueniri iure communi potuiſſent. Et verò ſi hunc verſiculum intelligas de maxima capitis diminutione, quæ adimit libertatem, aut de media quæ ciuitatem, iã dictum fuerat initio legis, dictum hoc ad iſtas non pertinere, quia neque ſerui neque deportati poſſunt conueniri; quamuis poſſint deportati contrahere eo contractuum genere quod ſit iuris gentium, non ciuilis. *l. deportatus. 15. in prin. de interd. & releg.* Si verò de minima capitis diminutione quæ familiam duntaxat mutet, certum eſt nihil eam obſtare quo minus is qui capite minutus eſt obligari & conueniri poſſit iure communi, ſiue contingat per emancipationem, ſiue per adoptionem, ſiue per adrogationem. Emãcipatio enim facit ex filiofamilias patremfamilias: adrogatio autem ex contrario ex patrefamilias filiumfamilias: adoptio autem ex filiofamilias vnius, filiumfamilias alterius. Tam autem filiusfamilias quàm paterfamilias ex omnibus cauſis & obligatur & conuenitur. *l. tam ex contractib. 57. infr. de iudic. l. filiusfamilias. 39. infr. de obligat. & action.*

b *Sed interdum.* Imò ſemper, dummodo de ea capitis diminutione intelligas, de qua ſola prætor in hoc edicto ſenſit, id eſt, de minima, vt proximè oſtendi.

c *Nullus labor eſt.* Agnoſce in his verbis elegantiam Triboniani. Quis enim crederet Vlpianum vnquam ita locutum fuiſſe? Sed & quod ſequitur, *Nam perinde obligatur vt filiusfamilias*, ſicut magis ridiculum eſt, ita Tribonianum prodit apertius. nã cùm de actione quæreretur, non de obligatione, ſcribendum erat conueniri poſſe adrogatum, non obligari. Alioqui perinde probares dandam eſſe actionem cõtra deportatum, quia & deportatus poteſt obligari, vt ſupra diximus. At quãuis non poſſit eſſe actio ſine obligatione. *l. nihil aliud, 51. de obli. & action.* poteſt tamen eſſe obligatio ſine actione. Sed illud omnino intolerabile eſt quod hîc adiicitur, adrogatum perinde obligari vt filiumfamilias. Quaſi verò adrogatus quiſquam eſſe poſſit qui nõ ſit etiam filiusfamilias. *l. qui ex liberis. 2. §. teſtamẽto. de bon. poſſ. ſecund. tab.*

3 ¶Nemo delictis exuitur, quamuis capite minutus ſit.

Ad §. 3. Nemo.

R. dubit. Actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambulant. *l. tutelas. 7. §. iniurarum. infr. hoc titu.* Ergo cum capite intercidunt. Atqui per capitis diminutionem caput amittitur. *l. prox. §. ſeq. infr. eod.* Ergo fieri non poteſt vt non delictis exuatur qui capite minutus eſt. R. dec. Per capitis diminutionem amittitur quidẽ caput ciuile, quod æſtimatur ex iure & ſtatu perſonæ. *d. §. vlt. l. prox. cũ l. ſeq.* ſed non caput naturale, delictum autem ſequitur caput naturale, non ciuile, & de eo capite naturali accipiendum eſt quod ſcribitur in *d. l. tutelas. §. 1. ff.* Itémque quod dici ſolet noxam caput ſequi. *l. licet. 4. C. an ſeruus pro ſuo facto poſt manumiſſionem teneatur.* Delictum enim æſtimatur ex facto & ex eo quod naturaliter ac re ipſa fit, non ex aliqua iuris ciuilis fictione. Vnde & maleficium & admiſſum appellatur. *l. ita vulneratus. 51. §. vlt. ad l. Aquil. l. Stichum aut Pamphilium. §. 1. de ſolut. l. ſi à reo. 70. §. vlt. de fideiuſſ.* Non igitur poteſt capitis diminutione perire obligatio, quæ ex delicto deſcendit, præſertim cùm naturalem etiam habeat præſtationem. *l. eas. 8. ff. h. titul.* Delicta enim puniri naturalis ratio ſuadet non minus quàm ciuilis, vt

dixi ad *leg. auxilium.37. supra titulo primo.* proinde nulla restitutio ex hoc edicto necessaria est aduersus eũ qui ex delicto conuenitur, siue criminaliter siue ciuiliter conueniatur, dũmodo is sit qui cõueniri possit ciuiliter, quomodo potest quisquis minimã duntaxat capitis diminution ẽ passus est.

4 ¶Ei, qui debitorem suum adrogauit, non restituitur actio in eum, postquam sui iuris fiat.

§.4. Ei qui.

Ratio dubitãdi. Cùm quis adrogat suum debitorem, ideo amittit actionem, quia cum eo quem in potestate sua habet, non magis agere potest quàm cum seipso. *leg.4. infr. de iudic. l. ne cum filiofamilias. 16. §. de furt.* Atqui hæc ratio cessat cùm adrogat⁹ postea fact⁹ est sui iuris, quia exinde cõueniri potest soluto vinculo potestatis, ergo finita adrogatione restitui debet actio adrogatori, saltẽ ex hoc edicto si non ipso iure. Ratio decidendi. Actio quæ competebat adrogatori cõtra adrogatum cùm extincta sit per adrogationẽ quasi confusione, quòd eadem patris & filiifamilias persona esse existimetur. *dicta leg. ne cum filiofamilias. & leg. vltim. Codic. de impuber. & aliis substitut.* Non potest dissoluta adrogatione restitui, neque ipso iure, quoniam obligatio semel extincta nũquam ipso iure reuiuiscit. *leg. qui res. 98 §. arcam. de solutionibus.* Neque ex hoc edicto, quia in adrogatore cessat ratio huius edicti, id est, fauor creditoris qui facto suo proprio sibi ademit actionem: Tota enim huius edicti ratio fuit, vt supra diximus ne alterius facto alteri ignoranti actio adimeretur cùm non possit creditor prohibere quominùs debitor capite minuatur siue emancipari, siue adrogari, siue adoptari debitor velit. *leg. Gransus. 71. §. penultim. infra de fideiussoribus. lege secunda infra Quod vi aut clam.* Si tamen adrogator ex persona adrogati conueniatur ab alio creditore, poterit haud dubiè deducere, quod sibi ante adrogationem debetur, vt bene sentit Accursius ex *leg. si quis creditorie. 7. infra de peculio legato.* Nempe quia naturalis obligatio manet. *§. hi qui supra. leg. nec seruus. 41. infra de peculio. leg. frater à fratre. 38. de condictione indebiti.* Cuius obligationis naturalis effectus ille est vt tribuat deducendi potestatem. *leg. sed si damnum. 9. §. primo. de peculio.* Malè tamen Accursius in hanc rem affert *legem Debitor. 3. de separationibus.* In cuius specie Papinianus mouetur ex eo quod sola ratio iuris non debeat damno afficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat. In proposito autem non satis diligenter prospexisse sibi videtur creditor qui debitorem suum adrogauit ante exactam ab eo solutionem.

5 ¶Hoc iudicium perpetuum est: & in heredes [a], & heredibus datur.

§. vlt. Hoc iudicium.

Ratio dubitandi. Hoc iudicium datur rescissa demum capitis diminutione quæ iuris ciuilis est, vt supra diximus. Ergo non debet dari post annum sicut dici solet de Publiciana, quæ datur rescissa vsucapione. non dari eam post annum: quia cõtra ius ciuile datur, licèt alio qui soleat esse perpetua. *leg. in honorariis. 35. de obligationibus & actionibus.* Satis enim debet esse creditori qui suam actionem ipso iure amiserat, si prætor eam ipsi restituat intra annum, argument. legis primæ, §. merito infr. quando de peculio actio annalis est. Ratio decidendi. Hæc actio rei persecutionem continet, quia datur creditori vt suum cõsequatur, & ne per capitis diminutionem damno afficiatur. Ergo perpetua esse debet ex regula dictæ legis in honorariis, præsertim cùm non alia hæc actio sit quàm restitutoria, id est, vetus restituta quæ porro ante capitis diminutionem erat perpetua, vel ob id solùm quod ciuilis esset. Omnes enim ciuiles actiones fuerũt olim perpetuæ ante legẽ tertiam & quartam. *Codic. de præscriptione triginta vel quadraginta annorum. tit. de perpetuis & temporalibus actionibus. apud Iustinianum.* In quo diuersa est ratio huius actionis & Publicianæ, quæ si vel rescissa vsucapione siue aliter detur, prætoria est etiam origine. *§. námque. Instit. de actionibus.* Sicut & actio de peculio. Proinde ad rem non pertinet quod Accursius obiicit de actione redhibitoria & aliis similibus quæ non perpetuæ sunt, sed reporales, quasi eæ restituantur ex hoc edicto: restitui verò ita debeant, vt non idcirco tamen fiat perpetuæ, sed tẽporales maneã, quales erãt ante capitis diminutionem, argumẽto legis vltimæ supra titulo proximo. Falsũ enim est quod Accursius supponit pro vero ex hoc edicto restitui quoque prætorias & ædilitias actiones, quæ solæ sunt temporales. Nam cùm capitis diminutio commentum sit iuris ciuilis, vt diximus, non potest perimere prætorias actiones nõ magis quàm obligationes naturales. *dicto §. hi qui supra. hæc lege,* cùm nec perimat ciuiles, quæ naturalem præstationem habere intelliguntur. *dicta leg. eas. 8. infr. eodem.* Nam & omnes prætoriæ naturalem illam præstationem habent, cùm ex naturali ratione & æquitate fuerint introductę, siue contra iuris ciuilis rationem, siue saltem cessante iuris ciuilis ratione, quod nescio an quisquam adhuc obseruauerit.

a *Et in heredes.* Ratio dubitandi. Verba edicti loquuntur tantùm de iis qui contraxerunt & capite minuti sunt, aut etiam de illorum heredibus. §. primo dictę legis. Ergo non potest ex hoc edicto iudicium dari in heredes eius qui capite minutus fuit, ne quid ex edicto cõtra vel præter edictũ fiat. *argumento legis 1. §. quod autem. infra de aleatoribus. lege prima. §. generaliter. de legatis præstandis.* Ratio decidendi. Polliceтur prætor se daturum iudicium aduersus capite minutos quidem, sed tamen cum hac adiectione, *Perinde quasi id factum non esset*, Atqui si capitis diminutio non interuenisset, danda esset à prætore ciuilis actio & heredibus & in heredes maximè quæ rei persecutoria esset non pœnalis, cùm pœnales ex delicto descendentes ad hoc edictum non pertineant vt. dictum est ad §. *Nemo.* Ergo & quæ ex hoc edicto restituitur actio heredibus danda est & in heredes quemadmodum eadem ratio facit, vt iudicium hoc semper sit perpetuum, nunquam temporale in eóque proculdubio Accursius errauit. Neque tursus nouum est vt lex quæ certam personam demonstrauit ad eius quoque heredes porrigatur vt in *l. quamuis. 40. §. 1. ad SC. Trebell. l. pater. 10. §. 1. de capt. & postlim.* quia solent iura omnia transire ad heredem nisi sint mere personalia. *l. heredem 59. l. primi Legia. 196. de reg. iur.*

3. PAVLVS libro 11. ad Edictum.

Liberos, qui adrogatum parentem sequuntur, placet minui caput, cùm in aliena potestate sint, & cùm familiam mutauerint.

Ad l. 3. Liberos.

R. dub. Capite minui dicuntur quòd ad hoc edictum attinet non omnes illi qui statum mutant, sed ij tantùm quibus ea mutatio facto hominis contingit vt diximus ad *l. 1. §.* Atqui in persona liberorum adrogari ij adrogatum patrem sequuntur, nullum hominis factum extrinsecus intercedit, cùm non ipsi adrogentur, sed tantùm patrem naturali quodam ordine sequantur etiamsi nihil de iis in adrogatione dictum fuerit. *l. si paterfamilias. xv. supr. de adopt.* Ergo quamuis in aliena potestate siue & familiam mutent, minui tamen capite dicendi non sunt. Ratio dec. Sufficit factum hominis interuenire in patre adrogando vt liberi eius hoc ipso non quidem adrogati, sed capite minuti dici possint tanquam in quorum persona idem sit effectus adrogationis qui in persona patris.

1 ¶ Emancipato filio, & ceteris personis capitis [a] minutio manifestò accidit: cum emancipari nemo possit: nisi in imaginariam seruilem causam deductus. Aliter atque cum seruus [b] manumittitur: quia seruile caput nullum ius habet: ideo nec minui potest.

4. MODESTINVS lib. 1. Pandectarum.

Hodie enim incipit statum habere.

Ad §. 1. Emancipato. & l. Hodie 4.

Ratio dub. Qui emancipatus sit ex filiofamilias paterfamilias atque ita incipit habere propriam familiam cùm antea nullam haberet ac esset in familia patris, Ergo non tam capite minui dicendus est quàm augeri, cum dignior sit conditio patrisfamilias quàm filiifamilias, vnde dicimus beneficium emancipationis per quam scilicet fit vt filiusfamilias possit omnia sibi adquirere etiam inuito patre. *l. 1. in principio infr. Si à parente quis manumissus sit.*

Ratio dec. Duplex causa est propter quam capite minuitur is qui emancipatur: vna est quia paternam familiam amittit, & omnia iura sui heredis quæ sunt maxima nec ferè minus inæstimabilia in persona liberorum quàm iis patriæ potestatis in persona patris. *l. In suis. 2. de liber. & posth. l. 1. Largus. de succeff. edic.* iuncta. *l. filiusfamiliæ. 104. Sed si liberos. de legat. 1.* Ex quo fit vt quemadmodum pater emancipare liberos non cogitur *dicto l. Sed si liberos.* excepto casu *legis vlt. Si quis à parente manumissus* sit, ita nec inuiti liberi emancipationem pati cogantur. *§. Generaliter. 2. Nouì. 89. Quib. mod. nat. effic. fui.* Altera est quam hic Paulus exprimit quod emancipari nemo possit nisi qui prius deductus sit in imaginariam seruilem conditionem, fiebat enim emancipatio per trinam venditionem filij à patre factam fiducia tamen contracta idque vt satisfieret legi 12. tab. quæ non aliter patiebatur filiumfamilias exire de patris viri potestate, quàm si pater eum ter vendidisset. Adeò ratum & indissolubile esse debere videbatur vinculum patriæ potestatis. Itaque cùm maximam capitis diminutionem patiatur quisquis in seruitutem deducitur, potius dicendum videbatur emancipatum pati maximam capitis diminutionem quàm dubitandum de minima, vtrum eam pateretur, nec tamen dicitur pati maximam, quia seruitus illa in quam deducitur imaginaria tantùm est deletúrque per subsequentem manumissionem, vnde est quod qui emancipatur, manumitti dicitur *dicto tit. Si à parente quis manumissus sit.* Sed hæc secunda ratio non tam germana quàm ex abundanti est. neque enim conuenit adrogato qui tamen capite minuitur perinde atque is qui emancipatur cùm familiam suam amittat & mutet. In eo sanè qui adoptatur eadem ratio locum habet quæ in emancipato quia & fiebat olim adoptio interueniente emancipatione. *l. vlt. C. de adopt.* vbi Iustinianus hoc immutauit sublatis omnibus antiquis illis solemnitatibus, sicut & imaginariam istam seruitutem sustulit in emancipationibus liberorum. *l. vlt. C. de emanc. liber.* An ergo dicemus hodie nullam ei qui adoptatur aut emancipatur capitis diminutionem contingere? Ita quidam putant præsertim cùm ex aliis Iustiniani constitutionibus sublatæ videantur omnes differentiæ suorum & emancipationis. *Nouell. 118. de hered. ab intestat. venient.* sed malè. semper enim subest prima illa ratio quòd & qui emancipatur & qui adoptatur familiam mutat licèt retineat eadem iura successionis ab intestato in familia patris naturalis ex dicta *Nouell. 118. & leg. penultim. Cod. de adopt.*

a *Et cæteris personis.* Intellige de filiabus & nepotibus, & aliis deinceps personis quæ in familia sunt, sicut filius emancipatus, & perinde emancipari possunt, sed cum hac differentia, quòd vna emancipatione exeunt de potestate, filius verò primi gradus non nisi tribus. *leg. verum est.* 8. *§. primo. de iniusto, rupto, & irrito testamento.* tanquam qui magis arcto potestatis & familiæ vinculo sit constrictus patri quàm filia, per quam familia conseruari non potest. *leg. pronunciatio.* 196. *in fin. de verborum signification.* Aut nepos qui in remotiore gradu est. *leg. dotem.* 6. *de collatione bonorum.* Noli tamen hunc locum sic intelligere quasi per emancipationem filij cæteris personis ex ipso filio descendentibus capitis diminutio contingat, quomodo in principio legis scriptum est per arrogationem patris capite minui liberos. Id enim falsum esset in liberis emancipati, quos constat manere in potestate aui, nisi & ipsi ab eo emancipentur. *leg. liberum.* 28. *supra de adoptionibus.* Et ita bene Accursius notans quatuor illa nomina, *Emancipato filio & cæteris personis*, esse omnia datiui casus vel ablatiui absoluti, non, vt quidam putabant, priora duo ablatiui absoluti, posteriora datiui.

b *Aliter atque cùm seruus.* Ratio dubitandi. Cùm seruus manumittitur, proculdubio mutat conditionem, cùm ex manumissione fiat liber. titulo de libert. in principio. Ergo quamuis fiat melioris conditionis, non eo minus tamen capite minui dicendus est exemplo emancipati. Ratio decidendi. Seruus quandiu seruus est, neque caput neque statum vllum habet, quia pro nullo habetur, nec tantùm iure ciuili. *leg. quod attinet.* 32. *de reg. iur.* sed etiam iure prætorio, adeo vt neque extra ordinem computentur. *leg. nullo modo.* 7. *infra de lege Cornelia de falsis.* sed quadrupedibus potius æquiparentur. lege secunda. infra ad legem Aquiliam. Ideóque solemus dicere per manumissionem nouam personam constitui, quasi quæ tum primùm nascatur. *l. si Pamphilo.* 10. *de opt. legata.* quia eo demum die incipit statum habere, vt ex Modestino subiicitur in lege sequenti. Ergo seruus cùm manumittitur, non potest dici minui capite, quia non entis nullæ sunt qualitates, vt aiunt philosophi. Rectè autem hìc Paulus seruile caput nullum ius habere; ait, vt intelligamus cùm de capitis diminutione agitur, de capite ciuili accipiendum id esse, &, vt ita dicam, de capite iuris non de naturali capite personæ, quod vtique seruus habet cùm homo sit perinde ac qui liber est. *d. l. quòd attinet.* & *l.* 4. 3. *de iust. & iur.*

5. PAVLVS lib. II. ad Edictum.

A Missione ciuitatis fit capitis minutio, vt in aqua & igni interdictione a.

l. 5. *Amissione.*

a *Vt aquæ & ignis interdictione.* Ratio dubitandi. Cùm aqua & igni interdicitur, non tantùm ciuitas amittitur, sed etiam libertas adimitur. *leg. penultim. §. vltim. infr. de extraordin. cognit. l. ex facto.* 17. §. *si quis rogatus.* 2. *ad Senatusconsultum Trebellianum* in illis verbis, *Cui liber factus.* Ergo non est hoc bonum exemplum eius capitis diminutionis quæ contingat per solius ciuitatis amissionem: nec tam media aut minor quàm maxima capitis diminutio hæc dicenda est, cùm nulla maior esse possit quàm quæ adimit libertatem.

Ratio decidendi. Tam per aquæ & ignis interdictionem quàm per deportationem, quæ in illius interdictionis locum successit, certum est amitti duntaxat ciuitatem, non etiam libertatem. *leg. intercidit.* 59. *de conditionibus & demonstrationibus. lege secunda. §. primo. de pœnis.* iunct. *l.* 3. *ad legem Iuliam peculatus.* Ideóque media & minor illa capitis diminutio appellatur. *§. minor. Instit. hoc titulo.* Nec contrarium est quod scribitur in *dicta lege penultima. §. vltim. de extraordin. cognition.* Ibi enim non de maxima aut de media vel minore capitis diminutione agitur, sed de magna, quo nomine tam maxima quàm media continetur, ob idque vtriusque exempla subiiciuntur maximæ quidem in illis verbis, *Id est, cùm libertas adimitur*, vbi sumenda sunt illa, *id est*, exemplificatiuè, vt loquuntur, non restrictiuè. Mediæ verò in illis sequentibus, *veluti cùm aqua & igni interdicitur*, post quæ verba rectè subiungitur, *quæ in persona deportatorum euenit*, scilicet magna capitis diminutio, ad quam solam referri potest relatiuum illud fœminum *quæ*, nec quisquam de hoc dubitarit si Callistratus scripsisset *veluti* pro eo quod scripsit *id est*, aut si in sequentibus scripsisset *vel* pro eo quod scripsit *veluti*. Quid autem interest an hoc scripserit vel illo modo? Quare non est quod cum quibusdam locum illum emendemus, aut cum Cuiacio distinguamus duplicem libertatē: vnam quæ sit iuris gentium, alteram quæ sit iuris Quiritium, cuius nulla vspiam mentio fit in libris nostris. Planè quod scriptum est in dicto §. si quis rogatus. indiget emendatione, & pro illis verbis, *liber factus*, legendum est, *liberorum*, vt quidem Cuiacius docuit *libro* 3. *obseruation. cap.* 10. Et nos docuimus *lib.* 18. *Coniect.*

1 ¶ Qui deficiunt, capite minuuntur: deficere autem dicuntur, qui ab his, quorum sub imperio sunt, desistunt, & in hostium numerum se conferunt. sed & hi, quos senatus hostes iudicauit, vel lege lata c: vtique vsque eò, vt ciuitatem amittant.

Ad §. 1. *Qui deficiunt.*

Ratio dub. Nemo à seipso habet ciuitatem & patriam, sed à repub. *l.* 1. §. *generaliter. infr. de vent. in possess. mitt. l. honor.* 14. §. *plebeij. de muner. & honor.* Ergo nemini licet facto suo & propria voluntate seipsum subtrahere reipublicæ, cuius interest ne viris & viribus destituatur. *leg. & qui originem.* 3. §. *præses prouinciæ. eod. leg. vltim.* §. *si plures. de bonis damnat.* Sicut nec seruus suam possessionem interuertere domino potest. *l. rem quæ nobis.* 15. *in fine*

in fine. ff. *de acquir. poss.* præsertim cùm nec dominus quisquam sit membrorum suorum nec proinde suiipsius. *l. Liber homo.* 13. *ad leg. Aquil.* iunct. *l.* 3. *de interd. & releg.* Ergo qui deficiunt, id est, qui ab iis sub quorum imperio sunt desciscunt & in hostium numerum se conferunt, non possunt hoc ipso amittere ciuitatem, nec proinde capite minuuntur.

Ratio decidendi. Non ideo amittunt ciuitatem quòd eā vltrò velint amittere, sed in pœnā criminis & ex legibus & moribus non solùm pop. Rom. sed omnium etiam gentium, quòd indignus sit quem patria retineat qui patriam deserit vt fugiat ad hostes, cùm ita & ipse hostis factus sit. *l. Postliminium.* 19. §. *Transfugæ. §. filius quoque familias, & sequenti. inf. de capt. & postlim.* Neque tamen fit seruus hostium ideóque & tutor manet. *l. Si quis tutor.* 15. ff. *de tut.* sed tamen desinit esse ciuis quòd sufficit vt capite minuatur. Quomodo autem fieri possit vt tutor maneat dicemus ad eum locum.

c *Sed & ij quos senatus hostes iudicauit, vel relegati.* vitiosa est hæc lectio, & longè melius in florentinis, *vel lege latæ.* Quisquis enim hostis reip. dicebatur, is vel à senatu, vel à pop. Rom. lege in eam rem lata pronunciabatur: dubitandi autem ratio nulla est quin desineret esse ciuis quisquis hostis ciuitatis haberetur. Relegatos autem certum est, ciuitatem non amisisse. *l. relegatorum.* 7. §. *hoc est differentia.* Et *l. Relegatus.* 14. §. 1. *infr. de interd. & releg.*

2 ¶ Nunc respiciendum, quæ capitis deminutione pereant: & primò de ea capitis deminutione, quæ salua ciuitate accidit, per quam publica iura non interuerti constat: nam manere magistratum, vel senatorem, vel iudicem, certum est.

Ad §. 2 *& l.* 6. *nunc respiciendum.*

Rat. dubitandi. Per capitis diminutionē etiam minimā, caput minuitur & mutatur æquè ac per mediam aut maximam. *l.* 2. *in princ. supr.* Ergo ea omnia quæ ad personam illam pertinent si modò sint iuris ciuilis mutantur quoque & pereunt, & consequenter publica etiam iura omnia interuerti necesse est, ne alioqui vna & eadem persona diuerso iure censeatur contra vulg. *l. Eum qui ædes.* 23. *de vsuc.* Rat. dec. Capitis diminutio ea tantùm iura potest tollere quæ pertinent ad statum qui per eam tollitur, ne effectus pateat latiùs quàm sua causa. Atqui minima capitis diminutio de qua sola nunc agimus, non alium statum tollit quàm priuatum quia familiam tantùm mutat & adimit, non etiam libertatem aut ciuitatem. *l. vlt.* ff. *hoc tit.* Ergo neque adimit iura publica quæ quis habet ratione ciuitatis quale est, magistratum esse, vel senatorem vel iudicem cùm salua ciuitate contingat; sed priuata tantum hominis & familiæ eius iura, non enim à patre quis habet, sed à ciuitate vt sit senator, vel iudex. *dict. l.* 3. *de interd. & releg.* Ideoque siue ex filiofamilias fiat paterfamilias, siue contrà, nihil refert, quia quod ad ius publicum attinet, filiusfamilias non sequitur ius patriæ potestatis. *l. Nam quod.* 14. *ad SC. Trebell. l. quippe.* 78. *de iudic.*

6. VLPIANVS libro 51. ad Sabinum.

NAm & cætera officia, quæ publica sunt, in eo non finiuntur. capitis enim minutio a priuata hominis, & familiæ eius iura, non ciuitatis amittit.

Ad l. Nam & cætera 6.

Idem sensus est huius legis qui §. vltimi legis præcedentis, eadémque proinde ratio dubitandi & decidendi.

a *Capitis enim diminutio.* Non quælibet sed ea tantùm de qua dictum in §. præc. id est quæ salua ciuitate contingit, & ad quam solùm hoc dictum pertinet. Nam per maximam aut per mediam capitis diminutionem publica etiam iura interuerti constat.

7. PAVLVS libro II. ad Edictum.

TVtelas etiam non amittit capitis minutio: exceptis his quæ in iure alieno personis positis deferuntur a. Igitur testamento dati, vel ex lege, vel ex senatusconsulto, erunt nihilominus tutores. ¶ Sed legitimæ tutelæ ex duodecim tabulis interuertuntur eadem ratione, qua & hereditates exinde legitimæ: quia adgnatis deferuntur, qui desinunt esse, familia mutati c. ¶ Ex nouis autem legibus & hereditates, & tutelæ plerunque sic deferuntur, vt personæ naturaliter designentur. vt ecce deferunt hereditatem senatusconsulta matri, & filio.

Ad l. Tutelas 7.

R. dub. Tutela nihil aliud est quā vis & potestas in capite libero iure ciuili data & permissa. *l.* 1. ff. *de Tutel.* Atqui ea quæ sunt iuris ciuilis pereunt per capitis diminutionem. *l. Eas.* 8. ff. *hoc tit.* Ergo & tutelæ. R. dec. Ea demum iura ciuilia pereunt per capitis diminutionem minimam, quæ sunt priuata hominis & familiæ eius qui capitis diminutionem patitur, vt diximus in *leg. præc.* Atqui tutela non est iuris priuati, sed publici, nec ad priuatam tutoris vtilitatem pertinet, sed ad illius cui tutor datur, §. *peniul. Instit. de Attil. tut.* Vnde est quòd nulla tutela in alium transit iure hereditario, nec fœmina tutrix esse potest iure antiquo. *l. Tutela* 16. *& l. vlt. de tutel.* Tanquam quæ ab omnibus publicis muneribus arceatur. *l.* 2. *de reg. iur.* Et ideò bene hæc lex subiuncta est legi proximè præcedenti.

a *Exceptis ijs quæ iure alieno personis positis non defe-*

run.ur. Sic omnino legendum est retenta negatione quæ in Pandectis Florentinis malè deest. Non enim de aliis tutelis potest exceptio ista intelligi quàm de iis quæ lege 12. tab. exemplo hæreditatum proximis agnatis deferuntur, id est, iis qui si eo tempore pupillus decederet, hæreditatem ipsius habituri essent, & quidem agnationis iure, quas proinde certum est nunquam deferri posse personis in aliena potestate positis, quia nec fieri potest vt filiusfamilias vnquam sit proximus agnatus, cum semper à patre anteuertatur, ideóque solemus dicere legitimas tutelas sequi liberos, & ad eos descendere prius etiam quàm heredes parentum existant, non autem iis deferri. *dict. leg. tutela.* 16. *in fin. de tutel. l. si maritus.* 46. *infr. famil. erciscund.* Nec admitti potest quod tentat Accursius posse duobus casibus legitimam tutelam filiofamilias deferri. Primo enim casu quem affert, si pater sit furiosus, certum est etiam furioso legitimas tutelas deferri perinde ac hereditates, quomodo deferuntur etiam pupillo & absenti, quamuis non decernatur illis administratio, sed tutori, in cuius potestate pupillus est, vel curatori in cuius potestate est furiosus, vel alij agnato, dummodo sit eiusdem gradus. *leg.* 5. §. *in legitimis. leg. si plures.* 9. *de legitim. tutor.* Quod primus correxit Iustinianus in *lege vltima. Codic. de legitim. tutel.* §. *itero maior. Institut. de excusation. tutor.* Altero autem casu cùm libertus est maternus, mater quidem quamuis patrona sit, tutrix tamen propter sexum esse non potest. *titulo de legitim. patron. tutel. in fine.* Sed tamen neque verum est eius filium siue sit sui iuris siue alieni, tutorem legitimum esse cùm tutela legitima quæ patronis defertur, non sit ex lege duodecim tabularum, nisi per consequentias quatenus lex detulit patronis hæreditates libertorum. *lege tertia. in principio. infra de legitim. tutoribus.* Atqui filius patronæ non vocatur ad hæreditatem per legem duodecim tabularum, sed ipsius mater: ergo neque ad tutelam, tametsi non negem illum fieri posse tutorem, nimirum si à magistratu detur vt & alius quilibet, sed datiuus ille tunc erit aut potius datus, non legitimus. Quod verò Cuiacius putat locum hunc literis tantùm & notis scriptum fuisse, sicque restituendum vt legamus, *Quæ iure agnationis proximis potissimum deferuntur*, quasi Tribonianus lapsus sit in legendis notis, mihi nunquam probabile visum fuit, sed planè commentitium & nugatorium. Ergo ad hunc locum ratio dubitandi illa erit, quod per capitis diminutionem minimam non amittantur ea quæ sunt iuris publici, non priuati, vt proximè diximus. Atqui tutelæ quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur, non minus sunt iuris publici quàm quæ ex testamento aut ex nouis legibus & senatusconsultis Tertylliano & Orficiano, cùm ea maximè dicantur esse iuris publici quæ sunt ex leg. duodecim tabularum, qui fons est totius iuris publici & ciuilis: Ergo perinde dicendum est, non amitti eas per minimam capitis diminutionem.

Ratio decidendi. Legitimæ tutelæ ex leg. duodecim tabularum deferuntur, quomodo etiam hæreditates legitimæ solis agnatis: verba enim legis fuerunt, *Si suus hæres non erit, agnatus proximus familiam habeto.* Atqui per capitis diminutionem is qui agnatus erat, desinit esse agnatus, cùm agnationem mutet & familiam: Est enim agnationis & familiæ nomen iuris ciuilis non naturalis, cùm natura cognatos duntaxat agnoscat, non agnatos. *lege quarta. §. cognationis. leg. Iurisconsultus.* 10 *§. cognati. infra de gradibus & adfinitatibus.* Ergo & necesse est vt desinant esse tutores legitimi, quod diuersum est in cæteris omnibus tutelis siue ex testamento, siue ex lege Aquilia, siue ex senatusconsultis deferantur, quia scilicet non sub nomine agnationis, aut alio vllo ciuili deferuntur, sed sub nomine naturali, putà matris aut filij, vel sub nomine proprio, putà Titij aut Sempronij, quæ nomina certum est per capitis diminutionem non perire. Ergo nec tutelas sub iis nominibus delatas. Exemplum tamen quod hic adfert Accursius de tutore Velleiano, non est accommodatum. Nec enim lex Velleia tutelam vllam defert, sed tantùm confirmat datam à testatore in eo testamento, quod alioqui rumperetur per successionem filij in locum patris viuo auo. *leg. si hereditas.* 10. *§. qui filium infr. de testamentaria tutela.* Nec minus ineptum est aliud exemplum quod affert Accursius de tutore Corneliano: Lex enim Cornelia de confirmandis testamentis & hæreditatibus eorum qui apud hostes discesserunt, hæreditatem quidem fecit & hæredem. *leg. filiusfamilias.* 18. *infr. ad legem Falcidiam.* sed non tutelam neque tutorem, ne quidem per consequentias sufficiente scilicet in hanc rem lege duodecim tabularum, quæ iam constituerat vt ad quos legitimæ hereditates perue nirent, ad eos etiam tutela pertineret. *lege prima. infr. de legitimis tutoribus.* iuncta *leg. quo tutela.* 73. *de regulis iuris.* Neque verò post legem Corneliam filius ejus qui apud hostes decessit, alios tutores legitimos habere potest quàm eos quos ei dat lex duodecim tabularum, id est, agnatos proximos, sicut nec alios heredes ea lex fecit quàm quos lex duodecim tabularum fecisset si patersamilias in ciuitate decessisset. Perinde igitur & tutela legitima, si qua esset ex lege Cornelia, per minimam capitis diminutionē periret. Eadē scilicet ratione hic locum habente, quæ in tutela delata ex lege duodecim tabularum. Sanè quod ad tutores ex senatusconsultis datos optimum exemplum est quod idem Accursius affert ex *lege penultima infr. de tutelis.* Præter illa quæ hic afferuntur ex senatusconsultis Tertylliano & Orficiano. Illud verò omnium suauissimum est, quod idem Accursius hic subiicit apud Græcos esse omnes istas leges nouas & senatusconsulta, ex quibus vocantur aliqui ad hereditatem & tutelam: quasi verò non etiam apud Latinos nouæ leges dicendæ sint quæcunque secutæ sunt legem duodecim tabularum, quæ sola lex vetus appellatur. Ex his verò apparet cur Paulus non scripserit quomodo breuiùs scribere poterat, *exceptis tutelis legitimis.* Nempe quia legitimæ sunt etiam illæ quæ ex nouis legibus deferuntur. Quòd si adhuc instes, Cur nō ergo absolutè Paulus dixerit *exceptis tutelis quæ ex lege 12. tabular. deferuntur*, cùm ea locutio breuior

breuior & apertior fuisset, Respondebo non posse Paulum loqui elegantiùs aut breuiùs, vt non eam tantùm, sed etiam rei rationem significaret. Nam cùm per minimam capitis diminutionē fiat qui ex filiofamilias paterfamilias vt per emancipationem, aut è contrario ex patrefamilias filiusfamilias vt per arrogationem aut denique ex filiofamilias vnius filiusfamilias alterius vt per adoptionem. Omnibus his casibus communis ratio illa est propter quam tutelæ quæ ex 12. tabulis deferuntur capitis diminutione perire debeant, Quia scilicet personis in aliena potestate positis non deferuntur. Inde nāque fit vt & per adrogationē amittātur quia adrogatus ponitur in potestate adrogatoris, & per adoptionem multò magis, quia qui adoptatur & filiusfamilias est, & iam erat anteà, dices non posse hanc rationem aptari emancipationi per quā scilicet fit quis paterfamilias ex filiofamilias. Fateor: sed dico non posse locum esse huic quæstioni in casu emancipationis, idque apparere ex hac ipsa ratione, quia cùm emancipari nemo possit, nisi qui sit filiusfamilias, hæ autem tutelæ nunquam filiofamil. deferantur, non nisi ridiculè quæri potest, An per emancipationem amittatur tutela quàm is qui emancipatur nunquam habuit. Quomodo enim posset definere id quod nunquam incepit? *l. Titio usufructus. 96. de condit. & demonstrat. l. non posse. 208. de reg. iur.* Ergo non eo minus bona hæc ratio est cùm quæritur generaliter, an tutelæ quæ ex 12. tab. deferuntur, pereant per minimam capitis diminutionem, quia quæstio quantumlibet generalis præsupponit terminos habiles.

b *Eadem ratione qua & hereditates.* Rat. dub. Hereditates legitimæ etiam quæ ex l. 12. tab. deferuntur, vbi semel adquisitæ sunt, non possunt amitti per capitis diminutionem minimam, quia is, qui semel heres fuit, nunquam desiuit esse heres, nisi in seruitutem redigatur, quæ maxima capitis diminutio esset. *l. ex facto.* 43. *§. vlt. de vulg. & pupill. substit.* Quod & prætor in bonorum possessionibus seruat. *l. vlt. §. vnde liberi.* Atqui legitimæ tutelæ etiam postquam adquisitæ sunt agnatis proximis, tamen capitis diminutione amittuntur vt scriptum est in hac lege. Ergo non est bona tutelarum & hereditatum legitimarum comparatio. R. dec. In acquirendis hereditatibus & tutelis legitimis, bona comparatio est, quia tam hæ quàm illæ per l. 12. tab. agnatis deferuntur, sed non in adquisitis & ratio diuersitatis est, quia hereditates adquiruntur habito tantùm respectu ad eum statum in quo reperitur heres qui eo tempore quo hereditas defertur, ei & adquiritur, nulla aut præteriti aut futuri temporis habita ratione. *l. 2. §. proximum.* iuncta *l. 1. §. sequentem. de suis & legit.* Quod generale est in qualibet adquisitione proprietatis. *l. 1. §. Interdum. vers. Non ut proprietas. ff. de vsufr. acer.* At tutelæ non deferuntur nec adquiruntur propter se simpliciter, sed ex comparatione & relatione hereditatis in futurum adquirendæ; Cuius acquisitionis spes non nisi incerta esse potest quādiu is viuit cuius hereditas speratur, cùm possit is qui sperat prior mori, aut aliter fieri incapax successionis *l. Statius Florens.* 48. *§. Cornelio. de iur. fisc.* Cùm ergo certum sit, eum cui tanquam agnato proximo delata & adquisita fuit tutela, si postea familiam mutet, agnatúsque esse desinat, nunquam pupillo suo heredem futurum, illud omnino consequens est, vt cum spe adquirēdæ hereditatis amittat etiam tutelam tametsi iam acquisitam, ita fit, vt tutela etiam post acquisitionem sit ambulatoria sicut & spes obtinendæ quandoque hereditatis, non item hereditas iam adquisita.

c *Quia desinunt esse familia mutata.* Quærit Accursi*, An hodie similiter tollatur agnatio per minimam capitis diminutionem, & respōdet nō tolli, quia agnatus semper remaneat agnatus, sublatáque sit differentia cognationis & agnationis per Iustinianum. in *Nou.* 118. *de hered. ab intest. venient. §. Nullam verò.* sed malè, sustulit enim quidem Iustinianus differentias quæ antea obtinebant quantum ad causam successionis, sed non fecit, nec facere potuit vt nō desinat esse agnatus, qui familiam mutat, non magis quàm vt quisquis cognatus est putà per fœminam coniunctus dici agnatus possit, quomodo & ante Iustinianum Anastasius iam fecerat, vt frater emancipatus, ad fratris legitimam hæreditatem & tutelā vocaretur. *l. 4. C. de legit. tutel. l. Ne lucrum. 5. C. de curat. fur.* Non quidem tanquam agnatus, sed tanquam is, quem legitimum & heredē & tutorem ab Imperatore fieri æquum esset propter proximitatem sanguinis, tametsi per emancipationem agnatus esse desiisset, quia eadem est proximitas sanguinis in cognato eiusdem gradus, quæ in agnato. Nec proinde fuit cur ob has Anastasij cōstitutiones Iustinianus adiecerit dictionem *plerunque* in *§. vlt. Inst. de legit. agnat. tutel.* vt malè putat idem Accursius, sed cum eo loco scripsit, Ius agnationis omnibus modis capitis diminutione plerunque perimi, videtur respexisse potius ad *l. penu. C. de adopt.* vbi constituit idem Iustinianus vt si filiusfamilias detur in adoptionem extraneo, quod non poterat olim fieri sine emācipatione, retineat tamen sua omnia iura pristina in domo & familia patris naturalis & consequenter ius etiam agnationis, quia filius patri agnatus proximus est. *l. filius. 12. de suis & legit. l. 4. §. 1. ff. Quis ord. in possess. seruet.*

d *Plerunque sic deferuntur.* Valde in hoc etiam laborat Accursius vt inquirat cur Paulus adiecerit dictionem hanc, *plerunque*, quod nec ante eum Martinus percipere potuerat nec ipsemelius quàm Martinus, sed facilè est hoc intelligere ex eō quod suprà diximus *de leg. Cornel. de capt.* apud hostes defunctis, quę cùm sit lex noua tanquam posterior. l. 12. tab. faciátque hereditatem & heredem, non tamen sic defert hereditatem vt personam aliquam naturali nomine designet, sed ius ipsis quibus lex 12. tab. deferebat. Ergo proximis agnatis tantùm, nec proinde perpetuum est, vt ex nouis legibus sic hereditates deferantur, vt personæ naturaliter designentur.

1 ¶Iniuriarum, & actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambulant.[a]

Ad §. 1. Iniuriarum.

R. du. Ea quæ cum capite ambulant necesse est vt per capitis diminutionem pereant, pereunte scilicet

capite cum quo ambulabant. Atqui nemo delictis exuitur quamuis capite minutus sit. *l.2.§.nemo.supr. hoc titul.* Ergo actiones ex delicto descendentes, qualis est actio iniuriarum &similes,cum capite nõ ambulant. Ratio decidendi, Quod hic dicitur de capite, intelligendum est de capite naturali quod per capitis diminuti onem non perit, non autem de ciuili quod perit. Capitis enim nomen simpliciter prolatum naturale est. At capitis diminutio nomen est ciuile,vt iam toties diximus. Ambulant itaque cum capite naturali, & ideo supersunt post capitis diminutionem, quia & caput ipsum supereſt. At non ambulant cum capite ciuili quod patitur diminutionem. Hoc verò intellexisse Bartolus non videtur qui ad hunc locum notat, Actiones ex delicto descendentes ambulare cum capitis diminutione, confundens caput cum capitis diminutione. Nec melius Accursius tentat posse hunc §. accipi de actione iniuriarum aut alia ex delicto competente illi qui capite minutus fuit. Quasi verò ex hoc delicto restituantur etiam actiones quæ competebant ante capitis diminutionem ei cuius caput diminutum fuit, perinde ac eæ quæ contra ipsum. Quod tamen non ita est. Nec enim restitutione vlla indigent cùm non interciderint. Vel enim ponimus eum qui capite minutus fuit, antea patremfamilias fuisse vel filiumfamilias. Si paterfamilias fuit qui dederit se adrogandum, transtulit ille cum suo capite fortunas omnes in adrogatorem. *leg. qui ex liberis.2 §. testamento. de bonorum possessione secundum tabulas.* Ergo & actiones si quas habebat, quas proinde adrogator tanquam suas exercere potest. Si verò filiusfamilias fuit qui vel per emancipationem paterfamilias factus sit, vel per adoptionem filius alterius patrisfamilias, remanent actiones penes patrem qui emancipauit aut in adoptionem dedit,quique nullam patitur ipse capitis diminutionem. Cui scilicet iam inde ab initio fuerunt adquisitæ per filium iure patriæ potestatis, ita vt ne momento quidem temporis in persona filij constitissent. *leg.placet. 89. de acquirenda hereditate. lege prima. si à parente quis manumissus sit.* Nec est quod quis obiiciat quasdam esse actiones quas filiusfamilias suo nomine exercere potest, inter quas est actio iniuriarum. *leg. filiusfamilias.9.de obligationibus & actionib.* Nam vt maximè id verum sit, eas tamen exercet non ad suam, sed ad patris vtilitatem, & præterea ita demum si pater nolit eas ipse exercere. *leg. sed si minus. §. ait prætor.de iniuriis.* ideóque parum aut nihil amitteret filius qui has actiones per capitis diminutionem amitteret. Denique nulla æquitas est restituendæ actionis ei qui capite minutus fuit cum facto suo eam amiserit. Ideóque ipsi pereunt actiones omnes quas antè habebat, nisi si quæ habuerunt naturalem præstationem. *leg.proxim. infr. vbi dicam.*

2 ¶ Si libertate adempta,capitis deminutio subsecuta sit: nulli restitutioni aduersus seruum locus est:quia nec prætoria iuris dictione ita seruus obligatur, vt cum eo actio sit:sed vtilis actio aduersus dominum [a] danda est, vt Iulianus scribit: & nisi in solidum defendatur [b],permittendum mihi est in bona,quæ habuit,mitti.

Ad §.2.Si libertate.

Ratio dubitandi, Nemo alieno odio prægrauari debet. *leg.si quis suo 33. §. legis autem. Codic. de inofficioso testamento.* Nec actio vni quæsita, alterius facto ei adimit. *leg. Granius 71. §. penultim. infr.de fideiussoribus. l.si seruum. 91. §. nunc videamus. de verborum obligation.* Atqui cùm quis maximam capitis diminutionem passus est amissa libertate, siue propter ingratitudinem. *lege secunda,tertia, & quarta. Cod. de libert. & eorum liber.* siue quòd passus sit se vænundari ad precium participandum, amittit actionem creditor, atque ita moratur in damno si non ei actio restituatur per prætorem. Ergo ex eadem æquitate edicti perinde restituenda est actio, ac si minima tantùm capitis diminutio interuenisset. Ratio decidendi, Eadem quidem æquitas faceret vt hoc quoque casu restitui deberet actio si posset, sed non potest, quia nulla supereſt persona contra quem restituere prætor eam possit, cùm is qui seruus factus est, pro nullo habeatur etiam iure prætorio. *leg. nullo modo.7. infr. de lege Cornelia de falsis.* nec possit contra eum actio vlla exerceri, nisi criminalis & ad pœnam corporalem. *lege secunda. Codic. de sepulchro violato.* Quomodo accipi debet quod scriptum est in *l.prætor.3.ff.pen.§.eod.ill.tit.* Et *in l.4. §. pen.vi bon.rapt.*

a *Sed vtilis actio aduersus dominum.* Ratio dubitandi, Non restituitur actio ex hoc edicto, nisi ea quæ fuerat ante capitis diminutionem, & quæ esset hodie si capitis diminutio non interuenisset. *l.2. §.ait prætor.supr. hoc titulo.* Atqui nulla actio antea competebat contra hunc qui nunc est dominus, cùm ante capitis diminutionem neque debitor esset neque dominus debitoris. Ergo nec post capitis diminutionem in eum danda actio est. R. decid. Non restituitur ex hoc edicto actio,quæ nulla fuit,sed nunc primùm datur ex æquitate,cùm nec æquum sit in damno morari creditorem, sine cuius facto maxima hæc capitis diminutio contigit, neque possibile actionem vllam dari aut restitui contra eum qui nunc seruus inuenitur, ob idque nimirum actio hæc vtilis appellatur, quomodo omnes quæ ex sola æquitate dantur deficiente iuris ratione.

b *Et nisi in solidum defendatur.* Ratio dubitandi, Tunc creditor mittitur in possessionem bonorum debitoris, cùm debitor latitat & non defenditur. *l.1.& toto tit.* quibus ex causis in possessionem eatur. Atqui hic seruus quem ponimus non defendi, neque latitat, neque ciuiliter debitor est, cùm per capitis diminutionem extincta sit ciuilis obligatio, neque conueniri ipse possit etiam si maximè sui copiam faciat. Neque rursus bona vlla habet eo tempore quo non defenditur, cùm iam factus sit seruus. Ergo quamuis non defendatur à domino, nihil tamen causæ est cur in possessionem bonorum quæ habuit ante capitis diminutionem creditor mitti debeat. Rat. dec. Bona quæ cum capite debitoris ad dominum transierunt, vtique cum sua causa

causa transierunt. In ea autem causa fuerunt ante capitis diminutionem, vt si debitor non defenderetur in solido, creditorem mitti in eorum possessionem oporteret. Idé ergo & post capitis diminutionem obseruandum est,quia dominus non singularis successoris locum obtinet,sed potius successoris vniuersalis, cùm occupet bona omnia illius cuius fit dominus, nec æquum sit infortunium debitoris fraudi esse creditori. sic & in *§. vltim.Instit.de acquisit. per adrogat.* An verò in dominum noxalis actio dabitur si bona non sufficiant? Minime. Datur enim pro maleficio non pro debito,& ita bene Accursius noster respondet ex *tit. de noxal. action. in prima Instit.*

3 ¶Item cùm ciuitas amissa est,nulla restitutionis æqvitas est aduersus eum,qui amissis bonis,& ciuitate relicta,nudus exulat.

Ad §.vlt. Item cùm ciuitas.

R.dub. Et iam is qui se adrogandum dedit, nullà bona habet, cum omnia transtulerit in familiam adrogatoris. *l.si paterfamilias.15 §.de adopt.* Et tamé in eum restituitur actio ex hoc edicto creditoribus omnibus,præterquàm ipsi adrogatori. *l.2.§.pen.§.h. tit.* Ergo bonorum omnium amissio non est iusta causa propter quam denegari debeat hæc restitutio. R.dec. Qui per adrogationem amittit sua bona, is vltro amittit,cum inuitus nemo adrogetur, ne is quidem qui in patris potestate antea fuit. *l.vlt.de iis qui suivelalieni iuris sunt:* & pro eo incõmodo nanciscitur nouã familiam adrogatoris, in eáq; sibi adquirit iura sui hæredis, quæ videtur ille tanti æstimasse vt proinde nihil ei abesse videatur,arg. *l.sed si non seruus,36.ad l. Fal.* Ergo non dignus est, cuius miseratione restitutionis æquitas denegãda sit creditori quomodo dignus est is, qui amissis bonis & amissa ciuitate per sentẽtiam deportationis nudus, & miser exulat. Sed ad quid proderit restitui creditorem aduersus adrogatum qui bona nulla habeat? An credibile est prætorem eam restitutionem policeri quæ inutilis & sine effectu futura sit? Nam is nullam videtur actionem habere quam inopia aduersarij excludit. *l.nam is.§.de dol.* Qua sola ratione putant quidam motum fuisse prætorem vt restitueret actionem creditori adrogati,ne alioqui non haberet creditor,non tam contra quem ageret,quàm vnde solutionem consequi posset. At rursus verba edicti non aduersus alium restituunt actionẽ quàm contra eum ipsum,qui fuit ante capitis diminutionem obligatus. Ergo non contra adrogatorem,sed contra adrogatum. Ego puto restitui actionem à prætore contra solum adrogatum, idque non propter ipsius bona,quæ amisit,sed propter personam, quæ per adrogationem,familiæque mutationem alia facta esse intelligitur. Restitui tamen ita vt non solum agi statim contra eum possit, dilata tamen executione in id tempus quo sui iuris factus fuerit, & aliqua bona habere cœperit,quomodo aliàs fieri solet cum filiusfa.conuenitur & condemnatur. *l.sed si dubitet.10.de fideiuss.* sed etiam,vt possit statim executio fieri in bona adrogatoris,non quælibet,sed ea tantùm quæ habuit ab adrogato, nisi adrogatum ipsum defendere in solidum paratus sit.arg.§. *præce.* Alioqui dicendum esset deteriorem fore condicionem creditoris,cuius debitor adrogatus esset,quam cuius debitor maximam vel mediam capitis diminutionem passus esset,quib.casib.vtiq; daretur actio in bona capite minuti,adeóque in eos ad quos bona ipsius peruenissent. *d.§.præc.& l.2.in pr. sup.eod.* Nec sanè modicum esset dãnum in mora tãti temporis. *l.si debitor.21.de iudic.* cum tamen id omnino agat prætor in hoc edicto ne quid damni ex capitis diminutione debitoris contingat creditori. Hodie minorem aut nullam dubitationem hæc res habet post Iustin. constitutionem, de qua in *ti.de acq.per adrog.inst.* Rursus instabit fortè quispiã, Multo minus dignum esse cuius misereatur prætor eum, qui propter delictum suum sententiam deportationis passus est,vt Papin.dicebat in specie *l.Papin.20.§.ti. prox.* Sed respõdebo id ipsum quod ibi Vlp. Papin. nihil cõmune habere delictum cum venia quæ danda est infelicitati & miseriæ hominis condemnati, ne afflicto detur afflictio contra. *l.iure succursum.6. ff.de iur.dot.* Quamuis nec nouum sit vt prætor det actionem in eum quoq; qui bonis exutus est, quãuis sineemolumento futuram, nec nisi in pœnam, vt in specie *l.vli.in fi.ff.quæ in fraud.cre.* vbi tamen contra eum datur actio qui potest conueniri: at in specie huius §.hoc amplius est, quod deportator conueniri non potest. *l.2.in pr.* vbi dixi§. *h.ti.* Et præterea obseruandũ illud est, nõ restitui à prætore actionẽ ex hoc edicto in pœnã illius,qui capite minutus fuit,sed in fauorẽ creditoris, ne damnum ei afferat capitis diminutio,quæ cõtigit debitori. Atqui fieri nõ potest vt indẽnitatem præstet is,qui nulla habet bona:frustra ergo ptor in eũ hãc restitueret actionẽ. *l.nã is nullam.6.§.de dol.* hoc verò neq; Ioannes vetus interpres intellexit,qui negauit deportatum obligari posse contra. *l.deportatus.15.ff. de interd.& rel.* Neq. Accurs. qui differentiæ inter deportatum & adrogatum rationem illam affert, quod adrogatus omnia ferè bona retineat ex *d.tit. de acquis. per adrog.instit.* Deportatus non item: id enim quod ait de adrogato, Iustiniani primum cõstitutione inductum est, nec temporibus Pauli, cuius hæc lex est, obtinebat.

8. GAIVS lib.4. ad Edictum prouinciale.

EAs obligationes,quæ naturalem præstationem habere intelliguntur,palàm est capitis deminutione nõ perire,quia *ciuilis ratio naturalia iura corrumpere non potest.* Itaq; de dote actio [a], quia in bonum & æquum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis deminutionem.

Ad l.eas obligationes 8.

R. dub. Obligationes omnes etiã ciuiles cum ex cognatione descendant, habent naturalẽ præstationẽ,quia nihil tam naturali æquitati & fidei humanæ conuenit, quàm pacta seruari. *l.1.§.de pact. l.1.ff.de const.pec.* Et quãuis iure ciuili approbentur, tamen maiore ex parte sunt iuris gentiũ. *l. ex hoc iure.5.§. de iust.& iur.l.iuris gentium.7 §.de pact.* Atqui ciuilis ratio nec naturalia iura corrumpere potest, nec ius gentium:Ergo per capitis diminutionem nulla obligatio perimetur, præsertim quæ sit bonæ fidei, ac cõcepta in bonũ & æquum, vt actio de dote,de

qua in hac l. R. dec. Non omnes obligationes quæ sunt ex iure gentium, naturalem præstationem habere intelliguntur, sed eæ tantũ quæ causam habent naturalẽ, cuiusmodi est actio de dote: habet.n. pro causa matrimoniũ. *l.2.& 3.de iur.do.* Quod est iuris naturalis. *l.1.§.1.sup.de iust.& iur.* Ideóq; nimirũ cõcepta est in bonum & æquum, vt hæc l. ait, imò cum illa adiectione, *Quod æquius, melius*, vt apparet ex *l. pen.§.pen.ff.sol.matr.* Quod in cæteris bonæ fidei actionibus diuersum est, tametsi cõdemnatio in iis fiat ex bona fide: Arbitrariæ verò licèt in iis cõdemnatio fiat ex bono & æquo. *§. præterea. Instit.de act.* Non tamen in bonum & æquũ conceptæ sunt, nec naturalem habent præstationem, vt actio de dote, quãuis naturalem includat obligationem, quæ ipsa quidem non perimitur per capitis diminutionem. *l.2.§. hi qui. sup.* sed ineficax est ad agendum iure ciuili. *l. cùm amplius.84.§.is natura debet. de reg.iur.* Ideòq; per capitis diminutionem etiã minimã pereunt, quippe quæ ciuiles ipsæ sunt, non naturales, Idq; siue ipsi qui capite minutus fuit, competebant, siue in ipsum: nec enim potest negari quod Accurs. & post eum Bart. obseruat, hanc l. cum duabus seqq. loqui de actionibus competentibus capite minuto, quas per capitis diminutionem intercidere nõ necesse est, cùm persona ipsa mutari & alia fieri intelligatur, sed non idcirco pugnant hæ ll. cum eo quod diximus in præcedentibus, Actiones illas quæ competebant capite minuto non restitui ex hoc edicto, sed eas tantùm quæ contra capite minutum: Aliud enim est dicere actiones, quæ ipsi competebãt, ipsi perire: quod nos admittimus exceptis iis, quæ naturalem præstationem habẽt, vt lex ait: aliud verò, restitui eas posse vel debere, quod nos negamus cùm omni casu is qui capite minutus est, eas facto suo amiserit, & ob id videlicet quærit Iurisconsultus, An capitis diminutione pereant, non quasi restituendæ essent si perirent, sed vt intelligamus eo casu quo pereunt, nullum capite minuto auxilium superesse.

a *Itaque de dote actio.* Rationẽ affert Accur. propter quã hæc actio nõ pereat capitis diminutione, quia, inquit, cõpetit filiæ proprio nomine, vt & aliæ, de quibus in *l.filiusfamilias.9.* & in *l. in factum.13.ff. de oblig.& act.* Ex quo infert hodie omnes actiones ex castrensi peculio vel quasi, vel ex aduẽtitia causa descendentes saluas manere filio post minimam capitis diminutionẽ, quod ei competãt iure proprio ex *l.vlt.C.de bon.quæ lib.* Sed malè omnia, ni fallor: nam eas quoquo actiones, quas filiusfam. suo nomine exercere potest, vt cõmodati, depositi, Quod vi aut clã, iniuriarum, & quæ in factũ sunt, non tamen exercet ad suam vtilitatem, sed ad cõmodum patris. Et ita demũ si pater eas exercere nolit, vt dixi ad §. *iniuriarum l.prox. præced.* ex *l.sed si vnius licet.§.ait prætor.de iniur.* vt proinde parũ sit eas filio perire, dum saluæ maneant patri, cui iure patriæ potestatis quæsitæ fuerunt, & qui nullam patitur capitis diminutionem, facerétque potius eã ratio vt huiusmodi actiones restitui deberent filio postquã eas per capitis diminutionẽ amisisset, quàm vt eas non amitteret per emãcipationem, aut, quod effectu idẽ est, per adoptionem [quæ non fiebat olim sine emancipatione] cùm per emãcipationẽ in imaginariã seruitutem deduceretur. *l.3.§.vlt.* vbi dixi. *sup.eod.* Quę res faciebat, vt dubitari non posset, quin alia persona esse videretur: *l.qui rem 98.§.aream.de solut.iunct. l.seruus.27.in fi.de adim.leg.* At neq; verum est, filiamfamilias agere de dote suo nomine. Nam quod dicitur, Dotis profectitiæ actionem communẽ esse patri & filiæ. *l.2.§.1.si sol.matrim.* non eum sensum habet, vt filiafamilias possit agere de dote viuo patre, in cuius sit potestate, sed vt nõ possit agere pater sine consensu ipsius aut expresso aut tacito, nec nisi adiuncta filiæ persona, ne alioquinetiam postquam dos fuerit soluta patri, salua maneat actio filiæ ad eam quandoque exercendam, sed tũ demum cùm sui iuris facta fuerit. *d. l.2.§.1.* vbi & Bart. hoc nota t. *l.& heredi.21.§.filiafamilias. sup.de pact.* Qui etiam sensus est *l.prox.seq.* vbi dicitur filiamfamilias acturam de dote quandocunque erit emancipata, supple *vel aliter sui iuris effecta*, putà morte patris. Sed nihil de hoc casu expressũ est, quia tractatur hic de capitis diminutione, quæ interuenit duntaxat cùm filia fit sui iuris per emancipationem, non etiam cùm per mortem patris. *l. 3.§. vltim.de SC. Macedon.* Itaque verum quidem est, Actionem de dote profectitia communem esse patri & filiæ, etiam durante patria potestate, sed tantũ habitu non exercitio. Debuit ergo Accurs. hoc vnũ dicere quod postea subiicit, specialẽ esse rationem æquitatis in dote profectitia. Sed non eam quam desumit ille ex *l.1.solu.matr.* quod publicè interfit, dotes mulieribus conseruari vt possint nubere & iustis liberis replere ciuitatem. *l.interest. 18. de reb.auct.iud. possid.* Est enim ratio illa ciuilis potius quàm naturalis, nec minus haberet locum etiãsi actio de dote solius esset patris, cùm pater dotem filiæ sibi restitutam cogatur ei seruare siue potestatis siue pactionis iure ad eum redierit. *Authent.sed quamuis. C. de rei vxor. action.* At ex eo potius quod pater filiam ex officio & ratione naturali dotare cogitur. *l. capite.19.de rit. nupt.l.vlt. C.de dot.promiss.* Dátque dotem pater nomine filiæ eo animo & voto ne ad se vnquam dos reuertatur. *l.1.ff.de iur.dot.* Sed vt sit perpetuum filiæ patrimonium. *l.3.§.sed verum.sup. tit. prox. l.vlt. de collation.dot.* Denique dotis capax est filiafamilias constante matrimonio non minus quàm matrimonij constante patria potestate. *leg. Pomponius Philadelphus, 35.famil.erciss.* Itaque bonum & æquum est, dotem quæ soluto matrimonio apud maritum remanere non potest, reddi filiæ, cuius nomine fuerat data, & cuius etiam esse dicebatur constante matrimonio, quamuis interim esset in bonis mariti. *l.quamuis.75.eod.ti.de iure dot. l.in rebus.30.C.eod.* Adeo vt nulla sit opus in eam rem conuentione, quomodo esset opus vt dos soli patri restitueretur, aut etiam extraneo, si extraneus dotem dedisset. *l.auia.6.eod.titul.l. cùm dos.7. infr. de pact.dotal.lib.* Sed & falsum illud est quod addit idem Accursius, ius ciuile hac in re naturali repugnare. Itémque quod subiicit, naturale præualere. Nam imò verò conueniunt optimè, cum ideo sit actio communis patri & filiæ, vt neque huic, neque illi iniuria fiat, & si quod præualet, ciuile proculdubio est potius quam naturale. Actionem enim, vt diximus, solus pater exercere potest, quamuis adiungi personam filiæ necesse sit, non item filia, nec si velit adiungere personam patris. Alioqui dicendum esset pro Accurs. Actionem hanc de dote quæ datur filiæ, & quam Caius negat perire per emancipationem esse iuris naturalis, quod tamen ridiculum esset, cùm actiones omnes sint iuris ciuilis, saltem sumpto generaliter eo nomine vt ius quoq; prætorium comprehendat. Nullæ verò naturales, aut iuris naturalis, cadítque ea distinctio in obligationes tantùm, non in actiones. Quare nec ita Gaius hîc loquitur, vt dicat, Actionem de dote esse iuris naturalis, aut naturalem, sed hoc tantùm, dotis obligationem habere naturalem præstationem, quasi restitutoria id est, ex hoc edicto restituta, sed quia ex æquitate danda est mulieri, ne viuens indotata maneat, cùm ob hoc ipsum lex, quæ ipsi pœnam deportationis irrogauit, dotem tamẽ eius non publicauerit, cùm tamen aliorum deportatorum omnium bona omnia ipso iure publicentur nisi speciali indulgentia excipiantur. *l. relegatus. 14.§.1.de bon.damn.* Porro eum, qui amissa ciuitate, nihilominus ex priuilegio aliqua bona detinet, necesse est pro iis bonis, vtilibus saltem actionibus & agere & conueniri posse. *dict.l.relegatus.§. vlt.* Itaque si quæratur, cur hoc casu salua sit mulieri actio de dote post deportationem, noli respondere cum Accursio quòd eadem sit hac parte ratio mediæ & minimæ capitis diminutionis, sed dic potius, quia per deportationẽ mulieris dos non publicatur, sed ei incolumis seruatur, nõ vt mariti lucro possit cedere sed ne ipsa maneat indotata. Ideoq; si talis casus esset, in quo dos quoq; publicaretur, nemo dubitaret, quin actio de dote per deportationem perempta esset, quantumuis naturalem habeat præstationem. Est ergo euidens differentia inter mediam & minimã capitis diminutionẽ etiã cum de actione de dote tractamus, adeoque quod magis est, eo quoq; casu, quo dos non publicatur, cũ post minimã capitis diminutionẽ superstet etiam directa actio de dote, quæ post deportationem non potest esse nisi vtilis. Sanè quod de maxima quoque capitis diminutione Accursius adiicit, nimis euidenter falsum est, pugnátque ex diametro cùm Vlpian. in *dict. leg. 5. in princip. de bonis damnator.* Sicut & quod ait, dotem eo casu, quo non publicatur remanere penes maritum, pugnat omnino cum eodem Vlpiano in *dicta leg.5.§.1.* Quam legem non videtur Accursius vidisse. Certè ad eam non animaduertit cum ista scripsit.

9. PAVLVS. lib.II. ad Edictum.

VT quandoque emancipata agat.

Ad l.Vt quandoque 9.

Quæ ad hanc l. pertinent iam satis diximus ad præced. Illud tantùm addiendum est, malè Accurs. quod hîc dicitur de emancipatione, & minima capitis diminutione trahere ad maximam, vel mediam capitis diminutionem, quasi his quoque casibus salua maneat mulieri actio de dote, nisi fuerit damnata ex vna de quinque legibus, de quibus in *l. 3.de bon.damnat.* Nam siue filiafamilias ciuitatem tãtùm amiserit, siue etiã libertatẽ, certum est, non posse ei actionẽ vllã de dote, vt nec de alia re super esse, cũ actiones omnes sint ex iure ciuili, cuius nullã prorsus cõmunionẽ retinent qui ciuitatem amiserunt. Et quidem cum libertatẽ amisit, expeditum est: habetur enim quasi pro mortua, & ideo mariti lucro dos cedit, si pater eo tempore iam mortuus reperitur. *l.sed si alia.5.de bon.damn.* Nam & generale est, vt quo casu dos profectitia redire ad patrẽ non potest, mortuo in matrimonio filia, debeat penes virum remanere. *l.liberis. 8.§.vlt.eod. tit. de bon.damnat.* Idque non quasi ex noua causa, sed ex præced. ritulo ipso dotis, ex quo dominium fuerat quæsitum marito, eo animo & voto, vt penes eum dos perpetuò maneret. *l.1.de iur.dot.* Sed in muliere deportata, quamuis eadem ratio iuris idem ius suadeat: Æquitas tamen & humanitas facit, vt permittendum ei sit agere de dote soluto demum matrimonio (nec enim dissoluitur per deportationẽ. *l. 1.C.de repud.*) quia restitui aliquando in ciuitatem potest. *l.intercidit.59.de cond.& demon.* Quo casu eueniente indotata reperiretur si dos penes maritũ remansisset, quomodo eam remansisse necesse esset, si nullam contra eum de dote actionem mulier haberet. Atque ita Vlpianus scribit in *d.l.5.§.quod si deportata.de bon. damnat.* At non erit actio illa directa ciuilis, sed vtilis, cùm directa non possit superesse amissa, vt dixi, ciuitate: vtilis vero erit, non

10. MODESTINVS lib.8. Differentiarum.

LEgatum in annos singulos, vel menses singulos relictum, vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamẽ inieruenien-te, perseuerat, videlicet quia tale legatum in facto potius, quàm in iure, consistit,

Ad l.Legatum 10.

R.dub. Legata omnia sunt iuris ciuilis, & ex lege 12. tabul. *l. verbis legis. 120. de verbor. signif.* Cum legatum nihil aliud sit, quàm quod legis modo imperatuè relinquitur, vt definit Vlpianus in *fragm. tit.de legat.* Atqui omnia iura ciuilia, quæ sunt priuata hominis aut familiæ ipsius pereunt per minimam quoque capitis diminutionem. *l. nam & cætera.6.supr.hoc titul.* Ergo & legata omnia siue in annos vel menses singulos relicta sint, siue habitatio legata proponatur. R. decid. Legatum, quod in annos vel menses singulos relinquitur, pro alimentis relinqui intelligitur. *leg.cùm hi. 8.§. siue igitur. supr.de transactionib.* Nisi relictum sit homini honestioris loci tanquam salarium annuum, vel vsusfructus potius, quàm vice alimentorum. *§.si in annos.eod.leg.* Et ideo in facto consistit hoc legatum, non in iure, idémque est de legato habitationis, quia vt quis alatur vel habitet facti est non iuris, & vt benè hîc explicat Accursius, non inspicitur in persona huius legatarij, an capere possit ex testamento necne, sed an possit ali, vel habitare, quæ res cadit in seruos non minus quàm in liberos homines. *l.legatis.6.l.in cui.2.l. seruos.17. infr.de aliment.*

legat. l.3.§. de iis quæ pro non script. habent. In quo differunt hæc legata à legato vsufructus. Consistit enim vsufructus in iure. *l. Mæuius. 66.§. fundo. de legat.2.* Quamuis constet ex vtendo fruendo. *l. vnic. in princip. quando dies vsusfruct. legat. ced.* Ideóque finitur vsufructus capitis minutione, non etiam legatum alimentorum aut habitationis. *l. in singulos. 8. de annuis legatis.* Vtrumque sanè finitur morte, sicut & alimentorum & habitationis necessitas. Ergo quod hoc legatum alimentorum & habitationis etiam post capitis diminutionem non solùm minimam, sed etiam maximam perseuerat non fit ex ratione aliqua speciali & fauore alimentorum, vt malè putat Accursius, sed ex ratione communi, quam hîc Modestinus ponit, quod huiusmodi legatum in facto, non in iure consistat; Potestas autem iuris ciuilis, ex quo sunt omnes capitis diminutiones, ad ea extendi non possit quæ sunt meri facti. *l. denique. 19. infr. tit. prox. l. qui heredi. 44. de condit. & demonstr. l. in bello. 12.§. facti. de capt. & postl. l.1.§. si vir vxori. de adquirend. possess.*

II. PAVLVS lib.2. ad Sabinum.

CApitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima. tria enim sunt, quæ habemus, libertatem, ciuitatem, familiam. Igitur cùm omnia hæc amittimus, hoc est, libertatem, & ciuitatem, & familiam, *maximam* esse capitis deminutionem: cùm verò amittimus ciuitatem, libertatem retinemus: *mediam* esse capitis deminutionem: cum & libertas, & ciuitas retinetur, familia tantum mutatur: *minimam* esse capitis deminutionem constat.

Ita l.vlt. capitis.

R.dub. Tot sunt capitis diminutionis genera, quot sunt res quas habemus & amittere possumus, vt ostendit ratiocinatio, qua Paulus vtitur in hac l. Atqui non tantùm libertatem habemus & ciuitatem & familiam, sed etiã alia pleraque, præsertim verò famã, dignitatem & facultates, quarum omnium rerum iactura grauissima est, sed præsertim famę, cum si quis infamia laboret, vix in ciuitate & inter honestos viros possit viuere. *l. 2. C. de dignit. lib. 12. l. isti quidem 8.§. penult. ff. quod met. caus.* Ergo plura sunt quàm tria capitis diminutionis genera.

Rat. decid. Tria tãtùm sunt quæ habemus, ex quibus ciuilis status hominis æstimatur libertas, quæ à iure naturali: ciuitas, quæ à ciuili: familia, quæ à iure peculiari, & gentilitio dependet, quæ omnia si salua sint, idem hominis status manet, quamuis & famæ & dignitatis & facultatum iacturam passus probetur. Pertinent enim ista ad consequentiam & accidentia status potius quàm ad substantiam. Sed cùm aut libertas, aut ciuitas, aut familia amittitur, tum demum capitis diminutio fit, quia status necessariò mutatur: Caput námque in hoc tractatu pro statu accipimus. *leg. 1.* vbi dixi. *ff. hoc tit.* non pro existimatione. Aliud enim est minui caput, aliud verò minui existimationem. *leg. penult. §. minuitur. de extraordinar. cognit.* Objicies, cum qui ex libero factus est seruus, nullum hodie statum habere. *l.3.§. vlt. & l. sequent. supr.* nec proinde posse dici mutasse statum, cùm mutatio omnis secundum philosophos duo extrema requirat. Sed facilis responsio est, Mutationem status fieri non tantum ab vno statu in alium statum, sed etiam à statu aliquo ad non statum, sicut & apud philosophos non tantùm ab vno esse ad aliud esse, sed etiam ab esse ad non esse, quæ omnium maxima mutatio est, mutatio, inquam, non tamen permutatio. Permutationis enim nomen denotat nescio quid subsistentis & positiui ex vtraque parte. *lege 1. de verum permutation.* Obidque mallem definire, capitis diminutionem status mutationem, quàm permutationem in *leg. 1. supr.* quomodo definita est à Iustin. init. huius tit. in Instit. Iunge *l. si quis filio. 6.§. irritum. de iniust. rupt.*

EX QVIBVS CAVSIS MAIORES VIGINTI quinque annis in integrum restituuntur.

TITVLVS VI.

VLPIANVS lib.12. ad Edictum.

IVvs edicti causam nemo non iustissimam esse confitebitur. læsum enim ius per id tempus, quo quis reipublicæ operam dabat [a], vel aduerso casu laborabat [b], corrigitur. nec non & aduersus eos succurritur [c], ne vel obsit, vel prosit, quod euenit.

1 ¶ Verba autem edicti talia sunt: *Si cuius quid de bonis, cùm is metu, aut sine dolo malo, reipublicæ causa abesset, inve vinculis, seruitute, hostiúmq; potestate esset, siue cuius actionis eorũ cui dies exisse dicetur.* ¶ *Itẽ si quis quid vsu suũ fecisset, aut, quod nõ vtẽdo amisit, cõsecutus, actionéve qua solutus ob id, quod dies eius exierit, cùm absens non defenderetur, inve vinculis esset, secúmve agendi potestatem non faceret, aut cùm in eum inuitum in ius vocari non liceret, neque defenderetur: cúmve magistratus de ea re appellatus esset, siue cui pro magistratu, siue dolo ipsius, actio exempta esse dicetur earum rerum actionem intra annum, quo primùm de ea re experiun-*

di potestas erit. ¶ *Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam. quod eius per ieges, plebiscita, senatusconsulta, decreta principum, licebit.*

Ad Tit. 6. Ex quib. caus. maior. 25. ann. in integr. restit.

l.1. Huius edicti.

Ratio dub. Non fuit prætoris propositũ succurrere maioribus, sed tantùm minoribus. *l.3.§. sed vtrum. ff. de minor.* Quia maioribus imputari potest, cur non fuerint diligentiores in prospiciendo sibi, suísque rebus, cũ iura scripta sint vigilantibus & diligẽtib. *l. quod autem. 6.§. sciendum.* & *l. pennl. in fin. infr. quæ in fraud. creditor. l. nõ enim. 16. infr. hoc titu.* Quod nõ similiter minorib. imputari potest, quos ætatis & consilij infirmitas excusat: Ergo non debuit hoc edictum proponi in fauorem maiorum sufficientibus aliis capitibus ædicti de restitutionibus, de quibus huc vsque dictũ est, si fortè per vim, aut metum, vel per dolum aduersarij, vel denique per capitis diminutionem debitoris læsi esse probarentur.

Ratio dec. Nõ fuit quidem propositum prætoris in edicto de minoribus vt faueret maioribus, sed fuit tamen necesse vt maioribus quoq; auxiliũ polliceretur, non tantùm ex supradictis causis restitutionis, sed etiam si fortè per iustam & probabilem absentiam læsos se docerẽt. *l.1. sup. de in integ. restit.* Semper enim auxilio dignus est is, qui damnum aliquod patitur, si ei nihil imputari possit. Variis autẽ ex causis potest contingere vt maior, cuius nulla culpa sit, damnum aliquod incurrat, cuius rationem haberi oporteat ad dandam restitutionem.

a *Quo quis Reipublicæ operam dabat.* Ratio dubitandi. Absentia non est iusta causa petendæ restitutionis in integrum, cùm possit imputari ei, qui abfuit, cur non reliquerit procuratorem in ciuitate priusquam abesset, aut etiam cur non constituerit procuratorem postquam abesse cœpit. *l. Papinian. 20. supr. de minor.* Ergo indignus est cui subueniatur per restitutionem. Generalis enim regula est, nunquam restituendum esse eum, cui imputari aliquid potest, quia nec videtur quisquam damnum sentire, quod ex culpa sua sentit. *l. quod quis. 203. de reg. iur.* Ratio dec. Multa possunt accidere propter quæ vel non potuerit quis relinquere procuratorẽ vel ignoscendum ei sit, cur non reliquerit. *l. ab hostib. 15. ff. h. tit.* Bene igitur prætor putauit succurrẽdum esse saltem ex causa ei etiam qui procuratorẽ in ciuitate relinquere potuit, nec reliquit. *l. sed & si. 26.§.1. ff.* Imò, quod magis est, etiamsi reliquerit. *d.l. sed & si. §. vlt.* vbi dicemus. & ad *l. is, qui. 39. eo.* Dixi iam ad *d. l. Papinianus.*

q *Vel aduerso casu laborabat.* Aduersus casus & fortuitus non alij nocere debet, quàm ei in quẽ incidit vulg. *l. quæ fortuitis. 6. C. de pignor. act. l. Lucius. 11. l. si per imprudentiam. 51. de euictio. l. exceptione. 67. ff. de fideius. l. contractus. 25. in fi. de reg. iur.* Ergo non debet aduersus casus vnius inducere restitutionem in integrum contra alterum, cui nihil imputari potest. R. dec. Ea est humanæ conditionis infirmitas, vt aduersis multis casibus passim sit obnoxia, quorum miseratione nõ moueri esset sanè inhumanũ, sed illud multo inhumanius, si homini misero iam satis afflicto illa etiã daretur afflictio, vt rei familiaris iacturã præsertim non leuem ex aduerso illo casu subire cogeretur, planéque improbi esset hominis, casum aduersũ alterius aut expectare, aut amplecti, vt ex eo lucri occasionem sibi quæreret. *l. inter stipulantem. 83.§. sacram. versic. sed genus. de verb. oblig.* iunct. *l. si venditor. 6.§.1. & l. seq. ff. de ser. expor.* iunct. *l. iure succursum. 8. de iur. dot.*

c *Nec non & aduersus eos succurritur.* R. dub. Qui absunt reip. causa digni sunt contra quos non succurratur, cùm id faciant quod iure & ratione naturali optimus quisq; facere cogitur tanquã reip. non minus quàm sibi natus. *l.1.§. generaliter. de ventr. in poss. mit.* Ergo iniquum & absurdũ est dari restitutionem contra eos, qui abfuerunt reip. causa, contra quos non daretur si non abfuissent. R. dec. Nõ succurritur contra eos, qui reip. causa absunt, vt damnũ aliquod iis infligatur, quod certè non nisi per iniquè & malo exemplo fieri posset. (Ita námque fieret, vt publicum officium suum esset illis damnosum. *l. videlicet. 29. ff. h. tit.*) sed hactenus vt ex absentia sua lucrum non sentiant in necem & perniciẽ alterius, cui absentia illa esset nocitura. Si enim absenti non debet nocere sua absentia, quanto minus alteri? Æquissimum igitur est quod voluit prætor neq; prodesse neq; nocere absentiã neque absenti ipsi, neque aliis, qui in ciuitate manserunt. *leg. absentia. 104. de reg. iur. l.2. in fi.§. si ex noxal. caus. agat.* Ergo tria capita hoc edictum habet: primum pro absentibus, secundum contra absentes, tertium quo promittitur auxilium restitutionis generali clausula, Si qua prætori iusta causa esse videbitur. Quod & Accurs. bene notauit. Cætera, quæ in hac l. sequuntur, id est, verba edicti, non aliam hîc exigunt interpretationem, quàm quæ ab Vlpia. & aliis iurisconsultis adhibetur in *seq. l. huius tit.* Ad quas singulas nos quoque rationes dubitandi & decidendi afferemus. Illud vnum explicatione indiget; quod in edicto scriptum est, *Cúmve magistratus de ea re appellatus esset.* Nã neq; Vlp. neq. alius quisquã ex iurisconsultis vlla huius tit. parte hæc verba explicauit, credo quod nullã dubitationẽ recipere viderentur, & tamen eorũ sensum assequi Accurs. nõ potuit somnians nescio quid de dilatione data per iudicẽ, aut de querela proposita prætori, neq. tamẽ aduersario denũciata, q̃ omnia ridicula sunt. Apertissimũ. n. est horũ verborũ sensum illum esse, vt si dies actionis exierit, ob id quod magistratus, qui iudicẽ dedit, appellatus fuerit ab aduersario qui cõueniebatur interposita nimirum appellatione frustrãdi causa, vt sæpè fit, danda sit hoc casu restitutio maiori, ne noceat ei frustratoria aduersarij appellatio, vt in specie *l. intra vtile. 39. ff. de minor.* vbi tamẽ obseruandũ est succurri minori aduersus eiusmodi frustratoriã appellationẽ nõ per auxiliũ restitutionis in integ. sed æquitate restitutionis iã impetratæ, siue q̃ hac parte vt aliis plerisq. minores debeãt esse fauorabiliores quã maiores, in iis quoq. in quibus etiã maiorib. succurritur. *l. vl. ff. de in integ. rest.* Siue potius ne alioqui daretur restitutio ad petendã restitutionẽ, quod nunquã fit, ne detur progressus in infinitũ: maximè verò cũ eadẽ æquitate possit prætor restitutionẽ à se datã tueri post tẽpus, quo terminata esse debuit, qua nouã restitutionẽ dare, in eámq; rem nouum tempus indulgere: vtrũque

enim ad officium & iurisdictionem prætoris pertinet vt & restitutionem det aduersus lapsa actionis aut restitutionis tempora, & animaduertat an lapsus temporis nocere debeat ei qui restitutionem intra constitutū tempus impetrauit. Præter id quod difficilius est prætori vt impediat ne dies actionis excat quæ suo marte currit, quàm ne exeat dies restitutionis iā petitæ, quia de actione non pronunciat, nec iudicat prætor, sed iudex ab eo datus quomodo cognoscit & pronunciat de in integrum restitutione minorum. *leg. 1. l. quod si minor. 24. §. vltim. supr. de minoribus.* Sed quanquam hæc non improbabiliter dicuntur, verius tamen puto aliam esse sensum horum verborum, eum nempe quem nos afferemus ad *l. sed & si. 26. §. aut prætor aut cum eū, vers. sed nec ad eos. ff. h. tit.*

2. CALLISTRATVS lib. 2. Edicti monitorij.

HOc edictum, quod ad eos pertinet, qui eo continentur, minus in vsu frequentatur: huiusmodi enim personis extra ordinem ius dicitur ex senatusconsultis, & principalibus constitutionibus.

Ad l. Hoc edictum 2.

Malè Accurs. Bart. & cæteri hanc l. intelligunt de postrema parte edicti quæ generalem illam clausulam habet, *Si qua alia iusta causa mihi esse videbitur.* Nā è contrario pertinet ad duas priores partes edicti, in quibus, vt apparet, enumerantur plures personæ quas prætor ex hoc edicti capite se restituturum pollicetur. Id enim est quod hic ait Callistratus, *Quod ad eos pertinet*, ac paulò post, *huiusmodi enim personæ.* Quibus verbis nō potest negari quin ea pars edicti significetur, quæ personarum mentionem facit: eiusmodi autem sunt duæ priores, nō etiā vltima, in qua nec in genere, nec in specie mētio vlla fit personarum. Et ridiculus est Accurs. qui quòd lex ait de huiusmodi personis intelligit de vilibus, quibus per hoc edictum non subuenitur specialiter. Quasi verò de iis locutum fuisset in præcedentibus, de quibus tamen verbum nullū, aut quasi nō etiam egregiæ personæ adiuuari possint & debeant ex generali illa clausula, *Si qua alia iusta causa esse mihi videbitur.* Quoties in eorum personis iusta aliqua restitutionis causa occurrit. Fefellit autem Accurs. & Bart. quod hæc lex ait, hoc edictum, quod ad eos pertinet qui illo continentur minus in vsu frequentari. Hoc enim cōcoquere non potuerunt, videntes tantam esse huius edicti æquitatem vt negligi & in desuetudinem abire non possit, nec animaduertentes non ita scribere Callistratū, quasi hodie non succurratur iis personis, quibus prætor succurrēdum putauit, sed quia iis succurritur extra ordinem, nulláque impetrata actione ex authoritate senatusconsultorum & principalium constitutionum, quibus factum est vt iis ius dicatur extra ordinem. Nam cùm prætor huiusmodi personis actionem dūtaxat se daturum pollicitus esset, visus est earum personarum fauor maius quidpiam exigere, & vt ea agnitio esset non iudicis dati ac pedanei quomodo esse solebat earum rerum, quas prætor minus curabat, sed ipsius prætoris & maiorum magistratuum, qui nunquam ipsi per se nisi de maioribus causis cognoscebant ante *l. 2. C. de pedan. iudic.* quæ prima hoc ius immutauit. Hoc verò cùm eueniebat, dicebatur prætor extra ordinem cognoscere & pronunciare, vt in causa restitutionis in integrum minoris in causa status, transactionis factæ de alimentis & aliis, huiusmodi, quæ non nisi maiores iudices habere poterant. *l. non distinguemus. 32. §. de liberali. ff. de recept. qui arbitr. recep. l. cum hi. 8. §. si prætor. ff. de transact.* Quia ordinarium erat vt non prætor ipse aut alius magistratus cognosceret, sed iudices daret. *d. l. 2. & tot. tit. ff. de iudic.* Itaque quod hic Callistratus scribit, personis in hoc edicto enumeratis ius dici extra ordinē, nihil aliud est quàm prætorem ipsum de causa huius restitutionis cognoscere, nec amplius iudices dare vt dabat antea ex verbis edicti, quib. etiā conuenit quod ex Vlp. scribitur in *l. prox. seq.* Disquisitionē esse iudicis dati. f. à prætore, an iustus fuerit metus necne, quæ disquisitio est hodie ptoris. Et ob id nō ait in hac *l. Callistr.* hoc edictū hodie in vsu nō esse absolutè, sed addit, quod ad eos qui eo cōtinētur, i. quod ad partē illā quæ enumerat personas, quibus prætor auxiliū se daturū pollicetur. Nam quod ad postremā partē, quæ nullā personarū mentionē facit, & quæ incipit ab illis verbis, *Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur*, nihil immutatū est, quia prætor in ea parte nō edixit daturum se actionē vt in priore, sed, se restituturum. i. per seipsum & extra ordinē cogniturū. Quo exēplo fuit tanto æquius & facilius senatui atq; impp. constituere vt de iis omnib. quæ ad priorē quoq. edicti partē pertinerent, prætor extra ordinē ius diceret. Itaq. verba illa *extra ordinem* nō cognitionē prætoris excludūt, neq; edicti huius potestatē, vt malè sensit Cuiac. in *paratit. C. ad hūc tit.* sed tantū dationē iudicis & actionis. Nā nec probabile est Principē aut Senatū hanc cognitionē prætori aufferre voluisse, vt sibi eā vindicarēt. Neque verò Bart. Accurs. & veteres cæteri alia de causa in hoc cæcutierūt quàm quia veteré illū ritū iudiciorū ignorarunt interpretātes hīc qd lex ait *extra ordinē* sanè perquā ridiculè *extra speciales clausulas.* Neq. absurdū videri debet, aliter cōceptū fuisse edictū, aliter obseruatū. Fuit. n. cōpositū, vt nemo nescit, à Saluio Iuliano, cuius tēporib⁹ ille iudiciorū ordo erat vt ptores cæteríque magistratus, nō vt ipsi cognoscerēt. Postea verò id immutatū est pro arbitrio Senat⁹ & Impp. prout personarū vel causarum fauor postulare videbatur donec generali tandē cōstitutione Impp. Diocletiani & Maximiani in *d. l. 2. C. de pædan. ind.* factū est ordinariū quod erat extraordinarium. Nec subtilior Equinarius Baro qui sumpta occasione ex huius *l.* inscriptione, l. hāc de edicto monitorio intelligit, nō de illo de quo in *l. 1. h. tit.* Quasi edictū illud monitoriū iu vsu esse desierit, non etiā quod ex edicto perpetuo scriptū est in *d. l. 1.* Fateor monitoriū edictū. i. annuū quo solebat quisq; ptor singulis annis monere de qua re ius dicturus esset, fuisse antiquatū p illud qd postea perpetuū factū est, ita vt edictum monitoriū dicatur, ni fallor, per antithesim & cōparationē edicti perpetui. Sed cū perpetuū vnū factū sit ex præcedentib. omnibus monitoriis, nihil vetat, de vtroque edicto & monitorio & perpetuo idē scribi & intelligi. His ita cōstitutis ratio dub. ad hanc l. illa adferri potest, quod vbi actio ordinaria cōpetit, nō sit cōfugiēdū ad auxiliū extraordinariū ex *l. in causa. 13.* (qua passim nostri ad hoc brocardicum

dicum abutuntur. ff. *de minor.* Atqui competebat actio ordinaria ex verbis huius edicti, ergo non debuit constitui, vt iis ipsis personis, quæ edicto continebantur, iuris extra ordinem diceretur. Ratio autem decidendi ex superioribus facilè intelligitur, fauorem personarum de quibus prætor edixit, dignum fuisse visum qui prætorem solum de hac restitutione cognitorem haberet, non etiam datum à prætore ac pedaneum iudicem, idque exemplo eius, quod idem prætor iam constituerat in restitutionibus in integr. minor. Et in ea quam pollicitus fuerat per generalem clausulam, *Si qua sibi iusta causa esse videretur.* Fuit autem ad antiquandam actionem istam rescissoriam necessaria autoritas senatusconsultorum, & principalium constitutionum, cùm & Senatus, nedum principum longè maior esset auctoritas quàm prætoris. Hoc verò si ita est, vt est, tractari hodie non potest de actione rescissoria quæ olim ex hoc edicto competebat, sed tantùm de cognitione extraordinaria in locum illius actionis substituta, iisdemque tamen iuris regulis & rationibus expedienda.

1 ¶ Hoc autem capite adiuuantur in primis hi, qui metus causa abfuissent: scilicet si non superuacuo[a] timore deterriti abfuissent.

Ad §. 1. Hoc autem capite.

Ratio dubitandi. Prima pars edicti de restitutionib. in integrum iis specialiter succurrit qui metum perpessi sunt *toto tit. quod metus causa.* Ergo frustra prætor hanc quoque partem ad eos adiuuandos proposuit, videtúrque actum egisse. Ratio decidendi. Pars illa prima edicti suc currit iis, qui per metum coacti aliquid gesserunt, per metum (inquam) illatum; & in re præsenti factum *l. 3. illo tit.* At in hoc edicto succurritur ei, qui per metum abfuit duntaxat etiamsi nihil fecerit, nec facere coactus sit. Fuit igitur hæc pars edicti necessaria.

a *Scilicet si non superuacuo.* Ratio dubitandi & decidendi, ea quę à nobis allata fuit ad *l. 3. 5. & 6. ff. quod met caus.*

3. VLPIANVS lib. 2. ad Edictum.

METus autem causa abesse videtur, qui iusto timore mortis, vel cruciatus corporis cōterritus abest: & hoc ex affectu eius intelligitur[b]. Sed non sufficit quolibet terrore[c] abductum timuisse: sed huius rei disquisitio iudicis est[d].

Ad l. Metus 3.

Huius leg. sententia eadem est, quæ præcedentis in fine Metum scilicet ac terrorem iustum esse debere, id est, qui etiam in constantem hominem cadere possit non quemlibet non vanum non superuacuum. Eadem igitur est ratio dubitandi & decid.

b *Et hoc ex affectu eius intelligitur.* Cùm enim possint variæ esse causæ, propter quas abesse quis velit difficile est dignoscere, an metus, an qua alia causa præbuerit occasionem absentiæ; nec nisi ex animo & affectu eius, qui abfuit, sciri hoc potest. Qui porrò animus argumentis inuestigandus est ex qualitate & moribus personæ, vt in *l. non omnes 5. §. barbarius ff. de re milit.*

c *Quolibet terrore.* Ergo, inquit Accurs. minæ atroces, quas vocat ille sufficientes faciunt iustum metum ex *l. sunt quadam 19. ff. de extraor. crimin. l. interpositas 13. C. de transact.* Et ita sanè est, si tamen addas, quod addit Bart. Dummodo illatæ sint minæ à persona verisimiliter metuenda. vt in *d. l. sunt quadam. & in l. Fulcinius 7. §. quid sit autem. ff. quib. ex caus. in possess. eat.* nec enim alioqui constantis est hominis, minas extimescere illius, qui quod minatur exequi non possit, aut etiam si possit tamen nolit, saltem non soleat.

d *Sed huius rei disquisitio iudicis est.* Dati scilicet à prætore, qui verbis edicti actionem & consequēter iudicem daturum se pollicetur. Sunt enim istæ synonima, actionem, iudicem, iudicium & formulam dare, sed hodie hęc disquisitio est prætoris, qui de eiusmodi restitutione per se & extra ordinem cognoscere iubetur, vt dixi ad *l. 2. ff.* Sensus verò est, in arbitrio cognoscentis esse, an iustus metus, an quid aliud causam dederit absentiæ: est enim hoc facti, cuius quæstio semper posita est in arbitrio & religione iudicantis. *l. 1. §. 1. vers. fic. quorum alterum. ad Senatusc. Turpill. l. ordine 15. ad municip. l. voluntatis 7. C. de fideicom.*

4. CALLISTRVTVS lib. 2. Edicti monitorij.

ITem hi, qui reipublicæ causa, sine dolo malo abfuissent. Dolum malum eò pertinere accepi, vt qui reuerti potest, neque reuerteretur in eo, quod per id tempus aduersus eum factum est, non adiuuetur: veluti si alterius grandis commodi captandi gratia id egerit, vt reipublicæ causa abesset, & reuocatur ab isto priuilegio.

Ad l. Item hi 4.

Ratio dubitandi. Qui reipublicæ causa sine dolo malo absunt, mandatum habent à republica vt id faciant, cuius gratia absunt, ergo si quid interim dāni passi sint, agere debent de indemnitate aduersus administratores & curatores reipublicæ, vt satisfiat iis ex ęrario publico, non autem eam indemnitatē persequi periculo & incommodo eius cōtra quem restitutio postulatur, qui nihil dolo malo neq; mala fide fecit, ne alioqui præmium vnius sit pœna alterius, quod esset multò iniquiùs, quàm vt pœna vnius præmium alterius esset cōtra *d. l. si sequens 15. de SC. Silan.* Nam nec mala fides superueniens, ac ne quidem contestatio litis impediret cœptam vsucapionem. *l. si post acceptum 8. ff. de rei vindic.* Cur ergo nocebit ei qui bonam fidem semper habuit & retinuit sola absentia aduersarij, præsertim cùm quo nihil ipse contraxerit? Nam si iniquum esse dicimus eum qui cum pupillo non contraxit expectare pupilli pubertatem: *leg. 3. quibus ex caus. in possess. eat.* an non perinde iniquum est eum qui nihil contraxerit cum eo quem posteà reipubl. causa abesse contigit, cogi expectare vt ille in ciuitatem reuertatur;

interimque sit obnoxius periculo restitutionis: sed & cùm dici soleat, neque Prætoris beneficium cuiquam captiosum esse debere. *l. Paulus notat* 8. *de præscript.* neque principis liberalitatem cuiquam iniuriosam *l.* 2. *§. meritò & §. si quis à Principe. Ne quid in loc. pub. l.* 4. *C. de emancip. liber.* an non contrà euenit cùm is qui reipublicæ causa abfuit ad hoc restituitur siue à prætore, siue à Principe, vt rem suam recuperet quam alius vsucepit? Ita enim fit quod est longè absurdius vt ei, qui per vsucapionem factus est pleno iure dominus, res sua auferatur etiam inuito contra regulam iuris, de qua in *l. id quod nostrum* 11. *de reg. iur. l. si ego* 9. *§. si res. de iur. dot.* Ratio decidendi. Interest totius reipublicæ, ne qui absunt reipublicæ causa damno vllo interim afficiantur, néve officium iis publicum sit damnosum. *l. videlicet* 29. *hoc tit.* ne alioqui eo incommodo deterreantur plerique à laboribus pro repub. suscipiendis, cuius tamen potiorem semper causam esse conuenit, quàm priuatæ singulorum vtilitatis. *Auth. res quæ. Codi. commun. de legat. legæ postliminium* 19. *§. filius quoque familias. de captiu. & postlim. l. honor* 14. *§. plebeij. de muner. & hon.* cùm id quod interest reipublicæ interfit etiam singulorum, nec proinde is qui vsucepit & contra quem datur restitutio possit imputare actori cur abfuerit reipublicæ causa. Nemo enim alteri potest imputare factum ex quo ipse qui imputat lucrum senserit. *l. si extraneus* 33. *l. cùm in fundo* 78. *§. quòd si mulier. ff. de iur. dot.* Neque rursus mirum videri debet legem & magistratum qui nihil nisi viua lex est disponere de bonis ciuium pro arbitrio cùm sit illa & hominum & rerum omnium regina ac domina. *l.* 1. *& 2. sup. de legib.* Quanquam non id agitur hoc edicto vt de cuiusquam ciuium bonis quicquam diminuatur, sed è contrario vt indemnitas ei præstetur qui alioquin moraretur in damno, alteri verò lucrum eripiatur quod ex occasione absentiæ alienæ captare vellet cui absentiæ fauor & vtilitas reipublicæ causam præbuisset. *l.* 1. *in princip. §. hoc tit.* & quod verisimiliter hodiè non haberet si dominus cuius absentis res vsucapta est, reipublicæ causa non abfuisset. Nec est quod hîc tractemus de præstanda per rempublicam indemnitate ei qui reipublicæ causa abfuit. Cur enim teneatur respublica, quæ pro suo iure imperauit, ac cuius imperia ciuis bonus detrectare nullo iure potuit: qui præterea etiamsi ab homine priuato mandatum aliquod eiusmodi suscepisset, nullam tamen aut mandati aut aliam actionem habiturus esset pro damnis quæ extra causam mandati contigissent, quânis non fuerant euentura si mandatum susceptum non fuisset. *leg. inter causas* 26. *§. non omnia. ff. mandat.* Extrinsecum enim illud est & alienum à causa mandati si eius qui reipublicæ causa abfuit bona interim vsucapta sint, aut si dies actionis ei competentis exierit, ob idque nec in iudicium bonæ fidei venire hoc posset. *leg. si fisterulis* 21. *§. cùm per venditorem. de actio. empt.* Denique mandati actio nulla esse potest contra rempubl. eam cuius mandatû non suscipere nemini liberum est, cùm tamen de mandati cuiuslibet natura sit vt ab initio liberum esse debeat. *l. si mandauero* 22. *§. sicut. mand.* Tantóq; magis nimirum æquum fuit à legibus & magistratibus prospici eis qui reipub. causa absunt ne quid per absentiam suam damni sentirent cuius sarciendi rationem nullam habituri essent. Itaque indemnitas hæc dicenda est non beneficium: Nec tamen plena indemnitas, quia non impedit prætor ne damno afficiatur, & rem suam aut actionem ipso iure amittat is qui reipub. causa abfuit, sed tantùm ei succurrit post damnum acceptum, id que per in integrum restitutionem, quæ tamen sine lite cuius euentus plerunque incertus est, ac sine magnis sumptibus in eam rem erogandis obtineri nô potest, nisi quòd si absens reipub. causa non defendatur, non permittit prætor vt bona eius vendantur donec abesse desierit, sed tantùm vt bona ipsius possideantur. *l. ignorare* 4 *C. de restit. milit.* Iunge *l. sciendum* 18. *l. ergo* 22. *ff. hoc tit.*

a *Vt qui reuerti posset.* Ratio dubitandi. Qui reuerti potest necdum reuertitur si tamen interim reipublicæ det operam, non eò minùs reipublicæ causa abesse intelligendus est: Alioquin euenet facilè vt quis reipublicæ negotia citiùs deferat ne reipub. causa non abfuisse dici possit. Ergo perinde adiuuandus est: nec quod alterius grandis commodi captâdi gratia id egerit vt reipub. causa abesset reuocari ab isto priuilegio debet, cùm honesta videri debeat ratio quælibet absentiæ per quam iuuari respublica possit, quomodo dicimus honestâ esse rationem quamlibet redimendi sanguinis. *leg. 1. de bo. eor. qui mort. sibi conscisc.* Et sanè inhumanum esset in eas angustias coniicere absentem reipub. causa vt nullum sibi interim commodum ex aliis rebus parare posset.

Ratio decidendi. Reipublicæ causa abesse eos solos intelligimus qui non sui commodi causa, sed coacti absunt. *l. reipublicæ* 36. *l. non verè* 42. *ff. hoc tit.* Non quòd sua etiam negotia interim gerere prohibeantur dum coacti absunt, sed quoniam longè aliud est abesse causa reipublicæ. Aliud verò sub prætextu eius absentiæ & sub administratione reipublicæ latenter sua commoda adiuuare. arg. *l. non existimo* 54. *in fin. de adm. tutor.* Ergo qui postquam abfuit reip. causa si cùm posset reuerti noluit, exinde reip. causa abesse desiit. Iunge *l. si cui* 38. *§. tamdiu. ff. hoc tit. l. ignorare* 4. *C. de restit. milit. l. non omnes* 5. *§. qui captus. de re mili.* Nec obstat *l. voluntaria* 12. *C. de excus. tutor.* vbi dicitur voluntariè susceptam tutelam non auferre priuilegium excusationis in aliis tutelis. Nam nec in proposito amittitur priuilegium nisi præsentis absentiæ non etiam si quis iterum reipub. causa abesse incipiat.

5. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

ET qui data opera, & sine lucro hoc affectauerit vel qui maturius profectus est: vel litis gratia cœpit reipublicæ causa abesse. Sed hæc adiectio doli mali[a] ad reipublicæ causa absentes refertur, non etiam ad eum, qui metus causa: quoniam nullus metus est, si dolus intercedit. 1 ¶ Sed qui Romæ[b], reipublicæ causa operam dant, reipublicæ causa non absunt.

Ad l. Et qui 5.

Ratio dubitandi. Laudandus est magis quàm vituperandus qui data opera affectauit, vt abesset causa reipublicæ, præsertim si nullum lucrum captauerit, quod cum absentiæ incommodo damnóque compensare posset, sicut & qui maturiùs profectus est vt tanò citiùs abesset reipub. causa, cùm dici soleat quod & verum est, Bis beneficiû dare illum qui citò dat: denique & ille qui litis euitandæ gratia cœpit abesse: verecunda enim cogitatio est eius qui lites execratur, nec ideireo vituperanda *l.* 4. *tit. prox.* Ergo non eo minùs huic quàm cæteris reipublicæ causa absentibus succurri æquum est.

Ratio decidendi. Non tam quid quam qui mente fiat inspiciendum est, solúsque huius edicti beneficio dignus ille est, qui ea mente abfuit vt rempub. iuuaret, quique coactus abfuit, non etiam is qui vltro & data opera vt vel aduersario damnum aliquod inferret, vel lucri occasionem ei præriperet, vel restitutionis materiam sibi pararet. Hæc enim dolosa machinatio est quæ machinatori suo prodesse non debet *l.* 3. *§.* 2 *ff. de minor. §. item tria Inst. de excus. tutor. l.* 2. *§. vlt. ff. si quis caut. on.* Ergo indignus est cui succurratur is cui vnum ex trib. supradictis obiici potest.

a *Sed hæc adiectio doli mali.* Ratio dubitandi, Clausula sequens ad præcedentia omnia referri solet & debet *l. talis scriptura* 30. *§. vltim. de lega.* 1. *l. post emancipationem* 40. *§. vlt. de leg.* 3 *cum similib.* Atqui in præcedentibus facta est mentio metus, & eius qui metus causa abesset, ergo & ad illum refertur hæc doli mali adiectio debet. Ratio decidendi. Refertur quidem sequens clausula ad omnia præcedentia, quantum fieri potest salua ratione iuris & voluntatis, sed non ita si iuris aut voluntatis ratio repugnet *d. l. talis scriptura in prin. l. seruo alieno* 113. *§. sed si pater, & seq. eod. tit. de leg.* 1. Atqui non potest clausula ista & adiectio doli mali stare cum clausula quæ est de metu, quoniam nullus esse potest metus, si dolus intercedit eius qui metum allegat, ergo vt repugnantia nulla sit, referri debet hæc doli mali adiectio ad absentes reipubli. causa, non etiam ad eum qui metus causa abesset. Tantò magis quod coniuncta est hæc doli adiectio cum illis verbis sequentibus *reipub. causa.* separata verò à mentione metus. Ita enim conceptum est edictum, *cùm is metu aut sine dolo malo rei, ib causa abesset.* Disiunctionis autem proprium est vt omnino disiungat nec minùs qualitates quam substantias rerum separet *l. cùm pupillus* 78 *§.* 1. *de condic. & demonstr. cum vulgar.*

b *Sed qui Romæ.* Ratio dubitandi. Qui Romæ dat reipublicæ operam, licèt corpore præsens sit, tamen absentis loco habendus est quantum ad domestica eius negotia pertinet, cùm ita debeat esse affectus, vt solam curet rempublicam, sua autem vel negligat vel minùs diligenter tractet. Quid enim est adesse corpore, si abis mente? *l. nihil interest* 20. *de capt. & postlim. l. generaliter* 9. *l. qui iure* 41. *de acquir. poss.* Ergo perinde adiuuandus est per prætorem acti abesse.

Ratio decidendi. Non potest videri abesse qui adest, & animo & corpore, quique in ea ipsa ciuitate domicilium habet in qua agendû est. Nec enim negotia reipublicæ impedimnt, ne quis etiam de suis cogitare aliquando possit, eáque saltem tractare quæ per procuratorem tractari possunt *l.* 1. *§. vsus autem ff. de procura.*

6. PAVLVS lib. 42. ad Edictum.

VT sunt Magistratus.

Ad l. Vt sunt magistratus 6.

Ratio dubitandi. is cui princeps speciali beneficio permisit in prouincia sua adsidere, creditur abesse reipublicæ causa *l. sicui* 38. iunct. *leg. præced. ff. h. t.* Ergo & multo magis magistratus, quibus scilicet maior cura incumbit reipublicæ quàm adsessoribus.

Ratio decidendi. Qui adsidet in prouincia sua, abest vtique causa reipublicæ, quia adsidere & manere cogitur, nec potest etiam si maximè velit Romam proficisci ad agendum, idémque saltem iuris est in magistratibus prouincialibus, sed non in vrbanis, quippe qui sunt Romæ, vbi agendum est.

7. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

MIlites planè, qui Romæ militant pro reipublicæ causa absentibus habentur.

Ad l. Milites 7.

Ratio dubitandi. Milites non magis reipublicæ militant quàm magistratus, ad quos maximè pertinet quod de aduocatis scribunt Imperatores in *l. aduocati* 14. *C. de aduoc. diuersor. iudi.* dirimere illos ambigua fata causarum, & in rebus sæpe publicis & priuatis lapsa erigere, fatigata reparare, nec minus prouidere humano generi, quâ si præliis ac vulneribus patriam parentésque saluarent, & verò cùm resp. sine legibus stare non possit, quid prodesset in ciuitate iura esse, nisi essent etiam magistratus qui iura regere possent *l.* 2. *§. post originem. ff. de orig. iur.* Ergo non debent milites, qui Romæ sunt melioris esse conditionis, quàm magistratus qui sunt etiam Romæ, cùm æquè habeant facultatem adeundi prætorem qui Romæ est, & agendi. Atqui magistratus qui Romæ sunt, non intelligûtur abesse reipublicæ causa, vt diximus in *l. prox. præced.* ergo nec milites.

Ratio decidendi. Milites etiam cùm Romæ sunt in castris agunt, nec possunt videri domicilium eo loco habere, cùm ita paratos eos esse oporteat, vt si abire & aliò proficisci iubeantur, parêre habeant necesse, nec enim ibi quisquam esse intelligitur, vbi ad tempus tantùm vel casu reperiatur *l. si fundus* 44. *l. qui saltum* 67. *l. si chorus* 79. *§.* 1. *de lega.* 3. & hæc vera ratio differentiæ est inter militem & magistratum, qui cùm Romæ est, neque abest, neque in eo est vt facilè sit abfuturus. Quæ ab Accurs. adferuntur minus germanæ sunt & longius petitæ quanquam vera etiam illa est, quam sumit ex *l. milites* 31. *C. de loca.* vbi iubentur milites armis, non priuatis negotiis occupari, vt numeris & signis suis iugiter inhærentes remp. à qua aluntur ab omni bellorum necessitate defendant Cæterùm, sicut magistratus salarium habet de publico, ita & miles, nemo enim bene militat propriis stipendiis (vt est in prouerbio,) Denique non absunt reipu. causa milites qui sunt Romæ, sed pro absentibus habentur, vt lex ait.

8. PAVLVS lib. 3. Breuium.

LEgatis quoque municipiorum succurritur ex principum, & Marci, & Commodi constitutione.

Ad l. Legatis 8.

Ratio dubitandi. Legatus municipij non abest reipubli. causa, nec enim ius nostrum aliam Remp. agnoscit quam ciuitatis Romanæ siue de municipio, siue ad principem vel ad ciuitatem Romanam mittatur, quamuis in hoc distinguat Accurs. & malè vt constat ex *l. sed etsi 26. §. vlt. infra hoc ti.* & ex eo ipso textu quo mouetur *l. 1. C. eo.* Ergo ad legatos municipiorum hoc edictum non pertinet.

Ratio decidendi. Sanè non pertinet quantum ad verba. Nec rursus si mentem prætoris inspicias. Neque enim cogitauit prætor hac parte de aliis adiuuandis, quàm qui reipublicæ causa abessent, in quorum numero hic non est. Sed tamen perinde istis succurritur ex Principum Marci & Commodi constitutione acsi reipublicæ causa abessent, vt scriptum est in *d. l. 1. C. h. tit.* Perinde enim laudandi & adiuuandi sunt qui ciuitati suæ quam possunt operam præstant.

2. CALLISTRATVS lib. 2. Edicti monitorij.

SVccurritur etiam ei, qui in vinculis fuisset, quod non solùm ad eum pertinet, is qui publica custodia coercetur, sed ad eum quoque, qui à latronibus [a], aut prædonibus, vel potentiore vi oppressus vinculis coërcebatur: ¶ Vinculorum autem appellatio [b] latiùs accipitur: nam etiam incluſos, veluti lautumiis, vinctorum numero haberi placet: quia nihil interſit, parietibus, an compedibus teneatur. Custodiam autem solam publicam [c] accipi Labeo putat.

Ad l. Succurritur 9.

Ratio dubitandi. Omnem honorem reatus excludit *l. 1. C. vbi Senat. vel clariſ.* Ergo qui in publica custodia publiciſque vinculis coërcentur digni non sunt quibus succurratur.

Ratio decidendi. Carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet *l. aut damnum 8. §. ſolent. dg pœn.* Nisi in casu *l. 3. de custod. & exhib. reor.* Nec nouum est vt qui in publica custodia aliquando fuit posteà innocens reperiatur. Cæterùm siue nocens sit siue innocens non est afflicto danda afflictio nec ei deneganda restitutio si dum publica custodia coërceretur aliquid ex bonis suis amiserit *l. Papinianus 20. §. de minor. l. iure ſuccurſum 6. de iur. dot.* Eadem enim ratio æquitatis locum habet in illo etiam qui nocens est, quod toto eo tempore nullam habuerit agendi & adeundi prætoris facultatem. Idem ergo auxilium ei dandum est.

a *Qui à latronibus.* Ratio dubitandi. Non solet succurri ei qui per priuati hominis iniuriam fuit impeditus ne ageret, prætorémque adiret *l. 2. in fi. ſi quis eautio.* Atqui latrones, & prædones priuati homines sunt. Nullam enim à lege aut à magistratibus potestatem habent coërcendi in publica custodia & vincula iniiciendi. Vnde est quod ab hostibus & piratis capti liberi permaneant *l. poſtliminium 19. §. à piratis. l. hoſtes 24. l. latrones 27. ff. de capt. & poſtlim.* Ergo nec ei succurrēdum est qui ob id tantùm agere impeditus est quòd à latronibus captus fuerit.

Ratio decidendi. Tunc non succurritur ei qui à priuato detentus est, cùm aliquam actionem habere potest in id quod eius interest aduersus illum qui detinuit *d. l. 2. §. vlt.* iunct. *l. 3. ſi quis caution.* Atqui contra latrones & piratas nulla actio esse, nulla certè fieri executio potest, cùm tales illi sint qui propter infamiam & egestatem suam facilè possint prætoris cæterorúmque omnium magistratuum iurisdictionem contemnere *l. ſi quis iniuriam 35. de iniur.* Ergo eis quoque qui à latronibus, & prædonibus capti sunt succurri oportuit si interim aliquid ex bonis suis amiserint cùm non magis imputari possit iis cur non egerint quàm si publica custodia coercerentur. Imò multò minùs quia in iis nulla criminis suspicio est, quæ non deest in aliis qui magistratus autoritate in publica custodia continentur. Idémque est si quis à potentiore vi oppressus vinculis coërceatur. Potentiori enim par esse nemo potest *l. 3. in princ. ff. tit prox. & tot. tit. C. ne liceat potent. l. illicitas 6. §. ne potentiores. ff. de offic. præſid.* Quanquam dici etiā potest plenius esse auxilium restitutionis quę ex hoc edicto datur, quàm sit exceptionis de qua in *d. l. 2. §. vl. ſi quis caution.* Ibi enim vindicatur neglecta autoritas prætoris. Hîc prætor ipse æquitatem & autoritatem suam interponit pro eo qui alioqui damnum sine vlla culpa sua pateretur.

b *Vinculorum autem appellatio.* Ratio dubitandi. Vinculum dictum est à vinciendo, vt obligatio à ligando. Ergo vbi vinctus & ligatus nemo est, non possunt dici vincula, nec proinde in vinculis esse is qui carcere cluſus est nisi corpori eius adhibita sint vincula *l. verum est 216. de verb ſignific.*

Ratio decidendi. Ea quidem vera & propria vinculorum significatio est: sed in proposito tractatu largiùs & latiùs sumitur vinculorum appellatio ex mente prætoris, vt etiam incluſi veluti lautumiis, aut vt alij legunt latomiis, id est, cęsis lapidibus, qualis dicitur olim fuisse carcer Syracusanorum, in vinculis esse videantur. Nec enim minùs prohibentur & impediuntur ne possint agere, quàm si vincti essent, cùm nihil interſit an quis parietibus an compedibus teneatur. Hoc autem vnum prætor intuetur, An qui restitutionem petit agendi habuerit facultatem.

c *Custodiam autem publicam.* Ratio dubitandi. Non distinguimus in vinculis, an priuata sint an publica, vt proximè dictum est. Ergo neque in custodia distinguendum est an priuata sit an publica. Ratio decidendi. Alia hac parte ratio est vinculorum, alia custodię. Vinculorum enim appellatione & priuata & publica vincula significantur, custodiæ verò sola publica *l. vinculorum 124. de verb. ſigni.* Ideò fortasse quòd vinculorum nomen facti magis est quàm iuris, custodiæ verò nomen è contrario iuris magis quàm facti. Aut quòd custodiam priuatam euadere facilius sit, quàm vincula dissoluere. Fortiùs enim & strictiùs premunt vincula, quàm custodia, nisi cùm custodia publica est. Hanc enim violare non licet impunè, nec si de facto violandi facultas præbeatur, vt hîc notat Accurs. ex *l. ſi captiuum 20. in fin. ff. de captiu. & poſtlim.* lunge *l. penul. de cuſtod. & exhib. reor.* Denique quod custodiæ priuatæ nominatim prohibitæ sint, tanquam quæ Principis quoque maiestatem lædant. *l. 1. inſtit. C. de priuat. carcer. inhib.* At priuata vincula soli ei qui vinculis coercetur iniuriam faciunt, non etiam Principi.

10. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

IN eadem causa sunt, & qui à militibus, stratoribúsque, vel à municipalibus ministeriis ad seruantur, si probentur rei suæ superesse non potuisse. ¶ In vinculis autem [a] etiam eos accipimus, qui ita alligati sunt, vt sine dedecore in publico comparere non possint.

Ad l. Iſ eadem 10.

Ratio dubitandi. Qui à militibus stratoribúsque vel à municipalibus adseruantur ministeriis, neque facramēto vllo cuius vinculum potentissimum est, neque alio vinculo aut aliqua custodia continētur. Ergo non debent in eandē causā esse in qua cæteri de quibus diximus. Ratio decidendi, In eadem causa sunt, non quidem absolutè, sed ita demum si probent se rei suæ superesse non potuisse, cùm in hoc edicto id vnum inspiciat prætor, vt iam dictū est, an qui restitutionem petit agendi potestatem habuerit, & adeundi prætorem necne. Onerantur autem hac probatione, quamuis dici soleat ei qui adfirmat incumbere onus probandi, non ei qui negat. *l. 2. de probat.* quoniam contra eos præsumptio est, cùm manserint liberi, ac proinde, facultatem naturalem habuerint faciendi quicquid habuit, nisi si quid vi aut iure prohibiti sunt, ne facerent aut impediti. *l. 4. de ſtat. hom.* Prohibitio autem illa & impedimentum facti est, ergo probari debet ab eo qui allegat, vel ex *reg. d. l. 2. de probat.* Præsertim cùm sit hoc fundamentum intentionis & petitæ restitutionis. Semper enim probare quisque debet id super quo fundat suam intentionem, siue agendo, siue excipiendo, etiamsi in negatione non in affirmatione consisteret. *l. nec codicillos 5. C. de codicil.* Nec rursus impossibilis est probatio negationis, quę locum & tempus adiectum habet, vt hæc de qua tractamus, quamuis semper sit difficillis. Quinam autem *ipſa ratio* hîc dicantur noli petere ex Accursio, sed ex Cuiacio *lib. 12. obſer. cap. 1.* vbi de *l. 4. §. 1. 8. de offic. proconſ.*

a *In vinculis autem.* Ratio dubitandi. Prætor in hoc edicto non tam ius quàm factum intuetur, & hoc vnum inspicit, an qui petit restitutionem habuerit agendi facultatem, ita vt si non habuerit detur ei restitutio, etiamsi fuerit in publica custodia, propter delictum aut in priuatis vinculis latronum & prædonum, vt diximus ad legem præcedentem. Ergo non debent quantum ad hoc edictum pertinet pro vinctis haberi illi qui non sunt si, veluti in publico apparere, licèt ita sint alligati vt sine dedecore non possint. Ratio decidendi. Quod honestè ac sine probro & dedecore fieri non potest, id neq; fieri creditur. *l. filius 15. de condit. inſtit. l. cauſa 79. §. 1. de iur. dot.* Est enim hoc præceptum non minùs iuris ciuilis & prætorum quàm naturalis *honeſtè viuere*, nihilq; facere contra publicam honestatem. *l. iuſtitiæ 10. §. 1. de inſt. & iur.* Ergo etiam illi qui in publico apparere quidem possunt & ire ad prætorem, sed non sine dedecore, hoc edicto adiuuandi sunt. Adeò vt is quoque adiuuetur qui nec in vinculis, nec in custodia, sed tantùm sub fideiussorum satisdatione fuit, quia nec is honestè potuit recedere. *leg. ne non 28. §. 1. ff. hoc ti.* cùm si recederet fidem frangeret, nec tantùm aduersario, sed etiam fideiussori, quod nunquam honestè fit. *l. 1. §. de pact. l. 1. de conſt. pecun.*

11 CALLISTRATVS lib. 2. Edicti monitorij.

ET quoque succurritur, qui in seruitute fuerit, siue bona fide seruiat homo liber, siue detentus sit.

Ad l. Et quoque 11.

Ratio dubitandi. Is qui in seruitute est si modò seruus non sit, liber est. Aliud enim est seruum esse, aliud verò seruire aut esse in seruitute, prioribus verbis ius significatur, posterioribus verò factum. *§. vlt. Inſt. de ingen.* Ergo agendi facultatem habet, consequenter non est adiuuandus hoc edicto per restitutionem. Ratio decidendi, Habet quidem ius agendi quisquis liber est tametsi in seruitute sit, sed non habet facultatē cùm ignorat sibi eam competere, si se seruum putat eius cui bona fide seruit. Nō enim experiendi potestatem habere creditur, is qui nescit se habere. Nemo scilicet agit ignorans. *l. cùm ſex 55. de ædilit. edict.* Quæ ratio etiam facit vt nec procuratorem habere possit. *l. ab hoſtibus 15. ff.* Quomodo enim procuratorem constitueret is qui procuratoris constituendi se ius non habere crederet? quòd si sciat se liberum, sed tamen ab alio per vim & iniuriam detineatur quasi seruus, tantò dignior est cuius misereatur prætor, quantò grauior est iniuria quam passus fuit ab eo qui effugiendi facultatem omnem ei ademit. Non enim prætor inquirit an agendi ius habuerit, sed an agendi facultatem quæ facti est, non minùs quam iuris. Nam sicuti sine actione agere nemo potest. *l. ſi pupilli 6. §. vlt. ff. de negot. geſt.* ita neq; sine corporis libertate ire ad prætorem. Actionem habere iuris est, sed agere facti. Agere ergo non potest qui ab alio vinctus detinetur, licèt non idcirco ab eo qui vinxit possideatur. *l. cùm heredes 23. §. vlt. ff. de acquir. poſſ.*

12. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

IS autem, qui de statu suo litigat, ex quo lis inchoata est, hoc edicto non continetur. tamdiu igitur in seruitute [a], quandiu non est eiusmodi lis cœpta.

Ad l. Is autem 12.

Ratio dubitandi. Qui de statu suo litigat, quamuis litem inchoauerit, non eò minùs tamen remanet in seruitute, quia is cuiusque status esse videtur totius litis tempore, qui fuit tempore litis inchoatæ *l. moueor 4. Codic. ſi ſeru. export. ven.* Atquin ei succurritur qui in seruitute fuit, siue bona fide, siue per vim detentus, vt dictum est in l. præced. Ergo & hic qui de statu suo litigat hoc edicto conmeri debet, etiam ex quo die litem inchoauit.

Ratio decidendi. Ordinata liberali causa liberi loco habetur is qui de suo statu litigat, ita vt non solùm aduersus alios omnes tanquam liber experiri possit, sed etiam aduersus dominum. *l. ordinata 24. de liber. caus. l. lite ordinata 14. C. eod.* quamuis non eò minùs reuera seruus maneat si litis cœptæ tempore seruus fuit. *d. l. moueor.* (Nec enim sola litis ordinatio modus est acquirendæ libertatis.) Proinde nulla ratio est succurrendi ex hoc edicto ei qui de statu suo litigare cœpit, cùm ex eo die acquisierit sibi facultatem experiundi quascunque actiones si aliud nihil fuit impedimento. Ex euentu tamen iudicij liberalis apparebit an eius actio vtilis fuerit an inanis. *d. l. ordinata.* Quod ipsum extra causam est huius edicti in quo prætor inquirit tantum de facto vt dixi non de iure actionis.

a *Tamdiu igitur in seruitute esse videbitur.* & consequenter huius edicti auxilio iuuabitur quandiu non est eiusmodi lis cœpta. Ratio dubitandi. Potest hic qui in seruitute est de suo statu litigare quandocunque, atque ita assequi vt quod ad agendum pertinet constituatur in possessione libertatis, quo tamen facto non posset iuuari hoc edicto. Ergo nec magis iuuandus est si moram fecerit in lite ordinanda, imasi per eum solum stet ne possit agere. Qui enim potest facere vt possit iam posse videtur ex iuris regula. *leg. qui potest facere 174. de reg. iur.* siquidem in omnibus causis pro facto accipitur id in quo per aliquem mora sit quominùs fiat. *leg. in omnibus 39. eod.* Nam & solemus dicere in potestate actoris esse quando agat, non similiter in potestate rei quando conueniatur. *leg. petendæ 6. C. de temp. in integ. rest. l. purè 5. §. vlt. de dols except.* Ratio decidendi, In potestate quidem est illius qui in seruitute reperitur vt de statu suo litiget quandocunq; velit, sed non ideò potest ei imputare, cur non festinet litem instituere si forte paratas non habeat probationes, Eo nimirum casu quo ipsi incumbit onus probandi secundùm distinctionem. *leg. circa 14. de probat.* Et rursum potest fieri vt neq; puret se iustam vllam habere causam de suo statu litigandi forte si cui bona fide seruiat putans se re vera seruum. Non igitur æquum est denegari ei auxilium prætoris nisi ex quo die lis ordinata ab eo fuerit. Malè igitur Accursius hoc loco, quod Vlpianus ait de lite cœpta interpretatur de non finita. Quandiu enim lis finita non est si modò cœpta sit, non potest videri actor in seruitute esse, quem lis constituit in possessione libertatis, ad fines scilicet agendi vt pragmatici loquuntur.

33. PAVLVS lib. 12. ad Edictum.

RECTÈ Labeo ait, eum non contineri, qui liber & heres institutus sit, antequam sit heres[a]; quia nec bona habeat, & prætor de liberis hominibus loquatur[b]. 1 ¶ Puto tamen filiumfamilias in castrensi peculio pertinere ad hoc edictum.

Ad l. Rectè Labeo 13.

Ratio dubitandi. Qui liber & heres institutus est statim & protinus post testatoris mortem heres est ipso iure & necessar.[a] *§. 1. Inst. de her. qual. & diff.* Ergo non potest dari instantia quo neq; liber neq; heres sit: nec proinde quo non contineatur ille hoc edicto. Ratio decidendi, Possunt multa interuenire quæ faciũt ne possit seruus ita institutus liber & heres esse, Nõ solùm si testator adhuc viuat, quẽ casum sibi singit Accursius & valdè ridiculè, sed etiam si testator iam[a] decesserit. Finge institutum sub condicione qualibet, siue casuali, siue potestatiua, siue mixta. Finge factũ ex necessario voluntarium, quod euenit si institutus sit sub illa condicione *si volet. l. verba hæc 12. de cond. inst.* Finge denique institutum ab eo qui nõ erat soluendo, & ei substitutũ hominẽ liberũ, aut eũ cui testator libertatẽ debebat ex causa fideicõmissi. His enim casib. cùm testamentũ incipiat à secundo casu, non põt statim heres esse is qui primo loco scriptus fuit. *l. si is qui 57. de hered. instit.*

a *Antequam sit heres.* Ratio dubitandi. Acquisita quando cunq; hereditas. ex die mortis acquisita retrofingitur. *l. heres quãdoq; 49. de acq. her. l. omnis hereditas 138. l. omnes fere 193. de reg. iu.* Ergo seruus cũ libertate heres institutus contineur hoc edicto etiã p eo tẽpore quo nõdũ heres fuit, si modò aliquãdo fuerit, cũ & liber & heres à primo instanti fuisse retrofingatur. Ratio decidendi. Iuris retrofictio illa est, quæ facit vt ex die mortis hereditas acquisita esse intelligatur, sed si rei veritatẽ inspicias fuit aliquãdo hereditas iacẽs, quo tẽpore verũ fuit eũ qui heres institutus erat nec liberũ fuisse, nec bona vlla habuisse. Ergo indiget restitutione, inquies, si quid interim ex hereditate amissũ sit, cũ agere nõ potuerit qui nec liber nec heres fuit. Ego verò, Indigeret, inquã, restitutione vt posset admitti ad hereditarias actiones temporales exercendas, quę medio tẽpore perierunt, si ad eũ verba edicti accommodari possent, verba edicti & sententia prætoris. Sed accommodari non possunt, quia prætor non nisi de liberis hominib. locutus est, vt constat ex illis verbis *si cuius, itẽ si quis*, cũ seruus pro nullo habeatur tã prætorio iure quã ciuili. *l. tutelas 7. §. 6. si libertate. §. ut. prox. l. nullo modo 7. de l. Cor. de fal.* Nec rursus de omnib. liberis hominib. sed de iis tantùm qui aliqua bona haberẽt, vt probát verba illa *si cuius quid de bonis*. Atqui seru[a] cũ liberrate heres institut[a] antequã sit heres neq; libertatẽ habet neq; bona vlla. Ergo neq; ad verba, neq; ad mentem prætoris pertinere põt. Nec ad rem pertinet quod prætor de eo locutus est qui in seruitute esset. Intellexit enim de seruitute facti vt Accursius interpretatur, id est, de eo qui cùm liber homo esset, facto tamen ipso seruiebat, non de eo qui verè seruus esset. Hic verò qui cum libertate heres scriptus fuit, non tantùm in seruitute, sed etiam interim verè seruus est.

b *De liberis loquatur hominib.* Ratio dubitandi. Prætor loquitur in hoc edicto de illis etiam qui ab hostib. capti sunt. *l. ab hostibus 15. ff.* Atqui sunt isti verè serui hostium. *tot. tit. De capt. & postli.* Ergo prætor etiam de seruis locutus est. Ratio decidendi. Locutus quidem est prætor de captiuis, sed tamen eo casu quod postliminio reuersi essent. Atqui hoc casu postliminij fictio efficit vt semper in ciuitate fuisse videatur, nunquã apud hostes. *l. postliminii 19. & pass. ill. tit. De capt. & postlim.* Ergo non eò minùs verum est prætorem de solis hominibus liberis locutum esse. Alioqui quandiu ciuis Romanus captiuus & seruus hostium est, non magis edicti huius æquitatem implorare ac restitutionem petere potest, quàm alias iuris aut ciuilis aut prætorij actiones exercere, cùm interim sit incertum an post liminij an potiùs legis Corneliæ fictio locum habitura sit, id est, an ab hostibus ille aliquando rediturus, an apud hostes tandem moriturus.

c *In castrensi peculio.* Non dubito quin verba hæc imperiti sint interpretis, idem existimantis quod vulgò interpretes existimant nullam fuisse iure vetere differentiam inter filiũfamilias & seruum, nisi quod ad castrensis vel quasi castrẽsis peculij causam pertineret. Quod tamen non ita est. Habuit enim filiusfamilias personam integram, non seruus, & ideò poterat obligari ciuiliter ex omnibus causis præterquam ex mutuo & voto, & rursum agere ac conueniri, nõ item seruus. Denique acquirebat quidem patri vt seruus domine, sed non patri inuito, vt seruus inuito domino, sicuti pluribus à nobis probatum est libris Coniectur. & ad *l. 4. §. 1. ff. de ædend.* Cùm ergo filiusfamilias, siue suo nomine in quibusdam casibus, siue pro patre in omnibus ferè agere posset *l. si longius 18. §. 1. ff. de iudi. l. filiusfamilias 9. l. in factum 13. de oblig. & action.* nulla ratio erat cur ad eum hoc edictum non pertineret, si fortè aliquam actionem amitteret absens causa reipublicæ, aut in vinculis, aut in hostium potestate cõtitutus. Nam & hæc omnia in filiumfamilias cadere poterant nõ in seruum, cùm posset filiusfamilias etiam magistratum exercere *l. amissione 5. §. vlt. ff. tit. l. nam quod 14. ad SC. Trebell.* Atque hæc sanè huius loci sententia & ratio est, ex qua apparet non debere auxilium prætoris circa personam filijfamilias coarctari ad causam castrensis peculij. Nam nec si retineas verba illa quæ nos tollimus, vlla erit satis apta antithesis inter seruum & filiumfamilias, quam tamen apertè præ se fert aduersatiua *tamen* in illis verbis *puto tamen filiumfamilias*. Nam in seruo negabat Labeo posse edictum habere locum, ideò quod seruus cũ libertate heres institutus, neque liber interim fuisset, neque bona vlla habuisset. At in filiofamilias erunt omnia diuersa, nihil autem simile si ponas tractari de castrensi duntaxat peculio. Sicut enim nemo dubitat, quin filiusfamilias liber sit, ita nec dubitari potest, quin habeat bona cùm habet castrense peculium, in quo scilicet patrisfamiliasiure censetur ex constitutionibus *l. 2. ff. de SC. Maced.* Erit verò bona antithesis, nec inelegans ratio dubitãdi, si hunc locum nobiscum intelligas de filiofamilias castrense peculium non habente. Is enim seruo similis est in eo quòd bona nulla habet *l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. substit.* & ideò non improbabiliter potuisset quis suspicari, quod Labeo dixerat de seruo non contineri eum hoc edicto, protrahendum esse ad filiumfamilias, cùm duo ista coniunctim edictum requirat vt qui restitui vult, & liber fuerit, & bona aliqua habuerit eo tempore quo amissa actio fuit, quorum prius cadit quidem haud dubiè in filiumfamilias, sed posterius non magis quàm in seruum secundùm interpretes. Nos autem respõdemus quod iam diximus, imò verò posse filiumfamilias habere bona saltẽ in actionibus, siue proprio siue patris nomine illas exercere velit. Quis enim neget actiones in bonis esse? Quando ea demũ in bonis nostris esse dicuntur, quorum nomine actiones habemus, aut exceptiones *l. rem in bonis 52. de acquir. rer. domin. l. à Diuo Pio 15. §. 1. de re iudicat.* Ergo nihil causæ est cur non ad filium quoque familias, etiam qui neque castrense, neque quasi castrẽse peculium habeat, pertinere hoc edictum possit. Ex hoc verò etiam intelligimus, quàm malè respõdeat Accursius ad quæstionem quam proponit de filiofamilias habente peculium aduentitium, cuius hodie capax est inuito etiam patre post *l. cùm oportet 6. & l. vl. C. de bon. quæ liber.* Ait enim ne quidẽ hodie ad filiumfamilias pertinere hoc edictum, etiãsi maximè habeat peculium aduentitium, quòd eius administratio ad patrem pertineat. Adeò vt neque actiones illas excipiat quæ iure etiam vetere erant propriæ filiorumfamilias, id est, iis quoque proprio nomine competebant, vt iniuriarum, depositi, cõmodati, quod vi aut clam, & omnes in factũ actiones, quibus ille malè adiungit actionem de dote, vt diximus ad *l. eas 8. §. tit. prox.* Nam etsi verum est patrem in aduentitiis esse legitimum administratorem, quid tamen si administrare ipse nolit, vt in *d. l. vlt. §. sin autem in secunda ætate.* Quid rursum si filiusfamilias hereditatem sibi delatam adierit cõtra voluntatem patris? Nam & hoc casu voluit Iustinianus solum filium & exercere & excipere actiones, quamuis non nisi consensu patris requisito *d. l. vlt. in princ. vers. & filius simili modo.* Cur non dicamus his saltem casibus adiuuãdum hoc edicto filium si fortè dum abest reipubl. causa, aut in hostium potestate est, vel in vinculis actionem aliquam temporalẽ amiserit? Quid rursum si aliqua eiusmodi actio tẽporalis fuerit in hereditate, quæ filiofamilias ex fideicommisso restituta sit inuito quoque patre, vt in specie *l. cogi 16. §. si pater filio. & l. Imperator 50. ad SC. Trebell.* eaque amissa sit per aliquam ex supradictis absentiæ causis? Sed etsi verum est in iis quoq; actionibus quas filiusfamilias proprio nomine exercere potest patrem ius agendi habere, nec aliter filio eas competere quàm si pater, neque per se, neque per procuratorem agere, aut possit, aut velit *l. si longius 18. §. 1. de iudic.* quidni tamen eo saltem casu quo pater non agat, nec alius quisquam patris nomine admittimus hoc edictum in filiofamilias locum habere? Dico amplius, Habere locum etiam in iis actionibus quæ soli patri competunt, & quas filiusfamilias proprio nomine exercere nõ potest; si fortè aliquis casus emergat in quo propter absentiam patris permittendum sit filio vtili actione experiri *d. l. si longius §. 1.* Finge enim eo ipso tempore quo pater abest, sed ex ea causa quæ ad hoc edictum non pertineat, abesse etiam filium, sed respub. causſa, vel apud hostes, atque interim diem actionis quæ temporalis fuit exire. Cur nõ dicamus reuerso à legatione, vel ab hostibus filiofamilias absente adhuc patre dandam esse ex hoc edicto restitutionem, vt possit eam repetere actionem quæ nec præsenti patri dari posset? Dices, ita futurum vt non tam filiofamilias quàm patri succurratur, cui actionis istius emolumentum parabitur, quod tamen fuerit contra propositum prætoris, cùm pater sponte abfuisse proponatur non coactus, arg. *l. 3. §. sed verum supr. de minor.* Verùm respondeo non eo minùs interesse etiam filij vt locupletiorem faciat patrem, tantóque opulentiorem ab eo speret hereditatem, arg. *l. pater 71. vers. interest enim ff. de euict.* Maximè cùm fieri etiam possit, vt ante obtentam restitutionem pater moriatur, solitúsque filij commodo cessura sit ea restitutio, quæ tamen non eo magis concedenda esset filiofamilias ad repetendam actionem, quam viuo patre amisisset si edictũ hoc ad filiosfamilias non pertineret. Vtique igitur fatendum est ad eos pertinere, tametsi neque pecu-

lium vllum castrense habeant. neq; quasi castrense. Illud verò omnium inceptissimum est, quod Accursius air, etiam in castrēsi peculio eos demum filiosfamilias ad hoc edictum pertinere qui detinentur in seruitute facti. Quasi Paulus sentiat pertinere ex ea tantùm parte qua cautum est de iis qui fuerunt in seruitute. Cùm enim filiusfamilias nō solùm liber homo sit, sed is etiam qui & reipub. causa & ab hostibus capi, habereq; postliminium possit, quid necesse est obsecro requirere, vt fuerit in seruitute ad hoc vt edicto isto contineatur? Planè non similiter è contrario possis dicere, eum qui in seruitute est, siue bona fide, siue ab alio detentus posse, aut reipublicæ causa abesse, aut postliminium habere, ideoq; nimirū de illo specialiter edici necesse fuit, cùm aliis edicti verbis comprehendi non posset.

14. CALLISTRATVS libro 2. Edicti monitorij.

ITem ei succurritur, qui in hostium potestate fuit, id est, ab hostibus captus. Nam transfugis[a] nullum credendum est beneficium tribui, quibus negatum est postliminium. Poterant tamen[b], qui in hostium potestate essent, illa parte edicti contineri, qua loquitur de his, qui in seruitute fuerint.

Ad l. Item ei 14.

Ratio dubitandi. Qui in hostium potestate est seruus, hostium est. At qui prætor hoc edicto liberis tantùm hominibus succurrit *l. prox. supr.* Ergo non captiuis.

Ratio decidendi. Non succurrit prætor ei qui in hostium potestate est, quia seruus est, sed ei qui fuit vt hæc lex ait, id est, qui ab hostibus postliminio reuersus est. Hic enim non solùm liber est, sed etiam semper fuisse intelligitur, quasi semper manserit in ciuitate *tot. tit. de capt. & postlim.* Dixi ad *l. præced.* & dicam in seq.

a *Nam transfugis.* Succurrit prætor ei qui in hostiū potestate fuit, vt proximè dictum est. At qui transfuga in hostium potestate est, vnde ratio dubitandi, an postliminium habere possit, ergo etiam transfugis beneficium huius edicti tribuitur.

Ratio decidendi. In hostium quidem potestate est transfuga, & idcirco difficile est dignoscere transfugam à captiuo. *l. non omnes 5. §. à barbaris de re milit.* Sed quia malo consilio & proditoris animo patriam vltrò reliquit, hostium numero potius habendus est quàm pro captiuo *l. postliminium 19. §. transfugæ de capt. & postlim.* ideoq; nec postliminium habet. Ergo nec beneficium huius edicti quod iis qui ab hostibus capti fuerunt, non nisi in consequentiam postliminij datur. Et ob id bene Callistratus verba illa edicti *Qui in hostium potestate fuit*, sic interpretatur, id est, *ab hostibus captus*, vt scilicet trāsfugas excluderet. Nam vt benè Accurs. notat, non debet quis ex suo delicto & pœnam & præmium mereri *l. non fraudantur 134. §. 1. de reg. iur. l. si cui 38. in princ. ff. hoc tit.*

b *Poterant tamen.* Ratio dubitandi. Aliud est seruum esse, aliud verò esse in seruitute, vt dixi ad *l. ei quoque 11. sup. hoc tit.* Ergo qui ab hostibus capti sunt, cùm verè serui sint, non possunt illa edicti parte contineri, quæ loquitur de his qui fuerunt in seruitute. Atque ita putat Accursius potuisse captiuos quoque illa edicti parte contineri, sed inspectis verbis potiùs quàm inspecta mente prætoris quasi prætor iis verbis, *in seruitute fuisses*, sentserit de ea tantùm seruitute quæ facti sit non de ea quæ iuris. Sed malè, vt statim dicam.

Ratio decidēdi. Non quisquis in seruitute est ille etiam seruus est, sed è contrario verissimum est, quisquis seruus est eum etiā in seruitute esse, quoniam *esse in seruitute* genus est, *seruum verò esse* species. Poterat ergo sufficere prætori verbum generale ad omnes species comprehendendas, nec minùs inspecta mente prætoris quàm ex proprietate verborum edicti. Itaque iusta Callistrati nota & reprehensio est. Visum tamen fuit prætori aptius, & apertius si de captiuis specialiter ediceret, atque ita ostenderet se prioribus illis verbis, *in seruitute fuisse* de facti tantùm, vt Accursius loquitur, seruitute sensisse.

15. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

AB hostibus autem captis, postliminio reuersis succurritur, aut ibi mortuis[c]: quia nec procuratorem habere possunt[d], cum a liis suprascriptis etiam per procuratorē possit subueniri, præter eos, qui in seruitute detinentur[e]. Ego autem, etiam nomine eius, qui hostium potitus est, si curator (vt plerunque) fuerit[f] bonis constitutus, auxilium competere existimo.

Ad l. Ab hostibus 15.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad legem prox. præcedentem.

c *Aut ibi mortuis.* Ratio dubitandi. Qui mortuus est nullus est, neque bona vlla habere dici potest, vnde est quòd res hereditariæ priusquàm heres quis existat in bonis nullius esse dicuntur *l. 1. §. derer. diuis.* Ergo mortuis succurri per hoc edictū non potest.

Ratio decidendi. Sic debet hoc intelligi vt non mortuis ipsis, sed eorum heredibus succurratur *l. qui mittuntur 35. §. item paganum. ff. hoc tit.* idq; propter mortuos quidē, quos quia ab hostibus capti sunt, lex Cornelia fingit in ciuitate decessisse *l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupil. substit. l. lege Cornelia 12. qui testam. fac. poss.* sed non tamen ex mortuorum persona. Nec enim defuncto quandiu vixit apud hostes ius vllum competiit petendæ restitutionis cum toto eo tempore seruus fuerit hostium, nec sciri potuerit, an fictio postliminij, an legis Corneliæ locū habitura esset. Etsi autem quo instanti mortuus est, illud etiam

etiam certum fuit ab hostibus eum redire amplius non posse, non ideò tamē potuit eo instanti ius petendæ restitutionis acquirere, cùm lex Cornelia faciat, vt ex instanti captiuitatis mortuus fuisse retrofingatur: quæ res facit vt non nisi post mortem suā læsus videri possit, quia totum tempus captiuitatis subducitur, & pro eo habetur, acsi nūquam fuisset. Ergo non potuit ad heredem suum transmittere ius restitutionis, quod nunquam habuit. *l. Pannonius 86. de acquir. hered. l.* Sed tantò magis dignus est, cuius heredibus succurratur, cùm certum fuerit in eius persona fictionem alterutram aut postliminij, aut legis Corneliæ locum habituram, vt in specie. *l. ventre 84. de acquir. hered. l. 4. §. vlt. de bonor. possess. contr. tab.*

d *Qui ance procuratorem habere possunt.* Ratio dubitandi. Etiam iis qui procuratorem in ciuitate habere possunt & habēt succurritur per hoc edictum. *l. sed etsi 26. §. 1. & vlt. ff. hoc tit.* Ergo non est bona hęc ratio. Ratio decidendi. Quamuis succurratur iis qui procuratorem habere potuerunt, multò magis tamen succurrendum est illis qui habere non potuerunt, illi sánque imputari aliquid potest, istis nihil potest. *l. is qui reipublicæ 39. ff.* Est igitur hæc bona ratio non negatiuè, vt non sint restituendi qui procuratorem habere possunt, sed affirmatiuè & tanquam à minori ad maius, vt multò magis restituendi sint qui procuratorem habere nequeunt, cùm iis etiam subueniat prætor per hoc edictum, qui potuerunt agere, & sibi ipsi subuenire per procuratorem.

e *Præterios qui in seruitute detinentur.* Ratio dubitandi. Quinin seruitute detinetur cùm re vera seruus non sit, liber est, ergo procuratorem habere potest etiam ad lites. Nam quin ad negotia habere possit non dubitatur, *l. seruum quoque 33. in princ. sup. de procurat.*

Ratio decidendi, Quamuis liber sit, tamen pro seruo habetur, siue liberum se sciat, siue ignoret, quousque causam liberalem ordinauerit. *l. 11. & 12. ff.* Ergo non magis procuratorem habere potest quàm si re vera seruus esset.

f *Si curator vt plerumque est.* Ratio dubitandi. Cùm curator datus est bonis, siue eius qui in hostium potestate est, siue alterius absentis cuiuslibet potest curator actiones omnes exercere saltem eas quæ tempore perire possunt. *l. 1. de curat. bon. dand. l. creditore 14. l. idem primi legatum 22. §. 1. de reb. autor. iudi. possid. l. vlt. §. 1. ff. de bonis quæ liber.* Ergo non est danda eo casu restitutio ex hoc edicto ei cui consuli potuit iure ordinario.

Ratio decidendi. Curator bonis absentis constituitur quominùs non quò magis eius bona pereant. Ergo siue per curatoris iniuriam siue qua alia ratione dies actionis exierit, non debet datio curatoris impedire auxilium restitutionis ex hoc edicto, ne quod in fauorem absentis constitutum est in eius odium retorqueatur. arg. *l. 3. §. si emancipatus. de bonor. possess. contra tabul. l. legata inutiliter 14. de adim. legat. leg. pen. C. ad SC. Trebell.* Nam si ei quoque succurrit prætor, qui in procuratorem in ciuitate reliquit, ne alioqui melioris condicionis sint stulti, quàm prudentes. *l. 4. quod vi aut clam.* quantò magis succurrendum est ei cuius bonis curator datus fuit. Datur siquidem bonis sicut absentis, ita & ignorantis: cùm tamen procurator non nisi à volēte & sciente dari possit, siue à præsente siue ab absente detur. Proderit ergo edictum hoc absenti, siue reuersus ille velit restitui, siue adhuc eo absente curator bonis datus, petat ipsius nomine restitutionem, vt bene Accursius concludit.

1¶ Non minùs[a] autem ab hostibus capto, quàm ibi nato, qui postliminium habet, succursum videtur.

Ad §. 1. Non minùs.

Ratio dubitandi. Is qui natus fuit apud hostes cùm in ciuitate nunquam fuerit, postliminium habere non potest, quod non datur nisi ciuibus captis, & qui percaptiuitatem amiserūt ciuitatem. *l. 1. C. de postlim. reuer.* Ergo neque potest habere auxilium huius edicti; quod vt diximus non datur nisi in cōsequentiam postliminij. Ratio decidendi. Non habet postliminium ex sua persona, sed habet ex personis parentum, qui ab hostibus redemptis non frueretur pleno iure postliminij si non is etiam filius apud hostes natus redderetur. *dict. l. 1. & l. Diui 25. §. eod. ill. tit.* Quod intelligendum est, de filio etiam apud hostes concepto, quia is, qui in ciuitate conceptus esset, quamuis apud hostes natus, postliminium non tamen ex propria quoque persona habere posset tanquam qui ex die conceptionis habendus esse pro nato, & consequenter pro Ciue. *l. qui in vtero sunt 26. §. de stat. homin.* Nec proinde in illo distinguimus, an redeat cum patre, an sine patre, quoniam vtroq; casu naturalis & legitimus est, non etiam ille qui conceptus fuit apud hostes: hunc. n. si redeat sine patre, pro spurio habendum esse placet quasi sine patre, natum. *d. l. Diui. & d. l. 1.* Quæ res facit vt matri quidem possint succedere tanquam alij vulgò quæsiti quilibet, sed non patri. *l. 2. l. 4. l. Modestinus 8. ff. vnde cognati. l. 2. §. sed vulgò quæsiti. ad SC. Tertil.* Ex quo apparet etiā illum liberum, neque tamen posse restitui ex hoc edicto si reuersus sit cū matre, vt malè putat Accurs. Cùm bona nulla potuerit amittere, qui nullā vnquā in ciuitate habuit, quod vtiq; necessariò requiritur ad causam huius edicti. *l. rectè 13. §. h. tit.* Quæ ratio facit, vt non de alio filio possit accipi hic §. quàm de illo qui reuersus sit ab hostibus post patrem, & iam in ciuitate defuncto patre, vt possit bona aliqua amisisse, pro quibus recuperandis indigeat restitutione, aut si ponat defunctum apud hostes patrem, ponendum etiam necessariò erit, reuersum eum in ciuitatem fuisse post matrem, vt a liquid potuerit amittere ex hereditate matris pendente postliminij fictione. Quid verò si mater apud hostes mortua sit, an fingetur similiter natus sine matre? Minimè verò, neque enim natura hoc patitur, nec potest fictio id fingere quod per rerum naturam impossibile sit. *l. confessionibus 13. cum leg. sequent. §. vlt. ff. de interrogat. in iur. fac.* Nec simile est quod Accursius Ioanne adfert de adrogato. Adrogatus enim licet matrem re vera nullam habeat in familia patris adrogatoris habet tamen, aut saltem habuit aliquam in ciuitate, nec tam sine matre natus fuisse quàm matrem amisisse fingitur. Quomodo enim fingere

tur natus ex adrogatore ſine matre, cùm adrogator ſic eum habeat filium quaſi ex iuſtis nuptiis conceptum, iuſtæ autem nuptiæ fingi non poſſint, quin vxor quoque fingatur? Dices, æquè eſſe impoſſibile, vt quis naſcatur ſine patre. Ita eſt, ſed illud tamen non eſt impoſſibile, vt quis, pater ſit, neſciatur cũ alius ſciri non poſſit, quã què nuptiæ demonſtrant. quæ porrò inter captiuos non magis ſubſiſtere quã contrahi poſſunt. *§. ſi aduerſus. miſſus. de nupt.* iunct. *princ. ex tit.* Mater ſemper autem certa eſt, quia matrem partus indicat non patrem. *l. quia ſemper* 5. *§. de in ius voc.* Ergo ſi pater ſolus ab hoſtibus redierit, mortua apud hoſtes matre, habebit filius poſtliminium ex perſona ſolius patris, nec minùs tamen ſuccedet matri quàm patri, ideóque reſtitui etiam ex hoc edicto poterit, ſi quid interim ex bonis matris amiſerit. Sed ſi vterque parens apud hoſtes defunctus ſit, aliud erit, cùm ex propria perſona poſtliminium nullum habere poſſit. vt dixi, ſic qui apud hoſtes & conceptus & natus fuit, quamuis, poſtea v enerit in ciuitatem, ob idque nec reſtitui ex hoc edicto poterit vel ob hoc etiam, quòd nihil potuit a mittere.

a *Nos minus.* Notat Accurſ. eſſe hîc ὑστερον πρότερον, quia ſcribi debuit, non minus ei, qui apud hoſtes natus eſt ſuccurrendum videri, quàm ei, qui ab hoſtibus captus fuit, video tamen iureconſultos noſtros, alibi etiam ſic locutos, & verba iſta *magis* & *minus* ferè pro ſynonimis accepiſſe, cùm acceperũt comparatiuè, ſubiuncta coniunctione *quàm*, vt in *leg. ſola datum* 85. *de ſolut.* & *l. hoc genus* 106. *de condit.* & *demonſt.* niſi dicas cum Perro Fabro inuerſum fuiſſe ordinem dictionum in *d. l. ſolidum.* Quod tamen nè hîc poſſis dicere, impedit dictio *ibi*, quæ præcedere nullo modo poteſt, nec intelligi, niſi ex præcedentibus iis verbis, *ab hoſtibus capto.*

2 ¶ Si damni infecti miſſus ſit in ædes militis: ſiquidem præſente eo iuſſit prætor poſſideri[a], non reſtituitur: ſin verò abſente eo, dicendum ſubueniri ei debere.

Ad §. 2. Si damni.

Ratio dubitandi. Miles tum quoq; cum præſens eſt, pro abſente tamen habetur, ideóq; etiamſi Romæ fuerit, cùm aliquid ex bonis ſuis amiſit, nihilominùs ex hoc edicto reſtituitur. *l. milites* 7. *§. hoc tit.* Ergo ſi quis damni infecti nomine miſſus ſit in ædes militis volentis cauere, & eo durante non cauere, iuſſus à prætore ſit, eas militis ædes ſibi poſſidere ex ſecundo decreto, omnimodo reſtituendus eſt miles ex hoc edicto, & tanquam abſens reipublic. cauſa, & tanquam læſus, cùm amiſerit dominium bonitarium ædium ſuarum per ſecundum prætoris decretum, ex quo dominus conſtituturis, qui poſſidere ſibi iubetur, poſtea futurus dominus iure Quiritium, ſi ædes illas vſu ceperit, & poſſederit legitimo tempore ex die ſecundi decreti. *l. ſi finita* 15. *§. Iulianus* 16. *de dam. infect.*

Ratio decidendi. Miles, qui præſens eſt, & in ſuis ædibus, pro pagano, non pro milite haberi debet, ac proinde pro præſente non pro abſente. *l. vlt. C. de reſtit. milit.* & *l. vlt. C. quib. non obiicit. long. temp. præſcript.* in iis nimirum, quæ ſtatim & præſenti die expedire poteſt, Cuiuſmodi illud eſt, Cauere de damno infecto, quod celeriter fieri & poteſt & debet. *l. 1. eod.* At non tam citò expediri his poteſt, habet enim ſuas moras. *l. eum* 15. *infr. vt legator. cauſ. caue. at.* Ergo militibus etiam qui Romæ militant, ſuccurrendum erit, ſi non egerint, non item ſi non cauerint. Quanquam vix eſt vt pro milite Romæ militante habere debeat is, qui in ædibus ſuis eſt. *d. l. ad.*

a *Iuſſit prætor poſſideri.* Rectè, nam ex hoc ſolo decreto miles rei ſuæ dominiũ amittit, vt diximus, non etiam ex priore, quo iubetur cauere: aut ſi non caueat, mittitur vicinus in poſſeſſionem ædium. *d. l. ſi finita. §. ſi feriè. & l. 4. §. 1. & ſequent. eod. tit.* Illa enim miſſio in poſſeſſionem, neque dominium, neque poſſeſſionem aufert militi, ſed vicino cuſtodia magis, quàm poſſeſſio datur, vt poſſideat cum milite & ſaltem tædio perpetuæ cuſtodiæ extorqueat ab eo cautionem, vt & in ſpecie. *l. 5. in prine.* j. vt in *poſſeſſ. legat.* Prius autem eſt, vt miles ſit læſus, quàm vt poſſit ex hoc edicto reſtitui, *dicto §. ſi feriè, & §. poſtea quam eiuſdem leg. ſi finita.* Eſt enim hoc commune reſtitutionum omnium tam quæ maioribus, quàm quæ minoribus indulgentur, vt exigant læſionem. *l. ergo* 22. j. *hoc tit.*

3 ¶ Sed quod ſimpliciter prætor edixit, *poſteáve*, ita accipiendum eſt: vt, ſi inchoata ſit bonæ fidei poſſeſſoris detentatio ante abſentiam, finita autem reuerſo, reſtitutionis auxilium locum habeat[b], non quandoque, ſed ita demum, ſi intra modicum tempus, quàm rediit, hoc contigit: id eſt, dum hoſpitium quis conducit, ſarcinulas componit, quærit aduocatum: nam eum, qui differt reſtitutionem, non eſſe audiendum Neratius ſcribit.

Ad §. 3. Sed quod ſimpliciter

Ratio dubitandi. In edicto: cuius verba relata ſunt ab Vlp. in *l. 1. §. hoc tit.* non legitur dictio iſta, *poſteáve.* Ergo interpretatio, quæ fit in hoc §. non pertinet ad edictum, de quo in hoc tit. agitur. Ratio decidendi. Deeſt hæc dictio, & addenda neceſſariò eſt in *d. l.* poſt verba illa, *hoſtiúmque poteſtate eſſet*, Quod iam olim Azo bene adnotauit, nam quod Accurſ. poſt Ioannem & Bulgarum ſomniat de alio neſcio quo edicto, ridiculum eſt.

b *Reſtitutionis auxilium locum habeat.* Ratio dubitãdi. Primi ingiſi quod ex hoc edicto datur, non niſi ratione & fauore abſentiæ datur, ne cui ſcilicet abſentia ſua ſit damnoſa. *l. abſentia* 140. *de reg. in.* Ergo nõ poteſt competere reuerſo, cùm non poſſit dici abſens, aut reuerſus eſt. *l. ſi cui* 38. *§. tandiu.* j. *hoc tit.* Ratio decidendi. Etiamſi quis in ciuitatem reuerſus ſit, non ideò tamẽ ſtatim cauſa priuilegij ceſſat, quę non tam ex abſentia ipſa proficiſcitur, quàm ex impedimento, quod abſentia ſecum adfert. Impedit enim, ne agi poſſit. Porrò, nec is, qui hodie reuerſus eſt, confeſtim agere poteſt, ſed ſpatium temporis aliquod

aliquod neceſſariò ei tribuendum eſt, vt hoſpitium cõducat, ſarcinulas componat, aduocatum quęrat, & cætera ſi qua ſunt, ſimilia faciat, ſine quibus agere aut nullo modo, aut non ſatis commodè poſſet, Solaigitur reuerſio beneficiũ huius edicti adimere ei non debet, quia quod ad hoc edictũ attinet, pro abſente habetur etiam qui præſens eſt, quandiu agere non poteſt *l. milites* 7. *ſupr. hoc tit.* Quantum autem aut potius quantulum tempus hoc modicum eſſe debeat, magis intellectu percipi, quàm elocutione exprimi poteſt, vt & in *l. ratum* 13. *l. quod dicimus* 105. *de ſolut. l. quo enim* 12. *§. Iulianus infr. rat. rem haber.* Itaque poſitum eſt in arbitrio & religione cognoſcentis, vt ſubiiciatur in *l. ſeq.* qui ex perſonarum & rerum varietate aliter atque aliter hoc æſtimare poterit, quod euenit in aliis etiam omnibus quę ſunt facti non iuris *l. ordine* 15. *infr. ad municip.* Vix tamen eſt, vt minus quàm decem dierum eſſe debeat, arg. *l. promiſſor* 21. *§. 1. infr. de conſtit. pecun.* Ergo ſi ex die reuerſionis tantum tempus effluxerit, intra quod reſtitutio peti potuerit, nec petita ſit, non erit audiẽdus poſtea ſi petat reſtitutionem, quia licèt per multum temporis abfuerit reipublicæ cauſa, quo toto tempore potuiſſet agere ſi non abſuiſſet, non poteſt tamen dicere, ſe per abſentiam ſuam læſum qui reuerſus integra ſua iura reperit, ſatiſque temporis habuit ad prouidendum ſibi ne quid amitteret, ſi negligens non fuiſſet, & hoc eſt quod ſequitur in hoc §. *Eum*, qui differt reſtitutionem, non eſſe audiendum, id eſt, qui differt agere vt poſtea reſtituatur, hic enim vel data opera, vel ſaltem per negligentiam ſuam id agit vt lædatur. Ideóque indignus hoc ipſo eſt qui reſtituatur *l. prox. infr. l. ſed & qui* 5. *ſupr. hoc tit.* Niſi malis, quod puto probabilius, dictionem hanc *reſtitutionem* abundare & delendam eſſe tanquam quæ irrepſerit, ex gloſſa interpretis, & quidem parum acuti exiſtimantis fortaſſe aliquid deeſſe ſi ſimpliciter legatur, *Nam eum, qui differt*, Nec animaduertẽtis nõ tractari hoc loco de eo qui diſtulit petere reſtitutionem, ſed de eo, qui diſtulit agere, cùm poſſet agere & deberet, ne poſtmodum indigeret reſtitutione. Fateor ſuppleri aliquid debere, vt ſciatur quid differatur, ſed dico ſuppleri debere verbum *agere*: non autem nomen *reſtitutionis*, quod conſtat etiam apertiùs ex *ſin. l. prox. ſeq.* Quanquam ſi malis adiecta tantùm præpoſitione legere *ob reſti uitionem*, id eſt, ſpe reſtitutionis, non repugnabo. Itaque in quæſtione illa, quam Accurſius hîc tractat, ad quid reſtituatur is, contra quem impleta eſt vſucapio intra modicum tempus poſtquam rediit, & quid ſi poſt modicum illud tempus elapſum, ego cum Martino contra Ioannem & Bulgarum ſentio, nullomodo reſtituendum eum, qui à die reuerſionis modicum aliquod tempus habuit, intra quod litem noluit cùm potuit conteſtari *d. l. prox. ſeq.* & contrà ſiue durante tempore abſentiæ, ſiue intra modicum tempus ex die reuerſionis completa vſucapio ſit, reſtituendum eſſe reuerſum non ad hoc tantùm, vt ſubducatur tempus abſentiæ quod iſti putant, ſed ad rem ipſam vindicandam *l. quod tempore* 3. in illis verbis *vindicare permiſſum eſt. C. de reſtitut. milit.* Nec mouet quod ibidem additur, *amota præſcriptione medij temporis.* Oſtendunt enim potiùs hæc verba, illam medij temporis præſcriptionem ipſo iure amotam intelligi debere, quàm vt reſtitutio detur ad eam amouendam. Eſſet enim ille inanis & fruſtratorius circuitus, vt daretur reſtitutio ad ſubducendam tempus abſentiæ, ſubduceretur autem abſentiæ tempus ad agendum, tandem denique ageretur. Neque rurſus dici poteſt Imperatorem in *d. l.* non loqui de vſucapione aduerſus quam reſtitutio danda ſit ex hoc edicto, ſed de poſſeſſione longi temporis, cuius ſanè in eo diuerſa ratio eſt quàm vſucapionis, quod contra eum qui ex hoc edicto reſtitui poteſt, non ob id minùs currit vſucapio quæ ſcilicet ſi non curreret, nulla aduerſus eam reſtitutio neceſſaria eſſet, non autem currit longi temporis poſſeſſio, ſed tantùm ſubducto tempore abſentiæ, quod pro non tranſacto habetur, ſolum reſiduum computatur *l. pen. C. quib. non obiicit. long. temp. præſcr.* nec proinde contra huiuſmodi longi temporis poſſeſſionem neceſſaria vnquam eſt ei qui reipub. cauſa abfuit in *integr. reſti.* De hac verò longi temporis poſſeſſione loqui Alex. in *d. l.* 3. fatadere illud videtur quod ponit de bonis militis aliquid poſſeſſum, non autem dici vſucaptum. Item quod loquitur de præſcriptione temporis, cùm tamen ex vſucapione non tantùm præſcriptio & exceptio, vt ex poſſeſſione longi temporis, ſed etiam dominium acquiratur. Denique quod dat militi reuerſo vindicationem, quę numquam dari poteſt contra eum, qui vſucepit, cùm ſit ipſe factus dominus, vindicatio autem non niſi domino detur: Nam reſpondeo imò verò loqui Alexandrum de milite in *integr. reſt.* vt & titulus ipſe oſtendit, & quod lex ait de anno vtili, quod tempus pertendæ huic reſtitutioni fuit olim à prætore definitum. Si enim ageretur de poſſeſſione longi temporis non eſſet quærendum de anno vtili. Siquidem is qui per viginti annos abſens fuit, ſi ex toto eo tempore abfuerit per triennium cauſa reipublicæ, ac poſtea reuerſus ſit nõ annum duntaxat habere debet ad rem ſuam vindicandam, ſed triennium integrum, quia verum eſt eum tanto tempore reipublicæ cauſa abfuiſſe *dicti. l. penultim.* De vſucapione igitur intelligendum eſt quoties de anno vtili contra poſſeſſionem tractatur, licèt fiat mentio poſſeſſionis, & detentationis, vt in hoc §. quia nec ſine poſſeſſione & detentatione, eaque continua procedit vlla vſucapio *l. ſine poſſeſſione* 25. *de vſucap.* Quanquam vt eloquar quod ſentio, non dubito quin verba illa huius *§. ſi inchoata ſit bonæ fidei poſſeſſoris detentatio* corrupta ſint à Triboniano reſpiciente, vt alibi ſæpe ad vſucapionis transformationem à Iuſtiniano factam in *l. vnic. C. de vſucap. transform.* cùm Vlpianus non *detentatio* ſcripſiſſet, ſed *vſucapio.* Nam quod ſequitur, *finita autem eo reuerſo* ad vſucapionem neceſſariò referendum eſt, non ad detentationem & poſſeſſionem, quæ finiri non poteſt ante completam vſucapionem quin vſucapio interpelletur, quod nec Accurſius ignorauit. Idque Triboniani manum & inſcitiam omnino prodit: ſolet enim ille plerumque ſic veterum prudentum ſcripta emendare, vt tamen non obſeruet an emendationi conuenire poſſint ea quę præcedunt, aut quæ ſequuntur. Quod autem apud Alexandrum ſcriptum eſt de præſcriptione, parum vrget. Nam præter id quod non eſt nouum in libris noſtris, vt præſcriptionem temporis pro poſſeſſione

legamus & contrà, illud etiam constat eum quoque qui absentis rem vsucepit non tantùm habere vindicationem iure dominij sed multò magis posse etiam præscriptionem habere & exceptionē ex iuris regula, quæ vult ei cui datur actio multò magis dandam esse exceptionem *l.1.§.is autem de superfic.l.inuitus* 156.*§.cui damus de regul.iur.* Sed quo iure, inquies, poterit dari vindicatio ei, cuius res vsucapta fuit, cùm per vsucapionem dominium amiserit? Respondeo dari ei vindicationem vtilem & rescissoriam ex hoc edicto & iure restitutionis. Cuius ea vis est, vt actor possit intra annum rem petere, id est, vindicare rescissa vsucapione, hoc est, ita petere, vt dicat possessorem non vsucepisse, ac proinde rem adhuc suam esse, vt Iustinianus loquitur in *§.rursus Inst.de action.* Quòd si replices, Absurdū fore si prætor qui hanc actionem dat actori, det etiam reo præscriptionem & exceptionem possessionis longi temporis, ne actio quæ ex sola prætoris iurisdictione & æquitate proficiscitur, contraria eiusdem prætoris æquitate, id est, per exceptionem eludatur, sicut euitandi huius absurdi gratia nunquam dat prætor, præscriptionem & exceptionem ex possessione longi temporis contra eum qui ex hoc edicto restitui potest *l. ab hostibus 6. C. quib. non obijcit long. temp. præsc.* ne alioqui prætor cum seipso pugnare videretur, vt dixi ad *l.auxilium* 37.*ff.de minor.* Respondebo id nimirū esse quod scriptum est in *d. l.*3. vindicatione dari actori, *amota præscriptione medij temporis possessionis.* (sic enim lego non vt vulgò *possessionem*, quia non medium tempus, sed medij temporis possessio illa est quæ præscriptionem parit. nec rursus vindicatio est possessionis, sed dominij, & quidem contra possessorem *l.in rem* 23.*l.is qui destinauit* 24. *l.qui petitorio* 36. *de rei vindic.* & præterea verbum *vindicare* positum in *d.l.*3. habet accusatiuū suum *quod* positū in princ. legis, cuius alioqui nulla constructio esse poterit,) hoc est, ita dari à prætore vindicationem vtilem & rescissoriam, vt in formula nulla debeat subiici exceptio possessionis longi temporis, quę tamen exceptio subiici posset, ac deberet si directa vindicatione ageretur, contra eum qui se diceret vsucepisse: nec dum tamen id probaret: nam contra eum quem cōstaret vsucepisse vtique prætor non daret directam vindicationem. Et hanc puto esse sententiam *d.l.*3. in qua etiam erratum puto in illis verbis *contra eum instituitum*, quæ nullius sensus sunt, legendumq; *meum* pro *eum*. Nec enim Principis boni mos & institutum est cuiusquam lædere *l.*4. *C.de emanci.liber.* Huic verò interpretationi nostræ conuenit maximè quod scriptū est in *l.vlt. C.hoc tit.* Si filius cum patre & matre ab hostibus captus sit, & iis postea ibi defunctis, reuersus filius eorum successiones legis Corneliæ beneficio sibi acquisiuerit, exemplo vtilis actionis quæ in integrum restitutis datur non prohiberi filium res quæ parentum fuerunt vindicare, sed tamen cū obiectu, inquit, lex annuæ exceptionis, quæ rescissoriæ & vtili actioni obiici solet: vt intelligamus non longi temporis possessionis præscriptionem huic actioni posse obiici, sed annuam tantùm exceptionem, id est, anni illius vtilis quo concludi eam prætor voluit. Quantumuis enim id agat prætor quantum potest ne secum pugnet, cogitur tamen tum quoque cùm dat restitutionem, & ex ea causa vtilem actionem, anni quoq; vtilis exceptionem subiicere, quia in facto magis quàm in iure consistit, an vtilis annus præterierit necne, quod in anno continuo nō similiter dici posset. Cur verò, vt hoc etiam obiter explicemus, non datur vtilis actio per restitutionem in integrum, sed tāummodo ad exemplum illius actionis, filio qui rediit ab hostibus posti parentes ambos ibi defunctos? An fortasse non habet, postliminium ex sua persona? Imò habet. Ponimus enim captum eum fuisse cū parentibus, ideoq; apud hostes conceptum non fuisse. Sed ideò nō potest restitui, quia cùm captus esset, in patris sui adhuc potestate constitutus, nulla bona in ciuitate vnquam habuit, quæ durante captiuitate amittere potuerit, ac proinde non pertinet ad hoc edictum, in quo prætor de iis tantùm locutus est qui bona aliqua habuerunt & amiserunt *l.rectè* 13.*ff.* Ei tamen æquitas edicti accommodatur, quia perinde verum est nihil ei posse imputari, damnumque eum sentire ex sua captiuitate si prohibeatur eas res vindicare, quæ interim vsucaptæ sunt, & quas hodie in patris aut matris hereditate inueniret si captus ipse non fuisset. Hoc cùm ita sit, nulla potest ei qui ex hoc edicto agit, necessaria esse replicatio, cùm omnis replicatio præsupponat exceptionem *l.2.de except.* Exceptio autē nulla in proposito esse possit prætorquam annua, quæ ipsa rursus nullam patitur replicationem. Si tamen actor qui rectà posset rescissoriam exercere impetrando restitutionem in integrum, malit agere directa rei vindicatione, allegans fortasse, neque tamen probans postea malam possessoris fidem, quę ab initio interuenerit, nemo dubitat quin eam actionem daturus quidem sit prætor, sed sub ea tamen exceptione si non res quæ vindicatur, interim vsucapta longóve tempore possessa probetur. Quo probato vtique necessarium est auxilium, non modò replicationis ad elidendam eam exceptionem, sed etiam restitutionis in integrum ad fundandam replicationem. Quid rursum si malit actor petere restitutionem, ad hoc duntaxat vt absentiæ tempus subducatur, mox vbi hoc impetrauerit, pristinam actionem propositurus? Nihil causæ est cur non hoc ei licere debeat, sicut & licet minori iudicio in rem experiri post rescissam restitutionis beneficio alienationem *l.in causæ* 13. *§.interdum* 3.*de minor.* Etsi longè consultius facit, qui cognitione ipsa prætoria rem vindicat & possessori auffert *d.§. interdum* in illis verbis *vel cognitione prætoria. l. minor* 39.*de euict.* Quid item si actio non realis fuit, sed personalis? Putat Accursius remanere directam quasi quæ tempore sublata non fit, cùm tempus non sit legitimus modus tollendæ obligationis, & ideò posse ex ea agi, & aduersus præscriptionem temporis replicari per in integrum restitutionem. Sed ego quid ille sibi velit non benè intelligo. Nam aut ponit actionem illam personalem fuisse ciuilem, & eam constat fuisse olim perpetuam ante Imperatorum constitutiones quæ præscriptionem 30. & 40. annorum introduxerunt *tit. de perpet. & temp.action.* Aut ponit fuisse prætoriam, vel ædilitiam quales olim necesse erat omnes eas esse, quę erant temporales. Et hanc dubitandum non est tollī tempore etiam directam, non quia tempus hoc casu magis quàm alio vllo sit legitimus modus tollendæ obligationis, sed quoniam actiones istę ab initio eam naturam habent ex voluntate

tate prætoris aut Ædilis qui eas introduxit, vt tempore finiantur. Ideóque finiri dicuntur nō tolli aut extingui: Nec nouum est, vt quæ sunt ex iurisdictione prætoris, ex eius quoque mente vt vim ita & naturam & substantiam capiant *l.inconuentionalib.*52 *de verb.obl.* iunct. *l.prætoriis* 9.*de præto.stipul.* Hodie tamē postquam placuit Imperatorib. ciuiles quoq. actiones perimi tēpore si nō ipso iure saltē per exceptionem *l.3.& 4. C.de præsc.*30. vel 40. *annor.* poterit Accursij sententia locum habere si actor sine restitutione petat actionem quo casu omnimodo necessarium ei est auxilium restitutionis in replicatione: at non etiam si rectà & principaliter petatur actio per viam & auxilium restitutionis, secundùm ea quæ diximus. Ex quo etiam apparet quàm improbabile sit quod tentat Accursius hanc restitutionem à prætore concedi posse, altera quoque parte absente, tanquam quæ nullius aut permodici sit præiudicij, quippe per quam res in pristinum duntaxat statum reponatur, non etiam aduersarius condemnetur. Quasi verò nihil aut parum sit pronunciatum fuisse à prætore, iustam esse causam dandæ restitutionis. Nam imò hoc totum est. Cætera nihil nisi consequentia & veluti in executionem datæ restitutionis *l. vnic. Cod. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr.restit. lege quòd si minor* 24. *§. restitutio supra de minor.* Necessarium igitur est vt præsentes sint, vel euocari omnes, quorum interest non dari restitutionem *dict. l.in causæ* 13.*§. causa autem cognita. & lege etiam* 29.*§. vltim. eodem ti.* quod nec Accursius negat tutius esse. In eo tamen semper errans, quod vult tam maioribus quam minoribus officio iudicis sub uenire: deinde impetrata restitutione agi pristina & antiqua actione. In vtraque enim restitutionis specie subuenitur per prætorem & extra ordinem nulla hodie maioribus data actione, vt nec olim minoribus *l.*2. vbi dixi. *§. hoc tit.* iunct. *dict. lege quòd si minor. §. vltim.* Olim sanè rescissoria competebat & quidem statim ex die reuersionis, cùm neque dari posset, neque nomen illud habere nisi per auxilium restitutionis, vt diximus. Illud planè non possum intelligere quod Accursius quærit, cur possessor qui iam vsucepit iterum vsucapiat post modicum tempus cùm factus sit dominus. Nihil enim est in tota hac lege, ex quo possit colligi secundam vsucapionem hīc interuenire quod nec fieri vllomodo potest, cùm id quod iam meum est magis fieri meum non possit. *§. sic itaque. Institut.de action. l.non vt ex pluribus* 196.*de regul.iur. l.4. §. Iana.de vsucapionib.* Et quod ad ultam quæstionem respondet Accursius eum qui vsucepit rem absentis causa reipublic. fingi, nec dominum fuisse ex *l. nemo videtur* 5. *supra de in integr. restit. l.*3. *C. de his quæ vi metúsve caus.* verum quidem est si intra annum restitutio petatur *dict. §. rursus. Institu. de actionibus.* Sed eo casu non est quod de vsucapione quæramus, aut prima, aut secunda, cùm prima quæ completa fuit rescindatur, secunda autem nunquam cœperit quæ per diligentiam actoris impeditur, id est, per litis contestationem *lege proxim. in fi. infra.* Etsi enim litis contestatio non interrumpit vsucapionem, possessor tamen quandocunque postea condemnatus cogitur rem reddere tanquam malæ fidei possessor factus per litis contestationem *l.si post acceptum* 18. *de rei vindic.* Nam sicut superueniens mala fides non impedit vsucapionem *lege si aliena* 10. *l. si existimans* 48. *de vsucap. lege vnic. Cod.de vsucapionib transform.* ita neque superueniens implementum vsucapionis tollit malam fidem quam cōtestatio litis induxit *dict. lege si post acceptum.* iunct. *lege sed si lege* 25. *§. si antè de petit. hered.* Quòd si absens reuersus ante completam vsucapionem negligens fuit in lite contestanda, cùm tempora largirentur, tunc non noua vsucapio inchoatur, sed vetus completur, ante quam porrò completam non potest possessor videri dominus vnquam fuisse. Ergo nec huic quæstioni Accursianæ locus esse: cui causam proculdubio dedit error Ioannis quem passim Accursius contra Martinum sequi solet, existimantis post completam ex die reuersionis vsucapionem per negligentiam reuersi etiam subducto eo modico tempore quod reuerso dandum esse diximus, adhuc dandam reuerso restitutionem vt subducatur tēpus absentiæ vel quasi absentiæ, sed cum hoc tamen temperamēto vt subducatur ex eo tempore tantò minùs, quantum negligenter fluxit. Hoc enim si ipsi qui cum Ioanne pro vero habent. Fateri tamen coguntur, ita demum verum esse si non ex die reuersionis & completæ prioris vsucapionis, possessor iterum vsuceperit. Sed totum hoc vt dixi, ridiculum ac nugatorium est. Nulla enim vsucapio noua necessaria est ei qui completis per negligentiam actoris temporibus vsucapionis cœptæ siue ante absentiam, siue in ipsa absentia factus est pleno iure dominus, nec tantùm iure ciuili, sed etiam quod ad prætorem, euacuato prorsus omni metu restitutionis. Longéque alia species & ratio est eius quod adfert Accursius ex *lege in bello* 12. *§. si quis seruum supra de captiu. & postlim.* Similis & illa quæstio est quam subnectit Accursius. Cur is qui reuersus est restituatur ad totum tempus quo fuit absens, cùm tantùm vltimo die fuerit læsus? Falsum enim est quod quæstio supponit pro verò restitutionem fieri ad totum tempus quo quis fuit absens. Fit siquidem ad rem ipsam, vt dixi vindicandam vel intra tempus quod superat reuersionis tempore, dummodò subducto eo tempore modico, quod subducendum esse diximus, vel intra annum vtilem si vsucapio completa fuerit ante reuersionem *dict. lege* 3. *Codice de in integr. restitution. milit.* Nullo igitur casu ad totum tempus quo duravit absentia *dict. lege vltim. Codic. hoc tit.* Nec ad rem facit quod Accurs. ait, toto illo tempore absentiæ læsum fuisse illum, cuius res interim vsucapta fuit, non sup. remo tantùm vsucapionis die ex *lege* 3.*§.*1.*ff.de minorib.* Etsi enim ita est, satis tamen supérque ipsi succurritur cùm ei reuerso annus vtilis datur ad rem suam recuperandam & vindicandā. Idem quērit si quis absens fuerit primo tantū anno decennij vel vicēnij, vel tricennij, an sit restituēdus ad illum annum, & an ab initio an tum demum cùm alij omnes anni cucurrerint? Respondet autem non priùs quàm totum tempus præterierit, quia nec priùs videri læsus potest ex *l. in causa* 16.*supra de minorib.* Non malè si in præscriptione siue decem, siue viginti, siue triginta annorum locus huic quæstioni esse posset. Sed esse meo iudicio non potest, quia quod attinet ad possessionem longi temporis, id est, decennij inter præsentes & vicennij inter absentes, certum est eius tempora non currere contra eos, qui ex hoc edicto restitui possunt, ideóque nec in eorū persona quæri posse de in integrum restitutione *l.3. l. ab hostibus* 6. *& seq.*

C.quib.non obiicit long.tempor.præscr. Quòd verò pertinet ad præscriptionem 30. vel 40. annorum, verissimum est, & apud me indubitatum, licèt interpretes ferè omnes reluctentur, nullam siue ex hoc siue ex alio edicti capite restitutionem aduersus eam dari vnquam posse, vt leges quæ huiusmodi præscriptiones introduxerunt rebus non verbis impositæ reperiantur *l. 3. & 4. C. de præscr. 30. vel 40. annor. l. vlt. in fin. C. in quib. caus. rest. in integr. non est necess.* De vltima quæstione, An si læsio sit minoris temporis quàm anni, dandus sit annus integer ad petendam restitutionem. Dicemus ad *leg. sed etsi 26. §. quoties. ff. hoc tit.* Sufficiat totam ferè Accursij ad hunc §. glossam verè ac dilucidè si non omnino breuiter confutasse.

16. PAVLVS lib. 12. ad Edictum.

NOn enim negligentibus subuenitur, sed necessitate rerum impeditis. Totúmque istud arbitrio prætoris [a] temperabitur: id est, vt ita demum restituat [b], si non negligentia, sed temporis angustia non potuerunt litem contestari [c].

Ad l. Non enim 16.

Pendet hæc lex ex §. vlt. legis præcedentis, ideóque admittit eadem dubitandi & decidendi rationes. Iunge quod dici solet iura scripta esse vigilantibus, non dormientibus *l. quod autem 6. §. sciendum l. pupillus. 24. in fi. infrà quam fraud. credit.* Et errantibus non stultis *l. regula 9. §. si quis ius ignorans de iur. & fact. ignor.* ne alioqui melioris condicionis sint stulti quàm periti *l. 4. quod vi aut clam.*

a *Arbitrio prætoris.* Ergo Pauli temporibus cuius hæc lex est, erat hæc cognitio prætoris. Quod notandum est contra eos qui putant restitutionem hodie non fieri ex hoc edicto, neque cognitione prætoris, sed à Principe vel Senatu. Eámque esse sententiam *l. 2. supra hoc titul.* vbi vide quæ contra scripsi.

b *Vt ita demum restituat.* Ergo si qua vel minima interuenerit negligentia eius qui reipublicæ causa abfuit, eáque effecerit ne intra tempus quod vsucapioni complendæ supererat litem contestatus sit cùm posset, nullomodo erit restituendus quæ fuit Martini opinio, à nobis in superioribus probata.

c *Litem contestari.* Ratio dubitandi, Litis contestatio inducit quidem malam fidem *l. sed etsi l. 25. §. si antè de petit. hered.* sed non ideò interrumpit vsucapionem *l. si post acceptum 18. inf. de rei vindic.* quam nec mala fides superueniens interrumpit *l. si aliena 10. de vsucap. l. vnic. C. de transform. vsucap.* Ergo nihil prodest reuerso quod litem contestetur ante completam vsucapionem.

Ratio decidendi. Completur quidem vsucapio etiam post litis contestationem, sed ita vt nullum commodum adferat possessori, neque damnum priori domino, quia condemnatus quandocunque possessor cogitur rem vsucaptam domino restituere & quidem cum fructibus tanquam malæ fidei possessor, adeóque cauere de facto suo *d. l. si post acceptum.* Quale enim quid est cùm petitur tale dari debet *l. 2. infr. de vsur.* Quòd si non de vsucapione tractetur, sed de actione aliqua temporali cuius dies própemodum exierit durante absentia, maior erit vtilitas & potestas contestationis, ad perpetuandam actionem. Perpetuat enim quæcunque actiones quantumlibet temporales *l. aliam 29. in fi. de nouat. l. omnes actiones 139. de reg. iur. excepta actione de dolo. l. vlt. C. de dolo.* Iunge *l. quod fortè 8. & l. si finita 15. §. pen. de damn. infect. l. facta 63. §. pen. ad SC. Trebell.*

17. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

IVlianus libro quarto scribit, non solùm aduersus possessorem hereditatis succurrendum militi, verùm aduersus eos quoque, qui à possessore emerunt [a], vt vindicari res possint, [c] si miles hereditatem adgnouerit [d]. quòd si non adgnouerit, ex postfacto vsucapionem processisse [e] manifestatur.

Ad l. Iulianus 17.

Ratio dubitandi, Possessor hereditatis vel habet titulum aliquem, vel nullum. Si aliquem, non potest conueniri petitione hereditatis, quia non datur illa actio contra titulo possidentem *l. regulariter 9. infra de petit. hered.* Si verò nullum, non potest vsucapere, cùm vsucapio sine vero titulo non procedat *l. penultim. Cod. pro hered. l. Celsus 27. de vsucap.* Ergo nullo casu potest huic legi locus esse. Præsertim cùm ex hoc edicto restituantur eæ tantùm actiones quæ tempore amissæ sunt, ac proinde quæ temporales fuerunt. *l. 1. §.* in quarum numero non erat iure Pandectarum petitio hereditatis, cùm esset non modò ciuilis sed etiam personalis actionis naturam mixtam habens *lege hereditatis 7. Cod. de petit. hered.* Ac rursus si non de petitione hereditatis quæ perpetua olim fuit accipi hæc lex debeat, sed de vindicatione singulari quæ per vsucapionem amittebatur simul cum dominio quod sibi vsucapiens acquirebat. Sensus igitur erit si possessor hereditatis res hereditarias singulas per statutum tempus possederit bona fide, fortassis existimans ex falso rumore perlato vt plerumque fit decessisse in bello militē, qui alioquin prior in gradu succedendi fuisset, vt in *l. cum mater 28. de inof. test. l. vlt. inf. de her. inst.* vel rectè factum testamentum quod erat inutile, vel denique sibi potius hereditatē deferri cum alius proximior agnatus eum præcederet, quo casu error quidem iuris est, sed mala fides tamen non ideò vlla est *l. sed etsi lege 25. §. scire. de pet. hered.* atque ita res illas hereditarias singulas vsuceperit quas ante aditam à milite hereditatem non tam militis quàm nullius fuisse certum est *leg. 1. de rer. diuis. supra* restituendum esse militem, vt eas res vsucaptas vindicare nihilominus possit, quas vtique per petitionem hereditatis obtinere non posset, siquidem petitio hereditatis non includit ea quæ medio tempore sunt vsucapta *leg. de perditum 21. de hered. pet. & d. leg. hereditatis 7. in fi. C. eo.* Atqui sensus hic defendi nullomodo potest, quia inauditū est vt aduersus hereditatis possessorem à quo hereditas ipsa peti potest, & debet, singularum rerū vindicatio proponatur, aut vt hereditatis petitio prætextu vsucapionis aut possessionis longi temporis summouetur *d. l. hereditatis & l. 2. eo tit.* Ergo nullam hæc lex potest recipere satis commodam interpretationem, saltem si Accursio & Bartolo credimus, adeò se illi intricant vt hinc se euoluant. Ratio decidendi, Cùm Vlpianus ex Iuliano ponit succurrendum esse militi reuerso aduersus possessorem hereditatis, supponit in necessarium antecedens læsum fuisse militem, qui alioquin non egeret vt ei succurretur. Atqui non potuit lædi in amittenda per lapsum temporis actione petitionis hereditatis quæ nullo vt diximus tēpore amitti olim poterat cùm esset perpetua. Ponēdum igitur necessariò est læsum eum fuisse in eo quod propter absentiā suam amiserit ipsā hereditatem: quàm porro non magis amittere vllo tēpore potuit, liquidem ius adeundæ hereditatis æquè perpetuum olim erat si modò fuisset delata hereditas, atque ipsum hereditatem petendi *l. si curatoris 9. cū l. præced. C. de iur. deliber.* Necesse igitur etiam illud est, vt læsus fuerit miles in delatione hereditatis, id est, in eo quod per ipsius absentiam factum sit ne delata ei fuerit hereditas, quæ si præsens fuisset, deferri ei acquirique potuisset. At quomodo hoc inquies, cùm hereditas per legem etiam inuitis nedum ignorantibus deferatur, quanuis extra causam necessariorum heredum & suorum qui etiam necessarij sunt, non nisi volentibus acquiratur? Respondeo ita esse. vt deferatur hereditas statim & ignorantibus & inuitis si modò legis delatio per delationem hominis non suspendatur. Subsequitur enim lex testantis voluntatem, nec alij aut priùs defert hereditatem testamentariam, quàm cui & quo tempore detulit eam testator. Illud ergo etiam necessariò ponendum est suspensam fuisse testatoris delationem, quod aliter fieri non potuit, quàm institutione facta sub condicione. Prius enim est vt condicio impleri debeat, quàm vt hereditas sub condicione data vllomodo delata esse intelligatur. *leg. 1. leg 5. leg. ei qui 13 & tot. tit. de condic. instit.* Neque tamen potest videri quis læsus ob id solùm quod hereditas ei nondum delata sit, quandiu deferri aliquando potest, præsertim si testatoris voluntas illa sit quæ faciat vt delatio differatur. Tum ergo incipit læsio, cùm hereditas quę in eo aliquando fuit, vt deferri posset, in ea causa esse incipit, vt desinat deferri posse. Hoc verò tum demum euenit, cùm deficit condicio sub qua hereditas delata fuit. Aut inuersus condicio sub qua miles institutus fuit, non potest ob solam ipsius absentiam deficere, nisi ponas condicioni insertum fuisse tempus intra quod impleri eam oportuerit, & post quod elapsum impleri amplius ea non possit. Exeo namq; tempore præterito non potest deferri amplius hereditas, cuius delatio nedū acquisito implementum condicionis presupponit. Exinde igitur incipit læsio, & quidem ob absentiā causa reipublicæ, ac proinde iusta causa & materia restitutionis *l. si quis Titio 41. ff. hoc tit.* Exemplum vulgare esse potest si pœnas militem insti-

tutum sub ea condicione *si intra centum d. es proximos à die mortis heredi statem adierit*, quę erat formula continuę cretionis, non adiectis verbis illis quæ in alia cretionis specie addiici solebant *quibus sciens poterisque*, quæ adiectio faciebat dies cretionis vtiles qui alioquin cōtinui fuissent, vt Vlp. tractat in fragmē. *tit. 22. qui hered. instit. poss.* Quanquam nec aliud erit si ponas aliam fuisse condicionem quamlibet, dummodò potestatiuam vt loquuntur, & quæ habuerit certum tempus. Illud n. generale ac perpetuum est in omnib. conditionibus, quæ tempus aliquod habuerunt, vt post id tempus impleri nō possint *l. 3. §. etsi heres 8. de min.* nequidem fauore libertatis *l. Thais 41. §. intra certa tempora 12. de fideic libert.* Hoc igitur casu nō est verēdū ne possessor hereditatis à milite conueniatur ea actione quā hereditatis petitionem appellamus, cùm ea actio non alij possit competere quàm heredi. Heres autem nec sit nec esse possit miles qui cōdicionē sub qua fuit institutus implere amplius nō potest. Proinde necessaria militi restitutio est, nec minùs aduersus possessorē ipsum hereditatis, quam aduersus eos qui res hereditatis singulas vsuceperunt, sed non ad hoc vt possit vel hereditatis instituere petitionem vel vindicationem, at potiùs vt possit heres fieri implendo condicionem & agnoscendo hereditatem. Hoc enim facto sicut dubitari non poterit quin sit heres: ita neque quin possit agere & petitione hereditatis perpetua contra possessorem hereditatis, ea vindicatione contra possessores rerum singularum. Et ita locum hunc accipiendum esse appareret etiam ex eo quod subiicitur in *l. seq.* quasi continua. iuncta *eum quoq;* e illo cui aliquid legatum fuerat, *in annos singulos quibus in Italia esset.* quo casu ait Vlpianus posse Iulianum in eodem libro, condicionem in causa esse vt sit necessarium auxilium prætoris, quamuis nullius actionis dies exierit qui nec exire potuit, quia nec incepit, vt intelligamus idem quoque sensisse Iulianum in hac specie de qua nunc tractamus, id est, in condicionali institutione quod in condicionali legato, scilicet vtroque casu necessarium esse militi reuerso auxilium restitutionis non quasi exierit dies petitiōis hereditatis aut legati quæ perpetua fuisset vbi semel cōpetere cœpisset, sed quia deficiens cōdicio quę impedit natiuitatem, vt ita dicā actionis, æquè lædit militem, atq; læderetur ille per lapsum temporis durante absentia si qua actio iam nata fuisset, cuius dies interim præteriisset. Ergo propter condicionem non propter actionis amissionem. Nec enim amitti potuit actio quæ nunquam competit *l. Titio vsusfructus 96. de condic. & demonst. l. non potest videri 208. de reg. iur.* Præsensit quidem hanc nostram interpretationem Accursius, & post eum Bartolus, eámq; vterque attigit, sed ita vt diuinantibus magis quàm docentibus similes videri possint. Erat igitur hæc propria & germana ad totam hanc legem, id est, etiam ad *§. seq.* Ratio dubitandi, quòd ex edicto ipso prætoris succurratur iis qui actionem aliquam, vel quid aliud ex bonis suis propter absentiam amiserunt *l. 1. §. l. prox. seq. & pass h. t.* Atqui neque actionem neque hereditatē aut aliud quidpiam videri potest amisisse miles qui non acquisiit hereditatem præsertim nunquā sibi delatam, cùm absurdum sit dicere in bonis nostris vllam esse hereditatem priusquàm fuerit nobis acquisita *l. precia rerum 63. in fi. princip. ad leg. Falc.* Ergo neque ad

hoc edictum miles hic pertinet. Maximè cùm speciale sit in minoribus vt iis in lucro quoque subueniatur *leg. ait prætor 7. §. hodie & seq. supr. de minor.* Restituitur autem propter lucrum potius quàm propter damnum is qui ad hoc restituitur vt possit adire hereditatem quam prætermisit. Nec enim pauperior fit qui hereditatem quantumlibet lucrosam non acquirit, sed acquirendi tantùm causam amittit, quod longè diuersum est *l. quod autem 6. in princip. & §. 1. quæ in fraud. credit.* iunct. *leg. Procul us 26. in fin. de damn. infect.* Ratio decidendi. Non succurritur quidem maioribus in lucrum hactenus vt lucrum quod semel abiecerunt repetere vnquam possint quomodo minores possunt, quasi qui per facilitatem quid fecerint sed tamen si propter absentiam suam amiserint lucri alicuius captandi occasionem cùm negari non possit hoc quoque damnum esse qualequale, non minùs æquum est iis succurri ad lucrum illud repetendum, quàm si rei iam suę iacturam aliquam incurrissent. Omnino enim necesse est in eam causam eos restitui in qua essent si reipub. causa non abfuissent. Alioqui non erit absolutè ac simpliciter verum, damnosam iis non fuisse absentiam suam, quæ tamen nullatenus damnosa iis esse debet, cùm quod auxilium merentur minores læsi propter suam facilitatem, illud ipsum mereantur etiam maiores propter iustam absentiam. Nisi quod plenius interdum est auxilium restitutionis minorum. vt in *leg. vlt. supr. de restit. in integr.* Denique hoc auxilium datur omnibus qui conqueruntur se læsos rei duntaxat persequendæ gratia siue eam rem persequi velint quam in bonis aliquando habuerunt, siue eam quam habuerint nunquam si modò habere potuerunt, etiamsi in lucro id futurum ipsis sit, dum ne lucrum illud captent ex alterius pœna vel damno, vt scriptum est ex Paulo in *leg. seq.* Iunge *l. siue 27. leg. si quis Titio 14. leg. si quis stipulatus 43. inf. hoc tit.* Ex qua lege apparet non tam restituit hoc casu actionem quæ nulla vnquam fuit, quàm nouam introduci.

a *Aduersus eos quoque qui à possessore emerint.* Ratio dubitandi. Res hereditariæ ab emptoribus vsucaptæ nunquam militis fuerunt, quia iacente hereditate in bonis fuerunt nullius *leg. 1. sup. de rer. diuis.* & hereditatis accusatio sola illa est quę facit heredis res singulas *leg. ei qui 13. de condic. inst.* iunct. *leg. legatum 80. de legat. 2.* Ergo non potest aduersus emptores restitui miles tanquā læsus cū nihil ex bonis suis amiserit *l. 1. supr. hoc tit.* Ratio decidendi. Non fuit quidem læsus principaliter, sed fuit per consequentias, quia si Romæ fuisset condicionem institutionis implere atque ita sibi hereditatem & cum hereditate res omnes hereditarias acquirere potuisset: quod si factum esset possessores qui hodie propter vsucapionem domini reperiuntur, nec emissent, nec vsucapiendi causam vllam habuissent. Ergo cùm plena restitutio facienda sit, & ita ne qua vlla in re possit conqueri miles absentiam suam causa reipub. fuisse sibi damnosam, non sufficit restitui militem aduersus possessorem hereditatis quod parum esset, iam fortè distractis per eū rebus omnibus hereditariis, sed perinde succurri ei oportet aduersus singularum quoque rerum possessores, vt non tantùm hereditatem petere possit ab hereditatis possessore (qua actione res alienatæ & vsucaptæ non continerentur, sed earum tantùm precia si vel malæ fidei possessor fuisset, vel si cum bona fide vendidisset locupletior ex precio factus non fuisset *leg. item veniunt 20. §. vltim. & lege sequent.* iunct. *lege sed etsi 25. §. item si rem 17. infrà de petit. hered.*) verùm etiam res singulas quamuis iam à possessoribus vsucaptas. Dices in proposita specie possessorem hereditatis fuisse in bona fide, cùm hereditas non posset esse militis, cui nec delata vnquam fuisset propter condicionem adscriptam à testatore siue iam defectam siue nondum impletam. Non posse igitur à milite reuerso conueniri possessores, quippe qui regressum essent habituri contra venditorem, quem tamen constat non teneri ob res quas bona fide vendidit, si non ex earum precio locupletior factus probetur. *d. §. item si rem.* Respondeo in proposita specie non esse verendum ne emptores regressum habeant contra venditorem cùm actionem de euictione nunquam habuerint qui non tantùm à possessore sed etiam à domino emerunt. Ponimus enim possessorem fuisse vel substitutum vel agnatum proximum ad quem pertinuerit hereditas milite per condicionis defectum excluso qui fuerat sub condicione institutus. Nullam autem de euictione actionem habet is qui emit à domino, nisi res posteà euincatur per restitutionem in integrum cui causam dederit factum venditoris vt cùm quis rem quam vendidit priùs emerat ab eo quem sciuit, aut scire debuit, posse in integrum restitui putà à minore, vt in specie *leg. planè 15. supr. de minor. le. minor 39. de euiction.* quod non euenit in restitutione quæ fit ex hoc edicto. Habet enim causam planè extrinsecam & aduentitiam quam à venditore nō magis æquum est præstari quàm fortuitos casus euictionis post venditionem contingentes. *leg. Lucius. eodem titulo de euictionibus.* Quod si talem poneres fuisse possessorem qui dominus & heres esse non potuisset, fortè nec agnatus proximus, nec substitutus, sed qui tamen errore aliquo, siue iuris, siue facti, agnatum se proximum aut substitutum esse crederet, vt in *leg. sed etsi 25. §. scire. de petitione hereditatis :* adhuc tamen faceret alia ratio ne de euictione conueniri posset, quia nimirum actio de euictione persecutam in persona emptoris vsucapionem amittitur *leg. qui alienam 54. infrà de euiction. leg. si obligata 19. Codic. eodem. leg. Iulianus 47. §. 1. mandat. l. g. is qui alienum 60. de solution.* Quæ ratio perinde locum habet tum quoque cùm is qui vendidit dominus fuit, non quasi possit vsucapi res quæ emptori pleno iure quæsita iam fuit *lege quarta §. lana. de vsucap.* sed quia non debet esse deterior condicio illius qui rem suam vendidit, quàm si alienam vendidisset, quando preteritum est tempus quo potuisset res vsucapi si aliena fuisset vt in specie *leg. in bello 12. §. si quis seruum. de capt. & postlim.* Quanquam facilè putarem non aliter audiendum hoc casu militem restitui nolentem aduersus emptores quam si paratus esset præstare iis actiones quas haberet cōtra venditorem eundémque siue bonæ, siue malæ fidei possessorem, id est, vel ad totum precium, vel saltem ad id quo ille locupletior factus esset.

Cui

Cui non enim æquum hoc videatur id saltem eum præstare cogi quod sine vllo ipsius dispendio aut incommodo fit futurum? *lege in creditore 38. in fin. de euict.* vt nimirum prætoris beneficium in danda militi restitutione, quantò minùs fieri potuit captiosum si aut venditori quem ipsa iuris ratio propter secutam vsucapionem ab euictionis periculo merúque liberauit, aut etiam emptori quem eadem ratio iuris & potestas vsucapionis fecerat ipso iure securum. Alioqui euenret hoc casu in necem emptoris & fauorem venditoris illud ipsum quod è contrario potest euenire, & euenit nonnunquam fauore emptoris & in necem venditoris, cùm emptor alicuius legis beneficio precium debere desiit, & emptor rem à se venditi iam & traditi (nondum enim traditam vt traderet cogi non posset.) Rem enim ipsam venditor æquè ac precium amittit, vtpote cùm ei rem petenti posset emptor obiicere rei venditæ, & traditæ exceptionem. Itaque venditor eo casu boni & æqui consulere debet, quod perinde habeantur omnia acsi emptori neque vendidisset quicquam neque tradidisset, quo casu nihil esset quod vel de precij solutione tractari posset, vel de petitione rei venditæ quæ vendita nulla fuisset, qui sensus est *l. bona fides 50. de act. empt.* Sic ergo & in proposito euenit in contrarium, vt euicta re per hanc in integrum restitutionem nullus emptori contra venditorem regressus dandus sit, ac perinde habenda omnia acsi nihil venditum fuisse, in qua specie nihil de euictione tractari posset. Neque verò iniquum hoc videri debet ac contra bonam illam fidem quæ in emptionis contractu maximè dominatur. Id enim duntaxat iniquum est si aut emptor, aut venditor & rem & precium retineat quod ne quidem per conuentionem expressam fieri posset *l. ex empto 11. §. vlt. eo. tit.* At cùm non nisi alterutrum habeat aut emptor aut venditor, licèt vtroque alius careat, dum ne ob factum aduersarij cui aliquid possit imputari, nulla ex eo iniquitas emergit *d. l. bonæ fides.* Et hæc meo iudicio vera huius loci sententia ratióque est. Quam nisi probare velis. Dicam, quod vnum necessariò dicendum supereſt, non esse locū senatusconsulto, de quo in *l. item veniunt 20. §. ait senatus.* & in *d. l. sed etsi 25. de peti. hered.* aduersus eum, qui petit hereditatem per auxilium restitutionis in integrum, siue ex hoc, siue ex alio vllo capite edicti: Hoc est possessorem hereditatis quantumlibet bonæ fidei sit condemnandum esse hoc casu vt restituat non solùm quicquid ita percepit, vt ex eo factus sit locupletior, sed etiam quicquid bona fide consumpsit, adeóque quod potuit percipere & quod actor ipse percepisset si læsus non fuisset. Id enim sonat ipsum nomen & potestas restitutionis, quæ alioqui plena non erit qualis esse debet si non omne damnum actori farciatur. Impetrata si quidem restitutione in integrum quæ ex actoris non ex possessoris persona æstimatur, non tam illud inspiciendū est quid possessorem reddere quàm quid actorem habere æquum sit, & cùm alterutrum in damno morari oporteat, si possessor locupletior factus non sit, minùs absurdi est in damno morari possessorem qui cōuenitur, quàm actorem qui vel ob hoc ipsum restituitur ne damnum vllum patiatur. Vnde est quod dicimus: eum qui emit rem minoris licèt bona fide emerit, adeóque si voles interposito decreto etiam illo casu quo decretum alioqui necessarium non esset, condemnari debere, vt fructus omnes minori quando cunque restituto reddat, quosquos & percepit & percipere potuit *l. patri 27. §. prædium 8. de minor. l. vlt. C. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. restit.* cùm tamen certum sit in iudicio vindicationis non esse condemnandum possessorem ad restitutionem consumptorum fructuum nisi ex die litis contestatæ *l. certum 22. C. de rei vindicat. cum similibus*, de quo scripsi in prima parte Chiliadis, *De error. prægmat.* Et sanè verba Senatusconsulti de quo in *dict. §. ait Senatus*, cùm distinguunt an res hereditariæ deperditæ sint, id est, vsucapræ, necne, quomodo Vlpianus distinguit in *dict. lege sed etsi 25. §. item si rem.* Ostendunt satis non de illo casu Senatum sensisse quo hereditatem peteret is qui in integrum restitutus esset: Fauor enim & æquitas restitutionis distinctionem hanc tollit, cùm non minùs restituendus sit miles aduersus vsucapionem quàm aduersus non implementum condicionis ob lapsum temporis intra quod impleri condicio debuit: Proinde tollit etiam illam aliam distinctionem, an emptor regressum aliquem aduersus venditorem habere possit necne Nihil enim ea res pertinet ad eum qui læsus fuit, quique omnimodo restituendus est. Neque verò eadem ratio est consulendi bonę fidei possessori aduersus militem reuersum qui in integrum ex hoc edicto restitutus petit hereditatem, atque contra eum qui iure communi & ordinario petit. Quid enim possis imputare ei qui ideò passus est hereditatem possideri, ex eáque fructus à possessore percipi, quòd hereditatem neque adire neque petere potuerit, quandiu abfuit reipublicæ causa? At ei qui non abfuit hoc ipsum potest imputari, cur vel ius suum tamdiu ignorauerit, aut si sciuit, cur non citius egerit, denique cur diligentior non fuerit in iure suo vel perquirendo, vel persequendo. Magis enim suam moram & negligentiam ei nocere conuenit, quàm bonæ fidei possessori qui non id valdè curauit vt ex fructibus locupletior fieret, aut ex precio rerum venditarum, cùm se abuti re sua existimaret. Hæc verò nec Accursius intellexit.

c *Vt vindicari res possint.* Scilicet per rescissoriam & eo colore quasi res istæ non fuerint à domino venditæ, non etiam quasi non fuerint vsucaptæ, si possessor qui vendidit heres & dominus fuit, non indiget siquidem emptor vsucapione *lege 4. §. lana. de vsucap.* Planè, si dominus non fuit, necessaria erit emptori vsucapio, & hoc casu dabitur militi reuerso rescissoria ad res istas vindicandas, quasi non fuerint vsucaptæ. *§. rursus Instit. de actionib.*

d *Si miles hereditatem agnouerit.* Postquàm nimirum fuerit restitutus ad implendam condicionem cuius tempora absente ipso exierunt.

e *Ex postfacto vsucapionem processisse.* At contra quem? An fortè contra militem? vt putat Accursius. Atqui nihil potest interesse militis qui hereditatem non agnouit, quòd vsucaptæ sint res ad eam hereditatem pertinentes, quas, etiamsi vsucaptæ non fuissent non esset ipse nunc habiturus

An ergo contra quemlibet alium heredem? Atqui in *l. necesse est*, cùm emptores facti sint domini emendo rem ab eo qui venditionis tempore heres & dominus erat, si ponas quod suprà posuimus fuisse illum substitutum, aut agnatum proximum ad quem hereditas pertinuerit milite iam per condicionis defectum excluso. Quod si ponas fuisse malæ fidei possessorem, multò minùs dicendum erit vsucapionem contra eum processisse quæ nunquam procedit nisi contra dominum. Ei namque soli nocet cui dominium adimit. Ergo ei soli qui dominus fuit. Procedet igitur contra verum heredem. Sed de hoc nullum in lege verbum nec ponimus alium quàm militem petere hereditatem. Ac rursus si ponas alium fuisse harum rerum dominum quàm eum de cuius hereditate agitur, ac proinde non esse res verè hereditarias, nihil planè intererit an hereditatem miles agnouerit necne, Ob id que ridicula erit distinctio quæ hîc ab Vlpiano adhibetur, cùm illo etiam casu quo miles agnouerit hereditatem, necessaria sit ei ipsi vsucapio siue pro herede siue pro alio titulo ad res istas acquirendas & vindicandas *l. pen. & vlt. infr. pro hered.* Nec prætereà verum est ex postfacto manifestari vsucapionem processisse. Nam & eo casu quo miles hereditatem agnouerit, verum tamen est processisse vsucapionem, ideóque nimirum fictione & auxilio prætoris opus est vt fingatur non processisse *d. §. rursus. Instit. de action.* Non igitur ex postfacto apparet an processerit, neque potest hæc res censeri ex earum numero in quibus quid antè fuerit nisi ex postfacto sciri non potest, de quibus in *leg. qui res 98. §. rem autem infrà de solution. lege huic scripturæ 15. ad leg. Aquil.* Sed potius scribi debuerat negatiuè, Illo casu quo miles hereditatem agnouerit, non manifestari ex postfacto quod vsucapio non processerit. Cessante enim restitutione omnia in suo statu manent. Is porrò status fuit vt si possessor dominus non fuisse probetur quod neque militi substitutus esset neque agnatus proximus non possit dubitari quin res vsucaptæ sint. Nam neque restitutio faceret vt non essent vsucaptæ, sed vt pro non vsucaptis haberentur *d. §. rursus.* Itaque vt concludam & dicam quod sentio totus hic versiculus mihi valde suspectus est, saltem ab illis verbis *quòd si non agnouerit*, videturque interpreti potiùs quàm Vlpiano aut Iulio adscribendus. Nam cùm tractaretur de milite reuerso, & petente restitutionem, quid obsecro attinebat casum illum proponere, si miles hereditatem non agnouisset? Aut quid dubij incurrere poterat, quin securi essent emptores qui vel à domino emissent vel vsucepissent, nemine præsertim controuersiam iis faciente? Postremò cùm prior ille casus agnitæ per militem hereditatis det ei vindicationem vtilem & rescissoriam tum quoque, cùm emptores à vero herede ac domino emerunt, nulla rescindendæ aut rescissæ vsucapionis facta mentione de qua nec tractari hoc casu potest, Cur in contrarium casum non agnitæ per militem hereditatis loquitur Vlpianus de sola vsucapione, & prætermittit eam speciem in qua nihil de vsucapione sit tractandum, id est, si possessor hereditatis fuerit verus heres & dominus? An verò in hac quoque specie dicemus ex postfacto apparere dominium fuisse ab initio emptoribus acquisitum? Atqui iam inde ab initio id apparet, nec potest restitutio facere vt non statim dominium in emptores transierit, sed facit tantum vt pro eo habeatur, acsi non transiisset. Estque hic valde singularis casus ac fortasse vnicus in quo datur rescissoria etiam ad eas res vindicandas quæ nunquam vsucaptæ fuerint, sed à vero domino venditæ. Proprium enim actionis rescissoriæ est, vt in ea fiat mentio vsucapionis. *dict. §. rursus.* Quæ res facilè potuit decipere interprerem cui adiectionem istam adscribimus. Rectè sanè præcedentia illa *vt vindicari res possint* generaliter ac indistinctè prolata sunt nulla vsucapionis facta mentione vt possent complecti vtrumque casum quem adnotatio nostra ad ea ipsa verba obseruauit. Nisi quod mallem scriptum esse *vt vindicare res possit.* Illa sanè adiectio & condicio, *similes hereditatem agnouerit*, prorsus supernacua & inepta est, cùm non de alio milite sint præcedentia quàm de petente restitutionem. Ad quid verò nisi ad acquirendam hereditatem? Taceo quod verbum illud *manifestatur* parum frequens est prudentibus nostris.

1 ¶ Eum quoque cui sic legatum sit *vel in annos singulos quibus in Italia esset*: restituendum, vt [c]apiat, atque si in Italia fuisset [a], & Labeo scribit, & Iulianus libro quarto, & Pomponius libro trigesimoprimo probant: non enim dies actionis exiit, vbi prætoris auxilium necessarium erat, sed conditio in causa est.

Ad §. 1. Eum quoque.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ à nobis allata est ad initium huius legis, Illa nimirum dubitandi quod ex edicto prætoris succurratur iis demum qui vel actionem aliquam, vel quid aliud ex bonis suis amiserunt *l. 1. & pass. suprà hoc tit.* Atqui neque actionem neque vllam rem suam amisit miles qui legatum consecutus ideò non est quod eius condicioni non paruerit. Nec enim actio amitti potuit priusquàm competeret, nulla autem actio competit pro legato condicionali ante impletam condicionem *l. is cui 42. de oblig. & action. lege cedere diem 213. de verbor. significat.* Hoc porrò legatum *in annos singulos quibus in Italia erit* duplicem condicionem habet. Vnam tacitam si viuet *lege si in singulos. 4. de ann. legat.* Alteram expressam *si exit in Italia.* Quarum vnam impleri non sufficit nisi & altera impleatur vt legatum debeatur *l. si heredi 5. de condit. instit.* Ergo nihil amisisse videri potest legatarius cui nunquam ius petendi huius legati quæsitum fuit *l. non potest videri 208. de reg. iur.* Proinde ed hoc edictum non pertinet. Ratio decidendi. Edictum quidem prætoris hoc casu locum non habet, quod ad verba pertinet quia neque vsucaptum quicquam fuit, neque vllius actionis dies exiit vt prætoris auxilium necessarium sit, sed habet tamē locum quod ad mēte & sententiam edicti, quia prætoris officium est vt hoc quoque casu introducat vtilem actionem *l. si quis stipulatus 43. §. hoc ti.* ne in damno moretur is qui reip. causa abfuit. Quid enim effectu ipso interest, an lapsus temporis ademerit ei temporalem actionem iam competentem. At verò defectus condicionis cōpetiturā impediuerit? Nisi quod priore casu restitui potest & debet actio quæ aliquando competiit. Posteriore verò non restituitur, sed noua introducitur, quod prætori difficilius non est, quamuis à verbis edicti sit alienius. Condicio igitur hoc casu in causa est, vt prætoris auxilium sit necessarium si non ad restituendam saltem ad inducendā actionem. Et hoc est quod lex ait *restituendum vt capiat*, non autem vt amissam actionem recuperet quę nulla fuit. vt bene Accursius interpretatur, ac longè melius quàm Martinus.

a *Atque si in Italia fuisset.* Ratio dubitandi. Non stetit per militem quominùs fuerit in Italia, sed sterit per absentiam ipsius qui fuit necessaria & reipub. causa. Ergo condicio debet haberi pro impleta. *l. si quis ita 8. l. illis libertis 84. de condic. & demonstr. qui quatuor 30. §. vxori de leg. 3.* Proinde nulla indiget restitutione. Ratio decidendi. Vt condicio pro impleta habeatur, non sufficit quod non stet per eum qui implere debet, nisi etiam illud concurrat vt per alium non stet, & quidem cuius interesset non impleri. *leg. iure ciuili 24. de condic. & dem. leg. 1. §. si reus. de eo per quem fact. erit. leg. in omnibus causis 39. de reg. iur.* Hic autem non stabat per heredem quominùs condicio impleretur, cuius tamen solius intererat non impleri vt legatum non deberetur. Ergo non haberur pro impleta, & consequenter deficit atque ita facit ne legatum peti possit. Restitutio igitur necessaria est. Nec dicendum est cum Bartolo restringendam esse huius §. sententiam ad eum casum quo legatum fuerit relictum militi in fauorem alterius, vt in *leg. Seio 10. de ann. lega. & d. l. illis libertis.* Nam præter id quod ea interpretatio commentitia est, illud etiam constat nullam subesse causam restituendi militis, vt alteri quàm militi commodum quæratur, nisi cùm id fit per consequentias, vt in specie *l. si quis Titio 41. §. hoc tit.* Facit *l. 3. §. sed vtrùm. l. cùm mandatu 23. §. de minor.* Iunge *l. prox. seq.*

18. PAVLVS lib. 12. ad Edictum.

SCiendum est, quòd in his casibus restitutionis auxilium maioribus damus, in quibus rei duntaxat persequendæ gratia quæruntur: non cùm & lucri faciendi ex alterius pœna, vel damno, auxilium sibi impertiri desiderant.

Ad l. Sciendum 18.

Rdub. Datur hæc restitutio etiam ei qui nihil ex bonis suis amisit si lucratus non sit. *l. siue 27. leg. si quis Titio 41. l. si quis stipulatus 43. §. hoc tit.* E usus rei exempla duo proposita sunt in *l. prox. præced.* Ergo etiam lucri faciēdi causa restitutio hæc datur. R. dec. Non ait hæc lex simpliciter non esse dandam huiusmodi restitutionem lucri faciēdi gratia, sed addit *ex alterius pœna vel damno*, vt appareat extra hunc casum quo lucrum quis captet ex pœna & damno alterius, restitutionē fieri etiā ad lucrum ex hoc edicto. De præda enim sollicitus esse videtur is qui lucrum captat ex damno alieno, quod nec in pupilli persona æquum videri potest. *l. si minoris 25. in fin. de admin. tutor. l. si fundus 13. in fi. de reb. eor.* Dices non posse fieri vt quis restituatur quin ea restitutio alterius damno cedat, ita scilicet constitutis per diuinam prouidentiam rebus humanis, vt quemadmodum in naturalibus generatio vnius corruptio est alterius, sic & in negotiis hominum vix lucrum captare vllum quisquam possit quin alius damno aut incommodo aliquo afficiatur. Respondeo fieri facilè posse, vt lucrum quis sentiat, nec tamen alij vlli damnum irroget, quamuis ei occasionem alicuius lucri eripiat. Est enim longè aliud lucri occasionem eripere. Aliud verò damnum irrogare. Nunquam prætor dat restitutionem vt alteri damnum irrogetur, sed dat tamen semper vt lucrum alteri eripiatur, quod non haberet hodie si is qui restitutionem petit læsus non fuisset. Itaque nulla in eo iniuria est.

19. PAPINIANVS lib. 3. Quæstionum.

DEnique si emptor priùs, quàm per vsum sibi adquireret [a], ab hostibus captus sit: placet interruptam possessionem postliminio non restitui: quia hæc sine possessione non constitit: possessio autem plurimum facti habet: causa verò facti [b] non continetur postliminio.

Ad l. Denique 19.

Ratio dubitandi. Vsucapio non facti est, sed iuris cùm sit vnus ex modis sex acquirendi dominij iure Quiritium, vt refert Vlp. in *fragm. tit. 19. De acquisit. rer.* Ergo nihil impedit quominùs etiam ad vsucapionem, sicut ad cætera omnia quæ sunt iuris fictio postliminij porrigatur. Et porrigi scriptum est in *l. ait prætor 23. §. hi planè ff. hoc tit. l. iusto 44. §. vlt. ff. de vsucap.* Ratio decidendi. Vsucapio sine possessione eáq; continua procedere non potest. *leg. sine possessione 25. eo. ill. tit.* Atqui postliminij fictio non potest trahi ad possessionem quia possessio plurimum facti habet. *l. 1. §. si vir vxori. de acquir. pos.* causa verò facti non continetur postliminio. *leg. in bello 12. §. facti autem cause. ff. de capt. & postlim.* Ergo ad causam vsucapionis trahi non potest fictio postliminij, scilicet in persona captiui ab hostibus reuersi. Hoc enim addo, quoniam ex persona filiifamilias vel serui, cuius dominus aut pater apud hostes fuit, potest inchoari vsucapio ad ipsius patris aut domini vtilitatē si modò ex causa peculiari cœperint possidere, quia cùm non sint ipsi in hostium potestate, nihil vetat eos possidere, atque ita ex eorum persona dōminum aut patrem vsucapere etiā ignorantes, quia etsi in ciuitate essent, non tamen scientia ipsorum esset necessaria. *d. l. iusto. §. vlt. & d. §. hi planè.*

a *Per vsum sibi acquireret.* Ita videtur emendasse Tribonianus, cùm scripsisset Papinianus. vt credibile est *priusquàm vsucaperet*, sicut & in sequentibus haud dubiè sustulit nomen vsucapionis, vt reponeret nomen possessionis in illis verbis, *Placet interruptam possessionem postliminio non restitui*, quod apertissimè conuincitur ex iis quæ sequuntur, *quia hac sine possessione non constitit.* Quis enim credat tam insulsè locutum esse Papinianum, vt scripserit Pos-

sessionem sine possessione non consistere? Sed non est nouum Triboniano hoc accidisse quod aliàs ferè semper accidit, quoties veterum scripta emendat vt non satis obseruet ea quæ præcedũt aut sequuntur, an emendationi congruant an repugnẽt. Quod & ab eo factum ostendimus in *l. Iulianus* 17. *in pr.* ſ. *hoc titul. & in l. cùm miles* 30. ĵ. *eo.* Dixit ergo hîc Tribonianus *possessionem*, scilicet longi temporis pro vsucapione, respiciens ad nouam Iustiniani constitutionem, quæ vsucapionem in longam possessionem transformauit in *l. vnic. C. de vsuc. transform.*

b *Postliminio non restitui.* Ratio dubitandi. Possessio etiam animo retineri potest. *l. licet* 4. C. *de acq. pos.* Ergo captiuitas non potest impedire quominùs is qui captus est, possessionem suam continuet. Proinde non indiget captiuus ab hostibus reuersus vlla fictione postliminij ad vsucapiendum id quod possidere cœperat, priusquam abesset à ciuitate. Ratio decidendi. Possidere est sibi habere, & animo domini vt Theophilus definit. Fieri autẽ nequit, vt quicquam sibi & animo domini possideat is qui suus nõ est, quique ab alio possidetur. *l. homo liber* 54. *ſ. vlt. de acq. rer. dom. leg. ſic eueniet* 21. ĵ. *ad leg. Iul. de adult. l. qui in seruitute* 18. *de regul. iur.* Ergo nec illud fieri potest, vt qui apud hostes captiuus, & eorum seruus est quicquam possideat, & vsucapiat. *l. ait prætor* 23. *ſ. is autem. infr. hoc tit.* Is demum enim possessionem animo retinere potest qui eam posset etiam corpore acquirere, quod in captiui personam cadere nullomodo possit. Et sanè beneficium iuris est, & ideò captiuis qui hostium serui sunt, denegãdum, vt nudo quoq; animo possessio retineatur, idq; ita comparatũ vtilitatis causa ne per singula momẽta possessio amitteretur, si possessor glebæ in perpetuũ addictus esse nollet. arg. *l. peregrè* 44. *in prin. & ſ. 1. de acq. pos.* quod Accursius noster ad *leg. prox. præcedentem.* non videtur bene percepisse. Dices etiam seruum vel filium captiui posse in ciuitate possidere, cùm tamen ipsi quoque in potestate sint. *d. l. iuſto* 44. *ſ. vlt. de vsucap. & l. ait prætor* 23. ſ. *hi planè* ĵ. *hoc tit.* Ergo quod pater vel dominus in hostium potestate sit non debere ei nocere quantum ad causam possessionis non magis quàm in cæteris rebus. Respondeo non esse in captiui potestate filiumfamilias aut seruum, cuius pater vel dominus apud hostes est, quamuis postliminij fictio, & vt Papinianus loquitur, suspensi iuris constitutio faciat, ne in totum patria vel dominica potestate liberati dici possint. *l pen. de ſuis & legit.* Neque tamen vtique eos possidere sibi. *l. p ſſeſſio* 49. *ſ. 1. de acquir. poſſ.* sed filium patri si quando is ab hostibus reuertatur, (patre enim apud hostes mortuo, filiusfamilias per fictionem legis Corneliæ fingeretur fuisse paterfamilias ex die captiuitatis paternæ, atque ita sibi ipsi exinde possedisse.) Seruum autem vel domino suo quem tum habet apud hostes, si contingat dominum illum redire ab hostibus, vel eius heredi si legis Corneliæ non postliminij fictio locum quandoque habeat domino apud hostes defuncto. Vtroque igitur casu capax est seruus habendæ possessionis ex persona domini sui, licèt quis ille dominus sit ignoretur quandiu dominus apud hostes viuit, quia incertum est an ibi moriturus ille sit an ab hostibus reuersurus. Filius autem familias vno casu capax est possessionis ex persona patris, altero autem casu ex persona propria. Ita fit vt melioris condicionis sit captiuus quod ad possessionem quæ per alium, id est, filiumfamilias aut seruum ab eo tenebatur, quàm quod ad possessionem quam per se tenebat: quoniam quæ alieno corpore retinetur, ea per captiuitatem nec amittitur nec interrumpitur, siue factum inspicias cùm facto ipso detentatio filiifamilias aut serui per captiuitatem non impediatur, siue rationem iuris quam certum est non posse immutari per captiuitatem, nimirum propter alterutrius fictionis, aut postliminij aut legis Corneliæ potestatem, quarum vtraque captiuitatis memoriam delet: alterutram porrò in omnem euentum habere locum necesse est, nec distinguẽdum est cum Accursio an ex causa peculiari filiusfamilias aut seruus possideret an ex alia. Hæc enim distinctio in eas tantũ res cadit, quas durante captiuitate filiusfamilias aut seruus cœpit possidere non ad eas quæ iam ante captiuitatẽ possidebantur. *d. l. in bello* 12. *ſ. facti de captiu. & poſtlim. d. l. iuſto* 44. *vlt. de vſucap.* Nec pugnat quod diximus, Eum qui in hostiũ potestate est nihil possidere posse, cũ ab alio ipse possideatur: nã nec dicimus captiuũ possidere quãdiu apud hostes est, sed retrofingi possedisse si ab hostibus redeat, neq; interpellatam intelligi possessionem quam filius aut seruus facto ipso retinere potuit & verò retinuit in ciuitate. Interim igitur manet in suspenso nõ ipsa quidem possessio quatenus facti est, sed ius possessionis. i. cui filiusfamilias aut seruus interim possedisse retrofingendus sit quod nisi ex postfacto sciri non potest patre vel domino apud hostes mortuo aut ab iis reuerso.

c *Quia hæc sine possessione non consistit.* Intellige vt supra dixi de vsucapione aut possessione longi temporis, quam apertiùs est non posse procedere sine possessione, cùm & inde nomen acceperit. Ratio dubitandi. Non est nouum vt vsucapio praedat etiam sine possessione dummodo iuris ratio vsucapioni opem ferat vt cùm dicimus cœptam à defuncto vsucapionem posse & ante aditam hereditatem impleri. *l. nunquam* 31. *ſ. vacuum. l. cœptam* 49. *de vſucap.* itémq; cùm quis regulas vel columnas ad quarum vsucapionem decem tantùm dies supererant in ædificium coniecit, si modò ædificium ipse possederit. *l. rerum mixtura* 30. *ſ. Labeo. eod.* His enim casibus certum est neque hereditatem possidere posse. *l. 1. ſ. Scæuola ſi is qui teſtam. lib. eſſ. ſubſ. l. cùm heredes* 23. *de acqui. poſſ.* neque res singulas quæ in ædificio sunt possideri cùm ædificium possideretur. *leg. eum qui ædes* 23. *de vſucap.* Ratio decidendi. Quod dicimus vacuum tempus quod ante aditam hereditatem, vel post aditam intercessit procedere heredi ad vsucapionem, non ex ratione iuris est, sed ita constitutum vtilitatis gratia. *d. l. cœptam.* ne infirmitas naturæ morti exposita damnum possessionis adferat, quam alius nemo inuasit vt de infirmitate memoriæ scribit Papin. in *l. peregrè* 44. iunct. *l. ſi de eo* 40. *ſ. 1. de acquir. poſſeſſ.* Nam & mortem præcedit semper infirmitas memoriæ. *l. hac conſultiſſima* 8. *ſ. at cùm humana fragilitas. C. qui teſtam. facer. poſſ.* Quod verò de rerum mobilium ædes coniectarum vsucapione actulimus minùs vrget, quia licèt verè non possideantur, tamen aliquomodo cum ipsis ædibus possidentur, quarum partem integralem & materialem constituunt. Certè à nemine alio possidentur, ideóque nemini fit iniuria etiamsi earum vsucapionem non interrumpi dicamus. Neque caret etiam hoc ratione aliqua publicæ

blicæ vtilitatis ad quam maximè pertinet propter ornatum ciuitatis vt ædificia construantur *l. prætor ait* 20. *ſ. hoc interdictum prohibitorium de oper. noui nunciat. l. vlt. ne quid in loco public.*

d *Possessio autem plurimum facti habet.* Ratio dubitãdi. Possessio non tantùm corporis, sed etiam iuris est. *l. possessio* 49. *ſ. 1. de acquir. poſſ.* Ergo etiam causa possessionis postliminio contineri potest. Ratio decidẽdi. Possessio incipit semper à facto, ex eóque tota æstimatur, quantum ad propriam ipsius naturam pertinet. *l. 1. ſ. ſi vir vxori. eod. tit.* Habet tamen plurimum etiam iuris, quod ad suos effectus, quia cùm ex possessione tam multa iure ciuili profluãt commoda, fieri non potest quin etiam cùm de possessione agitur, ius nostrum se interponat. Sed id possessioni extrinsecum est, & ab eius natura quodammodo alienum. Ideóque pereleganter Papinianus noster in *d. l. poſſeſſio* 49. *in princip.* sic loquitur vt dicat possessionem plurimùm ex iure mutuari, sumit enim ex iure quasi mutuò quod ex seipsa habere non posset. Neque placet distinctio illa Accursij, vt possessio alia sit quæ plurimum facti habet, qualis ea est quæ ex sola corporali apprehensione æstimatur. Alia quæ plurimum iuris vt quæ penes filiumfamilias vel seruum est ex causa peculiari, cùm & acquiratur & acquirat ignoranti. *leg. ſi me in vacuam* 34. *ſ. vlt. eod. tit.* iunct. *d. leg. iuſta* 44. *ſ. vlt. de vſucap.* Alia denique quæ multum iuris & multum facti habet, vt quæ acquiritur per procuratorem quia quæritur ignoranti, licèt ignorans non vsucapiat. *l. 1. C. de acquir. poſſ.* Nam cùm possidere nihil aliud sit, quàm sibi & animo domini habere, vt suprà ex Theophilo diximus nulla potest esse possessio quæ non plurimum facti habeat, quod factum hoc *habendi* verbo significamus: nulla item quæ non plurimùm iuris, cùm dominia omnia sint ex iure vel gentium, vel ciuili, quod his verbis exprimimus *Sibi & animo domini.* Neque Accursius ipse negare potest eam quoq; possessionem quam plurimum facti habere ait, & quam æstimat ex corporali adprehensione, multum etiam iuris habere in eo quod solo animo retinetur. *d. l. licèt* 4. *C. eod.* Non ergo debuit Accursius possessionem à possessione distinguere, sed à detentatione quæ solius corporis & facti est, nihilque penitus ex iure mutuatur, quia nec vllos iuris effectus habet. Dicitur quidem possidere interdum, is etiam qui corporaliter rem tenet, licèt non sibi sed alij eam teneat, vt quis ex conducto depositio, vel commodato. At non simpliciter sed adiecta dictione illa *corporaliter*, vt in *l. 1. C. commun. de vſucap.* aut dictione *naturaliter*, vt in *l. 1. communi* 7. *ſ. neque colonis* ĵ. *commun. diuid. leg.* 3. *ſ. vltim. & l.* 4. *ad exhib. l. videamus* 38. *ſ. ſi poſſeſſionem de vſur. l. naturaliter* 12. *de acquir. poſſ.* Si enim absolutè ac simpliciter loquaris, falsum est istos possidere. *l. officium* 9. *de rei vindic. l. 1. ſ. ſed is qui. l. penult. de acquir. poſſ. l. certè* 6. *ſ. is qui rogauit.* ĵ. *de precar.* Neque ex eo quod supradictis locis scriptum est eos possidere naturaliter, magis inferre possis, Absolutè ac simpliciter possidere quàm si probare velles hominem pictum vel mortuum, ideò esse verè hominem quod etiam pictum aut mortuum hominem dicere soleamus. Id enim est quod logici dicunt, non valere argumentum à secundum quid ad simpliciter aut contra. Et sanè aliud est detinere, aliud possidere. *dict. l. poſſeſſio* 49. *ſ. 1. de acquir. poſſ. l. Stipulatio iſta* 38. *ſ. hæc quoque ſtipulatio de verborum oblig.* Sicut & aliud est possidere, aliud verò esse in possessione. *l. ſi quis ante* 10. *ſ. 1. de acq. poſſ.* Quanquam & ipsum nomen naturalis possessionis ęquiuocum est. Sunt enim qui possidere verè ac propriè dicantur, quia sibi & animo domini habent, nec tamen nisi naturaliter, quia iniustè possident, nec proinde ciuiliter possidere possunt, vt fur & prædo, itémque quod sibi à coniuuge inter viuos donatum, alter ex coniugibus contra ius ciuile possidet. *d. l. 1. ſ. ſi vir vxori. eod.* Et hoc sensu naturalem possessionem dicimus ad differentiam ciuilis possessionis, non ad differentiam possessionis simpliciter. Sed de his plura si Deus volet ad *Tit. de acquir. poſſ.*

b *Causa verò facti.* Ratio dubitandi. Etiã ei qui per captiuitatem amisit possessionẽ fundi succurrendũ est per hoc edictum, adeò vt si ponas fuisse fructuarium, fructus quoque medio tempore ab alio perceptos ei restitui oporteat. *leg. ait prætor* 23. *ſ. item ex.* ĵ. *hoc tit.* Nihil ergo vetat etiam possessionis causam restitui per fictionem postliminij sicut restituitur per hoc edictum. Ratio decidendi. Plenior est restitutio quæ fit per fictionẽ postliminij, quàm quæ ex hoc edicto, quia postliminij fictio facit, vt nihil interim immissum dici possit, quia conseruat iura omnia integra. *l. illa inſtitutio* 32. *ſ. 1. de her. inſtit.* At pretor in hoc edicto neq; fingit nihil amissũ esse, neq; facit vt nihil amissũ dici possit, sed è cõtrario requirit vt aliquid amissũ sit, & postea idipsũ restituit, ne remaneat amissum. Inde fit vt possessionem quã captiuus amisit, ei pretor restituat quã postliminiũ restituere nõ potest, quia neq; conseruare põt. Conseruatio enim dicenda illa est quæ fit per postlimium potiùs quàm restitutio. Causa verò facti in integrum restitui quidem potest, sed integra cõseruari tempore captiuitatis nõ potest. Inde etiam est quod si quis propter inundationem vsus non sit itinere, actúque hoc anno cùm superiore vsus sit possit repetita die vti interdicto, *De itin. actúque priu.* Nimirum impetrata priùs in integrum restitutione ex hac parte edicti, *Si qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur. l. 1. ſ. ſi quis propter. ill. tit. De itin. actúque priuat.* Suam enim possessionem ei pretor restituit, quam sine vlla culpa sua amiserat per inundationem. *l. 1. ſ. Labeo. l. qui vniuerſas* 30. *ſ. item quod mari*, vbi pro *non* legendum omnino est *non*, vt præcedentia & sequentia ostendunt. ĵ. *de acqui. poſſ.* Malè verò Accursius noster ne dicam nimis imperitè *causam facti*, hoc loco interpretatur vsucapionem, cùm vsucapio tota sit iuris. Dixit ergo Papinianus causam facti, quomodo eleganter loqui solent Iureconsulti pro eo quod in facto consistit: id est, pro possessione, vt & Tryphoninus in *d. l. in bello* 12. *ſ. facti autem cauſa. de capti. & poſtli.*

20 IDEM libro 13. Quæstionum.

NEc vtilem actionem ei tribui oportet: cùm sit iniquissimum auferre domino, quod vsus non abstulit: neque enim intelligitur amissum, quod ablatum alteri non est.

Ad l. Nec vtilem 20.

Omnino contungenda est lex hæc cum præcedente, vt illatio apta sit quâ sub Papiniani nomine Tribonianus exprimere voluit per dictionem illâ *denique*. Huius enim legis ratio quæ iis verbis contingitur *cùm sit iniquissimum aufferre dominium quod vsus non abstulit*, pendet ex eo quod scriptum est in *leg. sciendum* 18.§. nunquam ex hoc edicto restitui eum qui lucrum facere velit ex alieno dãno. Damnum siquidem esset nec modicum prioris domini cõtra quem cœperat emptor vsucapere ante captiuitatem si huic emptori ab hostibus reuerso prætor paret vtilem actionem in rem ipsam quasi vsucaptam, cùm reuera vsucapta non sit. Ita enim fieret vt prætor domino aufferret dominum quod vsus auferre minimè potuisset. Et sanè tota lex præcedens tractat de restitutione quæ fit per fictionem postliminij, nõ de illa quæ ex hoc edicto. Ratio dubitandi. Prætor ex hoc edicto restituit etiam possessionẽ amissam, sicut & cæteras res amissas sine culpa illius qui abfuit, adeóque quod magis est, damna etiam omnia possessionis amissæ. *l. ait prætor* 23. *§. item et.* ff. *h.t.* Atqui damnum amissæ possessionis inter cætera illud quoque est quod interrupta fuit vsucapio, quæ completa vtiq; fuisset si captiuitas non interfuisset. Ergo etiam interruptæ vsucapionis damnum sarcire prætor debet, quod nec melius nec aliter facere possit quàm data vtili actione emptori qui ante completam vsucapionem ab hostibus captus, postea reuersus est lapso tanto tempore quantum sufficere poterat vsucapioni complendæ si in ciuitate mansisset. Neque verò aliter fieri poterit vt non remaneat in damno, aut saltem vt lucrum non amittat propter suam absentiam is qui captus ab hostibus fuit. Ratio decidendi. Restituit prætor & possessionẽ & lucra omnia quæ per possessionis amissionem amissa fuerunt, quantum facere id potest sine dãno alterius, at in proposita specie damnum incurreret rei suæ is cõtra quẽ daretur restitutio, si prætor dominũ ei aufferret, dando emptori vtilem vindicationẽ quasi is vsucepisset quod reuera non vsucepit. Deniq; verum est emptorem non amisisse dominium quod nunquã habuit, Domino autem nõ lucrum eripi, sed merum damnum irrogari si ei res sua aufferatur. Dixi ad *d. l. sciendum.* a *Neque enim intelligitur amissum quod ablatum alteri non est.* Ita in Pand. Florent. & rectiùs quàm vulgò *oblatum.* Nec idcircò tamen legendum est cum Accursio *admissum* pro *amissum.* Sensus enim est nõ ille quem putat idem Accursius, vt non possit quis perdere id quod alteri non acquiratur (id enim falsum est, vt constat ex *leg. si quis vi*, 17. §. 1. *de acq. poss. leg.* 1. ff. *pro derelict.*) Sed ille potiùs è contrario, vt neque possit quis amittere id quod priùs non acquisierit. *l. non videntur* 38. *de reg. iur.* neque rursus sibi acquirere id quod priùs alius non amiserit, cùm non possit eadem res in dominio esse duorum in solidum. *leg.* 5. *§. si duobus commod.* Respondet enim Papinianus his verbis ad obiectionem quæ fieri poterat ex eo quod videbatur captiuus hanc rem amisisse quam hodie haberet suam & legitimè vsucaptam si in ciuitate mansisset. Quo antecedenti præsuppositio consequens esse, vt restitui à prætore deberet. Nec enim patitur vllo casu prætor vt quicquam ex rebus suis amittat propter suam absentiam is cuius absentia necessaria fuit. Sed negat Papinianus antecedens, & negationis suæ rationem his verbis adfert.

[21. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

ITem ait prætor: *si quis vsu suum fecisset: aut, quod non vtendo sit amissum, consecutus: actionéve qua soluatur ob id, quod dies eius exierit, cùm absens non defenderetur*[a]. Quam clausulam prætor inseruit: vt quemadmodum succurrit suprà scriptis personis, ne capiantur: ita & aduersus ipsas succurrit, ne capiant. ¶ Et erit notandum, quòd plus prætor expressit, cùm aduersus eos restituit, quàm cùm ipsis subuenit: nam hîc non certas personas enumerauit aduersus quas subuenit, vt suprà: sed adiecit clausulam, qua omnes qui absentes non defenduntur complexus est.

Ad l. Item ait prætor 21.

Hæc alia pars edicti huius est per quã prætor dat restitutionem in integrum aduersus absentes quoscunque qui nõ defensi sunt si quid interim ideò ex rebus alienis vsuceperint. Ratio dubitãdi. Nulla iuris aut æquitatis ratio patitur, vt quæ in fauorẽ quarundam personarum constituta sunt in earum odiũ & perniciem retorqueantur. *l. nulla* 25. §. *de legib. leg. quod fauore* 6. C. *eod.* Atqui edictum hoc fauore absentium introductum fuit, ne iis absentia sua noceret, quibus imputari nihil posset. Ergo non debuit contra absentes à prætore ipso retorqueri. Rat. dec. Id semper agit prætor vt omnia referat ad æquitatẽ. Porrò sicut æquum est nemini absentiam suam nocere, ita & illud æquissimum nemini eam prodesse in alterius damnum. *l. videlicet* 29. ff. *hoc t. l. absentia.* 140. *de reg. iur.* Ergo sicuti absentib. succurrit prætor priore parte huius edicti ne capiantur, ita & aduersus ipso posteriore parte succurrendum putauit ne capiant. Quinimò vt subiicit Vlp. plus expressit prætor cùm aduersus absentes restituit, quàm cùm ipsis subuenit. Nam cùm absentibus subuenit certas personas enumerauit, id est, certum genus personarum, eos scilicet qui vel reipublicę causa abfuerunt, vel apud hostes, vel in vinculis, vel in seruitute fuerunt. At cùm aduersus eos subuenit, adiecit clausulam generalem qua complexus est absentes omnes qui non defenduntur. Non adhibita etiam distinctione illa quam adhibuit in priore parte edicti. An absentia iusta fuerit, necne, quod & Accursius benè obseruat, nempe quia fauor restitutionis in priore parte edicti sumitur ex fauore absentiæ, quæ porrò fauore nullo digna est, nisi cùm est necessaria. In posteriore autem parte sumitur è contrario ex odio absentis qui non defenditur, & contra quem ideò agi non potest. Ergo quantò minùs necessaria est absentia tantò æquiùs est succurri cõtra absentem, quamuis non eò magis impediatur restitutio quod absentia necessaria probetur. Quãtumlibet enim fauorabilis causa sit eius qui reipub. causa

causa absuit, in hoc tamen odio dignus est quod nõ habuit in ciuitate per quem defenderetur: Hactenus nimirum ne ex occasione suæ absentiæ lucrum capret ex alieno damno: quod nunquam prætor æquum putat. *l. sciendum* 18. §. vbi dixi.

a *Cùm absens non defenderetur.* Ratio dubitandi. Etiam aduersus absentes qui non defendunt prospectum fuit alia parte edicti prætoris qua cautum est, vt qui præsens vrget mittatur in possessionem bonorum absentis. *tot. tit. quib. ex caus. in poss. eat.* Ergo nihil durius contra absentes constitui hoc edicto debuit.

Ratio decidendi. Auxilium illud missionis in possessionem minùs plenum est, quia facere nõ potest quin cœpta ante absentiam vsucapio compleatur, aut actio temporalis intercidat quæ præsenti competebat, & quę non intercidisset si habuisset ille quẽ conuenire potuisset. Fuit ergo hoc quoq; caput edicti necessarium contra absentes ad resarciendã dãna quæ actori per aduersarij sui absentiam contigissent, & tamen longè minùs dura videri debet hæc pars edicti quàm illa, quoniam per hãc lucrum duntaxat absenti eripitur. Per illam verò etiam dãnum aliquod irrogatur, præsertim si missionem in possessionem bonorum venditio sequatur, quæ tamen non solet sequi aduersus eum qui abest Reipub causa. *l. ignorare* 4. C. *de restit. milit.* Qua de causa tantò æquiùs fuit etiam aduersus istos qui reipublicæ causa abfuerunt succurri per hoc edictum, sicut & aduersus omnes absentes non latitantes. Cùm eorum duntaxat qui latitant bona distrahi soleant non etiam aliorum tametsi non defendantur, vt sequitur in hac lege.

1 ¶ Hæc autem restitutio locum habet: siue per se, siue per subiectas sibi personas vsu adquisierunt, qui absentes non defendebantur, & ita si nemo eorum erat defensor. Nam si fuit procurator[a], cùm habueris, quem conuenias, non debet inquietari[b]. ¶ Cæterùm, si non existebat defensor[c], æquissimum erat subueniri[d]: eo potiùs, quòd eorum, qui non defenduntur[e], si quidem latitent, prætor ex edicto pollicetur, in bona eorum mittere, vt, si res exegerit etiam distrahaatur: si verò non latitent, licèt non defendantur, in bona tantùm mitti.

Ad §. 1. Hæc autem restitutio.

Ratio dubitandi. Ex cuius persona lucrum qui sẽtit eius quoq; factum præstare debet. *l. ex qua persona* 149. *de reg. iur.* Ergo si quis per filium familias vsucapiat, recusare non potest quominùs in persona filij cõueniatur, & inquietetur, ac proinde imputari debet ei qui præsens fuit cur non egerit cũ filiofamilias, perinde atq; cũ patre si præsens fuisset ad impediẽdã vsucapionem: siquidem certũ est cũ filiofamilias agi posse ex omnibus causis. *l. filiusfamilias* 39. *de oblig. & act. l. tam ex contractib.* 57. *de iudi.* licèt non idẽ de seruo dici possit. *l. cum seruo* 107. *de reg. iur.* Ratio decidendi. Non quemadmodum melior patris condicio per filiumfamilias fieri potest ita & deterior, vt nec domini per seruum. *l. melior* 133. *de reg. iu. l. contra* 28. §. *vlt.* ff. *de pact.* Itaque non nisi ex suis contractibus conueniri filiusfamilias potest, idque tamen ita vt ex iudicato postea solus cõueniendus sit, non etiam pater nisi de peculio. *d. leg. tam ex contractibus,* etiamsi filius quasi defensor condẽnatus sit. *l. 3. §. idẽ scribit.* ff. *de pecul.* Non igitur potest contra filium proponi actio quæ exercenda est contra patrem, nisi ille se vltro defensioni offerat pro patre, vt alius quilibet, ac pro alio quolibet. Estque multò faciliùs vt possit ille agere quibusuis cæsib. pro patre etiã ignorante. *l. si longius* 18. §. 1. ff. *de iudic.* quàm vt eius nomine conueniri possit. At neque conueniri potest quasi possessor eius rei quam per eum vsucapit parer, quia sicuti parer ipse est qui vsucapit, ita & qui possidet non filius. *l. filiusfamilias* 93. *de reg. iu.* Absurdum siquidem esset alium vsucapere, alium verò possidere cùm vsucapio sine possessione esse non possit. *leg. sine possessione* 25. *de vsucap. l. denique* 19. §. *hoc tit.* Iusta ergo causa est dandæ restitutionis præsenti contra absentem, tam quoque cùm absens pater vsucepit per filium præsentem, si neque filius, neque alius absentis defensor fuit.

a *Nam si fuit procurator.* Ratio dubitandi. Procuratorũ vsus non nisi ob vtilitatẽ absentium comparatus est si fortè rebus suis per se ipsi superesse non possint. l. 1. §. *vsus autem.* ff. *de procur.* Ergo si procuratorem in ciuitate reliquerit is qui abfuturus fuit, non eò magis credendus est cõueniri & inquietari posse, cùm non in eam rem habere procuratorem voluerit. Vix enim est vt non interfit potiùs rei ne conueniatur, vnde est quod reos Græci vulgò φεύγοντας appellant. Iustinianus passim fugientes in *l. properandum* 13. *& aliis.* C. *de iudic.* & solemus dicere iudicium reddi in inuitum. *l. inter stipulantem* 83. §. 1. *de verb. oblig.* Ratio decidendi. Interest etiam absentis vt habeat in ciuitate procuratorem per quem non minùs conueniri, quàm conuenire & agere possit. *d. §. vsus autẽ.* Vel ob hoc maximè ne si non defendatur, bona eius possideantur, & si res exegerit publicè distrahantur, quæ res non leuem apud bonos & graues viros ignominiæ notam inurit, quam auctionis infamiam veteres dixerunt. Item ne ea res materiam restitutionis præbeat iis qui alioquin causari vellẽt se ideò non egisse, atque ita temporalem actionem amisisse, quòd non habuerint quem conuenire possent. Habent enim quem conueniant, quoties adest procurator qui actionem excipere paratus sit, adeóque inuitus etiã vt excipiat cogi possit. Nã & sufficeret adesse aliquem qui se vltro defensioni offerret vt sequitur apud Vlp. Itaque nihil interest quod ad causam huius edicti attinet, an qui absentem defendit mandatũ habeat, necne. Sed nõ ideò tamen probo, quod hîc Accursius procuratoris nomen sumit etiam pro quolibet defensore mãdatum non habente. Etsi enim verum est quod eum fefellit sufficere ad impediendã restitutionẽ præsentis cõtra absentẽ, vt habuerit absens defensorem aliquem etiã sine mãdato, non posset tamen defensori conuenire ratio illa quę hîc accõmodatur procuratori, quòd habuerit præsens quẽ posset cõuenire. Non. n. habuit quem conuenire, sed tantũ quem interpellare potuerit, vt subiicitur in *l. seq.* quod sanè longè diuersum est cùm defensor conueniri non possit si nõ se vltro defensioni offerat: quamuis vtrumq. sit eiusdẽ potestatis quod ad causam huius edicti pertinet. Sufficit enim vt habuerit actor quem potuerit interpellare, quousque ex interpellationibus factis, & in testationem redactis doceat neminem fuisse qui voluerit absentem defendere.

b *Non debet inquietari.* Per in integrum restitutionem.

c *Si nga existebat defensor.* Supple cùm nec fuit procurator. Nam bona consecutio est, Absentis procurator aliquis fuit, ergo præsens contra absentem restituendus non est. At non è contrario, absentis procurator nullus fuit. Ergo contra absentem danda præsenti omnimodo restitutio est. Fieri enim potest vt defensor aliquis fuerit, aut esse potuerit si interpellatio præcessisset, quod sufficit ad denegãdam præsenti restitutionem. R. dub. Sententia lata contra defensorẽ absentis non potest mandari executioni contra absentẽ, tanquã inter alios lata cum absentis mandatũ nullũ interuenerit. *tot. tit. C. int. alio. act. vel iudi. aliis non nocer.* Ergo non ob id denegari debet restitutio in integrũ contra absentẽ, quod aliquis eũ defendere paratus fuit. R. dec. Nihil interest actoris quod non possit exequi sententiã contra absentẽ, siquidẽ executio fieri potest contra defensorẽ ipsum qui ob eam causam cogitur promittere & satisdare de iudicato soluendo, vt sequitur in hac lege.

d *Æquissimum erit subueniri.* Ratio dubitandi. Auxilium restitutionis in integrum l cum non habet vbi ordinarium competit. *l. in causa 16. in p. in. s. de minor.* Atqui hoc casu is qui præsens est ius suum tueri & exequi potest interrumpendo temporalem præscriptionem si ea faciat, quæ Iustinianus constituit in *l. vt perfectius 2. C. de annal except.* Ergo fatendum est saltem hodie necessariam non esse hanc partem edicti. Ratio decidendi. Auxilium illud nouũ quod attulit lex Iustiniani, cùm sit inductum contra absentes non debet iis prodesse quominùs restitutio in integrum contra eos dari possit, perinde neque olim poterat, ne quod fauore præsentium constitutum est in eorum odiũ retorqueatur, cõtra *l. quod fauore 6. C. de legib.* Nã & quoties lex aliqua nouum auxilium inducit, nisi nominatim cauerit vt eo solo vtamur, etiã vetera auxilia eo non sine cõpetũt, vt de actione noua scriptum est in *l. quoties 41. de obl. & act.* Quanquã pleniùs sanè est auxilium Iustinianeũ, quia interrumpit præscriptionẽ qualibet, ac lõgi tẽporis possessionẽ quæ hodie in locum vsucapionis succesit. Est aũt multò melius integra quẽ iura sua conseruare, quã post vulneratã causam remedium quærere. *l. vlt. C. in quib. caus. rest. in integ. non est necess.* Sic dicimus pleniùs esse beneficium inuentarij quod Iustinianus introduxit, quã esset olim beneficiũ iuris deliberandi. Neq; tamen ideò quisquã dixerit sublatũ esse ius deliberãdi, si quis tã stultus sit vt ẽt hodie velit vti, quomodo Iustin. ipse loquitur in *l. vlt. C. de iur delib.* Deniq; Iustinianus eam legem tulit, vt perfectius contra absentes vel potẽtes vel infantes consuleret, non ergo vt de actorũ iure quicquã detraheret. Taceo quod Baldus dixit, Auxilium illud Iustinianeum esse extraordinarium, ac proinde nõ posse ex eo tolli remedium restitutionis, quamuis & ipsum quoque sit extraordinarium.

e *Eo potiùs quòd qui non defenduntur.* Rationem Vlp. reddit, propter quam æquum sit præsentibus cõtra absentes subueniri, quia (inquit) ij qui non defendũtur, hanc tantùm pœnam ex edicto patiuntur, vt in eorum bona aduersarius mittatur, non etiam vt eorum bona distrahantur nisi latitent. *l. Fulcinius 7. & tot. tit. quib. ex caus. in poss. eat.* Nemo autem dixerit per eiusmodi missionem in possessionem satis plenè consultum esse præsentibus, vt minùs necesse videri debeat iis subueniri per in integrum restitutionem cùm ea missio nullum ius tribuat nisi custodiæ, nec per eam creditor suum consequatur, quæ nec prodest ad interrumpendam aut vsucapionem aut præscriptionem siquidem is qui mittitur in possessionem bonorum aduersarij non ideò agit aut litem contestatur, qui è contrario non aliam ob causam mittitur, quàm quia non habet cum quo agat & litem contestetur. Hoc verò Accursius non intellexit, qui rationem hanc magis contrariam esse scripsit, si sic intelligatur vt præsenti contra absentem aliud auxilium detur, missionis scilicet in possessionem. Quod ego facilè admitterem si nihil aliud diceret Vlp. At cùm non id agat vt dicat aliud auxilium dari præsenti contra absentem, sed vt ostendat auxiliũ illud quod datur missionis in possessionem nimis plenum & sufficiens esse, optima & concludentissima ratio est, ob quam tãtò magis ei necessarium videri debeat auxilium restitutionis. Itaq; tota vis huius rationis postremis illis §. verbis continetur *in bona tantùm mitti* propter illam dictionem taxatiuã *tantùm* quæ auxilij infirmitatem declarat. Nam præcedentia quę sunt de latitante ad rem nostram non pertinent, nec nisi per occasionem adferuntur, cùm verba huius edicti nõ de latitantibus loquantur, sed de iis omnibus simpliciter, qui non defenduntur. An ergo cõtra latitantes nulla ex hoc edicto dabitur restitutio, quasi non necessaria postquam aduersus eos alia parte edicti abundè succursum est permissa creditoribus non tantùm possessione, sed etiam distractione bonorum? Atquin absurdum est dicere absentis meliorem cõdicionem esse, ob id, solùm quòd non tantùm absit verum etiam dolo malo. Id enim est latitare. dolo malo abesse. *d. l. Fulcinius. l. in possessionem 6. §. 1. eod. tit. l. cùm proponas 9. C. de reb. autor. iudic. possid.* Latitatio enim facere debet quò magis non quò minùs teneatur. Ergo bona ex omni parte est ratio hæc Vlpiani, & contra non latitantem quia minùs plenum est auxilium missionis in possessionem quæ sola sit, & quam bonorum venditio nulla sequatur, & contra latitantem quia etsi plenissimè contra eum succurritur permissa bonorum ipsius venditione, indignus tamen est, cui ob id magis indulgeamus, ne contra eum restitutio detur, quæ etiam contra non latitantem datur.

2 ¶ Defendi autem non is videtur, cuius se defensor ingerit: sed qui requisitus ab actore[a], non (est) defensioni defuturus. *Plenáque defensio* accipietur, si & iudicium non detrectetur, & iudicatum solui satisdetur[b].

Ad §. 2. Defendi autem.

Sensus est defendi eum videri qui aliquem habet defensorem siue defensor se ingerat & vltro liti offerat, siue ideò se offerat quòd requisitus sit ab actore nec defensioni sit defuturus. Nihil enim refert actoris cùm vtroque sit securus. Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *§. præced. vers. si non*

si non existebat defensor. Illud planè non possum videre cur Accursius quod hic scriptum est de eo qui se ingerit, intelligat de ingerẽte se ad tempus: cùm nihil sit in textu quod hanc interpretationem suadeat, nisi fortè in libro Accursij defuit dictio *tantùm*, quæ & in Pandectis Florentinis malè deest. Rectiùs enim vulgata, *Defendi autem nõ tantùm is videtur cuius defensor se ingerit, sed & qui requisitus ab actore* &c. Nato errore quòd cum scriptum esset veterum librariorum more SET pro *sed &*, deinde ea dictio pro simplici *sed* accepta esset ab eo qui hanc scribendi rationem ignorabat, visa est abundare dictio *tantùm*, ideóque tollenda. Nec est quod quis pro Florentina lectione tuenda adferat ex eodem nostro Vlpiano in *lege qua omnia 25. supr. de procuratorib.* Suspectum eum esse qui operam suam ingerit. Ibi enim loquitur Vlpianus de procuratore qui operam suam ingerit inuito domino: hîc autem de defensore qui se ingerit vt defendat absentem & ignorantem. In quo suspectus esse nõ potest cùm id faciat suo periculo, non eius quẽ defendit *l. 4. §. de re iud.*

a *Qui requisitus ab actore.* Debet enim præcedere interpellatio, non si quis vltro defensioni se offerat, sed si nemo *lege. prox infr. lege 5. in prin. quibus ex caus. in poss. eat.*

b *Et iudicatum solui satisdetur.* Ratio dubitandi Defendere eit eandem vicem quam reus subire *l. minor 51. §. 1. supr. de procurator.* Atqui reus ipse si se defendat, non cogitur satisdare *lege. hac autem 5. vlt. infr. quibus. ex caus. in poss. eat* Ergo neque defensor cogendus est satisdare.

Ratio decidendi. Qui alium defendit nunquam loceples habetur sine satisdatione *l. in eo 110. §. 1. l. qui rẽ alienã 166. de reg. iur. l. qui proprio 46. §. qui aliũ. l. nõ videtur 53. vbi dixi. §. de proc.* Iũge *l. rectè 63. §. de iudic.*

22. PAVLVS. lib. 12. ad Edictum.

ERgo sciendum est, non aliter hoc edictum locum habere[a], quàm si amici eius interrogati fuerint[b] an defendant: aut si nemo sit, qui interrogari potest. Ita enim absens defendi non videtur, si actor vltro interpellat, nec quisquam defensioni se offerat, eáque testatione complecti[c] oportet.

1 ¶ Sicut igitur damno eos adfici non vult, ita lucrum facere non patitur. 2 ¶ Quod edictum etiam ad furiosos, & infantes[d], & ciuitates pertinere Labeo ait.

Ad l. Ergo sciendum 22.

a *Non aliter hoc edictum locum habere.* Scilicet ex qua parte dat restitutionem præsenti contra absentem non defensum.

b *Quam si amici eius interrogati fuerint.* Ratio dubitandi, Inuitus nemo alium defendere cogitur, nisi eum cuius nomine agat *l. si quis in rem suam 34. & sequent. §. 1. supra. de procurat.* Ergo frustrà interpellantur amici an absentem velint defendere. Interpellatio enim supponit præcedentem obligationem aliquam, cùm ideò fieri soleat vt qui interpellatur in mora constituatur. *lege mora 32. de vsuris.* Ratio decidendi, Interpellatio hæc non fit iure alicuius obligationis, nec vt in mora quis constituatur, sed vt appareat neminem esse qui absentis defensionẽ suscipere velit, ne possit causari absens vbi redierit non defuturos fuisse qui eius defensionem suscepissent si interpellati fuissent. Fit autem per interrogationem, non per conuentionem, vel ob hoc ipsum quod alterius defensionem nemo, vt dixit, suscipit inuitus. Dicespositũ esse in negatione hoc quod diximus aliquem non defendi, proinde id probari nullo modo posse cùm negationis probatio impossibilis sit per rerum naturã *lege. aduersario 10. Codic. de non numeratæ pecuniæ leg. actor 23. Codic. de probat.* Nec si mille amici interrogentur, quia poterit absens reuersus causari nõ defuisse alium qui si interrogatus similiter fuisset, defendisset. Respondeo probationem fieri quantum optimè fieri potest. Nec enim probabile est futurum aliquem defensorem absentis quem amici ipsi defendere noluerint: præsertim cùm interrogatis amicis potuerint etiam alij non interrogati quihoc sciuerunt vltro se offerre si defensionem absentis suscipere voluissent. Ideò autem probationem hanc non defensionis exigimus ab eo qui nunc petit restitutionem, quia fundamentum intentionis ipsius, cùm aduersus absentem indefensum propositum edictum peremptoriũ nullius sit momenti. *lege. contra 54. de re iudic.* ideóque nec contra ipsum agi vllomodo possit. Quod probari necesse est vt possit quis restitui ob id quod non egerit. Debet enim vnusquisque probare id quod est fundamentum suæ intentionis, siue in affirmatione id positum sit, siue in negatione, &, siue is actor sit siue reus *lege. 4. & vltim. Codic. de edend. lege. pen. §. docere. supr.* ne quis eum qui in ius vocatus est vi eximat. Sic videmus hodie passim exigi probationem à creditore qui vult agere hypothecaria contra tertios possessores, vt ostendat debitorem non esse soluendo. Id verò fit eodem pene modo qui hîc præscribitur, & in *l. 5. §. 1. quib. ex caus. in poss. eat.* Euocantur enim & interrogantur amici & vicini, quos verisimile est si qua bona debitor haberet, id non ignoraturos. Quanquam ea probatio contrariam probationem non excludit si possessor aliqua debitoris bona indicare velit, sed transfert duntaxat onus probandi in possessorem. In proposito autem tractatu vix probatio vlla fieri potest contra actorem qui ostendit interrogatos à se amicos quamplures, quia non tam ex ipsis interrogationibus quàm ex rei veritate apparet neque fuisse defensum absentem, neque quominus defenderetur per actorem stetisse.

c *Testatione complecti*, id est, scripto in eius rei testationem facto. Galli dicunt *par acte*. id est, per scripturam publicam, quomodo & alia pleraque probãda sunt, ne maior litium & falsi materia præbeatur, si testium fidei, quæ semper fuit, est, erit que periculosa, probatio committatur.

d *Etiã ad furiosos & infantes.* Ratio dubitãdi. Nihil põt imputari & furiosis & infãtib. qui potis miseratione

digni sunt. Ergo nihil contra eos decernere prætor debuit, neq. restitutionem aduersus huiusmodi personas pollicèri. Ratio decid. Non eò pertinet hæc restitutio vt aliquo dãno hæ personæ afficiantur, quod sanè esset inhumanum, sed eò tantum ne iis furor suus aut infantia lucrum adferat ex alieno damno, quod fieri nunquam debet *leg. sciendum* 18. *sup. hoc titu.* Id enim est quod alibi Vlpianus scribit pupilli ignorantiam quę per ætatem contingit non debere captiosam esse aliis & ipsi lucrosam *l. quod autem* 7. *§. si quid cum pupillo. infrà quæ in fraud. credit.* Ex quo apparet quàm falsum sit quòd vulgo nostri credunt post Bartol. ad *l. Æmilius* 38. *supr. de minor.* pupillum contra quem excurrit præscriptio conuentionalis descendẽs, ex contractu paterno, cùm non possit restitui ex edicto de minoribus tanquã minor, restitui tamen posse tanquam maiorem ex hoc edicto, & ex causa iustæ ignorantię. Nunquam enim ignorantia illa pupillaris quæ per ætatem contingit præbere potest pupillo iustam restitutionis materiam, quamuis non impediat quominus contra eum alius restitui possit. Denique ignorantia quæ aut per ætatem aut per furorem cõtingit ad primam edicti huius partem non pertinet, sed ea tantùm quæ per iustam & necessariam absentiam *leg. sed etsi* 26. *§. vlt. infr.* Quare nec vllo iuris loco scriptum reperias subueniri furiosis vel infantibus ex hoc edicto, non magis quàm aliis minoribus, quippe quos aliis auxiliis & ius ciuile & prætor illæsos seruat datis nimirum infanti tutoribus, & furioso curatoribus, qui si non egerint, vel si rem furiosi vsucapi permiserint, (infantis enim & pupilli cuiusuis bona vsucapi prohibitum est *leg. bona fidei* 48. *de acquirend. rer. domin.*) vtique eo nomine tenentur *leg. Fulcinius* 7. *§. adeò autem. infrà quibus ex caus. maior. in fin. leg. contra pupillum* 54. *de re iudicat.* Sed contra furiosos & infantes maioribus quoque subueniri ex hoc edicto necesse est, quoniam indemnes alioquin seruari non possent, Nisi implorato hodie auxilio & remedio constitutionis Iustinianeæ, in *leg.* 2. *Codic. de annal. except.* de qua diximus ad legem præcedentem. Itaque bene Accursius hæc Pauli verba *quod edictum* ad secundam huius edicti partem refert non ad primam. Nam de secunda sola est tota hæc lex non de prima.

23. VLPIANVS lib 12. ad Edictum.

AIt prætor, *inve vinculis esset, sécúmve agendi potestatem non faceret*, hæc persona[a] meritò adiecta est. fieri enim poterat, vt quis in vinculis præsens esset[b], vel in publica, vel in priuata vincula ductus, nam & eum, qui in vinculis est, si modò non sit in seruitute[c], posse vsu adquirere constat. Sed & is qui in vinculis est, si defendatur, cessat restitutio[d].

Ad l. ait prætor 23.

a *Hæc persona.* Rectè Accursius; *quæ in vinculis est.* Nam de illa, quæ secum agendi potestatem non facit dicemus in *§. vlt. huius legis.*

b *Vt quis in vinculis præsens esset.* Ratio dubitandi. Qui in vinculis præsens est cùm liber sit, procuratorem, constituere potest per quem conueniatur, tametsi conueniri ipse non possit, Ergo nil necesse fuit contra eum restitutionem polliceri.

Ratio decidendi, Non potest ipse per se conueniri, quia in ius vocari & rapi non potest, cùm sit in vinculis, Omnium autem actionum instituendarũ principium ab ea parte edicti proficiscitur, quæ est de in ius vocando. *§. omnium. Inst. de pœn. temer. litigãt.* Et rursus vt constituat procuratorem per quẽ conueniatur cogi non potest quia inuitus nemo procuratorem facit. vt nec inuitus quisquam procurator sit, *lege filiusfamilias* 8. *§. inuitus. de procurat.* Necesse igitur fuit contra eum restitutionem polliceri, si neque per procuratorem, neque per amicum defenderetur. Illa fortassis accommodatior fuerit ratio dubitandi, quòd qui in vinculis est, siue priuatis, siue publicis pro absente magis quàm pro præsente habendus est, licèt sit præsens corpore cùm non sit suus non magis quàm furiosus aut pupillus, *lege Fulcinius* 7. *§. adeò autem. quibus ex caus. in poss. eat. iunct. lege nihil interest* 26. *de captiuit. & postlim. lege vbi non voce* 124. *§. vltim. de regul. iur.* Ergo poterat contineri prioribus verbis edicti quibus prætor restitutionem in integrum præsentibus contra absentes pollicetur: sicut furiosus & infans, de quibus diximus ad finem legis præcedentis. Ratio decidẽdi. Id agit prætor quãtũ potest vt verbis edicti omnia clarè ac distinctè cõprehendat ne quid in obscuro aut ambiguo relinquat, Cùm ergo negari nequeat, quin possit quis in vinculis præsens esse vt hæc lex ait, non poterat vtique absentis loco haberi, & prioribus verbis edicti comprehensus videri, nisi per interpretationem quæ nec obuia cuique, nec sine dubitatione fuisset. Multum enim hic distat à furioso & infante qui nec animum, nec affectum vllum, adeóque nec sensum habere intelliguntur, *lege si tibi* 8. *§. vnius. de option. legat.* Meritò igitur prætor hanc personam adiecit cùm anteà non nisi de absentibus locutus esset.

c *Si modò non sit in seruitute.* Intellige siue iuris, siue facti seruitus sit. Nam neque qui reuera seruus est purà hostium, neque is qui est in possessione seruitutis vsucapere quicquam potest. *§. prox. infr. & lege homo liber* 54. *§. vltim. de acquir. rer. dom.*

d *Si defendatur cessat restitutio.* Ratio dubitandi. Verba edicti separatim loquũtur de absente non defẽso, & de eo qui sit in vinculis, & aduersus vtrumque pollicetur restitutionem. Ergo quod ait prætor *Non defenderetur* ad absentem referendum est non ad eum qui sit in vinculis, Exemplo eius, quod diximus de verbis illis, *aut sine dolo malo reipubl. causa abesset. in lege* 5. *suprà hoc tit.* Proinde siue is qui in vinculis est defendatur, siue non defendatur, restitutio contra eum habere locum debet.

Ratio decidendi, Verba quidem illa ad solum absentem pertinent, sed sequuntur alia in edicto *neque defenderetur* quæ pertinent ad omnes personas hoc edicto comprehensas: quoniam eadem in omnibus subest ratio æquitatis & denegandæ restitutionis contra eum, qui licèt non potuerit ipse conueniri, tamen habuit defensorem *lege sed etsi* 26. *§. deinde adiecit infr.*

1 ¶ Is

1 ¶ Is autem, qui apud hostes est, nihil per vsum sibi adquirere potest[a], nec cœptam possessionem poterit implere, dum est apud hostes hoc ampliùs, nec postliminio reuersus recuperabit per dominij acquisitionem.

Ad §. 1. Is autem.

a *Sibi acquirere potest.* Intellige cum Accursio vt nihil per se possit acquirere hic qui apud hostes est. Per seruum tamen aut filiumfamilias si quid antea possidebat, acquirere potest, quia nec possessio nec proinde vsucapio per captiuitatem hoc casu interrumpitur. Planè nouam possessionem inchoare non potest nisi ex causa peculiari. *§. hi planè. infr. leg. in bello* 12. *§. facti autem caussa.* (sic enim legendum est, non vt Accursius *factæ*) *infr. de captiu. & postlim.* Dixi ad *leg. denique* 19. *§. hoc tit.* vnde pendentæ sunt rationes dubitandi & decidendi ad hunc *§.*

b *Dominij acquisitionem.* id est, non acquiret sibi per fictionem postliminij dominium quod acquisiuisset per vsucapionem si ab hostibus captus non fuisset. Dominium enim quod ante captiuitatem acquisitum non fuerat, non restituitur postliminium nec per prætorem, quia neque potest videri amissum vnquam fuisse. *dicti. leg. denique. & seq.* 3. *eod.*

2 ¶ Item ei qui per captiuitatem fundi possessionem, vel vsusfructus quasi possessionem[a] amisit, succurrendum esse[b] Papinianus ait. & fructus quoque medio tempore ab alio ex vsufructu perceptos[c] debere captiuo restitui, æquum putat.

Ad §. 2. Item ei qui.

Ratio dubitandi, Is qui per captiuitatem fundi possessionem vel vsusfructus quasi possessionem amisit, si postea ab hostibus reuertatur, omnia recuperat per fictionem postliminij quæ facit vt in ciuitate perpetuò mansisse retrofingatur. *leg. postliminium* 19. *& toto titulo de captiu. & postlim.* Ergo non indiget prætoris restitutione ex hoc edicto. Ratio decidendi, Fictio postliminij cùm sit iuris non potest restituere ea quæ sunt facti, in quorum numero est possessio. *leg. denique* 19. *vbi dixi. suprà hoc tit.* Est ergo necessarium auxilium prætoris.

a *Vel vsusfructus quasi possessionem.* Ratio dubitandi, Vsusfructus naturaliter possidet. *leg. naturaliter* 12. *§. de acquir. poss.* Ergo non debuit Vlpianus scribere *quasi possessionem*, qua nota improprietatis significatur eum verè nõ possideri. Ratio decidendi, Hæc improprietatis nota non ad vsufructuarium referenda est, sed ad vsumfructum, qui cùm in iure consistat, ac proinde sit incorporalis, possideri verè non potest. *lege prima. §. vltimo. supra de rerum diuision. lege quarta. §. si viam. de vsucapion.* sed tantùm quasi possideri. *leg. seruitutes* 14. *infra de seruitutibus. iuncta leg. si ædes* 32. *in fine. vrban. prad.* Quanquam nec verè possidet vsufructuarius rem ipsam in qua vsumfructum habet, cùm eam sibi non habeat. *leg. certè* 6. *§. is qui rogauit. infra de precar. lege penultima. de acquirenda possessione.* Itaque dicitur tantùm videri possidere naturaliter in dicta *leg. naturaliter.* quia nimirum in possessione est & rem corporaliter tenet. Dixi ad *d. l. denique.*

b *Succurrendum esse.* Ratio dubitandi, Potest amissa possessio recuperari via ordinaria & remediis interdictorum, Vnde vi, aut, Quod vi aut clam. Ergo captiuus ab hostibus reuersus non indiget restitutione ad eam recuperandam. Ratio decidendi, Qui capitur ab hostibus, is ex captiuitatis instanti amittit possessionem rerum suarum omnium quas antea per se possidebat, quia nihil possidere potest qui ipse ab aliis possidetur. *leg. homo liber* 54. *§. vltim.* de acquirendo rerum dominio. Proinde potest quilibet eam possessionem tanquam vacantem nancisci sine vi alióve vllo vitio. *leg. furtum* 37. *§. primo. de vsucapion.* quæ res facit vt per interdictum conueniri non possit. Ergo necessaria est restitutio ex hoc edicto, non sufficiente scilicet postliminij potestate, vt suprà dixi. Planè si ponas fuisse illum dominum ante captiuitatem, aut creditorem qui fundum illum habuerit obligatum, non indigebit reuersus restitutione, cùm postliminij fictio conseruauerit ei integrum ius dominij & vindicationis, aut ius pignoris & hypothecariæ, per quas actiones certum est auocari possessionem quæ penes aduersarium est. *leg. officium* 9. *leg. quisquis* 30. 36. *de rei vindication. leg. si cùm venditor* 66. *de euictionibus.* Et hoc est quod videtur sensisse Accursius in verbo, *possessionem.* Datur autem restitutio à prætore ad possessionem tantùm, non etiam ad causam vsucapionis, vt videatur vsucepisse quod non vsucepit, quia id sine domini damno fieri non posset, vt dixi ad *leg. nec vtilem* 20. *§. h. tit.*

c *Et fructus quoque medio tempore ab alio perceptos.* Ratio dubitandi, Fructus percipiuntur & acquiruntur non quidem iure seminis, sed iure soli. *leg. qui solit* 25. *§. primo. de vsuris.* Atqui prætor non restituit ad causam dominij, vt videatur hic possessor qui ab hostibus captus est vsucepisse, quod non vsucepit, vt proximè diximus ex *leg. nec vtilem* 20. *suprà hoc titulo.* Ergo neque ad causam fructuum restituere debet. Ratio decidendi, Hic locus intelligendus est de bonæ fidei possessore qui possessionem quam bona fide tenebat, amiserit per captiuitatem, vt & alij omnes qui dicunt restituendam reuerso possessionem. Nec enim malæ fidei possessor vnquam dignus esse potest cui per hoc edictum aut per aliud auxilium succurratur. Porrò bonæ fidei possessor tantum iuris habet quod ad percipiendos & acquirendos sibi fructus, quantum si dominus esset, quia quod ad hoc penè domini loco habetur. *leg. bona fidei* 48. *de acquirendo rerum dominio.* Nimirum propter bonam fidem quæ tantum possidenti præstat quantum veritas ipsa quoties lex impedimento non est. *leg. bona fides* 136. de regulis iuris. Ergo sicut bonæ fidei

possessorem restituere prætor debet ad possessionem, ita & ad fructus, qui possessionis causam tanquam immediatam sequi semper solent. *leg. videamus* 38. §. *si possessionem. de usuris. leg. indebiti* 15. *infr. de condictione indebiti.* Alioqui non esset plena restitutio si fructus & omnem causam non contineret. *leg. in condemnatione* 173 §. 1. *de regulis iuris.* Restituere namque is dicitur qui restituit omne id quod actor habiturus fuisset. *leg. restituere* 75. *de verborum. significe.* Possessor autem de quo agimus habiturus erat fructus si ab hostibus captus non fuisset. Id autem prætor agit in hoc edicto, vt perinde sint omnia atque si nulla captiuitas intercessisset. *dict. leg. videamus* 38. §. *in Fauia. de usuris.* Denique fructus nunquam debent cedere lucro possessoris qui victus sit. *leg. & ex diuerso* 35. §. 1. *de rei vindic.*

a *Ex usufructu.* Deleo hæc verba tanquam irreptitia. Non enim soli fructuario ab hostibus capto & reuerso restituendi sunt fructus ab alio interim percepti, sed etiam cuilibet bonæ fidei possessori, de quo & Papinianus & Vlpianus in hoc paragrapho locutus est perinde ac de fructuario. Etsi enim dici solet plus iuris habere fructuarium in fructibus retinendis quàm bonæ fidei possessorem, quia fructuarius omnes suos facit absolutè, nec vllos restituit, bonæ fidei verò possessor non facit suos, nisi interim quia cogitur postea reddere omnes quos neque consumpsit neque vsucepit. *dict. leg. bonæ fidei. leg. certum* 22. *Codic. de rei vindication.* Tamen in prima fructuum acquisitione plus iuris habet bonæ fidei possessor, quàm fructuarius, quia fiunt fructus bonæ fidei possessoris statim atque à solo separati sunt, fructuarij verò non nisi postquàm eos perceperit. *leg. si fructuarius missus* 13. *in fi. quibus modis usufruct. amitt.* Cæterum quod ad causam huius edicti pertinet, nulla est inter fructuarium & bonæ fidei possessorem differentia, quod ad fructus ab eo perceptos contra quem dat prætor restitutionem in integrũ, quoniam in vtriusque persona vult prætor restitutionem esse plenissimam, & omnia in pristinum & integrum statum reponi, quod non esset si fructus non restituerentur. *leg. quòd si minor* 24. §. *restitutio. leg. patri* 27. §. 1. *vers. prædium. supr. de minorib. leg. vnic. Cod. de reput. quæ in iudicium integrum restit. leg. nec non* 28. §. *vltim. infr. hoc titulo.* At neque potest alius quàm fructuarius percipere fructus ex vsufructu, cùm vsus fructus sit ius residens in solius fructuarij persona. Sanè ex re fructuaria, id est, in qua quis vsumfructum habet potest alius percipere fructus. Sed longè aliud est percipere fructus ex re fructuaria, aliud verò ex vsufructu. Nec Papinianum aut Vlpianum tam impropriè locutum fuisse probabile est.

3 ¶ Hi planè qui fuerunt in potestate captiui[a], vsu rem adquirere possunt ex[b] re peculiari[c], & æquum erit, ex hac clausula præsentibus, id est, qui non sunt in captiuitate, subueniri: si, cùm non defenderentur, vsucaptum quid sit. Sed & si dies actionis, quæ aduersarius captiuum competebat, exierit, succurretur aduersus eum.

Ad §. 3. Hi planè.

Exceptio ponitur in hoc paragrapho ad id quod dictum fuerat in paragrapho primo, eum qui apud hostes est nihil sibi per vsum posse adquirere. Id enim potuisset quis adeò generaliter accipere: vt nec per se nec per alium possit captiuus vsucapere, quod non ita est. Potest enim per filium familias aut seruum, vt ibi dixi.

a *Qui fuerunt in potestate captiui.* Rectè *fuerunt.* Nec enim amplius sunt in potestate ex die captiuitatis, cùm captiuus interim sit re vera seruus, & in potestate hostium, qui autem in aliena ipse potestate est, alios in sua habere non possit. *l. sic euenit* 21. *de adulter.*

b *Vsu rem acquirere possunt.* Ratio dubitandi. Filiusfamilias neque retinere, neque recuperare, neque adipisci possessionem rei peculiaris videtur. *lege filiusfamilias* 93. *de regulis iuris.* Quicquid enim peculiari nomine filius adprehenderit, hoc statim pater eius possidet, adeóque quamuis ignoret filium in sua potestate esse *lege quarta de acquirenda possessione,* Ergo nec vsucapere filiusfamilias potest quandiu pater apud hostes est, cùm sine possessione vsucapio possit contingere. *leg. sine possessione* 25. *de vsucapion.* neque pater ipse quicquam possidere qui ab alio, vt proximè diximus, possidetur. *leg. homo liber* 54. §. *vltim. de acquirendo rerum dominio.* Ratio decidendi, Filiusfamilias quemadmodum sibi non possit ex causa peculiari, sed patri, ita nec sibi vsucapit, sed patri, tum quoque cùm pater apud hostes est. Sic enim locus hic intelligi debet, vt constat ex *leg. iusto* 44. §. *vltim. de vsucapion. leg. in bello* 12. §. *facti autem. causa. de cap. & postl.* Atqui inquies, pater qui in hostium potestate est, non est capax possessionis. Respondeo duo esse in possessione quæ prosit ad vsucapionem: Factum, id est, detentationem & ius quod ei detentationi tantam vim tribuit, vt ex ea sequi vsucapio possit. Vtriúsque quidem incapax est pater quandiu apud hostes est. Sed tamen fictio postliminij, sicut ei conseruat cætera iura omnia, ita & ius possessionis, id est, possessionem ipsam, quatenus iuris est. Quatenus autem facti est, conseruari quidem per postliminium non potest, quia causa facti non continetur postliminio, sed non indiget hac parte pater fictione vlla postliminij, vt nec proprio corpore, cùm possideat alieno corpore, id est, filij sui. Nam & filium ei conseruat fictio postliminij. Idémque in seruo iuris est si quid dominus per seruum ante captiuitatem possidebat, aut durante captiuitate possidere cœperit *dicto paragrapho facti autem causa.* vbi refertur Marcelli in hac quæstione à Iuliano dissensio. Nec mirum: est enim tractatus hic subtilis. In *dict. §. factis* pro *actus lege captus.*

c *Ex re peculiari.* Suspecta mihi sunt hæc verba qui video in *dict. §. facti* autem causæ scriptum esse generaliter, impleri durante captiuitate vsucapionem eorum quę captiuus per subiectas sibi personas possidebat & vsucapiebat ante captiuitatem. Distinctionem verò illam verùm peculiaris causa fuerit necne adhiberi duntaxat in iis rebus quæ postea, i. post captiuitatem adprehenduntur, de quib. & in *l. iusto* 44. §. *vltim. de vsucap.* Et verò si hoc sensisset Vlpianus, non ita, vt puto, scripsisset *ex re peculiari.* sed potiùs *ex causa peculiari,* cum in præcedentibus scripsisset *rem acquirere possunt.* Infusa enim locutio illa est *rem acquirere ex re peculiari.* Facilè autem potuerunt hæc verba quæ tollimus irrepere in textum ex glossa interpretis existimãtis quod alij vulgò existimant ex sola causa peculiari posse filiumfamilias aut seruum vsucapere patri vel domino apud hostes constituto. Non adhibita ea distinctione, quam nos adhibemus, An de continuanda vsucapione tractetur, an de inchoanda. In ea quæ inchoatur vera est interpretum sententia, sed non in ea quæ continuatur.

d *Id est, qui non sunt in captiuitate.* Est quoque hoc glossema stulti interpretis, & valdè ociosi. Nec enim Vlpianus putasset quemquam fore tam ineptum apud quem dictio illa *præsentibus,* aliqua egeret interpretatione, sed & ridicula ista interpretatio est ad firmationis per negationem. Præsentes enim hoc in tractatu illi dicuntur, non qui non sunt in captiuitate, sed qui sunt in ciuitate Finge enim illum qui contra captiuum alioquin

agere potuisset & debuisset adfuisse reipublicæ causa vel in vinculis vel in seruitute fuisse. Nemo dixerit fuisse in captiuitate. Et tamen verum erit dicere non fuisse eum præsentem, idcóque restitui debere non tam contra absentem, quam quasi & ipsum absentem, atque ex priore potiùs quàm ex posteriore parte huius edicti. Non tam enim læsus fuit quod aduersarium absentem habuerit, quàm quia & ipse absens fuit qui agere non potuisset tamersi aduersarius in ciuitate manusset.

e *Si eum non defenderentur.* Legendum est, *defenderentur.* Nam si de captiuo in singulari numero Vlpianus loquitur & in præcedentibus, & in sequentibus.

f *Sed etsi dies actionis exierit.* Ratio dubitandi, In potestate actoris est quando agat, non item in potestate rei quando conueniatur. *leg. pure* 5. §. *vltim. de dolimali exceptio. leg. petenda* 6. *Codic. de tempor. in integr. restitut.* Ergo non est succurrendum actori contra captiuum si dies actionis exierit, præsertim cùm non possit imputari ei quicaptus ab hostibus fuit pro republica, cur non potuerit conueniri. Ratio decidendi. Datur restitutio actori contra captiuum ab hostibus reuersum, Non quia possit aliquid imputari captiuo, neque in odium captiui, sed in fauorem actoris, quia nec actori quicquam imputari potest cur non egerit contra eum qui nõ potuit conueniri.

4 ¶ Deinde adiicit prætor, *secúmve agendi potestatem non faceret:* vt, si, dum hoc fiat, per vsum adquisitio impleta, vel quid ex supra dictis contigit, restitutio concedatur: meritò, nec enim sufficit semper in possessionem bonorum eius mitti: quia ea interdum species esse potest, vt in bonis latitantis mitti non possit, aut non latitet. finge enim, dum aduocationes postulat[a], diem exisse:[b] vel dum alia mora iudicij contingit.

Ad §. 4. Deinde.

Ratio dubitandi. Is qui secum agendi potestatem non facit, cùm hoc ipso latitet cogitur pati missionem in possessionem bonorum, *leg. Fulcinius* 7. *& toto titul. quibus ex causis in possession. eat.* Ergo frustrà prætor contra eum restitutionem pollicetur, cùm alia ratione & iure communi indemnis seruari actor possit, Maximè quia contra latitantem non solùm permittit prætor missionem in possessionem, sed etiam venditionem bonorum, per quam venditionem facilè consequi actor indemnitatem potest. *leg. item ait* 21. §. *vltim. suprà. hoc tit.* Ratio decidendi, Non semper sufficiens est remedium missionis in possessionem, nec tum quidem cùm eam missionem sequi venditio potest. (sic enim locus hic accipi omnino debet, cùm alioqui sola missio nunquam sit sufficiens vt dixi ad *dictum §. vltimum.*) quia interdum species talis esse potest vt in bona latitantis mitti actor non possit, vel propter naturam rei, quòd forrassis prædia sint inundata vel propter potentiam latronum, vt in *leg. cùm vnius* 12. §. *vltim. de rebus autor. iudic. possid.* aut vt reus qui secum agendi potestatem non facit, dolo tamen careat, idcóque nec latitare dici possit, putà si dies actionis exierit, dum ille aduocationes postulat, vel dum alia mora iudicij contingit. Habet enim iudicium suas moras. *leg. etiam* 15. *vt legat. seruand. caus. caueat.* In quorum casuum altero non potest fieri missio quasi nihil sit quod possideatur. *dicto §. vltimo,* in altero autem non potest fieri venditio bonorum, quia latitatio nulla est. *dict. leg.* 21. *in fine. suprà eodem.* Ergo necessarium fuit auxilium prætoris, & necessaria hęc adiectio, quę nec inutilis est contra latitantem ne melioris condicionis sit dolosus quàm qui dolo caret. *l. prox. infr. vt diximus ad d. l.* 21. *in fin.* sed tamen necessaria non est si modò aliquid sit quod possideri ac vẽdi possit, vt hic locus probat.

a *Dum aduocationes postulat.* id est, vt & Accurs. interpretatur *aduocatos.* Aduocati enim petentibus dandi sunt. *leg.* 1. §. *aut prætor suprà de postul. l. nec quicquam* 9. §. *aduocatos. de offic. procons.* & ex ea causa dilatio quoque concedenda est. *leg. ab hostibus* 15. §. *vlt. suprà hoc tit. leg.* 1. *C. de dilat.* Euenit enim plerunque vt certis ex causis aduocatum quis non inueniat vel ambitione & gratia aduersarij vel etiam metu. *d.* §. *aut prætor.*

b *Diem exisse.* Ratio dubitandi. Pendente dilatione quæ datur vni ex litigatoribus siue actor ille sit, siue reus, indemnis seruari vterque litigatorum debet. *leg.* 2. §. *in omnibus. infrà de iudic.*

Ergo non est necessaria restitutio in integrum. Ratio decidendi. Indemnis quidem seruatur actor, sed per in integrum restitutionem si actio fuerit temporalis, & tempus interim exierit, quia pendēte dilatione officium quidem iudicis, vt pragmatici dicere solent, conquiescit. *l. à procedente 4. C. de dilat.* sed tempus actionis non eò minus suo Marte currit *l. ab hostibus 15. §. vlt. supr. hoc tit.* vbi dixi. Reus sanè indemnis seruatur ipso iure. *§. illud quoque, vers. nihil in medio. Nouell. 53. de ex hibend. & introduc. reis*, quia & reorum exceptiones solent esse perpetuæ non temporales *l. pure 5. §. vltim. de doli except.* Scio fieri mentionem temporalium exceptionum, quæ ex vetere iure vel ex principalibus decretis descendunt, vt loquitur Anastasius in *l. g. omnes 4. C. de præscription. 30. vel 40. annor.* in quibus idem iuris est sanè quod in actionibus vt earum tempora omnimodo currant, sitque necessaria reo, dum ne minori (excipiendi enim sunt minores post *l. vnic. C. in quibus caus. in integr. restit. non est necess.*) restitutio ad exceptionem repetendam non minùs quàm actori ad amissam actionem recuperandam. Nisi quod facilius est vt succurrendum sit reo, quàm vt actori *l. petendæ 6. Cod. de temp. in integr. restitution.* quoniam, vt ea lex ait, minus potest imputari reo, in cuius potestate non fuit quando conueniretur, nec proinde quando exciperet, quàm actori in cuius potestate fuit quando ageret. Sed si ex iurisdictione prætoris descendat exceptio, perpetua semper est, nec potest dici tēporalis, nisi eo sensu quòd sit præscriptio temporis aduersus actionem quæ ipsa temporalis est. Multum enim refert an actioni tempus præfinitum sit, an exceptioni, *l. 3. & 6. Cod. quibus non obsuc. long. temp. præscr.* Vide quæ scripsi ad *l. auxilium 37. supr. de min.* Itaque cùm olim actiones omnes ciuiles essent perpetuæ, exceptiones verò ciuiles non nisi temporales. E contrario actiones prætoriæ magna ex parte erant annales & consequenter temporales (exceptis scilicet iis quæ habent rei persecutionem. *L. in honorariis 35. de obl. & act.*) exceptiones verò omnes perpetuæ. Quod cùm ita sit, mirum vid eripotest cur nō prætor hoc edicto polliceatur in integrum restitutionem ad temporales exceptiones ciuiles, sicut & ad actiones prætorias temporales recuperādas. Finge enim maiorem qui potuit intra quinquennium obiicere exceptionem nō numeratæ pecuniæ aduersus perpetuam actionem pecuniæ creditæ captum fuisse ab hostibus aut reipublicę causa abfuisse toto quinquennio. Cur non postquam reuersus est, debebit restitui ex hoc edicto? perinde ac si amisisset actionem. An non enim æquè damnum patitur? Aut an non perinde æquum est vt indemnis seruetur? Respōdeo eo casu quo ciuilis aliqua exceptio temporalis competat, qualis est non numeratæ pecuniæ. (aliam enim nullam video, siquidem quadriennij præscriptio, de qua in *l. 2. C. de quadr. præscript.* & illa quinquennii, de qua in *l. 2. C. in quib. caus. non est necess. in integrum restit.* temporalem faciunt actionem, non autem ipsæ temporales sunt exceptiones, nisi eo sensu quo supra diximus) etiam actionem ciuilem eo nomine competere, id est, cōdictionem per querelam propositam non numeratæ pecuniæ. *l. 4. l. si quasi. C. de non numer. pecun. l. 3. Cod. de condict. indeb. l. si indebitam 15. Cod. de fideiuss. l. 3. infra de condict. ex caus.* Hanc verò actionem licèt sit ciuilis, tamen, quod sanè mirum & valdè nouum est, temporalem esse constat & quinquennalem, sicut & quinquennalis est exceptio non numeratæ pecuniæ. *l. vltima Cod. de condict. ex leg.* alioqui quid noceret temporalem esse exceptionem si actio ex eadem causa competens, perpetua esset? Ergo & ad edictum hoc pertinet, vt si amissa sit propter absentiam aut eius cui competit aut a luersarij, restituatur ex hoc edicto: quod sufficit ad præstandam læso indemnitatem, frustráque prætor restitueret exceptionem. Quanquam & restituta actione vix est vt exceptionem denegare possit, & cui restitutionis auxilio dat etiam actionem. *l. 1. §. is autem de superfic. l. inuitus 156. ff. de reg. iur.* Proinde restituitur etiam exceptio, sed in consequentiam actionis restitutæ.

24. PAVLVS lib. 12. ad Edictum.

SEd & ad eos pertinet, qui conuenti[a] fruſtrantur, & qualibet tergiuersatione[b], & solertia afficiunt, ne cum ipsis agi possit.

Ad l. Sed & ad eos 24.

a *Qui conuenti.* Ratio dubitandi. Per huiusmodi conuentionem perpetuatur actio. *l. sicut 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Ergo non est necessaria restitutio ex hoc edicto. Ratio decidendi, Agitur in hac lege de vsucapione, quæ non interrumpitur per solam citationem, at ne quidem per litis contestationem. *l. si post acceptum 18. infr. de rei vindicat.* itémque de temporalibus actionibus, quæ per solam contestationem & perpetuabantur olim, & hodie etiam perpetuantur: Non autem de præscriptione triginta annorum, quam Theodosius primus introduxit in *dict. l. sicut.* & quæ sicuti minus fauorabilis est, ita facilius & per solam citationem ex eadem constitutione interrumpitur. Nec enim potuerunt Iureconsulti de præscriptione 30. annorum quicquā scribere aut sentire, cùm eorum temporibus esset incognita. Erant siquidem perpetuæ omnes actiones quas Theodosius triginta annorum spatio cōclusas voluit. Cæteræ verò quę temporales erant non aliter quàm per litis contestationem perpetuari poterant. *L. aliam 19. in fi. de nouat. l. omnes actiones 139. de reg. iur.* siue in rem siue in personam esset actio, neque hodie perpetuantur, vt dixi. Nihil enim in his actionibus innouauit Theodos. sed in iis tantùm quas ex perpetuis fecit temporales. Idenim egit vt actiones faceret breuiores, non vt longiores. *l. 4. eod. tit.* Quod neque Accurs. neque Ioannes ad *§. vlt. l. præced.* intellexerunt.

b *Et qualibet tergiuersatione.* Ratio dubitandi. In omnibus causis pro facto accipitur id in quo per alium mora fit quominus fiat. *leg. omnib. 39. de regul. iuris.* Ergo cùm quis conuentus fruſtratur, & qualibet tergiuersatione vel solertia efficit ne cum eo agi possit, perinde haberi debet ac si cum eo actum esset. Ratio decidendi, Ea iuris regula ad condiciones solas pertinet quæ in omnibus causis habentur pro impletis in præiudicium illius per quē stat quominus impleantur *l. in iure ciuili 161. eo. tit. le. iure ciuili 24. de cond. & demonstr.* Non autem ad obligationes neque ad actiones *l. si per te non stat 9. C. de vsur. l. vlt. C. de pignor. act.* Itaque non potest dici quis egisse ob id solum quod per aduersarium steterit quominùs actum sit, & idcirco necessaria restitutio est hoc casu perinde ac si nulla aduersarij tergiuersatio interuenisset.

25. GAIVS. lib. 4. ad Edictum prouinciale.

QVod quidem simili modo ad eum quoque pertinere dicemus, qui non fruſtrādi gratia id faceret, sed quòd multitudine rerum distringeretur.

Ad l. Quod quidem 25.

Ratio dubitandi, Debet aliquā esse differentia inter dolosos, & eos qui carent dolo, vt & inter desides ac diligentes *l. 2. C. de annal. excep.* item q. inter stultos & errantes *l. regula 9. §. vlt. de iur. & fact. ignor. l. vlt. de rit. nupt.* Ergo melior esse debet condicio eius qui multitudine rerum districtus non patius est secūdi, quàm qui tergiuersatione aliqua & mala solertia id fecit. Ratio decidēdi. Melior est cōdicio eius qui caret dolo in iis quę fiūt in pœnā doli & in odiū dolosi, sed non in iis quæ fiunt in fauorem alterius qui ex propria persona metitur fauorem restitutionis quam petit, non ex odio aduersarij sui. Nō enim prætor ideò restituit actorem qui aliqua de causa agere non potuit, vt noceat ei cōtra quem agi debuit, sed vt seruet indēnē eum qui agere debuit, & cui sufficit ad causam restitutionis, quod nihil possit ei imputari, nec per ipsum steterit quominus egerit, quamuis nec magis aduersario imputari quicquam possit, vt constat apertiùs ex *pr. l. seq.*

26. VLPIANVS libro 12. ad Edictum.

SEd & si per prætorem stetit, restitutio indulgebitur.

Ad l. Sed & si 26.

Ratio dubitandi. Cùm per prætorem ipsum stetit quominus intra tempus constitutum ageretur, siue quòd copiam sui non fecerit ad litem inter litigatores contestandam, siue quòd iudicē & actionem dare sine causa recusauerit, (nihil n. horum sine prætore fieri potest) nullam habet actor de seipso aut de aduersario conquerēdi occasionem, sed ramūm de prætore, vt de iudice in *le. argentarius 10. §. vl. S. de edend.* Iniuria autem quæ fit actori per prætorem, non debet reum contingere *l. 2. per imprudētiam 51. de euict. l. exceptione 67. de fideiuss.* Ergo non est hac iusta causa dandæ restitutionis, cùm in integrum restitutio erroris proprij veniæ petitionem, vel aduersarij circumuentionis allegationem contineat, non magistratus aut iudicis iniquitatis querelam *l. præfecti 17. §. de minor.* Ratio decidend. Differt hęc restitutio maiorum ab illa minorum, de qua in *d. l. præfect.* quia in hoc nihil aliud inquirit prętor nisi an actor qui petit restitutionē aliquid amiserit, & an ei aliquid imputari possit. Vt quoties videt nihil ei posse imputari, & tamen mansurum eum in damno si non ipsi succurratur, indulgeat restitutionem. Nec enim vlla in eo sit iniuria aduersario cōtra quem datur restitutio cùm per eiusmodi restitutionem lucrum duntaxat ei eripiatur, quòd non haberet si actor impeditus non fuisset, nullum verò illi damnum irrogetur, vt sępius à nobis dictum est in hoc tractatu. Bene verò hic Accursius separat præscriptionem instantiæ iudicij à præscriptione actionis. Si enim stet per iudicē ne finiatur instantia intra tempus constitutum ipso iure non currit tempus instantiæ *§. hoc quoque Nouell. 119. vt sponsalit. largit.* vbi Iustinianus hoc constituit tractans de causa appellationis. At non ideò minùs currit tempus actionis, quę sui natura est temporalis. Sed noti illud æquè probo, quod ait idem Accursius, posse initium huius leg. referri ad verba illa edicti, *cúmve magistratus de ea re appellatus esset.* nec si appellatum magistratum eo loco accipias pro interpellato, nō pro eo qui ex appellatione cognoscat. Repugnat enim ordo verborum edicti & interpretationis, quam ad edictum adhibet Vlpianus, cùm nondum explicita sint verba illa quę in contextu edicti precedunt, *aut cùm eum inuitum in ius vocari non liceret*, ex quorum interpretatione petenda est haud dubiè sententia superiorum verborum, vt dicemus ad *§. ait prætor aut cùm. infr. hac lege.* Etsi nostra quoque interpretatio quam attulimus in *l. 1. §. non est improbabilis.*

1 ¶ Aduersus relegatum restitutionem faciendam ex generali clausula Pomponius ait: sed & non ipsi concedendam[a]: quia potuit procuratorem relinquere. ex causa tamen puto etiam ipsi succurrendum. [b]

Ad §. 1 Aduersus.

Ratio debitandi. Relegatus non tantū liber & ciuis remanet, sed etiam dominus rerū suarum, quia relegatio non adimit bona nisi specialiter acnominatim id dictum sit *leg. relegatus 14. §. 1. de interd. & releg. leg. deportatorum 8. Codic. de pœn.* Ergo non eò minùs conueniri potest, ac proinde nulla causa est dandæ contra eum restitutionis actori qui actionem tempore amisit aut rem suam à relegato vsucapi passus est. Ratio decidendi. Vt possit quis cōueniri, non sufficit vt sit ciuis & bona habeat, quāquā sunt ista etiā necessaria, sed illud etiā requiritur vt sit præsens, vel ob hoc maximè vt possit vocari in ius, cùm actionū omnium instituendarum prin-

cipium proficiſcatur ab ea parte edicti quæ eſt De in ius vocando §. *omnium. Inſt. de pœn. temer. litig.* Atqui relegatus in inſulam abſens eſt & quidem ita vt in ciuitate eſſe non poſſit, non ſolùm ſine dedecore, quod ſufficeret *leg. in eadem* 19. *ſupr. hoc tit.* ſed nec ſine metu grauioris pœnæ *leg. relegati* 4. *infra de pœn.* Contra eum igitur agi nullomodo poteſt, ne quidem quaſi contra contumacem *l. contra pupillum* 54. *de re iudic.* Contumax enim videri non poteſt, qui etiamſi maximè velit adeſſe, tamen non poſſit, ſiue iure ſiue facto aliquo impediatur. Reſtitutio igitur contra eum perinde atque contra abſentem alium quemlibet, imò multò magis facienda eſt ex generali nimirum clauſula, *Si qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur* Etſi enim prima pars edicti reſtitutionē nō pollicetur cōtra abſentes, ſed abſentibus: ſecunda verò pars videtur generalis, in qua prætor nulla certarum perſonarum enumeratione facta omnes abſentes, qui non defenduntur, complexus eſt, vt ſcriptum eſt in *leg. item prætor.* 21. *ſup.* in quo numero etiam relegatus videtur cōtineri poſſe, cùm tamen ſequens clauſula, *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur*, indiſtinctè concepta ſit poſt promiſſam & abſentibus & contra abſentes reſtitutionem, nihil vetat quin ad ſecundam edicti partem nō minus quàm ad primam referatur. Nec putandum eſt fruſtrà hoc à nobis diſputari, quaſi parum aut nihil interſit an ex hac an ex illa clauſula reſtitutio detur. Nam imò verò intereſt quàm maxime, ſiquidem ſecunda pars edicti non aliter locum habet, quàm ſi amici abſentis interrogati fuerint an defendant abſentem præterquam ſi nemo ſit qui irrogari poſſit *leg. ergo* 22, *ſupr. eod.* Tertia verò pars edicti & generalis illa clauſula, de qua hunc locum intelligimus, non hoc requirit. Et verò abſurdum eſt interrogari amicos relegati an velint eum defendere. Tunc enim ea obſeruatio neceſſaria eſt, cùm ſi nemo exiſtat defenſor mitti poteſt actor in poſſeſſionem bonorū eius qui non defenditur *d. leg. item ait. §. 1. & leg. ait prætor* 23. *§. vlt.* Relegati autem bona poſſideri certè vendi nō poſſunt, niſi cùm ad tempus tātùm relegatus fuit *leg. ad cognitionem* 13. *in fi. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eatur.* Etſi quod eo loco ſcribitur vendi bona eius qui exilio temporario punitus fuit, innuere videur eius bona qui in perpetuum relegatus ſit, vendi quidem non debere, ſed tamen poſſideri poſſe: Venditio enim ſit quidem in pœnam & odium eius qui cùm poſſet adeſſe & ſe defendere, ita tamen abeſt vt neque per ſe neque per alium defendatur, ſed miſſio in poſſeſſionem fit ad cuſtodiam duntaxat, & vt res ſit in tuto creditori: od idque nec aduerſus eum denegatur qui reipublicæ cauſa abeſt *leg. ignorare* 4. *Codic. de reſtit. milit.* Cuius deteriorem quàm delinquentis in perpetuum relegati conditionē eſſe debere nemo probabiliter dixerit. Verùm vt vt ſit, non puto tam fauorabiliter agendum eſſe cum relegato ſiue ad tempus ſiue in perpetuū relegatus ſit (neque enim hæc lex diſtinguit) vt ob id minus reſtitutio aduerſus eum indulgeri debeat, quod amici eius non fuerint interrogati an vellent eum defendere. Et tamen hoc conſequens eſſet ei ſententiæ quam Accurſius probat, vt huius §. verba ad ſecundam non ad tertiam edicti partem referenda ſint.

a *Sed non & ipſi concedendam* Ratio dubitandi. Nihil commune habet delictum cùm cauſa & æquitate reſtitutionis *l. Papin.* 20. *§. de minor.* Ergo non minùs ſubueniendū eſt relegato, quàm contra relegatum.

Ratio decidendi. Indignus eſt relegatus cui ſubueniatur non propter pœnam ei irrogatam, ſed quia procuratorem in ciuitate relinquere potuit *d. leg Papinianus leg. is qui reipublicæ* 39. *infr. h. t.* Dixi late ad *d. leg Papinianus.* & de ſententia verborum quæ hic ſequuntur, *ex cauſa tamen puto ipſi ſuccurrendum.* Quæ nec Accurſius noſter malè explicat ex *leg. nec non* 28. *in princ. & leg. ſi qua* 40. *§. quod eo tempore. infr. hoc tit.* iunct. *§. vlt huius leg.* Etſi falſum eſt, meo iudicio, quod diſtinguit hac parte inter abſentiam quæ ſit neceſſaria tantùm, & eam quæ ſit vel tantùm probabilis, vel neceſſaria ſimul & probabilis. Nam præter id quod lex nulla eſt, quæ diſtinguat, illud etiam conſtat eius qui ex probabili tantùm, non etiam ex neceſſaria cauſa abſit, longè minùs fauorabilem cauſam eſſe quàm eius qui abſit ex neceſſaria tantùm. Inde námque eſt quod iis qui ex neceſſaria tantū cauſa abſunt omnimodo ſuccurrit prætor, nec deliberat an iis ſuccurrere debeat. Is verò qui ex probabili tantùm cauſa abſunt, non omnimodo ſuccurre debet, ſed deliberare an eis ſubuenire debeat, vt ſcriptum eſt in *d. leg. nec non.* Verba namque edicti de ea ſola abſentia loquuntur, quæ ſit neceſſaria. Neque ſanè fauorabilis valde eſt iis qui vltro abeſt, licèt abſentiæ cauſam iuſtiſſimam & probabiliſſimam habeat, cùm ſe ipſe in eam poſtea reſtitutionis neceſſitatē coniecerit *arg. leg. ſi fidei ſſor* 7. *§. 1. ſupr. qui ſatiſd. cog. leg.* 2. *§. ſi quis tamen ſupr. ſi quis caut.*

2 ¶ Ait prætor, *aut eum cùm inuitum in ius vocare non liceret, neque defenderetur*, hæc clauſula ad eos pertinet, quos more maiorum ſine fraude[a] in ius vocare non licet: vt conſulem, prætorem, cæteróſque, qui imperium, poteſtatémve quam habent. Sed nec ad eos pertinet [b], quos prætor prohibet ſine permiſſu ſuo vocari: quoniam aditus potuit permittere: patronos putà, & parentes.

Ad § 2. Ait prætor.

Ratio dubitandi. Iudicium redditur in inuitum *l. inter ſtipulantem* 83. *§. 1. de verb. oblig.* Atqui actionum omnium inſtituendarum principium proficiſcitur à vocatione in ius. *§. omnium. Inſt. de pœn. temer. litig.* Ergo & inuitum reum quemlibet, ac cuiuſcunque ſit dignitatis in ius vocare licet. Nec enim dignitas quemquam exonerat ære alieno, & inuidioſum eſt ob id minùs conueniri quem aut condemnari poſſe quòd illuſtri aliqua præfulgeat dignitate *le. ad inuidiam* 6. *C. de eo quod met cauſ.*

Ratio decid. Vocatio in ius habebat olim vim & impreſſionem. Qui. n. vocabatur, ſi ſequi nollet, rapiebatur, & quidem obtorto, ſi opus eſſet, collo, vt ſcripſimus ad *tit. De in ius vocan.* Atqui eam vim publicè fieri magiſtratibus populi Romani, nō ſolùm inciuile, ſed etiam improbum publicóque exemplo vindicandum fuiſſet, violata tam impudenter dignitate eorum quibus è contrario debitā ab omnibus reuerentiam exhiberi intererat reipub. cuius maieſtas læſis magiſtratibus læſa quoq. videri debuiſſet. Rectè igitur placuit more maiorū ſine fraude. i. impunè vocare nō licere maiores illos magiſtratus Conſulem, prætorem. cæteróſque qui imperium poteſtatémve aliquam haberent: nec permittente quidem prætore, ſiue quòd neque par in parem, neque minor & inferior magiſtratus in ſuperiorem habeat imperium *lege* 3. *§. vlt. & l. ſeq. §. de recept. qui arbit. lege. ille à quo* 13. *§. tempeſtiuum. §. ad SC. Trebell.* ſiue quòd inciuile ſit id peti à prætore quod ipſe etiāſi maximè poſſet concedere veriſimiliter, tamen nunquam conceſſurus eſſet, ne ſi aliorum magiſtratuum dignitatem pateretur lædi, hoc ipſo ſuam quoque lædere videretur. Iungel. 2 §. *de in ius voc. lege pars literarum* 48. *infr. de iudi.*

a *Sine fraude.* Rectè Accurſ. id eſt, ſine pœna. Fraudem enim veteres pro pœna dicebant *Ideò autem* 23. *§. excipitur infr de edil. edict. lege* 1. *§. 1. ad LEal.*

b *Sed non ad eos pertinet* Ratio dubitandi. Aditus prætor ad permittendam in ius vocationem parētis aut patroni ſicut permittere poteſt, ita & interdum denegare. Quid enim ſi actio ſit famoſa? Deniq. cauſę cognitio hoc caſu neceſſaria eſt *l ſed ſi hæc* 10. *§. pen. & vlt ſupr. de in ius voc.* Ergo non magis adeos pertinere poteſt hoc edictū, qui ſine permiſſu prętoris in ius vocari nō poſſunt quàm ad eos quinec ſine fraude. Neque po eſt bona videri ratio illaqę hic ponitur, *quoniā aditus potuit permittere*, cū è cōtrario perinde dici poſſit, *quoniā aditus potuit denegare.*

Ratio decidendi. Aditus prætor non ſolùm poteſt permittere vocari in ius parentes aut patronos, ſed etiam permittit ſemper, niſi vel qualitas actionis quæ ſit famoſa, vel quid aliud impediat ne prætor id permittere debeat. Ergo imputare ſibi debet actor ſi non petierit à prętore id quod tā facilè prętor fuerit conceſſurus. Ita vt poſſit dici nō eſſe hoc beneficium ſi quis à prætore impetrauerit, ſed iniuriam ſi fortè non impetrauerit, quo modo loquitur Vlp. in *l. 1. §. pen. de aquæ quotid. & eſtiu.* Quid ergo ſi prætor aditus ſit, nec prætor voluerit permittere? Iam incipiet hoc edictum ad iſtas quoque perſonas pertinere, quia hæc ratio ceſſabit. Nec tamen quicquam erit à quo appellari poſſit cùm nihil pronunciet prætor qui non permittit vocationem. Et hoc eſt, ni fallor, quod ſcriptum eſt in edicto, *cúmve magiſtratus de ea re appellatus eſſet*, id eſt de eo vt permitteret illum in ius vocari, quem alioqui vocare inuitum non licebat. Nam prior illa edicti verba, *aut cùm inuitum eum in ius vocari non liceret*, non minus conueniunt parenti aut patrono quàm Conſuli quandiu prætor non permiſit. Ideóque fuit neceſſaria hęc adiectio propter ſecūdū hoc genus perſonarū quæ in ius vocari poſſunt permittente prætore, non propter primum genus, eorum ſcilicet quos more maiorū ſine fraude inuitos vocare in ius non licet, de quibus nunquam interpellatur prætor, quia nec vnquam hoc permitteret, vt proximè diximus. Rectè igitur Vlp. ait hanc clauſulam *aut cùm eam inuitum* pertinere ad iſtos tantùm non ad illos, nimirum quia de illis ſpecialiùs cautum fuit per ſubſequentem, *cúmve magiſtratus de ea re appellatus eſſet*, quæ iſtis conuenire non poteſt, quanquam non eſt à præcedentibus verbis generalibus ſeparāda, ſine quibus nec intelligi poteſt. Ob idque nullam horum verborum ſeparatam interpretationem Vlpianus fecit, ſed eam complexus eſt iis verbis, *quoniam aditus* &c.

3 ¶ Deinde adiicit, *neque defenderetur.* quod ad omnes ſupraſcriptos pertinet, præterquā ad eum, qui abſens quid vſucepit: quoniam plenè ſuprà de eo cautum eſt.

Ad §. 3. Deinde adiicit.

Ratio dubit. Contra eum qui abſens quid vſucepit datur reſtitutio ſi defenſus nō ſit *l. item ait prætor* 21. *in pr. §. hoc tit.* Ergo hæc clauſula *neque defenderetur* ad abſentē quoque pertinet. Ratio decidendi. Idem iuris quidem eſt in abſente quod in cęteris contra quos prætor ex ſecunda huius edicti parte dat reſtitutionem, vt nimirum nulla detur reſtitutio niſi ſub hac exceptione, *ſi is contra quem petitur non fuerit defenſus*, Sed alia tamen clauſula fuit in qua prętor de abſente locutus eſt, alia in qua de cęteris. De abſēte ſolo primùm locutus eſt & plenè, id eſt, adiecta etiam ſpecialiter illa clauſula, *cùm abſens non defenderetur.* De cæteris verò, id eſt, de eo qui in vinculis eſſet, aut qui ſecum agendi poteſtatem nō faceret, aut quem inuitum in ius vocari non liceret, nondum locutus fuerat plenè, quia non expreſſerat an aduerſus eos reſtitutionem omnimodo pollicerētur, an ſub eadem exceptione, *ſi non defenderentur.* Meritò igitur adiecit clauſulam iſtam generalem *neque defenderetur*, quæ etſi concepta in numero ſingulari, ad omnes tamen ſupraſcriptos pertineret, & in ſingulorum perſonis repetita intelligeretur, non etiam in perſona abſentis cùm de eo per ſe ſeparatam & ſpecialem clauſulam penè cautū eſſet. Nam, vt bene Accurſius notat, generalis clauſula non porrigitur ad ea de quibus ſpecialiter cautum fuit *leg. doli* 19. *de verbor. obligation. l. vxorem* 41. *§. feliciſſimo. de l gat.* 3 *leg. talis ſcriptura* 30. *leg. ſi quando* 109. *de legat. 1.* Iunge *leg. coheredi* 41. *§. qui diſcretas.* de vulgari & pupillari ſubſtitutione. Ex quo apparet quàm imperitè faciant vulgò notarij noſtri qui in omnibus propemodum inſtrumentis ſolent addere clauſulam, per quam contrahentes poſt generales renunciationes expreſſas renuncient etiam iuri dicenti generalem renunciationem non valere, ſi ſpecialis non præcedat. Vbinam enim gentium tale ius ſit, neque poſſint illi dicere, neque ego diuinare.

4 ¶ Ait prætor, *ſiue cui per magiſtratus ſine dolo malo ipſius actio exempta eſſe dicetur.* hoc quòd vt ſi per dilationes iudicis effectum ſit, vt actio eximatur, fiat reſtitutio. Sed & ſi magiſtratus copia non fuit, Labeo ait reſtitutionem faciendam. Per magiſtratus autem factum ita accipiendum eſt, ſi ius non dixit, alioquin ſi, cauſa cognita, denegauit[a] actionem,

restitutio cessat. & ita Seruio videtur. ¶ Item per magistratus [b] factum videtur, si per gratiam, aut fordes magistratus ius non dixerit. & hæc pars locum habebit: nec non & superior, *secúmve agendi potestatem non faciat.* nam id egit litigator, ne secum agatur. dum iudicem corrumpit.

Ad §. Ait prætor.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem est quæ ad initium huius legis. Nisi quod ibi agitur de prætore, hîc de iudice. Sed iudicem, de quo hîc agitur, intelligere debes magistratum, cuius sit actionem dare, qualis est prætor in vrbe, vel proconsul aut præses in prouincia, qui scilicet & prætoris & cæterorum omnium magistratuũ qui in vrbe sunt, vicem ac partibus fungitur *l. si in aliam 7. §. vlt. cum legib. frequentib. supr. de offic. proconsl. ex omnibus 10. cum duab. seqq. de offic. præsid.* Hi enim omnes quamuis minus propriè, iudices tamen dicuntur, sed maiores *l. non distinguemus 32. §. de liberali. infr. de recep. qui arbit.* Cæterum si hunc locum intelligeres de iudice dato & pedaneo, qui magis propriè iudex dicitur, & de quo in *tot. tit. de iudic.* implicares contradictionem. Cùm enim non detur iudex à prætore nisi post litem cõtestatam, litis autem contestatio perpetuet actionem, fieri non potest vt per dilationes dari iudicis actio eximatur, quæ iam sit perpetuata per contestationem. Et hoc omnino conueniens est edicti verbis, quæ Vlpianus interpretatur. Loquuntur enim de magistratu. In quo igitur differt sententia huius §. ab initio legis? Nimirũ ibi agitur de prætore per quem steterit, ne agi potuerit, cùm eliet à reo litigatore corruptus, quoniam verum est id egisse litigatorem, ne secum agatur, dum iudicem corrumpit, vt sequitur in hoc textu, licèt hæc quoque pars edicti locum tunc habeat. In hoc autem §. agitur generaliùs de prætore alióve magistratu per quem steterit quoquo modo, etiam ignorante aut nihil curante litigatore, putà siue per dilationes prætoris actio exempta sit, siue etiam quòd prætoris copia non fuerit. *lege prima. in fin. de diuers. tempor. præscr.*

a *Alioquin si causa cognita denegauit.* Ratio dubitandi. Maiorem iniuriam facit prætor qui actionem denegat quàm qui interpellatur vt eam det, differt, aut qui copiam sui non facit. Plus enim est denegare quàm non dare, cùm actio quæ adhuc data non est, dari adhuc possit quãdiu non fuit denegata. Ergo si non cessat hæc restitutio cùm prætor distulit actionẽ dare, multò minùs cessare debet cùm prætor actionem denegauit. Ratio decidendi. Cũ prætor actionem denegauit, etiam si iniustè id fecerit, tamen dixisse intelligitur, relatione scilicet facta ad id non quod fecit, sed quod facere debuit *l. pen. ff. de iustitia & iure.* Proinde potest sibi actor consulere aduersus eam iniuriam per commune auxilium appellationis, ideóque nec vlla indiget restitutione, cùm nec aduersus rem iudicatam restituatur vnquam maiores nisi ad hóc appellare possint *l. vlt. de restit. in integr. supr.* iunct. *leg. 4. §. falsus procurator. infr. rat. rem haber.* At cùm prætor non denegat actionem, sed tantùm differt eam dare, facit quidem iniuriam, sed talem à qua appellari non potest: quia nec quicquam est à quo appellari hoc casu possit. Nisi eo forte appellationis genere quod hodie in praxi satis frequens est quod vulgò dicunt *à denegata iustitia.* quod tamen olim aliquo in vsu fuisse non legimus, videturque inductum à Iustiniano *Nouell. 86. vt differ. iudic. audir. interpell. allegat.* Etsi in tota Nouella nullum de appellatione verbũ est, sed tantùm de recursu & relatione ad episcopũ aut archiepiscopum loci, & ab episcopo ad Principem, quæ species appellationis quædam esse videtur *toto titulo. de appellata. & relata. D & Codic. & lege. non distinguemus 32. §. cùm quidem. infr. d. recept. qui arbit.* Proinde necessarium est auxilium restitui omis ei cui prætor actionem dare distulit tantùm non denegauit, ne alioqui maneat in damno, cùm neque appellando neque alia qualibet ratione indemnitati suæ prospicere possit.

b *Item per magistratum.* Ratio dubitandi. Cum per gratiam aut fordes magistratus ius non dixit, locum habet superior pars edicti in illis verbis, *secúmve agẽdi potestatem non faciat.* Nã is egit litigator ne secũ ageretur dum iudicẽ corrupit, vt in hoc textu subiicit Vlpianus. Ergo ad hanc partem edicti, quam nunc interpretamur, hic casus non pertinet. Alioqui superfluum erit edictum quo diuersæ clausulæ continebuntur ad eũdem casum pertinentes. Cùm tamen id semper agat prætor quãtum potest, quod & bonus legislator quilibet agere debet, vi planè ac breuiter edictum concipiat, nec quicquam addat quod superfluum videri possit. Ratio decidẽdi Pertinet quidem hic casus etiam ad superiorẽ partẽ edicti, sed per interpretationem magis quàm ex vi verborum, in quibus nihil de magistratu dictũ est, ideóque fuit necessaria interpretatio illa quam ad supradicta verba Vlpianus adhibuit initio huius legis. Neque tamẽ eò minus fuit necessaria hæc quoque clausula, quæ scilicet non modò casum hunc exprimit apertiùs, sed alios quoque multos casus complectitur, in quibus per magistratum fit vt litigatori actio eximatur, qui superiore clausula contineri non poterant, ne quidem per interpretationem. Quales illi sunt, de quibus iam in hoc §. diximus. Dices posteriorem hunc casum, quem ad superiorem quoque partẽ edicti pertinere diximus, nullo modo ad hanc pertinere. Adiecit enim prætor *sine dolo malo ipsius*, vt eum casum excluderet, quo aliquis dolus litigatoris interueniret, quem negari non potest interuenire, cùm is magistratum corrumpit. Sed facilius respondeo est eam adiectionem *sine dolo malo ipsius* non ad reum referri, sed ad actorem, cuius actio fuit quæ per magistratum exempta esse dicitur, vt apparet ex §. *seq.*

3 ¶ *Actio exempta* sic erit accipienda, si desiit agere posse. ¶ Et adiicitur *sine dolo malo ipsius*[a]: videlicet vt, si dolus eius interuenit, ne ei succurratur. ipsis enim delinquentibus prætor non subuenit. Proinde si, dum vult apud sequentem prætorem agere[b], tempus frustratus est, non ei subuenietur. Sed & si, dum decreto prætoris non obtemperat, iurisdictionem

actionem ei denegauerit, non esse eum restituendum Labeo scribit. Idémque, si ex alia iusta causa non fuerit ab eo auditus.

Ad §. Actio exempta.

Ratio dubitandi. Tempus non est modus tollẽdę obligationis, vt nec inducendæ. *leg. obligationum ferè 44. §. placet. de oblig. & act.* Ergo etiam si tempus præterierit intra quod agi debuit, non ideò tamen desinit actor posse agere, sed tantùm repellitur exceptione si agat. arg. *leg. si pupillus 45. de admin. tut.* Et consequenter si bona est Vlpiani interpretatio, nunquam hæc pars edicti locum habebit, cùm hoc edictum nõ nisi ad eas actiones pertineat quæ sunt tẽporales. Rat. dec. Cùm actio sic ab initio constituta sit ex prætorio vel ædilitio edicto vt sit temporalis, finitur proculdubio tempore, neque vllus exceptioni locus relinquitur, cùm nec agi vllomodo possit, vt locus hic manifestè probat. Exceptio enim quælibet præsupponit actionem, cuius exclusio est. *l. 2. de excep.* Nec pugnat quod scriptum est in d. §. placet. Non enim loquitur ibi Paulus de actione quæ sui natura fuerit temporalis, sed de ea tantùm quam pactio contrahentium voluerit facere temporalem cùm sui natura esset perpetua, quales sunt omnes ciuiles si excipias condictionem nõ numeratæ pecuniæ quæ post inductam principalibus constitutionibus exceptionem ciusdem nominis cœpit esse tẽporalis & quinquennalis. *leg. vl. C. de condict. ex leg.* Ne scilicet plus iuris haberet quàm exceptio, quippe quæ ferè per modum exceptionis proponeretur. Neque aliter intelligi deberet quod scriptum est in *d. l. si pupillus. in fi.* si ea lex de temporali actione loqueretur. Sed non ita est. Legi enimillo loco debet, *Is autem qui eo tempore liberatus est*, adiecta dictione *eo*, quæ faciat vt dubitare non possimus quin longè alia sit eo loco Pauli sententia, de qua nos alibi iusiùs scripsimus.

a *Sine dolo malo ipsius.* Rat. dub. Præsentia & autoritas prætoris videtur nõ solùm excludere omnem doli suspicionem & probationem, quam vel solus amicorum interuentus excluderet. *leg. transactionem 35. C. de transact. leg. vt supr. quod met. caus.* sed etiam dolum si quis re vera interuenisset pugnare, vt solẽt Canonistæ dicere de resignatione beneficij facta in manibus summi Pontificis in fauorem certæ personæ, non esse eiusmodi resignationem Simoniacam, qualis esset haud dubiè si ad eum modum facta esset in manibus ordinarij, quasi purgata Simonia per præsentiam & autoritatem supremi Põtificis, qui plenissimam beneficiorum omnium administrationem habet. Nam & similiter dici potest siue dandæ siue denegandæ actionis plenissimam potestatem esse penes prætorem. Non esse igitur quod de actoris dolo tractari oporteat, cùm prætoris præsentia & autoritas interuenit. Maximè verò cùm nõ sit verisimile actorem quemquam tam stultũ esse qui dolum adhibere velit ad hoc vt sibi ipsi actionem eximat. Est enim hoc proprium reorum vt fugiant & efficiant quantum possunt ne secum agi possit corruptis in eam quoque rem interdum per sordes aut per gratiam magistratibus, vt diximus in *d. §. seq.* Ratio dec. Restitutio quæ datur ex hoc edicto non aliam rationẽ habet quàm æquitatem, vt & cæteræ omnes restitutiones. Nunquam autem æquum est ea succurri qui ipse deliquerit, & delicto suo actionem amiserit. Nemo enim ex suo delicto meliorem condicionem suam facit. *leg. non fraudantur 134. §. 1. de reg. iur.* quod eueniret si delinquentibus quoque restitutionem prætor daret. Quanquam autem nõ facilè hoc euenit vt proprio actoris dolo ei actio eximatur, possunt tamen aliquãdo eiusmodi casus accidere: vt putà si dum maiult apud sequentem prætorem agere, tempus frustratus est: aut si decreto prætoris optemperare noluerit, fortè in casu legis 1. *supr. si quis ius dicent. non obtemper.* Nam & actores in edictum illud incidere possunt. dict. *leg. 1. §. non solum vbi diximus.* Et iustè prætor iurisdictionem suam denegat ei qui decretum ipsius contempsit, in eadem. f. causa & inter easdem partes. *l. contumacia 53. de re iudic.* Quod autem Accurs. hîc adfert exemplum ex *leg. diffamari. Co. de ingen. manum.* prorsus alienum est. Longè enim aliam illius legis sententiam esse quàm vulgò credatur, ostendemus, fauente Deo, in tertia parte Chiliadis nostræ de erroribus pragmaticorum.

b *Dum vult apud sequentem prætorem agere.* Ratio dubit. Nemo inuitus agere cogitur. *l. vnic. Cod. vt nemo inuit. ager. vel accus. cogat.* Ergo nihil potest imputari ei qui ob id agere distulit quod apud sequentem prætorẽ mauult agere. Ratio decidendi. Nemo quidem agere cogitur inuitus, sed si ob id non egit suo tempore, siue quòd apud sequentem prætorem mallet agere, siue ex qua alia causa, ideóque actionem interim amiserit, suæ facilitati & imprudẽtiæ, non prætori id imputare debet, nec proinde audiẽdus est si postea petat restitutionem ad agendum. Solis enim iis succurrit prætor qui necessitate rerũ, non propria voluntate impediti sunt ne agerent. *l. non enim 16. §. h. tit.*

6 ¶ Si feriæ extra ordinem sint inductæ, ob res putà prosperè gestas, vel in honorem principis: & propter ea magistratus ius non dixerit: Gaius Cassius nominatim edicebat, restituturum se: quia per prætorem videbatur factum. solennium enim feriarum rationẽ haberi nõ debere[a]: quia prospicere eas potuerit & debuerit actor, ne in eas incidat, quod verius est: & ita Celsus libro secundo Digestorum scribit, cùm feriæ tempus eximunt, restitutio duntaxat ipsorum dierum facienda est, non totius temporis[b]. & ita Iulianus libro 4. Digestorũ scribit: ait enim, rescissionem vsucapionis ita faciendam, vt hi dies restituantur, quibus actor agere voluit, & interuentu feriarum impeditus est.

Ad §. 6. Si feriæ

Ratio dubit. Nõ possunt iudici feriæ extra ordinẽ à prætore, vt nec ab alio vllo magistratu præcipuè in

honorem Principis vel ob res prosperè gestas, sed ex solius Principis autoritate id fieri oportet. Vnde & imperiales feriæ appellantur *leg.à nullo 4.C. de feriis.* Ergo non potest quicquam videri hoc casu factum per prætorem: ac proinde si qua actio interim amissa sit, nõ potest restitutio fieri ex hac parte edicti. Ratio decidendi. Rectè Gaius Cassius prætor edicebat nominatim se ex hac causa restituturũ, qua si per prætorẽ factũ videretur, quia licèt non à prætore indicantur feriæ, sed à Principe: prætoris tamen est subsequi voluntatem Principis, nec minus habere rata quæ Princeps decreuit quàm si ille ipse decreuisset. Itaque non minùs hoc casu per prætorem factum videtur, quàm si eius autoritate & edicto feriæ indictæ essent, cùm sui copiam prætor eo tempore non faciat, nec quicquam actori possit imputari. *l.1.in fi. de diuers. temp. præscr.*

a *Solennium enim feriarum rationem haberi non debere.* Ratio dubitandi. Solennium feriarum tempore non magis prætor sui copiam facit, quàm si feriæ extra ordinem indictæ essent. *l.1.& tot. tit. ff. de feriis.* Ergo vtroque casu per prætorem factum videtur ne agi potuerit, & consequenter ex hac causa restitutio dari debet. Ratio decidendi. In feriis extra ordinem indictis nihil potest imputari actori, cùm eas prospicere non potuerit. Sunt enim repentinæ, sicque appellantur in *l. sine pars 3. C. de dilat.* At in solennibus, id est, ordinariis, quæ repentinis opponuntur, imputari potest actori cur non fuerit diligentior in agẽdo ne in eas ferias incideret, cùm eas prospicere potuerit & debuerit. Similis ratio est in *l. si quis domum 9. §. 1. & l. si merces 25. §. pen. locat. l. si putator 31. ad l. Aquil. si fideiussor 29. circa prin. & §. si cùm debitor 3. mãd.* Quæ autẽ feriæ sint solẽnes & ordinariæ explicatur in *l.2. & l. omnes 7. C. de fer.*

b *Non totius temporis.* Ratio dubitandi. Lapsus dierum quib. actor voluit agere, nec tamen potuit ob ferias repentinas & extra ordinem indictas, facit vt frustra elapsum sit totum præteritum tempus, quod alioqui nihil noceret præteriisse si feriæ nullę superuenissent, quia potuisset iis diebus actor de iure suo experiri, & prioris tẽporis negligentiam noua diligentia emendare. Ergo cùm totius temporis iacturam propter ferias actor fecerit, totius quoque tẽporis restitutio ei facienda est, vt reddat restitutio quod læsio abstulerat. Ratio decidendi. Fuit quidem actor læsus in toto tempore, sed non propter ferias solas, at potiùs propter suam negligentiam, cui soli debet imputare quicquid transactum est temporis ante indictas ferias repentinas. Feriarum autem impedimento adscribi debet id tempus dũtaxat quod elapsum est ex die indictionis. Restitutio igitur facienda est ipsorum duntaxat dierum quos abstulerunt feriæ, non etiam reliqui temporis ne alioqui prætor etiam negligentibus velle opem ferre videatur, contra id quod scriptum est in *l. non enim 16. §. hoc ex.* Nam si potuit ante indictas ferias sufficere actori tempus illud ad agendum, cur non & hodie sufficiet? Iunge quæ dicemus ad paragraphum sequentem.

7 ¶ Quotiens per absentiam quis non toto tempore aliquem exclusit: vtputà rem tuam possedi, vno minus die, statuto in vsucapionibus tempore: deinde reipublicæ causa abesse cœpi: restitutio aduersus me vnius diei facienda est.

Ad §. 7. Quoties.

Ratio dubitandi. Frustratoria & illusoria est vnius diei restitutio, cùm fieri non possit vt vno eodémque die & petatur & indulgeatur restitutio, qu. sc. nunquam datur nisi interueniente decreto, i. adhibita plenissima causæ cognitione, vocatisque in eam rem omnibus quorum potuit interesse. *l.3. §. de integr. resti. l. in causæ 23. §. causa autem cognita. & l. etiam 29. §. vlt. ff. de minor.* quæ omnia certum est vno die expediri non posse. Ergo in proposito casu vel nulla penitus restitutio facienda est, vel totius temporis, aut saltem tanti quantum sufficere possit ad agendum. Sic dicimus si quis in fulam ædificari promiserit, & aliqua pars in fulæ facta sit, deinde incendio consumpta, integrum tempus computãdum esse rursus ad ædificandam insulam, nec reliquum duntaxat expectandum quod deerat. *l. & ideò 15. inf. de ver. ob.* Quidni ergo idem obtinet in hoc etiam casu. i. cùm agitur de restitutione? R. dec. Quod hîc dicitur vnius duntaxat diei restitutionem faciendã esse, sic accipi debet, vt dies ille tamen non ex instanti reuersionis cedere incipiat, sed post elapsum tempus illud modicum quod reuerso dandum est ad præparanda omnia sine quibus agi non posset, de quo ad *l. ab hostibus 15. §. vlt. ff. h. tit.* Itaque non tam citò currit dies, intra quem si cognitio restitutionis in integrum expediri non potest, quod vix sanè nisi inter consentientes fieri vnquam possit, imputare sibi debet actor qui se arctauit, vt bene concludit Accurs. ex *§. prox. præced.* & ex *l.2. §. pen. si quis caut. l. fin. ff. de minor.* Ne alioqui deterioris conditionis sit qui vsucepit, quàm si non vsucepisset, quo casu non plus temporis supereſſet domino ad impediendam vsucapionem, quàm quantum deesset possessori ad eã complendã. Nec simile est quod obiecimus de illo qui cœperat ædificare insulã postea incendio cõsumptã. Huic. n. restituitur etiam tẽpus quod processit incendij casum, quia toto eo tempore fuerat ille diligens, non negligens, ideóq. nec ei necessaria est vlla restitutio in integrũ sufficiente in eam rem æquitate negotij & interpretatione conuentionis. At in proposita specie tempus negligentiæ restitueretur si maioris temporis quàm vnius diei restitutio fieret. Iunge quæ scripsi ad *§. vlt. l. ab hostibus 15. ff. h. tit.*

8 ¶ Item (inquit prætor) *si qua alia mihi iusta causa videbitur, in integrum restituam.* ¶ Hæc clausula edicto inserta est necessariò. multi enim casus euenire poterunt, qui deferrent restitutionis auxilium: nec singulatim enumerari potuerunt, vt quoties æquitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendẽdũ. vtputà legatione quis pro ciuitate functus

functus est: æquissimum est eum restitui, licèt reipublicæ causa non absit, & sæpissimè constitutum est, adiuuari eum debere: siue habuit procuratorem, siue non. ¶ Idem puto, & si testimonij causa sit euocatus ex qualibet prouincia, vel in vrbem, vel ad principem: nam & hic sæpissimè est rescriptum subueniri. ¶ Sed & his, qui cognitionis gratia, vel appellationis peregrinati sunt, similiter subuentum: ¶ Et generaliter quotiescunque quis ex necessitate non ex voluntate abfuit: dici oportet, ei subueniendum.

Ad §. 8. item inquit prætor.

Ratio dubitandi. Boni prætoris officium est prouidere quantum potest vtiliũ materiam imminuat. *l. quidam 21. de reb. cred.* Ergo debuit specialiter enumerare casus omnes quib. poterat euenire vt æquũ esset dari restitutionẽ, aut saltẽ illos qui frequentius solent cõtingere. Non autẽ huiusmodi clausulã generalẽ subiicere quę quoniã ad iuris rationem refertur aut ad quidpiã aliud certũ, sed tantùm ad æquitatẽ, quam sibi quisque facilè pro arbitrio fingit, ingentẽ litium occasionem præbere potest, vnoquoq. ex iis qui restitutione petunt ex hac clausula cõtendente iustã subesse causam propter quam debeat restitutio indulgeri, tametsi nulla allegetur ex iis, quę aliquã cum iis similitudinem habeat. idque quotidie cõtingere videmus, autorib. ipsis etiam iuris nostri interpret. quis ex hac clausula solẽt probare dãdam esse restitutionẽ in integrũ aduersus præscriptionẽ nõ solũ tricenariã, sed etiã quadragenariam ex capite iustæ ignorantiæ, Tãquã iusta quælibet ignorantia, sit iusta causa dandæ restitutionis, at q. ita efficiũt vt imperatorũ constitutiones. in *l.3. & 4. C. de præscr.* 30. *vel* 40 *ann.* quæ præscriptionẽ illã ita introduxerunt, vt neq. sexus fragilitas, neq. absentia neq. militia quidem ipsa defendẽda sit. i. aliquo auxilio adiuuanda contra eiusmodi præscriptionẽ, verbis magis quã reb. impositæ videãtur cõtra *l.2. in fi. C. com. de leg.* cui è cõtrario, verba omnia legũ, & principaliũ constitutionum cum effectu sint accipienda *l.1. §. 1. quod quisque iur. l. penul. §. docere ne quis eum qui in ius vocat. erit vt exi.* Quid. n. effectu ipso refert an tẽpora currã quidẽ, sed ita tamẽ vt aduersus tẽporalẽ præscriptionẽ restitutio dari possit, an verò nullomodo currãt? Nemo siquidẽ videtur exclusus quẽ prætor in integrum restituturũ polliceatur *l. nemo videtur 5. ff. de restit. in integ.* Imò verò iniqua & malè prouida constitutio esset, quæ præscriptionem aliquã temporalẽ induceret iis casib. quibus æquum videri posset elidi eã præscriptionem per in integrũ restitutionẽ cũ exceptiones omnes æquitate nitãtur non minùs quam restitutiones *l.3. l. ab hostib. 6. C. quib. non obiicit long. tẽp. præscr. l. C. de in integ. rest. minor. l.2. C. in quib. caus. non est necess. long. temp. præsc.* Cùm multò melius & reipublicæ salubriùs sit intacta cuiusque iura seruari quam post vulneratam causam remedium quęri; vt Iust. ait in *l. vl. co. ill. tit.* vbi cum nominatim excipiat præscriptiones istas 30. vel 40. ann. eásque in suo statu manere præcipiat, potuitne apertius constituere nec minoribus ipsis qui omnium fauorabilissimi sunt dandam esse ex hac causa restitutionem? Nam si danda esset quidni eadem æquitatis ratione constituisset vt nec harum præscriptionum tempora minorib. currerent ipso iure? Id que etiã conueniens est ei quod iam antèa Theod. constituerat in *d.l.3.* vt à generalissima nouæ legis dispositione soli pupilli exciperentur, hoc etiam addito vt minoribus quoque similiter atque aliis 30. anno. interualla sint seruanda. quo verbo haud dubiè non nisi de rei effectu sensisse videri potest, & de omni auxilio restitutionis excludendo: quod in aliis personis iam satis exclusum fuerat his verbis, *non sexus fragilitate non absentia non militia contra hanc legem defendenda.* Quid enim facere potest absentia quantũuis iusta, qualis ea est quæ pro causa militiam habet *l.1. & tot. titut. C. de rest. milit.* nisi vt inducat auxilium restitutionis? Nec enim potest impedire quin tempora ipso iure currant, nisi cum præscriptio temporis nascitur ex iurisdictione prætoris vt dixi ad *l auxilium 37. ff. de min. ex d.l.3. & 6. C. quib. non obiicit. long. temp. præscr.* Ergo si non putauit Imperator admittendas esse vllas restitutionis causas ne quidem eas quas ipsa edicti verba pro iustissimis expressim habent, quis credat exceptam eos voluisse causam iustæ ignorantiæ? An fortè iustior vlla esse potest ignorantia quàm quæ nascitur ex absentia siue militiæ siue alio quoquomodo reipub. causa? An verò credemus fauorabiliores esse causas restitutionis quæ sub hac generali clausula comprehendi possunt, quàm cæteras specialiter ac nominatim expressas, vt contra has potuerint Imperatores prohibere restitutionem in integrum, contra illas verò non item? Nec leuior eorundem interpretum nostrorum error est qui Bartolum secuti ad *l. Aemilius 38. de minor.* putant ex hac eadem clausula restituendum esse pupillum aduersus præscriptionem conuentionalem etiam quæ contra patrem cœperit. Non quidem quasi pupillum, sed quasi maiorem & ex capite iustæ ignorantiæ, quasi iusta sit ignorantia quæ per ætatem contingit ac proinde iusta causa dandæ ex hoc edicti capite restitutionis. An non enim ita fit vt ei qui alioquin esset tutissimus noceat ętas pupilli cum quo neque contraxerit vnquam, neque quasi contraxerit? Quid verò vel absurdius vel iniquius dici potest? *l apud Iulianum 3. inf. quib. ex caus. in poss. eat.* Nam nec prætor ipse æquum putat vt ignorantia pupilli quæ per ætatem ipsius contingit, alij damnosa esse debeat, & captiosa aut ipsi pupillo lucrosa quemadmodum eleganter Papin. scribit in *l. quod autem 6. §. si quid cum pupillo. inf. quæ in fraud. cred.* Vtrumque verò absurdum hoc eueniret si ea pupilli ignorantia posset ei parare lucrum, & commodum restitutionis quod alioqui non haberet ad tollendum aduersario quæsitum ius quod aliter ei eripi nullomodo posset. Quid denique indignius & intolerabilius quam pupillo concedere auxilium restitutionis in integr. tanquam maiori ex ea causa quæ non posset ipsi prodesse tanquam pupillo. Sed de his plura scripsimus *Decade nostrâ 25. de erro. pragm.* Hæc (inquam) omnia Doctorum nostrorum somnia & alia si qua sunt eiusmodi non aliunde quam ex hac edicti clausula proficiscuntur quæ adeò generalis est vt facilè quamlibet interpretationem possit admittere quod tamen non perinde pro arbitrio cuiusque contingere potuisset, si prætor specialiter omnes aut saltem, vt dixi, frequentiores restitutionis causas enumerasset. Culpandus igitur magis quam laudandus fuit prætor quod subiecerit hanc clausulam generalem. Ratio decidendi. Non possunt omnes articuli & casus sigillatim aut legibus aut Senatusconsultis aut edictis comprehendi *l. neque leges 10. l. non pos-*

sunt 12 de legib. In iis maximè rebus quæ pendent ex æquitate, quam vtique possunt variæ facti circumstantiæ inducere pro personarum temporum & rerum varietate, quæ singula præuidere impossibile est. Bene igitur prætor mentióque clausulam hanc adiecit, tanquam necessariam quod multi casus enenire possent, qui deferrent restitutionis auxilium & qui sigillatim enumerari non potuerunt. Nec si hac clausula interpretes abutantur, ideò tamen quic quam imputare prætori possis. Subiecit enim prætor *Quoad eius per leges senatusconsulta plebiscita & edicta Principum licebit. l. supr. l. nec non 28. §. quoad eius. infra hoc tit.* Vt intelligas non esse propositum prætoris vt restitutionem in integrum prætextu æquitatis vllius velit decernere ex hac clausula si vel leges vel constitutiones Principum repugnent vel quid aliud ex supradictis. Quomodo certè repugnãt in iis quæstionibus quas retulimus. Apparet autem ex sequentibus non de ea restitutione prætorem his verbis sensisse quę pro causã nihil nisi ignorantiam habeat, sed de ea quæ absentiam si non necessariam saltem probabilem putà causa studiorum vt in *d.l. necnon. in princip.* aut quam aliam similem, putà legationis causa pro ciuitate vt sequitur in hoc §. Alia exempla sunt in legibus hîc ab Accursio citatis, id est, in *d.l. necnon. §. 1. l. inter eos 33. infr. leg. præses 5. C. de appellat. & l. 1. si quis propter. infra de itin. actúque priuat.* Nam quod addit ex *l. habebat 13. de instit. act. & ex. l. 1. §. vlt. alias l. quæsitum. infr. quand. act. de pecul. est annal.* huic loco non conuenit, siquidem non per restitutionem in integrum ibi succurritur, sed officio & æquitate prætoris nec aduersus exemptionem actionis de qua in hoc edicto, sed quia ipso iure consumpta erat actio per malam actoris electionem, cui tamen electioni iustus error causam dederat, vt proinde æquum esset permitti actori aliam actionem proponere, etiam in qua amittenda factum ipsius interuenisset.

a *Legatione quis pro ciuitate functus est.* Ratio dubitandi. Etiam municipia & ciuitates suam habent rempublicam *l. sed & hi 13. §. 1. de publi. & vectigal.* Ergo non ex generali clausula adiuuandus est hic qui abfuit legationis causa pro ciuitate, sed ex speciali per quam nominatim succurritur iis qui reipublicæ causa abfuerunt.

Ratio decidendi. In edicto prætoris Romani appellatio reipublicæ ad solum populum Romanum pertinet vt & in aliis complurimis causis. ciuitates enim priuatorum loco habentur. Vnde nec bona ciuitatis publica dicere possumus nisi abusiuè *leg. bona ciuitatis 15. & l. seq. ff. de verb. signifi.* Et tamen negari non potest, quin eodem fauore dignus sit is qui abfuit ideò quod legatione pro ciuitate sua fungeretur, quàm si reipublicæ causa abfuisset, cum eandem habuerit necessitatem succurrendi patriæ cui natus erat, & muneris publici pro ea subeundi. Ergo ei quoque succurrere prætor debet, non minùs quàm si reipublicæ causa abfuisset, sed ex hac generali clausula non ex speciali quæ accõmodari ei non potest. Potuisset quidẽ fortassis per iustam interpretationem si prætor hanc generalem clausulam non subiecisset. At melius fuit eam subiungere, ne quis dubitationi locus relinqueretur, an ea interpretatio recipienda esset, necne. Iunge *l. legatis 8. supra hoc titu.*

b *Siue habuit procuratorem.* Ratio dubitandi. Non debet melioris condicionis esse is, qui legatione pro ciuitate functus est, quàm si reipublicæ causa abfuisset: Nulla enim fauorabilior absentia est, quã cui causam dat salus & vtilitas reipublicæ. Atquin is qui reipublicæ causa abfuit, si procuratorem in ciuitate reliquerit, postea petens restitutionem non auditur *l. 15. qui 30. ff. hoc tit.* Ergo nec is audiri debet qui non nisi pro ciuitate legatus fuit si habuit procuratorem in ciuitate. Ratio decidendi. Neuter quidem facilè audiendus est, cùm possit indemnitati suæ prospicere per actionem mandati aduersus procuratorem, adeò vt ad excludẽdum beneficium huius restitutionis possit illud quoque sufficere quod potuit habere & relinquere procuratorem in ciuitate, licèt non reliquerit *l. Papinianus 20. §. de minor.* Sed tamen ex causa tam huic quàm illi succurrendum est *l. sed & si 26. §. 1. h. ti.* Nimirum quoties à procuratore indemnis seruari non potest, quod plerumque & ex variis causis contingit, de quibus diximus ad *d. l. Papinianus.* & ad *l. 26. §. 1.*

c *Idem puto & si testimonij causa.* Ratio dubitandi, Is qui testimonij perhibendi causa abfuit, non potest causari se vel reipublicæ vel quasi reipublicæ causa abfuisse. Imò nec nisi ex propria voluntate abfuisse videri, cùm potuit recusare. Neque enim euocandi sunt testes per longum iter, multò minùs è prouincia in prouinciam *lege tertia §. penultim. infr. de testibus.* Ergo non est dignus cui succurratur, cum possit ei imputari cur non recusauerit ire ad testimonium dicendum aut cur non stipulatus sit sibi indemnitatem ab eo qui petiit vt euocaretur.

Ratio decidendi, Non restituitur quasi reipublicæ causa abfuerit, sed quia probabilem habuit adeóque necessariam absentiæ causam, cùm iudici parêre debuerit, & consequenter potuerit impunè, Etsi enim non temerè euocandi sunt testes per longum iter, ex causa tamen & plerumque id fieri necesse est si in ipsa causæ cognitione necessarium id esse arbitretur is qui cognoscit, maximè si loci & prouinciæ consuetudo non repugnet. *d. l. 3. §. penult. & vlt. de testib.* Hoc verò cùm euenit, nemo dixerit æquum esse vt testi officium suum sit damnosum *l. sed & si quis. 7. infr. testam. quemadmod. aperiantur.* Etsi enim publicum officium non est, sed priuatum, non magis tamẽ æquũ est cuiquam damnosum esse officium suum priuatum, quàm publicum *d. l. sed & si. & l. si seruus 61. §. quod verò ff. de furt.* iunct. *l. videlicet 29. ff. h. tit l. 2. §. legatis. de iud.*

d *Sed & his qui cognitionis gratia vel appellationis.* Ratio dubitandi. Etiam qui in legatione est, non restituitur si sui priuati negotij causa fuerit *l. non verè dicitur 42. ff. h. tit.* Atquin is qui cognitionis gratia vel peregrinationis gratia peregrinatus est, priuati sui commodi causa id fecit. Ergo restitutionis priuilegium non meretur. Ratio decidendi. Quotiescunq; quis ex necessitate non ex mera voluntate abfuit, dici oportet ei subueniendum esse, vt sequitur in text. Atqui ex necessitate non voluntate abfuit is qui peregrinatus fuit, siue ad Principem cognitionis causa, vt in *l. vlt. §. 1. ff. quod met. caus.* siue ad magistratum appellationis introducendæ aut prosequendæ gratia. Hæc enim omnia ex necessitate fiunt, non illud etiam vt qui proprij commodi causa legationem ambiat. Hîc enim absentiæ necessitas nulla est, sed necessitatis color aut etiam occasio quæritur, vt qui re vera non nisi ex voluntate sua & priuati commodi gratia abest, non nisi reip. causa abesse videatur.

e *Non ex voluntate abfuit.* Ratio dubitandi. Etiam ei qui ex voluntaria dummodò probabili causa, putà studiorum abfuit succurrendum est. *l. necnon 28. in princip. infi.* Ergo distinguendum non est an absentia sit necessaria an voluntaria, sed potiùs an probabilis sit, an improbabilis.

Ratio decidendi. Necessaria absentia etiam quæ causam improbabilem habeat, putà quæ ex delicto proficiscatur, iustam semper præbet materiam restitutionis extrà quàm si possit imputari absenti cur non reliquerit procuratorem in ciuitate, vt constat ex §. 1. huius legis. Etsi enim potest ei imputari quod deliquerit, vbi tamen deliquit, & condemnatus est imputari ei non potest cur abfuerit, nihilque commune habet delictum cum æquitate restitutionis. *l. Papinianus 20. de minor.* Quomodo de meretrice dicimus turpiter quidem eam facere quòd sit meretrix, sed non turpiter accipere cùm sit meretrix. *lege 4. §. sed quod meretrici. de condict. ob turp. caus.* At in ea absentia, quæ non necessaria, sed voluntaria est, distinguimus, an probabilis fuerit necne, vt non aliter inducere restitutionem possit quàm si causam habeat maximè probabilem & laudabilem. Est igitur bona hæc ratio, quia non in aliis quàm qui ex necessitate absunt vera est generaliter & indistinctè propositio ista, Absentibus subueniendum esse, Non quasi in cæteris omnibus falsa sit, sed quia non est vera nisi cum distinctione. Idque significat dictio illa vniuersalis hùc posita *quæcunque.*

27. PAVLVS lib. 12. ad Edictum.

ET siue quid amiserit, vel lucratus non sit: restitutio facienda est, etiam si non ex bonis quid amissum sit.

Ad l. Et siue 27.

Ratio dubitandi. Solius minoris priuilegium est vt ei in lucro quoque succurratur. *l. aut prætor 7. §. hodie. ff. de minor.* Ergo non idem maioribus concedi debet vt pro lucro quoque restituantur, id est, ob id quod aliquid lucrati non sint. Ratio decidendi. Restitutio hæc plenissimam indemnitatem adfert, quam tamen non adferret si non etiam lucrum amissum restitueret, vt dixi ad *l. sciendum 18. ff. hoc tit.* Itaque nullum in eo priuilegium minoris est, sed in hoc tantùm, vt in illo quoque lucro restitutionem mereatur, quod propter facilitatem & negligentiam suam amiserit. Minoribus enim etiam negligentibus subuenitur. Maioribus verò non item. *l. non enim 16. ff. eod.*

28. VLPIANVS lib. 12. ad Edictum.

NEc non & si quis de causa probabili abfuerit: deliberare debet prætor, an ei subueniri debeat: putà studiorum causa, fortè procuratore suo defuncto[a]: ne decipiatur per iustissimam absentiæ causam.

Ad l. Nec non 28.

Ratio dubitandi. Iis demum succurrendum est qui ex necessitate abfuerunt non iis etiam qui ex voluntate. *l. sed etsi 26. §. vlt. ff. hoc tit.* cùm iis qui voluntariè abfuerunt possit imputari cur abesse voluerint in eásque angustias vltrò se coniecerint. *l. si fideiussor 7. §. si necessaria, qui sat. cog. l. 2. §. pen. ff. si quis caut.* Atqui is qui studiorum causa abest, nõ ex necessitate, sed ex voluntate tantùm abest. Ergo restitutionem non meretur. Ratio decidendi, Vera quidem est illa propositio de qua in *d. §. vlt.* Quotiescunque quis ex necessitate non ex voluntate abfuit subueniri ei oportere: sed non hęc è conuerso, Quotiescunq; ex voluntate non ex necessitate quis abfuit subueniri ei non oportere. Neq; hæc sequitur ex illa, quantumlibet argumenteris à contrario sensu. Inferre namque hoc tantùm possis. Non ergo quotiescunque ex voluntate non ex necessitate abfuit subueniri ei oportet. Nam ex propositione vniuersali vera affirmatiua, non potest sequi à contrario sensu vera conclusio vniuersalis negatiua, sed tantùm particularis, id est, quę contrariam conclusionem affirmatiuam vniuersalem conuincat aliquo casu falsam esse. In quo passim & interpretes & pragmatici nostri falluntur.

a *Forte procuratore suo defuncto.* Hoc ideò vt intelligamus hunc qui studiorum causa abfuit, etiãsi probabilissimam & iustissimam absentiæ causam habuerit, non esse tamẽ ex hac generali clausula restituendum si possit ei imputari cur procuratorem in ciuitate non reliquerit. Sed ei nihil ei imputari possit, quod in ciuitate procuratorem reliquerit, qui tamen postmodum decesserit, dignũ eũ esse cui succurratur, cùm tamen aliis ex alia causa putà commercij & negotiationis absentib. nullomodo succurreretur, nec si centum in ciuitate procuratores reliquisset, qui omnes posteà decessissent. Rat. dub. Absurdum est non plus faueri ei qui abest studiorũ causa quàm ei qui ex causa delicti condemnatus & relegatus fuit, cũ ille probabilẽ habeat causam absentiæ, hic verò nullã nisi damnabilẽ adeóq; damnatã. Atqui relegato quoq; succurreretur, si procuratorẽ in ciuitate reliquisset, & is procurator posteà defunctus esset. *l. sed etsi 26. §. 1. ff. eod.* Ergo vt in aliquo sit melior condicio eius, qui causa studiorum abfuit, dicendũ est ei subueniendũ esse tametsi procuratorẽ in ciuitate cũ aliquẽ relinquere posset, nullum reliquerit. Atq; ita Accursius noster ratiocinatur. Sed malè. Rat. dec. Quod ad causam huius edict. attinet, fauorabilior est relegatus quã qui abest studiorum causa. Huius enim absentia planè voluntaria est, illius verò prorsus necessaria. Satis ergo supérq; fauetur absenti studiorũ causa, si hac in parte relegato æquiparetur, cùm ea ratione fiat vt eius absentia quæ non nisi voluntaria est, habeatur tamen pro necessaria hactenus vt eodem iure censeatur. Itaque non est absurdum quod pro absurdo Accursius habet. At contrà possit quis multò probabiliùs disputare, Absurdum fore si non melioris condicionis sit is qui abfuit reipublicæ causa quàm qui studiorum, Siquidem illius absentia non modò probabilis est, sed etiã necessaria, huius verò probabilis duntaxat. Id autem agit potissimũ prætor hoc

edicto vt subueniat iis qui rerũ necessitate impediti fuerũt ne agere potuerint *l. non enim* 16. §. Atqui is qui reipu. causa abfuturus procuratorem in ciuitate reliquit per quem defendi potuerit in integrũ restitutionem postulans non auditur *l. is qui* 39. ff. *eo.* Ergo vt melioris condicionis sit, quàm qui studiorũ causa abfuit, fatendũ est hunc, qui studiorum causa abfuit, nõ esse restituendum nõ solùm si procuratorem in ciuitate reliquerit, sed & si non reliquerit cùm posset: vt hoc ei imputetur, quod non imputatur abfuturo reipub. causa, quasi ei sit ignoscendum si de tractandis reipublicæ negotiis magis quàm de suis in tuto collocandis eo tempore cogitauit. Itaq; in isto qui reipublicæ causa abfuit, non illud requirimus, an procuratorem in ciuitate relinquere potuerit, sed tantùm an reliquerit, vt eo solo casu quo reliquit à restitutionis beneficio excludatur. In cæteris verò siue necessariã & improbabilem, siue probabilem quidem, sed tamen voluntariam absentiæ causam habuerint, inspicimus etiam vtrum relinquere procuratorem aliquem potuerint, & iis imputamus si non reliquerunt, cùm propter factum suum aut vltrò in rem suam abfuturi, de rebus suis cogitare ante discessum suum potuerint & debuerint.

c *Per iustissimam absentiæ causam.* Ergo studiorum causa iustissima est causa absentiæ. *Auth. habita.* vbi vide textum elegantem *C. ne filius pro patre.* & qui dem ad annum vsque 25. *l. 1.* & 2. *C. qui ætat. vel profess. se excus. lib.* 10. *tit.* 49. Ratio dubitandi. Non videtur studiosus abesse cùm habeat animum reuertendi. *l. quæsitum* 78. *in pr. de leg.* 3. iunct. *l. si ita legatum* 86. *eod.*

Ratio decidendi. Re vera tamen abest, ita vt nec agere nec conueniri, neq; res suas tueri possit nisi per procuratorem. Cùm enim omnia ista sint facti, & factum alicuius personæ requirant, ex ipsa rei veritate æstimanda sunt, non ex aliqua iuris fictione aut interpretatione.

1 ¶ Item si quis nec in custodia, nec in vinculis sit, sed sub fideiussorum satisdatione, & dum propter hoc recedere non potest, captus sit, restituetur, & aduersus eum dabitur restitutio[a].

Ad §. 1. Item si quis.

Ratio dubitandi. Qui nec in custodia nec in vinculis est, sed sub fideiussorum satisdatione duntaxat, potest recedere si velit, quamuis non impunè. Tenebitur enim quanti vel fideiussorum vel aduersarij interierit, sed id totum præstando liberabitur. Ergo sibi debet imputare si quid interim ex bonis suis amiserit, quasi hoc maluisse videatur. argum. *l. si patre cogente* 22. *de ritu nuptiar.* vt proinde absentia ipsius neque necessaria neque probabilis esse dici possit. Ratio decidendi. Nemo creditur id posse facere quod honestè facere non potest. *l. filius* 15. *de condic. instit. l. in eadem* 10. *supr. hoc titulo.* Atqui honestè ac citra perfidiam recedere non potest qui promisit se non recessurum datis etiam in eam rem vadibus & fideiussoribus. Ergo absentia ipsius non tantùm probabilis, sed etiam necessaria videri debet, ideóque digna quæ per generalem istam clausulam adiuuetur. Per speciales enim quæ præcedũt adiuuari non potest, cùm verum sit eum neque in vinculis esse, neque in custodia.

a *Et aduersus eum dabitur restitutio.* Ratio dubitandi. Nihil potest ei imputari cùm honestè recedere, vt proximè diximus, non possit. Ergo non est contra eum ex hac causa restitutio concedenda. Ratio decidendi. Non est bona consecutio, quia cùm quærimus de restitutione contra absentem danda non inquirimus ex qua causa absit, nec an ei aliquid imputari possit, sed personam actoris restitutionem petentis inspicimus an agere potuerit necne, & an aliquid sit quod ei imputari posse videatur. *l. sed & si* 26. §. 1. vbi dixi. *supr. h. tit.*

2 ¶ *Quod eius*, inquit prætor, *per leges, plebiscita, Senatusconsulta, edicta, decreta Principum, licebit*, quæ clausula non illud pollicetur, restituturum, si leges permittant: sed, si leges non prohibeant.

Ad §. 2. Quod eius.

Ratio dubitandi. Ius prætorium à prætoribus introductum est non tantùm adiuuandi vel supplendi, sed etiam corrigendi iuris ciuilis gratia propter publicam vtilitatem. *l. ius autem* 7. §. *de iust. & iur.* Ergo non debet inspicere aut curare prætor quid leges, aut senatusconsulta, aut plebiscita, aut edicta, aut deniq; Principum decreta expressim prohibeãt, sed hoc vnum, quid æquum & publicè vtile, quid iniquum & inutile videatur, vt illud faciat, ab hoc verò abstineat. Ratio decidendi. Potest quidem prætor pro sua iurisdictione & ex æquitate multa constituere præter leges, sed contra leges nihil prorsus. *l. cùm sponsus* 12. §. *fin. ff. de publican.* vt neq; contra plebiscita, quæ post legem Hortensiam vim legum habent, neque contra senatusconsulta, quæ legi similes sunt constitutiones. §. *quos autem. Inst. de bon. pos.* Multò minùs contra Principũ decreta, quę sunt supra leges. Faceret autem prætor contra leges si id faceret quod leges expresè prohiberent. Facit verò prætor leges cùm id facit quod leges neque prohibent neq; permittunt. Aliud enim est prohibere, aliud non permittere: sicut & aliud est permittere, aliud non prohibere, vt dixi ad *d. l.* 7. §. 1. *de iust. & iur.* Quærit aũt Accurs. exempla huiusmodi restitutionum, quas prætor dare prohibeatur per leges, plebiscita, senatusconsulta, aut Principũ edicta. Et adfert ex *l. si ex causa* 9. §. *vlt. ff. de min. l. si mater* 6. *C. ne de stat. defunct.* Etsi. n. iis locis agitur de min. in hoc autẽ tit. de maior. absurdum tamen est dandam esse minori restitutionem quæ minori denegetur, vt bene Accur. ratiocinatur. Sed quod addit & admittit, meliorem esse conditionem maioris quàm minoris in excusatione delictorum ex *leg. si qua militi* 40. §. *infra hoc titulo. & leg. auxilium* 37. *supra de minoribus.* ridiculum est. Quasi verò maioribus vnquam aduersus delictum subueniatur. Imò melioris condicionis sunt minores, quia licèt non possint restitui aduersus delictum, miseratio tamen ætatis plerumque iudicem perducit ad mitiorem pœnam irrogandam. *dict. l. auxilium.* quod similiter in maiore obseruari nemo dixerit. Quid ergo respondebimus

debimus ad *dictam legem si qua.* §. 1. ? Nimirum restitutionem eo casu maiori dari non aduersus delictum aut ad delicti excusationem, sed aduersus absentiam quamuis ex pœnæ irrogatione natam, vt in §. 1. *leg. sed & si* 26. *supr.* vbi dixi. & ad initium huius legis. Rursum quod addit idem Accursius, Restitutionem prohiberi per legem in plerisque locis huius tituli, nihil est. Non enim lex vlla est, quæ prohibeat dari restitutionem in specie *l sciendum* 18. §. *lege ii qui* 39. *l. antepen. ff. hoc tit.* sed sola prætoris æquitas quæ nullum iis casibus restitutioni locum esse videt. At neque illud verum est quod ait, Omnia esse per legem permissa quæ prohibita non inueniuntur. Id enim verum est in legibus tantùm prohibitiuis, quas ferri necesse est circa res alioquin permissas: non etiam in permissiuis quas ferri necesse est de iis rebus quas alioquin facere non liceret, vt dixi ad *leg legis virtus* 7. *supr. de legib. & ad leg. mutus* 43. §. *cùm quæritur supr. de procuratoribus.* Poterat Accursius alia exempla multa aptiora petere ex restitutione petita contra præscriptionem triginta vel quadraginta annorum, etiam ex capite iustæ ignorantiæ, adeóque militiæ. Esset enim illa restitutio contra constitutiones Imperatorum Theodosij & Iustiniani in *l. 3. & 4. Cod. de præscriptione triginta vel quadraginta annorum & in leg. vlt. Cod. in quibus causis non est necessaria longi temporis præscript.* Item ex restitutione petita per pupillum tanquam maiorem & ex capite illo iustæ ignorantiæ contra præscriptionem conuentionalem cœptam cum maiore cui pupillus heres exiterit, siue pater ille fuit, siue alius quilibet. Esset enim illa restitutio contra prætoris ipsius edictum, cùm apud prætorem ignorantia quæ per solam ætatem contingit, pro iusta non habeatur, ne quidem iis casibus in quibus alioqui iustæ cuiusliber etiam maiorum ignorantiæ fauet prætor citra restitutionem *lege quod autem* 7. §. *si quid cum pupillo inf. quæ in fraud. cred.* Dixi ad *vlt. l. sed & si* 26. §. *h. tit.*

3 ¶ Si quis sæpiùs reipub. causa abfuit: ex nouissimo reditu tempus restitutionis esse ei computandum, Labeo putat. Sed si omnes quidem absentiæ annum colligat, singulæ minus anno: vtrùm annum ei damus ad restitutionem, an verò tantum temporis, quantum nouissima eius absentia occupauit, videndum. & puto annum dandum.

Ad §. 3 Si quis sæpius.

Ratio dubitandi. Non potest quis sæpius reipub. causa abfuisse, quin medio aliquo tempore fuerit præsens. Atqui tempus præsentiæ omnimodo & cum effectu curr t absque spe restitutionis, si modò subducatur modicum illud tempus quod actori necessarium est ad actionem præparandam, de quo in *l. ab hostibus* 16. §. *vlt.* vbi dixi. §. *hoc ti.* Ergo non est verum quod hîc scribitur ex nouissimo tantùm reditu computanda esse tempora restitutionis.

Ratio decidendi. Hic §. intelligendus est de tempore intra quod petenda est restitutio post reuersionem, non autem de tempore quod restituendum est reuerso, cuius longè diuersa ratio est. Tempus enim præsentiæ, quæ medio tempore fuit, currit quidem efficaciter, ita vt restitui nunquam possit per integrum restitutionem, subducto. sc. eo modico interuallo, quod absentiæ computatur, quia verum est toto eo tempore neque absentem neque lęsum fuisse eum qui & antea & postea abfuit reip. causa. Sed tempus intra quod petenda est restitutio, nõ potest currere nisi ex nouissimo reditu, quia nouissima quoque absentia damnum attulit, aduersus quod non potuit competere restitutio antequàm ex absentia illa emersisset *l. Pannonius* 86. *de dicq. her.* Nec quod absens iam læsus fuerat per priores absentias ad rem facit, quia sola absentia nouissima inspicienda est: Alioqui tot necessariæ essent restitutiones, quot fuerunt absentiæ & læsiones, quod tamen esset ridiculum, cùm vna tantùm res amissa sit, siue actio fuit siue fundus vsucaptus: quæ res proinde per vnicam restitutionem peti potest. Hoc verò Accurs. non intellexit, qui totum hunc §. accipit de tempore restituendo per prætorem. i. de tempore ad quod non intra quod restitutio danda sit. Deceptus, vt opinor, ex eo quod hoc ipso §. sequitur de absentiis iungendis, vt si omnes absentiæ annum colligant, singulæ verò minus anno dandus sit annus. Quod vtique sic accipi debet vt non ad petendam restitutionem annus ille dari debeat, sed ad actionem, quæ amissa fuerat, exercendam. Nimirum post impetratam restitutionem. Sed nihil vetat priorem huius §. partem de vno tempore intelligi, aliam de alio. Prior enim pars est de tempore restitutionis, posterior verò de tempore actionis exercendæ & restitutæ. Nec repugnant verba illa *ad restitutionem*, quæ sic accipienda sunt ac si scriptum esset, *vt scilicet annus ei restituatur*, non autem quasi esset adiectum *ad restitutionem petendam.* Idem enim est, annum dari ad restitutionem, & annum restitui. Proinde reiicienda omnino est interpretatio Accursij, qui verba illa, *si omnes quidem absentiæ annum colligant.* malè interpretatur de anno vtili qui dabatur olim ad petendam restitutionem, & cuius loco subrogatum hodie est quadriennium. Interpretanda enim sunt de anno continuo, quemadmodum absentiæ tempus quod restituitur continuũ fuit. Perindéque potuisset scribere Vlpianus *dandum annum & mensem*, vt in secũdo exemplo quod adfert Accursius, si absentiæ simul iunctæ annũ & mẽsem collegissent. Itẽ dandos duos annos si absentiæ omnes iunctæ biennio effecissent, cùm tamen tempus quod ad restitutionem petendã datur non possit annum excedere, inspecto scilicet eo ire quod Vlpiani temporibus obtinebat. Est tamen tota hæc clausula ab illis verbis, *sed si omnes quidem*; vsquè ad finem §. tam parum cohærens superiori, tàmque parum elegans, vt facilè suspicer adiectum fuisse à Tribon. captante occasionem ex eo quod Vlpianus de illo fuerat locutus qui sæpius reipublicæ causa abfuerat, itémque de tempore computando ex nouissimo reditu: quasi verò ei quod ex Labeone Vlpian. dixerat computandum esse tempus restitutionis ex nouissimo reditu, consequens esset quærere, An solum tempus nouissimæ absentię restituendum sit. Verùm quòd commune habet tempus intra quod petenda restitutio est (de quo solo sunt ea quę & proximè precedunt & quę sequuntur in §. proximo.) cùm

tempore quod per restitutionem in integrum reddi oportet ? Quid rursus commune computatio temporum restitutionis ex nouissimo reditu, cum restitutione temporis nouissimæ absentiæ ? De aliis quæ hîc Accursius disputat, iam scripsimus ad *l. ab hostibus 15. §. vltim. & ad l. sed & si 26. §. quoties. supra hoc tit.*

4 ¶ Si cùm in prouincia domicilium haberes, esses autem in vrbe, an mihi annus cedat, quasi experiundi potestatem habeam? & ait Labeo, non cedere. Ego autem puto hoc ita verum, si *ius reuocandi domum* aduersarius habuit [a]: sin minùs, videri esse experiundi potestatem [b]: quia & Romæ litem contestari potuit [c].

Ad §. 4. Si cùm in prouincia.

a *Si ius reuocandi domum aduersarius habuit.* Ratio dubitandi, Etiam cùm aduersarius habet ius reuocandi domum, id est, priuilegium aliquod fori, non ideò impeditur actor quominùs agere possit. Nec enim aliter potest reus vti priuilegio suo, quam si conueniatur *l. quacunque 5. §. de re iud.* Denique exceptio fori, vt & alia quælibet in necessarium antecedens præsupponit actionem non solùm competentem, sed iam institutam per vocationem in ius, quæ omnium actionum instituendarum principium est *§. omnium. Instit. de pœn. temer. litig.* iunct. *leg. 2. de exceptio. l. vlt. C. eo.* Ergo non est probabilis color petendæ restitutionis si quis causari velit, ideò se non egisse, quòd sciret aduersarium monitum huiusmodi præscriptione fori, cùm priùs esset vtageretur, quàm vt fori præscriptio obiceretur: maximè cùm fieri poterat vt eam exceptionem quamuis sibi cõpetentem opponere reus nollet. Neque enim quisquam iure suo inuitus vti cogitur, & potest quilibet priuilegio fori renunciare aut expresso pacto, vt in *l. pen. C. de pact.* aut tacito consensu litem contestando ante oppositam exceptionem, quam vtique opponi necesse est ante litis contestationem, vt & declinatorias & dilatorias cæteras *d. l. vlti. & leg. exceptionem 19. C. de probat.*

Ratio decidendi. Non videtur experiendi facultatem habere is qui præscriptione fori summoueri potest. Nam & in aliis exceptionibus idem euenit, vt nihil interfit an quis nullam actionem habeat, an talem habeat quæ per exceptionem elidi possit *l. nihil interest 112. de reg. iur.* Nisi quod præscriptio fori non tam actionem elidit quàm actionis exercitium impedit, vt & cæteræ dilatoriæ omnes, quæ ideò sic dicuntur quod differant negotium duntaxat, non perimant, quomodo perimunt eę quæ hanc ob causam peremptoriæ appellantur. Nec quod fieri potest vt ea præscriptio non opponatur, ad rem quicquam facit. Sufficit enim vt opponi possit, ad hoc ne possit imputari actori cur non vocauerit in ius eum quem sciuit habere priuilegium fori. Alius enim conueniri posse non videtur quàm in quem inuitum reddi iudicium potest *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.*

b *Si minus, videri esse experiundi potestatem.* Ratio dubitandi. Actor cogitur se qui forum & domicilium rei qui conuenitur, siue in rem actio instituta sit in personam *l. vlt. C. vbi in rem act. l. 2. C. de iud.* Atquin is qui erat conueniendus in casu nostro, proponebatur habere domicilium in prouincia, non in vrbe. Ergo in vrbe conueniri non potuit, nec proinde videtur actor experiundi potestatem habuisse toto eo tempore quo aduersarium Romæ vidit.

Ratio decidendi. Roma communis patria est *l. Roma 33. ad municip.* Non potest igitur quisquis Romanus cuis est causari se extra patriam cõueniri si Romæ conueniatur, nisi cùm habet ius reuocandi domum. Nec enim Roma sicuti patria, ita & domus cuiusque est. Non ergo restituetur is qui cùm posset Romæ aduersarium conuenire, litémque cum eo contestari, maluit differre actionem, eámque interim amisit.

c *Quia & Romæ litem contestari potuit.* At non etiam fortasse litem persequi ad finem vsque, nec aduersarium cogere vt Romæ iudicium acciperet. Durum enim est cogi quem litigare & iudicium accipere in eo loco in quo neque testium, neque pecuniarum copiam habeat, & in quo si esset condemnatus, satisfacere tamen iudicato non posset. Idcóque nimirum de sola contestatione hîc loquitur Vlpianus, quia & sola contestatio sufficit ad perpetuandam actionem, quæ postea exerceri quandocunque in prouincia possit. Iunge *l. senatusulto 7. §. de offic. præsid.* Simile ferè est quod hodie dicimus & obseruamus in chirographi recognitione, Posse scilicet eum qui scripsit conueniri quocunque loco & apud quemcunque iudicem hactenus vt scripturam recognoscat, ne de illius fide vnquam aut vsquam dubitari possit, non etiam vt iudicium accipere, ac condemnationem ab incompetenti iudice pati cogatur. Et in hoc videtur mihi Accursius noster errasse, non etiam in eo quod notat ex hoc *§. annum* qui dabatur olim ad petendam ex hoc edicti capite restitutionem vtilem non continuam fuisse. Non enim quærimus an actor experiundi potestatem habuerit, nisi cum de vtili tempore disputamus *l. 1. de diuers. tempor. præscription.* Sed quod addit idem ferè esse in quadriennio quod hodie in locum illius anni vtilis subrogatum est in *l. vlt. C. de tempor. in integrum restitution.* difficilius videtur. Est enim quadriennium illud ab initio quidem vtile, vt non incipiat currere, nisi ex quo die incipit actor posse petere restitutionem vt & olim *l. 1. eo ill. tit.* Sed ex quo cœpit currere continuum est, vt expressim habent verba constitutionis. Verùm eadem constitutio addit, quemadmodum in minorum restitutionibus omnis minor ætas excipitur, ita & in maiorum, tempus quo reipublicæ causa abfuerunt, vel aliis legitimis causis quæ veteribus legibus enumeratæ sunt fuerint occupati, omne excipiendum esse. Itaque hæc etiam Accursij adnotatio recta & vera est.

5 ¶ Exemplo rescissoriæ actionis etiam exceptio ei, qui reipublicæ causa abfuit, competit: fortè si res ab eo possessionem nacto vindicentur.

Ad §. 5. Exemplo.

Ratio dubitandi. Edictum non loquitur nisi de actione restituenda ei qui abfuit reipublicæ, aut ex qua alia iusta & probabili causa, Ergo non est porrigendum ad exceptionem de qua perinde loqui prætor potuisset si de ea quoque danda sensisset. arg. *l. omnes. §. vbi autem, versic. sin autem ad deficient. ff. C. de ædific. tollend.*

Ratio decidendi. Quamuis edicti verba de actione tantum loquantur, commodissimè tamen recipiunt hanc interpretationem, vt de exceptione quoque danda & quidem perpetua sensisse videatur. Cui enim damus actionem multò magis damus exceptionem. *l. 3. §. pupillus. supr. de negot. gest. l. 1. §. ex autem de superfic. l. imarus 156. §. 1. de regul. iur. l. Papinianus. 8. §. si filius de inoff. testam.* Ergo, si fortè is qui reipubl. causa abfuit, postea reuersus actus sit possessionem rei durante absentia vsucaptæ danda est ei exceptio: Nec enim actione vlla indiget cùm sit possessor. §. 1. *Inst. de action.* nec rursus cogendus possessionem suam amittere vt agere possit. At neque indiget restitutione cùm satis sit restitutus hoc ipso quod possessionem suam recuperauit, adeò vt ex eo tempore si postea eius rei possessionem amiserit, habeat actionem perpetuam non temporalem. *l. si res cuius 31. infr. eodem.* quam tamen non posset habere nisi temporalem si adhuc egeret restitutione. Nam nec sola restitutio sufficeret ad perpetuandam actionem. *l. nam posteaquàm 9. §. si minor. d. tuteur.* Sanè quemadmodum actionem rescissoriam non dat prætor nisi data priùs restitutione, ita neque replicationem. *lege vltim. Cod. eo.* iunct. *dict. §. si minor.* Proinde non necesse est, vt possessionem nactus hic sit post impetratam restitutionem. Sufficit enim vt eam nactus sit quoquo tempore & quoquomodo dum sine vitio ad hoc vt possit habere exceptionem sine restitutione. Nam & satis restituit eum prætor cùm dat ei exceptionem. In quo errauit Accursius. Cætera dicemus ad *dict. leg. si res cuius 31. infr. eod.*

6 ¶ In actione rescissoria, quæ aduersus militem competit, æquissimum esse Pomponius ait, eius quoque temporis, quo absens defensus non est, fructus eum præstare. Ergo & militi debebunt restitui [a]. V trinque actio erit [b].

Ad §. vlt. In actione

Ratio dubitandi. Ratio propter quam solet reus idémque possessor ad fructuum restitutionem condemnari, idq; ex die litis contestatæ duntaxat, non alia est quàm quia quale quid est cùm petitur tale dari debet. *l. 2. §. de vsur.* Ergo vbi nihil petitum est vt in specie huius §. fructuum condemnatio nulla fieri potest. Ratio decidendi, Eius quoque temporis quo absens defensus non est fructus eum præstare oportet, nõ quidẽ ex ratione iuris de qua in *d. l. 2.* sed ex summa æquitate, quia licèt nihil petitum sit non tamẽ per actorem sterit, sed per absentem possessorem qui defensus non fuit, ne quid ab eo peti potuerit: Cùmq; hęc restitutio plenissimam indemnitatem adferat, vt sæpiùs diximus, siue absenti contra absentem detur, aequaliter plena potest esse aut indemnitas aut restitutio, quàm si fructus quoque præstentur. Quod tantò magis admittendum est, quòd ij quoque fructus qui post acceptum iudicium percepti sunt, ex æquitate magis quàm ex stricta iuris ratione restitui solent. *l. videamus 38. §. si actionem. eod. tit. de vsur.* Denique hæc restitutionum omnium in integrum natura est vt fructus quoque restitui oporteat. *l. quòd si minor 24. §. restituto. supr. de minor. leg. vnic. C. de repud. quæ fiunt in iudic. in integr. rest.* Nisi ponas eum agere qui medio tempore possederit. Qui enim possident nihil vnquam fructuum nomine consequuntur. *l. pen. §. vlt. infr. ff. vsufr. petet.*

a *Ergo & mihi debebant restitui.* Ratio dubitandi. Prętor magis fauet restitutioni quę contra absentes datur ex hoc edicto, quàm ei quę datur absentibus. *l. stem ait 21. vers. & erit notandum sup. hoc tit.* Ergo non est bona consecutio si quis cum Vlpiano inferat restitui debere fructus militi ob id solùm quod etiam à milite restituerentur. Ratio decidendi. Bona consecutio est, quia vtrunq; nascitur ex eadem æquitatis ratione quàm modò diximus. Et quamuis prætor magis faueat restitutioni peritæ contra absentes, quàm absentibus, id tamen hactenus verum est vt inquirat cùm restituitur ís qui abfuit, an necessariam absentiæ causam habuerit aut saltem iustam & probabilem an non. Quæ inquisitio & distinctio cessat quoties restitutio fit contra absentem. *leg. ait prætor 23. §. vlt. & legib. seq. l. sed etsi 26. §. 1.* vbi dixi, *supr. hoc tit.* Cæterum quoties aut absenti aut contra absentem datur restitutio, id semper agit prętor vt præstationes omnes fiant quas suggerit æquitas, & consequenter vt fructus quoque in vtraque specie restituantur.

b *Et vtrinque actio erit.* Id est, siue contra militem restitutio detur, vtróque casu actio competit ex hoc edicto, etiam ad hoc vt fructus restituantur, Ratio dubitandi. Fructus tum quoque cùm præstantur ex die litis contestatæ, non tam vi & potestate actionis quàm officio iudicis præstantur & ex æquitate, vt scriptum est in *d. l. videamus 38. §. si actionem. de vsur.* quod & de vsuris ex bonæ fidei iudicio præstandis proditum est in *l. qui per collusionem 49. §. 1. de action. empt.* Atqui actio rescissoria quæ competit beneficio huius in integrum restitutionis non potest esse fauorabilior quàm quæ antea competebat. Neque enim id agit prætor cùm amissam actionem restituit ex hoc edicto, vt plenior illam faciat quàm fuisset præstina si eam actor non admisisset. Cui nimirum satis esse debet quod indemnis seruetur, etiamsi nullum vberius ex restitutione lucrum sentiat. Ergo non potest actio ex hoc edicto ad fructus dari, præsertim ad eos qui percepti sint ante litem contestatam: quam vtique in priorem actionem nullomodo venissent, id est, ne officio quidem iudicis. *dict. leg. 2. & dict. §. si actionem. leg. 38. de vsuris.* Ratio decidendi. Plenior est actio quæ ex hoc edicto datur, quia cùm detur beneficio precedentis in integrum restitutionis, ea omnia continet, quę in auxilium restitutionis venire possunt, in quo numero sunt fructus omnes percepti ex eo die quo incepit læsio, quoniam alioqui restitutio non esset plena vt supra dixi. Cæteræ actiones

quæ citra restitutionem dantur, minùs plenæ sunt, præsertim quod ad fructus & cæteras accessiones, quæ non nisi officio iudicis præstantur. Et ratio diuersitatis non obscura illa est, quod officium iudicis non potest incipere nisi ex quo die cœpit ille esse iudex, & consequenter ex tempore litis contestatæ. Nam sicut futuri post condemnationem temporis tractatus ad officium iudicis nullo modo pertinet. *lege prima. §. primo. versicul. Paulus notat. de vsuris.* Nimirum quia iudex posteaquàm dixit sententiam & reum condemnauit, officio suo functus est. *leg. iudex. posteaquàm 28. de re iudic.* Ita nec eius temporis quod præcedit contestationem, quia toto eo tempore nullum adhuc iudicis officium, vt nec quisquam iudex fuit. At officium prætoris, ad quod pertinet vt ex iusta causa det in integrum restitutionem nullis nisi æquitatis finibus continetur, nec aliud principium habet à quo possit incipere, nec alium finem quo terminetur. Nec enim sicut iudex formulæ prætoris obstrictus est, ita & prætor nullomodo constringitur, quominus liberam habeat causæ cognitionem, & causa cognita pronunciandi de ea potestatem.

29. AFRICANVS lib. 7. Quæstionum.

VIdelicet ne cui officium publicum [a]vel damnovel compendio sit.

Ad l. Videlicet 29.

Ratio dubitandi. Secundùm naturam est cuiusq; rei commoda cum sequi, quem sequuntur incommoda. *l. secundùm naturam 10. de reg. iur.* Atqui officium publicum nullum est quod non habeat commodū aliquod annexum, siue pecuniarium illud sit, siue honorarium, sed ea præcipuè officia non cadet commodo quæ tanti sunt momenti, vt propter ea quis abesse cogatur: vt cùm abest etiam causa reipublicæ abesse dicatur. Ergo si quid vicissim ex ea absentia incommodi percipiat, æqui bonique consulere id debet, damnumq; cum tot officij commodis compensare. Ratio decidendi. Habent officia publica ferè omnia, & maximè dignitatis incommoda pleraq; quæ Papinianus onera dignitatis appellabat. *l. 1. §. nec castrense. vers. sed an id. de collato. bonor.* aduersus quę incommoda nec prętor nec ferè Princeps quisquam est qui in integrum restituere possit. Ea verò sunt quæ cum lucris & commodis officij compensari opertet, non etiam si quid extrinsecus damni ob eam absentiam emergat, quod æquitate & auxilio prætoris per in integrum restitutionem emendari possit. Non tam enim ex dignitate ipsa proficiscuntur, quàm ex absentia, tametsi dignitas illa sit quæ absentiæ causam dedit. arg. *leg. inter causas 26. §. non omnia. infr. mandat.* Absentia verò quatenus absentia est, vix vlla vnquam, nisi fortè per occasionem, adfert commoda quæ cum ipsius incommodis compensare possis.

a *Ne cui officium publicum.* Ratio dubitandi. Idem est in cuiusque officio priuato. Nam nec cuiquam officium suum priuatum aut nocere debet. *l. si seruus 61. §. quod verò de furt. aut prodesse. leg. idemq; 10. in pr. & §. si procurator. l. ex mandato 20. mand.* Non debuit ergo Africanus de officio publico specialiter loqui, quasi aliud esset in priuato. Ratio decidendi. Id quidem commune est omnibus officiis & publicis & priuatis vt ex iis neque lucrum neq; damnum quis sentire debeat: lucrum, inquam, ex alterius damno, damnum verò quod alterius lucro cedat. Sic enim hoc accipi debet ex *l. sciendum 18. §. hic.* Sed dissimilis in eo causa est officij publici & priuati, quod publicum materiam restitutionis absenti præbere potest, priuatum non item. Absentia enim cui publicum officium causam dat, non potest esse nisi necessaria. Ea verò cui priuatum nunquam nisi voluntaria. Sicut enim publicum officium recusari nisi ex certis iustisque causis non potest, ita priuatum suscipere inuitus nemo cogitur: Itaque qui suscipit damnū si quod ex eo sentiat ferre patienter debet, sibiq; imputare cur vel susceperit cùm posset recusare, vel non meliùs indemnitati suæ prospexerit. Bene igitur Africanus de officio publico duntaxat locutus est, cùm ageret de in integrum restitutione.

30. PAVLVS lib. 12. ad Edictum.

CVm miles, qui vsucapiebat, decesserit: & heres impleuerit vsucapionem: æquum est rescindi, quod posteà vsucaptum est[a]: vt eadem in heredibus, qui in vsucapionem succedunt, seruanda sint. *quia possessio defuncti[b] quasi iuncta: descendit ad heredem:* & plerumque nondum hereditate adita, completur.

Ad l. Cùm miles 30.

Ratio dubitandi, Verba edicti eum solum casum exprimunt, quo miles ipse vsuceperit. Sic enim habent, *si quis quid vsu fecisset suum. l. 1. supra hoc titulo.* nulla penitus heredis facta mentione. Ergo si miles qui alienam rem vsucapiebat, decesserit ante completam vsucapionem, quam posteà heres ipsius impleuerit, non potest hic casus ad edictum pertinere, nec proinde restitutionem vllam admittere ex hoc edicto. Ratio decidendi, Edictum quidem de herede militis aut alterius absentis nihil dixit, sed tamen eadem æquitatis ratio quæ locum facit restitutioni contra militem, nocet etiam heredi, vt eadem in heredibus qui in vsucapionem succedūt, seruentur quæ in defuncto qui vsucapere cœperat; quoniam vsucapio defuncti quasi coniuncta descendit ad heredem, adeò vt etiam non adita hereditate plerumque compleatur. *l. nunquam 31. §. penult. leg. cœptam 40. de vsucapion.* Id est, vt bene Accursius explicat, nisi medio tempore possessio ab alio apprehensa sit. *leg. possessio 20. eod. tit.* Sicut ergo persona heredis nihil mutat quantum ad vsucapionem cœptam à defuncto, ita neq; quātum ad restitutionem quam aduersus eum vsucapionem

pionem prætor pollicetur. Valde autem abutitur hoc §. Accursius, vt contra Martinum defendat opinionem Bulgari quam nos refutauimus ad *l. ab hostibus 15. §. sed quod simpliciter. s. hoc tit.* Hic enim non agitur de restitutione danda reuerso contra quem post reditum ipsius modico tempore deducto cōpleta sit vsucapio, sed contrà de restitutione danda contra absentem ipsiusque heredem, etiamsi ab herede ipso completa fuerit vsucapio. Quare non video quid Martinum cogeret vt quod hæc lex ait de militis herede intelligeret de eo herede qui sit etiam miles, quod sanè ridiculum est, meritoque ab Accursio reprehensum, Nec tamen illud reprehensione minùs dignum est quod idem Accursius notat sententiam huius legis non procedere de rigore vt ipse loquitur, sed de æquitate. Quasi verò iuris prætorij rigor aliquis sit, aut non etiam ex æquitate detur restitutio quæ contra militem ipsum datur. Planè in ea restitutione quæ contra militem ipsum datur hoc amplius est quod datur ex verbis edicti: Quæ verò contra ipsius heredem, non nisi ex mente prætoris & per interpretationē, cui tamen eadem iuris prætorij æquitas patrocinatur. Nam & ignorari plerunque probabiliter potest an heres quisquam sit fortè si ignoretur militem decessisse aut quisnam heres ille sit, quoniam aditæ hereditatis probatio plerunque difficilis est *l. 3. de interrog. in iur. faciend.*

a *Vsucaptum est.* Noli dicere cum Accursio, vsucapione completum, quæ nullius sensus locutio est, sed vsucapione completa acquisitum. Quandiu enim completa vsucapio non est, quod possidetur vsucapi dicitur non vsucaptum esse.

b *Quia possessio defuncti.* Ratio dubitandi. Etsi omnia iura defuncti transeunt ipso iure in heredem, possessio tamen non transit priusquàm fuerit adprehensa *l. cùm heredes 23. l. qui vniuersus 30. §. quod per colonum de acquir. poss. l. 2. §. 1. expil. hered.* quia nec in hereditate reperitur *l. 1. §. Scæuol. 2. si is qui testam. lib. ess. iuss.* Verunque ideò quia possessio facti est, factumque possidentis requirit *l. denique 19. vbi dixi s. hoc tit.* Ergo falsum est quod hîc dicitur possessionem defuncti quasi coniunctam descendere ad heredem.

Ratio decidendi. Scriptis Tribonianus possessionem pro vsucapione respiciens ad constitutionem Iustiniani in *l. vnic. C. de transfor. vsucap.* vt & in *l. ab hostibus 15. §. vlt.* & *d. l. denique s.* itaque hoc possessionis nomine non actus ipse possidendi significatur, qui in omni vsucapione requiritur *l. sine possessione 25. de vsucap.* id est, possessio illa quæ est facti: sed possessio longi temporis, id est, ius ipsum decennalis aut vicennalis possessionis quòd nomen saltem hodie non minùs iuris nomen est quàm fuit olim semperque erit vsucapionis quæ hodie in longi temporis possessionem à Iustiniano transformata fuit. Quod ab interpretibus non obseruatum, magnas iis attulit difficultates. Adeò vt nonnulli dixerint legem hanc de suo herede intelligendam esse, ceteras verò de extraneo. Parum subtiliter. Nullum enim priuilegium olim fuit suorum heredū quantum ad causam possessionis de qua nec Paulus noster loquitur in *l. in suis 11. de libe. & post.* quam viam illi in hanc rem adferant. Hodie tamē moribus nostris aliud inualuit. Possessio enim nō minùs, quàm dominium quod defuncti fuit, continuatur in heredem quemlibet etiam extraneum, qui modò heres esse velit, omniaque remedia possessoria quæ defuncto competebant, competunt etiam heredi, ex generali ferè gentium omnium consuetudine quæ à Mediolanensibus & Longobardis initium sumpsisse creditur, quam Galli sic exprimere solent, *Le mort saisit le vif.*

1 ¶ Si is, qui reipublicæ causa abfuit, vsucepit, & post vsucapionem alienauerit rem: restitutio facienda erit. & licèt sine dolo abfuerit, & vsuceperit, lucro eius occurri oportet.

¶ Item ex reliquis omnibus causis[a] restitutio facienda erit: veluti si aduersus eum pronuntiatum sit.

Ad §. 1. si is qui.

Ratio dubitandi. Restitutio datur ex hoc edicto contra absentem qui cùm absens esset, ideoq; cōueniri non posset alienam rem interim vsucepit, Nimirum vt rem illam priori domino restituat, quā porrò restituere non potest si vsucapione cōpleta eam alienauerit, præsertim, si id fecerit bona fide, cùm neque possideat, neque dolo malo desierit possidere. Ergo hoc casu contra absentem restitutio facienda non est, nec quod pro re ipsa preciū habeat, restitutionis contra eum dandæ colorem aliquem aut materiam præbere potest, quia preciū non tam ex re, quàm negotiatione percipitur *l. vendidor 21. de hered. vel act. vendit.*

Ratio decidendi. Siue dolo malo abfuerit is qui reipubl. causa abfuit & vsucepit, siue nullus ipsius dolus interuenerit, neque in eo quod abfuit, neq; in eo quod rem alienauit, lucro eius occurri oportet: quia sicut prætor non vult eum damno affici, ita nec lucrum eum facere patitur *l. ergo sciendum 22. §. hoc tit.* Atqui faceret lucrum si precium reià se vsucaptæ & venditæ retineret, quia id hodie nō haberet si alienam rem per absentiæ suæ occasionem non vsucepisset. Auferēdum igitur ei est precium illud per in integrum restitutionem. An verò etiā contra emptorem erit danda præsenti restitutio? Ita putat Accursius, tum quod generaliter & indistinctè Paulus hîc scribat faciendam esse restitutionem, non addito eo an contra absentem solum, an verò contra emptorem solum, an etiam contra vtrumque. Tum quia idem obtineat in restitutione minoris, vt non modò aduersus eum qui cum minore contraxit detur ei restitutio, sed etiam aduersus eum qui emit à minore, quantumuis bona fide. *l. in causa 13. §. vlt. s. de minor.* Plus putat Accursius in eo fauorabiliorem esse restitutionem quæ contra absentem quàm quæ minori datur, quòd cùm minor nunquam restituatur contra bonæ fidei possessorem, quandiu is qui à minore rem accepit aut heres eius idoneus est *l. planè 14. eod.* In proposito tamen vult ille dandam actori electionem, an contra absentem agere malit, an potius contra bonæ fidei possessorem, Et adfert rationem diuersitatis, quoniam, inquit, in restitutione minoris ille

qui vendidit rem à minore sibi venditam contrahit cum minore, ideoq; magis grauandus fuit. Hîc autem non fuit cõtractum cum absente ab eo qui petit restitui. Ego verò contrà sentio. Est enim priuilegium illud minoris vt possit restitui etiam cõtra tertium bonæ fidei possessorem, ne rem suam perdat, vel re sua careat *l.13. §.vlt.* Neque tamen vsque adeò fauemus minori vt electionem ei demus agendi contra possessorem bonæ fidei, nisi eo demum casu quo is qui contraxit, eiúsve heres non sit soluendo. Quid enim possis ei imputare qui & bona fide comparauit, & à domino? Absurdum igitur est dicere tantundem iuris maioribus dandum esse. Sed illud multò absurdius, meliorem esse condicionem maioris quàm minoris, cùm è cõtrario certissimum sit fauorabiliores esse minores in causa petendæ restitutionis quàm maiores *l. vlt. supr. de restitut. in integrum. l. præses 42. supr. de minoribus.* Nec aliud agere prætorem cùm maiores restituit, quàm vti ne morentur in damno, quod æquè consequitur data præsenti contra solum absentem restitutione, quàm si daret etiam contra possessorem. Neque in eo fit vlla iniuria absenti, nec proinde ei multum faueas, etiamsi cum Accursio sentias, quia æquè futurum est vt ipsius damno res tota cedat, quamuis restitutio detur contra possessorem, si quidem possessori regressus postea dandus erit contra absentem. Nam & in restitutione minoris id obseruatur *l. sed vbi 15. eodem titulo de minoribus.* Ergo quod hîc Paulus scribit, Etiam post rei vsucaptæ alienationem ab absente factam dandam esse restitutionem, ita omnino accipiendum est vt contra absentem dari debeat, non contra bonæ fidei possessorem. Idq; apertè probat ratio quæ sequitur in textu iis verbis, *lucro eius occurri oportet.* Nec enim ad alium quàm ad absentem referri potest, vt nemo non videt.

a *Item ex reliquis omnibus causis.* Ratio dubitandi. Si quid pronunciatum sit contra præsentem pro absente, potest presens condemnatus habere commune auxilium appellationis, quod omnibus patet *l.3. §. falsus infr. ratam rem haber. l.1. & passim de appellationibus.* Ergo non est ei danda restitutio, cùm imputare sibi debeat si non appellauit *d. l. vlt. supr. de restitution. in integrum. l.7. §.1. dict. leg. præses 42. de minoribus.*

Ratio decidendi. Non ita locus hic accipiendus est vt præsenti condemnato danda sit restitutio aduersus absentem, vt benè Accursius monet, hac ipsa ratione quòd possit ille debeátque appellare. Nec rursus ita quomodo vult idem Accursius, vt absenti condemnato detur restitutio, nimirum ad appellandum si defensus fuit, aut ad totam causam si à nemine defensus fuit. Ex distinctione *dicta legis vltim. de restitution. in integrum.* (totus enim hic paragraphus est de restitutione quæ contra absentem non quę absenti datur, nec probabile est quod fateri Accursius cogitur, tam subitò & derepente mutari casum, præsertim cùm verba illa *aduersus eum* iuncta coniunctione *item*, qu: continuatiua est, ostendant satis præcedentem speciem continuari. Sed ita intelligi Paulus, meo iudicio, debet vt contra absentem qui rem alienam vsucepit faciendа sit restitutio, non solùm si eam rem vendiderit, vt lucro eius occurratur, sed etiam si alio quouis modo eam rem amiserit, ita vt nullum inde lucrum senserit, quod euenit si ponas post vsucapionem ab eo completam superuenisse aliquem qui eam rem petierit, tandémque per sententiam euicerit, siue per sordes siue per gratiam iniqui iudicis id factum sit, siue alia denique qualibet ratione. Hoc enim casu nullum lucrum sensisse potest is qui condemnatus fuit. Nec eo minus tamen æquum est restitutionem priori domino dari cõtra absentem. Quia huius restitutionis dandæ non illa ratio sola est, vt absenti lucrum aufferatur, sed illa etiam & præcipua. Ne absentia eius damnum adferat alij cui nihil potest imputari *leg. absentia 140. de regulis iuris.* Adferret verò damnum si propter condemnationem secutam contra absentem prohiberetur is cuius res vsucapta est, restitutionem petere aduersus vsucapionem. Itaque quod lex ait *item ex reliquis omnibus causis* sic accipi debet ac si Paulus scripsisset, non tantùm in supradicta specie faciendam esse restitutionem vt absentis lucro occurratur, sed etiam in cæteris omnibus etiam causis in quibus nullum ipsius lucrum futurum sit, putà si de ea re quam vsuceperat alij quàm priori domino restituenda fuerit condemnatus. Nec enim sententia contra eum lata prodesse ipsi debet, quominùs contra eum dari restitutio possit, quia imputari ei potest cur aduersus iniuriam iudicis non implorauerit auxilium appellationis cùm posset appellare, argumento *dictæ legis septimæ §. primo de minoribus.* Iniuria námque vni facta per iudicem non debet alium contingere *leg. si per imprudentiam 51. de euictionib. l. exceptione 67. de fideiuss.*

31. IDEM libro 53. ad Edictum.

SI is, cuius rem vsucepit reipublicæ causa absens, possessionem suæ rei ab illo vsucaptæ nactus sit: & si postea amiserit, non temporalem, sed perpetuam habet actionem.

Ad l. Si is cuius 31.

Ratio dubitandi. Actio rescissoria quæ datur ex hoc edicto siue absenti siue contra absentem perpetua non est, sed annalis *l.1. supr. hoc tit. l. vlt. C. eod.* Ergo tametsi is cuius rem vsuceperat, reipublicæ causa absens possessionem rei suæ ab illo vsucaptæ nactus sit, adeoque si voles sine vitio (nam & hoc addendum est, vt scripsimus ad *l. nec non 28. §. penult. supr. eod.*) si tamen eam possessionem amiserit, non perpetuam, sed temporalem ad eam recuperandam habere debet actionem.

Ratio decidendi. Actio quidem ex hoc edicto competens est annalis, sed exceptio quę incipit cõpetere ex quo die is qui per absentiam siue alterius siue suam læsus fuerit, cœpit rem illam sine vitio possidere, perpetua est, non annalis, vt dixi ad *d. §. penul.* Proinde si posteà amiserit illius rei possessionem,

nem, actio quam habet ad eam recuperandam perpetua esse debet, quia competit non ex hoc edicto, sed ex iure communi. Nec enim vlla amplius indiget restitutione is qui iam semel satis restitutus fuit hoc ipso quod rem suam recuperauit sine vitio, & ita vt ei posteà eripi nunquam possit. Nam etsi diceremus necessariam ei esse restitutionem, non ideò tamen fieret actio perpetua, vt neque replicatio quæ minori viginti quinque annis per in integrum restitutionem conceditur, perpetua est, sed usitatis quibus restitutio finibus & terminis circumscripta. *leg. nam & post aquiam 9. §. si minor. de iureiurando.* Et tamen exceptio quæ huic datur si possessionem rei suę ab alio vsucaptæ sine vitio nactus sit, perpetua est, vt iam dixi. Cur non igitur & replicatio? quæ ipsa quoque exceptio est, sicque appellatur in *dicto §. si minor.* Respondeo differre hac parte exceptiones quæ reis dantur, à replicationibus, quoniam replicationes non reis, sed actoribus accommodantur, & ideò non magis possunt esse perpetuæ quàm actiones, quia imputari semper potest actori cur non citiùs egerit, ac proindè cur non etiam citiùs replicatione vsus sit, quam etsi non potuit obiicere ante oppositam à reo exceptionem, poterat tamen citiùs agendo assequi vt reus quoque citiùs cogeretur exceptionem opponere, quæ opposita locum faceret replicationi. Itaque huc pertinere potest quod ait iuris regula, Eam qui potest facere vt possit, hoc ipso iam posse videri. *leg. qui potest facere 174. de regulis iuris.* At non similiter possis imputare reo cur non citiùs exceptionem opposuerit, cùm in eius potestate non fuerit quando conueniretur. *leg. penult. & 6. Codic. de temporali in integrum restitutione.* Vnde est quod dici solet, Ea quæ ad agendum temporalia sunt, perpetua esse ad excipiendum. *leg. purè 5. §. vltim. de dolo exceptione.* Ergo concludendum est actionem de qua in hac lege agitur, non beneficio restitutionis perpetuam fieri, sed beneficio possessionis recuperatæ, quippe quæ non solùm exceptionis perpetuæ ius peperierit, adeóque citra restitutionem, vt diximus ad *d. l. 28. §. penultim.* sed etiam suppleat vicem non contestationis, vt malè nullóque colore putat Accursius, sed restitutionis non modò petitæ, sed & impetratæ & executioni mandatæ. Desinit námque necessarium esse auxilium restitutionis ei qui possessor iustus est, quíque vereri amplius non potest ne prætextu vsucapionis per absentem completæ res ei sua auferatur. Quid enim aliud facere posset prætor etiamsi millies eum restitueret, quàm vt ipsum faceret rei suæ possessorem dominúmque bonitarium? Vsucapionem siquidem tollere & perimere non potest, cùm sit illa iuris ciuilis nec proinde tollere dominium quiritiarium, id est, ex iure Quiritium quod sibi acquisiuit is qui vsucepit, sed tantùm vsucapionis iniquitatem & potestatem effectu ipso corrigere redditа pristino domino sua possessione. Ex quo apparet actionem hanc non posse directam esse, sed vtilem, qualis esset si daretur beneficio in integrum restitutionis. Nec enim plus facere potest recuperata sine prætore possessio, quàm si restituta esset interueniente prætoris autoritate. At nihil impedit quominùs & vtilis sit & perpetua, quasi quæ subeat locum exceptionis quàm perpetuam habuisset hic actor possessor factus, si possessionem suam non amisisset.

32. MODESTINVS lib.9. Regularum.

ABesse reipublicæ causa intelligitur & is, qui ab vrbe profectus est, licèt nondum prouincia excesserit[a]. sed is, qui excesserit[b], donec in vrbẽ reuertatur, & hoc ad proconsules[c], legatósque eorum[d]: & ad eos qui prouinciis præsunt[e], procuratorésve principum, qui in prouinciis tenentur, pertinet, & ad Tribunos militum, & præfectos, & comites legatorum, qui ad ærarium delati[f], aut in commentarium principis delati sint.

Ad l. Abesse 32.

a *Licèt nondum prouinciam accesserit.* Lego *accesserit*, non vt vulgò *excesserit*, quo modo legendum esse iam ante nos magni illi duo Iureconsulti, clarissima Galliæ lumina, Petrus Faber & Iacobus Cuiacius obseruauerunt. Ratio dubitandi, Is qui ab vrbe profectus est vt iret in prouinciam ad negotia reipubl. ibi tractanda, non prius rempublicam tractare potest quàm prouinciam ingressus sit. Ergo non potest fieri vt abesse videatur reipublicæ causa priusquàm accesserit prouinciam. Ratio decidendi, Imò abest reipublicæ causa statim atque ab vrbe profectus est, quia faciunt negotia reipublicæ quę habet tractanda in prouincia vt cogatur ab vrbe abesse toto eo tempore quo in itinere est vt accedat ad prouinciam. Iter enim fit eius causa pro cuius commodo suscipitur. *leg. si quis pro vxore 21. de donat. inter virum & vxorem.* Itaque quod hîc dicitur de prouincia, non de Italia accipi debet, sed de alia prouincia, in quam proficiscendum erat ei qui reipublicæ causa abfuturus esset. In eóque decretus fuit Accursius, & post eum cæteri qui ex hoc loco probare solent Italiam esse prouinciam, quam alij dominam prouinciarum appellant.

b *Sed & is qui excesserit.* Ratio dubitandi. Qui excessit prouincia in quam missus fuerat vt ibi reipublicæ negotia tractaret, non magis ea tractare potest in itinere dum Romam reuertitur, quàm si in vrbẽ iam reuersus esset. Ergo non potest dici abesse reipublicæ causa. Ratio decidendi. Non potuit quis abesse reipublicæ causa in prouincia, quin dandum ei fuerit tempus ad eundum & redeundum. Ergo totum tempus itineris quod in eam rem necessarium est, sicuti non dubitatur quin absentię tempus sit, ita nec quin absentiæ reipub. causa imputari debeat. *l. qui mittuntur 35. §. pen. l. si cui 38. §.1. ff.*

c *Et hoc etiam ad proconsules.* Ratio dubitandi. Proconsul vbique quidem insignia procõsularia habet statim atq; vrbem egressus est, sed tamen potestatẽ non exercet nisi in ea prouincia quę ipsi decreta est. *l.1. l. obseruare 4. §. vlt. ff. de off. procõs.* Ergo nec priùs reipublicę causa abesse dici potest, quàm prouinciá suam ingressus sit. Ratio decidendi, Proconsul hoc plus iuris habet quàm cæteri qui absunt reipublicę causa, quod statim atque vrbem egressus est, non solùm habet proconsularia insignia, sed etiam iu-

risdictionem quamuis voluntariam duntaxat, non etiam contentiosam. *l.2.eo.all.tit.* Quis ergo dubitare potest quin iam tum absit reipub. causa?

d *Legatósque eorum.* Ratio dubitandi, Legati proconsulum hoc minùs iuris habent quàm proconsules, quod nec si in prouincia sint, vllam tamẽ iurisdictionem habent priusquàm eis sit mandata à proconsule, qui porrò eam mandare non potest priusquàm ipse prouinciam ingressus sit, nisi si necessariam moram in itinere patiatur. *leg.2.§.1.lege 3. leg.4.§.vlt.& leg.sequent.leg.solent.* 6. §. 1. *de officio proconsl. & legat.* Ergo quod de proconsule diximus videri eum abesse reipublicæ causa statim atque vrbem egressus est, licèt nondum prouinciam ingressus sit, non eque ad legatum proconsulis protrahi potest. Ratio decidendi, In legatis proconsulum eadem quidem ratio locum non habet quæ in proconsule, sed eadem tamen quæ in cæteris omnibus qui re publicæ causa absunt, & quam nos attulimus ad initium legis. Nempe quòd non possint aliquo vel minimo tempore abesse reipublicę causa quin & eundem habeant, & redeundum. *dict. leg.qui mittuntur* 35. *§.penult.& dicta lege si cui* 38.*§.* 1.*infr.eod.*

e *Et ad eos, qui prouinciis præsunt.* Præsides intelligit, sumpto tamen specialiter non generaliter Præsidis nomine ad differentiam proconsulis, de quo iam dictum est, & qui alioquin generali Præsidis appellatione contineretur. *l.1.*vbi dixi.*ś.de offi. præst.* Ratio dubitandi. Præses dũ non est in prouincia priuatus est. *l.3.eo.all.tit.* Ergo non est reip. causa quousq; suam prouinciam ingressus sit. Ratio decidendi. Priuatus quidem est hoc sensu, vt nullã interim habeat potestatem & iurisdictionem: sed non eò minùs verum est abesse illum reip. causa quandiu nondum in vrbem rediit, quamuis nec in prouincia sit. Eadem saltem ratione quàm in cæteris qui reip. causa absunt extra procõsules vsurpanim⁹. Eadémque ratio dubit. & dec. accommodanda est ad procuratores Principis qui in prouinciis tenentur, & ad tribunos militum & præfectos, & Comites Legatorum, de quibus sequitur in textu.

f *Qui ad ærarium delati.* Malè Budæus hæc verba & quæ sequuntur retulit ad omnes eos de quibus dictum est in hac lege, quasi sensus sit, Eos qui hac lege continentur, non aliter censeri abesse reipub. causa, quàm si in acta ærarij quæ publica sunt, aut in priuatum commentarium Principis referendos se curarint. Quis enim hoc nisi stultè requirat in Proconsulibus, Legatis Proconsulum, Præsidibus prouinciarum, Procuratoribus Cæsaris, Tribunis militum, & præfectis? Quasi verò ex istis omnibus quisquam esse possit, qui nõ vel in acta ærarij delatus sit, vel in commentarium Principis relatus. Ergo referenda est hæc clausula ad solos Legatorum comites, de quibus proximè ac nouissimo loco dictum est: fuitque necessaria ad eos excludendos qui se vltrò, vt fieri adsolet, comites offerunt Legatis, concurrente sola Legati non etiam Principis voluntate. Absurdum enim esset dici hos quoque reipublicæ causa abesse, qui nullam nisi voluntariam absentiæ causam habent. Ratio dubitandi. Sunt isti comites Legatorum. Ergo sicuti Legati absunt reipub. causa, ita & omnes quotquot eum comitantur. Ratio decidendi. Comites quidem sunt, sed voluntarij, nõ necessarii, nec à Principe qui Legatum dedit, etiam ipsi dati vel adprobati, nisi vel ad ærarium publicum delati sint, quod nos Gallicè dicimus, *Estre couché sur le bilan des finances*, vel saltem in commentarium Principis relati, quod nosdicimus, *Estre couché sur l'estat des officiers ou de la maison du Prince.* Accursius noster in suis ad dictionẽ *commentarium* commentariis somniat & delirat

33 IDEM libro de Enucleatis casibus.

INter eos, qui generali clausula adiuuantur, & fisci patronus connumeratur.

Ad l. inter eos 33.

Ratio dubitandi. Fisci patronus abest reipub. causa, ad quam maximè pertinet ne fiscus careat patrono & defensore. Ergo non eget generali clausula, *si qua mihi iusta causa esse videbitur*, vt à prætore impetret restitutionem cùm generalis clausula ad eos pertinere nõ possit qui aliis clausulis specialib⁹ cõprehendi possunt. Ratio decidendi. Generalem clausulam Modestinus hîc intelligit, non illam, *si qua mihi iusta causa esse videbitur*, vt malè putat Accursius, sed eam quæ omnibus reipublicæ causa absentibus succurrit, quæ non malè generalis dicitur, quia & proconsules. & legatos, & præsides complectitur, & alios omnes, de quibus dictum est in lege præcedenti. Quod & cętera quę in hac lege sequuntur ostendunt. Sensus igitur huius loci est, Inter eos qui ex generali clausula absentiæ reipublicæ causa adiuuantur, etiam fisci patronum connumerari, tanquam qui haud dubiè etiam reipub. causa absit, ob ea quæ attulimus pro ratione dubitandi.

1 ¶ Eos, qui notis scribunt acta præsidum, abesse certum est.

Ad §.1. Eos qui notis.

Ratio dubitandi. Qui notis, id est, vt Budæus explicat, compendioso scribendi genere acta præsidũ excipiunt, nauant præsidibus operam, quę & necessaria est, vt præsides dignitate sua bene fungi possint, Ergo credendi sunt abesse reipublicæ causa sicut & præsides saltem in consequentibus. Ratio decidendi. Officium istorum præter id quod venale ac mercenarium esse solet, certè priuatum semper est, possúntque illi pro arbitrio præsidis mutari. Ergo non tam reipub. causa abesse dici possunt. quàm proprij commodi gratia, & consequenter ad hoc edictum non pertinent, ne quidem vt ex eo restituantur, *l.4.&* 5.*ś.h.tit.l.reipublicæ* 36.*j.*

2 ¶ Militum medici, quoniam officium, quod gerunt, & publicè prodest, & fraudem eis adferre non debet: restitutionis auxilium implorare possunt.

Ad §.2. Militum medici,

Rat.dub. Militum medici non absunt reipublicę causa, quia nec milites sunt nec reipublicæ, sed militibus ipsis operã immediatã nauant, ergo nõ sunt ex hoc edicto restituẽdi. Ratio decid. Officium eorum quod gerũt, & publicè prodest, & fraudẽ eis adferre nõ debet. Ergo quamuis reipub. causa nõ absint, nõ eò minùs tamẽ restituẽdi sũt ex hoc edicto, nõ quidẽ per generalẽ clausulã de qua proximè dixim⁹, quæ omnib. reipub. causa absentibus generaliter

liter succurrit, sed per vltimam eandémque etiam generalem *si qua mihi iusta causa esse videbitur.* Proinde non est bona consecutio si quis dicat restitutionem quæ ex aliqua huius edicti clausula dari non possit, non igitur ex hoc edicto dari cùm varię sint clausulæ & ad diuersos casus diuersáque personarum genera pertinentes.

34 IAVOLENVS lib.15.ex Cassio.

MIles commeatu accepto, si domi suæ est, reipublicæ causa abesse non videtur.

Ad l.Miles 34.

Ratio dubitandi. Etiam miles qui commeatu acceptо, i. abeundi accepta licentia domi suæ est, perinde miles manet, cùm in numeros relatus sit. Nã& qui ex alio militum numero in alium translatus est, quamuis & hinc sit exemptus, & illò nondum peruenerit adhuc miles esse creditur, tametsi in numeris non sit *l.1.§.vlt.de bon.possess.ex testam.milit.* Ergo etiam reipublicæ causa abesse credendus est. Nec enim quisquam dubitat quin milites omnes absint reipub. *causa l.1.& tot.tit C. de restit.milit.etiam qui militant Romæ l.milites* 7.*ś.hoc tit.*

Ratio decidendi. Qui accepto comeatu domi suę est, Principem decipit & rempublicam cui operam præstare debet, quam nullam præstat. Indignus ergo est qui reipublicæ causa abesse dicatur, cùm sibi viuat non reipublicę. Nam nec alij milites cùm Romæ sunt, abesse dicuntur causa reipub. quàm qui ità sunt Romæ, vt tamẽsi non sint domi, vt diximus ad *d.l.milites.* Iunge *§.vlt.l.prox. & §.1.l.si cui* 38.*j.hoc tit.* Bene tamen Accursius notat subducendum esse mo dicum tempus quod militi necessarium est ad parãda & expedienda ea sine quibus in castra proficisci honestè ac commodè non possit. arg. *l.ab hostibus* 15. *§.sed quod simpliciter.ś.eo.* Quod enim dicimus, Militem statim atque commeatum accepit proficisci ad militiam debere, accipiendum est cum aliquo temperamento modicóque temporis spatio vt & alia pleraque in iure nostro simila *l.ratum* 13.*l quod dicimus* 105.*de solut.l.quo enim* 12.*§.Iulianus.j.rat.rem haber.l pen.de condict.trinc.*

1 ¶ Qui operas in publico, quod vectigalium causa locatum est, dat: reipublicæ causa non abest.

Ad §.1. Qui operas.

Ratio dubitandi. Vectigalium causa maximè ad rempublicam pertinet, cuius nerui sunt in ærario quod per vectigalia præcipuè locupletatur, ergo quisquis dat operam in publico quod vectigalium causa locatum est, putà in exigendo portorio, siue publicanus ille sit, siue alius liber homo qui publicanis in eo vectigali ministret, vt in *l.1.§.ſ en.de publica.& vectig.* reipublicę causa abesse iure eligendus est. Nam & publicani inde nomen habent quod publico fruuntur. *d.l.1.§.1.*

Ratio decidendi, Nec publicani nec qui publicanis ministrant reipublic. causa abesse dici possunt, quia proprio commodo studient, non bono reipublicæ *l.reipub.*36.*j.*& ex voluntate absunt, non ex necessitate. *l.sed & si* 26.*in fi.ś.eo.* Hic quoque Accursius nugatur nescio quid de conductore vectiga. & de proxeneta.

35 PAVLVS lib. 3. ad legem Iuliam & Papiam.

QVi mittuntur, vt milites ducerent, aut reducerent, aut legendi curarent: reipublicæ causa absunt.

Ad l.Qui mittuntur 35.

Ratio dubitandi. Aliud longè est milites ducere & reducere, aut etiam legendorum militum curam gerere, aliud verò militem esse, vt nemo non videt. Ergo quamuis milites ipsi absint reipub. causa, non tamen statim consequens est, vt qui mittitur ad milites ducendos vel reducendos vel legendos (nunquam enim nisi delecto habito milites conscribebantur) reipub. causa absint.

Ratio decidendi. Omnes quidem milites reipub. causa absunt, sed non vicissim omnes qui reipu. causa absunt, milites esse necesse est. Itaque quamuis nõ sit miles, hic de quo agimus, non eo minùs tamen verum est abesse illum reipublicæ causa, cùm eam præstet operam sine qua vel nullus vel saltem minùs vtilis militum vsus foret, nec militibus ipsis sed reipublicæ immediatè quantum ad hoc munus ducendorum, vel reducendorum, vel deligendorum militum ministret.

1 ¶ Hi quoque qui missi sunt ad gratulandum principi. 2 ¶ Item procurator Cæsaris[a], non solum cui rerum prouincię cuiúsque procuratio mandata erit sed &is, cui rerum, quãuis non omnium[b]: Itaque plures ibi procuratores diuersarum reipublicæ causa abesse intelliguntur: 3 ¶ Præfectus quoque Ægypti[c] reipublicæ causa abest: quíve aliam ob causam reipublicæ gratia extra vrbem aberit. 4 ¶ Sed & in vrbanicianis militibus[d] idem Diuus Pius constituit. 5 ¶ Quæsitum est de eo, qui ad compescendos malos homines[e] missus est, an reipublicæ causa abesset. & placuit reipublicæ causa eum abesse.

6 ¶ Item paganum[f], qui in expeditione consularis iussu transierat, ibíque in acie ceciderat: heredi enim eius succurrendum est.

7 ¶ Qui reipublicæ causa Romam profectus est[g], abesse reipublicæ causa videtur. Sed & si extra patriam suam reipublicæ causa profectus sit, etiam si per vrbem ei iter competit[h], reipublicæ causa abest.

8 ¶ Similiter qui in prouincia est, vt primùm aut domo sua profectus est, aut cùm in eadem prouincia degit[i] reipublicæ administrandæ causa: simul agere rempublicam cœpit, ad similitudinem absentis habetur.

9 ¶ [illegible]t dum ea[k] in castra[k], & redeat, reipublicæ causa abest: quòd & eundum sit id castra militaturo, & redeundum.

Ad §.1. Hi quoque.

Ratio dubitandi. Qui mittũtur ad gratulãdũ Principi, vix vllã ex eo vtilitatẽ adferũt reipublicæ; cum eiusmodi gratulationes, præter id quod vt plurimũ

adulationes sunt verius quam gratulationes, & ideò pernicioſæ magis quã vules, ſicuti nudis verbis expediũtur ita nec aliud ferè à Principe niſi bona verba viciſſim extorquere ſoleant. Nulla ergo ratio eſt cur is qui mittitur à republica ad gratulandũ Principi, reipub. cauſa ideò abeſſe dicatur. R. dec. Tritũ eſt nec minùs verũ laudatã virtutẽ creſcere cũ in cæteris omnib. tum maximè in Principe, cuius vicia nec apertiùs nec tutiùs poſſis reprehendere, quam ſi cõtrarias vicijs virtutes ſic apud eũ laudes quaſi in eo eſſe credantur, vt tanto maiore ſtudio contẽdat eas aſſequi quib. carere ſe nõ ignorat, ne quos aut adulatores aut deceptos videt, tales tamẽ ab aliis videri patiatur. Et ſanè ipſa rerũ experientia cõpertum eſt nõ poſſe quã grauiorib. ſtimulis accẽdi ad facienda ea quæ laude digna ſint, quã ſi laudari ſe videat eorũ nomine prius etiam quam fecerit. Etſi hoc proximè accedit ad adulationem ſi nõ prouidè ac bona mẽte fiat. Deniq. gratulationes omnes ſiue veræ ſiue falſæ ſint auidiſſimis & oculis & aurib. excipiuntur. Et quãuis nõ temper valde, proſint exhibitę ſemper tamen multũ nocerent præterm iſſæ ſic. n. accipiuntur quaſi teſtes boni gratiq. animi ciuiũ erga Principem qui optimus vel tam ſit, vel ſaltem eſſe ſperetur.

a *Itẽ procurator Cæſaris.* Ratio dubitandi, Multũ inter eſt an quis procurator ſit reipub. an Cæſaris, ſicut & an ſeruus quis ſit reipub. an Cæſaris. Aliud enim eſt patrimonium & vt hodie loquuntur domanium coronæ ac reipublicę, aliud verò patrimoniũ & domanium Principis. & ſeparantur in *l. 2. C. ne rei domi. vel templ. & in l. bene à Lenone. & lt C. de quadr. præſcr.* Atqui procuratores Cæſaris illi ſunt qui priuatam Principis ſubſtantiam gubernare ſolent vt loquitur Iuſti. in *d. l. bene à Lenone. verſ. ſed curatores noſtri l. 1. & tot. tit. de offic. procur. Cæſ.* non etiam fiſci & reipublicæ ærarium, Ergo procurator Cæſaris non poteſt dici abeſſe cauſa reip. ſed cauſa Cæſaris. præſertim quod Princeps in priuato ſuo patrimonio, priuati iure cẽſeatur, & in iis omnib. quę circa illud patrimonium geruntur, quę priuatę vtilitatis pacta dicũtur. in *d. l. bene à Lenone.* Ratio decidendi, Qui abeſt cauſa Cæſaris abeſt etiam cauſa reipublicæ, cuius Cæſar ipſe caput eſt. Et nemo neſcit quãtum intereſſit reipublicæ vt priuatum Principis patrimonium bene gubernetur, vel ob id maximè quòd Princeps exhauſtis proprij patrimonij facultatibus neceſſe eſt vt vel inuitus extorqueat à ſubditis per indictiones frequentéſque ſuperindictiones, tributorum ea omnia ſubſidia ſine quibus dignitatem Principalem tueri nullomodo poſſit, quiſquis ergo propter priuatum Principis patrimonium abeſt, is reipublicæ quoque cauſa abeſſe dicendus eſt.

b *Et is cui rerum quamuis non omnium.* Ratio dubitãdi, Poteſt nũc procurator Cęſaris in qualibet prouincia ſufficere, ſicut nec niſi vnus proconſul, aut vnus præſens eſt, qui totã rem publicam quę lõgè maior eſt, ſolus in ea prouincia adminiſtret. Ergo ſi varij ſint procuratores Cęſaris in vna prouincia, quorum vnus mandatam habeat procurationem rerum omnium, alius verò procurationem quarundam duntaxat rerum, ſolus ille reip. cauſa abeſſe credẽdus eſt, qui omnium rerum procurationem exercet, ne priuilegia multiplicentur, quæ non multiplicari ſanè intereſt reip. Ratio decidendi. Quod priuato cuilibet conceditur vt procuratores plures etiam de eadem re habere poſſit *l. 1. §. 1. 8. de procurat.* id Principi non eſt denegandum, cuius vtique intereſt plures habere patrimonij ſui procuratores, vt tantò meliùs & commodiùs patrimonium gubernetur, ſi fortaſſis tale tantúmque ſit vt ei regendo vnius quantumlibet diligentis cura, & diligentia ſufficere non poſſit. Itaque ſi plures ſint in vna eadémque prouincia procuratores dum tamen non vnius rei, ſed diuerſarum rerum, omnes reipublicę cauſa abeſſe intelliguntur.

c *Præfectus quoque Aegypti.* Ratio dubitandi, Præfectus Ægypti dicitur Auguſtalis *tit. de offic. præf. Auguſt.* quaſi ſcilicet pro Auguſto ſit non pro republica. Ergo non abeſt Reipublicæ cauſa ſed Cæſaris.

Ratio decidendi, Abeſt reipublicę cauſa quiſquis abeſt cauſa Cæſaris qui reipublicę caput & Princeps eſt vt in præcedentibus diximus.

d *Sed & in vrbanicis militib.* Ratio dubitandi. Vrbanici milites dicũtur qui in vrbe ipſa militant vt nomen ipſum oſtendit, Ergo qui ſunt preſentes nõ qui abſentes. Nã qui Romæ reip. cauſa operam dãt, reip. cauſa non abſunt *l. 5. in fi. & l. ſeq. §. hoc ti.* Ratio deci. Etiam milites qui Romæ militant reipublicæ cauſa abeſſe intelliguntur *l. milites 7.* vbi dixi *§. eod.*

e *Quæſitum eſt & de eo qui ad compeſcendos malos homines.* Ratio dubitandi. Qui ad compeſcendos malos homines mittitur, is aliena poteſtate fungitur, putà prefecti vrbi in vrbe *l. 1. §. queis. §. de offi. preſ. vrb.* aut præſidis prouinciæ in prouincia *l. 3. de offic. præſid.* Ergo non reipublicæ cauſa abeſt, ſed cauſa illius ad cuius curam pertinet vt malis hominibus prouincia purgetur. Ratio decidendi; Intereſt reipublicæ malis hominibus purgari prouinciam adeò vt nec diſtingui oporteat vnde ſint *d. l. 3. in fi.* Nec ad præfecti vrbi aut præſidis prouinciæ curam hoc pertinet, vt ipſi huc illuc diſcurrant ad eiuſmodi homines conquirendos & compeſcendos, ſed tantùm vt eius rei curam quidem gerant, ſed tamen aliis mandent executionem, nec per ſeipſos id expediant. Ergo qui in eam cauſam miſſus eſt ſiue à præfecto vrbi ſiue à præſide prouinciæ reipublicæ cauſa abeſſe dicendus eſt.

f *Item paganum.* Ratio dub. Nullum erit priuilegium militis ſi etiã pagani abeſſe reip. cauſa intelligantur, & reuera nõ abſunt. Ergo neque ipſis neq. ipſorum heredib. ſuccurrendũ eſt. Ratio decidendi. Non abeſt reip. cauſa paganus qui vltro abeſt. Sed qui ex neceſſitate putà vt Conſuli ſic iubẽti pareat proficiſcitur in expeditionem ſi in acie ceciderit, reip. cauſa non tantùm abfuiſſe ſed etiã mortuus fuiſſe intelligitur, ideóque dignus eſt cuius ſaltẽ heredi ſuccurratur, cũ ei iam defuncto ſuccurri amplius non poſſit. Nã etſi ab expeditione in vrbẽ rediiſſet reſtituẽdus ipſe eſſet, aduerſus damnum quod medio tempore abſentiæ incurriſſet. arg. *l. ſed etſi 26. in fi. §. eod.*

g *Qui reipublicæ cauſa Romam profectus eſt.* Ratio dub. Qui Romæ reipublicæ cauſa operam dant non abſunt reipublicæ cauſa præterquàm ſi ſint milites *l. & qui data 5. in fin. cum duab. ſequ. §. hoc tit.* Ergo multò minùs ij qui Romam profecti ſunt, quamuis reipub. cauſa. Ratio decidendi. Illi quidem non abſunt reipublicæ cauſa qui Romæ commorantur quamuis cauſa reipublicæ vt ſunt magiſtratus de quibus in *d. l. 5. & 6.* Sed qui reipublicæ cauſa Romam profecti ſunt, negotia ibi aliqua tractaturi, mox in patriam reuerſuri, abſunt proculdubio reipublicę cauſa quomodo abſunt ij etiam omnes qui extra patriam ſuam profecti ſunt, licèt per vrbem ipſam iter fecerint vt, ſequitur in textu.

h *Etiamſi per vrbem ei iter competit.* Ratio dubitandi. Is qui extra patriam ſuam profectus eſt quantumuis cauſa

cauſa reipublicæ, ſi tamen ei per vrbem iter competit, potuit adire prætorem, ac proinde videtur experiendi poteſtatem habuiſſe. Ergo non poteſt dici abfuiſſe reipublic. cauſa ſaltem quantum ad hoc vt ex edicto iſto reſtituatur. Præſertim cùm Roma dicatur eſſe Communis patria *l. Roma 33. ad municip.*

Ratio decidendi, Non tam facile aut leue eſt actionem inſtituere, vt abiter ac per tranſennam, vt aiunt, id fieri poſſit. Requirit enim ea res curam & diligentiam non momentariam ſed multorum dierum, cui proinde ſatisfacere non poteſt is qui ex itineris tantùm occaſione in vrbe eſt, vnde ſtatim diſcedere debeat ne qua reipublicæ negotiis tractandis mora fiat. Non igitur eò minùs abfuiſſe dicendus eſt quod tranſierit per vrbem. Denique de magiſtratibus eadem ferè lex eſſe poteſt quæ olim fuerat de Diis, non eſſe illos obiter, id eſt, ob ſolum iter, & extineris occaſione magis quàm ex proposito, ſalutandos. Nam & magiſtratibus potiſſimum conuenit verbum illud Domini, quo plerique in alium ſenſum paſſim abutuntur. *Ego dixi Dij eſtis vos & filij excelſi omnes. Vt primùm domo ſua profectus eſt.*

Ratio dubitandi., Vt primùm quis domo ſua profectus eſt, fieri nequit vt ſtatim reipublicæ negotia tracter, quandiu ſcilicet non peruenit ad eum locum in quo tractanda ſunt. Ergo nec ſtatim reipublic. cauſa abeſſe dici poteſt.

Ratio decidendi; Negari non poteſt quin abſit ſtatim atque domo ſua profectus eſt, cúmque proficiſcendi neceſſitatem non alia quàm reipublicæ cauſa attulerit omnino conſequens eſt, vt non minùs verum ſit abeſſe illum reipublicæ cauſa, quàm abeſſe ſimpliciter. Noli tamen hoc intellige re cum Accurſio de eo, qui ita abſit à domo ſua, vt tamen ſit in eadem ciuitate: Abſurdum enim eſt dicere hunc abeſſe. Illud tamen admitto poſſe & debere hoc intelligi de eo qui ita abſit à domo ſua & ciuitate, vt tamen ſit in eadem prouincia, vt differat hic caſus à ſequenti.

i *Aut cùm in eadem prouincia degit.* Ratio dubitandi, Qui in eadem prouincia eſt non poteſt dici abeſſe ab ea prouincia in qua ipſe adhuc eſt & degit, etiamſi in eadem prouincia rempublicam adminiſtret. Ergo ad hoc edictum non pertinet.

Ratio decidendi, Reuera non abeſt ne quidem ſimpliciter, multò igitur minùs reipublicæ cauſa. Prius enim eſt vt abſit quàm vt dicatur abeſſe cauſa reipublicæ, ſed tamen ad ſimilitudinem abſentis habetur, vt hæc lex ait, licèt in ea prouincia degat non tranſeundo, vt Accurſius interpretatur, ſed commorando.

k *Et dum eat in caſtra.* Ratio dubitandi, Qui it in caſtra nondum in caſtris eſt, ſicut & qui redit à caſtris non amplius in caſtris eſt. Ergo nec abeſt reipublicæ cauſa.

Ratio decidendi, Et eundum in caſtra eſt militaturo, & redeundum.

10 ¶ Viuianus ſcribit, Proculum reſpondiſſe, militem, qui commeatu abſit, dum domum vadit, aut redit, reipublicæ cauſa abeſſe. dum domi ſit, non abeſſe[1].

Ad §. vlt. Viuianus.

Ratio dubitandi, Miles qui in commeatu agit, non videtur reipublicæ cauſa abeſſe *l. 1. infra de milit.* Ergo falſum eſt quod hîc Paulus ex Iuliano & Proculo ſcribit, Militem qui cum commeatu abſit, dum domum vadit & redit, abeſſe reipublicæ cauſa.

Ratio decidendi, Aliud eſt in commeatu gere, id eſt, degere & morari, quod nihil eſt quàm otioſum eſſe, aliud verò in commeatu ire ac redire, quod qui facit non poteſt videri otioſus miles, cùm etiam militaturo, & volenti militare militi eundum ſit in caſtra, & redeundum, & rurſus ſi qua eſt cauſa domum redire conceſſum ſit, æquè neceſſe ei eſt redire in caſtra vt rurſum militare poſſit.

1 *Dum domi ſit non abeſſe.* Ratio dubitandi, Etiam miles qui domi eſt, in numeris tamen eſt; nec eo minùs remanet miles. Illud enim maximè inſpiciendum eſt an quis ſit in numeris cùm quæritur an ſit miles, niſi quod interdum etiam miles eſt, qui tamen in numeris non eſt *l. vnic. in fin. de bonor. poſſeſſ. ex teſtament milit.* Atqui milites omnes etiam qui Romæ militant abeſſe intelliguntur reipublicæ cauſa *l. milites 7. ſup. eod.* Ergo & qui eſt domi.

Ratio decidendi, Aliud eſt militem eſſe, aliud verò abeſſe reipublicæ cauſa. Non omnes milites abſunt reipublicæ cauſa, ſed ij demùm qui militant, aut qui id faciunt quod fieri neceſſe ſit ad militandum. In quo numero illi quidem etiam ſunt, qui militant Romę, ſed illi qui domi ſunt *l. prox in princip. ſupra.*

36. VLPIANVS libro ſexto ad legem Iuliam & Papiam.

REipublicæ cauſa abeſſe eos ſolos intelligimus, qui non ſui commodi cauſa, ſed coacti abſunt.

Ad l. Reipublicæ 36.

Ratio dubitandi & decidendi, Eadem quę ad *l. 4. in fin. §. hoc tit.* vbi dixi.

37. PAVLVS lib.3.ad legem Iuliam & Papiam.

HI, qui in prouincia sunt, vltra tempus à constitutionibus concessum, adsident, publica causa abesse non intelliguntur.

Ad l. Hi qui in prouincia 37.

Ratio dubitandi. Nemo potest in prouincia sua adsidere sine permissione Principis. Alioqui crimen admittit *l. prox. ff.* quoniam cùm magistratus cogatur ius dicere & pronunciare ex consilio adsessoris, prouidendum fuit vt non alius adsessor esse posset quàm qui careret omni suspicione, qua certè non caret qui adsidet in sua prouincia, in qua & cognatos habeat & adfines & amicos aut suos aut eorum in quorum fauorem procliuior esse debeat, quorum etiam nummis salarium ei soluatur, quippe quod soluitur de publico, præterquàm si sit adsessor procuratoris reipublicæ, in quo aliud ideò receptum est, quia salario publico non fruitur *leg. vlt. §. de officio adsessor.* Proximè nanque accedit ad corruptionem vt quis ius dicat aut ius dicenti adsideat pro eo à quo salarium accipiat. Ergo cùm permissio Principis necessaria sit, dicendum est ea interueniente inspiciendum esse tempus non quod constitutionibus generalibus præfinitum est, sed quod speciali concessione Principis: vt proinde si nihil de tempore Princeps dixerit, in perpetuum permississe intelligatur. Ea namque sola videntur post certum tempus prohibita, quæ non nisi ad tempus illud fuerunt permissa, & contra *l. Imperator 8. §. de post.*

Ratio decidendi. Solet Princeps specialiter permittere iis quorum fidem, probitatem & eruditionem perspectam habet, vt in sua quoque prouincia adsideant, sed sine vlla præfinitione temporis non ea mente vt permissio illa sit perpetua, sed quia tempus illud generalibus constitutionibus satis præfinitum est, ex quibus proinde supplendum & interpretandum est priuilegium Principis, si verba patiantur. Hoc enim addo, vt refellam quod hîc notat Accurs. Nullomodo permittendum esse adsessori vt in prouincia sua adsideat vltra tempus constitutionibus concessum, nec si Princeps id permitteret si non adiiceret *non obstante hac lege*, aut vt potius dicere Accursius debuit, *non obstantibus constitutionibus.* Quasi verò leges priores contineant clausulã derogatoriam ad posteriores, ac non potiùs legum posteriorũ sit legibus imperare anterioribus. Quãtò magis in arbitrio Principis esse debet qui supra leges est vt contra leges quid faciat? Nec enim eas ignorare præsumitur, vt suspicari quis possit per earum ignorantiam & obliuionem quid constituisse si non specialem earum mentionem fecerit, quomodo dici foret de priuato qui sibi ipsi legem dicere voluit per clausulã illam derogatoriam, de qua nostri tractant ad *leg. si quis in principio 2. de leg. 1.* Quanquam nihil hoc casu Princeps faceret contra constitutiones, sed vltra, quoniam constitutiones non prohibent ne Princeps possit vltra id tempus permissionem suam extendere, sed tantùm ne possit adsessor vltra id tempus adsidere, Quod haud dubiè ita accipiendum est, nisi permissione Principis aliud & longius tempus præfinitum sit. In toto enim iure nostro perpetuum est, vt generi per speciem derogetur, vt habet regula iuris. Et sanè si quando necessarius est vsus clausulæ derogatoriæ, tum demum necessarius esse potest, cùm aliquid per Principem constituitur contra leges, quas certè credendus est optimus quisque Princeps sanctas & inuiolatas manere velle. Tempus autem quod adsessori datur ex cõstitutionibus, quatuor mensium est semperque fuit, vt constat ex *l. in consiliariis 10. C. de adsessoribus.* vbi pœna proscriptionis bonorum & accusationis publici criminis contra eos constituitur, qui in sua prouincia vltra id tempus adsidere præsumpserint. Tantùm abest vt reipublicæ causa abesse intelligatur. Ratio sanè quam adfert Accursius quod adsessor in sua prouincia non timeretur, quia nemo propheta receptus est cum honore in patria sua, omnino inepta est. nec enim ob hoc adsessor sumitur vt timeatur, sed vt ius dicenti magistratui consilium præster. Erant namque adsessores omnes iurisperiti *l. 1. sup. de offic. adsess.* vbi dixi.

38. VLPIANVS lib.6.ad legem Iuliam & Papiam.

SI cui in prouincia sua princeps adsidere speciali beneficio permiserit: puto eum reipublicæ causa abesse. quòd si non ex permissu[a] hoc fecerit: consequenter dicemus, cùm crimen admisit[b], non habere eum priuilegia[c] eorum, qui reipublicæ causa absunt.

Ad l. Si cui 38.

Ratio dubitandi, Magistratus non intelligitur abesse reipublicæ causa cùm reipublicæ operam dat Romæ *l. vt sunt magistratus 6. iunct. l. præced. §. hoc tit.* Ergo nec adsessor qui in sua prouincia adsidet magistratui ius dicenti. Ratio decidendi, Sumenda est ex iis quæ diximus ad *d. l. 5.* vbi vide.

a *Ex permissione Principis.* Rectè Accurs. *vel præfecti prætorio*, ex *d lege in consiliariis 10. C. de ædif.* In hoc enim vt in cæteris ferè omnibus præfectus prætorio vice Principis fungitur *l. vnic. sup. de offic. præf. præt.*

b *Cùm crimen admiserit.* Crimen enim est si quid fiat contra leges & constitutiones. Sed quale crimen? An sacrilegij? vt putat Accursius. Ita hodie est post *l. vlt. C. de crim. sacrileg.* At olim non fuit. Videturque hoc crimen ad legem Iuliam de ambitu potiùs referri debuisse, sed hoc non nisi per interpretationem. Lex enim Iulia de magistratib. tantùm locuta fuit. vt innuit. *l. 1. §. ad leg. Iul. de ambit.* Sed ad instar legis Iuliæ puniuntur etiam ij qui non magistratum, sed & aliud quodlibet officium publicum ambiunt *l. 1. C. eo.*

c *Non habere eum priuilegia.* Nemo.n. ex delicto suo auxilium restitutionis mereri aut acquirere sibi potest, non magis quam ex improbitate sua consequi actionem *l. itaque 12. ff. de furt.* aut ex eodẽ facto pœnã & præmiu mereri, quod multis legib. probat Accurs.

1 ¶ Iamdiu reipublicæ causa abesse quis videbitur, quamdiu officio aliquo præstquo

quod si finitum fuerit officium, iam desinit abesse reipublicæ causa. Sed ad reuertendum illi tempora computabimus statim, atque desiit reipublicæ causa abesse, ea, quibus reuerti in vrbem potuit, & erit moderatum, tempora ei dare, quæ lex reuertentibus præstitit[a].

¶ Quare si quò deflexerit suæ rei causa[b]: non dubitamus id tempus ei non proficere: habitáque dinumeratione temporis, quo reuerti potuit, statim eum dicemus desisse reipublicæ causa abesse. ¶ Planè si infirmitate impeditus, continuare iter non potuit, habebitur ratio humanitatis[c]: sicuti haberi solet hiemis, & nauigationis, & cæterorum, quæ casu contingunt.

Ad §. 1. Tamdiu.

Ratio dubitandi, Vbi finitum est officium propter quod reipubl. causa quis aberat, adhuc tamen dandum est tempus ad reuertendum in vrbem, vt sequitur in hac lege, quo toto tempore pro quis domum vadit aut redit, ad hoc reipublicæ causa abesse intelligitur *l. qui mittuntur 35. §. vltim. sup. eo.* Ergo non est verum quod hic Vlpianus scribit, statim atque finitum fuerit officium definere, quem abesse reipublicæ causa, vel saltem contradictio inducetur, cùm non nisi finito iam officio possit cogitare de reditu in vrbem.

Ratio decidendi, Definit quidem abesse reipublicæ causa statim atque finitum officium est, sed cum eo temperamento, vt dandum ei sit tempus ad reuertendum. Eundem enim est in prouinciam ab futuro reipublicæ causa & redeundum, vt de militaturo scriptum est in *d l qui mittuntur §. penult.* Et ita locus hic accipi debet, vt probat verbi. *habitáque dinumeratione temporis, quo reuerti potuit, statim eum dicemus desisse reipub. causa abesse*, non quomodo accipit Accursius, qui non aliud temperamentum adhibit, nisi vt dandum ei sit tempus quo se præparare possit ad recedendum, ex quo illud etiam sit vt quod lex ait *desinit abesse*, cogatur idem Accursius sic interpretari quasi scriptum sit. *Desinit habere spem plus remanere.* Sic enim loquitur, parum eleganter, minúsque subtiliter. Cur ergo, inquies, sic loquitur Vlpianus, vt dicat desinere hunc abesse reipu. causa finito officio? Nempe vt appareat ex quo tempore computandum sit tempus quod necessarium est ad redeundum.

a *Quæ lex reuertentibus præstitit.* Scilicet vt vicena millia passuum dinumerentur in singulos dies vt bene Accurs. notat ex *l. 1. supra si quis caution. & l. 3. de verb. signific.*

b *Si quò deflexerit suæ rei causa.* Ita in Pand. Florent. & rectius quàm in vulgata editione *si quod tempus deflexerit*, non quòd hæc quoque lecto bona non sit bonũ que sensum non habeat, sed quoniam illatio hæc conuenientior est iis quæ proxime præcedunt.

c *Habebitur ratio humanitatis.* Nescio cur Accursius scribat defendi posse lectionem quæ habet *humilitatis.* Esset enim nullius sensus ea lectio, legendúmque omnino est *humanitatis*, pro eo quod Modestinus dixit *memoriam humanæ conditionis. in l. vlt. de condic. in sit.* Ea namque humana conditio est, vt & aduersæ valetudini & itinerum periculis atque incommodis obnoxius quisque sit. Iunge *l. non tantùm 6. de appellat. l. qui commeatus 14. ff. de re milit.*

Ratio dubitandi, Imputari huic potest cur non citiùs discesserit cùm præuidere debuerit posse ista per humanam conditionem facilè euenire, vt vel infirmitate, vel nauigationis & hyemis difficultate iter continuare prohiberetur. arg. *l si quis domum 9. §. 1. ff. locat. cum similib.* Ergo dignus non est pro quo humanitatis ratio habeatur, cum se in eas angustias ipse conjecerit. arg. *l. 3. §. vis fluminis vers. si quis tamen. §. si quis caution.*

Ratio decidendi, Non potuit hîc recedere donec finito penitus officio. Ex eo autem die quo finitum fuit officium cœperunt ei currere tempora ad redeundum data. Si quid ergo interim acciderit quod itineris continuationem impediuerit, inculpatus est, eúmque tuetur ratio generalis quod prudentissimi cuiusque est culpam tantùm non etiam casum fortuitum præstare *l. contractus 25. in fin. de reg. iur. cum simil. lib.*

39. PAVLVS lib.1.Sententiarum.

IS, qui reipublicæ causa affuturus erat: si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit: in integrum volens restitui, non auditur.

Ad l. Is qui reipublicæ 39.

Ratio dubitandi, Etiam is qui non reipublicæ sed ciuitatis & municipij causa abfuit restituitur in integrum tametsi reliquerit procuratorem *l. sed etsi 25. §. vltim. supra hoc titul.* Atqui absurdum est meliorem esse condicionem eius qui ciuitatis tantùm gratia abfuit, quàm qui reipublicæ. Ergo & ei qui reipublicæ causa abfuit restituendus est etiamsi reliquerit in ciuitate procuratorem per quem defendi potuerit.

Ratio decidendi, Sumenda est ex iis quæ scripsi ad *d. l. sed etsi. §. 1. & vltim.* vbi vide. Cætera quæ hîc Accursius tractat ex *l. vt perfectius 2. C. de annal. except.* & de remedio missionis in possessionem aduersus eum qui non defenditur iam explicauimus ad *lege item ait prætor 21. §. penultim. supra eodem.* Et quidem conuenientiùs quàm in hac lege quæ non est de restitutione danda præsenti contra absentem, vt malè putat idem Accursius & post eum Bartolus, sed è contrario de restitutione danda absenti contra absentem, vt verba legis apertè probant.

Nec obstant illa *per quem defendi potuit*, quæ alterius interpretationis materiam ideò præbuerunt, quod non aduersus alios absentes restitui præsens soleat, quàm qui defensi non sunt *d.l.21.§.pen.supra*. Sed nihil vetat etiam in restitutione absenti contra præsentem danda hoc maximè inspici an potuerit absens defendi, fortasse si contra absentem reipublicæ causa propositum sit edictum peremptorium, quo casu certum est nullius momenti esse edictum si absens fuerit indefensus *l.contra pupillum* 54 *de re iudic.* Sed si fuerit defensus, adeóque si potuerit defendi per procuratorem quem in ciuitate relinqueret non erit audiendus, si velit dicere nullius momenti esse sententiam, aut in integrum restitui aduersus rem iudicatam, quomodo minor restitueretur. Planè si velit restitui ad hoc tantum vt possint appellare audiendus est, tametsi habuerit in ciuitate legitimum procuratorem per quem defendi potuerit, adeóque per quem legitimè defensus sit *l. vlt.* ſ. *de restit.in integ.* vbi dixi.

VLPIANVS libro 5. Opinionum.

SI qua militi accusatio competat tempore, quo reipublicæ operam dedit, non permittitur.

Ad l.Si qua militi 40.

Ratio dubitandi. Tempus quod legibus publicorum iudiciorum præstitutum est ad accusandum, putà lege Iulia de adulteriis de qua in *l. auxilium* 37.ſ.*de minor.currit etiam feriatis diebus l.miles* 11. *§. sexaginta ad leg.Iul.de adul.* & à die diuortij.*l.is cuius* 14. *§.penul.eo.* Ergo continuum est non vtile. Alioquin dies feriati non computarentur *l.2.in fi.ſ.si quis in ius vocat.non ier.* Consequenter currit ipso iure, etiam absentibus reipublicæ causa, sicut & cæteris, ac proinde perimitur ipso iure, saluo iure in integrum restitutionis.

Ratio decidendi. Tempus illud vtile est non continuum *d.§.sexaginta & §.quidam eiusd.leg.* hactenus nimirum, vt non priùs cedat quàm agendi & prætoris adeundi facultatem accusator habuerit, vt ibi scriptum est, & in *l.si maritus* 15.*eo.* Non potest igitur currere absenti reipublicæ causa. Hic enim prætoris adeundi facultatem non habet *l.si quondam* 15.*l.ob commissa* 21.*C eo.tit.* Sicuti nec inter reos potest referri qui reipublicæ operatur, idque ita cauetur eiusdem legis Iuliæ de adulteriis capite septimo, cuius verba extant in *d.l.si maritus.§.1.* Atqui, inquies, tempus illud currit etiam minori & quidem cum effectu, hoc est, ita vt nec aduersus lapsum temporis restitui possit *d.l.auxilium*. Cur ergo melior condicio est absentis reipublicæ causa, quàm minoris? Nempe quia minor potest adire magistratum & accusare si velit, quod si non faciat, censetur iniuriam remittere voluisse, quo semel facto nullus restitutioni locus relinquitur *d.l.auxilium*, vbi dixi. Ideóque Vlpianus bene hîc scribit nō perimi accusationem, quod ita est accipiendum, vt nec ipso iure perimatur, nec proinde necessaria sit restitutio, quæ si necessaria esset, dari tamen non posset, quia non videretur facta deterior condicio absentis amissa accusatione quæ non tam ad eius rem familiarem quàm ad vltionem pertineret, vt de sepulcri violati actione scriptum est in *lege sepulcri 6. in fin. de sepulchr. violat.* Dices, cur non ergo perimitur, perinde accusatio competens militi aut alij cuilibet absenti reipublicæ causa, si verum est non ideò fieri deteriorem eius condicionem, vt in *dict. lege sepulchri*. Respondeo non esse bonam rationem illam, propter quam accusatio militi competens perimi debeat, cuius integrum ius conseruari æquum est, sed bonam esse hactenus vt non sit audiendus miles, si amissam quoquomodo accusationem velit repetere, siue per in integrum restituriorem, vt in *d.l. auxilium* siue citra restitutionem, vt in *d.l.sepulchri*, vbi actio amissa erat, non tempore, sed propter institutam ab alio actionem, perceptámque litis æstimationem. Meliùs ab Accursio nostro hic locus acceptus est quàm ab iis qui putant ad hanc legem pertinere quod scriptum est in *l.1.ſ.hoc tit.* & in *l.2.C.de restit.milit.* in quib. locis agitur de restitutione in integrum quæ militi & necessaria sit, & concedenda.

1 ¶ Quod eo tempore, quo in insula aliquis fuit [a], ex pœna ei irrogata, cuius restitutionem impetrauit, ab alio vsurpatum [b] ex bonis, quæ non erant adempta, probatum fuerit: suæ causæ restituendum est:

Ad §.1. Quod eo tempore.

Ratio dubitandi. Non est danda restitutio relegato si quid ex bonis suis tempore absentiæ suæ amiserit, quia potuit relinquere procuratorem in ciuitate. *l.Papinianus* 20.ſ.*de minor.* Ergo neque deportatio. Ratio decidendi. Ex causa tamen hoc ei concedendum est vt in integrum restituatur *l.sed etsi* 26.*§.* 1.ſ.*hoc tit.* vbi dixi. Atque ita accipi debet quod hic scribit Vlpianus *suæ causæ restituendum est*. Neque enim restitutio hæc datur, vt neque alia vlla nisi causa cognita *l.3.ſ.de in integr.restit.*

a *In insula aliquis fuit.* Intellige tam de deportato quàm de relegato. Etsi enim relegatus non amittit bona quæ amittit deportatus, nihil tamen vetat & relegato adimi bona, & non adimi deportato si ei qui relegationis vel deportationis sententiam tulit ita visum sit *l.relegatus* 14.*§.1.& vltim.* iunct. *l.relegatorum* 7.*§.ad tempus de interd.& releg.* Itaque ociosa est quæstio, an hic locus intelligi debeat de relegato, an potiùs de deportato, nisi quod in deportato, maior ratio est vt ei subueniatur, quia nullum potuit in ciuitate procuratorem relinquere ad lites tanquam qui nullam iuris ciuilis aut prætorij communionem habeat, non magis quàm ipsius ciuitatis. Sed inepta prorsus est interpretatio Bartoli, qui quod Vlpianus ait bona non fuisse adempta sic interpretatur, quasi è contrario scriptum sit adempta fuisse ipso iure, sed cùm hoc tamen temperamento, vt nondum fuerint fisco incorporata, vt ipse loquitur. Nulla enim æquitas est dandæ siue deportato siue relegato restitutionis in integrum pro iis bonis, quæ ipsi adempta sint, siue ipso iure siue per sententiam, cùm ea amiserit non per absentiam suam sed per delictum: Præter id quod nihil ex iis vsucapi posset ex quo tempore fisco delata fuissent, vt bene Accursius disputat ex §. *res fisci, Instit. de vsucap.* Neque sanè video quomodo possint dici bona non adempta deportato quæ fisco fuerunt delata.

b *Vsurpatum.* Oratoriè pro eo quod est frequenti vsu acquisitum, non quomodo Iureconsulti solent accipere vsurpationis nomen pro vsucapionis interruptione. *l.2.de vsucap.*

41. IVLIANVS lib.35. Digestorum.

SI quis Titio legauerit, *si mortis suæ tempore in Italia esset: aut in annos singulos, quod in Italia esset*: & ei succursum fuerit, quia ob id, quòd reipublicæ causa abfuit, exclusus fuerit à legato, fideicommissum ab eo relictum præstare cogitur. Marcellus notat: Quis enim dubitauit, salua legatorum & fideicommissorum causa [a], militi restitui hereditatem, quam ob id perdidit, quòd reipublicæ causa abfuit?

Ad l. Si quis Titio 41.

Ratio dubitandi. Quod præstatur personæ illius qui abfuit reipublicæ causa, id nequaquam ad alium pertinere debet, in quo non sit eadem causa fauoris, quia reipublicæ causa abfuerit. *leg. cùm patronus* 28.*in fin. de leg.* 2. *leg. sordidorum* 13. *Cod. de excusat. muner.* Nec enim prætori propositum est in hoc edicto, vt ex persona absentis faueat præsenti, sicut neque in edicto de minoribus vt per minores faueat maioribus. *leg.* 3. *§. sed vtrùm. & leg. cùm mandatu* 23. *suprà de minor.* Atqui in hac specie legatarius solus fuit absens reipublicæ causa, non etiam fideicommissarius, cui legatarius rem sibi legatam restituere iussus erat. Ergo vel dicendum est absentem legatarium vbi restitutus est non esse cogendum restituere fideicommissum, de quo rogatus fuit, (nec enim videretur vlla in eo fieri iniuria fideicommissario qui nihil posset ipse petere, si legatarius non imploraret restitutionem, Siquidem fideicommissum quod à legatario relinquitur, ita demum debetur si legatum ad legatarium peruenerit. *leg. fideicommissum* 78. *de leg.*1.) Vel saltem denegandam legatario restitutionem, quasi legati emolumentum ad eum non respiciat sed ad fideicommissarium, vt in specie. *leg.*3. *§. item si quis. de legat. præst.*

Ratio decidendi. Prætor cùm dat restitutionem ex hoc edicto id quidem tantùm agit vt absenti subueniat, ne quid damni ex absentia sua incurrat, sed hactenus tamen vt non velit meliorem ipsius condicionem facere quàm esset hodie si is reipublicæ causa nunquam abfuisset. Alioqui non restitueretur omnia in integrum & absenti sua prodesset absentia, quam tamen sufficit non nocere. *leg. videlicet* 29. *vbi dixi suprà hoc titulo.* Atqui si non restitueretur legatarius ad petendum legatum à quo exclusus esset tempore vel defectu condicionis, moraretur in damno quia legatum amitteret, Nec quod de eo restituendo rogatus sit ad rem facit, quia species lucri est etiam acquirere sibi beneficij debitorem. *leg. si pignore* 54. *§.* 1. *de furt.* potestque beneficium hoc restitutionis esse venale, vt & in specie. *leg. filium* 20. *vers. erit ergo venale, de legat. præst.* Rursum si legatarius hic ita restitueretur vt tamen non cogeret eum prætor fideicommissum præstare, consequeretur lucrum ex restitutione quod non haberet si læsus non fuisset. Ergo & restituendus est, & fideicommissum præstare cogendus est. Sicut & cùm miles restituitur ad petendam hereditatem quam ob id amisit: quòd reipublicæ causa abfuerit, vt in specie. *leg. Iulianus* 17. *in princip. vbi dixi suprà hoc titulo.* vtique restituitur salua causa legatorum & fideicommissorum ab eo relictorum vt perinde ea præstare teneatur, ac si ab initio hereditatem sine restitutionis beneficio acquisiuisset, Eadem nimirum ratione, quod alioqui restitutio in integrum adferret heredi non modò indemnitatem, sed etiam lucrum: quòd certè absurdum esset, quamuis non eò magis ex alieno damno lucrum captaretur. Nec enim nouum damnum vllum esset, etiamsi fideicommissario non restitueretur fideicommissum quod per heredis aut legatarij exclusionem iam ipso iure intercidisset. Quæ res non inelegantem dubitandi causam præbere poterat. tametsi Marcellus qui ad Iulianum notas scripsit, reprehendendi, vt credibile est, studio, potiùs quàm bona mente supradictam Iuliani sententiam notet quasi de re indubitabili, cùm non posset eam notare quasi falsam. Neque enim solent aut debent, prudentum responsa esse de re indubitabili, *leg. Domitius* 26. *qui testament. facer. poss. leg. quod Labeo* 9. *de Carbon. edict.* Est igitur plenius beneficium prætoris in danda restitutione heredi scripto aut legatario ad hoc vt possit vel hereditatem amissam recuperare vel legatum, quàm in conseruando legato ex illa edicti parte quæ est, De legatis præstandis *dict. leg.*3. *§. item si quis de legat. præstand.* vbi dicitur non conseruari ex illo edicto legatum quod vni ex personis exceptis ita relictum est vt debeat peruenire ad alium, ex fideicommisso. Nempe quia restitutionis potestas maior est, ad quam pertinet vt omnia in pristinum statum reponantur, Et præterea fauorabilius est legatum quod petitur ex testamento integro & valido, quale est legatum de quo in hac lege agitur, quàm quod petitur ex testamento rupto per bonorum possessionem contta tabulas, de quo *in dict. §. item si quis.* Denique facilius est vt restituatur persona ipsa ad legati petitionem, quod fit per hoc edictum, quàm vt restituatur legatum ipsum ex illo edicto.

a *Salua legatorum & fideicommissorum causa.* Ratio dubitandi. Non adita ex testamento hereditate legata omnia & fideicommissa corruunt quæ relicta fuerant in eo testamento nisi petita sint à legitimis heredibus. *leg. si nemo* 9. *de testam.tutel. leg. ea quam* 16. *Cod. de fideic. leg. generaliter* 24.*§. ex testamento de fideic.libert.leg.*1.*C.eod.* Atqui non potest adiri hereditas ex testamento postquam heres scriptus defectus est condicione sub qua fuerat institutus. Ergo neque legata & fideicommissa deberi ex eo amplius possunt, nisi ex aliqua causa specialiter confirmentur & conseruentur à prætore, vt fit in edicto De *legat. præst.* de quo proximè diximus, & in edicto

si quis omiss. caus. testam. l. 1. ill. tit. At verò edictum hoc de quo nunc agimus, nihil dixit de legatis & fideicommissis conseruandis, sed tantùm de danda ei qui læsus sit restitutione. Ergo restitutio quæ fit ex hoc edicto fauore solius militis, vt hereditatem adire possit quam per defectum condicionis propter absentiam amiserat, debet fieri simpliciter, non autem salua legatorum & fideicommissorum causa. ne alioquin eueniat contra mentem & propositum prætoris, vt fauor militis etiam aliis non militibus prosit contra *l. cùm patronus 28. in fin. de legat. 2.* Ratio decidendi. In illis partibus edicti specialis constitutio prætoris necessaria fuit ad conseruanda legata & fideicommissa quæ alioqui siue destituto, siue rupto testamento interciderãt, quoniam non aliter quam per edictum poterat prætor ea conseruare, cùm neque in danda bonorum possessione contra tabulas per quam testamentum rumpitur iure prætorio, neque in retinenda ab intestato hereditate, quæ ex testamento fuerat omissa, decretum vllum prætoris & causæ cognitio versetur. At in parte ista edicti, ex qua datur restitutio ad hereditatem adeundam, nil fuit necesse prætorem edicere de conseruandis legatis & fideicommissis, quia cùm restitutio non detur à prætore nisi causa cognita, & per decretum, potest prætor cùm dat restitutionem heredi decernere, vt salua sint legata & fideicommissa ob rationem illam quam in præcedẽtibus attulimus. Itaque decretum pro edicto est. Quanquam nec valde necesse est, vt de hoc prætor quicquam specialiter decernat. Qui enim ex hoc edicto restituitur ad hereditatem adeundam ex testamento, quamuis à prætore restituatur, non tamen fit heres iure prætorio tantùm, sed etiam iure ciuili, quia scilicet ius ipsum testamenti saluum & integrum manet, nec nisi eius personæ heredis læsum est per defectum condicionis, qui propter absentiam contigit. Proinde soli personæ succurrit prætor non etiam testamento.

42. ALFENVS lib. 5. Digestorum.

NOn verè dicitur, reipublicæ causa abesse eum, qui sui priuati negotii causa in legatione est.

Ad l. Non verè 42.

Ratio dubitandi. Qui in legatione est, coactus abest, ideóque ex hoc edicto in integrum restituitur, perinde atque is qui abest reipublicæ causa. *l. sed etsi 26. §. vlt. ff. hoc tit.* Atquin ij demum videntur reipublicæ causa non abesse qui priuati sui cõmodi causa sic absunt, vt tamen non absint coacti. *l. reipublicæ 36. ff. h. t.* Ergo qui in legatione est non eò minùs reipublicæ causa abesse dici debet, quod suum quoque priuatum negotium gerat. Ratio decidendi. Nõ tractat hæc lex de eo qui cùm in legatione sit ex necessitate, suum aliquod negotium gerit per occasionem legationis, quod vtique fieri potest saluo auxilio & priuilegio restitutionis. Sed de illo, qui non nisi priuati sui negotij causa in legatione est, id est, qui legationis colorem quæsiit, vt sub eo prætextu sua magis quàm ciuitatis negotia tractaret. Nihil enim ei prodesse tale commentum debet, vt loquitur Vlpianus in *l. si maritus 15. §. necessariò ad leg. Iul. de adult. facit. leg. non existimo 54. in fin. de admin. tutor.* Non tam igitur quid in legatione hic fecerit inspiciendum est, quàm qua mente & quo proposito legationem susceperit. Nam nec coactus abest qui legationem vltro ambiit, vt priuatis suis commodis potiùs quàm publicis prospiceret. Denique attendendum semper est id quod principaliter intenditur, non id quod fit per consequentias & per occasionem, vt Accursius probat ex *l. 1. caupones. infrà naut. caup. stabu. leg. cùm probatio 7. infrà de probat. l. cùm aurum 29. aliàs. leg. etsi sint. §. peruenianus. de aur. & argent. legat.* Iunge *l. 1. de autor. tutor. leg. 2. de riuis.*

43. AFRICANVS lib. 7. Quæstionum.

SI quis stipulatus sit in annos singulos, quoad in Italia esset vel ipse, vel promissor: & alteruter reipublicæ causa abesse cœperit: officium prætoris est, introducere vtilem actionem. Eadem dicemus, & si ita concepta stipulatio fuerit [a]: *Si quinquennio proximo Romæ fuerit*, vel ita, *si Romæ non fuerit, centum dare spondes?*

Ad l. Si quis stipulatus 43.

Ratio dubitandi. Prætor ex hoc edicto nihil nisi restitutionem pollicetur. *l. 2. & pass. hoc tit.* Atqui nõ potest restitui actio quæ nunquam fuit. Restitutio enim id tantùm reddit quod amissum fuerat, amitti verò non potuerat actio quæ nondum fuerat nata. *leg. si in diem 46. leg. Titio vsusfructus 96. de condic. & demonstr.* Ergo si quis stipulatus sit in annos singulos quot in Italia esset vel stipulator vel promissor, & alteruter reipublicæ causa abesse cœperit, non videtur hic casus ad edictum istud pertinere. Est enim huiusmodi stipulatio condicionalis, habétque condicionem illam, si in Italiã ierit stipulator vel promissor, condicio autem impedit ne qua obligatio interim nascatur. *leg. cedere diem 213. de verb. sig.* ac proinde vt neque actio. Ratio decidendi. Non pertinet quidem hæc species ad verba edicti, quia nihil est quod possit prætor restituere, sed pertinet ad mentem & sententiam edicti, quoniam non minùs æquum est vt noua introducatur actio quę nunquam nata fuit, & quæ nata fuisset si postulator hic vel promissor non abfuisset, quàm vt vetus actio quæ amissa sit restituatur: Ne scilicet cuiusquam absentia vel absenti vel alteri noceat quod vnum propositum est prætoris. Nam & qui potest facere, vt actionem habeat condicioni parendo, iam actionem habere videtur. *leg. qui potest facere 174. de regul. iur.* Hic autem poterat facere vt actionem haberet si non

non abfuisset siquidem eo casu condicio stipulationis extitisset. Perinde igitur dignus est quem prætor adiuuet introducta, eique data noua actione, atque si veterem actionem amisisset, quæ restitui hodie posset & deberet. Ideóque sic Africanus hoc loco scribit *Officium prætoris est introducere vtilem actionem.* Sed cur vtilem eam appellat, cùm non sit restituta? Restitutoriam enim actionem ideò vtilem appellare solemus quòd sit restituta, vt sæpius diximus in præcedentibus, cùm scilicet directa subiata fuit. Verùm respondeo vtilem dici alio etiam respectu quod detur ex mente magis quàm ex verbis edicti, & ad exemplum rescissoriæ & restitutoriæ actionis.

a *Eadem dicemus & si ita concepta stipulatio fuerit.* Ratio dubitandi. Cùm tractatur de actione ex stipulatu inspicienda sunt præcipuè verba stipulationis. *leg. semper in stipulationibus 34. de regul. iur. leg. quicquid adstringendæ 98. de verb. obligat.* Atqui stipulario in hac specie concepta est de quinquennio proximo, idque verbis distertis & expressis. Ergo non est protrahenda ad aliud quinquennium non proximum. Ne quidem beneficio restitutionis cùm non possit prætor facere quod per rerum naturam fieri nequit vt quinquennium sequens sit proximum, id est, vt recurrat hesterna dies quæ præteriit. Ratio decidendi. Non restituit prætor elapsum quinquennium, sed introducit actionem quæ propter defectũ condicionis ex lapsu quinquennij nunquam nata fuerat, vt pro eo habeatur stipulator, ac si eo quinquennio non abfuisset. Itaque non restituit actionẽ quæ nulla potuit amitti, quia nec vlla vnquam fuit, sed nouam introducit quasi impleta condicione, habens nimirum absentem pro eo ac si fuisset præsens: quomodo & actionem veterem restitueret si qua fuisset amissa.

44. PAVLVS lib. 2. ad Sabinum.

IS, qui Reipublicæ causa abest in aliqua re læsus, non restituitur: in qua etiam si reipublicæ causa non abfuisset, damnum erat passurus.

Ad l. Is qui reipublicæ 44.

Ratio dubitandi, Prætoris verba pollicentur auxilium in integrum restitutionis ei qui reipublicæ causa abfuit & læsus est, nec adhibent distinctionem illam vtrum æquè passurus fuerat damnum si in ciuitate mansisset, an non. vt constat ex verbis edicti ab Vlpiano relatis in *l. 1. §. hoc tit.* Ergo nec nos distinguere debemus vulg. *l. de precio 8. de publician. in rem action. l. in fraudem 15. in fin. de testam. milit.*

Ratio decidendi. Edicti ratio facit vt ex mente prætoris distinctionem hanc omnino adhiberi oporteat. Non enim id egit prætor aut agere debuit, vt nullo damno adficeretur absens, sed vt ei absentia sua minimè noceret *l. absentia 140. de reg. iur.* Nemo autem dixerit posse absentem imputare absentiæ suæ damnum quod etiam præsenti contigisset. Cessante igitur hoc casu ratione edicti, potestatem quoque ipsius cessare necesse est *l. adigere 6. §. quamuis de iur. patron.*

45. SCÆVOLA lib. 1. Regularum.

MIlites omnes, qui discedere signis sine periculo non possunt reipublicæ causa abesse intelliguntur.

Ad l. Milites 45.

Ratio dubitandi. Fieri facilè potest vt quis sit sub signis, in eo tamen loco, in quo nullam penitus operam reipublicæ nauare possit. Quid enim si in vrbe sit aut in pacata prouincia, in qua nulli sint hostes? Non ergo dici potest abesse causa reipublicæ, tametsi non possit sine periculo & impunè discedere. Ratio decidendi. Militare dicitur non tantùm qui pugnat, & decertat cum hostibus, sed qui sacramento militari sic obstrictus est vt non possit sine pœna emanforis aut desertoris signa relinquere, nec proindè sine periculo vitæ. Hæc enim pœna desertionis esse solet; quamuis non perpetua sed cum variis distinctionibus de quibus in *l. non omnes 5. & pas. de re milit.* Ergo verum est omnem, qui à signis discedere impunè non potest, abesse causa reipublicæ: etiam Romæ militet *l. milites 7.* vbi dixi. §. *hoc tit.* Quanquam hic non tam absens est, quàm vice absentis habetur. *l. si maritus 15. §. quòd si quis præsens sit. ad leg. Iul. de adult.* vbi hanc ob causam dicitur, non semper absentis loco habendum eum esse. An ergo similiter dicemus etiam vxores militum abesse reipublicæ causa? Ita putant nonnulli, quibus ego adsentiri non possum. Fateor etiam vxores militum ex hoc edicto restitui posse & debere *lege 1. & 2. Cod. de vxor. milit.* Sed non tanquam & ipsæ sint absentes reipublicæ causa, at quia cum reipublicæ causa absentibus peregrinantur, vt scriptum est in *d. l. 1. & 2.*

46. MARCIANVS lib. 2. Regularum.

QVi reipublicæ causa abfuit, etiam aduersus eum qui pariter reipublicæ causa abfuerit, restituendus est, si aliquid damni iniustè quæritur.

Ad l. vlt. Qui reipublicæ.

Ratio dubitandi. Priuilegiatus non solet vti priuilegio contra priuilegiatum *l. verum 11. §. pe. ff. de minor.* Ergo neque absens contra absentem reipublicæ causa. Ratio decidendi. Nemo priuilegium habet, ideò quod absit reipublicæ causa, sed ob id tantùm, quod per absentiam suam læsus probetur *l. sciendum 18. & pass. ff. hoc tit.* Ergo si ex duobus reipublicæ causa absentibus alteruter tãtum læsus sit, solus ille priuilegiatus dicendus est, & consequenter solus restituendus aduersus alium, tanquam non priuilegiatum, vt hic optimè ac subtiliter Bartolus explicatus de quo etiam diximus ad *d. l. verum §. penult.*

DE ALIENATIONE IVDICII MVTANDI CAVSA FACTA.

TITVLVS VII.

GAIVS lib.4.ad Edictum Prouinciale.

OMNIBVS modis proconsul[a] id agit, ne cuius deterior causa fiat ex alieno facto. Et cùm intelligeret iudiciorum exitum interdum duriorem nobis constitui oppositio nobis alio aduersario: in eam quoque rem prospexit: *vt si quis alienando rem, alium nobis aduersarium suo loco substituerit, idque data opera in fraudem nostram fecerit: tanti nobis in factum actione teneatur, quanti nostra interfit*[b], *alium aduersarium nos non habuisse.*

1 ¶ Itaque si alterius prouinciæ hominem, aut potentiorem nobis opposuerit aduersarium, tenebitur.

Ad Tit. 7. De alien. iudic. mut. caus. fact.

Ad l. Omnibus modis. 1.

Ratio dubitandi. Ad hanc legem, totúmque titulum istum, illa est, quod liberum sit cuique de bonis suis pro arbitrio disponere. *l. 2. §. si quis à parent. manum. l. in re mandata 21. C. mandat.* nec quicquam magis naturali equitati conueniens est, quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi. *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res de acquir. rer. dom.* Atqui in bonis nostris sunt omnia quorum nomine vel actionem habemus vel exceptionem. *l. rem in bonis 52. de acquir. rer. domin.* Ergo non debuit ea libertas à prætore constringi, quomodo tamen per hoc edictum sanè constringitur. Nihil enim dolo facere videri potest qui iure suo vtitur. *l. nullus videtur 55. de regul. iur.* Ratio decidendi, Restringitur hæc libertas per huiusmodi edictum hactenus tantùm ne cuius deterior fiat causa ex alieno facto, ne scilicet in aliena potestate sit condicionem alterius non delinquentis deteriorem facere, quod nunquam permittendum est. *l. 2. infra* quod vi aut clam, & aliis legibus plerisque hîc ab Accursio citatis. Atqui iudiciorum exitus interdum durior nobis constituitur opposito nobis aliò aduersario, vt ex iis exemplis apparet quæ hic subiiciuntur. Ergo non immeritò prætor in eam quoque rem prospexit, proposito hoc edicto, idque per speciem quandam restitutionis in integrum. Succurrit namque iis qui facto & caliditate aduersarij læsæ sunt per alienationem iudicij mutandi causa & dolo malo factam. *l. 1. §. de in integ. rest.* Hactenus enim meliorem suam condicionem facere quis potest & debet ne alterius deteriorem faciat. *l. 1. §. sed & fossas. de aqua, & aquæ pluuiæ arcend.* Cúmque prætor hoc edicto eos tantùm coerceat, qui data opera & dolo malo alienant, vt vexent aduersarium, apparet iustissimè prætorem facere qui dolis & malitiis non vult indulgere. *l. in fundo 38. de rei vindicat.* Neque tamen prætor alienationem hanc fieri prohibet, sed tantùm post eam factam punit eum qui fecit dolo malo. Et fuit hoc edictum necessarium ob hoc ipsum quod alioqui tenet alienatio ante iudicium facta, quamuis iudicii mutandi causa.

a *Proconsul.* Scripsit enim Caius ex cuius libris hæc lex sumpta est ad edictum prouinciale, id est, proconsulis, non ad vrbanum quod fuit prætoris quod Accursius non intellexit, qui proconsulem pro prætore dictum putat. Prætoris sanè omniúmque cæterorum qui in vrbe sunt magistratuum vice ac partibus proconsul fungitur. *l. si in aliam 7. vlt. & legib. sequent. de offic. proconsul.* sicut & præses in iis prouinciis quæ præsidem habent, non proconsulem. *l. ex omnib. 10. & sequent. de offic. præsid.*

b *Quanti nostra interfit.* Ratio dubitandi. Nihil potest interesse actoris, siue malam causam habuerit, quod sanè omnes fatebuntur, siue bonam, quia eo casu possessor etiam ad sumptus litis condemnandus erit, nisi iustam vel potiùs probabilem habuerit causam litigandi. *l. qui solidum 78. in princip. & §. etiam. de legat. 2.* Regula enim est victum victori in expensas condemnandum esse. *l. properandum 13. C. de iudic.* Ergo inanis & superuacua est actio quam prætor hoc edicto pollicetur. Præsertim cùm perinde possit dominus rem suam vindicare ab alienante atque si alienatio nulla facta esset, quasi adhuc possidere videatur, qui dolo desit possidere. *l. qui petitorio 39. de rei vindicat.* Siquidem dolus pro possessione est. *l. qui dolo 131. de regul. iur.* Ratio decidendi. Interest quàm maximè actoris ne res quam petit aut petiturus est alienetur iudicij mutandi causa, siue quòd ferè semper nostra interfit rem ipsam habere potiùs quàm ipsius æstimationem ad quam solam condemnari potest is qui non possidet cùm rem ipsam restituere non possit. *l. officium 9. de rei vindicat.* Siue etiam ratione sumptuum, nam cuius durior condicio facta est in re ipsa petenda quæ dolo malo alienata fuit in potentiorem aut duriorem aduersarium, eius in sumptibus quoque litis repetendis duriorem esse condicionem necesse est si eos à nouo non à vetere possessore repetere cogatur. Quod non videtur obseruasse Accursius qui hoc edictum restringit ad eos casus in quibus victum victori in expensas cõdemnari æquum non sit, id est, si vel actor fuerit contumax. *d. l. properandum. §. sin autem*, vel probabilem litigandi colorem habuerit. Idem Accurs. quærit, an non satis videatur prospectum esse indemnitati actoris ex eo, quod potest iurare in litem contra alienantem qui dolo malo desiit possidere, & respondet non satis plenam esse hanc indemnitatem quia iudex taxat quantitatem ad quam vtique iurari possit ex *leg. arbitrio 18. §. 1. ff. de dolo.* sed malè. Iuratur enim, hoc casu sine vlla taxatione *leg. qui restituere 68.* vbi dicã. *infrà de rei vindicat.* Debuit ergo dicere, Actoris interesse vt potius rem ipsam habeat, si quoquomodo habere possit quàm vt rei æstimationem siue communem, siue quæ per iusiurandum in litem facta sit. *leg. nec quasi 70. infrà eod. ill. tit.* si legas ibi cum Haloandro *intuito* pro *iusto*, quomodo legendum esse alibi iam diximus, & ad eum præterea locum ostendemus. Alia quæstio est ab eodem Accursio tractata, an ex edicto detur actio contra alienantem priusquam aliquid expenderit contra nouum possessorem. Et respondet dari, quasi iam abesse aliquid videatur hoc ipso, quod contra nouum possessorem agere cogitur vt rem suam consequatur. Æquè malè. Nam cùm in facto non in iure consistat quaterandum. §. *sin autem*, vel probabilem litigandi colorem habuerit. Idem Accurs. quærit, an non satis videatur prospectum esse indemnitati actoris ex eo, quod potest iurare in litem contra alienantem qui dolo malo desiit possidere, & respondet non satis plenam esse hanc indemnitatem quia iudex taxat quantitatem ad quam vtique iurari possit ex *leg. arbitrio 18. §. 1. ff. de dolo.* sed malè. Iuratur enim, hoc casu sine vlla taxatione *leg. qui restituere 68.* vbi dicã. *infrà de rei vindicat.* Debuit ergo dicere, Actoris interesse vt potius rem ipsam habeat, si quoquomodo habere possit quàm vt rei æstimationem siue communem, siue quæ per iusiurandum in litem facta sit. *leg. nec quasi 70. infrà eod. ill. tit.* si legas ibi cum Haloandro *intuito* pro *iusto*, quomodo legendum esse alibi iam diximus, & ad eum præterea locum ostendemus. Alia quæstio est ab eodem Accursio tractata, an ex edicto detur actio contra alienantem priusquam aliquid expenderit contra nouum possessorem. Et respondet dari, quasi iam abesse aliquid videatur hoc ipso, quod contra nouum possessorem agere cogitur vt rem suam consequatur. Æquè malè. Nam cùm in facto non in iure consistat quaterenus cuiusque interfit. *leg. quatenus 24. de regul. iur. leg. vltim. de prætor. stipulat.* quomodo scire obsecro potest, quatenus interfit, quousque actum sit cum nouo possessore, atque ita compertum quas impensas contra eum actor fecerit aut quam aliam incommoditatem passus sit. *leg. 3. §. ex quibus. infrà hoc titul.* Potest sanè sciri an interfit, etiam priusquàm agatur, sed non quanti interfit. Nisi in exemplo quod adfert Accursius, si res alienata iam sit vsucapta, vt in *leg. 4. §.* quo casu tanti sanè interest quanti res est, aut saltem quanti per iusiurandum in litem æstimãda est, cùm nulla actio nisi prorsus inutiliter exerceri possit contra possessorem qui iam vsucepit quique non vsucepisset si reus non alienasset. Item in alio exemplo quod adfert idem Accurs. ex *d. leg. 3. §. item si locum.* vbi dicam. Ex iis autem quæ diximus apparet hunc actionis, & edicti locum esse cùm reus idémque possessor rem abenauit, cuius nomine cõueniebatur, aut in eo saltem erat vt posset conueniri. Nam si actor aut acturus alienauerit alienationem in potentiorem, alia auxilia locum habent de quibus in *tit. C. ne liceat potentior. & in l. per diuersas 34. C. mandat.*

2. PAVLVS lib.13. ad Edictum.

AVt alium qui vexaturus sit aduersarium[a].

Ad l. Aut alium 2.

a *Qui vexaturus sit aduersarium.* Per calumnias fortasse & tergiuersationes quæ reorum propriæ sunt dum id agunt quantum possunt ne cum iis agi possit. *l. sed & ad eos 24. sup. tit. prox.* Ratio dubitandi vel decidendi noua hîc nulla est, nisi fortè velit quis pro ratione dubitandi adferre, quod vexationem & iniuriam à nouo possessore factam iniquum sit nocere ei qui alienauit, cuius factum nullum intercedit in ea vexatione & iniuria. Suum enim cuique factum non alij nocere oportet. *l. factum 197. de reg. iur. l. vlt. C. de actio. empt. l. si per imprudentiam 51. de euict.* sed facilis responsio est alienanti factum suum nocere in hac specie non alienum, quia ideò tenetur non quod aduersarium alius vexet, sed quoniam alienauit ipse dolo malo & data opera in hoc vt à nouo possessore aduersarius vexaretur. Ei ideò bene Accurs. ad eam regulam exemplum sumit ex hoc *tit.*

3. GAIVS lib.4.ad Edictum Prouinciale.

QVia etiam si cum eo, qui alterius prouinciæ sit, experiar, in illius prouincia experiri debeo, & potentiori pares esse non possumus[b].

Ad l. Quia etiamsi. 3.

Ratio dubitandi. Qui ex aliena prouincia est non minùs conueniri potest in sua prouincia, ergo nihil interest actoris quod in alterius prouinciæ hominẽ alienatio facta proponatur. Præsertim si de rei vindicatione tractetur, cùm is qui vindicat rem suam non cogatur sequi domicilium possessoris, sed habeat electionem vtrùm in eius territorij foro malit litigare in quo res sita est. *l. vlt. Cod. vbi in rem act.* Ratio decidendi. Multùm interest actoris in qua prouincia litiget. Nemo enim nescit quàm incommodum sit in aliena litigare siue sumptuum litis qui multò maiores fiunt siue incommodorum & periculorum itineris ratio habeatur. Vnde est quod nec facilè testes euocandi sint ab vna prouincia in aliam testimonij dicendi gratia, quamuis ad habendam veritatis probationem necessarium plerunque illud sit & publicè vtile. *leg. 3. §. vlt. de testib. leg. sed etsi 7. testam. quem. aper.* Meritò igitur placuit hoc edicto teneri eum qui in alterius prouinciæ hominem alienauerit. Nisi ponas eam rem de cuius vindicatione agitur sitam esse in prouincia actoris, quo casu esset quod ei possemus imputare cur forum & domicilium noui possessoris elegisset. At non semper id quod vindicatur, est in prouincia actoris, in qua tamen si domicilium possessor habeat, in ea vtique conueniri potest. *dict. leg. vltim.* cuius electionis commodum per alienationem in alium factam eriperetur actori, si non ipsi per hoc edictum subueniretur. Deinde quid si agatur de vindicanda re mobili cuius possessio per alienationem non tantùm à persona in personam, sed etiam à prouincia in prouinciam transferatur? Nulla sanè hoc casu potest electio actori superesse post alienationem, idque propter alienationem, quam tamen æquum non est nocere actori, qui vtique rei forum sequi cogitur. *leg. 2. Cod. de iurisd. omn. iudi.* nisi priuilegium fori habeat, nec minus in agendo quàm in excipiendo.

b *Et potentiori pares esse non possumus.* Ratio dubitandi, Ad magistratuum curam pertinet ac tenuioris fortunæ homines per potentiores opprimantur. *leg. illicitas 6. §. ne potentiores de offic. præ-*

sid. Ergo nihil interest actoris an alienatio facta sit in potentiorem, cùm in iudicando nulla potentiorum aut tenuiorum distinctio habenda sit. Ratio decidendi. Potest quidem magistratus & debet quod per potentiorem improbè factum est punire, sed ne quid tale fiat per eos qui solo legum & pœnarum metu coerceri non possunt, impedire certè nequit, multò minùs facere vt potentiori par esse quis possit. Iam enim non esset potentior si par esset.

1 ¶ Sed & si hominem, quem petebamus[a], manumiserit[b]: durior nostra conditio fit, quia prætores faueant libertatibus.

Ad §.1. Sed & si hominem.

Ratio dubitandi. Certum est manumissionem nullius esse momenti, quæ à non domino facta inueniatur: nemo enim alienum seruum quamuis vt proprium manumittat perducere ad libertatẽ potest. *l. si non propriet. 4. & pass. C. de his qui à non domin. manum. sunt.* Ergo nihil interest actoris an seruus quem à possessore petiturus erat, fuerit ab eo manumissus, necne. Quod enim nullius momenti est, nullum potest effectum habere vulgat. iurib. Ratio decidẽdi. Interest actoris non manumitti seruũ, quia domini probatio plerunq. difficillima est. *§. cõmodum. Instit. de interd.* & in dubio solent prætores fauere libertatib. *l. inter pares 38. de re iudicat.* Dices, cogendum actorem, vt ex hoc edicto agere possit contra alienationem, probare se in eo seruo dominiũ habuisse, alioqui nihil eius interesse videri potest quòd homo quem petere volebat fuerit manumissus. At rursus probato dominio nihil poterit eius interesse cùm manumissio nullam vim habitura sit, nullo igitur casu poterit actoris interesse. Respondeo leuiores probationes dominij posse sufficere aduersus seruũ possessorem quàm aduersus manumissum. Interest igitur actoris, non manumitti seruum, ne durioris & grauioris probationis necessitate adstringatur.

a *Petebamus.* Rectè Accursius *id est, petere volebamus*, aliud enim est petere, aliud verò velle petere. *l. amplius non peti 15. ff. rat. rem hab.* Petitis demum qui litem contestatur, ex quo tempore cùm res fiat litigiosa, impeditur sanè alienatio. *l. 1. & tot. tit. Cod. de litigio.* Nec proinde pertinet ad hoc edictum in quo agitur de ea tantùm alienatione quæ facta sit iudicij futuri mutandi causa. *l. ex hoc edicto 8. §. 1. infrà hoc tit. sic in l. si quis stipulatus 12. de verb. oblig.*

b *Manumiserit.* Bene idem Accursius *de facto.* Nam de iure non potest manumittere & libertatem dare is qui dominus non est. *dict. tit. C. de his qui à non domin. manum. sunt.*

2 ¶ Item si locum, in quo opus feceris, cuius nomine interdicto *Quod vi aut clàm*, vel actione aquæ pluuiæ arcendæ tenebaris, alienaueris: durior nostra conditio facta intelligitur, qua si tecum ageretur, tuis impensis id opus tollere deberes: nunc verò, cum incipiat mihi aduersus alium condictio esse, quàm qui fecerit, compellor meis impensis id tollere: quia qui ab alio factum possidet, hactenus istis actionibus tenetur, vt patiatur id opus tolli.

Ad §.2. Item si locum.

R. dub. Si locũ in quo opus feceris, cuius nomine interdicto, quod vi aut clam vel actione aquæ pluuiæ arcendæ mihi tenebaris, alienaueris possum agere cõtra possessorem, quia quisquis rem possidet istis actionib. tenetur, quamuis opus ipse non fecerit. Ergo nihil potest interesse mea an locus ille alienatus sit necne. R. dec. Tenetur quidem possessor istis actionib. sed non perinde ac ille qui opus fecit. Ille enim opus tollere suis impensis cogitur, qui verò non fecit, nec ei qui fecit heres extitit, sed bonæ fidei possessor reperitur, nihil nisi patientiam præstare cogi potest. *l. si tertius 6. §. pen. & leg. seq. ff. de aqua & aquæ pluu. arcend. leg. competit 16. §. vlt. quod vi aut clam. leg. altius 8. & seq. Cod. de seruit. & aqua.* Fit ergo condicio mea durior per alienationem, cùm per eam fiat vt impensis meis cogar opus tollere. Eas tamen postea repetiturus abs te qui opus feceras. *dict. leg. competit. §. vlt. leg. denique 13. §. vlt. & leg. seq. eod. l. sed veaditor 13. de aqua & aquæ plun. arcend.* Quòd cùm ita sit non immeritò quærit Accursius, quid igitur mea interesse videatur, quantum ad hoc vt mihi contra te actio ex hoc edicto detur, cùm perinde habiturus sim actionem etiam cessante edicto. Respondet autem non malè pleniorem esse hanc actionem, quippe quæ datur ad plenissimam indemnitatem. *§. ex quib. ff.* cùm cæteræ actiones non dentur nisi ad expensas, non etiam ad alia incommoda, inter quæ vnum etiam illud est, cùm cogitur quis de suo soluere quamuis postea siue ab eodem, siue ab alio possit repetere. *l. 3. de compensat. l. si stipulatus 15. de fideiuss.* Quid ergo in hanc actionẽ veniet, si velim eam exercere priùs quoq; quã impensas fecerim? Nimirũ quanti faciendæ impensæ æstimabuntur. Possunt enim æstimari, priùs etiam quàm factæ sint. Ex quo clariùs apparet quã necessaria isto casu fit hæc actio. Nam interdictum quod vi aut clã datur tantũ ad damna præterita, vt & aliæ ferè actiones omnes. Actio verò aquæ pluuiæ arcendæ ad damna tantũ futura. *l. Antæus 14. §. hoc iudicium. de aqua & aquæ pluu. arcen.* Damnum autem hoc impensarum nondum factarum, neq; omnino præteritũ est, neq; omnino futurum, etsi non erraret meo iudicio qui præteritũ esse defenderet. Nã statim atq; locũ alienasti in qua opus feceras, incipit mihi actio aduersus alium esse, ex eóq; instãti incipit mihi onus incumbere & necessitas præstandarum impensarum ad opus tollẽdũ. Ex eo igitur die damnum mihi datum fuisse intelligitur. Sed nõ eò minùs vtilis est hæc etiã actio, quamuis alio respectu. Nimirum quia nec paruum incõmodum est, si quis cũ anteà vnum dũtaxat aduersariũ haberet in plures aduersarios distringatur. *l. & ancillarum 27. §. vlt. ff. de pecul.* quod hîc euenit necessariò cũ aduersus possessorem agẽdum habeã vt patiatur opus tolli, contra te verò vt impensas in eam rẽ præstes. Cuius incõmodi æstimatio nulla fit in eo interdicto, quod vi aut clam: fit verò in hac actione

actione quę plenissimã, vt dixi, tribuit indẽnitatẽ. Alioqui si nihil haberet vtilitatis non daretur. *§. pr. seq.*

3 ¶ Opus quoque nouum si tibi nunciauerim: túque eum alienaueris, & emptor opus fecerit: dicitur, te hoc iudicio teneri[a]: quasi neq. tecum ex operis noui nuntiatione agere possim, quia nihil feceris: neq. cum eo, cui id alienaueris, quia ei nunciatum non sit.

Ad §.3. Opus quoque nouum.

Ratio dubitandi. Operis noui nunciatio nõ personæ fit, sed rei, i. nõ in personã, sed in rẽ *l. ope 10. de oper. noui nuncia. ideóq;* obligat possessorẽ quẽlibet eius loci in quem opus nouũ nũciatum est *l. vlt. eod.* Ergo si opus nouum tibi nunciauerim, túque eum locum alienaueris & emptor opus fecerit, nõ est dicendũ te hoc edicto teneri quasi sit necesse cùm ex operis noui nunciatione possim agere, non quidem contra te qui nihil fecisti, nisi quod rẽ alienasti, sed cũ eo cui alienaueris, licèt ei nuntiatũ non sit. Atq; ita respondit Iauolenus in *d. l. vlt.* Ratio decidendi. Non negat Caius in hoc §. posse agi ex noui operis nũciatione contra emptorem, in qua pugnaret certè cum Iauoleno, (nec enim vlla probabilis est cõciliatio ex iis quas Accursius vendiq; conquirit, quę omnes commenticiæ sunt, &, vt loquuntur, diuinatoriæ) sed hoc tantùm ait, Posse & debere in huiusmodi specie locum huic edicto esse, quasi neq; tecũ ex operis noui nunciatione agere possim, quia nihil feceris, neque cum eo cui id alienaueris, quia ei nunciatum non sit. id est, quia dubitari non immeritò potest an aliqua cõtra te vel cõtra emptorẽ actio cõpetat. Sufficit enim posse de illo dubitari, vt hæc actio si non prorsus necessaria, saltem vtilis esse possit: quia non leue incommodum est si quis per alium in eas angustias coniiciatur, vt pro actione quã certam & indubitatam habebat, cogatur dubię & ancipitis actionis periculum subire, cui statim proximũ est damnum amissæ actionis competentis si alia electa sit quàm quæ competebat, adeò vt ob eã causam fuerit necessarium introduci à prudentibus actionem præscriptis verbis. *l. si gratuitam 17. in princ. l. Titius 34. ad fi. de præscr. verb.* iunct. *l. 1. commod. leg. cùm filius 76. §. varius. de lega. 2.* At non potest dubitari quin hęc actio competat, si, eã eligere actor malit. Nec enim per alias quæ ordinario iure cõpetunt excluditur tanquam extraordinaria, nisi cùm alias & competere certum est, & minùs habere vtilitatis, vt diximus in §. preced. Illud planè verũ & indubitatũ est quod Accursius ex hoc §. colligit, si tibi sub pœna promisero nõ facere opus aliquod in solo meo, si alienem solum, & emptor id opus faciat, neq; me, neq; emptorẽ teneri, ex *l. cùm filius 49. §. 1. de verb. ob.* Non me, quia nihil feci quamuis promiserim, non te, quia nihil promisisti, quamuis feceris. Sed nõ est bona collectio quæ fit ex hoc §. Nam in huius loci specie verius est, quamuis non prorsus indubitatum posse agi ex noui operis nunciatione etiam contra emptorem, quamuis nunciatum ei non sit nouum opus, quia nunciatio, vt dixi, in rem fit non in personam. *d. l. vlt.* At in specie, quam Accursius tractat nihil in rem factum est propter quod dici possit debere emptorem esse obligatum.

a *Te hoc iudicio teneri.* Rectè Accursius sic hoc explicat vt tenearis actione in factũ ex hoc edicto quanti mea interest, hoc ipsum verò nihil aliud est quàm quantum ego consequerer si ex noui operis nũciatione tecum agere sine periculo possem, quomodo vtique possem si non alienasses.

4 ¶ Ex quibus apparet, quòd proconsul in integrum restituturum se pollicetur: vt hac actione officio tantùm iudicis consequatur actor, quãtum eius interfit, alium aduersarium non habuisse: fortè si quas impensas fecerit, aut si quam aliam incommoditatem passus erit, alio aduersario substituto.

Ad §.4. Ex quibus.

Ratio dubitandi. Actio hæc neq; bonæ fidei est, neq; arbitraria. Ergo stricta si Accursio credimus (nam & Papinianus noster in *leg. 3. §. in his, de vsur.* stricta iudicia nõ alio nomine vocat, quàm quę nec arbitraria sunt, nec bonę fidei.) Atq; in iudiciis stricti non est locus officio iudicis, quia in iis iudex adstrictus est formulæ, prætoris solúmq; in actionibus bonæ fidei & arbitrariis officio iudicis locus esse potest *leg. quia iurandem 7. ff. de neg. gest. l. centum Capua 8. de eo quod cert. loc. leg. qui per collusionem 49. §. 1. de action. empt.* Ergo nihil est quod ex eiusmodi actione consequi officio iudicis actor possit. Ratio decidendi. Est hæc actio arbitraria non quia succedat, vt vult Accursius in locum vindicationis quæ erat arbitraria, sed quia sic à prætore introducta est, vt arbitrio iudicis rei persecutionẽ cõtineat. *l. prox. §. vlt. ff. h. t.* Debet enim iudex ante omnia arbitrari vt pristina iudicij causa restituatur. *l. ex hoc edicto 8. in princ. ff.* quod nisi fiat, id est, si eiusmodi arbitrio non pareatur, tũ demum sequitur cõdemnatio officio iudicis, id est, ex bono & æquo, quę arbitrariarum actionũ natura & definitio est. *§. præterea. Inst. de actio.* Et certè absurdum est bonæ fidei vel strictam actionem eam dicere, quæ non ex conuentione descendat. Hæc porrò non ea conuentione descendit, sed ex facto eius qui dolo malo alienauit.

5 ¶ Quid ergo est, si is, aduersus quem talis actio cõpetit, paratus sit vtile iudicium pati, perinde ac si possideret? rectè dicitur, denegandam esse aduersus eum ex hoc edicto actionem.

Ad §. vlt. Quid ergo.

Ratio dubitandi. Qui rem meam cuius nomine videbar se rei vindicatione cõmẽtum iri, dolo malo alienauit, recusare nõ potest quominùs vtile iudicium vindicationis suscipere cogatur, quia dolus pro possessione est, vt diximus in præcedentibus ex *l. qui petitorio 36. ff. de rei vindic. l. sed etsi leg. 25. §. per-*

inde de hered. pet. leg. parem 150. de reg. iur. Ergo si verũ est quod scribitur in hoc §. Quoties is aduersus quem actio in factũ ex hoc edicto alioqui competeret, paratus est vtile iudiciũ vindicationis pati acsi rem adhuc possideret, denegandã esse aduersus eum ex hoc edicto actionem, consequens omnino fiet, vt nũquam hæc actio locum habitura sit: quod tamen euidenter falsum & absurdum fuerit dicere.

Ratio decidendi. Multũ interest an is, qui dolo malo alienasse dicitur, paratus sit suscipere iudicium vtile vindicationis, an verò suscipiat inuitus. Nam vt suscipiat inuitus cogi nõ potest nisi probetur possidere desiisse dolo malo: quo probato indignus omnino est cui parcatur, quominus ex actione ista quæ plenissimam indemnitatem adfert, conueniatur, quia fecit duriorem aduersarij condicionem in eo quod probandi doli necessitatẽ ei attulit, aut iure vindicationis vtilis exercendæ carendi. At is qui paratus est iudiciũ vtile suscipere hoc ipso probat se nihil dolo malo feciſſe in alienanda ea re, cuius dolo malo alienandæ causa alia esse nulla poterat, quam ne eius nomine cõueniretur: Et præterea indemnem seruat actorem, quia licèt rem quę petitur amplius non habeat, vt possit eam restituere. Tamen nec si eam verè possideret, cogi adhuc posset vt inuitus restitueret, sed liberaretur præstãdo quãti actor sua interesset iurasset in litem. Ex natura nimirũ actionis arbitrariæ vt docuimus *libr.16. Conjectur. & ad leg. arbur.* 18. §. *de dolo.* Sufficit ergo ad iudicium in eadẽ causa restituendũ, quod vnũ prætoris in hoc edicto propositum est. *leg. ex hoc edicto* 8. *in prin. ff. h. t.* vt paratus sit pati condemnationem, nisi rem ipsam restituet, præstãdi quanti actor ẽa interesse in litem iurauerit. Nulla ergo ratio est vt aliqua in factum actione ex hoc edicto teneatur: cũ nulla in re duriorem fecerit actoris condicionem. Quod Accursius nõ videtur percepisse. Nam quod ait non aliam huius loci rationem esse, quàm quia is qui se offert suscipiendo vtili iudicio vindicationis exoneret actorem, ne cogatur probare factam fuisse dolo malo alienationem, falsum est. Non. n. ideò parcendum ipse est, quòd exoneret actorem, sed quia offerendo se liti probat nihil à se dolo malo factum fuisse. Tantùm abest vt dolum aliquem fateatur, quomodo putat idem Accursius qui ex eo hîc notat parci sponte confitenti. Quasi verò paria sint, Paratum esse alienatorem vtile iudicium suscipere, Et fateri dolum. Sed fefellit Accursium quod vidit, non alium posse conueniri vtili iudicio vindicationis quàm eum qui dolo malo desierit possidere: Nec obseruauit ad eum hoc pertinere, qui nõ nisi inuitus eo iudicio conueniatur, non etiam ad illum, qui paratus sit iudicium vltro accipere. Qui inuitus accipit, necesse est vt dolũ admisisse probetur, quãdoquidem aliter conueniri inuitus nõ posset. Qui verò se offert potest vtiq; iudicio isto vtili rectè non conueniri etiãsi nihil fecerit dolo malo, cùm hoc ipso potius probet dolũ à se malũ & abesse & semper abfuisse. Nec illud quoq; verum est, quod addit idem Accursius, non impediri actionẽ ex hoc edicto si alienator dicat paratum se esse pati condẽnationem quanti actor in litem iurauerit. Nam si verum est quod admittit ille, sufficere ad actionem istam denegandam vt eadem iudicij causa restituatur, iam ostendimus eandẽ omnino restitui etiamsi præcisa rei peritæ restitutio non offeratur. Deniq; quod addit huic actioni tum quoq; locum esse debere, cùm nihil penitus habet vtilitatis, ridiculum est. Cur enim extraordinarium auxilium deferret prætor ei cui commune sufficeret? Nam quod ait & actionem hãc in factum & iudicium illud vtile vindicationis dari ex æquitate, verum quidẽ est, sed ad rem non pertinet, quia non eò minùs fatendum est ordinarium esse iudicium vtile vindicationis cõtra eum qui dolo malo desiit possidere, extraordinariã verò esse actionem quæ competit ex hoc edicto. Deinde supponit hæc ratiocinatio Accursij non posse quem vltro suscipere iudicium vtile vindicationis quin sit in dolo adeóque dolum suum fateatur: quod verumq; nos negamus. Etsi non inficiamur huius §. sententiam sicuti generaliter & indistinctè concepta est, ita ad eum quoque pertinere qui dolo malo alienauerit: sed non inducit ea res hanc actionem, quæ vt locum habeat nõ modò interueniſſe dolum necesse est, sed etiam probatum esse cùm præsumatur nunquã nisi probetur. Cuius porrò probãdi nulla subest necessitas vel causa, cùm is qui dicitur dolo malo alienasse non cõueniretur paratus est cõueniri. Sed neq; probari dolum sufficit si nõ etiã probet actor sua interesse. Nihil autem eius interest, cum is qui alinauit, iudiciũ vtile suscipere paratus est vt ostendimus. Quod autem adducit Accursius tanquã simile de minore qui non eò minùs restituitur contra eum cum quo contraxit quod habeat ordinariam actionem aduersus tutorẽ suũ vel curatorem, ex *leg. vlt. & tot. tit. C. si tut. vel curat. inter.* quàm dissimile sit quámq; longè diuersam rationem habeat, docuimus satis ad *tit. De minorib.*

4. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

ITem si res fuerint vsucaptæ ab eo, cui alienatæ sint, nec peti ab hoc possint: locum habet hoc edictum.

Ad l. Item si res 4.

Ratio dubitandi. Nihil interest an quid deperditũ sit, ideſt, in rerum natura esse desierit, an verò diminutum, id est, vsucaptum fuerit, quia vtroque modo res perit domino. Vnde & ista duo coniunguntur in Senatusconsulto quod factum est de petitione hereditatis de quo in *leg. item venunt* 20. §. *præter hæc & §. ait Senatus placere.* iunct. *leg. de perditum* 21. *de her. pet.* Quomodo etiam dicere solemus manumissionẽ morti cõparari. Nempe ad subtrahendum domino seruum. *leg. inter omnes* 46. *de furt. l. si mihi* 29. *de solu.* Atqui si res hæc quam ponimus dolo malo alienatã fuisse, periisset apud emptorẽ vtiq; actio hæc intercideret. *leg. prox. §. pen. ff. h. t.* Ergo & intercidere debet si res vsucapta sit ab emptore quẽ ponimus bonæ fidei possessorẽ fuisse. R. dec. Potest æquip arari vsucapta res ei quę penitus deperdita & extincta fuit, quantũ ad hoc vt eius dominiũ priori domino eripiatur, sed nõ in omnib. neq; quantũ ad hanc actionem. Euidens. n. ratio diuersitatis illa est, quod cũ res alienata desiit esse in rerum natura suo fato & sine culpa emptoris, nihil potest interesse actoris penes quem res æquè fuerat petitura, aut, vt dicam melius penes alienatorẽ, si nõ fuisset alienata. Denique non periit propter alienationẽ quãuis perierit post alienationẽ. Atqui actio hæc nõ datur nisi ad id quod interest actoris, & quidẽ ob id quod alienatio facta sit dolo malo. Mirum igitur non est cessare hãc actionẽ si alienata res deperdita sit apud emptorem, *d. §. pen.* vbi dicam. At cùm alienata res fuit vsucapta ab emptore, non eò minùs verum est interesse actoris, & quidem propter alienationem, quia si alienatio nulla facta fuisset, vsucapio in persona emptoris sequi non potuisset. Non potest igitur vsucapio facere quominus huic actioni locus

locus sit, imò tãtò magis quod post vsucapionẽ peti amplius nequit ea res quæ vsucapta fuit, ac proinde moraretur in damno actor, si non ei per hoc edictũ subueniretur. Sed nonne is qui alienauit eque lucrat vsucapturus etiãsi nõ alienasset? Quid ergo interest actoris, qui omnimodo rẽ suã amissurus fuit per vsucapionem, nulla etiã facta alienatione? arg. *l. antep. sup. tit. prox.* An non potius imputare debet suæ negligentiæ, quod non interruperit vsucapionem, aut saltem quod litem nõ fuerit contestatus? antequàm ea per emptorem compleretur? vt in *l. vlt. in fin. C. de his quæ à non dom. alienata sunt.* Respondeo posse multis casib. euenire vt nihil possit imputari actori, cui tamen vsucapionis damnum cõtingerit propter alienationem, quod alioqui non contigisset. Finge alienatam fuisse rem in eum qui vel potentior sit, vel alterius prouinciæ vel tergiuersator, vel vtiligator. Hæc enim sunt quę huic edicto locum facere solent. Quid possis imputare actori si aduersus talem emptorem non egerit, acturus vtique contra alienatorem si eum alienasset? Etsi enim cum emptore experiundi potestas fuit, non debet tamen ea res prodesse venditori qui dolum admisit, vt inf. 3. *vt bonor. rapt.* quique ideò alienauit, vt vel nullomodo vel filicem non nisi cum incommodo agi aduersus emptorem posset. Proinde non potest alienator actor. tacituritatem suam obiicere quomodo obiicitur in specie. *l. vlt. in fin. Co. de his quæ à non domin. alienata sunt.* cùm tacendi occasionem ac pene necessitatem alienator ipse dederit. Ideóque nec diiitinguendum est an cœpta esset necne vsucapio penes venditorem. Deinde quid si alienator malæ fidei possessor erat, ideóque vsucapere nunquam potuisset? Non enim consequens statim est, vt res ideò fiat furtiua. Siquidem furtiuã rem nõ facit sola rei alienæ scientia, nisi etiam contrectatio accedat, réque mobilis proponatur. Finge verò rẽ venditam immobilem fuisse, aut penes eum qui emit iam constitutam eius possessionem fortè ex causa depositi vel commodati si ponas esse rem mobilem, verissimum namque est quod Accursius defendit hoc edictum non minùs ad res mobiles, quàm ad immobiles pertinere. His igitur omnibus casibus dicendum est locum esse huic edicto cùm interſit actoris propter alienationem si modò illa etiam duo concurrant, vt & dolo malo facta sit alienatio, & iudicij mutandi causa. Sunt enim semper suponnenda quoties de hoc edicto tractatur. At rursus obst. re illud videtur, quòd cùm nulla sit vsucapio, quæ breuiore tempore quàm vnius anni spatio concludatur, hæc autem actio post annum non detur. *l. vel post annum* 7. *eod.* non facilè dici potest quomodo dici possit dari hæc actio post completam vsucapionem. Neque enim negari potest, licèt Accursius neget, annum actionis huius currere ex die alienationis, cùm ex eo die incipiat actoris interesse. *§. item si locum l. prox. §.* At nec illud dici potest, quod idem Accursius tentat, contestatam fuisse litem super actione ex hoc edicto competente, atque ita perpetuam. Id enim non modò commentitium est, sed etiam alienum à verbis Vlpiani qui ponit locum esse huic edicto etiamsi res alienatæ iam vsucapiæ sint, nec peti amplius possint. Itaque ponendum necessariò est, cœptam iuisse vsucapionem à venditore, vt potuerit compleri ab emptore ante finitum tempus, intra quod debet actio ista exerceri.

a *Nec peti ab eo possint.* Ratio dubitandi. Actio hæc subrogatur quodammodo in locum directæ vindicationis quæ hodie competeret aduersus alienatorem si non alienasset. Non enim id agit prætor hoc edicto vt actionem aliquam ei det, qui nullam alioquin habiturus esset, sed vt qui alium hodie aduersarium habet, cúmque duriorem & difficilioris conuentionis, non ei gatur aduersus eum experiri tametsi posset si vellet, possitque eligere alienatorem quasi non alienasset. *l. 1. C. hoc tit.* Atqui post completam ab emptore vsucapionem nulla vindicatio supereſt quę amplius exerceri possit, nullus aduersarius quem duriorem possis dicere, aut quem eligere, cùm inquietari amplius non possit. Ergo nec aliqua ex hoc edicto actio supereſſe potest, licèt antea competierit, necdum annus præterierit, qui ad eam exercendam datur. Ratio decidendi. Facilius est vt extinguatur directa vindicatio, quę potuit ante completam vsucapionem exerceri contra emptorem, quàm vt amittatur hęc actio quæ ex die alienationis cœpit competere aduersus alienatorem. Emptorem enim sua bona fides tuetur & auctoritas completę vsucapionis, quę nõ similiter prodesse debet alienatori, qui & dolo malo alienauit, & per eam alienationem id egit ne vsucapio tam facilè posset interrumpi contra ipsum alienatorem. cùm videret se in eo esse vt iamiam conueniretur, si non alienaret. Tantò magis igitur eum teneri æquum est, vt sarciat damnum quod vsucapio attulit, tanquam quod per alienationem quoque contigerit, aut saltem propter alienationem. His ergo verbis dubitandi potiùs quàm decidendi ratio continetur. Nam quandiu res alienata peti adhuc potest, minùs dubitandum occurrit, quin edictũ hoc locũ habeat.

1 ¶ Itémque fieri potest, vt sine dolo malo quidem possidere desierit, verùm iudicij mutandi causa id fiat. Sunt & alia complura talia[a]. ¶ Potest autem aliquis dolo malo desinere possidere, nec tamen iudicij mutandi causa feciſſe[b], nec hoc edicto teneri: neque enim alienat[c], qui duntaxat omittit possessionem. Non tamen eius factum improbat prætor[d], qui tanti habuit re carere[e]: ne propter eam sæpius litigaret. hæc enim verecunda cogitatio eius, qui lites exsecratur[f], non est vituperanda: sed eius duntaxat, qui cùm rem habere vult[g], litem ad alium transfert, vt molestum aduersarium pro se subiiciat.

Ad §. 1. Itemque fieri potest.

Ratio dubitandi. Etiam cùm quis sine dolo malo desiit possidere, si tamen mutandi iudicij causa id faciat, non eò minùs deteriorem facit actoris cõdicionem, quę scilicet non propter dolum fit deterior, sed propter alienationem quam hoc casu secutam fuisse ponimus, & quam negari non potest eosdem omnino effectus habere, quos haberet si dolus interueniſſet. Ergo etiam in hoc casu dicendum est huic edicto locum esse debere. Alioqui falsum erit quod Caius dixit in *l. 1. supr.* omnibus modis id agere proconsulem aut prætorem ne cuius deterior condicio fiat ex alieno facto.

ratio decidendi. Is qui rem suam alienat quæ nondum litigiosa facta iure suo & communi vtitur, cùm permissa sit ingenuo cuique & libera rerum suarum alienatio. *leg. 2. si à parent. quæ manum sit.* Proinde si dolo careat non putauit prætor contra eum dandam ex hoc edicto actionem, ex eáque causa doli mentionem fecit, vt scriptum est in *§. Si quis autem.* ĩ. Sed quid illud est quod sequitur.

a *Sunt & alia complura talia.* An fortè quod vult Accursius talia pleraque esse, id est, tales plerósque casus in quibus cesset edictum: Atquin hucúsque nullus talis casus propositus est, sed in omnibus præcedentibus dictum est edictum hoc locum habere, si modò excipias quod scriptum est in *§. vltim. legis superioris.* Et, quod præcipuum est, in ea specie, quæ ex Vlpiano nostro proponitur initio huius legis, an non diximus edictum hoc locum habere? Porrò dictio illa *itémque*, cùm si non modò coniunctiua, sed etiam repetitiua, non aliam interpretationem recipere potest, quam vt id ipsum in hac specie Vlpianus sentiat, quod senserat in præcedente, Edictum scilicet hoc locum habere. Nam in sequentibus tantùm incipit adferre casum, quasi nouum quid & præcedentibus dissimile, in quo cesset hoc edictum? Itaque vt quod sentio eloquar, locum hunc valde corruptum esse, puto, & difficilis si quis tentare volet, emendationis nisi fortè nostra placebit? Nam nec illud possum concoquere, quod ab Vlpiano scriptum volunt, Posse fieri vt quis sine dolo malo desierit possidere, verum tamen iudicij mutandi causa id fiat. Nam statim atque constat factam esse alienationem animo iudicij mutandi, quod ipsum nihil aliud est quàm esse factam iudicij mutandi causa, quis non videt factam esse dolo malo, mala mente, & vt locutus est siue prætor siue Caius. in *leg. 1. suprà hoc tit. l. data opera*, & in fraudem futuri iudicij? Nec enim alia edicti verba habemus, quibus possit conuenire quod scriptum legimus in *§. si quis autem*, infrà fieri, in hoc edicto doli mentionem. Imò verò constat ex *leg. ex hoc edicto 8. §. ait prætor.* infrà contentum fuisse prætorem sic edicere, *quæ ve alienatio iudicij mutandi causa facta fuerit*: Nempe, vt arbitror, quod de alienantis dolo satis expressum videretur iis verbis *iudicij mutandi causa.* Vnde est quod in hoc titulo passim ea quæstio, An huic edicto locus sit, quasi per æquipollentia verba sic exprimitur, An alienatio facta sit iudicij mutandi causa, vt in *dict. leg. ex hoc edicto 8. §. vltim. & leg. sequent. leg. pen. & vltim. infrà.* Contendo igitur legendum esse in hoc paragrapho *numquam* pro eo quod vulgò legitur, *itémque*, Nato, vt probabile est, errore ex literarum similitudine quibus vtráque dictio scribi olim solebat quoties breuiùs scribebatur, cùm pro *numquam* scriberent librarij *nunque* (hac enim postrema nota pro littera *m* passim vtebantur) ex quo facilè potuit conflari dictio *itémque* ab iis præsertim qui postremam syllabam ita vt ostendimus scriptam non pro *quam*, sed pro *que*, acceperunt. Quod verò sequitur *sunt & alia complura talia*, lego per parenthesim, & sic intelligo vt his verbis significare velit Vlpianus multa esse alia huiusmodi, quæ scilicet non conuertuntur, Qualia hæc sunt de quibus agimus, *Alienare dolo malo*, & *Alienare iudicij mutandi causa.* Nam quisquis alienat iudicij mutandi causa, is quidem aut dubiè dolo malo alienat, sed non contrà, iudicii mutandi causa alienat quisquis alienat dolo malo. Et consequenter si probetur facta esse alienatio iudicij mutandi causa, indubitatè locus est huic edicto, tanquam probato per hoc ipsum dolo malo, At si è contrario probatum sit alienationem factam esse dolo malo, non statim consequens est vt locus sit huic edicto, Nisi etiam aliud probetur, quod facta sit iudicij mutandi causa. Non enim dolum quemlibet hoc edicto coercet prætor, sed eum duntaxat qui admissus sit ob hoc vt iudicium mutaretur. Lego autem verba supradicta per parenthesim ne interrumpant contextum antithesis in cuius medio posita reperiuntur, Quę antithesis exprimitur iis verbis. *Potest autem* vbi dictio illa *autem* non stat coniunctiuè, sed aduersatiuè pro *tamen* vt alibi passim. Neque sanè dubito quin ita Vlpianus noster in hoc paragrapho & scripserit, & senserit.

b *Nec tamen iudicij mutandi causa fecisse.* Ratio dubitandi, Iudicium vindicationis non datur nisi contra possessorem. *leg. qui petitorio 36. de rei vindicat.* Ergo fieri nequit vt desinat quis esse possessor, quin hoc ipso iudicium mutetur, nec proinde quin habeat huic edicto locus esse. Ratio decidendi, Mutatur quidem causa futuri iudicii vindicationis mutato possessore, etiamsi sola possessio sit omissa, non item proprietas alienata. Sed non ideò consequens est vt huic edicto locus sit, quia prætor non de sola mutatione iudicij edixit, sed de alienatione facta iudicij mutandi causa. Cùm autè omittitur tantùm possessio nulla alienatio est, quoniã alienatio dicitur is demum actus per quem dominium transfertur. *l. i. C. de fun. dot.* Nihil autem commune habet dominium seu proprietas cum possessione *leg. naturaliter 12. §. nihil commune. ĩ. de acquir. posses.* Nisi quod regulariter dominium transfertur per possessionem. *l. per procuratorem 8. C. de acquirenda possessione.* At non ideò possis dicere transferri semper dominium per translationem possessionis. Nam & hoc ex eorum genere est, quæ non conuertuntur, de quibus supra dicebamus. Non potest transferri dominium sine possessione, nisi certis & perpaucis casibus, de quibus in *lege primo. paragrapho vltimo lege secunda & tertia. de publician. in rem action.* At potest facilè transferri possessio sine dominio, vt euenit in pignore, vsusfructus constitutione, aliisque similibus. *dicta lege naturaliter. in principio. lege cùm & sortis 35. in fin. de pignor. action.*

b *Neque enim alienat.* Ratio dubitandi, Est etiam dominium quoddam possessionis, si Cuiacio credimus ita interpretanti, quod de dominio rerum hereditariarum per bonorum possessionem acquirendo scriptum est in *lege prima. de bonorum possessione.* iuncta. *lege si finita 15. §. Iulianus. de damno infecto.* Ergo is etiam alienare credendus est qui omittit duntaxat possessionem. Atque ita scriptum est in *§. proximo sequent.* ex Pedij sententia non solùm ad dominij, sed etiam ad possessionis translationem hoc edictum pertinere.

Ratio decidẽdi Aliud est desinere possidere, & eadem

idem est, simpliciter omittere possessionem, a liud verò cedere possessione, id est, possessionem in alium transferre. Qui simpliciter desinit possidere, nihil alienat, quia nec quisquam in alium transfert, sed tantùm possessionem suam omittit, & amittit. Atqui possessione cedit, cùm eam in alium transferat, alienat scilicet possessionem: Alienationis enim appellatione in hoc edicto, omnis translatio non tantùm dominij, sed etiam possessionis continetur, vt dicemus ad §. sequentem. Hîc ergo indicit in edictum, superior non item, & ita bene Azo hunc locum explicuit & melùs quàm Accursius, qui quod hîc dicitur eum qui possessionem duntaxat omittit, hoc edicto non teneri sic accipit vt directa quidem actione non teneatur, sed vtili tamen teneatur: quod absurdum est. Ita enim legem Vlpianus dixisset verbis non rebus. Illud tamen nolo prætermittere, quod in dubitandi ratione diximus de domino possessionis ex opinione Cuiacij commentitium esse, & leges in hanc rem citatas, non de possessionis, sed vt verba clarè probant, de rei ipsius dominio accipi oportere, sed de bonitario tantùm non etiam de quiritario, vt alibi contra virum doctissimum à nobis disputatum est.

c *Non tamen eius factum improbat prætor.* Subobscura est huius versiculi continuatio cum præcedentibus. Videtur enim Vlpianus his verbis innuere dari à prætore actionem in præcedente casu, in quo tamen è contrario dixit edictum hoc locum non habere. Itaque hæc verba refert Accursius, non ad proximam & immediatè præcedentem sententiam, sed ad superiorem, acsi scriptum esset, quamuis supra dictum sit eum teneri, qui causa mutandi iudicij alienat, tamen quandoque secus esse. Quod tamen quale sit, non possum intelligere qui video Accursium præcedentia omnia huius §. sic intelligere vt non sit locus edicto. Dicendum igitur, fatendúmque est opponi hunc casum proximè præcedenti in quo actum est de eo, qui dolo malo possidere desiit, non tamen iudicij mutandi causa, & diuersum esse à præcedente, non quidem in eo quod pertinet ad causam huius edicti (est enim hoc vtrique casui commune, vt in neutro casu locus sit edicto, id est, siue quis dolo malo desierit possidere, non tamen iudicij mutandi causa, siue nullo dolo intercueniente ob id solum omiserit possessionem, quod tanti haberet re carere, ne propter eam sæpiùs litigaret) sed in eo quod non improbat prætor factum eius qui lites execratus verecunda cogitatione ad id impellitur, vt possidere desinat, improbat autem factum illius qui dolo malo definit possidere, quamuis non mutandi iudicij causa id faciat: quia, nunquam potest prætor probare factum in quo dolus intercuenit, nec facilè patitur dolum impunitum remanere, & alteri nocere. Nec quod dolus ille huic edicto locum non facit, potest doloso adferre securitatem cùm huiusmodi actione cessante supersit famosa actio De dolo per quam longè seuerius vindicari dolus possit, actorique indemnitas præstari.

d *Tanti habuit re carere.* Non donando eam rem, vt malè interpretatur Accursius: id enim ad causam huius edicti sine dubio pertineret, sed rem ipsam derelinquendo, vt in *l. prætor ait 7. §. vnde quæritur. de damn. infect. & in l. vltim. Codic. de acquir. possess.* Etsi enim qui rem pro derelicto habet vt non minùs dominium amittit quàm possessionem, quia est ille vnus ex modis amittendi dominij, & quidem ex iure gentium. *§. qua ratione Instit. de rer. diuis.* cùm tamen de illo tractemus qui dominus non fuit verendum non est ne dominium amiserit. *l. non videntur rem amittere 83. de regul. iur. Iunge l. illud quoque 7. §. quid tamen de tribut. action.*

e *Qui lites execratur.* Quibus nihil est odiosiùs bono legislatori vt & probo cuilibet viro, quia nec quicquam reipublicæ perniciosius est, per quas nimirum ciuilis concordia cuius solius vinculo solus reipublicæ continetur, si non prorsus extinguitur certè non parum labefactatur, familiarúmque etiam amplissimarum patrimonia extenuantur, profligantur, & exhauriuntur. Hinc fauor transactionum iurisiurandi, & rerum iudicatarum, quibus potissimum auxiliis litibus finis imponi solet. *l. 1. & 2. de iure eiur. l. fratris 10. & pass. Codic. de transact. l. singulis 6. infr. de except. rei iudic.* Hinc quod dici solet ad officium iudicis dicentis maximè pertinere vt lites diminuat. *l. quidam 21. de rebus credit.* Item interesse litigatoris vtriusque, id est, etiam illius qui vincitur, vt quam primùm lis per sententiam iudiciis terminetur. *l. 1. Codic. de ad-administr. tutor.*

f *Cum rem habere vult.* Intellige cum Accursio *aut pretium rei.* Qui enim vendit is rem quidem ipsam habere non vult, cùm aliud sit res, aliud verò rei æstimatio. *l. si alij 42. §. 1. de vsufruct.* sed tamen precium rei pro ipsa re habere vult, & cùm precio fruatur non minùs rem habere intelligitur, quàm si eam non vendidisset. *l. quia qui precio. 39. eodem l. si & rem 22. de hered. petit. l. sed si quis 33. & seq. infra de pecul.* Sed adde quod Accursius non addit. *aut quid aliud simile quod rei loco sit.* vt eum quoque hoc edicto comprehendi intelligas qui mutandi iudicij causa rem donauit. Nam & hic lucrum aliquod ex donatione sentit, cùm lucri species sit acquirere sibi beneficij debitorem. *l. si pignore. 54. §. 1. de furt.* propter obligationem naturalem, & ad ἀντίδωρα, cuius vinculo erga donatorem suum obstringitur is, qui accipit donationem. *l. sed etsi lege 25. §. consuluit. de petit. hered.* Denique translatio omnis hoc edicto continetur, vt subiicitur in §. sed quocunque tandem iure ac titulo facta sit, nec alij excipiuntur, quàm qui possessionem suam ita omittunt, vt eam tamen in alium non transferant. Cæteris enim omnibus conuenit generalis ratio edicti de qua in *l. 1. §.*

2 ¶ Pedius libro nono

NOn solùm ad dominij translationem hoc edictum pertinere ait, verùm ad possessionis quoque: alioquin, cum quo in rem agebatur [a] (inquit) si possessione cessit, non tenebitur.

Ad §.2. Pedius.

Ratio dubitandi. Ait prætor, *Quæve alienatio iudicij mutandi causa facta fuerit. leg. hoc edicto 8. §. 1. infrà hoc tit.* Atqui alienationis nomine is demum actus continetur, per quem dominium transferatur, *leg. 1. C. de fund. dotal.* Ergo non ad possessionis, sed ad dominij duntaxat translationem hoc edictum pertinere potest. Ratio decidendi. Ea quidem propria huius dictionis significatio est, Sed tamen sumitur interdum etiam aliter, & generaliùs pro qualibet translatione quæ ab alio in alium fiat, quod & nominis etymologia ostendit: Quo sensu etiam possessionis alienatio dici potest, Et ita sumitur in Iustiniani constitutione quæ extat in *leg. vltim. C. de reb. alien. non alien.* Multò magis in hoc edicto, in quo cùm de iis maximè agatur qui rem alienam possidentes eam alienant ne directa rei vindicatione conueniri possint, vix potuit alienationis nomen nisi hoc sensu vsurpari, cùm alioqui non possit fieri vt dominium alienet is qui dominus non fuit, vt iam diximus, *leg. ex hoc edicto 8. §. alienare. infr.* nec rursus vt quicquam videatur interesse actoris vindicaturi, quod per hanc actionem consequi possit, si calumniator sit non dominus. *§. penult. infr. hac lege.* Ergo quod hic dicitur ad dominij quoque translationem edictum hoc pertinere, sic accipiendum videtur acsi scriptum esset ad eas alienationes pertinere, quæ factæ sint per id genus contractus ex quo transferri potuisset dominium si fuisset penes alienatorem, Aut potiùs ad eos casus restringendum, in quibus actor non fuerit rem vindicaturus iure dominij & directò, sed ex qua alia causa, vt putà iure pignoris & hypothecæ, aut si acturus erat ad exhibendum, ad proponendum postea interdum, aut denique alia qualibet actione in rem, siue directa, siue scripta: Nam vt his omnibus casibus huic edicto locum esse putem post Accursium, facit ratio generalis huius edicti, quæ omnibus actoribus fauet si modò ipsorum interfit. Nemo autem dubitat quin possit actori interesse etiamsi dominus non sit, cùm possit esse creditor, aut quod aliud ius in re ipsa habere. Et hanc posteriorem interpretationem magis probo. Iunge *leg. post venditionem 16. de aqua & aquæ pluu. arcend.*

a *Alioquin is cum quo in rem agebatur.* Sensus est, si hoc edictum de sola dominij, non etiam de possessionis translatione intelligeretur fore vt is qui à domino directa rei vindicatione conueniretur, nunquam hoc edicto teneri posset, etiamsi dolo malo & mutandi iudicij causa rem ab eo alienatam fuisse constaret, quia scilicet non dominium sed solam possessionem transferre potuisset is, qui dominus non fuisset. Quod tamen absurdum certè esset, cùm propter vindicationes maximè hoc edictum à prætore propositum esse videatur. *l. vnic. C. hoc tit.* Ex eo autem bene sequitur quod proximè diximus post Accursium, huic edicto locum esse in alia quacunque actione quæ sit vel scripta vel directa in rem: Alioqui nunquam esset locus huic edicto ex ea parte quæ pertinet ad dominij quoque translationem.

a *Agebatur.* Ratio dubitandi. Hoc edictum nõ pertinet ad alienationem factam mutandi iudicij quod iam fit, sed tantùm futuri causa. *leg. ex hoc edicto 8, §. 1. infr. hoc tit.* Ergo non est quòd hîc tractemus de reo cum quo iam agebatur, sed de eo tantùm cum quo acturus quis erat. Actio siquidem nulla est nisi ex die litis contestatæ & iudicij accepti. Ratio decidendi. Omnium actionum instituẽdarũ principium ab ea parte edicti proficiscitur quæ est de in ius vocando. *§. omnium. Instit. de pœn. temer. litig.* Ergo statim atque reus in ius vocatus est verum est incipi cum eo agi, tametsi nondum actio data sit à prætore nec iudicium ab eo dictatum, quod non fit nisi post litem apud prætorem contestatam.

c *Si possessione ceßit.* Id est, si per rei alienationem transtulit in alium possessionem. Non autem si simpliciter possessionem suam omisit, aut dereliquit. Sic enim hic locus accipiendus est, ne alioqui pugnet cum §. præcedente vbi dixi quod Placentinus ab Accursio hîc relatus non intellexit.

3 ¶ Si quis autem ob valetudinem, aut ætatem, aut occupationes necessarias litem in alium transtulerit, in ea causa non est, vt hoc edicto teneatur: cùm in hoc edicto doli mali fiat mentio. Cæterùm [a] erit interdictum & per procuratores litigare, dominio in eos plerumque ex iusta causa translato[b].

Ad §. 3. si quis autem.

Ratio dubitandi. Etiam cùm quis ob valetudinẽ aut ætatem, aut occupationes necessarias litem in alium transfert, perinde euenire necesse est, vt iudicium mutetur, acsi facta esset alienatio iudicij mutandi causa, tantumdémque damni & incommodi ex eiusmodi alienatione actor sentiat quantum si alienator in dolo fuisset. Ergo etiam hoc casu locus est edicto. Quid enim actoris interest an dolo an alio quolibet facto aduersarij incidat in captionem? Neque verò prætor hoc edicto id tantùm agit ne ex dolo vnius fiat deterior condicio alterius, sed generalius, ne cuius condicio deterior fiat ex alieno facto, vt scriptum est in *lege prima suprà.*
Ratio decidendi, Non datur hæc actio in pœnam mutati iudicij, sed in pœnam alienationis quæ facta sit iudicij mutandi causa, id est, data opera in fraudem actoris, ac proinde dolo malo, Id enim est quod subiicit Vlpianus in hoc edicto fieri doli mentionem, Non quod de dolo quicquam prætor expresserit, vt constat ex *leg. ex hoc edicto 8. §. 1. infrà.* Sed quia nunquam fieri potest vt sine dolo malo desierit possidere is, qui desiit iudicij mutandi causa, vt dixi ad paragraphum primum huius legis. Atqui in casibus huius paragraphi, id est, cùm quis ob valetudinem, aut ætatem, aut occupationes necessarias litem in alium transtulit, non potest videri id fecisse iudicij mutandi causa, sed potiùs ex necessitate: quanquam probabilem fuisse alienationis causam satis est vt huic edicto locus non sit quamuis non fuerit necessaria.

Cæte-

a *Cæterùm* pro *cæteroquin.* id est, alioqui vt Accurs. interpretatur. Sensus est si adeò districtè hoc edictum accipi deberet, vt quælibet alienatio per quam iudicium mutaretur, interdicta esset, etiam quæ necessariam, aut saltem iustam & probabilem causam habuisset, Fore vt neque per procuratorem posset quis litigare, cùm litis dominium in eos transferri necesse sit, iis scilicet per cõtestationem dominis effectis, vt scriptum est in *leg. procuratoribus 22. & seq. Codic. de procurat.* sic enim locum hunc intelligo, non vt Accursius de procuratoribus in rem suam constitutis. Quanquam & hi propriè appellari procuratores possunt, repugnante licèt Accursio, & tales procuratores non tantùm actor cõstituere potest, sed etiam reus *l. 3. §. famil. ercis.* Nec illud rursus nego quod vult Accursius, etiam actorem posse incidere in hoc edictum, si fortè iudicij futuri mutandi causa transtulerit actionem in alium, vt molestiorem aduersarium ei daret contra quem agere destinabat. Nulla enim ratio est cur hac parte minùs reo faueamus quàm actori, vt nec in aliis edictis fulet si quando possint actori conuenire perinde ac reo *l 1 §. non solùm ff. si quis ius dicent. non obtemp.* Vnde est quod pragmatici Galli notant *legem Per diuersas 34. Codic. mandat.* quæ in Sabaudia viget, abrogatam esse in Gallia præterquam in duobus casibus, quorum vnus est si cessa fit actio in potentiorem, alius est si facta sit cessio iudicij mutandi causa aduersus hanc edicti partẽ, nihilne igitur refert an reus, an actor incidat in hoc edictum? Imò refert quàm maximè. Reus enim si incidat condemnatur quanti interest actoris *§. vlt. ff.* Actor verò si incidat non ideò condemnatur, sed hanc facti sui pœnam patitur, vt neque ipse, neque cessionarius experiri volens, audiatur *l. vlt. in fin. ff. h. tit.* vbi dicam.

b *Dominio in eos plerunque ex iusta causa translato.* Corruptus mihi videtur hic versiculus ab imperito aliquo interprete, qui cùm existimaret siue antè, siue post Accursium, non de aliis procuratoribus locum hunc posse intelligi, quàm qui in rem suã constituti sint, videret autem nihil esse necesse, vt is qui per procuratorem litigare vult, eũ idcirco constituat procuratorem in rem suam, & rursum quoties reus rem vendit aut alio contractus genere alienat aduersus hoc edictum, fieri tamen eum qui rem acquirit, procuratorem in rem suã, addendam existimauit dictionem *plerunque*, & subinde tanquam vice interpretationis *ex iusta causa*, quasi verendum alioqui esset, ne hoc prætextu constituendi passim procuratoris in rẽ suam, fieret fraus huic edicto nisi temperamenta illa subiicerentur. At non ita est. Generalem enim rationem adferre Vlpianus voluit, cur non sit dicendum ad edictum hoc pertinere, alienationes quascunq. etiam ex necessaria vel probabili causa factas, quoniã, inquit, alioquin eueniet vt nec permittendum esset eo per procuratorem litigare, quia nunquam id fieri potest quin necesse sit procuratorem fieri dominũ litis per contestationẽ. Nec proinde nisi frustrà & ineptè possis hîc addere verba illa *plerunque ex iusta causa.* cùm dari casus nullus possit in quo id non eueniat. Atqui nemo negauerit iniquũ fore si prohibeatur reus litigare per procuratorem. Est enim vsus procuratorum plerũq. necessarius, non minùs ad defendendum quàm ad agendum *l. 1. §. pẽ. l. filiusf. 8. vers. ad defendendum. ff. de procur.* Ergo edictum hoc prætoris necessariò intelligendum est cum illo temperamento, nisi iusta & probabilis, ac multò magis, nisi necessaria causa sit litis in alium transferendæ. Longéque aliud est transferri litem in alium quomodo transfertur in procuratorem simplicem quẽlibet per litis contestationem, aliud verò transferri rem ipsam de qua lis est, quæ non transfertur in alium procuratorem, quàm qui in rẽ suam fuerit constitutus. Sicut & aliud est, Dominium litis, aliud autem dominium rei in litem deductæ. Procurator quilibet fit omnino dominus litis ex die cõtestationis, at non fit dominus rei & negotij, ne quidẽ per rem iudicatam, ob idque in executione iudicati, neq. agere ipse, neq. cõueniri, nec rursum ei solui potest *l. hoc iure 86. de solut.* Procurator verò in rem suam constitutus æquè dominus quidem fit litis si litem ipse contestetur, sed fit dominus rei & negotii, priùs etiam quàm sit litem contestatus. Porro edictum hoc non tam prospicit aduersus translationem dominij, quàm aduersus translationem litis. Hæc enim translatio & alienatio est quæ iudicij futuri causam mutat, non illa.

4 Ad iura etiam prædiorum hoc edictum pertinet: modò si dolo malo fiat alienatio[a].

Ad §. 4. Ad iura.

Ratio dubitandi. Is demum hoc edicto tenetur qui eius rei de qua cõueniebatur, vel dominiũ transtulit in alium, vel possessionem, *§. Pædius. ff.* Atquin si constitueris seruitutem, siue realẽ, siue personalẽ prædio, quod ego à te petere volebam, neq. dominium prædij transfers, neq. possessionem. Seruitus enim cùm in iure consistat sola conuentione potest constitui, tantũque abest vt dominij vel possessionis translationẽ exigat, vt è contrario confusione amittatur seruitus, si is cui debebatur cæperit esse dominus fundi seruiẽtis, quia nemini res sua seruit *l. 1. & pass. ff. quemad. seruit. amitt.* Ergo quanuis seruitutem alij constitueris, ex hoc tamen edicto non teneris, cùm prætor omnimodo exigat alienationem, *l. ex hoc edicto 8. §. ait prætor. ff. h. tit.* quæ porrò nulla potest esse quin sit vel dominij, vel possessionis.
Ratio decidendi, Iura prædiorũ nihil aliud sũt quã ipsa prædia qualiter se habentia *leg. quid aliud 86. de verb. sign.* Proinde quoties seruitus quæ siue realis sit, siue personalis ius prædij semper est cùm à prædio debeatur, vicino venditur alitérve constituitur, ipsum quoque prædium quod seruire incipit, alienari ex parte intelligitur *leg. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* quia fit deterius si constituta sit seruitus ab eo qui habuerit ius cõstituendi, quomodo constitutam esse ponẽdum est, alioquin inutilis & nullius momenti esset seruitutis constitutio quã à non domino factam esse constaret. Nisi quòd hoc etiam casu negari non potest quin fiat deterior mea condicio, quia post constitutam à te quamuis inutiliter seruitutem fundo non tuo, sed meo quem ego à te petere volebam, nouus mihi suboritur aduersarius, qui vt seruitutem sibi constitutam tueatur, necesse habebit ius meum negare, sibíque fundi dominium adserere, quæ res eadem adfert mihi incommoda,

quæ ipsius fundi alienatio adferre potuisset. Atque ita primùm Accursius hunc locũ interpretatur. Sed tamen ne hanc interpretationem omnino probare possim, illud facit quod etsi huiusmodi, seruitutis constitutio per fundi possessorem facta siue dominus illud sit, siue nõ sit incommodũ noui aduersarij actori adfert, non tamen efficit vt iudiciũ mutetur, quia nõ eò minus tenebitur possessor suscipere iudiciũ vindicationis si conueniatur, cũ nil obstãte ea seruitutis constitutione & dominus remãserit & possessor. Erit ergo conuenientiùs meo iudicio, vt hunc §. intelligamus de alienatione prædij seruiẽtis per eum facta cuius prædium debeat, quam dominus fundi dominantis in eo errat vt vindicaret. Hoc enim casu quãuis de fundi dominio vel possessione nulla lis timeretur, quæ dubitãdi ratio esse poterat, non eò minùs tamen videri potest facta fundi alienatio iudicij mutandi causa, quia non magis de seruitute à fundo debita quàm de fundo ipso litigari cum alio potest, quàm cum fundi possessore: siquidem seruitus ipsa nihil aliud est quàm ipsum prædium qualiter se habens, vt iam diximus ex *d. l. quid aliud*. Neque verò potest alienari seruitus, siue passiua, siue actiua, quin alienetur prædium à quo vel cui seruitus debeturr. Et hoc quoq. tandem Accursius sentire videtur: quia nec malè addit, idem esse in iure emphyteutico, quod dictum est in seruitute. Nam & emphyteusis ius prædij est *l. 1. si ager vectig. vel emphyt. petat.* Seruitutes omnes sunt iura prædiorum. *Instit. de reb. corpor. & incorpor.* Sed non è conuerso iura omnia prædiorum sunt seruitutes. Hic autem locus non tantùm de seruitutibus, sed etiam de iuribus omnibus prædiorum, & loquitur & intelligendus est. Et consequenter etiam de superficie *l. 1. de superficieb.*

a *Modo si dolo malo fiat alienatio.* Id est, iudicij mutandi causa. Nam quibus casibus non daretur actio ei qui fundum ipsum erat vindicaturus multò minùs danda est ei qui de seruitute tantùm fuerat iudicium aduersario dictaturus.

§ ¶ Hæc actio in id, quod interest, competit proinde si res non fuit petitoris [a]: aut si is qui alienatus est, sine culpa decessit, [b] cessat iudiciũ: nisi si quid actoris præterea interfuit [c]

Ad §. 5. Hæc actio.

Ratio dubitandi. Actione ista vindicatur dolus eius qui alienauit in fraudẽ aduersarij & iudicij mutãdi causa, vt dictum est in *§. prox. & præcedente*, ergo ne impunitus dolus remaneat dicendum est huic edicto locum esse debere, tametsi actor sit calumniator, vt in *l. pen. §. 1. ne quis eũ qui in ius vocab. vi exim.*

Ratio decidendi. Hæc actio non est pœnalis, sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet *§ pro.* ĩ. Ergo neq. alij competere potest quàm ei cuius interest, neque ad aliud, quàm ad id quod interest. Eademum namq. actio rei persecutoria est, per quam persequimur quod nobis abest ex patrimonio *l. in honorariis 35. de oblig. & actio.* Nihil autem abest ei cuius nihil interest, cùm appellatione eius quod interest contineatur, & quod actori abest, & quod lucrari potuit *leg. si commissa 13. rat. rem haber.* Porrò quatenus interest in facto non in iure consistit. *l. quatenus 24. de reg. iur.* Itemque potest vt interest ratione expẽsarum duntaxat aut alienorum incommodorum *l. 3. §. ex quib.* ĩ. Aut etiam ratione ipsius rei si malit actor eligere alienantem quàm eum in quem facta est alienatio *l. 1. C. hoc tit.* Eo namque casu semper tanti saltem interest quanti res est, plerunq. autem id quod interest egreditur verum rei pretium *leg. 1. de action. empt. leg. in interdicto 9. vnde vi.* putà si æstimetur res per iusiurandum in litem *l. 1. de in lit. iurand.* Etsi autem in huiusmodi actione non iuratur in litem, quià in futurum actio est *l. 1.* ĩ. & consequenter non in rem, sed in personam & directa & scripta in quo actionum genere nunquam iuratur, nisi cùm agitur de fide rupta *leg. ei apud quem 5. infr. depos.* quod hic non euenit. Attamen in hac quoque actione tanti condemnandus est reus, quanti ex iureiurando in litem præstito condemnari in iudicio vindicationis potuisset si rem neque alienasset, neque restituere domino voluisset. Alioqui non adferret pleniſſimam indemnitatem quam tamen adferunt, omnes partes edicti generalis, De in integrum restitutionibus. Deniq. generaliter definiendum est in eadem penitus causa constituendum esse actorem quæ futura esset si alienatus fundus non fuisset, vt & in specie *leg. si quando 109. §. 1. & leg. si fundum 92. de leg. 1.*

a *Proinde si res non fuit petitoris.* Ratio dubitandi. Potest fieri vt res alienata non sit petitoris, nec eò minùs tamẽ eius interſit, forte si petitiori obligata fuit iure pignoris, aut si fundus alienus seruitutem debuit actori, vel prædio actoris, aut aliud ius quodlibet: quibus omnibus casibus æquè locus est huic edicto, vt diximus ad *§. prox.* & ad *§. non solùm supr.* quia his omnibus casibus potest alienatio fieri in fraudem actoris & iudicij mutandi causa. Ergo superuacua, & inepta est distinctio illa, an res petitoris fuerit, necne. Ratio decidendi. Hic locus intelligendus est de eo petitore qui non alio quàm dominij iure fuerat rem vindicaturus. Nam & petitoris magis propriè dicitur, qui vindicat, & vindicationes speciali nomine petitiones appellantur *l. pecuniæ 178. §. actionis de verb. signific.* Cæterùm si non vindicaturus actor fuit, sed vel ad exhibendum acturus, vel quasi Seruiana, vel confessoria aut negatoria actione, non illud inspiciendum erit, an res fuerit peritoris, sed an ius illud habuerit, cuius nomine acturus fuit. Nam si habuit vtique eius interest, quod sufficit vt ex hoc edicto agere possit, dummodò illud etiam concurrat vt alienatio facta sit iudicij mutandi causa. Vnóque tantùm casu impunitus est dolus possessoris etiamsi alienauerit iudicij mutandi causa. Nimirum si nullomodò actoris interſit, quod vix aliter euenire potest quàm si probetur calumniator, vt in *d. l. pen. §. 1. ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.*

b *Aut si is qui alienatus est sine culpa decessit.* Ratio dubitandi, Etiam cùm res petita periit sine culpa possessoris, tametsi videatur æquè peritura fuisse penes actorem, adhuc tamen potest actoris interesse, quia potuit rem distrahere, atque ita precium nunc haberet, vt in *l. item verberatum 15. in fin. infrà de rei vindicat.* Ergo non eò minùs danda est hæc actio, quòd seruus qui dolo malo, id est, iudicij

iudicij mutãdi causa alienatus fuit postmodum penes emptorem sine culpa & facto suo decesserit.

Ratio decidendi. Superior distinctio, An æquè peritura nécne res fuerit penes actorem, non cadit in speciem huius edicti, sed ad illũ casum pertinet, quo actor cœperit rem vindicare, quia si possessor ei rẽ restituisset eo tẽpore quo petita fuit, vtique potuisset actor rẽ distrahere, fatique periculũ in emptorem transferre *d. l. item si in fin.* At nos de illo agimus qui nihildum petit, sed tantùm petere voluit, vt in *l. amplius 15. rat. rem haber.* ac propinde qui sibi potiùs debet imputare cur nõ fuerit diligentior in agendo siue rei vindicatione cõtra possorem, siue ex hoc edicto contra alienatorem, quàm reo cur non rem ipsam restituerit priusquam secum ageretur. Inculpatus enim est possessor si modò restituat rem petitam eo ipso tempore quo petitur *l. 2. ĩ. de vsur.* Porrò quoties nihil potest imputari ei qui conuenitur siue reali, siue personali actione teneatur, certum est liberari eum interitu rei citra moram aut culpam vllam contingente *leg. si ex legati 23. de verb. obligat leg. item si cum 14. §. quatenus.* vbi dixi *supr. quod met. caus.* Tantò magis in proposito, quòd hæc actio succedit quodammodo in locum directę actionis, vt ait Accursius ex *l. electio. 26. §. si is quem.* vbi similis ratio ponitur *infr. de noxa. action.*

c *Nisi si quid actoris præterea interfuit.* Ratio dubitandi. Cùm principalis causa non consistit, nec ea quidem quæ sequuntur, id est, accessiones locum habent *leg. cùm principalis 178. de reg. iur.* Atquin id quod interest, nihil nisi accessio est principalis obligationis. Ergo si principalis, siue obligatio, siue actio extincta sit interitu rei, quæ vel petebatur, vel petipoterat, nulla eius quod præterea interest habe ri ratio potest. Ratio decidẽdi. Id quod interest petitur hac actione, non tanquam accessorium quid, sed tanquam principale, cùm hac actio non ad aliud competat quàm ad id quod interest actoris, vt in hoc §. scriptum est. Potest autem fieri vt etiam post rem peremptam interſit actoris, non quidem propter fructus & accessiones, vt malè putat Accursius ex *l. vtique 16. de rei vendicat* quæ lex loquitur de accessionibus quæ post litem contestatam emerserunt, (nos enim eum casum tractamus quo nulladum contestatio facta sit, ac proinde quo fructus rei petiæ nulli debeantur quorum præstandorum obligatio incipit ex die litis contestatæ *l. 2. leg. videamus 38. §. si actionem. de vsur.*) sed si ex qua alia causa probet actor sua interesse, quando variis modis potest contingere, vt ex eiusmodi alienatione facta iudicii mutãdi causa, damnum ille aliquod & incommodum senserit quod sufficit vt huic edicto locus fiat *leg. 3. §. opus quoque supr. hoc tit.* Sed & Accursij interpretatio defendi potest, & actoris interesse propter fructus, si intelligas non de iis fructibus qui percepti sint post litem contestatam, sed de iis quos ante motam vllam controuersiam perceperit possessor, etiam qui bonam fidem habuisse proponatur. Nam & illi fructus restituendi sunt à bonæ fidei possessore si extent *leg. certum 22. C. de rei vindic.* aut quod idem est si exinis locupletior factus sit. Non enim absumptum videtur, quod in corpore patrimonij retinetur *leg. idem seruandum 72. de legat 2.* In quo passim video errari in foro. Nec enim solent iudices condemnare bonæfidei possessorem ad alios fructus quàm quos perceperit à die litis contestatæ, nec distinguunt an fructus antè percepti adhuc extent, quomodo distingui oporteret. Nam bonæ fidei possessor facit quidẽ fructus suos, sed interim, vt scriptum est in *leg. bonæ fidei 48. de acquir. rer. dom.* id est, vt alibi expl cauimus, quandiu res non euincitur. Nam cùm euincitur, etiam fructus restituendi sunt, nisi qui vel consumpti probentur, vel vsucapti.

6 ¶ Hæc actio non est pœnalis sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet [a], quare & heredi dabitur in heredem autem.

Ad §. vlt. Hæc actio.

Ratio dubitandi. Hæc actio datur in pœnam alienationis factæ dolo malo & iudicij mutandi causa *l. 1.* ĩ. vnde est quod ex delicto dari dicitur in *l. quia pertinet 7.* ĩ. Ergo est pœnalis. Ratio decidendi. Ex parte quidem illius qui conuenitur, pœnalis est, ideóque nec in ipsius heredem datur, nec in ipsum post annum, vt neque pœnales cæteræ, sed ex parte actoris non pœnalis est, sed rei persecutoria, quoniam arbitrio iudicis rei persecutionẽ cõtinet. Ideóque & heredi datur, cui non daretur si rei persecutionem non contineret *l. in honorariis 35. de obli. & act.* Nec obstat quod scriptum est in *§. non autem omnes. Inst. de perpet. & tempor. act.* Etiam pœnales actiones ex maleficiis quę in heredem rei non competunt, veluti furti, vi bonorum raptorum & similes, heredi tamen dari. Id enim ad eas pertinet quę vel mixtæ sunt, & rei quoque persecutionem ex parte actoris continent, vt actio vi bonorum raptorum & damni iniuriæ *§. vi autem & seq. Inst. de action.* vel ad eas quæ ex lege duodecim tabularum descendunt, cuiusmodi est actio furti quæ licèt sit merè pœnalis etiam ex parte actoris, quia neque in duplo, neque in quadruplo rei persecutio continetur *§. ex maleficiis. eod. ri.* hoc ipso tamen quòd legitima & perpetua est, ideóque daretur etiam in heredem nisi commentitio iure receptum esset, ne pœna vnquam ad heredem transeat, vt scriptum est in *l. si pœna 20.* ĩ. *de pœn.* vbi eius commentitij iuris etiã ratio adfertur. Iunge *l. quod diximus 18. §. vlt.* & quæ ibi dixi. ĩ. *quod met. caus.*

a *Sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet.* Iudex enim à prætore in actione ista datus arbitrari debet pristinam iudicij causam restitui *l. ex hoc ed. 1. & to 8. in princ.* ĩ. *eod.* quod ni reus faciat, tum demum ex æquo & bono condemnatur in id omne quod interest actoris, quæ natura est actionis arbitrariæ *§. præterea. Inst. de action.* Hoc enim est quod suprà disputauimus contra Accursium actionem arbitrariam esse, talémque dici omnimodo debere, non bonæ fidei vel strictam.

5. PAVLVS libro 12. ad Edictum.

VEl similem.

Ad l. Vel similem 5.

Sensus est, Actionem hanc sicuti non datur in heredem quia pœnalis est, ita neque dari in alium quemlibet successorem heredi similem, id est, qui in vniuersum defuncti ius succedat, cuiusmodi est bonæ fidei possessor, itémque fideicommissarius cui restituta est ex Trebelliano Senatusconsulto hereditas. Nam & hi licèt non sint heredes, heredum tamen loco sunt in omnibus *l. 2. & 3. de bonor. poss. l. prætor 117. de reg. iur. l. 2. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano, & pass. ad SC. Trebell.*

6. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

VEl post annum, non dabitur.

Ad l. Vel post annum 6.

Sed an continuum, vt vulgo creditum est, an vtilem? vt Martinus vocabat. Placet communis sententia, quia tempus aliquod cùm dicimus, continuum non vtile intelligimus, si non aliter expressim actum est, vt in *edicto De minoribus l. intra vtile 39. ff. tit. De minor.* itémque *in edicto. ex quib. causs. maior. l. 1. §. tiuul. prox.* Iunge *l. 1. de diuers. temp. præsc.*

7. GAIVS lib. 4. ad Edictum Prouinciale.

QVia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari.

Ad l. Quia pertinet 7.

Ratio dubitandi. Actiones quæ rei persecutionē continent, licèt ex delicto dentur, tamen competunt in heredem, nec tantùm de eo quod ad ipsum peruenit, sed in solidum, vt videre est in condictione furtiua, de qua in *l. in condictione 9. de condict. furt.* nec rursum ob id minùs sunt perpetuæ qualis etiam est haud dubiè condictio furtiua. Nam & actio furti, quæ omnino pœnalis est, nec vlla ex parte rei persecutionem continet, tamen perpetua est. Ergo mala est ratio quæ hîc adfertur à Iureconsulto propter quam hæc actio, neque in heredem, neque post annum danda sit, quòd ex delicto detur. Ratio decid. Hæc actio pertinet quidem ad rei persecutionē, sed nō tā ius naturæ quā arbitrio iudicis, vt scriptum est in *l. 3. §. vlt.* s. Ac proinde priusquam arbitrio iudicis locus esse possit, hoc est, ante litem contestatam, datúmque iudicem, non potest dici rei persecutoria, sed pœnalis ex vtraque parte consequenter, neq. post annum, neq. in heredem danda est, non in heredem ex regula, & constitutione ciuili, de qua in *l. 1. de priuat. delict.* Non post annum, ex regula iuris prætorij, de qua in *l. in honorariis 35. de oblig. & action.* Est enim hæc regula iuris prætorij non ciuilis, siquidem actiones ciuiles omnes sunt perpetuæ, nullæ temporales, ne quidem eæ quæ omnino & merè pœnales sunt *d. tit. de perpet. & temp. action.* Cætera quæ ad hunc locum pertinent petenda sunt ex iis quæ scripsimus *lib. 4. Coniect. c. 1.*

8. PAVLVS lib. 12. ad Edictum.

EX hoc edicto tenetur, qui rem exhibet, non restituit.

Ad legem Ex hoc edicto 8.

Ratio dubit. Hoc edicto locum facit alienatio facta iudicij mutandi causa *l. 1. §. & pass. hoc tit.* Ergo si is qui ex hoc edicto conuenitur rem quā alienauerat, exhibeat, absoluendus est, quia nec teneretur si non alienasset. Nā & sic dicimus nō teneri eū qui alienauit si paratus sit vtile iudicium accipere, perinde acsi possideret *l. 3. § vlt. ff.* Atqui plus facit qui rē exhibet, quàm qui offert se ad vtile iudicium accipiēdum. Hic enim rem ipsam restituere, quam non habet, non potest, tametsi maximè velit, ille verò potest *l. officium 9. de rei vindicat.* Ratio decidendi. Actio hæc datur à prætore per speciē, & vt loquūtur, per modum restitutionis in integrum. Omnia igitur in integrum restituta esse necesse est, vt actio hæc desinat locum habere. Atqui cùm is qui alienauerat iudicij mutandi causa rem exhibet non ideò tamen omnia reponit in pristinum statum, nisi etiam restituat pristinam iudicij causam, quæ per alienationem fuerat immutata. Potest enim facilè fieri vt res ipsa exhibeatur, nec tamen pristina iudicij causa restituatur: quid enim si rem quidem exhibeat sed vsucaptam, aut obligatam, aut aliter factā deteriorem? vt in *leg. si post acceptum 18. de rei vindic. leg. Iulianus 9. §. sed si quis rem infr. ad exhib.* Porrò hæc lex optimè probat actionem hanc esse arbitrariam, & in ea fieri condemnationem ex bono & æquo, si res arbitrio iudicis non restituatur. *§. præterea. Inst de action.*

1 ¶ AIt Prætor, *Quæve alienatio iudicij mutandi causa facta erit.* id est, si futuri iudicij causa, non eius quod iam sit.

Ad §. 1. Ait prætor.

Ratio dubitandi. Verba illa edicti *iudicij mutandi causa* sūt generalia & indefinita, nec minus ad præsens quàm ad futurū iudiciū referri propriè possūt: nam & magis propriè iudicium dici potest quod iam præsens quàm quod futurum est, cùm nec reuera sit quod nondum est *l. in falcidia 9. §. 1. ad leg. falc.* & non minùs interdictæ sunt alienationes quæ fiunt post iudicium acceptum *l. alienationes 13 famil. ercisc.* vbi eæ tantùm excipiuntur quæ causā habent necessariam. Ergo edictum hoc generaliter & distinctè debet intelligi de alienatione facta cuiuslibet iudicij mutandi causa, siue præsentis, siue futuri. arg *l. 1. §. generaliter. de lega. præst. l. si quis ita 30. de aur. & arg. lega. cum similib.* Ratio decidendi. Edictum hoc esset superuacuum si intelligeretur de alienatione

nationē iudicij mutādi causa facta nec tantum modò superuacuum, sed etiam ridiculum, quia iudicij præsentis & iam constituti causa non potest mutari per alienationem post receptū iudicium factam, cùm eiusmodi alienationes interdictæ sint, nisi quę necessariæ *d. l. alienationes.* Hæc enim vera meo iudicio huius loci ratio est, non quam Accursius, Bar, & alij vulgò desumūt ex vitio litigiosi, quasi aduersus alienationes quæ fiunt post iudicium acceptum, satis prouiderit prætor data exceptione litigiosi ex *leg. 1. tot. tit. de litigios. D. & C.* Quod certè falsum est. Quid enim si res non sit litigiosa, putà de cuius dominio non disputetur? *auth. litigiosa. C. ill. tit.* An fortè dicemus cum Accursio locum idcirco fore huic edicto? Minimè. Nam neque necesse est, quandoquidem sufficit actori, quòd condemnato tandem eo aduersus quem iudicium acceperat habiturus sit iudicati executionem contra eū in quem facta est alienatio, quamuis inauditū nec condemnatum, nempe quia non potuerit eiusmodi alienatio fieri in fraudem iam constituti iudicij, futuríque iudicati, cùm in iudicio quasi contrahatur, nec alienari res potuerit, nisi cū sua causa *l. si pœna quàm 43. infr. de pœnal.* iunct. *leg. alienatio 67. de contr. empt.* Adeò vt nec possit socius partem suam quam in re communi habet alienare post litem contestatam. iudiciúmque acceptum *leg. 1. in fin. C. communi. diuid.* Sed & cùm ès litigiosa ac de cuius dominio contenditur inter petitorem & possessorem alienatur per possessorem lite pendente, absurdum est dicere locum esse edicto De litigiosis, cùm prætor non nisi exceptionem induxerit, quæ sola litigiosa pœna olim fuit *d. l. 1. §. 1. & leg. 2. ill. tit.* vbi tamen videtur Tribonianus reposuisse verba illa *pœna litigiosi* cùm Vlpianus vt credibile est, scripsisset *exceptio competit*, vt in lege præcedente. Nimirum propter constitutiones Imperatorum quæ hoc ius valde auxerunt, & litigiosi vicium grauioribus pœnis coercendum putauerunt, vt constat ex *l. 2. 3. & 4. C. eod.* Quod si exceptio nunquam datur actori contra reum sed replicatio, neque dari poterit contra illum qui à reo, eodémque possessore comparauit. Non igitur attinet de vicio litigiosi tractare, cùm agitur de hoc edicto, quippe quod maximè ac præcipuè pertinet ad alienationes, nō per actorem, sed per possessorem factas, in quas non cadit vitium litigiosi. Nec mirandum est hoc edictum pertinere ad alienetiones factas mutandi futuri iudicij causa, non etiam ad eas quæ præsentis iudicij mutandi causa factæ essent. Illæ enim cùm ex iuris ratione interdictæ non essent, fuerunt hoc edicto coercendæ: non etiam istæ *d. l. alienationes.* Iudicium enim semel acceptum nunquam mutatur, cùm vbi cœptum est, ibi finem accipere debeat *leg. vbi cœptum. 30. de iudic.*

2 ¶ Alienare intelligitur etiam, qui alienam rem vendidit.
¶ Sed heredem instituendo [a], vel legando, si quis alienet, huic edicto locus non erit.

Ad §. 2. Alienare.

Ratio dubitandi. Alienationis appellatione is demum actus continetur, per quem dominium trāsfertur *l. 1. C. de fund. dota. l. alienationis 26. de verb. sig.* Atqui dominium transferre nō potest is qui aliena rem vendit, quia nemo plus iuris trāsferre in alium potest quàm ipse habeat *l. nemo plus iuris 74. de reg. iur.* tametsi alienæ rei venditio, valeat hactenus vt venditor de euictione obligetur *leg. rem alienam 28. de contr. empt.* Ergo non potest dici alienare is qui alienam rem vendidit. Ratio decidend. In hoc edicto appellatione alienationis translationem quālibet intelligit prætor, nec tantùm dominij, sed etiā possessionis *l. 4. §. non solùm.* vbi dixi s. Possessionem autem transferre potest etiam is qui dominus nō est si modò sit possessor, vnde est quod venditor non ad dandum obligatus est actione ex empto, sed ad tradendum *l. ex empto 11. de action. empt.*

a *Sed heredem instituendo.* Ratio dubitandi. Tā qui heredē instituit quā qui legat, dominiū transfert, quia legatum facit legatarij rem legatam, sicut hereditas heredis res singulas *l. legatum 80. de legat. 2.* adeò vt ex legato acquiratur dominium etiam ignoranti *leg. cùm pater 77. §. surdo eod. tit.* & quasi nunquam factum heredis *l. à Titio 64. in fi. de fur.* Ergo alienat siue alienationis nomen sumas proprie. vt in *leg. 1. Cod. de fund. dota.* siue quomodo accipitur, in hoc edicto *d. l. 4. §. non solùm supr. eo.* Proinde fatendum est teneri eum hoc edicto. Nam & hinc est quod interpretibus nostris vulgò placet. Prohibita rei alienatione in extraneum prohibitā censeri extranei heredis institutionem *l. peto 69. §. fratre. de legat. 2. leg. si quis 8. §. certum. Codic de secund. nupt leg. pater 38. §. Iulius Agrippa. & seq. de lega 3. not. ad l. filiusfamilias 114. §. Diui. de legat. 1.* Ratio decidend. Alienatio quidem fieri intelligitur etiā per heredis institutionem & legatum, sed non quā tum ad causam huius edicti, quia prætor edicti verbis notauit factum, & malum propositum, id est, dolum alienantis *§. prox. & l. 1. §.* Quæ autem per heredis institutionem aut per legatum fit alienatio ea non tam ab homine fieri intelligitur quàm à lege, quia testator neque dominium transferre potest cùm vult, id est, post mortem suam *l. 1. qui testam. facer. pos.* quia eo tempore iam nullus est, nec proinde dominiū amplius vllum habet quod transferre possit, neque rursus vult cùm potest, id est, quandiu viuit, quia testamentum non nisi morte confirmatur, éstque hominis vltima voluntas ambulatoria vsq. ad mortem *l. 4. de adim. legat. 1. cùm hic status 32. §. pœnitentiam de donat. int. vir. & vxor.* Denique is qui testatur disponit quidem de rebus suis, sed in id tempus quo non erit ipse amplius earum dominus, quod certè nō nisi inutiliter fieri potest *lege Stichus 39. de manum. testam. lege si ego 9. §. si res de iur. dot. leg. 4. Codic. de donat. ant. nupt.* iunct. *leg. conficiuntur 8. §. si post factum. infrà de iur. codi.* Proinde nulla fieret alienatio, si non fieret per legem, quæ supremam defuncti hominis voluntatem confirmat, cámque pro iure ac lege habet *leg. verbis legis 120. l. lege obuenire 130. de verb. signific.* Prætereà nullum fraudis propositum esse potest in testatore, non solùm quòd testamentum fieri nequeat quin cogitetur de morte, quàm qui ante oculos habet vix est vt eo tempore sit immemor salutis æternæ *l. vlt. C. ad leg. Iul. repetund.* Sed etiam, quia eius duntaxat malum propositum hoc edicto prætor coercet, qui cùm rem habere velit, litem nihilominus ad alium trāsfert, vt molestum aduersarium pro se subiicia

l.4.§.1.*in fi.*ff. Qui autem alienat, siue heredem instituendo, siue legando vtique rem habere non vult, quam nec si vellet habere posset eo tempore quo ea in alium translata erit, id est, quo mortuus fuerit. Denique huiusmodi alienatio quæ fit in heredem aut legatarium non modò probabilis honesta & licita est, sed etiam necessaria, quia tametsi interdicta esset à prætore factio testamenti, quàm è contrario adiuuare prætor solet, quantum potest, non eò minùs fieret alienatio per legē in heredem legitimū vt proinde testator cùm heredem instituit, aut legat, non magis alienet quàm si intestatus moreretur, nisi quod personam eligit aliam plerunq; quàm cui fuerat lex datura hereditatem si testamentum factum non fuisset. Quæ libertas eligendi heredis cùm ex lege sit, nunquam testatori aufferenda est *l.* 1. C. *de sacrof. eccles.* nec cuiquam imputandum cur intestatus non decesserit *leg. posthumus* 6. ff. *de inoff. testam.* Ergo ad edictum huiusmodi alienatio non pertinet, vt nec alia vlla quæ sit necessaria *leg.* 4. §. *si quis autem.* ff. *l. alienationes* 13. ff *famil. ercisc. l.* 1. *de fund. dotal.*

3 ¶Si quis alienauerit, deinde receperit, non tenebitur hoc edicto.

Ad §.3. Si quis alienauerit.

Ratio dubitandi. Hæc actio licèt rei persecutionem contineat, tamen ex delicto datur *l. prox.* ff. Atqui in delictis nemo per solam pœnitentiam nocēs esse desinit *l. qui ea mente* 65. *de furt. l. pen. vi bonor. rapt.* Ergo ei qui propter alienationem dolo malo, id est mutandi iudicij causa factam semel incidit in hoc edictum nihil prodesse debet, quòd eam ipsam rē quam alienauit postmodum receperit. Ratio decidēdi. In actionibus quæ sunt merè pœnales, id obtinet vt vbi semel ex delicto competere cœperunt per solam pœnitentiam delinquentis non amittātur: quia pertinent ad publicam vindictam. Reipublicæ autem interest, delicta non manere impunita *l. ita vulneratus* 51. *ad fin. ad l. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. 1. *de solut. leg. si à reo* 70. §. *vlt. de fideiuss.* At aliud est in actionibus, quæ rei persecutionem tantūm cōtinēt, nec nisi ad id quod interest dantur, qualis ista est *l.* 4. §. *pen. & vlt.* ff. Nec enim fieri potest vt eiusmodi actiones non desinant competere cùm desinit actoris interesse *d.* §. *pen.* Iam verò nihil interest actoris in cuius fraudem possessor rem alienauerat, quōuis mutandi iudicii causa si modò postea rem possessor recipiat, cùm exinde fiat vt perinde iudicio directo conueniri possit acsi nunquam alienasset. Atqui sufficeret ei ad excludēdam hanc actionem quod paratus esset vtile iudicium accipere quasi posslideret *l.* 3. §. *vlt.* ff. *eo.* Nempe quia nec eo casu quicquam actoris interesset. Nimirū si non tantū res ipsa quæ recepta est exhibeatur, sed etiam pristina iudicij causa restituatur. Hoc enim omnino requiritur vt constat ex initio huius legis vbi dixi Accursius ridiculè distinguit, peccata ordinaria ab extraordinariis, magisque id sapit theologum, quàm Iureconsultum.

4 ¶Qui venditori suo redhibet non videtur iudicij mutandi causa abalienare.

Ad §. vlt. Qui venditori.

Ratio dubit. Per redhibitionem fit alienatio ab emptore in venditorem, quia redhibere nihil aliud est, quàm facere vt habeat iterum venditor quod antèiam habuit *l. redhibere* 21. *de ædilit. edict.* Indéque est quod per redhibitionem omnia retroaguntur, vt ex Paulo subiicitur in *l. sequent. l. si ex plagis* 52. §. *pen. ad leg. Aquil. leg. bouem* 43. §. *si quis seruum de ædilit. edict.* Proinde negari non potest, quin per redhibitionem mutetur futuri iudicij causa, quia iudicium quod alioquin accipere volebam cum emptore, necessariò accipiendum mihi erit cum venditore. Ergo & qui venditori suo redhibet incidit in hoc edictum. Ratio decidendi. Redhibitione facta sic retroaguntur omnia, vt res redhibita nunquā emporis fuisse videatur ita fit vt non videatur emptor potuisse vnquam conueniri, ne quidem tāquam possessor, quia nec emisse, nec proinde posse dicitur vnquam intelligitur. Et consequenter nec alienasse intelligi potest id quod nec vnquam habuisse creditur. Tantùm abest vt iudicij mutandi causa id fecisse credendus sit, quod tamen necessarium est vt huic edicto locus fiat. Quid enim dolo facit, qui iure suo vtitur? *leg. nullus videtur* 55. *de reg. iur.* Aut quid iniquius dici potest, quàm si prohibeatur emptor vti iure suo in redhibenda ea re quā emit, ob hoc solùm ne in alterius fraudem id fecisse existimetur? Planè si probetur ob hoc ipsum redhibuisse, vt iudicij futuri causam mutaret, cùm aliàs redhibiturus non esset, tametsi fortasse iustam redhibendi causam haberet aliud erit, quoniam hoc casu vtrumque concurrit quod prætor in edicto exigit, nempe vt & alienatio facta sit, & iudicij mutandi causa, vt subiicitur in *l. seq*

9. PAVLVS lib. 12. ad Edictum ædilium curulium.

QVia, redhibito homine, omnia retrò aguntur[a]. & ideò non videtur iudicij mutandi causa alienare, qui redhibet, nisi si propter hoc ipsum redhibet, non redhibiturus aliàs[b].

Ad leg. Quia redhibitio 9.

Ratio dubitandi. & decidendi, eadem quæ ad §. *vl. legis præcedentis.*

a *Omnia retrò aguntur.* Ratio dubitādi. Si per suum postea redhibitum emptor iniuriam passus sit, & iniuriæ nomine egerit ex eáque causa aliquid consecutus sit, id non reddit venditori *leg. bouem* 43. §. *si quis seruum. de ædilit. edict.* Ergo non omnia per redhibitionem retroaguntur. Ratio decidendi, Retroaguntur omnia quantum ad seruum ipsum pertinet qui venditus & redhibitus fuit, sed non quod pertinet ad actionem iniuriarum, quę scilicet domino competit proprio suo non serui nomine, quia

quia dominus ipse per seruum iniuriam passus intelligitur, vt scriptum est in *dict. §. si quis.* Nec enim seruis vlla iniuria fieri posse creditur, sed domino per seruum, si quid atrociùs commissum sit, & quod aperiè ad contumeliam domini respiciat, alioqui nec domino iniuriarum actio danda est §. *seruis autem. Instit. de iniur.*

b *Non redhibiturus aliàs.* Ratio dubitandi Hæc verba ostendunt tractari in hac lege de emptore qui ius redhibēdi ex ædilitio edicto habuerit etiam inuito venditore: Alioquin frustrà & ineptè quæreretur an aliàs redhibiturus esset, nēcne, si ius redhibendi nullum haberet tametsi maximè vellet: Atqui cùm emptor ius redhibendi habens rem redhiber, vtique suo iure vtitur, nec proinde dici ei potest cur ita faciat argum *leg.* 4. *ad Senatusconsultum Trebell.* tantùm abest vt dolo malo quicquam facere videatur *l. nullus videtur* 55. *de reg. iur. l. fluminum* 24. §. *vlt. & l. Proculus* 26 *de damn. infect.* Ergo etiamsi non aliàs redhibiturus fuit, non potest incidere in hoc edictum.

Ratio decid. Euenit in hoc casu quod aliàs persępe, vt non tam quid fiat inspiciendum sit, quàm qua mēte. Itaque licèt factum ipsum redhibitionis dolum in se nullum habeat, improbatur tamen à prætore ob malum propositum redhibentis, qui redhibendo id egerit, non tam vt suo iure vteretur, sibique prospiceret quàm vt alij noceret, quod nūquam ferendum est, ne malitiis indulgeatur *l. in fundo* 38. *de rei vindicat.* Præsertim cùm de hoc edicto agitur, in quo prætor nihil aliud requirit nisi vt & alienatio facta sit, & iudicij mutandi causa §. *l. l. prox.* ff. Meliùs igitur in hanc legem Placentinus apud Accursium, quàm Ioannes.

10. VLPIANVS libro 1. ad Edictum.

NAm & si obligatus soluero, quod à me petere velles, huic edicto locus non erit.

Ad l. Nam & si 10.

Ratio dubitandi. Solutione fit alienatio eius rei quæ soluitur, alioqui non acquireretur liberatio per solutionem si dominium rei solutæ non transferretur in accipientem *l. is qui alienum* 60. *& sequ. l. si hominem* 69. iuncta *leg. qui sic oluit* 55. *de solut.* Ergo si cùm vellem à te petere Stichum quem Titio ex stipulatu debebas, sique tu scires, eum Titio solueris incidis in hoc edictum, cùm ea ratione facias vt iudicij futuri causa mutetur, cogárque postea contra Titium agere qui contra te acturus eram.

Ratio decidendi. Nihil est quod possit prætor ei imputare qui soluit quod debuit, quem & ipse soluere coegisset si creditor solutionem vrsisset. Iniquum enim est non posse impunè soluere illum quem prætor ad soluēdum possit cogere *l. quod autem* 7. §. *apud Labeonem.* ff. *quæ in fraud. cred.* Ergo non potest in hac specie locus esse huic edicto, quasi alienatio necessaria sit quæ fit ex necessitate præcedentis obligationis, cùm obligatio definiatur iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ. Apud *Iustinit. de oblig.* Sed an distinguemus, quomodo in specie legis præcedentis distinximus. An tu non fueris aliàs soluturus? Et non puto. Est enim hac parte diuersa longè ratio redhibitionis & solutionis. Redhibere inuitus nemo cogitur etiamsi maximè possit si velit, quoniam ad solutus emptoris fauorem respicit redhibitio non ad fauorem venditoris. Proinde imputari ei potest cur in alterius fraudem redhibuerit, & iudicij mutandi causa cùm nec redhibere cogeretur, nec aliàs fuisset redhibiturus. At solutio debiti quamuis ad soluentis quoq; commodum respiciat, quia locupletior fit is qui soluit cùm à debito liberetur *l. si pupillus* 66. *in fi. d. solut. l. species.* 11. *de acceptilat.* attamen fit potissimum in gratiam eius cui soluitur, & ab inuito fieri intelligitur, tum quoque cùm vltrò fit & citra interpellationem, quoniam metu futuræ actionis id fieri intelligitur, & à seipso exigere debet quisquis bonam fidem agnoscere vult, non expectare vt conueniatur *l. quoties* 9. §. *sicut de admin. tutor.* Neque enim actiones contra alios comparatæ sunt quàm contra perfidos homines & iuris gentium violatores *l. cum amplius* 84. §. *is natura debet. de regul. iur.* Iuncto eo quod Theophilus scribit initio ff. *De action.* Inhumanus ergo sit prætor si debitorem cogat perfidum esse ne dolosus videatur. quod tamen futurum est si eius factum improbet qui rem à se debitam soluit suo creditori, tametsi soluerit debitor iudicij mutuandi causa, nec aliàs fuerit soluturus.

1 ¶ Si tutor pupilli vel adgnatus furiosi alienauerint: vtilis actio competit, quia consilium huius fraudis inire non possunt.

Ad §. 1. Si tutor.

Ratio dubitandi, Neque furiosus neque pupillus consilium fraudis inire possunt. Loquimur enim de eo pupillo qui doli capax nondum sit, nec proximus pubertati de quo in *lege heredibus* 13. §. *primo supra de dolo.* Ergo etiamsi tutor pupilli, vel agnatus furiosi rem aliquam alienauerit iudicij mutandi causa, non ideò tamen actio danda est contra furiosum vel pupillum. Ne alioqui eueniat vt dolus tutoris vel curatoris noceat pupillo vel furioso, quod esse non debet. *lege tertia & quarta. infrà quand. ex fact. tutor.* suus enim cuique dolus nocere debet non alteri, sicut & factum cuique suum *lege factum* 155. *de reg. iur.*

Ratio decidendi. Hæc ratio concludit optimè nõ posse directam actionem ex hoc edicto competere aduersus pupillum vel furiosum, sed non concludit quin vtilis actio in istos dari debeat, quia scilicet persona pupilli repræsentatur per tutorem, & persona furiosi per agnatum eundémque curatorem, ita vt factum tutoris habeatur pro facto pupilli, & factum agnati pro facto furiosi. Non enim similis est hic curator cæteris qui rebus non personæ dantur, quia personæ datur principaliter. *leg. 1. de curator. furios.* Tenentur ergo hoc casu pupillus & furiosus ex facto & dolo tutoris vel curatoris. An verò ita demum si ex eo facti sint locupletiores? vt in *leg. sed & ex dolo* 15. *supr. de dolo lege tertia. §. si seruus. & §. vltim. de tribut. action.* An & si non sint facti locupletiores? vt in *leg. 1. quand. ex fact. tuto.* Vix enim est vt exalienatione iudicij mutandi causa facta locupletior quisquam fiat. Itaque postremum hoc magis placet. Nec enim nouũ est vt tutoris dolus noceat pupillo, præsertim si rem à tutore seruare pupillus possit. Nempe si tutoris dolus interueniat in contractu, vel in quasi contractu. De quo scripsi latè *d. leg sed & ex dolo.* vbi vide.

II. IDEM lib. 5. Opinionum.

CVm miles postulabat suo nomine litigare de possessionibus, quas sibi donatas esse dicebat: responsum est, si iudicij mutãdi causa donatio facta fuerit, priorem dominum experiri oportere: vt rem magis, quàm litem in militem transtulisse credatur.

Ad l. Cùm miles 11.

Ratio dubitandi, Cùm alicui us rei donatio militi facta est, & quidem vtiliter, ita vt valeat, certum est nihil iuris penes donatorem remanere, quandoquidem is per donationem non modo rei suæ dominium amisit, sed etiam per consequens actiones omnes eo nomine competentes. Atqui nemo potest agere & experiri sine actione. *leg. si pupilli 6. §. vltimo. supra de negot. gest.* Ergo non potest verum esse quod hæc lex a t de possessionibus donatis militi, donatorem ipsum eũdémque priorem dominum experiri oportere. Nec quod donatio iudicij mutãdi causa proponatur facta esse, meliorem donatoris condicionem debet reddere, vt eò magis possit ipse experiri, qui tantò minùs dignus est cui faueatur. Nisi ponas cum Accursio donatarium militem eãdem rem donatori suo nõ donasse, quod tamen lex reponit, Sed & cùm cessio facta in militem, vtique facta sit in potentiorem, dubitandum non videtur quin hoc ipso actionem suam amiserit is qui cessit *leg. 1. & 2. Cod. ne liceat potent.* Non ergo audiendus est si post cessionem velit agere, vt neque in specie *legis proxim. vers. sed & ipse infr.* Multóque esse tolerabiliùs vt ipsi militi agere permitteretur, sicut & alij cuilibet donatario agere permittitur, cùm actionis cessio valeat quę facta est ex causa donationis *leg. per diuersas* 34. *§. vltim & leg. sequent. Cod. mandat.* Nec quicquam referre videtur an qui agere volebat, an verò possessor militi donauerit. Vtróque enim casu ea ipsa quæ diximus locum habent, nisi quod titul. *Ne liceat potentior.* non ad reos pertinet, sed tantùm ad actores. Ratio decidendi, Intelligenda est lex hæc de donatione facta militi per eum qui acturus erat, id est earum rerum quas alius possidebat, non autem de donatione facta per possessorem, vt ostendunt verba illa, *priorem dominum experiri oportere.* Nec enim reus experiri dicitur, sed actor. *lege prima. supra de in ius vocand.* Non igitur potuit fieri hæc donatio quin actiones militi mandarentur. Quod ipsum tamen non aliter iure permissum est, quam si honesta & verecunda præcedente causa id fiat, vt loquitur Imperator in *leg. qui stipendia 9. Codic. de procuratoribus.* Qualis porrò ista videri non potest, de qua hoc loco agitur, id est, iudicij mutandi: quæ scilicet dolum adnexum habet ideóque prætoris edicto improbatur. Cùm itaque non valeat hæc cessio quantum ad litem transferendam in militem, omnino consequens est vt perinde ac si facta non esset, liceat donatori de pristino iure suo experiri. Quod enim translatum non est in donatarium, id necesse est vt manserit penes donatorem. Nam & quod posterioribus Imperatoribus placuit vt qui actionem sibi competentem transferre vult in potentiorem, totius iuris sui iactura mulctetur. *dicta lege prima & secunda. Codic. ne liceat potentior.* præter id quod Vlpiani veterúmque prudentum temporibus non obtinebat, cùm à Claudio secundo id primùm fuerit constitutum, vt Dioclet ianus & Maximianus referunt in *dict. leg.* ad eas demum cessiones restringendum est quæ alioquin valerent, non etiam ad eas, quæ iam antea erant interdictæ. Nulla siquidem pœna inponenda fuit contractibus qui nullum ex iuris effectum habere possent, cùm sufficiat pœna, vt ita dixerim, nullitatis. Sicut è contrario non potest irrogari pœna ei qui nõ fecit quod facere promisit, si tale illud sit quod ipso iure pro facto habeatur, quamuis inuito eo qui facere debuit *leg. pen. & vltim. Codic. si mancip. ita fuer. alien.* Ob eámque causam loquitur hæc lex de milite, non quia sit ille fauorabilior cæteris, cùm alienatio in ipsum facta est iudicij mutandi causa, sed è contrario quia peioris condicionis in eo est, quàm paganus, quod mandatas sibi ab alio actiones exercere inofensa disciplina militari non potest. *leg. milites* 31. *Codic. de locat.* Nisi in eius persona duo concurrant, nimirum vt & in rem suam procurator factus sit, & ex iusta honestáque causa præcedente. *dict. leg qui stipendia* Quod postremum deficiebat in specie huius legis, cũ non nisi iudicij mutandi causa donatio militi facta proponeretur. Est enim illa turpis & inhonesta actionum mandatarum causa, vt iam diximus Ideóque nec si pagno talis donatio facta hodie esset post prohibitas generali Anastasij lege cessiones in dicta lege per diuersas, putarem valere donationem, Quia quod eadem lege donationes exceptæ sunt, ciuili & probabili interpretatione restringi

restringi debet ad eas quæ honesta de causa fiant, non ad eas quoque extendi, quæ iudicij mutandi gratia: quas iam olim prætor improbabat siue ab actore siue à reo factæ essent. Nec enim Anastasius cùm donationes excepit, id egit vt eas confirmaret quæ antea improbabantur. Sed è contrario ne videretur generali constitutione illas improbasse, quæ alioqui valuissent. An ergo dicemus in proposita specie donationem militi factam nullomodo valuisse? Imò valebit, sed duntaxat quantum ad dominium rei donatæ, non etiam quod pertinet ad actionem ipsam eius rei nomine exercendam, quia non est interdictum militibus ne accipiant donationem etiam rerum penes alios constitutarum, sed tantùm ne actionum exercendarum mandatum suscipiant. *d. l. qui stipendia.* Idque est, quod Vlpianus ait credendum esse donatorem rem magis quàm litem in militem transtulisse: vt quod licitè fieri potuit factum remaneat, quod verò nisi illicitè fieri non potuit, ne quidem pro facto habeatur. Aptissimus autem huic interpretationi locus ideò relinquitur, quod non actiones specialiter militi mandatæ proponebantur vt in *dict. l. milites. & d. leg. qui stipendia*, sed donatæ possessiones, quo nomine magis res ipsæ donatæ significantur, quàm lites & actiones earum causa exercendæ.

12. MARCIANVS lib. 14. Institutionum.

SI quis iudicij communi diuidundo euitandi causa rem alienauerit: ex lege Licinnia ei interdicitur, ne communi diuidundo iudicio experiatur: verbi gratia, vt potentior emptor per licitationem viliùs eam accipiat, & per hoc iterum ipse recipiat. Sed ipse quidem [a], qui partem alienauerit, communi diuidundo iudicio si agere velit, non audietur. Is verò, qui emit [b], si experiri velit, ex illa parte edicti vetatur, qua cauetur, ne qua alienatio iudicij mutandi causa fiat.

Ad l. Si quis iudicij 12.

Ratio dubitandi, Non alius potest iudicio Communi diuidundo vel agere vel conueniri quàm qui rei communis partem aliquam habet. *leg. 1. leg. in hoc iudicium* 14. §. 1. *leg. communi* 24. *§. 1. & passim. infrà commun. diuidun.* Ergo frustrà lex Licinia interdixit ne communi diuidundo agere possit is qui eius iudicii curandi causa rem alienauit cùm etiamsi maximè vellet, agere tamen eo iudicio non posset. Ratio decidendi, Legis Liciniæ sententia non illa fuit vt communi diuidundo iudicio agere non posset ille qui eius iudicij euitandi gratia suam in re communi partem alienasset, quandiu duraret alienatio. Sed vt si quando postea rem ipse reciperet à potentiore in quem alienauerat, vt ille per licitationem viliùs eam acquireret: Quocasu si lex Licinia non esset, nihil vtique obstaret quominus ageret communi diuidundo venditor, qui portionem à se venditam recuperasset partémque rei etiam sum communis hodie haberet. Id enim est quod in hac lege sequitur in illis verbis *Verbi gratia vt potentior emptor*, &c. Ita námque ferè solet euenire quoties mutandi iudicij causa fit alienatio vt qui alienauit postea rem suam recipiat, quam scilicet reuera voluerit sibi retinere, vt scriptum est in *leg. 4. §. 1. in fin. ff. hoc tit.* Sed & sublata communione adhuc posset superesse iudicium communi diuidundo propter fructus & impensas, si lex Licinia non obstaret vt bene Accurs. tractat ex *l. in summa* XI. *comm. diuid.*

a *Sed & ipse quidem.* Ratio dubitandi, Etiam post sublatam communionem adeóque post interitum rei communis superest interdum vtile iudicium communi diuidundo, putà propter impensas in rem communem factas, vel propter fructus ex re communi perceptos. *dict. leg. in summa* XI. *communi diuid.* Ergo nihil vetat etiam illum qui alienauit partem suam euitandi quoque iudicij causa, vtili nihilominùs iudicio illa experiri. Ratio decidendi, Lex Licinia quæ interdicit ne possit hic alienator agere communi diuidundo, eriam postea quã ré recepit, multò magis interdicit ne possit durante alienatione experiri vtili iudicio quod datur propter impensas & fructus duntaxat. Est enim fauorabilius & potentius directum iudicium quod datur durante communione, quàm vtile quod contra iuris rationem datur ex sola æquitate post finitam communionem. Legis enim ratio illa fuit quòd indignus sit cui permittatur agere communi diuidundo is qui partem suam in fraudem socij alienando id egit, ne secum eo iudicio agi posset. Quo nomine dubitandum non est quin & ipse prætoria actione ex hoc edicto teneatur. *d. leg. communi* 24. *§. 1. communi diuid.* in id omne scilicet quod socius sua interesse probauerit. Planè vt is qui partem suam iudicij mutandi causa alienauit in potentiorem necdum eam recepit, non possit interim experiri iudicio communi diuidundo directo, & quod pro re communi diuidenda competit, non ex lege Licinia fit, neque ex hoc edicto, sed ex sola vi & potestate alienationis, quia is cum quo res communis esse desiit eo iudicio directo agere numquam potest vt suprà diximus. Quod non videtur bene observasse Accursius, qui quod scriptum est in hoc versic. audiendum non esse alienatorem si communi diuidundo agere velit, soli legi Liciniæ acceptum refert.

b *Is verò qui emit.* Ratio dubitandi, Is qui emit quamuis ab eo qui dolo malo nec nisi mutandi iudicij causa vendidit, factus est per eam emptionem dominus & socius. Nec enim alienationes istæ interdictæ sunt per legem Liciniam, aut per hoc edictum: quomodo interdictæ sunt eæ, quę fiunt post litem contestatam iudiciúmque diuisionis iam acceptum. *l. alienationes* 13. *ff. fam. erc. leg.* 1. *C.*

communidiuidund. Atqui iudicium communi diuidundo datur inter eos omnes quibus res est communis ex alia causa quàm hereditaria, quo casu proditum est specialius iudicium familiæ erciscundæ. Ergo si hic de quo agimus qui emit partem venditam iudicij mutandi causa, iudicio communi diuidundo experiri velit, non est prohibendus. Alioqui cogetur inuitus manere in communione, quod non magis ferendum est quàm vt inuitus incidat in communionem. *leg. vltim. Cod. commun. diuidund. leg. si non sortem 26. §. si centum. de condictione indebit.* nimirum propter discordias quas communionis materia excitare solet. *l. cùm pater 77. §. dulcissimis. de legat. 2.* Ratio decidendi, Non potest quis vendere iudicij mutandi causa, & ea mente vt cùm rem ipse habere velit, litem tamen in alium transferat quin doli huius fraudisque conscius sit emptor, quasi nudum nomen & ministerium venditori præstet in necem eius qui fraudatur per huiusmodi alienationem. Æquum est igitur etiam emptorẽ hoc edicto teneri, hactenus saltem ne agere ipsi permittatur. Nec enim nouum est vt is etiam qui rei communis partem habet, agere tamen communi diuidundo non possit, vt cernere est in pupillo & minore quolibet, qui socios ad diuisionem prouocare non potest. *l. si pupillorum 7. de rebus eorum qui sub tutel.* Actio quidem emptori competit ipso iure, nec facere prætor potest vt non competat, cùm sit ex iure ciuili non prætorio. Sed agere tamen ideò non potest, quia vt possit quis agere necesse est vt non solùm competat ei actio, sed etiam vt eam à prætore impetrauerit, cuius est actiones omnes etiam quæ ex iure ciuili competunt, vel concedere vel denegare. Prætor autem nunquam concessurus est actionem ex ea conuentione & alienatione quæ aduersus edictum suum facta sit. Nec si poneres emptorem ignarum fuisse fraudis, quia edicti verba generaliter & in rem concepta sunt non in personam alienantis. *leg. ex hoc edicto 8. §. primo supra eodem.* Quę res facit vt non minùs contra actorem quàm contra reum habet locum hoc edictum, hactenus scilicet vt actio ei vel penitus deneganda sit, si prętori liqueat de fraude, vel saltem non nisi sub ea exceptione condemnanda *si non mutandi iudicij causa facta erit alienatio.* Nam vt qui emit teneatur præterea in id omne quod potest aduersarij interesse, quod Accursius noster tentat dicere, nullomodo videtur mihi probabile: quia nec quicquam interesse potest eius in cuius fraudem facta fuit alienatio ad agendum, si modò ipse non conueniatur. Vnde est quod neque in alienatorem vllam hoc casu habet actionem, adeóque nec exceptionem, quia neque is qui alienauit contra eum agere amplius potest. Alia ratio est fraudis quam possessor fecerit alienando rem iudicij mutandi causa ne ipse conueniretur. Hoc enim casu interest actoris, quòd eum in quem facta est alienatio, non æquè facilè aut commodè conuenire possit: ideóque datur ei actio ex hoc edicto non contra emptorem aduersus quem posset si vellet agere iure communi tanquam cõtra quemlibet alium possessorem, sed aduersus alienatorem vt quanti actoris interest, pręstare teneatur. Si enim actor agere vellet contra emptorem ad consequendum quanti sua interesset, hoc ipso probaret nihil sua interesse cùm æquè facilè posset ille pristina actione atque noua ista aduersus nouum aduersarium experiri. Quod non similiter imputari potest ei contra quem facta est alienatio si ab emptore conueniatur. Non enim est in ipsius potestate à quo conueniatur, non magis quàm de qua re aut quando. *leg. purè 5. §. vltimo de dolo exceptione. l. petendo 6. Cod. de temp. in integr. restit.* Succurri ergo ei necesse est contra emptorem, idque non tam per exceptionem, vt vult Accursius malè in hanc rem adferens tanquam simile quod scriptum est in *l. nec non 28. §. exemplo. 8. tit. 1.* quàm denegata emptori actione, vt hæc lex ait. Nam contra venditorem non eget magno auxilio, cùm per ipsam alienationem satis agere prohibeatur is qui alienauit. Nisi de fructibus & impensis. Quam in rem lex Licinia sufficit cùm tractatur de actione. Communi diuidundo, neque hoc edictum in id necessarium est. Hoc igitur casu emptor inuitus cogitur manere in communione, Nempe in pœnam fraudis quam participauit, & ne alioqui impunita sit alienatio aduersus hoc edictum facta in fraudem possessoris.

DE RECPTIS QVI ARBITRIVM RECEperunt, vt sententiam dicant.

TITVLVS VIII.

PAVLVS lib. 2. ad Edictum.

COMPROMISSVM ad similitudinem iudiciorum redigitur: & ad finiendas lites pertinet[a].

Ad tit. 8. De recept. qui arbitr. receper. vt sentent. dic.

Ad l. Compromissum 1.

Ratio dubitandi. Multę sunt inter iudicia & compromissa differentiæ. Nam cùm à sententia iudicis appelletur, à sententia tamen arbitri non appellatur. *l. ... Cod. hoc tit.* Item cautio de prosequenda lite & de restituendis expensis non præstatur coram arbitro, quomodo præstatur coram iudice, quia sufficit pœnã committi. *Nouell. 112. de litigiosis. §. ad excludendas. in fi.* Denique ex cõpromisso, i. ex sententia per compromissum reddita non nascitur exceptio rei iudicatæ, quæ tamen nasceretur ex sententia iudicis *l. prox. infr.* iunct. *l. 1. & tot. tit. de except. rei iud.* Ergo non possunt compromissa dici redacta ad instar iudiciorum. Et verò differentiarum istarum ratio euidens illa est, quod iurisdictionem priuati dare non possunt quam ipsi non habent. *leg. priuatorum 3. C. de iurisdict.* nec proinde dare cuiquam iudicandi potestatem, cùm iudicis dandi licentia sit iurisdictionis. *l. 1. §. sed. ibi tit. De iurisdict.* cúmque qui iudicare iubet, magistratum esse oporteat. *leg. eum qui 13. eod. tit.* Ratio decidendi. Compromissa non sunt quidem iudicia sed redacta sunt ad instar & similitudinem iudiciorum, non sanè in omnibus, sed in quãplurimis & maiori ex parte vt in citatione & libelli oblatione, in productione testium caeteris dilationibus denique in ferenda ipsa sententia, vt constat ex *l. pen. §. sin autem & §. altera. Cod. hoc tit. l. rem non nouam 14 §. 1. C. de iudi.* Alioqui si nulla esset differentia inter compromissa & iudicia, dicendum esset vnam eandémque rem esse non similem. Constat autem verissimum esse quod vulgò iactatur nullum simile esse idem.

a *Et ad finiendas lites pertinet.* Ratio dubitandi. Exceptio rei iudicatæ illa est quæ litibus finem imponit. *l. singulis 6. & pass. de except. rei iudic.* Nisi si quod aliud sit quod rei iudicatę vim obtineat, cuiusmodi est transactio. *l. non minorem 20. Cod. de transact. itémque iusiurandum. l. 1. & 2. de iureiur.* Atqui ex compromisso non nascitur exceptio rei iudicatæ vt scriptum est in *l. prox. seq.* neque rursus compromissum transactio est, vt nec est iusiurandum, tametsi ponas iuratum esse. Est enim iusiurandum quod in compromissis adhiberi solet, promissorium duntaxat non decisorium, quale ramen necesse est illud esse quod rei iudicatæ comparari possit, *d. l. 1. & 2. de iureiur.* Ergo compromissum non potest dici pertinere ad finiendas lites. Ratio decidendi. Compromissum non equidem finit litem quomodo res iudicata, transactio, & iusiurandum, litem finiunt, sed tamen pertinet ad litem finiendam, quia post sententiam ex compromisso redditam plerunque finitur lis & in transactionem deducitur, non tam propter autoritatem sententiæ arbitri, quam vulgò arbitramentalem vocant, quàm metu pœnæ in compromisso additæ, quam pendi solúque omnimodo necesse est si sententiæ non pareatur, quantumuis iniqua sit. *l. d. emp oferre 27. §. Stari autem j. hoc tit.* Quid ergo si pœna nulla promissa sit? Adhuc pertinet compromissum ad finiendam litem, quia vbi pœna nulla in compromisso dicta fuit datur actio ad id quod interest contra eum qui arbitri sententię non paruit. *d. l. diem proferre. §. vlt. cum l. seq.*

2. VLPIANVS libro 4. ad Edictum.

EX compromisso placet exceptionem non nasci, sed pœnæ petitionem.

Ad l. Ex compromisso 2.

Ratio dubitandi. Cui damus actionem multò magis damnus exceptionem. *l. 1. §. is autem. de superfic. l. minus 156. §. cui domus de regul. iur.* Atqui ex compromisso datur actio & petitio, non solùm pœnæ vt scriptum est in hac lege, sed etiam eius quod interest, vt proximè diximus ex *l. diem proferre 27. §. vlt. cum l. seq. j. hoc tit.* Ergo multò magis dicendum est dandam esse ex compromisso exceptionem, Præsertim cum etiam nulla stipulatione intercueniente, sed nudo pacto, pacti exceptio locum habere possit. *l. litigatores 11. §. interdum. l. Pomponius 13. §. 1. j. hoc tit.* Ratio decidendi. Intelligendus est hoc loco Vlpianus de exceptione rei iudicatæ, quę non magis dari potest ex sententia arbitri, quàm actio iudicati. *l. 1. Cod. hoc tit.* quia non potest arbitri sententia rei iudicatæ vim habere, vt diximus ad legem præcedentem. An ergo ex compromisso dabimus exceptionem pacti? Dicam ad *d. §. interdum. & ad l. 13. §. 1. j.* Adfert Accursius tres casus in quibus possit sententia arbitri parere exceptionem rei iudicatæ. Si partes subscripserint, non compromisso, sed sententię arbitri, Si per decem dies à die arbitrij numerandos tacuerint, Si denique iuratum sit ex *l. 4. & l. penult. C. hoc tit.* Sed sunt ista omnia ex nouo iure quod à Iustiniano inductum est in *l. ne in arbitris 4. & l. penul. C. hoc tit.* à quo etiam quod in *d. l. 4.* constituerat de compromisso iurato correctum fuit per *Nouell. 82. de iudic. b §. quia verò. cap. 11.* Ius vetus aliud fuit, Vtale scilicet vt nulla exceptio daretur ex compromisso vt neque actio iudicati aut alia vlla ad effectum arbitrij consequendum, sed tantùm actio ad pœnam persequendam aut exceptio pacti ad eam retinendam. Iustinianus primus & actionem & exceptionem dedit, quoties arbitri sententia consensu vel expresso vel tacito litigatorum roborata est. *d. l. pen.* Ac si neque expressus neque tacitus consensus litigatorum sententiam arbitri subsecutus sit, non puto etiam hodie dandam ex compromisso pacti exceptionem. vt hoc nunc dicam obiter, nisi in casu. *d. l. 11. §. interdum & d. l. 13. §. 1. j. vbi dicam.* Essé que facilius vt etiam si nullo iure arbiter pronunciasset daretur pacti exceptio si sententiam malè prolatam litigatores adprobassent, vt quę defendi non posset iure sententię defenderetur saltem in vim pacti. *l. 2. Cod. commun. vtriusque iudic.*

3. IDEM libro 13. ad Edictum.

LAbeo ait, si compromisso facto sententia dicta est, *quo quis à minore viginti quinque annis tutelæ absolueretur*, ratum id à prætore non habendum: neque pœnæ eo nomine commissæ petitio dabitur.

Ad l. Labeo 3.

Ratio dubitandi. Puberes siue curatorem aliquẽ habeant, siue non habeant, sine curatoribus rectè obligantur. *l. puberes 101. de verb. oblig.* Ergo si comcto sententia dicta sit qua tutc. à minore iudicio tutelæ absolueretur ratum id à prętore habendum est, & pœnæ eo nomine commissæ petitio dari debet, saluo minori in integrum restitutionis beneficio si illud implorare velit. *l. si minor 34. §. 1. 3. de minor.* Ratio decidendi. Quod minor promittit sine curatore, valet quidẽ ipso iure, vt ex ea promissione competat actio, sed si minor lęsum se conqueratur, quòd fuerit condemnatus, aut eius aduersarius absolutus non debet prętor id ratum habere, sed minorem hoc petentem in integrum restituere non data ei exceptione vt Accursius notat. sed denegata

aduersarium actione, vt & in *leg. patri* 27. *§. si pecuniam. eod. tit. de minor.* Atque ita hunc locum accipi debere ex eo constat quod ait Vlpianus commissam esse pœnam ipso iure si minor nolit stare sententiæ arbitri, & consequenter pœnæ petitionē competere, negat tamen eiusmodi petitionem & actionem dandam esse, quia nimirum prætoris est actionem vel dare vel denegare. Prætor autem ratum habere non debet quod à minore inconsulto gestum esse videt: quod ipsum, *Ratum id à prætore non haberi*, nihil aliud est quàm quod volumus dandam à prætore restitutionem, vt in *leg. mulier* 21. *§.* 1. *quod met. caus.* Dices cum Accursio, Si iis instituta sit cōtra minorem sine curatoris autoritate nullius momenti esse quicquid gestum est, tanquam gestum aduersus indefensum. *l. acta* 45. *§. vlt. leg. contra* 54. *de re iud. leg. cùm & minores* 4. *C. si aduersus rem iud.* adeò vt nulla minori in eam rem sit opus restitutione, quasi qui satis munitus sit ipso iure. *l. in causæ* 16. *in prin. de minor.* Idem igitur admittendum esse in compromisso, quod minor fecerit sine curatoris autoritate: præsertim cùm supra diximus compromissa ad similitudinem iudiciorū redacta esse. Respōdeo diuersam esse hac parte rationem compromissi & iudicij, non quia iudicium maius sit, proindéque maiori autoritate firmandū, vt putat Accursius, sed quia iudicium redditur in inuitum. *leg. inter stipulantem* 83. *§.* 1. *de verb. oblig.* Compromissum verò fit ex voluntate compromittentium. Faciliùs autem est vt minor sibi ipsi noceat voluntaria promissione, quàm vt ei non defenso autoritatem iudicij nocere patiatur iudex, aut etiam lex quæ sola iudiciis tribuit autoritatem. Legis enim est illæsum minorem seruare in iis quæ ex potestate legis dependent, cuius effet eidem minori læso subuenire. argum. *l. vlt. C. in quib. caus. non est necess. integr. restit.* At non potest lex prouidere ac impedire ne minor seipsum lædat si velit, nisi in iis quæ minori sunt interdicta, vt si velit prædium alienare sine decreto, aut si curatorem habens velit sine curatore aliquid gerere quod pertineat ad rem suarum administrationem, vt in *leg. 3. C. de in integr. restit. min.* In quo numero non est permissio per stipulationem facta, *d. l. puberes.* Nec igitur compromissum, quippe quod nihil aliud est quàm promissio simul per plures facta intercedente vt plurimū stipulatione. *leg. litigatores* 11. *§. interdum. & seq.* ff. *h. tit.* quæ & promissionis nomine plerúmque significatur. *leg.* 1. *C. de contr. & commit. stipul. Distinctio quæ hic ab Accurs. refertur, ridicula est.*

a *Absoluetur.* Ratio dubitandi. Nemo audiendus est id petens cuius contrarium non fuerat in cōtrarium euentum postulaturus. *leg. penultim. C. de solutio. l. si pater puellæ* 12. *Cod. de inoffic. testam.* Atqui si pro minore pronunciatum fuisset, vtique valuisset sententia etiam per iudicem lata nullo etiam curatore interueniente. *leg. non eò minùs.* 14. *C. de procur.* nec voluisset minor de eiusmodi sententiæ nullitate conqueri. Ergo si contra eum pronunciatum sit, non debet audiri petens restitutionem ob id solùm quòd nō adhibuerit curatorē. Ratio decidendi. Minorum ætasin damno subuenire, non rebus prosperè gestis ob esse consueuit. *d. l. non eò minùs.* Igitur nō ob id minùs restituēdus est minor cōtra quē iudicatum fuit, quod si obtinuisset, sententiæ siue iudicis siue arbitri stare voluisset. Ratióque diuersitatis euidens in eo est quod minor qui vincit, siue apud iudicem, siue apud arbitrum, non læditur, nec proinde restitui potest aut debet. Qui verò vincitur, læditur si nō appareat iustissimi, è id factum fuisse. Sed & qui compromittit hoc ipso læsus intelligitur, quia se obligat vt arbitri sententiæ quantumuis iniquæ stare teneatur. *leg. diem proferre* 27. *§. stari autem. de recept.* Vnde est quod Seneca quodam loco scribit. Meliorem esse conditionem bonæ causæ si ad iudicem, quàm si ad arbitrum remittatur. Ideóque procurator nec si generale mandatum habeat, compromittere tamen posse creditur, vt neque transigere potest. *leg. mandato* 66. *de procurat.*

1 ¶ Tametsi neminem prætor cogat arbitrium recipere [b] (quoniam hæc res libera & soluta est, & extra necessitatem iurisdictionis posita:) attamen, vbi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam & solicitudinem suam hanc rem pertinere prætor putat: non tantùm quòd studeret lites finiri [c]: verùm quoniam non deberent decipi, qui eum, quasi virum bonum [d], disceptatorem inter se elegerunt. Finge enim, post causam iam semel atque iterum tractatam, post nudata vtriusque intima [e]: & secreta negotij aperta, arbitrum vel gratiæ dantem, vel sordibus corruptum [f], vel alia qua ex causa nolle sententiam dicere: quisquámne potest negare, æquissimum fore, prætorem interponere se debuisse, vt officium quod in se recepit, impleret.

Ad §. 1. Tametsi.

b *Neminem cogit prætor arbitrium recipere.* Ratio dubitandi. Cōpromissa redacta sunt ad instar iudiciorum & ad finiendas lites pertinent, *l. 1. sup.* & consequenter ad totius reipub. vtilitatem, cuius maximè interest quàm citò lites finiri. *l. quidā* 21. *de reb. cred. leg. litibus* 20. *ff. de agric. & censit. lib. r.* 11. Atqui potest quis cogi vt sit iudex, quia iudicandi munus publicum est. *l. quippe* 78. ff. *de iudi.* quod ideò sine iusta causa detrectare nemo potest, si modò is qui iudicem dedit eius dandi ius habuit. *leg. cùm prætor* 12. *§.* 1. *& seq. eod. tit.* Ergo poterit etiam quis cogi vt sit arbiter, quia semper inspiciendum est quod publicè interfit, non quid priuatim. *l. ita vulneratus* 51. *in fi. ad l. Aquil. Auth. ros quæ C. comm. de lega.* Ratio decidendi. Res libera & soluta est vt arbitrium recipiat & extra necessitatem iurisdictionis posita, mandato proximè accedit, cùm arbiter compromissarius intelligatur mandatum habere à litigatoribus vt de controuersia in qua electus fuit pronuntiet. Mandatum porrò suscipere vel non suscipere ab initio cuique liberum est. *leg. si mandauero* 22. *§. vlt. mand.* Nemo igitur arbitrium suscipere cogendus est. f. ex compromisso. Aliud enim quoddam arbitrium est quod non malè quodammodo iudiciale possis dicere, cùm ex decreto prætoris datur arbiter ad aliquid faciendum, putà ad tribuendas res peculiares, vt in *leg. illud* 7. *§* 1. *de tribut. act.* vel ad probandos fideiussores, vt in *leg. arbitro* 9. *& seq. qui sat. sd. cog.* aut denique aliud quidpiam simile, vt in *l. sancimus* 6. *Codic. de aduoc. diuers. iud.* Et hi arbitri non multum à iudicibus distant, ideóque ab iis sicut & à iudicibus appellari potest *d. leg. arbitro.* videntúrque officio publico fungi vt & iudices, cùm tamen arbitri compromissarij non fungantur nisi priuatio. Nempe quia mandatum habent à priuatis litigatoribus, non vt alij à prætore iurisdictionem suā exerceāt. In quo maximè differunt à iudicib. quia iurisdictionis est dare iudicem, & magistratum esse oportet, aut saltē magistratus officio fungi eum, qui iubere velit iudicare, vt suprà dixi ex *l. 3. in fin. Leum qui* 13. *de iurisdict.* Planè vbi semel quis in se recepit arbitrium, ad curam & solicitudinem suam hoc quoque pertinere putat prætor vt eum cogat sententiam dicere, non tantùm quod studeat lites finiri, verùm etiam quia nō debent decipi qui eum tanquam virum bonum elegerunt, vt sequitur in textu.

c *Quòd studeat lites finiri.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad finem *l. gis primæ. supr. hoc tit.*

d *Quasi virum bonum.* Ratio dubitandi. Si arbiter compromissarius eligeretur à litigatoribus, vt pronuntiaret tanquam vir bonus, non aliter standum esset ipsius sententiæ, quā si id ipsum pronuntiaret quo alioqui vir bonus quiliber pronūtiare deberet. Atque ita redigendum esset arbitrium eius ad arbitriū boni viri, etsi nominatim persona eius expressa esset, *leg. societatem mecum* 76. *inf. pro socio. leg. hæc venditio* 7. *infr. de contrah. empt.* atqui hoc falsum est. Standum enim omnimodo est sententiæ arbitri ad quem ex compromisso itum est, siue æquum sit siue iniquum quod ille pronuntiauit *d. le. societatem. vers. arbitrorum. l. diem proferre* 27. *§. stari autem.* ff. *h. tit.* Ergo cùm litigatores compromittunt in aliquem nominatim, putà in Titium, dicendum est electum ab iis Titium quasi Titium, non quasi virum bonum.

Ratio decidendi. Habuerunt quidem litigatores respectum ad personam certam, id est, Titij, non ad personam incertam cuiuslibet boni viri, ob idq. nec potest peti reductio ad arbitrium boni viri, si Titius aliquid iniustè pronuntiauerit. Sed tamen negari non potest quin Titius ipse electus sit tanquam vir bonus, & quem verisimiliter litigatores nunquam elegissent, nisi eum pro viro bono habuissent. Ad bonitatem viri officium illud etiam pertinet vt fidem datam seruet *leg. ... §. de pact. l. 1. de const. pecun.* Meritò igitur prætor eum qui arbitrium recepit cogit ferre sententiam. Ne alioqui decipiātur qui eum quasi virum bonum disceptatorem inter se elegerunt. Cætera quę sequuntur in textu non sunt obscura.

e *Post nudata vtriusque intima.* Ratio dubitandi. Etiam si nudata sint & aperta arbitro compromissario vtriusque partis intima & secreta, nulli tamen iniuriam facit arbiter si sententiā nolit dicere, quia neutrius litigatoris ius in eo lædit. Non igitur bona est ratio propter quam cogendus sit sententiam dicere: præsertim cùm etiam aliquando permittatur, quod multò iniquiùs est vt quis post nudata sibi & aperta vnius partis intima & secreta, possit tamen etiam aduersæ partis aduocatus esse, vt in specie *l. vlt. §. de postul.* Ratio decidendi. Non potest doli suspicione carere is qui arbitrium in se recepit, ideò tātùm vt vtriusque partis intima & secreta negotij inuestigaret, si postea didicisca sententiā ferre recuset. Quid. n. ad eum pertinebat illa scire si nollet posteà sententiam dicere? Quod verò obiicitur ex *d. le. vlt. de postul.* alienum est & specialem rationem habet, quam ibi d ximus.

f *Vel sordibus corruptum.* Ratio dubitandi. Non est cogendus arbiter sententiam dicere si eū vel sordibus vel qua alia ratione turpiter corruptū esse appareat *l. sed si* 9. *§. sunt & alij.* ff. *h. t.* Sunt enim isti prohibendi potius ne iudicent, quàm cogendi vt iudicent qui se corrumpi patiuntur. Ergo non est bona ratiocinatio quæ in hoc loco fit ab Vlpiano.

Ratio decidendi. Multum interest an quis ideò corruptus sit vt malè pronuncier, an verò vt non pronuncier is, quem certum est si pronunciare cogatur benè ac iustè pronunciaturum. Priore casu arbiter sententiam dicere non solùm cogendus non est, sed etiam prohibendus est. Nam etsi pronūciaret, neque arbitrio ipsius pareretur, non tamen posset pœna efficaciter peti, sed eius petitio doli mali exceptione submoueretur *l. non distinguemus* 32. *§. cùm quidam.* ff. Posteriore verò casu nihil vetat cogi arbitrium sententiam dicere, quam bene dicturus sit. Et ita iam olim Ioannes ab Accursio hīc relatus distinguebat.

2 ¶ Ait prætor: *Qui arbitrium pecunia compromissa receperit.*

Ad §. 2. Ait prætor.

g *Pœna compromissa.* Ratio dubitandi. Etiam cùm pœna nulla promissa est, datur tamen ex cōpromisso petitio eius quod interest *l. diem proferre* 27. *§. vlt. & l. seq.* ff. Ergo frustrà prætor in edicto adiecit verba ista *pœna compromissa.* Ratio decidendi. Non est quidem necessaria pœnæ adiectio vt ex compromisso detur actio incerti ad id quod interest, sed est necessaria ad hoc vt arbiter cogatur sententiam dicere, *lege litigatores* 11. *§. quod ait. & sequentibus.* vsque ad finem *legis. infrà eodem.* Est enim longè facilius vt ex compromisso etiam nulla pœna promissa obligentur litigatores qui inuicem stipulati sunt, quàm arbiter qui nihil per stipulationem promisit, sed tantùm in se arbitrium recepit. Sunt autem hæc prima verba edicti, sed manca, nisi cum Accursio suppleas *eum arbitrium & sententiam ferre cogam.*

3 ¶ Tractemus de personis arbitrantium. Et quidem arbitrium cuiuscunque dignitatis [h] coget officio, quod susceperit, perfungi: etiam si sit consularis nisi fortè sit in aliquo magistratu positus vel potestate, consul fortè, vel prætor: quoniam in hoc imperium non habet [k].

Ad §.3.Tractemus.

b *Cuiuscunque dignitatis.* Ratio dubitã.Non patitur ciuilis legislator vt quisquam ciuisRomanus cogatur præcisè ad factum, quia non posset id fieri citra vim & impressionem, quæ ciuis Romani libertatẽ imminueret. Quod cùm in cuiusque persona indignum esset,tum in illius maximè qui clara dignitate aliqua præfulgeret arg.*leg.* 2.*supr.de in ius vocand.* Indéque est quod generaliter placuit in omnibus faciendi obligationibus si non fiat quod promissũ est succedere in locum facti præstationẽ eius quod interest *leg.si quis ab alio* 13. *§. vlt. de re iud.l g.quoties quis alium* 81. *l.g.stipulationes non diuiduntur* 72. *in fine principij. de verb. oblig.* Atque pronunciare & sententiam ferre facti est. Ideóque iudex esse prohibetur natura is qui motus est, quia pronunciare non potest *leg. cùm prætor* 12. *§. penul. infr. de iudic.* Ergo inciuile est cogi à prætore clarum hominem & alta dignitate præditum,putà virum consularem vt pronũtiet. Itémq. multò magis tractari potest. de quolibet magistratu, quamuis in minori & inferiori prætore.Vix.n. est vt possit cogi pronunciare salua dignitate ac veneratione, quę magistratui debetur.Ratio decidendi. Cũ dicimus cogi quẽ à prętore vt sententiã ferat, non sic intelligimus vt præcisè cogatur ad pronunciandum,sed vt cogatur pignoribus captis vel aliqua mulctę cõminatione, quomodo Senatores olim ire in Senatum cogebãtur.Et quomodo etiam solet prętor eos cogere qui tenentur cauere quod æquè facti est, siue de dãno infecto cauẽdum sit, siue legatorum aut fideicommissorum seruandorum causa. *leg. is cui* 5.*infr. vt in poss legat.* Nam & hæc remedia prætoris applicantur in *leg.* 1. *§. quid ergo si non responderit. de inspic. ventr.* In quo fit nulla iniuria dignitati quantacunque dignitas sit. Quinimo quo maior dignitas est eius qui arbitrium in se recepit, tanto magis cauendum est ne litigatores per eum decepti videantur.

i *Nisi fortè in aliquo magistratu positus.* Ratio dubitadi. Arbitri officium priuatum est non publicum, vt diximus ad §. 1. huius legis.Ergo quamuis Consul vel prætor sit is qui arbitrium in se recepit, perinde tamen dicendum est cogi eum posse à prætore, atque alium quemlibet, quia non quasi Consul vel prætor cogitur,sed tanquam priuatus quilibet.arg. *l.si paterfamilias* 15. *de adopt.* Et quemadmodum solemus dicere filiumfamilias in iis quæ ad publicum ius pertinent nón sequi ius patriæ potestatis *l. nam quod* 14.*ad SC. Trebell.* Itémque etiamsi prætor sit is qui alienam iurisdictionem exercet, non tamen pro suo imperio id agere, sed fungi partibus eius qui mandauit *leg.* 3 *de offic. eius cui mandat.est iurisd.* Ita è contrario dicere possumus Consulem vel prætorem in iis quæ ad priuatum ipsius statum & officium pertinent,non tam Consulis aut prętoris quàm priuati cuiusl bet iure censendum esse: ac proinde vt alium quemlibet etiam à prętore ad ferendam sententiam cogi posse. Ratio decidendi. Magistratus qui superiore aut pari sunt imperio, nullomodo cogi possunt : non solùm quia neque par in parem, neque minor magistratus in maiorẽ vllum habet imperium *le.ille à quo.* 13.*§. tempestiuum. ad SC.Treb.* Sed etiã quia ei qui magistratum & dignitatem publicam gerit permittẽdum non est vt siue arbitrium suscipiendo,siue quid aliud faciendo seo bligetad ea perpetienda,quę dignitatem ipsius lædere vel minimùm possint, quippe quam non à seipso habeat,sed à republica. Nam si verum est,vt est,neminem esse dominum membrorum suorum *leg.liber homo* 13.*ad leg. Aquil.* multò magis verum est neminem esse dominum suę dignitatis,vt tanquam dominus lædendę ipsius ius habeat vel imminuendæ. Nisi quòd se inferioris etiam magistratus iurisdictioni subiicere potest *l.est receptum* 14.*de iurisdict.* Nemo autem non videt lædi maximè dignitatem Consulis vel prætoris si cogatur à pari vel à minore magistratu vt quid inuitus faciat, quamuis non quasi Consul vel Prętor cogatur,sed quasi priuatus. Non idem est in Consulari viro vel Prætorio,id est,qui consularem dignitatem,vel prætoriã aliquando gessit. Hic enim dignitatem quidem retinet,sed non autoritatem, id est,dignitatis imperium &maiestatem,quę sola facit ne pari minorive imperio cogi possit.

k *Quoniam in hos imperium non habet.* Id est, in horum personas,quia non tantùm dignitas,sed etiam persona superioris magistratus exempta est à iurisdictione inferioris:adeò difficile est vt in iis quæ contra dignitatem fierent, personæ dignitas à persona ipsa separetur.

4. PAVLVS lib.13.ad Edictum.

NAm magistratus superiore [a], aut pari imperio,nullomodo possunt cogi.nec interest antè[b],an ipso magistratu arbitrium susceperint.inferiores possunt cogi[c].

Ad leg.Nam magistratus. 4.

a *Superiores,* Hoc malo, quàm vt in Pand. Flor. *superiore*, ne quis fortè putet Pauli sensum hoc loco eum esse, vt magistratus non possint cogi superiore imperio vt neq. pari possunt:quod certè falsum esset. Neque enim ob id minùs cogi magistratus potest, si modò superiore nõ pari aut inferiore imperio cogatur. Itaque rectè Accursius quod sequitur *pari imperio* refert ad præcedentem dictionem *magistratus*, nõ ad subsequentem *cogi*, ac si scriptum esset apertiùs magistratus qui superiore aut pari imperio præditi sunt, non posse cogi ab inferioris aut paris imperij magistratu. Atque ita Florentina lectio explicanda est,si legere malis *superiore* quàm *superiores*, ponendáque virgula est post dictionem *imperio*, vt appareat ablatiuos istos regi à verbis præcedentibus,non à sequentibus.Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad *§.vlt.legis præcedentis* Iunge *leg.præcipimus* 32. *§.penult.C.de appellat* & quod hîc scriptum est intellige,nisi is qui maior vel æqualis & par est. subiiciat se alterius iurisdictioni *di.l. est receptum* 14.*supr. de iurisdict.*

b *Nec interest ante.* Ratio dubitandi, Cùm quis ante magistratum susceperit inse arbitrium,ius quæsitum est litigatoribus vt arbitrum ex hoc edicto possint cogere *§. ait prætor. & §. præced. leg.prox. supr.* Ergo superueniens dignitas magistratus hoc ius eis quæsitum tollere nõ debet, nec potest.Quid enim possis ideò litigatoribus imputare?

Ratio decidendi, Honori personarum hoc debetur & dignitati. arg.*l. non distinguemus* 32. *§ sacerdotio obuenienre.* ĩ. *hoc tit.* Est enim semper antiquius ius reipublicæ quàm priuatorum *l.* 1. *§.& generaliter.de ventr.in poss.mitt.l.posliminium* 19. *§.filius vnoque.decaptiu.& postlim.*

c *Inferiores possunt cogi.* Ratio dubit.Inferiores quoque magistratus operam suam reipublicæ debent, non priuatis litigatoribus. Ergo cùm non tantùm honori personarum, sed etiam vtilitati reipub.hoc debeatur,ne magistratus cogatur sententiam dicere quia eos vacare reipublicæ oportet *d. §. sacerdotio l.* 32.*infr. hoc tit.* non videntur inferiores magistratus à superioribus distinguendi. Ratio decid. Non est alienum à reipublicę vtilitate vt arbiter quamuis magistratus sit cogatur ferre sententiam, cùm nõ eò minùs futurũ sit vt cætera etiam quæ ad magistratus officium pertinent exequatur. Nam nec credendum est vsque adeò præcisè coactum iri magistratum inferiorẽ à prætore, vt ea quæ ex officio primùm facere debeat, cogatur negligere aut in aliud tempus differre. Sanè is quoque cui sacerdotium obuenit, si arbitrium siue antè siue post receperit, cogi potest vt pronunciet,adeóque multò magis si post susceptum arbitrium quàm si ante obuenerit *dict. §. sacerdotio.* Faciliùs enim est vt superueniens dignitas adferat excusationem, vt & cætera quæ arbitrium excusare solent, dequibus in *l. licet* 15. ĩ. *h.tit.*quia potest arbiter probabiliùs causari,non fuisse se arbitrium recepturum si de suscipiendo magistratu cogitasset, nec minùs suæ promissioni quàm cęteris priuatorum conuentionibus tacitam illam condicionem inesse,*si res in eodem statu manserint.* argum. *leg.cùm quis* 38. *leg. si cùm Cornelius* 82. *de solut.* Iunge. *leg. iudicium soluitur* 58.ĩ *de iudic.*

5. VLPIANVS lib 13. ad Edictum.

Sed & filiusfamiliàs compelletur.

Ad l Sed & filiusfamilias 5.

Ratio dubitandi. Coactio quæ fit ex hoc edicto non præcisè fit,sed pignoribus captis & mulctę alicuius comminatione, vt scripsi ad *vlt.l.*3.*supr.* Atqui filiusfamilias iure isto Pãdectarum bona nulla habebat,quę capi possent pignori,aut in quę fieri posset executio iudicati ad exigendam mulctam irrogatam, quia omnia acquirebat patri *l. lex Cornelia* 28. *ante finem. de vulg. & pupill. substit. leg. placet* 79. *de acquir. hered. leg.*1. *si quis à parent. manum. sit.* Ergo frustrà est si prætor velit filiumfamilias qui arbitriũ in se recepit, ad sententiam ferendam compellere, quippe cùm futurum sit vt imperium prętoris propter suam egestatem possit eludere, vt in *leg.si quis.* 33. *de iniur.* quod tamen multò magis alienum fuerit à maiestate prætoris. Multum enim de magistratus dignitate & autoritate diminuitur, si ea imperet quæ subinde non possit mandare executioni eo inuito qui parêre nolit.

Ratio decidendi, Potest, coactio hæc fieri non tantùm captis pignoribus, sed aliis quoque variis modis,Nec inutile erit aut eluforium imperiũ prętoris, tametsi eo tẽpore filiusfamilias nulladũ bona habebat cùm futurũ sit vt habeat aliquãdo, possitque iudicati executio in id tẽpus differri,Quomodo aliàs dicere solemus non esse inutilem fideiussionẽ si filiusfamilias pro patre fideiubeat *l.si dubitet* 10. *§. filiusfamiliàs.de fideiuss.*quia,vt eo loco ait Vlp. & poterit conueniri ea ex fideiussione cùm suis iuris effectus fuerit,& interim potest condemnari.

6. GAIVS lib 5.ad Edictum prouinciale.

QVinetiam de re patris dicitur filiumfamiliàs arbitrum esse: nam & iudicem eum esse posse [a],plerisque placet.

Ad l. Quinetiam 6.

Ratio dubitandi.Qui iurisdictioni præest,neque sibi neq.suis ius dicere debet *l. qui iurisdict.* 10.ĩ. *de iurisdict.* Ergo de re patris arbiter esse filiusfamilias non deber, tantum abest vt si esse noluerit cogendus sit à prætore sententiam ferre. Sic enim fiet vt de re sua, quodammodo arbiter esse videatur,cũ etiam viuo patre filiusfamilias rerum paternarum dominus quodammodo existimetur *leg. in suis* 11. *de liber.& post.l.*1.*§.largius.de succes.edict.*Ratio decidend. Arbitrium suscipere & ex compromisso sententiam ferre est extra causam iurisdictionis *leg.* 3. *§.tametsi. supr.* quia id priuati potius officij est, sibique debet imputare qui talem arbitrum elegit, quique cum patre litigaturus filium eius habere iudicem vltro voluit *leg. diem proferre* 27. *§. stari autem. infr. hoc iuulo.*

a *Nam & iudicem eum esse posse.* Ratio dubitandi, Cùm multæ sunt inter iudicem & arbitrum, vt diximus ad *l.*1.ĩ. tum illa maximè quantum ad rem nostram pertinet,quod iudicandi munus & officiũ publicum est *leg. quippe* 78. *de re iudic.* Arbitrium verò susciperе priuati officij est, vt proximè diximus. Item iudex à magistratu datus adstrictus est formulæ, ex cuius præscripto iudicare omnimodo cogitur, quæ res facit vt filiusfamilias qui in causa patris ius dicere non potest *d.l. qui iurisdictioni* vbi dixi.iudicare tamen & iudex esse possit *l. in priuatis* 77.ĩ.*de iud.* Arbiter verò nulli formulæ obstrictus est,& pro arbitrio potest pronunciare,siue æquum siue iniquum pronunciet *d.leg.diem proferre.*27.*§.stari autem infr.hoc tit.* Non est igitur bona ratiocinatio Iurisconsulti inferentis, Posse filium esse arbitrum in causa patris, ex eo quod plerisque placeat, iudicem illum etiam in causa patris esse posse.Nam in iis quæ ad publicum ius pertinent, certum est filiumfamilias non sequi ius potestatis *lege nam quod* 14. *ad SC. Trebellian.* quæ tamen priuatis omnibus officiis potior esse debet. Ratio decidendi.Bona est hac parte æquiparatio iudicij &arbitrij

Non ob id solùm quòd redacta sint compromissa ad instar iudiciorum *l.* 1. sed etiam quia multò maior ratio est propter quàm permitti debeat filio vt sit arbiter in causa patris, quam vt sit iudex. Quamuis enim non sicut iudex, ita arbiter adstrictus sit formulæ, publicóque munere fungatur, hoc tamen amplius est in arbitro quàm in iudice, quod arbitrum litigatores eligunt, iudicem verò non item: ideóque potest imputari litigatori qui filiumfamilias elegit arbitrum cur talem elegerit, itemque cur compromiserit: quod nō similiter imputari potest ei qui & iudicium & iudicem accepit, cùm iudicium reddatur in inuitum *leg. inter stipulantem* 83. *§. de verbor. oblig.* Nemo autem compromittit inuitus. Ergo si potest filiusfamilias iudex esse in causa patris, multò magis potest arbiter.

7. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

PEdius libro nono, & Pomponius libro trigesimo tertio scribunt, parui referre: ingenuus quis, an libertinus sit: integrę famæ quis sit arbiter, an ignominiosus[a].

Ad l. Pedius 7.

Ratio dubitandi. Non est permittendum homini libertino: vt ingenuorum officia peragat. Publicè namque interest non confundi hominum condiciones *l. vnic. C. ad l. Visel.* Ea verò maximè libertinis interdicta sūt, per quę fiat vt ab operis patronorum præstandis libertus reuocetur, quia eas natura debet *l. si non sortem* 26. *§. libertus. in fin. de condict. indeb.* Vnde est quod nec malitiæ nomen dare libertus potest sine iniuria patroni, si non patronus ipse consentiat. Nempe cum libertus talis est qui ad operas præstandas sit obligatus *leg. operis obligatus.* 43. *de oper. libert.* Atqui tale quidpiam est arbitrium suscipere, quoniam arbiter de causa neque cognoscere, neque pronūciare potest, quin operam suam in eam rem præstet. Vix autem est vt eodem tempore eadem persona diuersis personis operas diuersas præstet extra casum *leg. duorum* 49. *cod.* Ergo non est permittēdum libertino vt arbitrium in se recipiat, nisi sub ea saltem exceptione, Ni patronus consentiat. Ratio decid. Non magis ingenui, quàm libertini hominis est arbitrium suscipere, neque in eo sit vlla iniuria patrono, quia neq; ius patronatus, neque operas per hoc amittit. Quid enim vetat libertum & operas præstare patrono, & nihilominùs ferre sententiam? Taceo quod ingenuitatis & libertinitatis iura sunt penè consonantia hodie post Iustiniani constitutionem, de qua in *§. sed no ira. Inst. de succes. libert.* Iunge *leg. cùm hi* 8. *§. nihil autem. supr. de transact. l.* 2. *C. de postul.*

a *An ignominiosus.* Ratio dubitandi. Etiamsi nulla lex sit quæ prohibeat infamem personam arbitriū in se recipere, honestatis tamē ratio hoc suadere videtur, vt qui infamis & ignominiosus est nō magis arbiter esse possit quàm iudex *leg. cùm prætor* 12. *§. penult. infr. de iudic.* iunct *leg.* 2. *sup. de Senator.* Quomodo de adsessore scriptum legimus in *leg.* 2. *§. de offic. adsess.* Quam enim satis probam iustámque sententiam ab eo expectare possit prætor quem famosum esse videat & ignominiosum? Maximè verò cùm quisquis arbiter eligitur, quasi vir bonus eligatur. *§. tametsi leg.* 3. *su.* Quia enim tam contrarium vt qui propter suam turpitudinem infamis est, vir bonus existimetur?

Ratio decidendi. Famosis & notatis, id est, quos scelus aut vitæ turpitudo inquinat, & quos infamia ab honestorum cœtu segregat, dignitatis quidem portæ patēre non debent *leg.* 2. *Codic. de dignit. lib.* 12. Sed dignitas non est, Esse arbitrum, vt est, Esse iudicem, vel ius dicentem, vel ius dicenti adfidērem vel etiam aduocatum *leg.* 1. *§. hoc edicto. supr. de postul.* Pertinet enim id potius ad priuatum officiū, quod vltro quis velit, litigatoribus exhibere, à quibus electus fuit, & qui proinde sibi debent imputare cur talem elegerint *d. leg. diem proferre* 27. *§. stari autem.* ȷ. *hoc tit.* Itaque non sunt similia iudicis hac parte compromissa. Facilè tamen admitto quod vult Accursius, Excommunicatum non posse arbitrum esse, nec si arbitrium in se receperit, sententiam tamen ferre cogendum. An vero similiter admittendum est quod vult idem Accursius infamem posse procuratorem esse? Ita vulgò nostri putant ex *§. vlt Inst. de exceptio.* vnde solent etiam inferre quod multò grauius & pernicioſiùs est procuratores esse infames. Omnio malè, vt equidem existimo. Quod enim Iustinianus in *d. §. vlt.* iubet conquiescere exceptiones quæ olim solebant opponi propter infamiam vel dantis, vel ipsius procuratoris, non eam rationē habēt quid etiā infamis possit esse procurator. Alioqui si ex iuris ratione ita esset, nōnisi frustrà stultéque exceptio de infamia procuratoris obiceretur. sed vt Iustin. ipse ait, ne dum de huiusmodi exceptionibus altercatur, ipsius negotij disceptatio proteletur. Ex quo apparet nec hodie admitti posse infamem vt sit procurator si de ipsius infamia clarè ac liquidò constet, ita vt de eo disceptari non oporteat, nec dubitari amplius possit.

1 ¶ In seruum Labeo compromitti non posse libro vndecimo scribit: & est verum ¶ Vnde Iulianus ait, si in Titium & seruum compromissum sit, nec Titium cogendum sententiam dicere[b], quia cum alio receperit: quamuis serui (inquit) arbitrium nullum sit. Quid tamen, si dixerit sententiam Titius? pœna non committitur[c]: quia non, vt receperit, dixit sententiam.

Ad §. In seruum 1.

Ratio dubitandi. Seruus non est incapax eorum quæ sunt ex iure & equitate naturali, quia eo iure omnes homines sūt pares *l. quod attinet* 32. *de reg. iur. nec* item eorum quæ sunt facti *leg. qui heredi.* 44. *de condic. & demonstr.* Atqui ius naturale non repugnat quominus is qui seruus est & vir bonus sit, & eo ingenio præditus, quo facilè possit æquum ab iniquo discernere, quod faciunt etiam pleriq. iuris nostri & bonarum omniū literarū ignari, & solo naturali lumine edocti. Quidni ergo poterit etiam seruus esse arbiter? Præsertim cùm hoc quoque casu possit ratio illa vsurpari quam nos iam toties vsurpauimus, quod imputare sibi debeant qui tamen elegerunt. Ratio decidendi. Seruus omnino incognitus est, nec tantùm ciuili iure, sed etiam prætorio, nec vllam iuris siue ciuilis siue prætorij communionem habet. *leg. qui testamento* 20. *§. seruus quoque qui testam. facer. poss.* adeò vt neque extra ordinem computetur. *leg. nullomodo* 7. *inf. de leg. Cornel. de falsi.* Atqui siue arbitrij siue arbitratus nomē à litigatoribus vsurpatur ius significat non factum *l. illa verba* 68. *de verbor. signific.* Ergo in seruum non cadit. Nec potest seruus à prætore cogi vt sententiam dicat, cùm tamen necesse sit posse eum cogi si permittatur ei vt arbitrium in se recipiat. Ne alioqui melioris condicionis sit quàm liberi, adeóq; quàm ipsi magistratus, quos suprà diximus si prætore inferiores sint à prætore cogi posse. Sed nec si vltro seruus sententiam dixerit, fieri tamen potest vt valeat effectúmque vllum habeat, cùm neque actionem parere possit ad pœnæ petitionem neque exceptionem. Prætoris siquidem est & actionem & exceptionem dare, quarum neutrum dare potest ex sententia per seruum dicta, quin hoc ipso seruum adscisat ad iuris prætorij communionem.

b *Nec Titium cogendum sententiam dicere.* Ratio dubitādi. Vtile per inutile non vitiatur. *l. proprium* 5. *ȷ. comm. præd.* Ergo si in Titium & seruum compromissum sit, melius est dicere serui adiectionem pro superuacuo habendam esse, vt in *d. l. proprium & in leg. fundus ille* 64. *de contr. empt. leg. placuit* 29. *de vsuris.* quàm vt eorum compromissum pereat. Nam & in dubio ea interpretatio & sententia capienda est, per quam actus confirmetur, non per quam destruatur. *leg. quoties* 12. *de reb. dub. leg. quoties* 89. *de verb. oblig.* Neque potest de eo conqueri Titius cùm iam inde ab initio sciuerit aut scire debuerit, serui arbitrium nullum esse. Exemplo eius ratiocinationis quæ fit à Papiniano in *leg. si Titius* 48. *de fideiuss.* Ratio decidendi. In iis quæ diuidi & separari commodè possunt, vtile per inutile nō vitiatur in *ll. supradictis.* Sed in iis quæ indiuidua sunt aliud est. *l. cùm hi* 8. *§. si præcor. ff. de transact.* Eiusmodi verò est compromissum quod in plures factū est. Nec enim id litigatores egerunt vt quod vnus ex iis constituisset ratum haberent, sed vt quod præsentibus & deliberantibus omnibus maior pars statuendum existimasset. *leg. item si vnus* 17. *§. item si. & §. vlt. leg. quid tamen* 21. *§. penult. infr. hoc titul.* Ergo cùm in persona serui sit inutile cōpromissum quod in Titium & seruum factum est, nō debet cogi Titius vt sententiam dicat solus qui arbitrium in se cū alio recepit, non aliter, vt credibile est, recepturus.

c *Pœna non committetur.* Ratio dubitādi. Arbitrium serui nullum est, vt proximè diximus. Ergo etiamsi solus Titius sententiam dixerit, cùm in eum & in seruum esset compromissum, perinde dicendum est committi pœnam ac si Titius & seruus simul sententiam dixissent. Quid enim nocere debeat quòd is defuerit quem adesse nihil profuisset? Ratio decid. Ideò nimirum nullius momenti est huiusmodi cōpromissum, quia neque cum seruo Titius sententiā dicere potest, cùm ea res sit iuris quæ proinde in seruum cadere non potest, vt diximus ex *leg. illa verba* 68. *de verb. signific.* Neque sine seruo, quoniam ita fieret vt non eo modo sententiam diceret, quo recepisset. Quod nō malè trahit Accursius ad iudices delegatos, vt à rescripti verbis non magis deberent recedere quàm arbitri à verbis compromissi. *d. leg. item si vnus* 17. *§. item si plures. leg. Celsus* 23. *§. idem ait. infr. hoc titul. leg.* 1. *§. igitur propositio. de exercit. action.*

PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

SEd si ita compromissum sit, vt vel alterutrius sententia valeat, Titium cogendum.

Ad l. Sed si ita 8.

Ratio dubitandi. Etiam cùm quis compromisit in Titium & in seruum, ita tamē vt vel alterutrius sententia valeat, verum est de seruo non minùs quàm de Titio actum esse vt is sententiam diceret, Alioqui de solo Titio tractandum erat non de alterutro, quo nomine significatur quædam electio & alternatio, quæ porrò cadere non potest inter Titium & seruum, quia serui arbitrium vt diximus nullum est. Ergo neque hoc compromissum valere potest. Nec enim cadit electio inter duo quorum alterum vel nullomodo sit, vel tale quid sit quod nemo vnquam fuerit electurus, vt Bartolus docet ad *leg. sepe de verb. signific. leg.* 2. *§. Scæuola. de eo quod cert. loc. leg. Stichum aut Pamphilum* 95. *de solution.* Rat. dec. In alternatiuis vtraque res in obligatione est, quamuis disiunctiuè & alternatiuè, ideóque alterutrum peti omnimodo potest, licèt alterum in obligatione esse vel nunquam potuerit, vel desierit. *dict. leg. Stichum.* vbi bene notant promissionem alternatiuam resolui in simplicem per interitum vnius extremorum. ex *leg. si in emptione* 34. *§. si emptio. de contrahenda emptione. leg. cùm pater* 29. *de iure dotium.* Ergo & in proposito compromissum factum in Titium vel in seruum alternatiuè, aut, quod idem est, in vtrumque quidem coniunctim, sed ita tamen vt alterutrius sententia valeat, sic accipi debet ac si solius Titij mentio facta esset, quia serui persona iam inde ab initio inutiliter adiecta fuit, quæ tamen etiāsi vtiliter adiecta fuisset, non eò minùs dicendum esset solius Titij sententiā valere, & quidem ex forma ipsius compromissi: & consequenter solum Titium cogi posse. *l. non dist in fine* 32. *§. cùm in plures. ȷ. h. tit.*

9. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

SEd si inseruum compromittatur, & liber sententiam dixerit: puto, si liber factus fecerit consentientibus partibus, valere.

Ad l. Sed & si in seruum 9.

Ratio dubit. Vniuscuiusque contentionis & rei iudic. spectandum est, *l.* 3. *§. socio. ff. de minor. l. si procuratorem* 8. ȷ. *mandat. l.* 1. *§. si seruus deposuit. infr.*

depost. leg. si tantùm 12. inf. de SC. Maced. Atqui compromissum ab initio fuit inutile, factum scilicet in seruum cuius arbitrium nullum est. *leg. Pedius 7. §. 1. ff.* Ergo neque sententia ex eo dicta valere potest, quamuis dicta sit à libero consentientibus partibus. Nec. n. ratio & autoritas iuris est in potestate contrahentium, vt ex eorum voluntate & arbitrio debeat pendêre. Ratio decidendi. Consensus litigatorum qui post arbitri libertatem supervenit, efficit vt eo tempore ex integro compromissum videatur argum. *leg. vnic. in fin. Cod. si rect. prouinc. vel ad eum pertin. sponsalit. deder.* Valet ergo sententia quasi ex nouo compromisso reddita. Malè hîc vulgò, *si liber factus re: peruit.* Legendum enim est *fecerit*, vt Flor. non *receperit. Fecerit*, inquam, id est, sententiam dixerit.

1 ¶ Sed neque in pupillum, neque in furiosum, aut surdum, aut mutum compromittetur, vt Pomponius libro trigesimo tertio scribit.

Ad §. 1. Sed neque in pupillum

Ratio dubitãdi. Cùm quis in pupillum, vel in furiosum, vel in surdum aut mutum compromittitur, imputari potest litigatoribus qui talem arbitrum elegerunt. *l. diem proferre 27. §. sors autem. infr. hoc tit.* Ergo si in huiusmodi personas compromissum sit, perinde valere debet compromissum sit, atque si in alium arbitrum quemlibet factum esset. Ratio decidendi. Eum arbitrum eligi oportet qui cõtrouersiæ finem imponere arbitrio & iudicio suo possit: cùm compromissa non nisi ad finiendas lites pertineãt. *leg. 1. l. 3. §. tametsi. supr.* Hoc verò neque pupillus, neque furiosus, neque surdus & mutus præstare possunt, quia non tantùm iudicio, sed etiam sensu penè omnino carent. *leg. si tibi 8 §. virius. de opt. leg. l. 1. C. de fals. monet.* Non magis quàm si iudices esse velint, quod neque is permittitur, cùm etiã minori 25. annis interdictum sit lege Iulia ne iudicare possit. *leg. cùm lege Iulia 41. infr. h. tit.* Nam cùm redacta sint compromissa ad instar iudiciorum, si quæratur an quis possit esse arbiter, illud maximè inspiciendum est an possit esse iudex. Eadem igitur ratio facit vt neque minor arbitrium suscipere possit, neq; mulier. *d. l. cùm lege. & l. vlt. C. eod.*

2 ¶ Si quis iudex sit, arbitrium recipere eius rei, de qua iudex est, inve se compromitti iubere prohibetur lege Iulia. &, si sententiam dixerit, non est danda pœna persecutio [a].

Ad §. 2. Si quis index

Ratio dubitãdi. Per cõpromissa faciliùs & breuiùs quàm per solemnem iudiciorum ordinem lites expediuntur & termi ã ur. Inde námque cõpromissorum vsus & vtilitas descendit. *l. 1. §. l. quàdiu 37 ff.* Atqui officiũ boni iudicis est & esse debet, vt studeat lites diminuere citóque expedire quantum facere potest. *leg. quidam 21. de reb. red. leg. 1. C. de adm rest. tut.* Ergo non est prohibendus iudex ordinarius vt arbitrium in se recipiat. Nec rursum vt iubeat in se compromitti, cùm ea ratione futurum videat vt citiùs lis terminetur. Neque enim verendum est ne iurisdictioni ordinariæ præiudicium fiat, cùm non ad aliud iurisdictio ordinaria sit comparata, quàm vt controuersiæ dirimantur, à quibus si per compromissum recedere litigatores maluerint, quidni ratum illud habendum est? *leg. 1. §. inde quæritur. de oper. noui nunciat.* Nec possunt conqueri litigatores, quod inuitos eos iusserit iudex in se cõpromittere iniuncta iis necessitate recipiendi iudicem in arbitrum, quem tanquam iudicẽ recusare non possunt. Et verò cùm plus sit esse iudicem quàm arbitrum, cur non cui licet quod plus est, non licebit etiam quod est minus? ex reg. *leg. non debet cui 21. de reg iur.* Rat. dec. Optimè lex Iulia prouidit ne possit quis esse arbiter in ea causa in qua est iudex. Ne ita fiat vt eximat se à iudicandi necessitate qua tenetur. Vbi enim semel dixisset sententiam tanquam arbiter, non ei liceret postea iudicare, tanquam qui ei cõtra quem pronunciasset hoc ipso nimis suspectus factus esset, cùm iam votum emisisset. Nam si ne quidẽ arbitrium valet, in quo libera facultas arbitri sententiæ non est futura. *leg. item si vnus 17 §. inde Pomponius infr. hoc titul.* Quantò magis necesse est liberum esse votum eius qui tanquam iudex sit pronunciaturus? Atqui non esset liberum ei qui iam semel tanquam arbiter pronunciasset. Qua enim fronte in contrariam sententiam pronunciaret, sibíque ipsi cõtradiceret? Alterutrum ergo necesse est vt vel arbiter vel iudex esse prohibeatur. At verò nõ potest recusare quominùs sit iudex, cũ iudicandi non modò potestatem, sed etiam necessitatem habeat ab eo cui iudicis dandi ius fuit. Interdici ergo ei debet ne in se arbitrium reciperet, quod priuati officij est, & à litigatorum sola voluntate nõ à iure publico proficiscitur. Neque existimãdum est ius hoc aut lege aliqua, aut consuetudine aut etiam iure pontificio correctum esse. Illud planè verum est etiam ordinarium iudicem arbitratoris officio fungi posse. *cap. cùm tempore. Extr. hoc titu. cap. causam. Extr. de elect.* Nec aliud iure ciuili obtinere credendum est, ex quo etiam certũ est multum referre an quis sit arbiter, an verò arbitrator. *leg. societatem 76. vers. arbitriorum enim. ff. pro socio* Arbiter enim ille est qui iudicis partes suscipit, non qui hactenus interuenit vt experiatur an consilio suo vel autoritate discuti litem patiatur. *leg. Pomponius 13. §. recepisse. infr.* Arbiter eo prorsus modo iudicat quo iudicare deberet si iudex esset, ideóque verum emittit vt postea iudex amplius esse non possit. Arbitrator verò longè aliter, quem ideò amicabilem compositorem Bartolus & alij vulgò appellant. Nec proinde alienum illud est à dignitate & officio iudicis ordinarij. Sed & Galliæ legibus præclarè constitutum est, vt qui consanguinitatis aut cognationis vinculo aliquo coniuncti sint, nõ priùs audiantur si litigare velint apud iudicem quàm experti fuerint an ex compromisso & per arbitros sine lite finiri cõtrouersia possit. Alius tamen in arbitrium compromissarium eligendus est, quàm qui in ea lite iudex ordinarius sit futurus.

a *Non*

a *Non est danda pœnæ persecutio.* Ratio dubitandi. Ipso iure pœna committitur, quia verum est stipulationis condicionem extitisse. *l. qui Romæ 122. §. Agerius. de verb. oblig.* Ergo actio ex stipulatu danda est, potiúsque succurrendum esset per doli exceptionem aut aliam ei qui conueniretur vt in specie *l. non distinguemus 32. §. cùm quidam. ff. hoc tit. l. 2. §. circa de dol. mal. except.* Ratio decidendi. Compromissum quidem valet ipso iure inter litigatores, quia non litigatoribus interdictum est per legem Iuliam ne tale compromissum faciant, sed iudici ne arbitrium in se recipiat néve in se iubeat compromitti. Et ideò si iudex contra legem Iuliam sententiam dixerit, cui parêre nolit vnus ex litigatoribus, pœna ipso iure committitur: & consequenter pœnæ petitio competit ipso iure, sed prætor cuius est actionem dare vel denegare persecutionem pœnæ dare non debet, ne alioqui probare videatur quæ lex Iulia improbauit. Nam & eatenus actionem dare potest, quatenus id ei per leges licet. *l. necnon 28. §. quoad eius. ff. ex quib. caus. maior. leg. cùm sponsus 12. §. si res de public. in rem act.*

3 ¶ Sunt & alij, qui non coguntur sententiam dicere: vtputà si sordes, aut turpitudo arbitri manifesta sit[a].

Ad §. 3. Sunt & alij.

a *Si sordes aut turpitudo arbitri manifesta sit.* Ratio dubitandi. Etiam sordibus vel gratia corruptus arbiter sententiam tamen dicere cogitur. *l. 3. §. tametsi ff. hoc tit.* Ergo non est hæc iusta causa non cogendi arbitri, ne alioqui melioris condicionis turpes & probrosi quàm probi viri. Ratio decidendi. Sententiam dicere cogitur is qui sordibus corruptus est, ne diceret non etiam is qui ideò corruptus fuit vt malè & iniquè diceret quemadmodum scripsimus ad *d. §. tametsi.* Cui addendum est quòd hîc notat Accursius, si tamen arbiter hic sordibus corruptus etiam vt malè & iniquè pronunciaret sententiam dixerit non eò minùs & valere sententiam, & pœnæ petitionem esse ipso iure sed doli mali exceptione summouendam. ex *l. 3. C. hoc tit. l. non distinguemus 32. §. cùm quidam. ff. eod.* Aliud verò esse in sententia iudicis precio corrupti ex *l. venales 7. C. quand. prouoc. non est necess.* Nempe quia pœna compromissa non petitur ex sententia quæ ipso iure non tenet, sed ex compromisso, quod tenet: Hinc que petenda est ratio diuersitatis non inter sententiam iudicis & sententiam arbitri (nulla enim hac parte differentia est) sed inter actionem iudicati, & pœnæ petitionẽ. In quo videtur errasse Accursius: sicut & in eo quod addit, referre an iudex malè iudicauerit per sordes an per gratiam, Quasi posteriore casu sententia ipso iure teneat ex *leg. seruo 65. §. cùm prætor ad SC. Trebell.* Video enim ista passim coniungi, nec quicquam refert an precio corruptus quisquam sit an gratia *d. l. 3. §. tametsi §. l. 2. C. de pœn. iudic. qui malè iudic.* Nec me mouet quod scriptum est in *d. §. cùm prætor.* Ibi enim non de iudice agitur, sed de prætore, cuius sicut magna dignitas est, ita & maior rerum ab eo iudicatarum autoritas, hactenus saltem vt appellationis auxilium sit necessarium ei qui contra prætorem ausit allegare sordes vel gratiam. Nam à prætore poterat olim appellari præfectus vrbi. *l. Æmilius 38. de minor.*

4 ¶ Iulianus ait, si eum infamauerunt litigatores, non omnimodo prætorem debere eum excusare, sed causa cognita.

Ad §. 4. Iulianus.

Ratio dubitandi. Inter cæteras causas ex quibus placet excusari posse & debere à prætore arbitrum ne cogatur sententiam dicere vna illa est si fuerit à litigatoribus infamatus. *l. licet autem 15. ff. hoc tit.* Nã & sufficeret spretum eum fuisse per hoc solũ quod ad alium litigatores iuissent. *§. vlt. & l. seq. ff.* Multò autem grauior iniuria est si fuerit à litigatoribus infamatus, quàm si spreta tantùm eius authoritas proponatur. Vno enim casu fit ei iniuria tanquam Titio, Alio autem non nisi tanquam arbitro. Solent verò non magis afficere illa quę personam nostram, quàm quæ officium duntaxat contingunt.

Ratio decidendi. Potest quidem ea res iustam non cogendi arbitri causam præbere si à litigatoribus infamatum se dicat, probétq; At causa cognita nec omnimodo, sed interdum, vt scriptum est in *d. l. licèt.* Potest námq; infamatio tam lenis esse, aut tam vetus & per dissimulationem fortassis abolita, vt nullam eius rationem haberi oporteat.

5 ¶ Idem & si spreta auctoritate eius ad iudicium

10. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

VEl alium arbitrum

11. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

LItigatores ierint, mox ad eundem arbitrum redierint: prætorem non debere eum cogere inter eos disceptare, qui ei contumeliam hanc fecerunt, vt eum spernerent, & ad alium irent.

Ad §. idem & si spreta. & ad l. 10. & 11.

Ratio dubitandi. Minus est spernere autoritatem arbitri quod fit cum ea neglecta litigatores eũt ad iudicem vel ad alium arbitrum, quàm arbitrum infamare. Atqui cùm litigatores arbitrum infamârũt, non ideò tamen omnimodo excusandus est arbiter ne sententiam dicere cogatur, sed tantùm causa cognita vt proximè dixim[a]. Ergo multò minùs admittenda est eius excusatio qui suam autoritatem à litigatoribus spretam esse conqueritur. Nisi ea saltem adiectio subiungatur *causa cognita.* Ratio decid. Ita nimirũ hic loc[a] accipi debet, vt hæc quoq; excusatio

admittatur causa cognita, vt ostendit ea dictio *idem & si* quæ & continuatiua est & ampliatiua, vt nostri loquuntur. Sed tamen facilius esse puto vt excusatio hæc quàm vt superior admitti debeat, quia quod ad hoc edictum attinet iniuria quæ fit Titio aribitro tanquam arbitro, grauior est quàm quæ fit ei tanquam Titio. Fit autem arbitro iniuria & contumelia tanquam arbitro, cùm spreta eius authoritate iuerunt litigatores ad alium arbitrum aut etiam ad iudicem, ita vt ex eo videri possint à compromisso etiam quodammodo recessisse. Vndè fit meritò, vt non debeant audiri ab eo quem spreuerunt, vt Accursius ait ex *§. penultim. Nouell. 117. vt liceat mat. & auiæ. §. penultim. versic. non.n. debent.* Cui simile illud est quod iactari solet, Eum qui in spretum & contumeliam iudicis attentasse probatur, non priùs audiendum esse, quàm attentata purgauerit, & contempti iudicis pœnam soluerit. Sed hoc ita debet accipi si ambo litigatores arbitrum contempserint, & ad alium iuerint, non etiam si vnus tantùm ex litigatoribus. Ne alioqui in potestate sit eius quem pœniteat compromisisse, compromissum eludere. *l. si quis rem 30. §. hoc tit.*

1 ¶Arbitrum autem cogendum non esse sententiam dicere, nisi compromissum interuenerit.

Ad §. 1. Arbitrum.

Ratio dubitandi, Etiamsi pœna nulla promissa sit, non eò minùs tamen datur ex compromisso actio incerti ad id quod interest contra eum qui arbitri sententiæ parêre non vult. *leg. diem proferre 27. §. vltim. infr. hoc titulo.* Ergo cùm non sine effectu futura sit arbitri sententia, æquè cogendus est ille per prætorem vt sententiam dicat, atqui si pœna promissa esset. Ratio decidendi, Actio illa sicut incerti est, quia datur ad incertam quantitatem, id est, ad id quod interest, ita & valdè incerta est, nec semper effectum habitura, quia cùm in facto non in iure consistat, quatenus cuiusque interfit. *l. quatenus 24. de regulis iuris.* euenit plerumque vt inopia probationum id quod interest ad exiguã summam adeóque interdum ad nullam deducatur. *leg. vltim. de præt. stipulation.* At cùm pœna certæ quantitatis promissa est, omnimodo cõmittitur, quia non quærimus hoc casu an aut quãtum interfit, sed solùm quænam sit quantitas & condicio stipulationis. *leg. stipulatio ista 38. §. alteri. de verborum obligatio.* Et hæc quidem ita dicenda sunt si cum Accursio sic intelligas verba illa huius *§. nisi compromissum interuenerit.* ac si scriptum esset *nisi pœna promissa sit* ex *leg. non distinguemus 32. §. Summa rei est. infr. hoc tit.* Sed tamen vix esse puto vt defendi possit hæc interpretatio cùm possit valere & effectum habere compromissum etiamsi neque pœna, neque aliquid quicquam pœnæ nomine promissum sit, sed simpliciter *stari sententiæ arbitri*, cùm ex eiusmodi compromisso detur actio incerti, vt diximus ex *dict. l. diem proferre 27. §. vltim. inf. hoc titulo.* Quomodo enim posset ea dari actio ex compromisso, quod esset inutile? Quòd si vtile cõpromissum est, consequens sit vt ex eo quoque arbiter sententiam dicere cogendus sit. Aliud ergo est dicere *nisi compromissum interuenerit*, aliud verò dicere *nisi compromissum sit pœnale.* Quanquam vix vllum sit compromissum quod non sit pœnale, & in quo certa quantitas non comprehendatur, ne probandum habeat qui vincet, sua interesse, & quanti interfit. Ideóque cùm de compromisso tractant Iureconsulti, ferè semper subiiciunt pœnæ mentionem, vt in *dict. §. vltim. & leg. 27. & leg. sequent. infr.*

2 ¶Quod ait prætor, *pecuniam compromissam*, accipere nos debere, non si vtrimque pœna numeraria, sed si & alia res vice pœnæ, si quis arbitri sententia nõ steterit, promissa sit: & ita Pomponius scribit. Quid ergo, si res apud arbitrum depositæ sunt eo pacto,[a] *vt ei daret qui vicerit*: vel *vt eam rem daret, si non pareatur sententiæ*: an cogendus sit sententiam dicere? & puto cogendum. Tantũdem, & si quantitas certa ad hoc apud eum deponatur, proinde & si alter rem[b], alter pecuniam stipulanti promiserit: plenum compromissum est, & cogetur sententiam dicere.

Ad §. 2. Quod ait prætor.

Ratio dubitandi, Verba illa edicti *pecuniam compromissam* loquuntur de promissione vtrimque facta, & quidem pecuniæ. Ergo de pœna nummaria vtrimque promissa. Ratio decidendi, Pecuniæ appellatio tam in lege duodecim tabularum quàm in edicto prætoris patet latissimè, vt non modò nummos, sed etiam res alias omnes quæ nummis æstimari possunt comprehendat. *leg. pecuniæ verbum 178. l. pecuniæ nomine 122. de verborum signific.* Iunge *leg. quæro 60. de iure dotium.* Nihil ergo interest an pœna nummaria promissa sit, an quid aliud vice pecuniæ. Atque ita malo hîc legere, quàm vt vulgò *vice pœnæ.* Nam & cùm aliquid vice pecuniæ promittitur in pœnam, verum est dicere promissam esse pœnam. Non ergo vice pœnæ ea res promissa dici potest, sed vice pecuniæ. Nisi suppleas & intelligas *vice pœnæ nummariæ.* Promissionem tamen inter litigatores factam necesse est, non arbitro. Nec enim compromissum fit inter arbitrum & litigatores, sed inter litigatores solos, nec ea mẽte vt ipsi arbitro aliqua actio acquiratur, qua subinde possit victori cedere, quomodo post Ioãnem & Azonem putat Accurs. sed vt litigatori qui vicerit actio ex compromisso detur siue ad pœnam certã, siue ad id quod interest, vt proximè diximus. Ex quo sequitur in hoc §. de rebus per litigatores arbitro datis eo pacto vt ei daret qui vicisset, vel vt eam rem daret si non pareretur sententiæ, non de pacto intelligi debet, quod litigatores inierint cum arbitro, sed quod inter se.

a *Si res apud arbitrum depositæ sunt eo pacto.* Ratio dubitandi, Non potest fieri compromissum pacto nudo, nisi prorsus inutiliter, quia ex pacto nudo agi nunquam potest. Proinde nulla pœnæ petitio

petitio competere posset ex eiusmodi cõpromisso, nisi poneres pactum tale esse quod effectum habere posset per viam retentionis vt in specie. *§. prox. seq.* Ergo non potest in hac specie plenum videri compromissum propter quod arbiter cogendus sit sententiam dicere. Rat. o dec. Pactum hoc non est nudum quod in rei traditione interpositum fuit. Nam in traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere man. festissimum est *l. in traditionib. 48. §. de pact.* Nec quod res arbitro ipsi tradiq; sint ad rem facit. Tanto enim facilior & certior est pœnæ persecutio quæ sit in ipsius arbitri manu & potestate. Nec prætereà valde refert, an litigator colligatori rem tradat per se, an per manus arbitri, cùm sufficiat tradi eam ex domini voluntate, vt dominium accipienti acquiratur *l. 3. §. si debitorem de donat. int. vir. & vxor. l. si seruus 61. §. locaui de fur.* Tanto magis igitur hoc casu sententiam dicere arbiter cogendus est, qui paratam videt pœnæ non tam persecutionem quàm consecutionem aduersus eum qui sententiæ parere nolet, quamuis stipulatio nulla interuenerit, Etsi nec quicquam vetat hunc §. sic intelligere vt inter litigatores adhibita fuerit stipulatio. Id enim conuenientius est ijs quæ in hoc §. sequuntur.

b *Proinde etsi alter rem.* Ratio dubitandi. Compromissi nomen ostendit mutuam promissionẽ vtrimq; factam vt litigatoris vtriusque par ratio constituatur. Ergo si ex litigatoribus alter rem, alter pecuniã stipulanti promiserit, non potest dici plenum compromissum, sed insufficiens ex parte illius qui minus promisit. Ratio decidendi. Mutuam quidem promissionem à litigatoribus compromittentibus fieri necesse est sed vt eiusdem reivel quantitatis fiat, necesse non est, cùm quisque ex litigatoribus tanti æstimasse videatur id quod sua interest, quanti est id quod dedux t in stipulationem. Cúmque non distinguamus in compromissis minórne an maior sit pœna quàm res de qua agitur *l. non distinguemus 32. §. in princ. inf. hoc titu.* Multò minùs distinguendum est an maiorem pœnam alius ex litigatoribus promiserit alius verò minorem, an vterque eãdem aut parem. Sufficit enim vt dixi in præcedentibus, præcessisse compromissum ex quo posiit competere vel petitio pœnæ vel retentio.

3 ¶Interdum (vt Pomponius scribit) rectè nullo pacto fiet compromissum: vt putà si ambo debitores fuerunt[a], & pacti sunt, ne petat, quòd sibi debetur, qui sententiæ arbitri non paruit.

Ad §. 3. Interdum.

Ratio dubitandi. Ex compromisso nulla exceptio nascitur, sed pœnæ tantùm petitio *l. 2. §. hoc tit.* At qui cùm pacto nudo sit compromissum exceptio nascitur ex pacto, non actio. Nec enim vnquam ex pacto nudo agitur *l. iuris gentium 7. §. igitur nuda. §. de pact. l. Titius 34. ff. de præscr. verb.* Ergo compromissum pacto nudo fieri non potest, sed omnimodo necessaria est stipulatio, quam & præsefert compromissi nomen. Promissionem enim cùm simpliciter dicimus eam intelligimus, quæ facta sit per stipulationem *l. 1. C. de contr. stipul.* Neque verò sufficit exceptionem habere vt arbiter sententiam dicere cogatur *l. Pomponius 13. §. 1. ff.* Ratio decidendi. Stipulatio in compromissis ideò solet exigi, vt pœnæ persecutio esse possit quæ alioqui ex pacto nulla esse posset: Quæ res faceret inut le compromissum, in quo nulla stipulatio interueniisset. Ergo si quando contingat vt nudo pacto interueniente compromissum possit habere effectum ad pœnam ex eo consequendam iure exceptionis & retentionis, perinde valere illud debet acsi vinculo stipulationis munitum esset. Id verò contingit in proposita specie, cùm ambo litigatores debitores fuerunt, & pacti sunt ne petat q̃ sibi debetur is, qui sententiæ arbitri non paruerit. Hoc enim casu dabitur non ex compromisso, sed ex pacto exceptio non rei iudicatæ, sed pacti: nec proinde aduersus actionem, quam contra sententiam arbitri exercet, is qui non vult parere sententiæ, sed aduersus eam actionem perquam petatur id de quo non petendo conuenit pœnæ nomine vt dixi ad *d. l. 2. §.* Tantum igitur potest hoc casu pactum nudum quantum stipulatio vt compromissum non sit sine effectu, nec sine pœna. Neque repugnat compromissi nomen. Nam & promissum non malè dicitur q̃ nudo pacto promissũ fuit *l. 7. §. quod ferè. §. de pact.*

a *Si ambo debitores fuerunt.* Si enim vnus tantùm fuisset debitor, non posset in alterius persona efficax esse compromissum, nec proinde cogendus esset arbiter sententiam dicere, tanquam pœna ab altero solo promissa, vt in *§. prox. seq.* vbi vide rationem dubitandi & decidendi.

4 ¶Item Iulianus scribit, non cogendum arbitrum sententiam dicere, si alter promiserit, alter non.

Ad §. 4. Item Iulianus.

Ratio dubitandi. Etiam cùm alter tantùm pœnam promisit si modò reus ille sit qui promisit dici potest plenum esse compromissum, quia is qui conuenitur tutus est veluti pacti exceptione. Is verò qui conuenit si arbitrio non pareatur habet pœnæ petitionem ex stipulatione *l. Pomponius 13. §. 1. ff.* Ergo non eò minùs cogendus est arbiter sententiam dicere, quòd alter tantùm pœnam promiserit. Ratio decidendi. Vt arbiter sententiam dicere cogatur non sufficit exceptionem habere ex compromisso, sed necesse est vt aliqua actione teneatur is qui non vult parere sententiæ arbitri, aut ad pœnam, aut saltem ad id quod aduersarij interest vice pœnæ, *d. §. 1.* Nisi per exceptionem pacti pœnam consequi possit is qui stipulatus non est vt in specie. *§.* prox. præced. Alioqui claudicaret compromissum, quod non magis fieri potest quam vt iussum arbitri in persona vnius ex litigatoribus ratum sit, in persona verò alterius non sit *l. quid tamen 21. §. pen. ff. l. vlt. vers.* quoniam non est ferendum *C. de fructib. & lit. expens.*

5 ¶Idem dicit, & si sub conditione fuerit pœna compromissa: veluti, si nauis ex Asia venerit, tot millia: non enim priùs arbitrum cogendum sententiam dicere, quàm conditio extiterit: ne sit inefficax, deficiente conditione. & ita Pomponius libro trigesimo tertio ad Edictum scribit.

Ad §. vlt. Idem dicit.

Ratio dubitandi, Potest hoc casu efficax esse sententia arbitri etiamsi feratur antequàm extiterit cõdicio. Nimirum si condicionem posteà existere cõtingat, quo casu pœna iam inde ab initio purè promissa intelligetur *l. potior 11. §. cùm enim. ff. qui potior. in pign. hab.* Ergo perinde cogendus est arbiter sententiam dicere, cùm sufficere debeat vt casum aliquem vtilem habeat stipulatio, ne frustrà interposita esse dici possit *l. Seruius 39. in fi. de manumiss. testam. l. heres 21. §. cùm tu & Titius de fideiuss.*

Ratio decidendi, Non cogitur arbiter sententiam dicere si pendeat, an ex compromisso pœna exigi possit, non magis quàm si pœnalis stipulationis cõdicio iam defecisset *leg. non distinguemus 32. §. summa rei est. infr. hoc titul.* quia non sufficit vt possit aliquo casu pœna committi, sed necesse est vt omnimodo committatur ad hoc vt omnimodo arbiter cogi possit. Ne si postea condicionem sub qua litigatores pœnam promiserunt, deficere contingat, frustrà prætor arbitrum coegisse, & arbiter sententiam dixisse reperiatur.

12. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

QVo casu ad prætorem pertinebit in eo forsitan solo, vt, si possit dies compromissi proferri, proferatur.

Ad l. Quo casu 12.

Ratio dubitandi, Prætor hoc edictum proposuit in id duntaxat vt eos qui arbitrium recepissent cogeret sententiam dicere *leg. 3. §. tametsi. & seq. eo.* At qui cùm pœna non nisi sub condicione promissa fuit, non cogitur arbiter sententiam dicere, vt proximè diximus. Ergo nullæ hoc casu sunt partes prætoris. Ratio decidendi. Prætor id agit & studet quàtum potest, vt lites finiantur *dict. §. tametsi.* & ideò in hac quoque specie hactenus se interponere & potest & debet, non vt cogat arbitrum, sed vt compromissi dies proferatur à litigatoribus, si modò proferri possit in id vsque tempus quo pœnalis stipulationis condicio existat, vt compromisso iam facto puto exinde possit arbiter cogi ad sententiam ferendam. Proferetur ergo hoc casu dies compromissi non ab arbitro. vt in *l. diem proferre 27. in prin. & l. arbiter 40. inf. hoc tit.* in quo videtur errasse Accursius qui requirit hoc ab initio actum esse vt dies proferri posset, sed à prætore, id est, ex prætoris autoritate. Non quidem quasi prætor solus inuitis aut ignorãtibus litigatoribus diem proferre possit, sed quia suam autoritatem apud litigatores interponere potest & debet vt diem proferant, si modò ab iis hoc impetrare possit, nec quicquam impediat quominùs dies proferatur. Id enim est quod lex ait, *si possit dies compromissi proferri.*

13. VLPIANVS lib. 24. ad Edictum.

POmponius ait, & si alteri accepto lata sit pœna compromissi, non debere eum compelli sententiam dicere.

Ad l. Pomponius 13.

Ratio dubitandi. Fuit ab initio plenum & efficax hoc compromissum, pœna scilicet vtrimque per stipulationem promissa. Ergo semel natum est ius cogendi arbitri, vt sententiam diceret. Ergo quamuis postea secuta sit acceptilatio pœnæ in fauorem vnius ex litigatoribus, non eò minùs cogendus est arbiter sententiam dicere, perinde ac si post sententiam ab arbitro latam, & pœnæ persecutionem natam, vellet is qui vicisset pœnam aduersario remittere. Quid enim obstaret? cùm liceat cuilibet iuris sui persecutionem aut spem futuræ perceptionis deteriorem constituere *l. pactum 46. supra de pact.* Denique non videtur posse inutile fieri quod semel & ab initio constitit *leg. verbis 5. in fin. ad legem Falcidiam.* Ratio decidendi. Pœnæ acceptilatio facit vt etiamsi arbitri sententiæ parêre nolet is cui pœna accepto lata est, nihilò magis tamen pœnæ obnoxius sit futurus, & consequenter vt ex ipsius parte inutilis & inefficax futura sit arbitri sententia, quippe quæ parendi necessitatem nullam adferat nisi metu pœnæ. Atqui numquam arbiter cogendus est sententiam dicere si aliquo casu possit euenire vt inefficax sit futura *l. litigatores 11. §. vltim. s.* Ergo non est hoc casu cogendus sententiam dicere. Nec quod ex vna tantum parte pœna acceptolata sit, ad rem facit. Etsi enim ex altera parte supereset salua stipulatio & petitio pœnæ, tam tamen diximus in præcedentibus non esse cogendum arbitrum sententiam dicere, si alter ex litigatoribus pœnam promiserit, alter non promiserit *d. l. 11. §. item Iulianus.* Quid verò interest an vnus tantùm pœnam promiserit, an verò vterque quidem promiserit, sed tamen vni accepto lata sit pœna ante dictam ab arbitro sententiam? Et hæc sanè huius legis ratio est, non quæ ab Accursio adfertur, quasi pœna vni ex litigatoribus acceptolata, alteri quoque acceptolata videatur ex *l. vltim. infr. de acceptilat.* Nam quod ibi Paulus ad Labeonem notat, vtrinque fieri liberationem etiãsi ex alterius tantùm parte facta sit acceptilatio, tunc quidem verum est cùm præcedens obligatio non tantùm mutua fuit, sed etiam ex earum genere quæ solo consensu vtrimque constituuntur, vt euenit in emptione & venditione, locatione & conductione, de quibus Paulus eo loco, quia non potest emptio aut locatio subsistere ex vna tantùm parte. *l. I. C. de cupres. lege ex empto 11. §. vltim. & l. bona fides 50. de act. empt.* At cùm mutua stipulatio interuenit, vt in proposito casu, verissima est Labeonis sententia, Si ego tibi acceptum fecerim, nihilò magis me à te liberatum esse, quoniam vna ex stipulationibus non pendet alia, nec quicquam vetaret ita fieri compromissum vt stipulatio ex vna tantùm parte interueniret, si modò ex altera parte aliquid esset quod pœnæ nomine vel peti posset vel retineri, vt dicam ad *§. seq.*

5 ¶ Idem

1 ¶ Idem Pomponius scribit: Si de meis solis controuersiis fit compromissum, & de te pœnam sim stipulatus: videndum, ne non sit compromissum: sed cui rei moueatur, non video. nam si ideò, quia de vnius controuersiis solùm compromissum est, nulla ratio est: licet enim & de vna re compromittere. si vero ideò, quia ex altera duntaxat parte stipulatio interuenit, est ratio[z]. Quamquam si petitor quis stipulatus est: possit dici, plenum esse compromissum: quia is, qui conuenitur, tutus est veluti pacti exceptione[a]: is, qui conuenit, si arbitro non pareatur, habet stipulationem. Sed id verum esse non puto. neque enim sufficit, exceptionem habere, vt arbiter sententiam dicere cogatur.

Ad §. 1. Idem Pomponius.

Ratio dubitandi. Ipsum compromissi nomen ostendit mutuam promissionem interuenire debere, alioqui promissum dicendum erit, non compromissum. Ergo si de meis solis controuersiis sit compromissum, & de te pœnam sim stipulatus, non videtur compromissum.

Ratio decidendi. Hoc nimirum est quod Vlpianus cum Pomponio concludit hoc compromissum non valere. Nam quod ait *sed cur res moueatur non video* non eò pertinet, vt Pomponium reprehendat, sed vt miretur potiùs quod Pomponius de hoc casu dubitauerit, qui tamen nullam petitus habet dubitationem. Etenim sicuti nulla & inepta esset ratio si quis diceret ideò compromissum hoc non valere, quod de vnius tantùm controuersiis compromissum sit, cùm etiam de vna re sola compromittere liceat, multò igitur magis de omnibus controuersiis vnius vt ait Accursius. Ita mouerì quis velit ex eo quod altera duntaxat ex parta stipulatio interuenerit, tam bona, támque aperta erit ratio, vt dubitari non possit quin sit vera, proindéque concludi oporteat compromissum hoc non valere.

Est ratio. Supple optima & certissima, Non igitur dubitandi vel quærendi vt vult Accursius, sed decidendi vt proximè explicauimus. Ratio dubitandi. Si petitor sit qui stipulatus fuit potest dici plenum esse compromissum, id est, tale quod vtrimque effectum habere possit, & efficacem facere sententiam arbitri, quia si pronunciatum sit pro eo nec petitor parêre velit, tutus est reus exceptione pacti. Si verò pro actore pronunciatum sit, nec reus pareat, habebit actor actionem & pœnæ petitionem ex stipulatione. Atque ita omni casu effectum habebit sententia vt vel sententiæ actor careat propter exceptionem pacti, vel reus qui parêre nolit pœnam præstet.

Ratio decidendi. Non erit quidem hoc casu sententia inefficax siue pro petitione lata sit, siue pro eo, sed tamen non idcircò plenum erit compromissũ, id est, tale propter quod arbiter cogi debeat sententiam dicere, quia vt cogatur, Non sufficit exceptionem habere nisi vel pœna, vel saltem loco pœnæ id quod interest præstetur, siue per actionem siue per exceptionem & retentionem: quia inter arbitri, vt non impunita sit contumelia, quæ fit cùm sententiam ipsius alteruter litigatorum cõmittit. Quod enim petitor agens contra sententiam arbitri repellitur exceptione pacti, non fit in honorem arbitri vel in pœnam contumeliæ arbitro irrogatæ, sed iure cõuentionis quæ in compromisso interuenit, quòd nemini permittendum sit venire contra propriam conuentionem. Non igitur verum est plenum esse hoc casu compromissum. Et hoc est quod sibi vult Vlpianus verbis *sed id verum esse non puto*, scilicet, vt plenum sit hoc casu compromissum quòd si plenum esset vtique arbiter sententiam dicere cogi posset. Ideò enim quæri solet in hoc tractatu an plenum sit compromissum. *l. quid tamen 21. §. plenum ff.*

a *Tutus est veluti pacti exceptione.* Ratio dubitandi, Ex compromisso nulla nascitur exceptio. *lege 2. supra hoc tit.* Ergo ne quidem pacti alioquin parum esset dicere non nasci ex compromisso exceptionem rei iudicatæ si pacti exceptio nasceretur. Siquidem vtroque casu perinde effectum haberet sententia: & quemadmodum parum interest petitoris qua actione ius suum consequatur, ita & parum interest rei qua exceptione actor summoueatur. Ratio decidendi. Ex compromisso pœnali de quo agitur in *d. l. 2.* nulla nascitur exceptio, ne quidem pacti, vt tibi dixi, quia id agitur inter compromittentes vt soluta pœna liberum sit cuique ex litigatoribus sententiæ arbitri non parêre. Idémque est si compromissum pœnale quidem non sit, sed ex eo tamen possit vtrimque actio competere ad id quod interest si arbitro non pareatur, quod contingit, cùm stipulatio vtrimque interuenit. *Arbitri sententiæ stari*, vt in *l. diem proferre 27. §. vltim. & l. seq. infra hoc titul.* At cùm alter tantùm ex litigatoribus stipulatus est, siue pœnam stipulatus sit, siue factum simpliciter *arbitri sententiæ stari*, in cuius locum succedit præstatio eius quod interest. *l. si quis ab alio 13. §. vltim. de re iudic.* nulla ex parte alterius litigatoris interueniente stipulatione, datur reo pacti exceptio, non quidem expressi, sed taciti, vel vt loquitur Vlpianus *veluti pacti*, Non expressi, quia stipulator pactus non est de non petendo, sed tantùm de parendo sententiæ arbitri, cui tamen, siue pœna aliqua siue nulla promissa sit semper liberum est non parêre. Sed taciti quoniam qui promisit parêre arbitro & pœnam ipse stipulatus est si aduersarius non parêret, perinde habendus est atque si pactus esset se nihil petiturum, si arbiter ita pronunciaret, nihil eum petere debere. Qua enim fronte velit sibi licere, quod ne aduersario liceret, pœnali stipulatione prospexerit? Igitur extra hunc casum, id est, siue stipulatio vtrimque siue ex neutra parte interuenerit, non est danda ex compromisso pacti exceptio, quia compromissum claudicaret, ex quo non posset æquè consultum esse petitori, quippe qui actione egeret non exceptione quæ iudicio meo vera ratio est cur plenum compromissum pacto nudo fieri non possit, vt neque partim nudo pacto, partim stipulatione: nec si stipulatio ex petitoris parte interponatur. Multò minùs si ex parte possessoris, quo casu nec actionem, nec exceptionem habere petitor posset. Excipe speciẽ *l. 11. §. interdum s.* i. cũ pactũ nudũ factũ est non super re in cõpromissũ deducta sed super pœna ad eam retinẽdam, id est,

Nisi in specie *l.g.u.§.interdum.supr.* id est, ad retinendum pœnæ nomine id de quo petendo expressim conuenerit, & quod iam penes excipientem reperiatur. Sed hoc, inspecto iure Pandectarum. Nam ex constitutionibus Iustiniani in *l.penult.& vlt.C.hoc titul.* non tantùm exceptio pacti datur, sed etiam actio ad instar iudicati, si sententię arbitri litigatores acquieuerint aut expressè aut tacitè. Itaque datur ista exceptio non tam ex compromisso quàm ex approbatione sententię : quod summè notandum est: constátque ex *d.l.penult.§. altera autem parte.*

b *Neque enim sufficit exceptionem habere.* Admittit ergo Vlpianus quod Azo negauit competere hoc casu reo exceptionem pacti. Sed negat cogendum ideò arbitrum sententiam dicere. Ex quo apparet facilius esse vt ex compromisso inito per pactum nudum detur exceptio, quàm vt arbiter sententiam dicere cogi possit. Vereor autem valdè ne hic vnus iuris nostri locus deceperit Iustinianum aut potiùs Tribonianum in *dicta lege penult. Cod.hoc titu.* in cuius initio scribit anteà sancitum fuisse vt in arbitris eligendis quos neque pœna cõpromissi vallabat, neque iudex dederat, sed communis electio vt illorum sententiæ staretur procreabat si pro reo pronunciatum esset, daretur ei exceptio veluti pacti. Si verò pro actore nihil ei sententia prodesset. Vbinam enim gentium ita scriptum reperire possis præterquàm in hoc §. vbi expressim mentio fit exceptionis *veluti pacti.* Quæ ipsa verba sunt quibus vtitur constitutio. Quasi verò in specie huius §. sic eueniat vt reus exceptionem veluti pacti habeat, actor verò nullum auxilium habere potuerit, etiamsi pro eo pronunciatum fuisset. Quod tamen certè non ita est. Habebat enim petitor in hac specie actionem ex stipulatu ad pœnam, quæ res facit vt reo quoque qui nihil stipulatus erat, accommodanda sit veluti pacti exceptio ne claudicet compromissum. Quod si eum casum tractasset Vlpianus noster, aut Pomponius, quem tractat Iustinianus in *dict. leg. penultim.* hoc est, in quo neutra ex parte stipulatio interuenisset, vtique non dedisset reo exceptionem veluti pacti, quia nec eius dandæ vlla æquitas fuisset, contra petitorem, qui nullum ex arbitri sententia commodum vllo casu sperare potuisset. Nam si hoc absurdum esse Iustinianus credidit, vt sanè est, ideóque constituit in *dict.leg.penultim. versic. altera autem parte.* vt eo casu quo stipulatio nulla intercessit, si alterutra pars recusauerit parêre sententiæ, neque reo acquiratur exceptio, neque petitori actio. Quis credat aliter vnquam visum fuisse prudentibus, qui nec passi sunt valere compromissum huiusmodi quod nudo pacto factum esset, præterquàm in specie *dict. §. interdum. leg.* 11. *supr.* nec illud rursus, in quo reus pœnam stipulatus fuisset à petitore, non etiam petitor à reo. Id enim omnium manifestissimè hic locus probat, in quo dicitur compromissum ita factum, vt ex altera duntaxat parte stipulatio interuenerit, ita demum posse dici plenum, si petitor ille sit qui stipulatus fuit. Proinde si ex parte solius rei stipulatio interuenisset, nullius momenti compromissum fore. Nam si non putauit Vlpianus valere compromissum in fauorem rei eo quoque casu quo ipse pœnam stipulatus esset ab actore, non etiam actor à reo, quantò minùs ei fauendum putauit in casu Iustiniani, hoc est, in quo neutra ex parte stipulatio interuenisset. Cui enim actionem ex stipulatu non dedit interueniente stipulatione, quomodo pacti exceptionem dedisset nulla interposita per eum stipulatione ? Vtroque siquidem casu eadem ratio nocet reo, quod æquum non sit plus iuris eum habere quàm actor habeat, ne claudicet compromissum, cuius appellatione mutua obligatio significatur, vt ad huius paragraphi initium scripsimus. Hæc cùm ita sint mirum non est tantas ad hunc locum difficultates & contentiones excitatas esse inter veteres glossatores, Martinum, Ioannem, Azonem & Accursium, quarum nec arbiter quisquam fortasse ante nos huc vsque fuit.

2 ¶ Recepisse autem arbitrium videtur, (vt Pedius libro nono dicit) qui iudicis partes suscepit, finémque se sua sententia controuersiis impositurum pollicetur. quòd si (inquit) hactenus interuenit, vt experiretur, an consilio suo, vel auctoritate discuti litem paterentur: non videtur arbitrium recepisse.

Ad §.2. Recepisse.

Ratio dubitandi, Ex arbitri sententia non potest nasci exceptio rei iudicatæ, nisi in casu *leg.* 4. *§.vlt. & leg.penultim. Codic.hoc titul.* Ergo non potest arbiter etiam ad quem itum est ex compromisso polliceri se sua sententia finem controuersiis impositurum. Res enim iudicata illa est quæ finem litibus imponit, vt diximus ad *l.* 1. *supr. eod. ex l.singulis 6. de except. rei iudic.* Proinde si verum est quod scribitur in hoc §. nemo vnquam dici poterit arbitrium recepisse. Ratio decidendi, Arbiter compromissarius etiamsi iudex non sit, perinde tamen controuersiis finem imponere solet, atque si iudex esset. Non quidem propter autoritatem sententiæ, sed metu pœnæ. Secus est in arbitratore. Hic enim non iudicis partes suscipit, sed amici: vnde & amicabilis compositor appellatur, nec controuersiis finem imponit, ne quidem metu pœnæ, sed litigatores ad id impellit, siue consilio suo, siue autoritate, vt de lite transigant ad eũ modum, quẽ ipsi mutuo consensu bonum & æquum putauerint. Dicam ad *l.diem proferre* 27 *§.stari.* ĩ *h.tit.*

3 ¶ Arbiter ex compromisso his diebus non cogitur sententiam dicere, quibus iudex non cogitur: nisi dies compromissi exitura sit [a], nec proferri possit [b]. ¶ Proinde si fortè vrgeatur à prætore ad sententiam, æquissimum erit, si iuret, *sibi de causa nondum liquere* [c], spatium ei ad pronuntiandum dari [d].

Ad §.3. Arbiter.

Ratio dubitandi. Ex arbitri sententia neq; actio neq; exceptio rei iudicatæ nasci potest. *l.* 2. ĩ. *l.*1. *C.eod.* Ergo

Ergo frustra est arbitrum non cogi sententiam dicere iis casibus quibus iudex non cogeretur. Quãtumuis enim cogatur per prætorem arbiter ea omnia obseruare quæ iudex obseruaret, nunquam tamen assequetur prætor vt quod arbiter pronunciauerit perinde habeatur ac si à iudice pronunciatum esset.

Ratio decidendi. Compromissa redacta sunt ad instar iudiciorum *l.*1. *supra.* & consequenter arbitri ad instar iudicum. Siquidem arbiter compromissarius ille est qui iudicis partes suscipit, finémque se sua sententia controuersiis impositurum pollicetur, vt diximus ad *§.præced.* Cùm igitur prætor cogat arbitrum sententiam dicere, non alio vtique colore quàm quia is partes iudicis susceperit (nec enim æquè cogeret arbitratorem) consequens est vt non aliis diebus debeat eum cogere, quàm quibus iudex cogeretur.

a *Nisi dies compromissi exitura sit.* Ratio dubitandi. Exceptio ista non solet addi cùm de iudiciis tractatur, quia etiamsi dies actionis exitura sit, non eo magis minúsve cogitur iudex iudicare, sed tantùm cogitur per prætorem reus litem cõtestari vt actio perpetuetur *l.sed & si* 28. *§.sed & si dies infr.de iudic. l.* 3. *supr.de feriis. l.senatusconsulto* 16. *supr.de offic.præsid.* Ergo neque debet addi hæc exceptio cùm agitur de arbitro, ad quem itum est ex compromisso.

Ratio decidendi. In eo differt arbiter compromissarius à iudice, quia non datur iudex nisi post litem contestatam, ac proinde post perpetuatam actionem, vt proinde verendum amplius non sit ne dies actionis exeat: ne verò dies iudicij, multò minùs. Non enim certum diem præstituebat prætor iudici intra quem iudex deberet iudicare. Quod etiamsi factum fuisset, tamen in potestate prætoris erat vt diem pro arbitrio proferret, cùm non nisi ex eius qui iudicem dedisset, autoritate iudicia exercerentur. Nil igitur necesse erat vt prætor iudicem cogeret iudicare eo colore quasi dies iudicij exitura esset. At compromissarius arbiter nullam iudicandi facultatem habet nisi à litigatoribus & ex compromisso. Proinde post diem compromisso præstitutum nullam pronunciandi potestatem habet, quia quod ad tempus permissum fuit post illud tempus prohibitum existimatur. Atque ita euaneſceret compromissum si non cogeretur arbiter pronunciare antequàm dies actionis exiisset. Ergo ne id eueniat, pertinet ad officium prætoris qui lites finiri studet, vt hoc casu cogat arbitrum pronunciare iis etiam diebus quibus iudex non cogeretur, putà diebus feriatis *l.si feriatis* 36. ĩ. *hoc tit.*

b *Nec proferri possit.* Nempe quòd non sit ea potestas arbitro data, neque partes ambæ vltrò consentiant in eo vt dies proferatur *l. non distinguemus* 32. *§. vlt.& l.seq. l.non ex omnibus* 39. *§.1. l.arbiter ex compromisso* 50. ĩ. *eod.*

c *Si iuret sibi de causa nondum liquere.* Ratio dubitandi. Arbitro compromissario parendum omninò est, siue æquum siue iniquum sit quod pronunciauit *l.diem proferre* 27. *§. stari autem infr. l.societatem* 76. *versic.arbitriorum infr.pro socio.* Ergo non est iusta excusatio propter quam cogi non debeat quòd iuret sibi de causa nondum liquere : præsertim cùm de iniquitate sententiæ arbitri non possit deferri querela per appellationem, quia nec ab eo potest appellari *lege prima Codice hoc titulo.* In quo præcipua differentia est inter arbitrum & iudicem, cui proinde longè facilius permittendum est vt si iuret nondum sibi de causa liquere, non cogatur sententiam dicere, *leg. Pomponius 36. infr. de re iudicat.*

Ratio decidendi. Tantò magis curare & cauere arbiter compromissarius debet, ne malè & iniquè pronunciet, cùm sciat futurum vt ea iniquitas per alium corrigi non possit, quomodo iudicis iniquitas per appellationis iudicem corrigeretur *l.1. de appellationibus. l.præfecti* 17. *supr. de minoribus.* Itaque non nisi valde iniquè cogeretur à prætore sententiam dicere, si tum quoque cogeretur cùm iuraret sibi de causa non liquere. Nam quod Accursius obiicit fieri vix posse vt de causa non liqueat, cùm semper pronunciandum sit vel pro actore si intentionem suam plenè probauerit, vel pro reo si actor in suis probationibus defecerit, ex *§. retinendæ versic. commodum Institut. de interdict.* quàm parum verè dicatur sciunt illi qui quotidiano iudicandi munere funguntur; quo nos iam per quatuor penè & viginti annos perfuncti sumus. Occurrit enim plerumque vt facti quæstio perobscura sit & ambigua, vel propter probationum difficultatem & incertitudinem, etiam quæ ex parte rei proferantur, vel propter conflictum testium, vel denique propter vrgentes suspiciones & præsumptiones quæ dubiam causam faciant, vt in *l. admonendi* 31. *infr.de iureiurando.* Sed & extra facti quæstionem passim occurrit dubitario iuris, quæ vel peritissimum quemque morari possit, præsertim his nostris temporibus, quorum infelicitas fecit vt nihil iam prope sit in iure nostro tam verum quod tanta opinionum varietate non fiat dubium, nihil tam certum quod mera iuris ignoratio non fecerit arbitrarium.

d *Spatium ei ad pronunciandum dari.* etiam post diem compromisso præstitutum, si modò litigatores cõsentiant *l.arbiter ita sumptus* 33. *infr.eod.* quod ita fit si prolato die in eum denuò compromittant *leg. quid tamen* 21. *§. Papinianus.* aliàs *l.si cùm dies.* ĩ. Ipse tamen recusare non potest quominùs sequens compromissum suscipiat, cùm per eum steterit quominùs intra præstitutum diem partibus suis fungeretur, quòd ei de causa nondum liqueret *d. §. Papinianus* quod alioqui secus esset *l.& si quæ* 16. *§.1.* ĩ. *eod.*

14. POMPONIVS libro 11. ad Quintum Mucium.

SEd si compromissum sine die confectum est, necesse est arbitro omnimodo dies statuere, partibus scilicet consentientibus [a], & ita causam disceptari. quòd si hoc prætermiserit, omni tempore cogendus est sententiam dicere.

Ad l.Sed si compromissum 14.

R.dub. Cùm sine die compromissum factum est, non eo minùs plenum est, imò tantò plenius, quantò

liberior potestas est prætoris cogendi arbitrum vt omni tempore pronunciet, quem si dies in compromisso dicta esset, post diem cogere non posset. Ergo nil necesse est arbitro diem omnimodo statuere litigatoribus, intra quē lis definiatur, cùm imputare sibi debeat quod arbitrium sine die in se receperit.

Ratio decidendi. Non tam propter arbitrum ista diei adiectio necessaria est, quàm propter litigatores vt ad certam diem conueniant, & de negotio apud arbitrum disceptent, vt & in specie *l. de die* 8. *in pr.* ſ. *qui satisd. cog.* Alio qui difficilius erit vt sciatur an in pœnam inciderit ille ex litigatoribus per quem factum erit ne tam citò arbiter pronunciauerit, cū quod nullo certo tempore fieri debuit, quandocunque fieri possit. Atqui compromissa non differendarum, sed tollendarum litium gratia fiunt *leg. quamuis arbiter* 37. ĵ. *hoc tit.* Optimum igitur est vt arbiter diem statuat litigatoribus intra quam negotium & disceptetur & terminetur. Quod ipsum tamen non potest facere nisi partibus consentientibus, vt hæc lex ait.

a *Partibus consentientibus.* Ratio dubitandi. Compromissa redacta sunt ad instar iudiciorum *l. 1. supr.* Atqui iudicium redditur in inuitum *l. inter stipulantem* 83. ſ. 1. *de verb. oblig.* Ergo quamuis in potestate litigatorum sit ne compromittant, vbi tamen semel compromiserunt, ius est arbitro iis etiam inuitis statuere quicquid videt statui posse & debere ad litem citiùs meliusq; terminandam. Quomodo & arbiter ipse postquàm arbitrium recepit, cogitur inuitus sententiam dicere, tametsi ab initio liberum ei fuisset non suscipere *l. 3.* ſ. *tametsi.* ſ.

Ratio decidendi. Nullam potestatem habet arbiter, nisi quæ data ei est per compromissum, nec proinde statuere quodlibet potest, nec in quare libet, nisi de qua re compromissum est, & quatenus compromissum est *l. non distinguemus* 32. ſ. *de officio.* ĵ. *hoc tit.* Ergo si in compromisso nihil de die dictum sit, non potest arbiter diem statuere nisi ex consensu litigantium. Præsertim cùm non eo minùs expediti arbitrium possit & pœna committi si alter ex litigatoribus adesse iussus nō venerit. Nam quemadmodum arbiter qui arbitrium in se recepit ex compromisso sine die facto, cogi potest omni tempore vt pronunciet, ita & litigatores qui sine die compromiserunt, omni tempore cogi possunt vt adsint, disceptētq; negotium. Quòd si compromisso sine die facto sententiam dicere arbiter non posset, alterutrum sanè fatendum esset, vel non valere compromissum quod sine die factum esset, vel permittendū arbitro inuitis quoq; litigatorib. vt diem statueret quasi in necessariū antecedens ex reg. *l. 2.* ſ. *de iurisd.* Sed cùm valeat cōpromissum sine die, nō magis debet permitti arbitro vt dié, quàm vt aliud quidpiam adiiciat, nisi ex consensu litigatorum *l. arbiter* 50. ĵ. *hoc tit.*

15. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

LIcèt autem prætor districtè edicat, sententiam se arbitrum dicere coacturum: attamen interdum rationem eius habere debet, & excusationem recipere causa cognita: vtputà si fuerit infamatus à litigatoribus: aut si inimicitiæ capitales inter eum, & litigatores, aut alterum ex litigatoribus intercesserint: aut si ætas, aut valetudo, quæ postea contingit, id ei munus remittat: aut occupatio negotiorum propriorum, vel profectio vrgens, aut munus aliquod reipublicæ, & id Labeo.

Ad l. Licèt autem 15.

Ratio dubitandi. Verba edicti districtè & indistinctè pollicentur prætorem coacturum esse arbitrum qui in se arbitrium recepit vt pronunciet *l. 3.* ſ. *tametsi & seq.* ſ. *eod.* Ergo generaliter & indistinctè dicendum est omni casu cogendum esse arbitrum, nec vnquam esse admittendam ipsius excusationē, arg. *l. de precio* 8. ĵ. *de public. l. 1.* ſ. *generaliter de leg. præst. l. in fraudem* 15. *in fi. de test. milit.*

Ratio decidendi. Verba generaliter & indistinctè prolata siue à lege, siue à prætore, siue à contrahentibus nunquam captanda sunt vt calumniæ materia inducatur, sed ciuiliter & ex æquitate interpretanda, & inspecto eo non tam quid quàm qua mente dictum sit *l. pen.* ĵ. *ad exhib. l. si cui simpliciùs* 9. ĵ. *de seruit. l. quæsitum* 13. ĵ. *de testib.* Ergo quamuis edicti verbis quisquis arbitrium in se recepit omnimodo iubeatur sententiam dicere, si tamen post arbitriū susceptū ab aliquo ex litigatoribus infamatus sit, aut inimicitię capitales inter eum & litigatores, aut alterum ex litigatorib. superuenerint, aut denique aliud quidpiam inciderit ex iis quæ in hac *l. ponuntur*, debet prætor excusationem recipere causa cognita. Perpetuum enim est, vt ea quæ de nouo emergunt nouo indigeant auxilio *l. de ætate* 11. ſ. *ex causa* ĵ. *de interrog. in iur. fac. l. 1. de insp. ventr. l. planè* 4. *vt in pos. leg.* Quòd si iam ante receptum arbitriū causæ istæ emerserant, nullam vtique adferre possunt excusationem. Et ita benè Accurs. vt constat ex illis verbis huius *l. quæ postea contingit.* item *ex l. seq.* iunct. *l. pen.* ſ. *vlt.* vbi est textus elegans. *inf. de vacat. & excus. mun.* Iunge *l. filiusfam.* 8. ſ. *vlt. & ll. seqq. l. post litem* 17. ſ. *vlt. & ll. seqq.* ſ. *de procur.* Adde quę dixi ad *l. sed si in seruum* 9. ſ. *penul.* ſ. *hoc tit.*

16. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

ET si qua alia incommoditas ei post arbitrium susceptum incidat. Sed in causa valetudinis, similibúsve, causa cognita differre cogitur[a].

Ad l. Et si qua 16.

a *Causa cognita differre cogitur.* Ratio dubitandi. Nō differendarum litium gratia, sed tollēdarum ad arbitros itur *l. quamuis arbiter* 37. ĵ. *h. t.* Ergo si qua incidat, & emergat noua causa post susceptum arbitriū, quæ adferre possit excusationem, mutādus arbiter est, aut eūdum ad iudicē ordinarium, potiùs quàm iudicium differendum. R. dec. Id procedere ita potest si longius spatiū intercessurum erit quominùs arbiter possit operā dare, quomodo de iudice scriptum

ptum est in *leg. si longius* 18. *infr. de iudiciis.* Cæterùm tolerabilius interdum est siue arbitrum siue iudicem, quitam fuerè cœpit cognoscere, aut cuius saltem industria siue a prætore siue à litigatoribus electa fuit tantisper expectare, quàm iudici vel arbitro nouo rem iudicandam committere *l. pen.* ſ. *vlt. de vacat. & excus. mun.*

1 ¶ Arbiter iudicij sui nomine, quod publicum, aut priuatum habet, excusatus esse debet à compromisso: vtique si dies compromissi proferri non potest[a]. quod si potest: quare non cogat eum, cùm potest proferre[b]? quod sine vlla districtione ipsius interdum futurum est. ¶ Si tamen vterque velit, eum sententiam dicere: an quamuis cautum non sit de die proferenda, non aliàs impetret[c], quia iudicium habeat, ne cogatur, quàm si consentiat denuo in se compromittit? hæc scilicet[d], si dies exitura est.

Ad ſ. 1. *Arbiter.*

Ratio dubitandi. Etiam is qui aliqua causa capitis reus factus est, non ideò tamen potest vti exceptione si conueniatur ex cautione iudicio sisti, quoniam ea exceptio non nisi damnato datur, aut vinculis, custodiáve militari impedito ne iudicio se sistere potuerit. Quid enim vetat eum quoque sisti qui reus capitis factus sit? *l. sed & si* 4. ſ. 1. ĵ. *si quis caut.* Ergo nec iusta excusatio illa videri potest in arbitro, ne sententiam dicere cogatur quòd factus sit, capit. s reus. Multò minùs si alio publico quidem, sed non capitali iudicio vrgeatur, quod proinde minoris momenti sit. Sed illud magis mirum est quod hoc loco Paulus ait excusatum esse debere à compromisso eum quoque arbitrum qui priuatum aliquod suo nomine iudicium habeat. Quotusquisque enim arbiter erit, qui non iustam habiturus sit excusationem si tam facilè excusatio quælibet admittatur?

Ratio decidendi. Non passim & temerè excusationes istæ admittuntur à prætore, sed causa cognita. *l. licèt* 15. ĵ. In causæ autem cognitione potissimum id versatur vt videat prætor, non an arbiter possit suæ promissioni satisfacere, vt fit cùm tractatur de cautione *iudicio sisti*, sed an possit sine vllo suo incommodo, an verò incommodum aliquod sensurus sit, quod suscepti arbitrij tempore non potuerit præuidere, vt diximus & scriptum est in præcedentibus. Nam in omnibus qui officio aliquo siue publico siue priuato funguntur, id semper agit prætor quantum potest, ne iis officium suum sit damnosum. *l. sed si quis* 7. ĵ. *test. quemad aper. l. videlicet* 29. ĵ. *ex quib. caus. maior.* Incommodum autem magnum est si quis iudicio suo quod publicum vel priuatum habeat per se adesse non possit. Est enim hoc ex eorum genere in quibus verum est quod vulgò iactatur, *vrget præsentia Turni. l. Paulo respondit* 69. vbi dixi. ĵ. *de procu.* Iunge *l. 2.* ſ. *fin. de custod. & exhib. reor. l. contra* 54. *in fi. de re iudic.*

a *Si dies compromissi proferri non potest.* Scil. ab arbitro: vt ostendunt quæ sequuntur verba illa *cū potest.*

b *Quare non cogat eum cùm potest proferre?* R. dub. Verba edicti sunt quidem de cogendo arbitro, at non vt diem proferat, sed vt sententiam dicat. *l. 3.* ſ. *tametsi.* ĵ. Nec rursus edicti ratio videtur ad hunc casum aptari posse. Ratio enim alia non est, quàm vt lites finiantur. Litium enim tollendarum & finiendarum, non autem differendarum gratia inductus est vsus compromissorum. *l. quāuis arbiter* 37. ĵ. Atqui cùm dies cōpromissi profertur lis differtur, nō auffertur. Ergo alienū est à proposito prætoris vt arbitrum cogat diem proferre etiam cùm ex *l. compromisso dicta eum proferre potest.* Rat. decid. Cùm data est arbitro potestas proferendi compromissi: æquè cogendus est diem proferre ob temporariam quam habet excusationē, atque cogeretur pronunciare si excusationem nullam haberet. Vtrumq;. n. sicut eandem causam habet, ita & ad eundem finē. i. ad litem finiendam pertinet. Deniq; id agit prætor quantum potest, vt arbitrum cogat ea omnia facere, quæ se facturum recepit, vt controuersiæ de qua arbiter sumptus est quàm citò & quàm bene fieri poterit, finis imponatur, quod tamen sine vlla districtione & incōmoditate ipsius arbitrij fiat, vt sequitur apud Paulum, vbi nescio quid sibi velit Accurs. cùm verba illa *sine vlla districtione ipsius* ait referri posse ad prærorem. Rectius est quod ex hoc loco notat, Me facilè debere, vt ipse loquitur, sustinere quod mihi non nocet. (sic enim addita negatione apud Accurs. legendum est) alij autem prodest, vt in *l. in creditore* 38. ĵ. *de evict.*

a *Non aliàs impetret.* Recte Accurs. hæc verba refert ad arbitrum, vt si velit à prætore excusari ne cogatur sententiam dicere propterea quod suum aliquod iudicium habeat vel publicum vel priuatum, non aliter impetrare debeat vt excusetur quàm si se dicat paratum consentire vt in se denuò compromittatur, nimirum si verendum sit ne interim dum aut alius arbiter quæritur, aut ad iudicē ordinarium itur, dies actionis exeat. R. dub. Eadem ratio esse debet secundi compromissi quę fuit primi. Atqui non potuit cogi arbiter vt ab initio arbitrium ex compromisso primo in se reciperet, quia liberum id officiū est & extra necessitatem iurisdictionis positum. *l. 3.* ſ. *tametsi.* ſ. *hoc tit.* Ergo nec si vterque litigatorū velit eum sententiam dicere post diem compromisso præstitutū, quod fieri nequit sine nouo cōpromisso, cogēdus est pati arbiter & cōsentire vt in se denuò cōpromittatur, si modò ipse in mora nō fuerit quominùs partib. suis fungeretur. *l. quid tamen* 21. ſ. *Papin. aliàs l. si cum dies.* ĵ. *eo.* Porrò dici non potest in mora fuisse arbitrum, qui non tam citò cognouit vt intra diē cōpromissi posset pronunciare si iustū habuit impedimentum quod probabilem excusationē adferre potuerit. Non enim omne quod differendi causa optima ratione fiat moræ adnumerādum est. *L. sciendum* 21. ĵ. *de vsur.* Nec proinde possis cum Accurs. quicquā imputare huic arbitro, quasi propter factum suum cogatur à prætore, nisi fortè hoc etiam ei velis imputare, cur se iudicio aliquo vel publico, vel priuato conueniri patiatur: quod tamen non nisi ridiculè quis dixerit, quia nō est in rei potestate, an & quādo vel vbi conueniatur. *leg. purè* 5 ſ. *vlt. de dolo mal. except. l. petendæ* 6. *C. de temp. in integ. rest.* præsertim si quis temerarius & improbus litigator probum & innocentem virum velit vltro lacessere. Alia igitur decid. ratio quærenda est, quàm quæ ab Accurs. allata fuit. R. dec. Cùm ante finitam diem cōpromissi

dies refertur ab arbitro siue vltro volente siue inuito, & per prætorem coacto, non nouum & secundum compromissum fit, cuius vtiq; non suscipiendi liberum esset arbitro arbitrium, sed illud ipsum compromissum quod prius fuit, & ex quo arbiter iam arbitrium suscepit, in longius tẽpus profertur, ideóq; nec mutatur causa prioris compromissi, nisi quantum ad diei prorogationem. *leg.2.§.si & index. ff. de iud. l. sed si manente. 5.ff. de prætor. l. cum stipulatus* 13. *de verb.oblig.* Idem igitur ius durat cogendi arbitri, non quasi aliquid ei possit imputari, sed quia semel arbitriũ recepit, nec dum præstitit quod promisit. Et tamen non posset prætor eum cogere si non consentiret denuò in se compromitti. Cogit ergo eum prætor vt consentiat, quasi ex pacto. i. ita demum si volet ille esse excusatus ne cogatur pronunciare, quomodo alioquin cogi posset si prætor eius excusationem nollet admittere. In eóq; videre est quàm cautè prudentérque facit prætor, qui neq; perimatur per exceptionem. *l. nihil interest* 11. *de reg.iur. l. nam is nullam 6.ff. de dol.* Adeò vt qui æquitate exceptionis alicuius summoueri potest, si agat dicatur contra iuris rationem experiri. *d.l.3.* nõ quia summi & stricti iuris ratio repugnet, sed quia cùm ius nostrum nihil aliud sit quàm ars boni & æqui. *l.1. supr. de iustitia & iure.* iuris appellatione æquitatem significamus potiùs quàm ius summum & strictum, quod in iis quæstionibus quæ sunt ex bono & æquo, summa crux & summa plerumq; iniuria est. *l. si seruum* 91. *§. sequitur. de verb.oblig.* Rectè igitur Vlpianus non esse cogendum hoc casu arbitrum, sententiam dicere, quia inefficax futura esset, cùm pœnæ promissæ petitio nulla contra eum qui cessisset bonis, esset competitura in effectu, si fortè contra eum pronunciaretur. Nec ei rursus si pro eo, quia nullam actionem exercere potest is qui bonis cessit, quin similiter per factę cessionis exceptionẽ repellatur. Nã quin agere possit summoiure non dubitatur, cùm cessio bonorum non auferat ei actiones directas quæ omnino & inseparabiliter personæ, ne cum interpretibus dicam, ossibus creditoris adhærent, sed tantùm inefficaces, eas faciat propter exceptionem, vt euenit in alia quaeliber cessione. *l. si cum emptore* 16. vbi dixi. *ff. de pact. l. vlt. ff. de transact.*

d *Hæc scilicet.* quæ diximus de arbitro per prætorem cogendo, vt aut diem proferat, cùm potest vel inuitis litigatoribus, aut consentiat in se denuò compromitti si velit esse excusatus ob id solùm quod iudicio aliquo vel publico vel priuato distringatur. Sensus est his duobus casibus non omnimodo cogendum esse arbitrum, sed ita demum si dies compromissi exitura sit nisi prorogetur. Nam cùm dies exitura non est, ciuiliùs videtur differri cognitionem & pronunciationem arbitri, quàm cogi à prætore aut præcipitari eum, cui nihil imputare prætor possit.

17. VLPIANVS lib.13. ad Edictum.

ITem si vnus ex litigatoribus bonis suis cedat: Iulianus lib.4 Digestorum scribit, nõ esse cogendum arbitrum sententiam dicere: cùm neque agere, neque conueniri possit.

Ad l. Item si vnus 17.

Ratio dubitandi. Cessio bonorum non tollit obligationem, quousq; per eam satisfactum sit plenissimè ac in totum creditori: Neque enim anteà vim solutionis obtinet, neque legitimus modus est tollendæ obligationis. Vnde est quod etiam post factam cessionem & ante rerum venditionem peractam vtique bonis suis non caret is qui cessit. *l. 3. & l. quem pœnitet 5.ff. de cess.bon.* Sed & post bona vendita si quid adquisierit, adhuc in quantum facere potest conuenitur. *l.4. eo.* dummodò id quod adquisiit idoneum habeat emolumentum, vt loquitur Iustin. in *§. vlt. Inst. de act.* Non igitur verum est quod hic Vlp. ait, Eum neque agere neque conueniri posse. Nec proinde quod ex eo infert, non esse cogendum arbitrum sententiam dicere, quasi futura sit inefficax sententia si fortè contingat pronunciari aduersos eum, qui bonis cessit.

Ratio decidendi, Remanet quidem debitor ipso iure obligatus etiam post factam cessionem, Ita vt conueniri possit summo iure, sed inefficax est actio, quia summouetur per exceptionem. *leg. 3. C. de bon. aut. iud. pos. §. vlt. Inst. de replic.* Nihil porrò interest in effectu & quantum ad prætorem qui ętatem magis quàm iuris subtilitatem ante oculos habet, an ipso iure nulla actio competat, an talis competat, finiri, & non sint decipiendi litigatores qui arbitrũ hunc tãquam virum bonum elegerunt. Rat. dec. Videtur litigatores spreuisse arbitri autoritatem qui non nisi iam multò post tempore ad eũ redierunt, quãuis ad alium arbitrum vel iudicem non iuerint. Sic. n. hic locus accipiendus est vt differat hic casus ab eo de quo in *l. sed si 9. §. vlt. & l.10. & 11. sup. eo.* Ergo impudenter litigatores facturi sint si postulent à prætore vt cogat sententiam dicere arbitrũ, quem ipsi neglexerunt. Quantum verò tempus hoc esse debeat vt tã multum videri possit, & an tricniũ sit an

1 ¶ Si multò pòst reuertatur ad arbitrum litigatores: non esse cogendum sententiam dicere, Labeo scribit.

Ad §.1. Si multò pòst.

Ratio dubitandi. Cùm nihil aliud interuenit nisi quod multò post tempore litigatores ad arbitrum redierunt, omnia sunt adhuc integra, nec ponimus medio tẽpore quicquã incidisse eorũ omniũ quæ ẽ. diximus posse iustam arbitro adferre excusationẽ, Ergo perinde arbiter à prætore cogendus est sententiam dicere, ac si ad eum litigatores postridie rediissent. Nã & hoc casu locũ habent duę illæ rationes quæ huic edicto causam dederũt, & de quib. in *l. 3. §. tamet si. ff.* Nempe quod & prætor studeat lites

tan quinquennij ridiculum est quærere, cùm ex tartoris arbitrio id pendeat, cuius erit æstimare ex ersonarum, rerum, locorum & tẽporum varietate ita quod tempus redire litigatores debuerint, ne bitrium spreuisse dici possent, quod & iam olim annes bene docuit apud Accurs. Sanè vbi arbiter pit cognoscere finiendam esse cognitionem e triennio receptissimum est, exemplo eius quod litibus iudicialiter tractandis constitutum fuit à stiniano in *l. properandum* 13. *C. de iudic.* Sed vereor hoc etiam non sit verum. Nam verba legis trant quidem de omnibus iudicibus, sed tamen nõ si de iudicib. siue in alma vrbe siue in prouinciis aiorem aut minorem peragant administrationẽ, e in magistratibus positi, vel ex aula dati, vel deiquè proceribus delegati. In quo numero non nt arbitri illi compromissarij, de quibus nunc dutamus. Neque rursus iis conuenit ratio illa cõstitutionis, *Hoc enim iudicialis magis esse potestatis, nemo qui ignoret.* Nec enim iudicialem potestatem hant arbitri, quippe qui iudices non sunt, quamuis scipiant iudicis partes. Ineptè autem Accurs. distinguit an arbitrum spreuerint litigatores, & ad alium iuerint, an spreuerint tantùm, an ad aliũ iuerint tantùm, an deniq; nihil horum fecerint. Quasi primo casu nunquã audiendi sint, secundo audiẽdi sint omnimodo, sed non omni tẽpore nisi causã habuerint spernẽdi arbitri fortè propter ipsius imperitiã. i. vt ille loquitur, *nisi arbitrum spreuerit causæ cognita.* (quasi verò causę cognitio ad litigatores spectet vt de arbitro pronuncient.) Tertio autẽ casu & quarto admittendi sint intra trienniũ à die litis contestatæ coram isto arbitro, non etiam post triẽnium, nisi intra triennium facta sit contestatio sub alio quem adiuerant, quia tunc nec intra trienniũ audiendi sint vtpote compromisso soluto ex *l. si quis rem* 30. *& l. nõ distinguemus* 32. *§. summa rei. ff. vers. compromisso.* Debuit dicere, omnibus his casibus necessariam esse causæ cognitionem, ideóque totum hoc ex arbitrio prætoris pendẽre, vt apparet ex *d.l. sed si 9. cum duab. sequentib. & l. Iuẽt* 15. *ff. eod.* Præterquàm si compromissum solutum sit, quo casu nullæ amplius possunt in arbitrum esse partes prætoris.

2 ¶ Item si plures sunt, qui arbitrium receperunt: nemo vnus cogendus erit sententiam dicere: sed aut omnes, aut nullus[a].

Ad §.2. Item si plures.

Ratio dubitandi. Facilè potest fieri vt ex pluribus qui arbitrium simul susceperunt quidã habeat stam aliquam excusationem, propter quam non t cogendi sententiam dicere, alij verò nullã haant. Quod cùm euenit, an non iniquum & abrdũ est in personis eorũ quos nulla tuetur excusa, impediri potestatẽ edicti propter alios qui exsari debent? Conuenientius ergo videtur vt ij idem qui excusationem aliquam habẽt non cotur sententiam dicere, at cæteri cogantur. Ne ta quorundam excusatio vel aliis prosit, vel iis ibus prodesse deberet, ob alios eripiatur. Ratio cidendi. Compromissi lex omnino seruanda est contra eum qui sententiæ arbitri parêre nolet, næ persecutio esse possit. Atqui cùm in plures mpromissum est id tacitè actũ intelligitur, imò ressim potiùs, vt omnes adesse & sententiam ere oporteat, nisi aliud actum vel expressum sit, *n distinguemus* 32. *§. cùm in plures. ff. hoc tit.* Ergo vel nes sententiam dicere cogendi sunt vel nullus, ia si quidam duntaxat vellent sententiam dicere na non committeretur. Atqui committeretur, ies, etiamsi ille ipse qui adfert excusationem ntradiceret, nec cum aliis consentiret, quia cum itri dissentiunt, standũ est arbitrio maioris par. *§. principaliter ff. hac l.* Cur non ergo poterit ferri tentia iis absentibus, quibus etiam inuitis ferri posset, vt ita pœna quoque committeretur? Nempe quia plus potest hoc casu absentia quàm contradictio, propter rationem positam in *§. vlt.* huius legis, vbi dicam. Nec sufficit, vt vult Accurs. quod omnes præsentes fuerint, nisi etiam omnes sententiam ferant, quomodo & in iudicibus obseruatur *l. duo ex trib. 39. de re iudic. & Nouell 125. vt iudic. non expect. suer. tuss. §. 1. in fi.*

a *Aut omnes aut nullus.* Quid ergo si ex electis arbitris vnus decesserit? Accurs. dubitat. Ego non dubito quin etiam quod ad cæteros compromissum sit solutum, quomodo & vnius ex litigatoribus morte solueretur *l. sed & interpellatur* 49. *§. vlt. ff. h.t.* Multò enim maior ratio est vt soluatur morte vnius ex arbitris, cùm in compromissis arbitrium personæ insertum personam non egrediatur *l. in compromissis* 45. *eod.* Secus est in iudice. Alius namq; in defuncti locum subrogandus necessariò est à prætore qui idipsum sequi debeat quod defunctum iudicare oportuerat *l. mortuo* 69. *ff. de iud.* nec eo minùs tamen idem iudicium esse intelligitur *l. proponebatur* 76. *eo. tit.* quamuis mutatum dicat Iustinianus in *l. properandum* 13. *§. sin autem vtraque C. eo.*) Nempe quia iudicium ex necessitate & datur & accipitur. Datur autem à prætore, ad cuius iurisdictionem id maximè pertinet *l. 3. §. de iurisd. l. 2. C. de pedan. iudi.* Ne impedimentum aliquod in persequendis litibus adferatur *l. pen. eod.*

3 ¶ Inde Pomponius libro 33. quærit, si ita sit compromissum, *vt quod Titio disceptatori placuerit, id Seius pronunciet*: quis sit cogendus? Et puto, tale arbitrium non valere, in quo libera facultas[a] arbitri sententiæ non est futura.

Ad §.3. Inde Pomponius.

Ratio dubitandi. Cùm ita compromissum est vt od placebit Titio disceptatori, id est cognitori, n *l. 3. C. de pedan. iud.* id Seius pronunciet, vterque etur electus arbiter, Titius quidem ad cognondum, disceptandumq; de negotio, Seius verò pronunciandum. Ergo vterque cogendus est, ilit cognoscat, hic vt pronunciet.

Ratio decidẽdi. Non potest hoc compromissum valere, in quo sc. non sit libera facultas arbitri sententiæ futura. Nihil. n. pronũciare Seius poterit nisi quod Titio placuerit, ex cuius proinde iudicio & voluntate sententiam Seij pendẽre oporteret, cùm tamen Seius solus esset arbiter. Is. n. arbiter & iudex est qui pronunciat, non ex cuius consilio pronunciatur, vt in adsessore videre est. Non valdè dissimile est, quod adfert Accursius de heredis institutio-

ne, Debere illum ex foliis testatoris nō ex alterius arbitrio pendere, ne alioqui captatoria videatur *l. illa institutio* 32. iunct. *l. captatorias* 70. *infr.*

2 *Libera facultas.* Ratio dubitandi. Valet cōpromissum si litigatores in duos consenserint, & cōuenerit vt eis dissentientibus tertius adsumeretur Sempronius *§. si in duos* j. Nam & si in duos simpliciter compromissum esset qui consentire nollēt, posset prætor & deberet cogere arbitros, tertiam personā certam eligere cuius autoritati pareatur *§. principaliter* j. Atquin his casibus non esset omnino libera facultas arbitris prioribus ferendæ sententiæ, quoniam ea ferenda esset quam tertius ille vellet qui à litigatoribus aut prætore assumptus esset. Ergo & in specie huius §. compromissum valere debet.

Ratio decidendi. Cùm vnus tātùm est arbiter, libera ei esse debet facultas ferēdæ pro eius arbitrio sententiæ. At cùm sunt plures, liberum quidē equè est singulis id sentire quod velint, sed pronunciandū necessariò est quod placuerit maiori parti. Itaq; nō est libera singulis facultas pronunciandi quod velint singuli, sed quod maior pars velit si non omnes consentiant. Omnes tamen simul liberā illam facultatem habent, vt sunt simul omnes arbitri.

4 ¶ Sed si ita sit compromissum, *arbitratu Titij aut Seij fieri*: Pomponius scribit, & nos putamus compromissum valere: sed is erit cogendus sententiam dicere, in quem litigatores consenserint.

Ad §. 4. Sed si ita sit compromissum.

Ratio dubitandi. Cùm ita fit compromissum, *arbitratu Titij aut Seij*, vnum tantùm arbitrium est & vnius personę non plurium, sicuti dicimus de legato, cùm illud aut illud legatum est *l. si illud aut illud* 27. *de leg.* 2. Porro quęnam persona illa sit incertum est propter alternationē & disiunctionem, quoniā vtraq; persona sub alternatione & disiunctione cōtinetur. Ergo nō potest cōpromissum valere quasi factum in personam incertam, quæ tamen omnimodo certa esse debet *§. principaliter in fi.* j. In compromissis enim arbitri industria eligitur, vnde est quod arbitrium nūquam egreditur personam *l. in compromissis* 45. j. *h. t.* iunct. *l. inter artifices* 31. *de solut.*

Ratio decidendi. Compromisso ita facto, *arbitratu Titij aut Seij*, incerta quidē est persona arbitri, sed incerta ex certis. Certum enim est vel Titium vel Seium arbitrum esse, quod sufficit vt valeat cōpromissum: sicut & valebat iam olim legatum quod personæ incertæ certis relictum esset *§. incertis Inst. de leg.* Sed non hoc sufficit vt vel Titius vel Seius cogi possit à prætore. Prius enim necesse est vt litigatores in alterum præcisè consentiant: quo facto is demum cogi poterit.

5 ¶ Si in duos fuerit sic compromissum, *vt, si dissentirent, tertium adsumant: puto tale compromissum non valere.* nā in adsumendo possunt dissentire. sed si ita sit, vt eis tertius adsumeretur Sempronius[a], valet compromissum: quoniam in adsumendo dissentire non possunt.

Ad §. 5. Si in duos.

Ratio dubitandi. Si in duos tantùm compromittatur, res ferè sine exitu futura est propter naturalē hominum ad dissentiendum facilitatē, necesse igitur est vt tertius adsumatur, vt in numero impari maior pars aliqua reperiatur, cuius arbitrio stari oporteat, vt scriptum est in *§. seq.* vbi additur vsq; adeò verum hoc esse, vt si in duos cōpromissum sit, prætor debeat cogere arbitros si non consentiant tertiam personā eligere cuius autoritati pareatur. Quod ergo prætor facere potest ex officio, quidni etiam litigatoribus licebit? Ratio decidendi. Duobus arbitris in quos compromissum fuit dissentiētib. necessarium quidē est adsumi tertiū, sed cuius persona sit certa non minùs si à litigatoribus quā si à prætore adsumatur, vt sequitur in *h. §. & in fi. §. seq.* Alioqui non eo magis res exitum erit habitura, cùm æquè fieri possit vt in tertio absumendo arbitri dissentiant, si fortè alter Titium velit absumere, alter Sempronium. Planè si compromissum ita factum sit in duos vt si dissentirent tertius adsumeretur à litigatoribus quomodo plerunque fit, valeret meo iudicio compromissum, quamuis tertij illius esset incerta persona, sed ita demum si duobus dissentientibus in eligendo tertio consentiant. Nimirum quia ex eo die certa est persona, videturq; nouum cōpromissum factum in tres arbitros, acsi ab initio tres certi nominati essent. Valet igitur hoc compromissum, sed iure nouę conuentionis, aliter atq; si prætoris iussu ea tertia persona eligeretur ab arbitris, vt in *§. prox. seq.* Ita fit vt melius sit ad cōpromissi validitatem de nullo tertio absumendo cauisse, quàm de tertio incerto. Priore casu cōpromissum valet *d. §. prox. seq.* Posteriore verò non valet. Expressa nempe nocent, quæ non expressa nō nocent, vt est in iuris regula. Quòd si de assumendo tertio in casum dissensionis nihil dictum sit, vsitatum est & receptum vt valeat compromissum & quidem ex se nō ex solo beneficio prætoris, vt malè sentit Accursius ad *§. seq.* Alioqui non posset prætor duos istos arbitros cogere, vt sententiam ferrent, sed ab initio cogeret eos vt tertiam personam certam eligerent, quod tamen non ita est. Eo namque solo casu eos cogit vt tertiam personam certam eligant, quo inter se dissentiāt, vt scriptum est in *d. §. sequent.* Non enim priùs incipit res videri exitum habere non posse quàm duo illi cœperint dissentire. Interim igitur nihil prohibet fideicommissum valere, & à prætore arbitros cogi non vt consentiant, sed vt sententiam ferant si fortè consentient.

a *Vt tertius adsumeretur Sempronius.* Ratio dubitandi. Videtur hoc casu collatum arbitrium in solius Sēpronij voluntatem, ergo nullius est momēti huiusmodi compromissum, perinde acsi conuenisset vt duo priores arbitri pronunciarent quod Sempronius statueret, secundùm ea quæ diximus ad *§. inde Pomponius.* ſ. Ratio decidendi. Non ideò prohibentur liberè sententiam ferre duo priores arbitri, sed cogūtur singuli eam probare sententiā quæ maiori parti probabitur, vt nimirum quod duobus ex tribus placuerit omnibus placuisse existimetur. Itaque si post assumptum Sempronium tanquam tertium, priores duo mutata, vt plerumque fit, per alterum opinione consentirent in eam sententiam quę Sempronio nō probaretur, perinde cogeretur Sempronius in aliorum sententiam, atque vnus ex aliis in sententiam Sempronij si inuicem dissentire perseuerarent. Nihil ergo est quod impediat ne huiusmodi compromissum valeat, quia non possunt duo arbitri in eligendo tertio dissentire, in quem litigatores consenserunt.

6 ¶ Principaliter tamen quæramus, si in duos arbitros sit compromissum: an cogere eos prætor debeat, sententiam dicere: quia res ferè sine exitu futura est propter naturalem hominum ad dissentiendum facultatem. In impari enim numero ideirco compromissum admittitur: non quoniam consentire omnes facilè est: sed quia & si dissentiant, inuenitur pars maior, cuius arbitrio stabitur. ¶ Sed vsitatum est etiam in duos compromitti. & debet prætor cogere arbitros[a], si non consentiant, tertiam certam eligere personam[b], cuius autoritati pareatur.

Ad §. 6. Principaliter.

Ratio dubitandi. Compromissa pertinent ad finiendas lites *l. 1. §.* Atqui cùm in duos tantùm arbitros compromissum factum est, res fere sine exitu futura esse videtur propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem, quæ facit vt præsumēdum sit duos illos inuicem dissensuros potiùs, quàm consensuros. Non igitur plenum videri potest cōpromissum quod in duos tantùm arbitros factum est, nec prorsus cogendi arbitri vt sententiā dicant, sed ita demū si impar sit numer[a] arbitrorū, vt in illo impari numero reperiatur maior aliqua pars cui stetur. R. dec. Vsitatū est & receptum etiā in duos compromitti, multò magis in quatuor aut in sex, aliúmve numerū parē, qua quoties contingit eos dissentire, solet prætor cogere arbitros vt tertiam personā certā eligant cuius non tā arbitrio quàm autoritati pareatur. Autoritas enim est magis quàm arbitrium si Titio & Mæuio dissentientib. assumptus pro tertio Sēpronio pronūcier ex opinione Titij, cuius autoritas alioqui Mæuiū vincere non posset. Nihil. n. aliud hoc casu agit Sempronius, nisi quod Titij sententiā cōfirmat, tanquā superior quidā & cōpetens iudex, vt in *l. duo iudices* 28. *de re iudi.* Cæterùm si ab vtroque Sempronius dissentiret, non ideò vinceret, quia non ideò assumitur vt solus sententiā ferat, sed vt quæ ex duab. duorum arbitrorū sententiis ei magis probabitur, eam ab omnib. pronunciari oporteat. Et ita bene Accurs. ad finem huius §. ratiocinatur, quamuis postmodum contrà sentire videatur.

Et debet prætor cogere arbitros. Ratio dubitandi. Arbitri compromissarij ideò coguntur pronunciare, quia in se arbitrium receperunt *l. 3. §. tametsi.* ſ. Ergo non nisi quatenus receperunt, & promiserunt. Atqui nō promiserūt tertiam personā certam eligere. Ergo nec ad hoc cogendi sunt à prætore. Ratio decid. Duplex ratio est cogendi per prætorem arbitri vna ne decipiantur, qui eius fidem & probitatem secuti sunt: altera quod studeat prætor lites finiri *d. §. tametsi.* Atqui duobus tantùm arbitris electis qui dissentiant, neque posset lis finiri, neque proinde præstari ab arbitris, quod ipsi promiserunt se sua sententia finem controuersiæ imposituros *l. Pomponius* 13. *§. recepisse. sup. hoc ti.* Ergo ne frustrà arbitrium receptum dici possit, nihil facit prætor quod videri debeat alienum à voluntate, siue arbitrorum, siue litigantium, cùm iubet duos arbitros eligere tertium cuius autoritati pareatur.

b *Tertiam personam certam eligere.* Ratio dubitandi. Compromissum in duos tantùm arbitros factum non alia ratione videbatur non valere quam quod verendum est, necne res sine exitu futura sit duobus illis dissentientibus, nempe propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem, vt scriptum est in hoc §. Atqui ratio hæc facit potius vt pauciores quàm vt plures arbitros eligi oporteat, quia & difficilius est consentire plures, quàm pauciores. Ergo frustrà esse videtur si prætor augeat numerum arbitrorum cogendo priores arbitros vt tertium adsumant. Ratio decidendi. Ita sanè est si prætor velit non tantùm alios adsumi arbitros, sed qui prætereà pari etiam numero sint. At si tertium aut quintum eligi iubeat, aliúmve qui arbitrorum numerum imparem constituat, non idem est, quia in numero impari semper aliqua pars, vt iam dixi maior reperitur, cui standum sit. Itaque plures hoc casu arbitri eliguntur, non quasi faciliùs consensuri sint, sed quasi minore aut potius nullo incommodo dissensuri. Atqui (inquies) Compromissa redacta sunt ad instar iudiciorum *l. 1. §.* In iudiciis porrò non idem obseruatur, quia si duo iudices dati diuersas sententias dederint non tertius assumitur, sed vtraque sententia in pendenti est, donec competens iudex alterutram confirmauerit *d. l. duo iudices* 28. *de re iudic.* Cur ergo aliter in compromissis? Nempe quia in iudiciis est aliquis superior & competens iudex. Ille scilicet qui iudicem dedit, ad cuius autoritatem pertinet, vt quam volet ex variis iudicum à se datorum sententiis confirmet *d. l. duo iudices*, & *l. iubemus* 34. *in fin. C. de appellat.* Excepto casu *l. in offerendis* 37. *eodem.* At in arbitriis nullus est superior qui finem controuersiæ imponere possit si non adhibeatur à prætore remedium, de quo in hoc §. An verò tertius ille ab arbitris adsumendus cogi possit arbitrium recipere & iudicare quærit Accursius. Et putat posse ex *l. sancimus* 6. *Cod. de aduoc. diuers. iudicior.* Sed malè. Cur enim magis cogatur arbitrium recipere is qui electus est ab arbitris quam qui à litigatoribus? An non perinde verum est. priuati esse hoc officij, & quod positū sit extra necessitatem iurisdictionis *l. 3. §. tametsi* ſ. Planè si arbitrium vltro receperit, nec dubitandum est quin cæterorum exemplo etiam cogi possit sententiam dicere: & ita accipi debet quod scriptum est in *d. l. sancimus*, aut potius de arbitris datis à magistratu vel à iudice, de quibus in *l. vltim. C. de iudic.* & in *l. ab arbitro. 9. & seq. sup. qui satisd. cogant.*

7 ¶ Celsus libro secundo Digestorum scribit, si in tres fuerit compromissum, sufficere uidem duorum consensum, si præsens fuerit & tertius: alioquin absente eo, licèt duo conentiant, arbitrium non valere: quia in plures fuit compromissum, & potuit præsentia eius ahere eos in eius sententiam.

Ad §.vlt.Celsus.

Ratio dubitandi. Quod potest fieri aliquo inuito, longè magis fieri potest eo absente & ignorante ex *reg.l qui potest 26.de reg.iur.l.sed si vnius 17.§.filiofamilias de iniur. l. nominationum 46. C. de decur.lib.10.tit.31.* Cur enim requiratur presentia eius qui etiamsi presens esset tamen non nisi frustrà posset contradicere? *l.vlt.§.vbi autem in vnum vers.nisi adhuc in prima ætate.C.de bon.quæ liber.* Nam & sic dicimus non expectari condicionis euentum qui nihil operaretur *l.si quis ita 33 de here.inst.* Atqui cùm in tres fuit compromissum, ex quibus duo absente tertio consentiunt, etiamsi tertius adesset qui vellet contradicere frustrà vtique contradiceret, quoniam à maiore parte vinceretur. *§.prox.*ſ. Ergo non est necesse vt præsens fuerit tertius, nec eò minus arbitrium duorum consentientium valere debet.

Ratio decidendi. Plus potest hoc casu absentia quàm præsentia cum contradictione vt bene notat Accurs. sicut & in specie *l.duo ex tribus 39.de rei iudi.l.* 2.§.1. *l.si cùm dotem 22.§.si pater solut.matrim.l.etiam 29.§. vlt.*ſ.*de minor. l.si præcedente 58.§. Lucius.infr.mand.* Nempe quia hic qui absens fuit si adfuisset, potuisset alios trahere in suam sententiam autoritate sua, vel pondere rationum quas habuisset ad dissentiendum à cæteris. Hoc tamen intellige cùm eodem Accursio nisi aliter actum dictúmque sit ex *l.non distinguemus 32.§.cùm in plures.*ſ.*hoc titu.*

18. POMPONIVS lib.17.Epistolarum (& variarum lectionum.)

SIcuti tribus iudicibus datis, quod duo ex consensu, absente tertio iudicauerint, nihil valet: quia id demum quod maior pars omnium iudicauit, ratum est, cùm & omnes iudicasse palàm est.

Ad l.Sicuti 18.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem est quæ ad *§.vlt.legis præcedentis*, sed quæ tamen aliter etiam exprimi potest ex verbis huius legis. Ergo ratio dubitandi illa esse potest, quòd pluribus iudicibus datis id omnimodo ratum habẽdum sit, quod maior pars eorum constituerit. Atqui ex tribus iudicibus duo maiorem partem constituunt, Ergo ratum habendũ illud est in quo consenserunt duo licèt tertius abfuerit. Nam & plerunque videntur omnes adesse cùm maior pars adest vt obseruatur passim in Curiis supremis, in quibus vix vnquam contingat vt Senatores omnes adsint, Textus est elegans in *l.nominationum 46.C.de decur.lib.x ti.31.*

Ratio decidendi. Tunc ratum habendum est quod maior pars omnium iudicauit cùm omnes iudicasse palàm est. Quippe omnes simul iudicare iussi sunt, Planè si omnes adfuerint neque tamen omnes consenserint, stãdum est duorum sententiæ quia nõ eò minùs verũ est omnes iudicasse *d.l.iudicasse d.l.duo ex trib.* 39. ſ. *de re iud.* Iunge *quæ dixi ad Litem si vnus 17.§.item si plures.*ſ.& quæ dicam ad *l.non distinguemus 3°.§.cùm in plures.*ſ. Non idem erit si omnibus præsentibus vnus solus sententiam dixerit, fortè aliis iurantib. nondum sibi liquere, vt in *l.Pomponius 13.§. vlt.*ſ. Nisi consentiant vt solus ille cui liquet pronunciet. Hoc enim casu facilè admitterem quod vult Accursius, non eò minùs sententiam valituram. Euenit tamen aliquando vt pluribus commissa negotia per aliquos ex iis possint expediri etiam absentibus cæteris vt in plurib.tutorib. *l. decreto 24.§. vlt.de adm.tu.& tot.ti.C.si ex plur.tut.*& in plurib.magistris negotiationis quorum vnus solus etiam absentibus cæteris obligat exercitorem *l.1.§.si plures 13. inf.de exer.act.* Sed id fit quia non omnes simul rem agere iussi sunt, quomodo omnes iudices qui simul dantur, simul quoque iudicare omnes iubentur *d.l.duo ex tribus.* Longéque aliud est agere vel contrahere quod nunquam fit tam commodè & expeditè per plures *d.l.decreto.§.vltim.* Aliud verò iudicare quòd fit semper tutiùs & melius adhibitis iudicibus multis.

19. PAVLVS lib.13. ad Edictum.

QValem autem sententiam dicat arbiter, ad Prætorem non pertinere Labeo ait: dum modo dicat, quod ipsi videtur. Et ideò si sic fuit in arbitrum compromissum, vt certam sententiam dicat: nullum esse arbitrium, nec cogendum sententiam dicere Iulianus scribit libro quarto Digestorum.

Ad l.Qualem autem 19.

Ratio dubitandi. Prætor ideò cogit arbitrum sententiam dicere quòd non debeant decipi qui eum tanquam virum bonum elegerunt *l.3.§.tametsi* ſ. Ergo cogere eum debet vt talem sententiam ferat qualem à viro probo ferri decet, ac proinde æquam nõ qualẽ arbiter velit, alioqui nónne melius esset nullam ab arbitro ferri sententiam, quàm ferri iniquã? Præsertim cũ à sententia arbitri nõ possit appellari, vt si quid iniquè arbiter statuerit, id ab alio corrigatur. *l.1.C.h.ti.* quomodo corrigi posset si à iudice lata sententia esset *l.præfectus 17.* ſ. *de minor l.1.* ſ. *de appell. Nouell.82.de iudicib.c.13.§.omnis autem in fi.* Ratio decidẽdi. Prætor id potissimùm studet cum arbitrum cogit vt lites finiantur, quod assequitur cũ arbitrum cogit sententiam dicere siue æqua illa sit siue iniqua dum modò controuersiæ finem imponat, Adeò putat ille publicè interesse lites quoquomodo finiri quã spe iustioris sentẽtiæ in aliud & longius tempus differri: Proinde non inquirit qualis ea sententia sit quã arbiter protulit, hoc est, æquáne sit an iniqua, nõ vllo casu iniquitati fauere velit, sed quia videt non posse litigatores cõqueri de iniquitate sententiæ ab eo latæ quẽ nõ tanquã aliũ bonũ virũ quemliber, sed tanquã & Titium & virum bonum elegerunt, cùm sibi imputare debeãt cur talem elegerint, in eúmq. compromiserint *l.diem proferre 27.§.stari autem inf.& l.societatem 76.vers.arbitriorum inf.pro socio.*

a *Quod ipsi videtur.* Ratio dubitandi. Omnes iudices iudicare debent secundùm leges, non autem secundùm id quod ipsis videtur. §. omnis autem iudex, *Nouell.82.de iudic.cap.13.* Ergo & arbitri qui iudicum partes sibi assumunt, *leg.Pomponius 13.§.recepisse.suprà.* Ratio decidendi. Iudicum est iudicare secun-

secundùm leges, alioqui quod iudicauerunt contra leges dũ ne expresso in sententia iuris errore, quãuis teneat ipso iure si modò iuris ordo seruatus fit, rescindendum tamen est à superiore iudice per appellationem *l.præses prouincie 27.l.cùm prolatis 32.inf.de re iudic.* iunct. *l.si expressum 19.*ſ. *de appell l.prolatam 4. C.de sent.& interloc.om.iud.* At arbitri non tenentur iudicare secundùm leges, sed tantùm secundùm id quod ipsis videtur. Hactenus nimirum non vt eorum sententia vim habeat sententiæ & rei iudicatæ, sed vt ei parere sit necesse metu pœnæ, quanquam arbitri officio conuenit, vt qui electus est tanquam vir bonus id ipsum pronunciet quod pronunciare deberet si iudex esset, ac proinde quod & iuris rationi conueniat, & æquitati non repugnet. Id ni fecerit non magis arbitri quàm boni viri officio functus dici potest, hat non eò minùs tamen pœna committitur si eius arbitrio quantumlibet iniquo non pareatur. Sententia tamen ipsa non habet vim rei iudicatæ, quã nec habere posset etiamsi esset æquissima, & Papiniam respõsis omnino cõsentanea, vnde est quod nec vllo casu ab ea potest appellàri *l.1.Cod. hoc tit.* Quid ergo si nec iuris ordinem arbiter seruauerit? Putat Accursius non valituram ipsius sententiam, nimirum exemplo sententiæ per iudicem latæ *d.l.prolatam*, cùm promissa redacta sint ad initar & similitudinem iudiciorum *l.*ſ.*hoc ti.* Ego verò sicut hoc admitto cùm simpliciter factum est compromissum, vel etiam adiecta illa clausula quæ plerunque adici solet, vt seruato iuris ordine procedatur. Ita non dubito quin aliud dicendum sit si ea compromissario arbitro potestas data fuerit, quæ hodie passim dari solet, vt summariè quod æquum & bonum procedatur. Id enim nihil aliud est quàm non seruato iuris ordine. Distinguendum igitur est quibus verbis concepta sit forma compromissi.

a *Vt certam sententiam dicat.* Ratio dubitandi. Si cõuenerit inter litigatores quid non pronuncietur, etiam iudex huiusmodi sententiam proferre debet *l. si conuenerit 26.inf.de re iud.* Ergo multò magis compromissum ita fieri poterit, vt arbiter sententiam dicere cogatur certam & qualem litigatores voluerint: proindéque hoc etiam casu poterit cogi arbiter à prætore vt sententiam dicat. Quid enim aliud agit prætor hoc edicto quàm vt controuersiæ litigatorum dirimantur? Quomodo autem diuimi melius & tutiùs possunt quàm ex consensu litigantium? arg. *l.1.§.inde quæritur.de oper.nou.nunc.* Ratio decidendi. Non valet arbitrium, in quo libera facultas arbitri sententiæ non sit futura *Litem si vnus 17.§.inde Pompo.* Non potest autem esse libera si litigatores in compromisso præscribant certã sententiam arbitro, quã is pronunciare debeat nec nisi frustrà videri possunt ire ad arbitrum si priusquàm eant, iam consentiant quid pronunciandum sit, nec aliud quicquam ab eo pronunciari patiantur. Idque ipsum arbitri nomen satis exprimit. Nec enim arbitrium vllũ esse potest in eo quod necessariò faciendum est, & necessitatem fuisse perire illud esset non arbitrium. Iudicis alia ratio esse videtur. Datur enim à prætore sub formula cui adeò addictus & obstrictus est, vt ab ea ne latum quidem vnguem possit recedere: ex quo fieri alibi diximus vt etiam filius possit esse iudex in causa patris. *l.in primatis 77.de ind.* ius tamen dicere non possit *l.qui iurisdictioni 10.*ſ. *de iurisd.* quia periculosum esset dari filio liberum arbitrium statuendi quod haberet si posset ius dicere in causa patris, quódque non habet cùm datur iudex à prætore. Habet igitur iudex datus necessitatem non solùm iudicandi, sed etiam ita iudicandi ipse ex præscripto formulæ prætoris, non ex præscripto voluntatis litigatorum, quamuis non absre sit vt in iudicando sequatur id quod cõuenerit inter litigatores *d.l.si conuenerit.* Ponimus enim de eo conuenisse inter litigatores post acceptum iam & iudicium & iudicem, ac proinde eo tempore quo non possit ampliùs quæri, an ob eã causam iudicis datio quæ præcessit infirmetur. Cæterùm si ante acceptum iudicem & apud prætorem conueniret inter litigatores quid pronunciari vellent, prætoris esset id ipsum sequi arg. *d.§.inde quæritur.* non iudicem dare inter consentientes. Itaque si propiùs inspicias, nulla hac parte differentia esse videtur inter iudicem & arbitrum, quantum ad litigatores. Si enim poneres post compromissum eo quo decuit modo factum, cum in eo esset arbiter vt liberam & qualem vellet sententiam proferret conuenisse inter iudicem & arbitrum quid ille pronunciaret, dicã similiter non absre fore, vt id ipsum pronunciare debeat quod litigatores velint. Nec.n. superueniens consensus litigatorũ potest irritũ facere cõpromissum quod ab initio liberũ arbitro arbitriũ dedit, sicut nec inutile facit dationem iudicis eo tẽpore dati quo nondum consenserant litigatores quid iudicari vellent. Et ita nodus hic dissoluẽdus est nõ quomodo dissoluitur à Accursio, qui quod scriptũ est de iudice in *d.l.si conuene-it*, restringit ad renunciationem cuidã priuilegio factam, quod est ridiculum vt dicemus ad eum locum, si Deus Opt. Max. conatus nostros adeò fortunare dignabitur, vt ad eam vsq. Pãdectarũ partem progredi opus nostrum possit, quod in tanta forensium publicarúmque occupationum multitudine facilius nobis est optare quàm sperare.

1 **¶ Dicere autem sententiam existimamus eum, qui ea mente quid pronunciat vt secundùm id discedere eos à tota controuersia velit.**

Ad §.1.Dicere autem.

Ratio dubitandi. In sententiis iudicum parum est scire qua mente iudex pronunciauerit, sed illud vnũ inspiciendum est quid pronunciauerit & quibus verbis, qui poste aquàm semel pronunciauit, ita functus est officio suo vt sentẽtiam suam corrigere postea nunquam possit, quod tamẽ facere semper posset adhibita saltem pro arbitrio interpretatione, si illud quoque inspiciendum esset quid animo & mẽe gessisset, non minùs quàm quid verbis expressisset. Quod si vsquã alibi verũ est quod vulgò iactari solet, propositum in mente retentũ nihil operari, id certè in sententiis maximè verũ est, quæ cùm finire lites debeant, nouam è contrario litium materiam præberent si interpretandæ essent ex mente iudicis qui eas protulisset, quique mentem illam suam nullis verbis satis aptis & idoneis expressisset, vnde est quod dicimus sententiam certam nec obscuram esse debere *tot.tit.C.de sent.quæ sine cert.quantit.profer.* Quid autem esset obscurius si qua mente quid pronunciatum esset à iudice inuestigari oporteret? Idem ergo debet obtinere, in sententiis quoque arbitrorum. Ratio decidẽdi. Non ita hic locus accipi

debet quaſi ſufficiat arbitro ea mente quid pronũciare vt ſecundum id quod pronunciat velit litigatores à tota controuerſia diſcedere, ſi non præterea vtatur verbis idoneis & accommodatis ex quorũ vi & proprietate poſſit impoſitus eſſe finis controuerſiæ ſi ſententiæ pareatur. Sed hoc ſibi vult Iureconſultus non requiri in ſententia arbitri effectum illum qui requiritur in ſententia iudicis, nimirum vt controuerſiæ finem imponat, quia ſufficit ea mente prolatam fuiſſe ab arbitro ſententiam, vt fuerit impoſitura finem ſi litigatores parere noluiſſent, qui tamen cùm non cogatur parere niſi metu pœnæ ſi malint pœnam ſoluere nihil eſt quod arbitro imputetur, etiamſi ſoluta pœna futurum ſit vt non magis finita ſit lis quàm ſi nihil adhuc pronunciatum fuiſſet. Nec igitur cogendus erit arbiter rurſus ſententiam dicere quaſi nondũ dixerit, aut quaſi nondum præſtiterit quod promiſerat, ſe ſcilicet finem controuerſiæ impoſiturum *l. Pomponius 13. §. recepiſſe ſupr.* Impoſuit enim quantum potuit, ſiue mẽtem ipſius inſpicias, ſiue etiam verba ſententiæ, non tamen ſi effectum, quia non potuit eius ſententia vim habere & autoritatem rei iudicatæ ad inducendam parendi neceſſitatem quam induceret ſententia iudicis ſi ab ea non eſſet appellatum. Itaque effectum ſemper habet ſententia iudicis vt finem litibus imponat, quia & actionem & exceptionem iudicati parit ſi non ſuſpendatur per appellationem, id eſt, ſi tranſeat in rem iudicatam. At non ſemper effectum illum habet ſententia arbitri nec ſi ab ea prouocatum non ſit à qua nec prouocari poteſt ſed ita demum ſi litigator victus malit parẽre arbitrio quàm pœnam ſoluere, Quod cùm fit, ſanè finis cõtrouerſiæ per arbitri ſententiam imponitur, quamuis non tam propter ſententiam quàm propter pœnam. Atque ita hic locus explicandus eſt non vt ab Accurſio, qui ſic accipit quaſi iudex in ſententia debeat habere animum definiendi negotij non autem fatuè loqui. Quod equidem verum eſt ſed tamen ad hunc §. nil pertinet, in quo agitur de arbitro cui poſſit obiici non quod fatuè locutus fuerit, ſed quod finem ſententiæ non impoſuerit vno ex litigatoribus parẽre recuſante.

a *A tota controuerſia.* Ratio dubitandi. Ad boni prætoris officium pertinet non tantùm lites extinguere in totum cùm poteſt, ſed etiam ſi id facere non poſſit eas ſaltem diminuere vt ſi à tota controuerſia recedi non poſſit ſaltem ex parte recedatur. Vtputà ſi is à quo petebantur viginti, fateatur ſe debere decem eáque ſoluere velit, de reliquis verò decem litigare vt in *l. quidam exiſtimauerunt 21. §. de reb. credit.* Idem ergo debet eſſe in arbitro, vt boni arbitri officio functus videri debeat etiamſi nõ niſi pro parte finem controuerſiæ impoſuerit, ſi fortè aliqua de cauſa facere non potuit, vtà tota controuerſia recederetur. Nec poteſt prætor quicquam imputare arbitro qui in pronunciando ipſius etiam prætoris exemplum ſit ſecutus.

Ratio decidendi. Non priùs videri poteſt arbiter boni arbitri partes impleuiſſe quàm toti controuerſiæ finem impoſuerit. Hoc enim eſt, Arbitrium recipere, Nimirum promittere ſe ſua ſententia finem non tantùm toti controuerſiæ ſi vna tantùm ſit, ſed etiam ſi plures, omnibus controuerſiis impoſiturum *dict. l. Pomponius 13. §. recepiſſe.* ſ. Ergo quouſque in plenum ſatisfecerit cogi poteſt & debet à prætore vt dicat ſententiam. Nam nec prætor nec iudex datus officio ſuo priùs ſatisfactum putat quàm litem totam extinxerit, licèt eam interim diminuere quoque poſſit. Quid enim aliud eſt litem minuere quàm paulatim eam extinguere? Quamquam quod ſcriptum eſt in *d. l.* quidam mihi iam pridem ſuſpectum eſt, ſapítque Tribonianum potius quàm Iure conſultum vt alio loco monui. Debet igitur arbiter pronunciare ſicut iudex de tota controuerſia, idque vt notat Accurſius, vel abſoluendo vel condemnando *l. apud Celſum 4. §. item quæritur. ff. de doli mal. except. l. eos 6. & l. ampliorem vltim. §. ſancimus. C. de appellat. l. in hoc. ff. famil. erciſc. l. de qua re. ff. de iudic. l. 1. C. de ordin. iudic.*

2 ¶ Sed ſi de pluribus rebus ſit arbitrium receptum: niſi omnes controuerſias finierit, non videtur dicta ſententia. ſed adhuc erit à prætore cogendus. ¶ Vnde videndũ erit, an mutare ſententiam poſſit[a]. & aliàs quidem eſt agitatum: ſi arbiter iuſſit dari, mox vetuit, vtrùm eo, quod iuſſit, an eo quod vetuit, ſtari debeat. Et Sabinus quidem putauit poſſe. Caſſius ſententiam magiſtri ſui bene excuſat: & ait, Sabinum non de ea ſenſiſſe ſententia, quæ arbitrium finiat, ſed de præparatione cauſæ: vtputà ſi iuſſit litigatores calendis adeſſe, mox idibus iubeat: nam mutare eum diem poſſe[b]. Cæterùm ſi condemnauit, vel abſoluit, dum arbiter eſſe deſierit, mutare (ſe) ſententiam non poſſe.

Ad §. Sed ſi de pluribus.

Ratio dubitandi. Cùm de pluribus controuerſiis arbitrium receptum eſt, tot videntur compromiſſa eſſe & arbitria quot ſunt cõtrouerſiæ, Solemus enim dicere quot ſunt res tot eſſe ſtipulationes *l. ſcire debemus 29. de verb. obligat.* Ergo quamuis arbiter de quibuſdam duntaxat controuerſiis non de omnibus pronunciauerit, credẽdus tamen eſt officio ſuo functus eſſe quantum ad eas de quibus pronunciauit, nec proinde cogendus eſt vt pronunciet, niſi quantum ad cæteras. Rat. deci. Multũ intereſt an de omnibus ſimul controuerſiis vt arbiter ſententiã dicat, cõpromiſſum ſit, an vt de ſingulis ſeparatim, priore caſu vnum compromiſſum vnúmque arbitrium eſt, quod niſi plenum & abſolutum ſit, ne inchoatũ quidẽ videtur. Poſteriore verò tot ſunt cõpromiſſa quot controuerſiæ *l. quid tamen 21. inf.* vbi dicam.

a *An mutare ſententiam poſſit.* i. quamdiu à prætore cogi poteſt vt adhuc pronunciet quaſi nondum dixerit ſententiam qui controuerſiis omnib. quod ſe facturum promiſerat nondũ finem impoſuit. Ratio dubitandi. Quãdiu à prætore cogi poteſt vt pronũciet, nõ poteſt videri officio ſuo adhuc functus eſſe, alioqui malè & iniquè à prætore cogeretur. Ergo mutare interim ſentẽtiã poteſt. Ratio enim propter quã iudex ſententiã ſuam mutare vel corrigere non poteſt. nõ alia eſt quã quia poſteaquã pronunciauit, officio ſuo in totũ functus eſt *l. iudex poſteaquam 55. ff. de reiiud.* Rat. dec. Poteſt fieri vt arbiter officio ſuo functus ſit quantum ad eam cõtrouerſiã de qua pronunciauit, Nempe ſi definitiuam ſententiam tulerit, abſoluendo reum vel cõdemnãdo cũ de plurib. controuerſiis ſeparatim compromiſſum eſſet, nec eò minùs tamen cogendus ſit vt iterum pronunciet, de aliis nimirum controuerſiis in compromiſſum pariter deductis. Quod cùm euenit non eò magis priorem ſententiam mutare poteſt, quòd adhuc cogi poſſit. Deſiit enim eſſe arbiter quantum ad illam controuerſiam de qua iam ſententiam dixit, vt ſcriptum eſt in fin. huius legis, & in *d. l. quid tamen.* In eóque errauit ſanè olim Sabinus qui putauit ſi arbiter iuſſerit quid dari mox vetuerit, ei ſtandum eſſe quod poſteriore loco pronunciaſſet, quaſi ſicuerit ei mutare ſententiam. Niſi Sabinum excuſet interpretatio illa quam Caſſius Sabini diſcipulus adferebat vt magiſtrum excuſaret vt de ea ſententia Sabinus ſenſiſſet quæ cauſam duntaxat præpararet, non quæ arbitriũ finiret, vt putà ſi iuſſerit litigatores Calendis adeſſe mox Idibus iubeat. Non enim iſtæ pronunciationes interlocutoriæ faciunt vt arbiter aut iudex officio ſuo ſanctus ſit, ſed eæ tantùm quæ negotium definiunt, de quibus accipiendum eſt quod ſcribitur in *l. quod iuſſit 14. de re iudic. l. Diui fratres 27. de pœn. l. 11. §. vl. de pœn.*

b *Nam mutare eum diem poſſe.* Ratio dubitandi. Pendente dilatione tam arbitri quàm iudicis officium quieſcit *l. ſiue pars 3. C. de dilat.* Ergo nihil poteſt in eum arbiter conſtituere, proinde nec diem mutare.

Ratio decidendi. Dilatione durante ita eſt, ſeu ſi reuocetur dilatio & mutetur, aliud eſt, Præſertim ſi mox fiat ea reuocatio & incontinenti. Hoc enim videtur Caſſius requirere vt conſtat ex illis verbis *mox Idibus iubeat.* Nec de alia reuocatione ſenſerat Sabinus quàm quæ mox & incontinenti facta eſſet, vt probant verba illa *Si arbiter iuſſit dari mox vetuit.* Indéque fortaſſe ſumebat occaſionem exiſtimandi poſſe arbitrum mutare ſententiam etiam definitiuam, nimirum ſi mox id faceret & incontinenti. Atque ita ego ſi Sabini diſcipulus fuiſſem magiſtrum excuſare voluiſſem. Nam & in iudicibus eo iure vtimur vt ſententias ſuas etiam definitiuas poſſint corrigere incontinenti & dum ſedeant adhuc pro tribunali. Fuiſſétque ſanè probabilior iſta excuſatio quàm quæ à Caſſio allata fuit. Fatendum enim eſt vel malè relatam fuiſſe Sabini ſententiam à Paulo, vel à Caſſio non ſatis bene excuſatam, cùm referat Paulus tractatam fuiſſe à Sabino quæſtionem De arbitro, qui iuſſerat rem dari, quibus verbis vtique definitiua non interlocutoria arbitri ſententia ſignificatur.

20. GAIVS lib. 2. ad Edictum Prouinciale.

QVia arbiter, & ſi errauerit in ſententia dicenda, corrigere eam non poteſt.

Ad l. Quia arbiter 20.

Ratio dubitandi. Qui compromittunt in arbitrum compromittunt tanquam in virum bonum *l. 3. §. tametſi.* ſ. Ergo ſi quid iniqui per imprudentiam aut per errorem conſtituerit, non eſt ei denegandum vt corrigere id poſſit. Nec enim erantis voluntas aut conſenſus vllus videri poteſt *l. ſi per errorem 15.* ſ. *de iurisdict. l. nihil conſenſui 116. §. vlt. de regul. iunct. l. prox. §. ducere* ſ. Neque quod in iudice aliter obſeruatur ad rem facit *l. Paulus reſpondit 42. l. iudex poſteaquam 55. l. cùm quærebatur 62. ff. de re iudi.* Nam in iudicia recipi potuit & debuit quòd ſiue error, ſiue iniquitas iudicis per ſuperiorem corrigi facilè poſſit, id eſt, per iudicem appellationis, quandoquidem à iudice appellari poteſt. At non ſimiliter poteſt corrigi error aut iniquitas ſententiæ arbitri ſi non per eum ipſum corrigatur, cùm ab eo appellari non poſſit *l. 1. C. hoc tit.* Ratio decidendi. Idem hac parte iuris eſt in arbitro, & in iudice. Sicut enim iudex vbi ſemel ſententiam dixit, ſiue bene, ſiue malè officio ſuo functus eſt *d. l. iudex poſteaquam*, ita & arbiter finito ſcilicet per pronunciationem compromiſſo. Nec quod arbitro appellari non poteſt facere debet, vt tantò magis poſſit ei permitti ſuam ſententiam corrigere, cũ ſemper imputari debeat litigatoribus cur talẽ arbitrũ elegerint *l. diem proferre 27. §. ſtari. ff. hot.* Adeò autẽ verũ eſt errorẽ qui in ſententia diffinitiua interuenerit corrigi non poſſe, vt etiam errore comperto cogendus ſit iudex in eiuſdem erroris conſequentiam, & vt lex ait eodem errore de cæteris quoque iudicare *l. & ex diuerſo 35. §. 1. de rei vindic.* Planè ſi aliquid ſit quod ad conſequentiam iam ſtatutorum pertineat, ſententiæ tamen deſit etiam circa condemnandum vel abſoluendum reum, magis eſt vt id arbiter ſupplere poſſit eodem ſcilicet die, exemplo iudicis dati cui idipſum permitteretur *d. l. Paulus reſpondit 42. de re iud.* Sed aliud eſt ſupplere ſententiam, aliud mutare. Supplere quidem poteſt & iudex & arbiter in conſequentiam iudicatorum putà de fructibus, & expenſis litis, & aliis huiuſmodi quæ ſunt quæ Accurſ. vocat acceſſoria. Mutare verò nunquam poteſt ne quidem in acceſſoriis, quia non minùs in acceſſoriis quàm in negotio principali verum eſt eum officio ſuo functum & perfunctum eſſe, in eo nimirum de quo & cognouit & pronunciauit. Atque in hoc ſanè Accurſius niſi erro ego, errauit, diſtinguens principale ab acceſſoriis. Nam & ſi quid omiſſum ſit quod ad principale negotium ſpectet, dummodò in conſequentiam iudicati ſupplere id quoque iudex & arbiter poteſt. Exẽplum eſto ſi debitor condemnatus ſit ad certam pecuniæ quantitatem, nulla mentione facta augmenti, vt vocant monetæ, quod pro deterioratione monetarum creditori omnimodo præſtandum eſt. Nec enim tanquam acceſſio debetur, ſed tanquam pars debiti principalis *l. cum quid 3. vbi not. de reb. cred.* Et tamen dubitandum non eſt quin poſſit etiam hoc ſuppleri eodem die. Non reprehendo Accurſium, quod non videatur diſtinxiſſe ſuppletionem ſententiæ à mutatione: nec enim dixit ſimpliciter poſſe iudicem mutare ſententiam definitiuam in acceſſoriis quod ſanè falſum eſſet, ſed poſſe mutare addendo, quod ipſum nihil aliud eſt quam ſupplere. Illud veriſſimum eſt quod idem Accurſ. notat, ea quæ diximus de iudicis aut arbitri ſententia definitiua nunquam mutanda vel corrigenda, non ad eam ſententiã pertinere quæ ſit nulla, ſed ad eam tantùm quæ teneat ipſo iure, quia nec priùs iudex officio ſuo functus dici poteſt *l. prox. inf. l. 4. C. de accuſat. l. vt proponis 5. C. quomod. & quand. iud.* Eo tamen iure quo vtimur aliud eſſe videtur, quoniam apud nos nemo de nullitate ſententiæ ne quidem interlocutoriæ conqueri poteſt citra appellationem, vt proinde nihil referat an ſententia ipſo iure teneat, an ſit nulla, quantum ad hoc vt poſſit corrigi, ſicut nec intereſt quantũ ad illud vt ab ea poſſit vel debeat appellari. Aliud eſt ſi quæratur de ſola actorum emẽdatione. Id enim quandocunque permiſſum eſt, tenore ſcilicet ſententiæ perſeuerante *l. actorum 46. de re iudic.* Non enim iudicis ſed actuarij error ita corrigitur,

21. VLPIANVS lib.13.ad Edictum.

QVid tamen si de pluribus controuersiis sumptus est nihil sibi communibus: & de vna sententiam dixit, de aliis nondum? nunquid desiit esse arbiter? videamus igitur, an in prima controuersia possit mutare sententiam, de qua iam dixerat. Et multùm interest: *de omnibus simul vt dicat sententiam*, compromissum est, an non. Nam si de omnibus, poterit mutare: nondum enim dixit sententiam. quòd si & separatim: quasi plura sunt compromissa: & ideo, quantum ad illam controuersiam pertinet, arbiter esse desierat.

Ad l. Quid tamen 21.

Ratio dubitandi, Arbiter qui de pluribus controuersiis etiam simul sumptus de quibusdam duntaxat sententiam dixit, officio suo functus est quantum ad illam controuersiam, de qua pronunciauit, quia non potest negari quin de controuersia illa iã dixerit sententiam. Ergo eam mutare postea nullomodo potest secundùm ea quæ diximus in præcedentibus. Præsertim cùm ponamus eas controuersias nihil inter se commune habuisse. Quo casu etiamsi de omnibus simul pronunciatum esset nihil vetaret sententiam pro quibusdam valere: pro aliis verò non valere: *l. etiam* 29. §. 1. vbi dixi ff. *de minor.* Nam si vnquam verum est tot esse sententias quot sunt res, tum maximè id obtinet cùm vna species sententiæ cæteris non cohæret, vt scriptum est in *d.* §. 1. Et consequenter videntur etiam hoc casu tot esse compromissa quot sunt res, & controuersiæ in compromissum deductæ.

Ratio decidendi. Ita est cùm de pluribus controuersiis nihil sibi communibus separatim compromissum fuit. At non si simul, vt de omnibus quoque simul pronunciaretur, aut saltem eodem die vt in *l. Labeo* 25. ĵ. quia tunc de omnibus simul pronunciandum est, vt compromissi forma seruetur: Alioqui nondum videbitur arbiter officio suo functus esse, *d. l. Labeo.* atque ita suam sententiam mutare poterit. Adeo obstrictus & addictus est vt compromissi formam seruet, nihilque penitus faciat extra compromissum *l. non distinguemus* 32. §. *vlt.* ĵ. Aliud esse putat Accursius in iudice ordinario, quia iudicium non vt arbitrium reddatur in consentientem sed in inuitum *l. inter stipulantem* 83. §. 1. *de verborum obligat.* Sed parum subtiliter. Etsi enim verum est iudicia non perinde vt arbitria pendere à voluntate litigatorum, pendent tamen omnino à formula prætoris cui iudex non minus addictus est, quàm arbiter formulæ compromissi. Vnde & iudices datos plerumque addictos prudentes nostri dicunt. Ergo quæ dist. nctio hîc adhibetur in arbitro an seruauerit formam compromissi, eadem adhibenda est in iudice an in omnibus secutus sit formulam sibi præscriptam à prætore vt si id non fecerit, putà si de pluribus controuersiis simul datus & de omnibus simul iudicare iussus de quibusdam tantùm pronunciauerit nondum officio suo functus dici possit, ideóque nec sententiam quam dixerit mutare prohibeatur quia nec ritè dixit. Nam quo casu sententia arbitri non inducit pœnæ petitionem, eodem casu nec sententia iudicis potest parere exceptionem rei iudicatæ. cùm tantùm possit sententia arbitri cui non paretur ad committendam pœnam, quantum sententia iudicis ad constituendam rem iudicatam. An verò id actum sit vt de omnibus simul controuersiis, an vt separatim pronuncietur, ex compromissi aut formulæ verbis æstimandum erit. In dubio tamen verisimilius est de omnibus simul controuersiis quantumlibet nihil inter se cõmune habentibus tanquam de vna sola pronunciare iussum videri eum, qui de omnibus simul acceptus fuit, siue arbiter ille sit siue iudex. Quod & huius legis textus innuere videtur.

1 ¶ Si arbiter ita pronuntiasset, *nihil videri Titium debere Seio*: tametsi Seium non vetuisset petere, tamen, si quid petiisset, videri contra sententiam arbitri fecisse. & ob id Ofilius, & Trebatius responderunt.

Ad §. 1. Si arbiter.

Ratio dubitandi. Is demum in pœnam compromissi incidit qui facit contra id quod expressim ab arbitrio pronunciatum est. Nam cùm pœnæ omnes sint odiosæ non facilè per interpretationem ampliandæ sunt, sed potiùs molliendæ & restringendæ, *l. pen. de pœn. l. cùm quidam*, 19. *de liber. & post.* Maximè vero si agatur de pœna quæ dicatur commissa ob id quòd non sit paritum sententiæ, quia & sententiæ omnes dicuntur ab interpretibus nostris, licèt parum aptè meo iudicio esse stricti iuris. Atqui in specie proposita verum est non fuisse prohibitum Seium quicquam petere à Tirio, cùm hoc vnum pronunciauerit arbiter nihil videri Titium debere Seio. Ergo si quid postea Seius à Titio petat, nihil tamen contra sententiam arbitri fecisse videbitur nec proinde pœna committetur.

Ratio decidendi. Satis vetat peti qui pronunciat nihil deberi cùm nec peti quicquã possit nisi quod debeatur, vt ex actionis definitione constat, *l. nihil aliud* 51. *de oblig. & action.* Latiùs námque patet verbum debendi, quàm petendi. Debetur enim etiam quod naturaliter tantùm debetur, quamuis peti nõ possit *l. naturales* 10. *eod. l. cùm amplius* 84. §. *is naturæ debet. de reg iur.* Ergo perinde hic Seius facit contra sententiam arbitri cùm à Titio petit acsi per sententiam prohibitus esset petere, quia tritum & verum est nihil referre quid ex æquipollentibus fiat quod & in iudicum sententiis obtinet *l. in sententiis* 59. ĵ. *de re iudic.*

2 ¶ Solutioni diem posse arbitrum statuere puto. & ita Trebatius videtur sentire.

Ad §. 2. Solutionis.

Ratio dubitandi. Arbiter nihil omnino facere potest extra compromissum, adeo vt nec diem compromissi proferre possit si de eo nihil dictum sit in compromisso *l. non distinguemus* 32. §. *vlt.* ĵ *hoc t.* Ergo multo minùs potest diem solutioni statuere si nihil de eo

de eo dictum sit in compromisso. Ratio decidendi. Dies solutionis sicuti summa pars obligationis & debiti est. *l. 1. §. editiones. ff. de edend.* Ergo qui de debito pronunciandi potestatem ex compromisso habet, etiam diem solutioni statuere potest. Alioqui quod pronunciatum esset deberi statim peti posset, vnde fieret fortasse vt plus tempore peteretur, si nõ ea mente fuisset arbiter vt statim solui debitum vellet, cùm etiam tempore plus petatur. §. *plus autem. Instit. de action.* credendúsque est arbiter, aut maiorem, aut minorem summam in sententia comprehensum fuisse, nisi eum solutioni diem adiecisset.

3 ¶ Pomponius ait, inutiliter arbitrum incertam sententiam dicere: vt putà: *Quantum ei debes, redde. Diuisioni vestræ stari placet, pro ea parte, quam creditoribus tuis soluisti, accipe.*

Ad §. 3. Pomponius.

Ratio dubitandi. Etiam à iudice lata incerta sententia valet, si modò parte aliqua actorũ certa quantitas fuerit comprehensa. *l. 3. C. de sentent. quæ sin. cert. quant. profer.* Itaque si iudex pronunciauerit, *solue quod petitum est.* vel *solue quantum petitum est*, non dubitamus quin valeat sententia. *leg. in sententiis* 59. §. 1. *de re iudic.* Ergo & multò magis ea sententia arbitri valere debet quæ sic prolata est, *redde quantum ei debes, Diuisioni vestræ stari placet, Pro ea parte quam creditoribus tuis soluisti accipe.* Potest enim certa fieri, vel per relationem ad ea quæ in actis continentur, vel in executione sententię, quod sufficit vt certa sententia dici possit. arg. *l. certum est 6. infrà de reb. cred.* Deinde quid si controuersia sit de homine debito in genere, vel de duobus debitis alternatiuè? His sanè casibus impossibile est si Accursio credimus, vt certa sententia proferatur. Ideóque ne imputari quicquam iudici potest. §. *curare. Instit. de action.* quia debet sententia conformis esse libello, incertum autem est quod petitur, quia & incertum est quod debetur. Ego non semper verum est quod hîc dicitur incertam arbitri sententiam non valere. Ratio decidendi. Tam arbitri quàm iudicis sententiæ commune illud est, vt certa esse debeat, cùm non aliter fieri possit vt finem controuersiæ imponat, qui effectus est rerum iudicatarum. *leg. 1. & 2. de iureiur. l. 1. de re iudic.* Nam quandiu incertum est quid iudicatum sit, tandiu materia litis imò & pristina lis subest. Ea verò certa sententia esse dicitur, quæ nec per relationem ad aliud quid certum certa fieri potest, & quam potuisset iudex facere certiorem si voluisset. *d. §. curare.* Denique per quam nihil certi statuitur de ea re de qua controuertebatur. Nam si cùm homo in genere peteretur pronunciatum sit hominem deberi certa sententia est, quia controuersiam omnino & certissimè definit, licèt post eam quoque sententiam incertum sit quis homo debeatur, quia neque de illo quærebatur. Et in hoc sanè fallitur Accursius. In exemplis verò huius legis penitus incerta est arbitri sententia, quia non ad petitionem quæ in actis certa & expressa sit refertur, vt in *d. l. 3. C. de sentent. quæ sine cert. quant. profer. & d. l. in sententiis* 59. *de re iudic.* sed ad ea quæ sint extra tenorem actorum.

4 ¶ Item si arbiter pœnam ex compromisso peti vetuerit, in libro trigesimoseptimo apud Pomponium scriptum habeo, non valere: & habet rationem: quia non de pœna compromissum est.

Ad §. 4. Item si arbiter.

Ratio dubitandi. Pœna ex compromisso non alia ratione committitur, quàm ne autoritas arbitri impunè contempta videatur. *l. litigatores* 11. §. 1. *& pass.* ff. *non distinguemus* 32. §. 1. *& seqq.* ĵ. Absurdum igitur est si quis dicat peti posse pœnam quam arbiter pei vetuerit. Quis enim meliùs quàm arbiter scire potest an pœna committi debeat necne? Denique magis propter arbitrum videtur promissa pœna quàm propter litigatores, quibus satis esse debet quod arbiter sententiam dixerit, si modò sua sententia finem toti controuersiæ imposuerit. Ratio decidendi. Non de alio pronunciare arbiter potest quàm de quo compromissum fuit. *l. non distinguemus* §. *de officio. & §. vlt. l. arbiter ex compromisso* 50. *infrà eod.* Atqui de pœna compromissum non est, sed de controuersia quæ erat inter litigatores. Ergo si arbiter pœnam ex compromisso peti vetuerit non potest id valere. Tantò magis ergo valebit reliqua sententia si modò arbiter officio suo satisfecerit, id est, finem controuersiæ imposuerit. *leg. Pomponius* 13. *recepisse. ff. eod.* Hactenus nimirum vt ei omnimodo parendum sit metu pœnæ quam arbiter remittere quamuis voluerit, non tamen potuit. Alioqui non esset quærendum de pœna an ea vtiliter ab arbitro remissa esset, si nec ipso iure peti posset. Nec sanè verum est propter arbitrum magis quàm propter litigatores adiici pœnam in compromissis, cùm præcipua eius adiiciendæ ratio illa sit vt metu pœnæ pareatur sententiæ arbitri. *l. 1. C. hoc tit.* quæ alioqui cùm rei iudicatæ vim non habeat controuersiæ finem imponere nullum posset.

5 ¶ Papinianus libro tertio quæstionum ait:

SI, cùm dies compromissi finiretur, prolato die litigatores denuo in eum compromiserint, nec secundi compromissi arbitrium receperit: non esse cogendum recipere, si ipse in mora non fuit, quò minùs partibus suis fungeretur: quòd si per eum factum est: æquissimum esse, cogi eum à prætore sequens recipere. Quæ quæstio ita procedit, si nihil

in priore compromisso de die proferendo caueatur. cæterùm si caueatur, & ipse protulit, mansit arbiter [b].

Ad §. 5. Papinianus.

R. dub. Cùm ante finitũ diem compromissi prorogatio dici fit à litigatoribus, non ideò nouum cõpromissum fieri intelligitur, sed idẽ illud esse, quod antea fuit, nisi quod in longius tempus profertur, quomodo de precario cuius dies prorogatus est, scribit Pomponius in *leg. sed si manente* 5. *de precar.* Atqui potuit cogi arbiter ante prolatum diem cõpromissi, vt ex eo compromisso sententiam diceret, ex quo scilicet arbitriũ in se receperat. Ergo & post diei prolationem à litigatoribus factam æquè cogi poterit, etiãsi neq; rursum arbitrium in se receperit, neque in mora ipse fuerit, quominùs intra priorem compromissi diem partibus suis fungeretur. R. dec. Sicuti diem proferre arbiter sine litigatoribus non potest, nisi ab iis eã potestatem ex cõpromisso acceperit. *d. l. non distinguemus* 32. *§. vlt. & l. arbiter* 50. *infrà hoc tit.* Ita neque litigatores sine arbitro, cuius interest, vt ex promissione sua non obligetur vltra diẽ, in quem voluit obligari, arbitrium recipiendo vt sententiam diceret. Ergo si cùm dies compromissi finiretur, id est, nó quidem finitus iam esset, vt malè habet prima interpretatio Accursij, sed in eo esset vt constaret sententiam intra præstitutum tempus ferri amplius non posse litigatores prolato die denuò in eum compromiserint, non est cogendus arbiter sententiam dicere, si nihil sit quod ei possit imputari, quia nouum istud reuera & secundum compromissum est vt Papin. ait, ex quo verum est nunquam arbitrum in se arbitrium recepisse. Nec potest dici prius ipsum compromissum prorogatũ, quomodo dicimus idem esse precarium quod prorogatum fuit, *d. l. sed si manente*, non quod alia sit hac parte ratio compromissi alia precarij, vt tẽtat idem Accursius, sed quia prorogatio prioris compromissi nulla hîc facta dici potest, cùm nec fieri potuerit nisi arbitrio consentiente, qui si consensisset, vtique idem esset numero compromissum quod antea fuisset, perindéque cogi arbiter posset vt sententiam diceret, non tanquam ex nouo & secundo compromisso, sed tanquam ex primo. Itaque differentia hîc nulla est inter prorogationem compromissi & precarij, nisi quod prorogatio precarij fit sola voluntate contrahentium, Prorogatio verò compromissi non potest fieri sola voluntate compromittentium ad obligandum arbitrum si non consensit.

a *Quod si per eum factum sit.* Intellige factum esse per dolum vel culpam, vel saltem moram arbitri: non quomodo Accursius intelligit, etiamsi arbiter iusta causa fuerit impeditus. Tunc enim non distinguimus an arbiter iustam habuerit causam necne, cùm indiget excusatione vt sententiam dicere non cogatur, vt in specie *§. arbiter. l. etsi quæ* 16. ſ. vbi dixi: At Vlpianus in hoc §. tractat ex Papiniano eum casum, quo nulla eget excusatione arbiter ne cogatur sententiam dicere, quia per litigatores ipsos factum sit ne dicere potuerit, fortè qui negligentiores fuerint in eo adeundo, vt in *leg. item si vnus* 17. *§.* 1. ſ. *hoc titul.* Ergo vt æquissimum sit cogi arbitrum sequens cõpromissum recipere, tametsi nullam adferat excusationem, in mora arbitrum esse oportet, idque significat antithesis quæ est in illis verbis, *si ipse in mora fuerit*: & *quòd si per eum factum sit.* Cætera bene Accursius explicat.

b *Manſit arbiter.* Ratio dubitandi. Non debet esse in potestate arbitri, vt sit, vel vt maneat arbiter, cùm valde intersit litigatorum vt non habeant arbitrum inuiti. Ergo vt quis maneat arbiter, non sufficit vt ipse diem proferat solus, sed requiritur vt cum eo litigatores consentiant. R. decid. Non sola voluntas arbitri facit vt maneat arbiter quamuis solus arbiter diem proferat, sed sit hoc ex voluntate & consensu litigantium qui vltro eam potestatem dederunt arbitro vt diem proferre posset: quamuis postea diem proferat iis etiam inuitis. Sibi namq; imputare debent qui sic compromiserint, talémque potestatem arbitro dederint.

6 ¶ Plenum compromissum appellatur *quod de rebus omnibus, controuersíisve compositum est*: nam ad omnes controuersias pertinet. sed si fortè de vna re sit disputatio, licèt pleno compromisso actum sit [a], tamen ex cæteris causis actiones superesse, id enim venit in compromissum, de quo actum est, (vt) veniret [b]. Sed est tutius [c], si quis de certa re compromissum facturus sit, de ea sola exprimi re in compromisso.

Ad §. 6. Plenum compromissum.

Ratio dubitandi. Potest plenum esse compromissum etiamsi de vna tantùm re actum sit disceptatio, vt sequitur in hoc textu. Ergo non ideò plenum compromissum appellatum dici potest, quòd de rebus controuersiisq; omnibus compositum sit. Ratio decidendi. Potest quidem fieri vt de vna tantùm re disceptatio sit, nec eò minùs tamen plenum compromissum dici debeat. Nam & hoc ad omnes controuersias pertinere verum est, cùm ad vnam pertinet quæ sit sola, sed si plures controuersiæ sint, siue de vna re, siue de pluribus, compromissum plenum non est si non omnes complectatur.

a *Licèt plenum compromissum sit.* Ratio dubitandi. Compromissum plenum est quod de rebus omnibus compositum fuit, vt proximè dictum est. Ergo quod de vna tantùm re factum fuit plenum dici nõ potest. Ratio decidendi, Tum demum requiritur vt de rebus omnibus compromissum factum sit ad hoc vt possit dici plenum, cùm de rebus omnibus disceptatio est. At si de vna tantùm re disceptatio sit, quamuis de pluribus aliis esse possit, sufficit eam solam rem, de qua disceptatio & controuersia est in compromissum deduci, vt plenum dici possit. Controuersiam enim de rebus omnibus præcedere oportet, vt de rebus omnibus compromissum fieri possit. Ideóque bene Vlpianus noster in hoc §. cõpromissum plenum esse ait, non quòd sit de rebus omnibus simpliciter, sed quod sit de rebus omnibus, sic enim malo legere *controuersiísque*, quàm vt vulgò *controuersiísve*, nisi probabilius putes, quod aliàs sæpe fit, disiunctionem pro coniunctione interpretemur ex *l. sæpe* 53. *de verb. signif.* Hoc igitur casu quamuis expressim id actum inter litigatores dictúmque sit vt plenum esset compromissum, actiones tamen quæ ex cæteris causis nondum controuersis competere possunt, in suo statu retinentur, saluæque supersunt ita vt nec si velit arbiter de iis pronunciare tamen possit. *l. non distinguemus* 32. *§. de officio. & §. vlt.* ſ. quia id tantùm venit in compromissum, non de quo actum non est ne veniret, vt in iudiciis in quibus ita receptum est, quoniam redditur in inuitum. *leg. solemus* 61. *infrà de iudi.* iunct. *leg. inter stipulantem* 83. *§.* 1. *de verb. oblig.* sed è contrario id de quo actum est vt veniret. Nemo autem dixerit actum esse vt id veniret, de quo nulladum esset controuersia: sicut nec veniret in transactionem, quia neque fieri potest transactio nisi de re dubia. *leg.* 1. *suprà de transact.* Denique perpetuum est vt neque compromissum, neque acceptilatio, neque transactio quantumuis generalia sint verba quibus contrahentes vsi sunt, extendi tamen possit ad ea de quibus non fuit cogitatum. *leg. cùm Aquiliana* 5. *& l. qui cum tutoribus* 9. *eod. tit. de transact. l. si de certa* 31. *C. eod.*

b *De quo actum est vt veniret.* Ratio dubitandi. Compromissa redacta sunt ad instar iudiciorum. *l.* 1. ſ. Atqui in iudiciis aliter obseruatur. *l. solemnis* 61. ſ. *de iudic.* Ergo & in iudiciis. Ratio decidendi. Euidens est hac parte causa diuersitatis, quia compromissum non fit nisi ex voluntate litigatorum. Iudicium verò datur in inuitum, vt dixi.

c *Sed est tutius.* Ratio dubitandi. Expressio eorum, quæ tacitè insunt superuacua est. *l.* 3. *de legat.* 1. *leg. cùm quid* 3. *de reb. credit.* Atqui cùm de certa re compromissum fit, certum est ad alias res compromissum non pertinere, & ex cæteris omnibus causis actiones superesse, vt proximè dictum est. Ergo frustrà est si exprimatur de ea sola re compromissum fuisse. R. dec. Nõ adiicitur frustrà quod adiicitur ad omnẽ tollendam dubitationem. *d. quæ dubitationis* 31. *vbi notatur. de reg. iur.* Id enim est quod Accursius noster hîc notat, abundantem cautelam non nocere ex *l. si seruo cum libertate* 26. *in fin. de admin. legat. l. testamentum* 17. *C. de testam.*

7 ¶ Non debent autem obtemperare litigatores, *si arbiter non aliquid honestum iusserit.*

Ad §. 7. Non debent.

R. dub. Arbitro compromissario omnimodo parendum est, quia imputare sibi debent qui in talem compromiserunt, & nisi pareatur pœna omnimodo committitur *l. diem proferre* 27. *§. si tari. infrà hoc tit. l. societatem* 76. *vers. arbitriorum.* ſ. *pro socio.* Ergo distinguendum non est an honestum sit vel inhonestum quod fieri iussit, sicuti nec distinguimus an æquum sit vel iniquum. Nam quemadmodum iuris præceptum est honestè viuere, ita & alterutrum non lædere, & suum cuique tribuere. *l. iustitia* 10. *§.* 1. ſ. *de iustit. & iur.* Ratio decidendi. Multum interest an iniquum sit quod arbiter fieri iussit an inhonesti. Quod iniquum est non lædit nisi ius litigatoris, qui imputare sibi debet quòd compromiserit, & quidem in talem arbitrum. Sed quod inhonestum est lædit publicam honestatem, ideóque impossibile esse existimatur, & consequenter nullius est momenti. *l. filius* 15. ſ. *de condic. instit.* iunct. *l. vlt.* ſ. *quæ sentent. sin. appell. rescind.* Exemplum est in *§. sed si in aliquem. infrà hac lege.*

8 ¶ Si intra diem compromissi aditus arbiter, post diem compromissi adesse iusserit: pœna non committetur.

Ad §. 8. Si intra diem.

R. dubit. Cùm arbiter intra diem compromisso dictum aditus est, quamuis iusserit litigatores adesse post diem, verum tamen est, si ab eo pronunciatum fuisse intra diem, & eo tempore quo habuit ius pronunciandi, ergo si ad diem vnus ex litigatoribus non venerit, pœna omnimodo committetur: vt euenit cùm arbiter intra diem aditus iubet solui post diem, quod ab eo fieri posse constat, pœnámque committi si ad diem non solutum. *§. solutioni. suprà hac lege.* Ratio decidendi. Potest quidem arbiter iubere quid fieri etiam post diẽ cõpromissi, sed ita demum si intra diem compromissi ferat sententiam, quæ totam litem & controuersiam finiat, quod fit si intra diem pronunciet definitiuè, non etiamsi interloquatur vt adsint litigatores post diem, quo casu fieri nequit vt non post diem compromissi feratur sententia, quod non nisi inutiliter fieri potest, si non pariter compromissi dies proferatur aut à litigatoribus aut arbitro eam potestatem habente. Dies enim compromisso dici solet, non vt arbiter intra eum diem interloquatur, sed vt definiat negotium & officio suo fungatur. Nec proinde ad rem facit quod ea pronunciatio facta sit intra diem cõpromissi. Paria enim sunt, fieri quid tempore illicito vel prohibito, & in tempus illicitum vel prohibitum conferri. *l.* 4. *C. de donat. ant. nupt. l. Stichus* 39. *de testam. manum. l. vlt. infrà de pœn.*

9 ¶ Si quis ex litigatoribus ideò non adfuerit, quòd valetudine, vel reipublicæ causa absentia impeditus sit, aut magistratu, aut alia iusta de causa pœnam committi Proculus & Atilicinus aiunt: sed, si paratus sit in eundem compromittere actionem denegari, aut exceptione tutum fore. Sed hoc ita verum erit [a], si arbiter recipere in se arbitrium fuerit paratus. nam inuitum non esse cogendum [b], Iulianus libro quarto Digestorum rectè scribit, ipse autem nihilominùs pœna absoluitur [c].

Ad §. 9. Si quis ex litigatoribus.

Ratio dubitandi. Quod iustam habet excusationem pœnam non meretur, sicut nec quod sit lege permittente. *l. Graechus 4. C. ad leg. Iul. de adult.* Et ideò etiam lex 12. tabul. quæ omnia ex summo iure æstimat si iudex vel alteruter ex litigatoribus morbo sontico impeditus fuerit, iubet diem iudicij esse diffisum. *l. 2. §. si quis iudicio. ff. si quis caution.* Ergo si quis ex litigatoribus ideò non adfuerit coram arbitro, quod valetudine vel absentia reipublicæ causa impeditus sit vel magistratu vel alia iusta de causa iniquum est, adeóque absurdum dicere pœnam committi. Ratio decidendi. Committitur pœna ipso iure, quoniam verum est stipulationis condicionem extitisse, neque arbitro paritum fuisse, quod vnum inspiciendum est, cùm tractatur de stipulatione. *l. qui Romæ 122. §. Agerius. & §. vlt. ff. de verb. oblig.* Sed tamen succurrit prætor, vt solet ei qui iustam habuit causam ne adesse potuerit, vel denegata in eum actione ex pœnali stipulatione, vt in *l. 3. in princ. ff.* vel potius data ei exceptione doli, *l. apud Celsum 4. §. si in arbitrium. ff. de doli mali except.* Sed hoc ita si paratus sit in eundem arbitrum denuo compromittere, vt appareat per eum neque stetisse, neque stare, quominùs per arbitrum & ex compromisso lis finiatur.

a *Sed hoc ita demum verum erit.* Intellige, non quod dictum est de danda ei exceptione, qui iusta causa impeditus fuit ne adesse potuerit, (nam licèt arbiter recipere in se arbitrium ex nouo compromisso nolit, nihilominùs absoluitur à pœna is qui abfuit, vt sequitur in textu,) sed quod dictum est de nouo compromisso faciendo. Fruſtrà enim fiat à litigatoribus si arbiter in se arbitrium recipere nolit. Sed non ideò fruſtrà dixerit litigator paratum se denuò compromittere. Hoc enim omnino requiritur, vt à pœnæ præstatione liberetur. Sed tamen fatendum est duriusculam esse hanc nostram interpretationem. Nec enim præcedentia sunt de faciendo factóve compromisso, sed de litigatore parato compromittere, cui tamen certũ est sufficere quod sit paratus, quamuis arbiter nolit arbitrium recipere, vt sequitur in hoc textu. Est igitur in hoc loco aliquid quod Triboniani fortasse sit potiùs quàm Vlpiani, vt mox dicam.

b *Nam inuitum non esse cogendum.* Ratio dubit. Nihil potest imputari hoc casu litigatoribus, neque ei qui adfuit, neque rursum ei qui iusta absentiæ causa impeditus fuit. Ergo perinde cogendus est arbiter etiam post diem compromissi atque antea cogi potuisset. R. dec. Cùm quæritur an post diem compromissi possit cogi arbiter, non tam inspiciendum est, an nihil possit imputari litigatoribus, quàm vtrùm ipsi arbitro imputari aliquid possit, ne obligatio quam suscepit ferendę vsque ad certum diem sententiæ, inuito eo vltra diem prorogetur ex facto vel non facto litigatorum. Certum autem est non magis ei posse imputari quàm litigatoribus qui non adfuerunt, siue iustam aliquam habuerint causam absentiæ, siue nullam. Voluntas igitur eius omnino exquirenda est, cùm arbitri officium ab initio sit liberum, nec quicquam referat vtrùm obligatio ferendæ sententię in eius persona vel nunquam cœperit, vel iam finita sit. *d. l. 3. §. tametsi. ff.* iunct. *leg. nihil interest 3. de condict. sin. caus.*

c *Ipse autem nihilominus pœna absolvitur.* Mihi valde suspecta est hæc locutio, sapitque Tribonianum, rantò magis quod & præcedentia illa *sed hoc ita demum*, & quæ sequuntur ad hunc locum eodem Triboniano digniora videntur quàm Vlpiano: nam & pugnant haud dubiè cum eo quod Vlpianus dixerat actionem denegari in eum, qui ex iusta causa abfuit, aut dandam ei doli exceptionem si in eundem arbitrum compromittere paratus sit. Quid enim hoc commune habet cum eo quod subiicitur, ita demum id verum esse si arbiter quoque recipere in se arbitrium fuerit paratus? An non enim fieri potest vt paratus sit litigator compromittere, non sit autem paratus arbiter arbitrium recipere? Aut si quod Vlpianus dixerat succurrendum litigatori ita demum verum est si arbiter recipere arbitrium velit, consequens necessariò fiet, vt nihil ergo debeat prodesse litigatori quod paratus sit compromittere, si arbiter recuset arbitrium recipere. Quo admisso falsum apparet, quòd subiicitur, non esse cogendum arbitrum vt nouum arbitrium recipiat: nihilominùs tamen à pœna absoluendum esse: aut si posterior hæc sententia vera est prior falsa erit. Idque passim Triboniano nostro contingit, vt vel dubium se, vel mendacem præbeat, quoties aliquid in prudentum responsis addendo corrumpit.

10 ¶ *Si arbiter iussit* (putà) *in prouincia adesse litigatores*, cùm Romæ esset in eum compromissum: an ei impunè non pareatur? quæritur. Est & verius, quod Iulianus ait libro quarto, eum locum compromisso inesse, de quo actum sit, vt promitteretur. Impunè igitur ei non parebitur, si alio loci adesse iusserit. Quid ergo, si non appareat, de quo loco actum sit? melius dicetur, eum locum contineri, vbi compromissum est. ¶ Quid tamen, si in eo loco, qui sit circa vrbem[a] adesse iusserit? Pegasius admittit, valere iussum. quod puto ita verum esse, si & eius sit auctoritatis arbiter, vt in secessibus soleat agere, & litigatores facilè eò loci venire possint.

Ad §. 10. Si arbiter.

R. dub. Potest arbiter statuere tempus solutioni faciendæ, etiamsi nihil de eo dictum sit in compromisso. *§. solutioni. ff. hac lege.* Ergo & locum statuere poterit in quo adesse debeant litigatores. Nam cùm negari non possit quin habeat arbiter ius iubendi vt absint litigatores, non possint autem iuberi adesse nisi ad certum locum, consequens est vt arbitro iubenti adesse litigatores certo loco, parendum necessariò sit, eum siquidem casum tractamus, quo nullus in compromisso locus dictus sit. Quidni ergo dicamus videri actum de quolibet loco, sicuti solemus dicere eum qui promisit soluere nullo adiecto loco posse vbique gentium & soluere & conueniri. *leg. qui Romæ 122. in princip. leg. continuus 137. §. cùm ita de verb. oblig.* Ratio dec. Semper in stipulationibus

tionibus, cæterisque cõtractibus sequimur id quod actum est. *leg. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* Ergo & in compromissis eum locum inesse dicendum est, de quo actum fuit cùm compromitteretur. Credibile autem est in dubio id actum esse, vt eo loco adesse litigatores iuberentur, qui litigatoribus commodior videretur. Nam & in iudiciis quæ redduntur in inuitum, idem tamen obtinet si locus in iubendo iudicare, id est, in formula dictati iudicij non sit comprehensus. *l. si locus 59. infrà. de iudic.* Is ergo locus in dubio continebitur vbi compromissum est. Nihil enim commodius est quod possis dicere, cùm ab vno loco in alium euocari non leue incommodum sit. *l. sed hæc 35. §. non solùm. suprà de procurat. leg. 3. §. vlt. de testib. l. sed si quis 7. testam. quemad. aper.* Exemplo præsertim eius quod in iudiciis quoque obtinet, vt vbi acceptum iudicium est ibi & finem accipere debeat. *l. vbi acceptum 30. de iudic.* Arbitria enim à compromisso incipiunt. Iunge *l. cùm res 47. de leg. 1.* Ergo si arbiter litigatores in alio loco adesse iusserit, quàm de quo actum est in compromisso impune ei non parebitur, quomodo etsi aliud quid iussisset quod extra compromissum esset. *l. non distinguemus 32. §. de officio. & §. vlt. infr. l. arbiter 50. ff.* Nam & iudici alio loco iudicanti quàm in quo iudicare iussus est impunè non paretur. *l. si vt proponis 5. Cod. ea. quo. & quand. iudex.* Nec si litigatores ad eum locum iuerint in quo adesse iussi sunt, ob id tamen cogentur obtemperare arbitro si nolint, vt bene Accursius sentit. arg. *l. vlt. supr. de iurisd.* quasi extra territorium suum, & extra compromissi fines iubenti.

a *In eo loco qui sit circa vrbem.* Ratio dubitãdi. Cùm in vrbe factum est compromissum, id actum videtur vt in vrbe quoque adesse litigatores debeant ad causam disceptandam, vt proximè dictum est. Ergo si arbiter iubeat eos adesse in eo loco qui sit circa vrbem, impunè ei non parebitur, tanquam iubenti adesse illos alio loco, quàm de quo fuerit compromissum. Ratio decidendi. Ita qui rem est regulariter. Sed si eius sit autoritatis arbiter, vt in secessibus soleat agere, & litigatores eò loci facilè venire possint, nihil vetat eiusmodi iussum valere. Æquius namque est leue aliquod incommodum litigatoribus inferri quorum res agitur, quàm tali arbitro, qui alieni commodi gratia officium arbitri vltro susceperit, non susceperus fortasse si vel de minimo suo incommodo cogitasset.

11 ¶ Sed *si in aliquem locum inhonestum adesse iusserit*, putà in popinam, vel in lupanaria vt Viuianus ait, sine dubio impunè ei non parebitur quam sententiam & Celsus libro secundo Digestorum probat. Vnde eleganter tractat[a]: si is sit locus in quem alter ex litigatoribus honestè venire non possit, alter possit: & is non venerit, qui sine sua turpitudine eò venire possit: is venerit qui inhonestè venerat: an committatur pœna compromissi, an quasi opera non præbita[b]? & rectè putat. non committi: absurdum enim esse, iussum in alterius persona ratum esse, in alterius non.

Ad §. 11. Sed si in aliquem.

Ratio dubitandi & decidendi. eadem quæ ad *§. non debent. ff. hac lege.*

a *Vnde eleganter tractat.* Ratio dubitandi. Si locus ab arbitro dictus is sit in quem alter ex litigatoribus honestè venire non potuerit, alter verò potuerit, is quidem qui non potuit venire excusandus est. *d. §. non debent.* Sed si ille venerit, nulla ratio est vt ex eius persona succurratur alteri litigatori, qui nullam habet excusationem. Nam & dici solet, nemini esse permittendum vt eo iure quod habet ex alterius persona vtatur illo inuito. *leg. si iudex 41. de re iudic.* Ratio decidendi. Absurdum est iussum arbitri in alterius persona ratum esse, in alterius verò ratum non esse, cùm sit quid indiuiduum & correspectiuum, sicut & compromissum ipsum. *leg. litigatores 11. §. penult. & vlt. vbi dixi suprà.* At qui non potest valere iussum arbitri in persona eius, qui ad locum venire honestè non potuit, quia cõpromisso inest tacitè clausula honestatis. *dict. §. non debent.* Nec quod venerit vltrò cùm non posset cogi, facere potest, vt eò magis valere debeat iussum, quod ab initio ipso inhonestum & nullius momenti fuit. Ergo nec potest valere quantum ad personam illius qui honestè ac sine vlla sua turpitudine venire potuisset si voluisset: vt in arbitriis seruetur æqualitas, sicuti in iudiciis seruatur. *l. Pomponius 13. §. 1. ff. l. sed & interpellatur 49. §. vlt. ff. eo. l. vlt. C. de fructib. & lit. expens. l. in sacris scriniis 12. §. vlt. C. de proxim. sacror. scrinior. lib. 12. titul. 19. leg. 3. in fin. manda. leg. in hoc iudicio 27. famil. ercisc.*

b *Quasi non præbita opera.* Id est, quasi non præbuerit iste operam necessariam ad hoc vt arbiter sententiam ferre possit. Pœna enim ex compromisso non ex aliis causis committitur, quàm quæ ad solutionem pecuniæ, aut ad præbendam operam pertinent. *l. non ex omnibus 39 vbi diuam. ff.* Nam si arbiter qui arbitrium in se recepit, operam suam litigatoribus præbere inuitus cogitur ad commodum litigatorum, quantò magis æquum est litigatores operam arbitro præbere?

12 ¶ Intra quantum autem temporis, nisi detur quod arbiter iusserit, committatur stipulatio, videndum est. Et si quidem dies adiectus non sit: Celsus scribit libro secundo Digestorum, inesse quoddam modicum tempus: quod vbi præterierit, pœna statim peti poterit. & tamen (inquit) & si dederit ante acceptum iudicium[a], agi ex stipulatu non poterit.

Ad §. vlt. Intra quantum.

Ratio dubitandi. Cùm solutioni tẽpus nullũ dictũ est ab arbitro, nihil sit contra sententia arbitri, etiamsi post longum tempus soluatur, quia vnum duntaxat præceptum arbitri est hoc casu, *pecuniam dari* non duo vt cùm iussit arbiter *intra Calendas*

proximas dari l. Celsius 23. §. idem ait. infrà. Cui præcepto *pecuniam dari* paretur soluta quandocunque pecunia, sicuti dicimus, quicquid purè debetur sicut peti quandocunque potest, ita & solui quandocunque posse. Ergo dicendum non est inesse arbitrio in hac specie quoddam modicum tempus, quod vbi præterierit, pœna tanquam commissa peti statim possit: aut si velit quis autoritate iuris suppleri diem qu arbitrio deest, non aliud sanè conuenientius tempus statui posse videtur, quàm quod iudicatis datur ad parendum iudicato. Nam & modicum illud tempus dicitur *in leg. si debitori 21. infrà de iudic.* vt quemadmodum compromissa redacta sunt ad instar. iudiciorum. *l. 1. §.* ita & arbitri sententia redigatur ad instar rei iudicatæ. Ratio decidendi. Durius agitur hac parte cum eo qui ab arbitro, quàm cum eo qui à iudice condemnatus fuit, quia cùm non possit vrgeri & præcipitari ad solutionem is qui ab arbitro condemnatus est, propterea quod sententia arbitri vim rei iudicatæ non habet, ne quidem ad excipiendum *l. 2. §. l. 1. Cod. hoc tit.* nihil causæ est cur ei tempus aliquod ad solutionem indulgeatur, quod condemnatis non nisi humanitatis gratia indulgetur. *l. cùm milii 16. §. 1. ff. de compens.* Sed cùm pœnam promiserit si arbitrio non pareat, & ex stipulatione ista pœnali conueniatur, dicendum est committi stipulationem statim atque potuit soluere nec soluit, quod tempus quale quantumque sit in arbitrio prætoris esse debet, vt & in specie. *l. ratum 13. de solut. leg. quo enim 12. §. 1. rat. rem haber.* cuius est actionem ex stipulatu vel dare vel denegare. Aliàque ratio eius est qui in iudicio confessus fuit se debere, de quo in *d. l. si debitori* Hic enim pro iudicato habetur. *l. 1. de confess.* Proinde tempora eadem ad soluendum habere debet, quæ cæteris condemnatis dari solent.

c *Si dederit ante acceptum iudicium.* Ratio dubitandi. Stipulatio semel commissa resolui postea nunquam potest. *l. euicta 16. §. si seruus. l. habere licere 37. in fin. ff. de euict.* Atqui non potest peti pœna ex stipulatione quin priùs stipulatio commissa sit. *leg. nuda 5. Cod. de contr. & committ. stipulat. l. si pacto 14. Cod. de pact. l. qui Romæ 122. §. Agerius. de verbor. obligation.* Ergo cùm Vlpianus iam dixerit præterito modico tempore pœnam statim peti posse necesse est, vt & stipulationem commissam esse fateamur, & consequenter nihil postea prodesse litigatori qui in parendi soluendique mora fuit, quod postmodum quamuis ante acceptum iudicium offerat solutionem. Nec simile est quod Caius scribit in *l. & si post tres 8. si quis cau.* Etsi post tres aut quinque plurésve dies quàm iudicio sisti se reus promisit, secum agendi potestatem fecerit, nec actoris ius ex mora deterius factum fuerit, defendi promissorem debere per exceptionem. Ibi enim agitur de stipulatione prætoria quæ interpretationem recipit ex æquitate & mente prætoris, & in qua faciliùs admittitur moræ purgatio. Hic verò de stipulatione conuentionali, in qua omnia sunt diuersa, vt dixi ad eum locum. R. dec. Etiáin stipulationibus quas conuentionales appellamus interdū purgatio moræ admittitur, nimirum si tempus in obligatione tãtùm fuit, non etiá in cõdicione, nec quicquam interfit actoris, vt ibid. scripsi ex *l. si ita quis 135. §. 1. de verb. oblig.* Sed in proposito hoc amplius est, quod nullum tempus ab arbitro adiectum & præstitutum fuit ad soluendum, vt proinde qui soluit etiam post elapsum illud modicum tempus quod petitioni pœnæ locum facit, dummodò priùs quàm iudicium ex stipulatione pœnæ acceptum sit, nihil faciat contra sententiam arbitri, quinimo illud ipsum faciat quod facere iussus est. Quid n. aliud ei præceperat arbiter, nisi vt solueret? Atqui nunc soluit: nec dici potest solutionem hanc nimis seram esse, quasi post tempus oblatam, quia quod diximus, nullo die per arbitrũ adiecto inesse modicũ tempus, non fit ex autoritate & verbis sententiæ arbitri, non magis quàm ex compromittentium cautione, sed ex sola ineráque iuris interpretatione, vt aliquid instans sit à quo incipere possit petitio pœnæ. Ne alioqui elusorium & inane fiat arbitrium cui impunè non pareatur. Eadem igitur iuris interpretatio facilè potest facere, vt moræ istius legalis, si ita loqui liceat, purgatio admittatur, quæ non admitteretur si tempus solutionis certum ab arbitro constitutum proponeretur: quia tunc mora ex sententia arbitri descenderet, non ex sola iuris interpretatione. *leg. Celsius 23 infr.* Plus dico, Stipulationem istam pœnalem non priùs iure commissam dici posse, quàm desinat posse dari id quod arbiter dari iussit. Ideóque oblationem quandocunque ante acceptum iudicium factam non tam facere vt resoluatur stipulatio, quod fieri posse negauimus, quàm vti ne vnquam commissa esse videatur. Tandiu enim dicendum est commissam non esse stipulationem, quandiu verum est, pareri posse sententiæ arbitri per solutionem. Nec pugnat quod hîc dicitur pœnam statim peti posse. Nihil enim vetat peti quid, adeóque litis contestationem super ea petitione fieri, antequàm actio vlla in eam rem competat ipso iure, vt in *dict. leg. nuda 5. Cod. de contr. & commit. stipul.* Dixi ad *leg. rescriptum 10. §. si pacto. supr. de pact.*

c *Ante acceptum iudicium.* Intellige *super pœna*, quomodo Accursius bene intelligit, non autem super eo quod apud arbitrum petebatur. Is enim pro quo arbiter pronunciauit si rem ipsam petat, hoc ipso pœnam remittere intelligitur, & ab arbitri sententia recedere, ex qua scilicet rem & pœnam simul consequi nunquam potest. Quamuis vbi pœnam ex compromisso consecutus est, non ideò prohibeatur pristinum ius suum exercere. Petitur tamen hoc casu pœna non tanquam verè commissa, vt vult Accursius, sed tanquam omnimodo committenda si ante acceptum iudicium arbitro non pareatur. Itaque post elapsum illud modicum tempus arbitrio prætoris constituendum intra quod satisfieri debuit, nec satisfactum est, non tam commissa intelligitur pœnalis stipulatio quàm incipit committi. Neque tam ex pœnali stipulatione ob id agitur, quòd arbitrio non fuerit satisfactum, nec satisfieri amplius possit, quàm quia nondum fuerit satisfactum à quo tempore satisfieri potuit, licèt satisfieri adhuc possit. Non enim bona consecutio est si quis dicat, Eum qui satisfacere iam heri debuit, ob id que in mora esse cœpit satisfacere amplius non posse, Nam imò verò satisfacere tantò magis & potest & debet si aliud nihil sit quod impediat: quomodo certè illud impedit, Si iudicium super pœnali stipulatione acceptum sit, quia ex eo tempore nulla vnquam moræ purgatio admitti potest. *leg. si insulam 84. iunct. leg. si Titius 9. de verborum obligat.* Nempe quoniam

quoniam in iudiciis quasi contrahitur *l. 3. §. idem scribit. de pecul.* & fit veluti nouatio per contestationem *l. aliam 19. de nouat.*

22. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

VTique nisi eius interfuerit, tunc solui.

Ad l. Vtique 22.

Ratio dubitandi, Cùm pœna promissa est non solet quæri an aut quantum interfit stipulatoris *leg. stipulatio ista 38. §. alteri de verborum obligation.* Ergo dicendum est vel pœnam peti nondum posse, vel vbi petitio nata fuit, non esse amplius inquirendum an aut quatenus interfit stipulatoris: nec minus posse moram purgari si interfuit victoris citius solui, quàm si non interfuit: aut è contrario, nõ magis si non interfuit, quàm si interfuit. Ratio decidendi, Semper fauorabilior est persecutio eius quod interest, quàm petitio pœnæ, quia purgatio moræ non nisi inquè permitti posset postea quàm cœpit actoris interesse *leg. & si post tres 8. supr. si quis cautionibus leg. si ita quis 135. §. 1. de verbor. obligation.* Sed aduersus pœnam etiam quæ ipso iure commissa sit, potest faciliùs subueniri ex æquitate, si modò nihil interfit petitoris, vt in *l. si seruus 9. §. 1. ff. si quis caut.* qui nec obligationes nec actiones ad aliud comparatæ sunt quàm vt vnusquisque sibi acquirat & consequatur id quod sua interest *leg stip. latto ista 38. §. alteri. de verborum obligation. leg. nihil aliud 51. de obligationibus & actionibus.* Itaque semper efficax est petitio pœnæ, cùm interest actoris licèt minùs interfit. At non semper efficax est cùm nihil interest. putà si stipulatio prætoria fuit non conuentionalis, vt *in leg. si seruus 9. §. si plurium. si quis cautionibus.* Aut si conuentionalis quidem fuit, sed quæ non iam omnino commissa sit quàm cœperit committi, vt in specie huius legis. Quo casu efficax non est petitio pœnæ si ante litem contestatam acceptúmque iudicium satisfiat ei quod promissum fuit, quia purgari potest, dum ne quid adhuc interfit actoris, quomodo scriptum est in hac lege. Alioqui alterutrum interueniat vt vel iudicium iam acceptum sit, vel iam cœperit interesse, efficax sit petio pœnæ, quoniam exinde mora purgari amplius non potest. Non magis quàm cùm pœnalis stipulatio commissa omnino est, quod euenit cùm concio habuit diem intra quem impleri debuit, aut im arbitri sententia diem certum constituit intra quem voluerit arbiter pareri sententiæ, cui tamen non paruerit promissor, vt in lege sequenti. Quid? Nõne semper interest actoris aduersarium paruisse sententiæ? Interest sanè semper vt tandem arbitrio pareatur. Sed non interest semper vt pareatur hoc potiùs quàm illo die. Imò plerunque interest etiam creditoris tardiùs fieri solutionem, vt *in leg. 3. §. cùm Pollidius. infr. de vsur. leg. eum qui 15. alias leg. Iauolenus. de ann. legat.* An verò inspiciendum erit, num ius actoris deterius factum sit? Ita vult Accursius ex *dict. leg. & si post tres.* Ego tamen nõ puto, Nã etsi fieri non potest ius actoris deterius quin actoris interfit. E cõtrario tamẽ fieri facilè potest, vt interfit actoris, etiamsi ius ipsius factum non sit deterius. Nec inquirere debemus an interfit, ex ea causa quod ius actoris deterius factum sit, nisi cùm ea stipulatio interposita est quæ pertineat ad actionẽ instituendam, qualis illa est de qua in *d. leg. etsi post tres.* vbi quod dicitur de iure actoris deteriore facto, sic accipi debet, acsi dictum esset de iure actionis, quæ facilè deterior facta esse potest tẽpore, putà si fuit temporalis. Nã quo breuior, eo deterior est. At stipulatio de qua nunc agimus non est huiusmodi, nec pertinet ad instituendam actionem, sed ad id potiùs ne actionem instituere sit necesse, finita lite per sententiam arbitri. Non igitur inspiciendum est hoc casu an ius actionis factũ sit deterius, sed an quoquomodo cœperit interesse actoris, vt eo casu dicendum sit cõmissam esse pœnalem stipulationem, ex cáq. pœnæ persecutionem omnimodo competere, etiamsi minoris interfit quàm quanti pœna est. Quare nec litigatori qui ad pœnam conuenietur, debebit prodesse, quòd paratus sit plenissimam indemnitatem actori præstare, vt malè quamuis non nisi dubitanter sentit Accursius, quia stipulatio siue pœnalis, siue alia quælibet vbi semel in plenum commissa est, nunquam resoluitur *leg. euicta re 16. §. si seruus leg. habere licere 57. §. vlt. de euict.* Nec admittit purgationem moræ præterquàm si sit prætoria, vt dixi: quod Accursius noster in legis sequentis explicatione non intellexit.

23. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

CElsus ait: *si arbiter intra Kalendas Septembres dari iusserit*, nec datum erit: licèt postea offeratur, attamen semel commissam pœnam compromissi non euanescere: quoniam semper verum est, intra Kalendas datum non esse. Sin autem oblatum accepit: pœnam petere non potest[a], doli exceptione remouendus[b]. Contra, vbi duntaxat dare iussus est.

Ad l. Celsus 23.

Ratio dubitandi. Si arbiter intra Cal. Septembres pecuniã dari iusserit, nec data sit, verũ quidem est peti posse pœnam, sed tamen si postea offeratur quandocunque pecunia dummodò ante receptum iudicium, & priusquam actoris interesse cœperit, iidni liceat purgare moram, vt exinde agi ex stipulatu non possit, vt in specie §. *vlt. leg.* 21. ff. An quia litiùs agatur cum lege quàm cum ministro legis? a putat Accursius. Sed malè. Nec enim arbiter legis minister est, sed potiùs litigatorũ, in quo maximè differt à iudice. Alioquin dicẽdũ esset, rei iudicatæ autoritatẽ habere oportere quicquid ab arbitro imperatũ esset, tãquã quod vim acciperet à legũ autoritate, quomodo accipit quod à iudice pronũciatur. Nec rursus verum est mitiùs semper agi cũ lege quàm cũ homine: nam imò verò grauiùs punitur, qui contra legem facit, quàm qui contra hominem *l. si libertus minorem 16. vers. planè. infr. de iur. patron. l. 1. Codic. vt intr. cert. temp. crimin. quæst. termin. leg. 3. Codic.*

qui accuſ. non poſſ. Quamquam nec hoc perpetuum eſt. Sunt enim iſta brocardica quæ perſæpe fallunt, & quibus tamen noſtri paſſim abutuntur, dum iis quaſi iuris noſtri certiſſimis principiis vtuntur.

Ratio decidendi. Multũ intereſt an dies adiectus ſit in ſententia arbitri vt in ſpecie huius legis, an vero ſuppleatur per interpretationem, vt in §. *vlt. d. l.* 21. Priore caſu omnimodo & abſolutè committitur ſtipulatio pœnalis ſi intra diem ab arbitro præſtitutum non pareatur tametſi poſteà quandocũque, id eſt, ſiue incontinenti, ſiue ex interuallo pecunia offeratur, quia ſemper verum eſt intra Calendas Septembres datam non fuiſſe, nec ſtipulationem ſemel commiſſam reſolui vnquam poſſe, vt dixi ad *l. prox. præced. ex l. euicta* 16. §. *ſi ſeruus l. habere licere* 57. *in fin. de euict.* Iunge *l. traiectitia* 23. *de oblig. & act. l. magnam* 12. *C. de contr. & commit. ſtip. l. ad diem* 77. *de verb. oblig.* At poſteriore caſu cum dies nullus ab arbitro præſtitutus fuit, licèt præterierit tẽpus illud modicũ, quòd arbitrio tacitè ineſſe intelligitur, tamen non tam verum eſt commiſſam eſſe ſtipulationem in plenum, quàm incipere committi, vt nimirũ pœna peti poſſit, & quidem efficaciter ſi promiſſor ſecum litem conteſtari patiatur, non etiam ſi paratus ſi ſatisfacere ante litem conteſtatam & priuſquàm cœperit vllatenus intereſſe actoris: quia nimirum tandiu verum & ſatisfactum eſſe præcepto arbitri qui nullum diem præſcipſit. Nihil ergo impedit quominùs mora purgari poſſit.

a *Pœnam petere non poteſt.* Ratio dubitandi. Stipulatio pœnalis ſemel cõmiſſa nunquam reſoluitur nec moræ purgationem admittit, vt proximè diximus. Atqui verum eſt ſtipulationem de qua nunc agimus ſemel commiſſam fuiſſe, quia præterito tempore intra quod arbiter pecuniam dari iuſſit, certum eſt neque ſatisfactum eſſe intra conſtitutum tempus, neque ſatisfieri amplius vnquam poſſe. Ergo nihil prodeſſe poteſt ei qui intra diem non ſatisfecit, quòd ſatisfacere poſteà ſit paratus. Ratio decidendi. Non ei prodeſt quòd paratus ſit ſatisfacere, ſed quod ſatisfecerit, Non quaſi in eius poteſtate fuerit moram purgare, ſed quia potuit victor ius ſibi quæſi um, id eſt, pœnæ perſecutionem remittere *l. pactũ* 46. *in fi. ff. de pact.* quam vtique remiſit cùm pecuniam quæ intra certum diem dari debuerat poſt diem accepit *leg.* 2. *in princip. ff. ſi quis caution. leg. vlt. in fin. de eo quod cert. loc leg. poſt diem* 7. iunct. §. *vlt. legis præced. infr. De leg. commiſſ.* Pœna tamen adhuc peti ſummo iure poteſt, quia verum eſt commiſſam fuiſſe ſtipulationem, ſed doli exceptio eo caſu locum habere debet, quia dolo facit qui de pœna promiſſa laborat poſt finitum ſolutione negotium *d. l.* 2. quiq; vult & pœnam & rẽ ſimul conſequi cùm alteutro contentus eſſe debeat *leg. reſcriptum* 10. §. *ſi pacto. ſupr. de pact. leg ſi pacto quo pœnam* 14. *C. eod.*

b *Doli exceptione remouendus.* Ratio dubitandi. Exceptio non poteſt habere locũ vbi nec petitio vlla eſt, cùm detur ad eliendam actionem, ſubmouẽ damque petitionem, Vnde & actionis excluſio eſſe dicitur in *l.* 2. *de excep.* Atqui hoc caſu ſtipulator pœnam petere non poteſt vt habent verba proximè præcedentia. Ergo neque exceptione remoueri poteſt. Ratio decidẽdi. Habet ſtipulator actionem & pœnæ petitionem ipſo iure, quia cõmiſſa fuit ſtipulatio, quæ, vt diximus in ſuperioribus, reſolui nunquam poteſt, ſed tamen dicitur non poſſe pœnam petere cùm poſt diem accepit ſolutionem, quia nihil intereſt an ipſo iure quis actionem non habeat, an talem habeat, quæ per exceptionem infirmetur *leg. nihil intereſt* 112. *de reg. iur.* Effectu ſcilicet inſpecto potiùs quàm mera iuris ſubtilitate.

c *Contra vbi duntaxat dare iuſſus eſt.* id eſt, nullo certo die adiecto, vt in ſpecie *d. l.* 21. §. *vltim. ſupr.* quod & Accurſius noſter bene explicat: ſed diuerſitatis rationem quam eos attulimus nullam adfert.

1 ¶ Idem ait: *ſi iuſſerit me tibi dare*, & valetudine ſis impeditus, quo minùs accipias, aut alia iuſta ex cauſa: Proculum exiſtimare, pœnam non committi, nec ſi poſt kalendas. te parato accipere non dem ſed ipſe rectè putat[a], duo eſſe arbitri præcepta: vnum, *pecuniam dari*: aliud *intra kalendas dari*. licèt igitur in pœnam non committas, quòd intra kalendas non dederis, quoniam per te non ſtetit: tamen committis in eam partem, quòd non das.

Ad §. 1. Idem ait

Ratio dubitãdi. Cũ arbiter iuſſit me tibi dare, intra Calendas Septẽpres, nec dedi, quia valetudine aut qua alia iuſta de cauſa impeditus fueris ne acciperes, nihilominus ſemper verum eſt intra diem quẽ arbiter conſtituit, ſatisfactum non fuiſſe. Ergo illud quoque verum eſt, commiſſam fuiſſe ipſo iure ſtipulationem pœnalem, & conſequenter pœnam peti poſſe ſaltem ipſo iure, vt in ſpecie proxima præcedenti.

Ratio decidendi. Ad euitandam pœnam, & ne poſſit dici commiſſa pœnalis ſtipulatio ſufficit vt per promiſſorem non ſtet, quominus ſatisfaciat *leg. traiectitia* 23. *verſ. nec arbiter de oblig. & action. leg vlt. de leg. commiſſ.* Quantò magis ergo promiſſori debet prodeſſe, quod per eum ipſum qui vicit, fiat ne poſſit ſatisfieri ad diem ab arbitro præſtitutum? In omnibus enim cauſis pro facto accipiendum eſt id in quo per aliũ mora fit, quominùs fiat *leg. in omnibus cauſis* 39. *de reg. iur.*

a *Sed ipſe rectè putat.* Ratio dubitandi. Impoſſibilium nulla obligatio eſt *l. impoſſibilium* 185. *de regul. iur.* Atqui impoſſibile eſt vt quod intra diem certum fieri debuit, ſi factũ nõ ſit vnquã fiat intra eũ ipſũ diẽ, quia elapſũ tẽpus regredi & recurrere nũquã põt, ergo exinde dicẽdũ eſt pœnalẽ ſtipulationẽ cõmitti nũquã poſſe, ac obligationẽ p æẽdi arbitrio finitã eſſe finito tẽpore intra quid ſatisfacere & potuit, & debuit Rat. de. Cũ arbiter iuſſit pecuniam dari intra Calend. Septẽbres, duo ſunt arbitri præcepta. Vnum, Pecuniam dari, aliud, intra Calendas dari. Licèt autem impoſſibile ſit vt intra Calend. quicquam detur poſt Cal. impoſſibile tamen non eſt, vt adhuc pecunia detur. Ergo quamuis vni ex duob. præceptis ſatisfieri amplius non poſſit, non ideòtamen liberatur promiſſor quominus alteri ſatisfacere debeat cui ſatisfacere adhuc poteſt. Ex quo apparet malè Accur. negare quod lex diſerè ait, duo eſſe præcepta, quãuis parũ referat vtrũ dicam duo eſſe præcepta, an vnum duntaxat quod habeat duas partes quo

quomodo de condicione ſcriptum eſt in *l. hæc ſcriptura* 26. *de condic. & demonſtrat.* Nec mouet quod Accurſius obiicit, ſi verè duo præcepta hîc eſſent, dicendum eſſe, valituram igitur eam ſtipulationem Bononiæ factam, *Hodie decem Romæ dari*, quaſi quæ licèt impoſſibilis ſit ratione loci, tamen poſſibilis ſit ratione donationis, & tamen certum eſſe nullomodo valere. §. *locat. Inſtitu. de verbor. obligation.* Nam reſpondeo magnam eſſe inter hos caſus differentiam: Huiuſmodi enim ſtipulatio tota ab initio eſt inutilis propter impoſſibilitatem, quæ licèt nulla ſit niſi ratione loci, afficit tamen totam ſubſtantiam ſtipulationis, cùm non poſſit adiectio loci ſeparari ab obligatione, cuius partem efficit: nec enim minùs dici poteſt locum eſſe partem obligationis, quàm de die idipſum ſcriptum eſt in *lege prima paragrapho editiones. ſupra de edend. §. ſi quis agens. verſ. loco plus petitur. Inſtitu. de action. l. 1. & 2. & paſſ. infr. de eo quod cert. loc.* Vnde fit vt quemadmodum is qui certo loco dare promiſit nullo alio loco quàm in quo promiſit ſoluere inuito ſtipulatore poteſt. *l. penultim. eodem.* Ita nec is qui certo loco dari ſtipulatus eſt alio loco poteſt petere inuito promiſſore, quàm in quo dari ſtipulatus eſt. *ducta leg.* 1. *eodem.* Stipulationes enim omnes etiam quæ diuiduæ ſunt ratione materiæ, indiuiduæ tamen ſunt ratione formæ & earum qualitatum quæ efficiunt & afficiunt formam obligationis, at ſententia arbitri præcipientis ſolui pecuniam intra Calendas Septembres, tota vtilis eſt, nec quicquam impoſſibilitas continet. Proinde quamuis id quod fieri præcepit, fiat ex poſtfacto impoſſibile quantum ad aliquid, in eo tamen in quo poſſibile remanet, faciendum eſt, alioqui pœna committetur. Erit autem bona comparatio, ſi ponas arbitrum iuſſiſſe dari quid vel fieri intra Calendas Septembres iam præteritas. Nam & hoc arbitrium non minùs erit inutile, quàm inutilis illa ſtipulatio, propter impoſſibilitatem, quamuis eo caſu non minùs verum ſit, duo eſſe huius arbitri præcepta, quorum vnum de dando vel faciendo impoſſibile non eſſet, ſi ab altero de dando intra Calendas Septembres iam præteritas ſeparari poſſet. Verùm ne ſeparari poſſit illud efficit, quòd contra mentem & voluntatem arbitri ea ſeparatio induceretur: quod non ſimiliter euenit, cùm arbiter iuſſit dari quid vel fieri intra Calendas Septembres proximas, quia tametſi præteritis poſtmodùm Calendis, impoſſibilitas quæ ex poſtfacto emergit ſatisfaciendi ſecundo præcepto arbitri, inducat ex neceſſitate ſeparationem ſecundi præcepti à primo quod poſſibile remanet, nihil tamen in eo fit contra ſententiam & mentem arbitri, qui vtique quod dari voluit Calendis Septembribus, multò magis dari voluit Nouembribus aut Decembribus. Qua ratione ſolemus defendere contra Cuiacium, non ſicut loci, ita & temporis commemoratione fieri actionem arbitrariam, de quo ſcripſimus *lib.* 15. *Conjectur.* Tempus enim vnum in alio continetur, non vnus locus in alio loco. At finge arbitrum præcepiſſe, vt qui Romæ erat centum daret Capuæ intra id tempus intra quod Capuam peruenire poſſet, an poſtea lapſo eo tempore dicemus inutile fieri arbitrium ratione ſuperuenientis impoſſibilitatis propter locum? Non magis vtique quàm ſi impoſſibilitas in tempore ſuperueniſſet: quia licèt locus in loco non contineatur, vt proximè diximus, ideóque agi ſummo iure ex ea ſtipulatione nullo alio loco poſſit, attamen tantò magis verum eſt, non eſſe ſatisfactum arbitrio, ſcilicet niſi ante litem conteſtatam purgetur mora. Nam & hæc exceptio adhibenda eſt, perinde acſi locus nullus arbitrio adiectus fuiſſet. Loci enim adiectio nihil aliud facit, niſi vt dubitari minùs poſſit quin tacitè inſit tempus intra quod ſatisfieri oporteat. Tempus, inquam, non illud modicum quod tacitè ineſſet etiam loco non adiecto, ſed quantum neceſſe eſt vt ad eum locum peruenire poſſit. Quòd ſi & locus & certum tempus arbitrio incertum eſſet vtique perinde dicendum eſſet purgari moram non poſſe: nec enim loci adiectio facere poteſt vt tantò minùs habenda ſit ratio temporis, ſed potiùs vt tantò magis. Solum namque tempus illud eſt, quod impoſſibilitatem inducit, non locus, quia in loco deſtinato fieri poteſt ſolutio quandocunque etiam poſt tempus intra quod ad eum locum peruenire potuit, niſi adiectio certi temporis impediat purgationem moræ.

2 ¶ Idem ait, nihil aliud eſſe ſententiæ ſtare poſſe, quàm id agere, quantum in ipſo ſit, vt arbitri pareatur ſententiæ.

Ad §. 2. Idem ait nihil aliud.

Ratio dubitandi. Cauſa difficultatis ad incommodum promiſſoris pertinet non ad impedimentum ſtipulationis. *leg. continuus* 137. *paragrapho illud infr. de verbor. obligat.* Ergo cùm quæritur an quis ſteterit ſententiæ arbitri ne pœna in ſtipulationem deducta committatur, non illud inſpiciendum eſt, an fecerit quantum in ipſo fuit, vt arbitri ſententiæ pareretur, ſed an reuera & effectui ipſo paruerit. Ratio decidendi. Differentia eſt hac parte inter ſtipulationes & iudicia, itémque compromiſſa, quæ redacta ſunt ad inſtar, & ſimilitudinem iudiciorum. *l. 1. ſupra.* In ſtipulationibus non excuſat difficultas, quia ſibi debet imputare qui rem adeò difficilem promiſit: in iudiciis verò & arbitriis excuſat, quia nihil poteſt imputari ei qui à iudice condemnatus fuit, vel ab arbitro, ſi modò fecerit quod in ipſo fuit vt ſententiæ pareretur Nec enim ea mens eſt ſiue iudicis, ſiue arbitri, vt aliud quicquam præſtet condemnatus niſi quod in ipſo ſit vt præſtare poſſit: Hactenus nimirum ne vel iudicis vel arbitri autoritas impunè contempta videri poſſit. Non enim contemnit iudicem, aut arbitrum qui facit, quod in ſe eſt, vt pareatur. *leg. quid tamen* 21. §. *ſi quis ex litigatoribus. ſupr.* iunct. *leg.* 2.

§. si quis iudicio. supr. si quis caution. Sententiam interpretamur ex mente iudicis vel arbitri qui eam protulit: ſtipulationem verò ex mente ſtipulatoris non promiſſoris, Ne facilè obligatio euaneſcat, ſi promiſſoris voluntas aut facultas exquirenda ſit. *d. §. illud. in fin.* iunct. *l. inter ſtipulantem* 83. *§. 1. eod. titul. De verb. obligat. leg. vltim. de nautic. fœnor.* In compromiſſis autem licèt interueniat ſtipulatio pœnalis ex qua committitur pœna, Non ideò tamen pœna committitur, quod ſtipulationi ſatisfactum non ſit, per quam nihil promiſſum eſt, niſi arbitrio pareri, ſed quia non paretur arbitrio: eamque ob cauſam recipere debet huiuſmodi ſtipulatio interpretationem ex mente arbitri, non ex voluntate, aut vtilitate ſtipulatoris, quomodo reciperet ſi ad ſolum promiſſoris factum non ad arbitrium referretur.

3 ¶Idem Celſus ait: *ſi arbiter me tibi certa die pecuniam dare iuſſerit*: tu accipere noluiſti: poſſe defendi, ipſo iure pœnam non committi.

Ad §. vlt. idem Celſus.

Rat. dub. Si arbiter me tibi certa die pecuniam dare iuſſerit. & ego dare voluerim, tu verò accipere nolueris, Verum eſt non eſſe à me ſatisfactum ſententiæ arbitri. Ergo non poteſt defendi pœnam ipſo iure non committi. arg. eius quod ſcriptum eſt in princip. huius legis, ſed dicendum potiùs eſt, pœnam quidem ipſo iure committi, ſed exceptione doli ſubmouendum ſtipulatorem cùm per eum ſteterit. Faciliùs enim eſt vt doli exceptio noceat ſtipulatori quam vt non committatur ipſo iure pœna cùm arbitrio non paretur. arg. *l. non diſtinguemus* 32. *§. cùm quidem infr. hoc titul. l. 2. C. eod.* Rat. dec. In omnibus cauſis pro facto accipitur quod ne fiat per alium mora fit. *leg. in omnibus cauſis. 39. de regul. iur.* Ergo cùm per te ſtetit, quominùs dederim quia accipere noluiſti, perinde haberi debet acſi dediſſem. Atqui ſi dediſſem pœna ipſo iure non committeretur. Ergo neque hoc caſu committetur, ne quidem ipſo iure. *l. arbiter Calendis* 40. *in fin. infr. hoc tit.* Atqui oblatio ſola, inquies, pro ſolutione non eſt. Requiritur enim obſignatio, vt quod oblatum & obligatum eſt pro ſoluto habeatur. *leg. 1. §. vlt. infr. de vſur. leg. ſi creditrici 6. leg. acceptam 19. C. eod. leg. tutor. pro pupillo 28. in fin. de admin. & peric. tutor.* Ergo nihil prodeſſe mihi debet in ſpecie propoſita quod obtulerim pecuniam, cùm eam non obſignauerim. Reſpondeo neceſſariam quidem eſſe obſignationem ad hoc vt obligatio tollatur, & liberatio inducatur, quoniam obſignatio ſola vicem ſolutionis obtinet, oblatione tamen congrua præcedente. *leg. obſignatione 9. C. de ſolut.* Sed non ſimiliter, eſſe neceſſariam ad hoc vt impediatur mora & culpa, nec conſequenter vt impediantur ea quæ ſunt conſequentia moræ vel culpæ, cuiuſmodi eſt pœna ex compromiſſo debita ob id quod non fuerit paritum ſententiæ arbitri, item vſura ſi modò ex mora debeatur non etiam ſi ex conuentione. *d. l. ſi creditrici.* iunct. *l. qui Romæ* 122. *in princ. de verb. obligat.* iunctis iis quæ in eam legem ſcripſimus. *lib. 1. Conſect. cap. 1.* Textus eſt in vtramque partem omnium elegantiſſimus in *leg. ſi per te non ſtat. 9. Cod. de vſur.* Iunge *leg. 2. Co. de pact. int. empt. & vendit. lege 2. in fin. C. de iur. emphyt.* & quæ ſcripſi in Decad. *De error. pragmatic.* Non tamen vſque adeò liberatur debitor per obſignationem vt non vrgeri poſſit ad ſolutionem tanquam qui adhuc ſit debitor, Adeò vt ſi conuentus ad ſoluendum moram fecerit vſurarum rationem exinde haberi oporteat. *l. debitor 7. infr. de vſur.* Obſignatio enim ſicuti non facit vt pecunia obſignata quæ adhuc in rerum natura eſt ſolui ampliùs non poſſit, ita neque vt pro ſoluta habeatur, nec ampliùs ſoluenda ſit. Denique ſolutio non eſt, ſed ſolutionis vicem obtinet. Eo nimirum caſu quo ſolutio ipſa fieri non poteſt, putà ſi perierit pecunia, vel alia de cauſa redire ad debitorem non poſſit. Ita enim poteſt in mora conſtitui debitor qui vrgetur ad ſolutionem pecuniæ quam obſignauit, ſi eam pecuniam obſignatam in promptu habere poſſit, vt ſoluat. non alio vtique caſu. Et ſic intelligendum eſt quod ſcribitur in *leg. qui decem 92. in princ. de ſolut.* pro ſoluto habendum eſſe, id in quo accipiendo creditor moram fecerit. Accurſius aliter diſtinguit, Nobis diſtinctio noſtra magis probatur.

24. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

SEd ſi poſtea ille paratus ſit accipere, non impunè me non daturum: non enim ante feceram.

Ad l. Sed ſi poſtea 24.

Rat. dub. Pro ſoluto habendum illud eſt, in quo accipiendo creditor moram fecerit. *l. qui decem 82. in princ. De ſolut.* Atqui ſi ſoluiſſem, impunè poſtea non darem, quia iam antè feciſſem. Ergo & ſi obtulerim tibi pecuniam, nec tu accipere volueris, quàuis poſtea paratus ſis accipere, impunè tamen non dabo, id eſt, nô ideò tamen quod non dederim pœnam debebo, quaſi iam ante dederim. R. dec. Poſterior mora nocet. *d. l. qui decẽ. §. 1. & l. prætor ait* 20. *§. pen. De oper. noui nunc.* Ergo quàuis creditor in accipiẽdo morâ fecerit, ideóq; p ſoluto exinde id haberi oporteat, ſi tamẽ mora illa purgetur parato creditore accipere, nouáque mora per me, qui debitor ſum cõtrahatur, deſinit haberi pro ſoluto quod antea non niſi propter moram pro ſoluto habebatur. Idque adeò verum eſt vt tum quoque obtineat, cũ creditor in mora conſtitutus eſt, non ratum per ſolutionem ſed etiam per obſignationem. Nam & ea mora purgari poteſt ſi poſtea conuentus debitor recuſet ſolutionem, vt dixi ad *§. vl. legis præcedentis ex d. l. debitor vſurarius 7. ĵ. de vſur.* Hoc tamèn ita intelligẽdũ eſt, ſi quo tempore paratus eſt creditor accipere pecuniã quam ſibi antea oblatam recuſauerat, omnia ſint adhuc integra. Quid enim ſi pecunia quæ fuerat obſignata, poſtmodum fuerit deperdita? Liberatus erit creditor & qui-

& quidem ipſo iure, qui tamen non eſſet liberatus niſi per exceptionẽ doli ſi pecunia fuiſſet oblata tã tùm non obſignata *dict. leg. qui decem 72. in princip. de ſolut.* probato nimirum eo quod illa ipſa corpora nũmorum deperdita ſint quę fuerãt oblata: cuius probationis neq. neceſſitas, neq. difficultas vlla eſt facta obſignatione: quę ſcilicet impedit ne de nummorum identitate, vt loquuntur dubitari poſſit.

25. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

LAbeo ait: ſi arbiter, cùm in compromiſſo cautum eſſet, *vt eadem die de omnibus ſententiam diceret, & vt poſſet diem proferre*: de quibuſdam rebus dicta ſententia, de quibuſdã non dicta, diem protulit: valere prolationem, ſententiæque eius poſſe impunè non pareri. & Pomponius probat Labeonis ſententiam quod & mihi videtur: quia officio in ſententia functus non eſt.

Ad l. Labeo 25.

Ratio dubitandi. Non poteſt arbitri magis quàm iudicis ſententia in partem valere, & in partem non valere *l. in hoc iudicio 27. ĵ. famil. erciſc.* Ergo cũ arbiter de quo in hac lege agitur, vna eadẽq. ſentẽtia & de quibuſdã rebus ſententiam dixerit. & nulla de aliis d. ſententia diem protulerit, alterutrũ neceſſarium videtur, vt vel pronunciatio teneat, nec impunè poſſit ſẽtentię non pareri, vel ne dici quidem prolatio valeat. Ratio decidendi. Nihil commune habet dici prolatio facta de iis rebus de quibus arbiter nondum dixit ſententiam, cũ pronunciatione facta de aliis rebus, adeóq. nec ſententię pars vlla eſt. Sicut. n. ſentẽtia non eſt niſi quę cõtinet abſolutionẽ vel condemnationem *l. 1. de re iudic.* ita neque ſentẽtię pars dici poteſt: & malè Accurſius noſter, tot ait eſſe hîc ſentẽtias quot ſunt capita ex *leg. quid tamen.* 21 ſẽ. Id. n. rùm verè dicitur cùm vel compromiſſum factũ vel iudicium acceptum eſt de diuerſis cõtroverſiis nihil ſibi cũmunibus, & de omnibus pronũciatur, vt in *d. leg. quid tamen. & leg. etiam 29. §. 1. de minor.* At is qui profert diem nihil pronunciat ſaltem quod abſolutionem cõtineat, vel condemnationẽ, nec proinde quod ſententię nomen mereatur. Prolatio igitur dici valet, quia neq. ſententia neq. ſententiæ pars eſt, fecitq. arbiter diem proferẽdo illud ipſum quod facere & potuit & debuit cùm de controuerſiis omnib. tã citò pronunciare vel nollet, vel non poſſet Sed non valet ſententia de quibuſdã tãtùm rebus lata per arbitrum qui ex lege cõpromiſſo dicta de omnib. pronunciare debuit, quiq. idcirco dici nõ põt officio ſuo functus eſſe, cũ id nondũ fecerit quod ſe factũrũ promiſerat *l. Pompon 13. §. recepiſſe ſ. hoc tit.* Ergo iterum poterit iudicare quod facere non poſſet ſi officio ſuo functus eſſe *l. index 55. ĵ. de re iudic. dict. leg. quid tamen*, vbi dixi.

1 ¶Hæc autem clauſula, *Diem compromiſſi proferre*, nullam aliam dat arbitro facultatem, quàm diem prorogandi. & ideò conditionem primi compromiſſi neque minuere neque immutare poteſt. & ideò cætera quoque diſcutere. & pro omnibus vnam ſententiam ferre debebit.

Ad §. 1. Hæc autem clauſula.

Ratio dubitandi. Prorogatum compromiſſum aliud eſt à primo, alioqui nec primum dicendũ eſſet, nec ſecundũ quod vnũ & idẽ eſſet. Primũ autem hîc dicitur ab Vlp. quod priùs factum fuit à litigatoribus. non vtiq. alio reſpectu quã ſecundi quod inducitur per prorogationem. Ergo licet arbitro nouas nouo fideicõmiſſo iniicere cõdiciones. Ratio decidendi. Prorogatio diei nõ facit nouũ cõpromiſſum: vnum nãq. & idẽ cõpromiſsũ eſt quod fuit ante, & quod eſt poſt prorogationẽ: nec quod datum eſt arbitro à litigatoribus. vt compromiſſi diem proferre poſſet aliam ei attulit facultatem quàm diem prorogandi. Ergo neq. minuere poteſt arbiter, neq. immutare cõdicionem primam cõpromiſſi. Mallem. n. legere *primam* quàm *primi*, cùm nullomodo poſſit videri nouum, & aliud compromiſſum, quod prorogatum eſt, vt dixi ad *l. quid tamen 21. §. Pap. ſ. eo. ex l. ſed ſi manẽte 5. de precar.* niſi viderẽ in §. prox. ſeq. fieri mẽtionem primi, & ſeq. commiſſi. Nam quod tentat Accurſ. primum dici poſſe & ſecundum habito reſpectu ad fideiuſſores qui renouantur ſi primi ad tempus tantùm fideiuſſerint ad hunc locum non pertinet, in quo de fideiuſſoribus verbum nullum. Probabiliùs tamen eſt, vt dicamus idem eſſe compromiſſum quantũ ad ſubſtãtiam, diuerſum verò quãtum ad tempus. Nam in *d. §. ſeq.* apertè ſcribit Vlp. ex Labeone duplex eſſe compromiſſum, quorũ alterum primum appellat, alterum ſequens, i. ſecundum. Diuerſitas ergo temporis inducit diuerſitatẽ, & multiplicitatem compromiſſi, vt ſcilicet non ſit vnum vnitate & identitate, vt loquuntur, numerica: ſit tamen vnum & idem vnitate & idẽtitate ſpecifica. Deniq. legem & cõdicionem quam ab initio certam ex litigantium volũtate habuit compromiſſum, immutare arbiter nõ põt, niſi vtroq. ex litigatoribus. conſentiente arg. *l. vero procuratori 12. §. pen. de ſolut.* Proinde ſi prioris compromiſſi lex illa fuit, vt de omnib. ſimul controuerſiis vnam ſententiam ferre arbiter deberet, etiam poſt diem cõpromiſſi prorogatum, cætera quoque omnia, id eſt, de quibus nondum pronunciauit arbiter diſcutere debebit, & de omnibus ſimul vnam duntaxat ſententiam ferre.

2 ¶Si per fideiuſſorem fuerit cautum in primo compromiſſo: & ſequens ſimiliter proferendum Labeo dicit ſed Pomponius dubitat, vtrùm iiſdem, an & aliis tam idoneis, quid enim, inquit, ſi iidem fideiubere noluerint? ſed puto, ſi noluerint fideiubere, tunc alios non abſimiles adhibendos.

Ad §. 2. Si per fideiuſſores.

a *Et ſequens ſimiliter proferendum.* Id eſt, ita vt fideiuſſores interueniant per quos in ſequenti compromiſſo caueatur, vt in primo.

b *Si fideiubere noluerint.* Ratio dubitandi, Vnum & idem ſpecie compromiſſum eſt, vt proximè diximus, nec prioris compromiſſi condicio minui aut mutari poteſt. Ergo fideiuſſores qui in compromiſſo primo interuenerunt, in ſecundo quoque

remanet obligati. Præsertim cùm tempus non sit modus tollendæ obligationis *l. obligationum fere* 44. *vers. placet. de oblig. & action.* Ratio decidendi. Fideiussores qui in primo compromisso interuenerunt, quod certum diem habuit, ea lege & cõdicione fideiusserunt, vt intra eum diem sententia ferretur, vel compromissi obligatio solueretur, Et credibile est non aliter eas ad fideiussionem fuisse accessuros. Ergo si dies compromissi siue à litigatorib. siue ab arbitro proferatur, non sunt fideiussores inuiti aut retinendi in obligatione, aut vt iterum fideiubeant compellendi. Obligatio enim certo tẽpore determinata, vlterius porrigi non debet contra formam fideiussionis. *arg. leg. imperator* 8. *postul. & apertius in leg. si cùm Hermes* 7. *Codic. de locat.*

a *Tunc alios non absimiles adhibendos.* Ratio dubitãdi. Non facile est fideiussorem idoneum aut æquè idoneum reperire *l. omnes* 33. *§. præterea. C. de episc. & cler.* Ergo non est cogendus quisquam ex litigatoribus vt prorogato die compromissi alios conquirat & adhibeat fideiussores, si qui adhibiti fuerãt in priore compromisso nolint iterum fideiubere, Præsertim si per eum non steterit quominùs intra diem compromisso præstitutum lis per arbitrũ decisa & terminata sit. Ratio decidendi. Vnum & idem compromissũ est quod fuit ante prorogationẽ, & quod est post prorogationẽ: Vna igitur eadẽq. ipsius causa & conditio esse debet arg. *l. sed si manẽte* 5. *de precar.* quæ tamen non eadem esset si post factam dieiprorogationem aut nulli, aut minùs idonei fideiussores adhiberentur. Pars enim obligationis est, adesse idoneum fideiussorem, nimirum si possit reperiri, alioqui non est adigendus quisquam ex litigatoribus ad impossibile, debebitque sufficere præsertim ad euitandam pœnam, vt qualem potest. i. etiam iuratoriam cautionem præstet, si aliam præstare non *possit d. §. præterea & leg. cum clericis* 25. *§. 1. eod. tit. C. de epis & cler.* Nulla sanè fit iniuria ei qui æquè bonũ siue dare siue accipere cogitur vt hic Accur. noster notat ex *leg. illud* 10. *§. 1. §. quod met. caus. leg. qui autem* 4. *§. pen. infr. de const pecun. leg.* 2. *§. pen de relig. & sumpt. fun. leg.* 1. *Codic. de præpos. it. agent. in reb. lib.* 12. *tit.* 21.

26. PAVLVS libro 13. ad Edictum.

NE in potestate sit fideiussorum postea se non obligantium, vt pœna committatur. Idem, & si decesserint 1.

Ad l. Ne in potestate 26.

Ratio dubitandi. Qui fideiussores dedit in primo compromisso, data etiam arbitro potestate prorogandi diem compromissi, potuit & debuit prospicere quod potuit euenire arg. *l. si quis domum* 9. *§. i. j. locat.* ninirum vt prior fideicommissi dies transiret eúmq. prorogari necesse esset, neq. tamẽ fideiussores prius dati, obligari rursum vellẽt. Ergo si postea se obligare iidẽ fideiussores nolint, perinde imputãdũ est litigatori qui eos dedit, vt contra ipsum pœna committatur. Ratio decid. Nõ debet esse in vnius potestate alterius nõ delinquentis condicionem facere deteriorem *l. 2. §. quod vi aut clam l. si quis rem* 30. *leg. non distinguemus* 32. *§. stem si qu. s. vers. illud. infr. hoc tit. l. si idem* 11. *§. 1. ff. de iurisd.* Maximè verò cùm de pœna agitur. Non enim minus absurdum est vt in alterius potestate sit, an pœnam debeam, quàm vt in eius potestate sit, an delinquam. Ergo etiamsi fideiussores priore cõpromisso dati noluerint iterum obligari post prolatum ab arbitro diem compromissi, nihil tamẽ potest imputari litigatori qui eos dederat, quíq. hodie alios non minùs idoneos, aut saltem quales potest, dare paratus est. Nihil porrò interest an fideiussores priore loco dati, vel obligari rursum nolint, vel decesserint vt sequitur in hac lege.

a *Idemq; etsi decesserint.* Ratio dubitandi. Non potest ei qui dedit fideiussores idoneos postea defunctos, imputari fatũ humanæ sortis ideóque & qui hominem certum debet siue ex stipulatu, siue ex testamento aut quo alio iure interitu ipsius liberatur *l. si ex legati* 23. *de verb. oblig.* Ergo non est cogendus ille ex litigatoribus qui fideiussores idoneos dedit si postea ij defuncti sint, alios dare fideiussores maximè cùm nihil tale cõpromiserit. Compromissum enim non fit nisi per stipulationem stipulatio autem non ad aliud obligat, quàm ad id quod verbis stipulationis diserte ac nominatim cõprehensum est *leg. quicquid adstringenda* 99. *eod. titu. De verb. oblig.* Ratio decidend. Mortuo fideiussore nõ ideò compromissum finitur aut extinguitur, quod diei prorogationem fuit continuatum, sed vnum idémque manet, ac easdem retinet condiciones, *l. prox. §. 1. ff.* Ergo si fideiussores qui in priore compromisso dati fuerant decesserint, alij ex integro dandi sunt, & quidem æquè idonei si haberi possint, alioqui pœna committetur. Nec ad rem pertinet quod de eo nihil dictum fuerat in stipulatione compromissi. Quæ enim de nouo & ex inopinato mergunt, nouo indigent auxilio *leg. planè* 4. *j. vt in poss. legat.*

27. VLPIANVS lib 13. ad Edictum.

DIem proferre vel præsens vel per nuntium, vel per epistolam potest.

Ad l. Diem proferre 27.

Ratio dubitandi. Compromissa redacta sunt ad instar iudiciorum *l. 1. ff.* Atqui in iudiciis nihil fieri potest nisi & confidente iudice & præsente vtráque parte *l. à procedente* 4. *C. de dilat. l. de vnoquoque* 47. *de re iud.* Ergo nec arbiter diem proferre potest per nuncium vel per epistolam, sed præsens & per seipsum id facere debet.

Ratio decidendi. Diem proferre non est sententiã ferre, at ne quidem de controuersia cognoscere, sed tantũ id facere quod pendet à mera arbitri voluntate, vt possit ille postea & cognoscere, & pronunciare. Id enim est quod diximus ad *l. Labeo* 25. *ff.* diei prolationẽ neq. sententiæ esse neq. partẽ sententiæ. Ergo nihil vetat quominus arbiter etiã absens, & per nũciũ aut per epistolã prorogare diẽ possit. Quę enim consensum nullum requirunt etiam per epistolam & per nuncium expediri possunt *l. 1. §. vl. de cont. emp.* Malè igitur Accursius diei prolationem accipit pro interlocutoria sententia, ex eóque infert posse interlocutoriam sententiam per aliũ dari, quod certè falsum est. Non magis enim potest iudex par alium ferre interlocutoriam sententiam quã definitiuã. Nec rursus possis cũ eodẽ Accursio excipere casum *leg. 2. in fin. C. de sentent. ex peric. recit.* Ibi enim tractant imperatores de sententia per alium non lata, sed recitata, quomodo passim hodie per iudicis ministros & officiales quos vulgò grapharios appellamus recitari solent sentẽtiæ omnes quæ ex scripto proferuntur. Cùm tamen olim solis eminentissimis præfectis prętorio, & aliis illustrem administrationem gerentibus, cæterisq; illustribus in iudicib. id permissum esset, vt per alios possent suas sentẽtias recitare. Sanè nec arbitri sententiã per aliũ recitari posse constat. *l. 1. eo. tit. C. de sentent. ex peric. recit.* Sed obseruandum est non de arbitro cõpromissario legem illam loqui, at de arbitro per iudicem dato, de quo in *leg. arbitro* 9. *& seq. §. qui iurisd. cog.* vt ex eo apparet quod loquitur lex de appellatione ab eo arbitro interponenda. Nec enim ab arbitro cõpromissario appellari vnquã potest, vt dicemus ad *§. ff. ari. j.* Neq; tamen eò minùs verum est in arbitro cõpromissario, quòd de arbitro iudiciali scriptũ est in *d. l. 1.* per aliũ pronũciare illũ nõ posse.

1 ¶ Si heredis mentio, vel cęterorum facta in compromisso non fuerit: morte soluetur compromissum: nec vtimur Labeonis sententia [a], qui existimauit si arbiter aliquem pecuniam dare iusserit, & is decesserit, antequam daret, pœnam committi, licèt heres eius paratus sit offerre.

Ad §. 1. Si heredis.

Ratio dubit. Heres succedit in vniuersa defuncti iura & actiua & passiua. *l. cum heres* 11. *de diuers. temp. præscrip. l. vlt. C. de hered. act. leg.* 1. *C. si cert. pet.* quia censetur eadem persona cum defuncto. *§. 1. Nouell.* 48. *de iurisdict. amorient. præst.* Ergo etiamsi heredis mentio vel cæterorum successorum qui heredum loco habentur, cuiusmodi sunt bonorum possessores, aut fideicommissarius cui restituta sit hereditas, facta in compromisso non fuerit, non est dicendum morte solui compromissum, si modò heres aliquis sit aut successor defuncti litigatoris. Nam & qui sibi stipulatur etiã suis heredibus stipulari intelligitur, vulg. *leg. si pactum* 9. *de pact.* & contra qui se promittendo obligat, heredem quoque suum obligare velle creditur. Rat. dec. Arbiter nullam habet potestatem, nisi quæ sibi à compromittentibus data, & quatenus data est. *l. non distinguem* 32. *§. de offic. & leg. arbiter* 50. *j. hoc tit.* Ergo non inter alios pronunciandi quàm qui in compromisso nominati sunt. Proinde si nulla in compromisso facta sit mentio heredum aliorúmve successorum, necesse est morte alterius ex litigatoribus compromissum solui, quia compromissum nisi inter duos esse non potest, quorum alter deficit per mortem licèt relinquat heredem. Nã nec posset committi pœna abheredẽ, non tam quod nihil ipse promisisset (posset enim promissio defuncti fuisse si aliud nihil obstaret,) quã quia nõ potest existere post mortẽ vnius ex litigatoribus condicio sub qua fuit promissa pœna. Condicio. n. illa fuit si alteruter litigatorũ arbitrio parẽre nollet quæ condicio litigatorũ personas nõ egreditur, quia nec ad heredem transire solet. *leg. à testatore* 109. *de cõdic. & dem. l. qui Romæ* 122. *§. Agerius de verb. obl.* Similiter compromissum soluitur morte arbitri, idque eadẽ ratione, quia solus arbiter non ẽt eius heres positus fuit in cõdicione stipulationis pœnalis. Sed hoc dissimile est in arbitrio & litigatorib. quod in cõpromisso fit plerunq. mentio heredum vtriusq. litigatoris (alioqui nihil prodesset fieri mentionem alterutrius heredum. *l. sed & interpellatur* 49. *§. vlt. j.*) At heredum arbitri mentio nunquam fit, quia eligitur industria certæ personæ, quæ industria non transit in heredem, cuius persona non solùm incerta, sed etiam per consequens incognita est. Quid si plures fuerint cõpromissores ex vna parte, & vnus ex iis decesserit, an quod ad cæteros quoq. solutum erit compromissum? vtiq. nisi causæ fuerint ita distinctæ, vt tot possint videri cõpromissa quot sunt personæ compromittentium. arg. *leg. quid tamen* 21. *§. eod.* Et ita bene Accursius.

a *Nec vtimur Labeonis sententia.*) Ratio dubit. Cùm arbiter aliquem ex litigatoribus & cõpromissoribus pecuniam dare iussit, & is decessit antequàm daret, verũ est eum neq. dedisse, neq. dare amplius posse, argum. *l. Gallus* 29. *§. videndum. in fin. de liber. & post.* Ergo bene Labeo existimabat pœnam hoc casu cõmitti nõ contrarium videtur inferri posse ex eo quod proximè dictum est morte vnius ex litigatoribus solui cõpromissum. Id. n. tunc obtinet cùm alteruter litigatorũ decessit ante dictã ab arbitro sententiã, nõ autem cùm ab arbitro dicta sententia est, cui pareri potuerit, nec paritum fuerit. R. dec. Etiam post sententiam ab arbitro dictam non potest dici non paruisse is qui decessit eo tempore quo parere adhuc poterat, quíq. hodie parere posset si viueret. Id verò contingit nõ solùm si arbiter diem præstituerit intra quem dari pecuniam velit, & intra eum diem alteruter litigatorum decesserit, sed & si nullũ tempus præstitutum sit, quia licèt hoc casu non nisi modicũ tempus tacitè arbitrio inesse intelligatur, tãdiu tamen arbitrio satisfieri impunè potest, quãdiu lis contestata non est super pœnæ petitione. *l. quid tamen* 21. *§. vlt. vbi dixi. §. h. t.* Non igitur pœna hoc casu cõmittitur, Idq. ex eo bene sequitur quod proximè dictum est morte vnius ex litigatoribus solui compromissum, quia si non solueretur, expectandum esset, an heres defuncti litigatoris parere arbitrio vellet, an recusaret: quo tamen non expectato dicimus absolutè, ex quo instanti alter ex litigatoribus decessit, neq. cõmissam esse pœnã, neque cõmitti vnquã posse, nec si heres eius recuset parere. Neq. n. vt pœna non cõmittatur, necesse est heredẽ paratũ esse satisfacere, cum morte solutũ fuerit cõpromissũ. Ergo malè Labeo existimauit pœnam hoc casu cõmitti, licèt heres eius paratus sit pecuniã offerre, vt scriptũ est in fi. huius §. vbi tamen vereor ne tota illa adiectio *licèt heres eius paratus sit offerre* inepti sit interpretis existimãtis, quod per hæc ipsa verba noster sensit. Accurs. ita demũ liberari à pœna heredẽ si paratus sit satisfacere, quemadmodum defunctus satisfaciẽdo liberatus fuisset. Quasi verò possit pœna cõpromissi transire in defuncti litigatoris heredẽ nõ satisfacientẽ, in quẽ tamen nõ trãsit cõpromissum: imò verò quasi existimauerit. Labeo duriùs agendum esse cum herede cuius mẽtio nulla facta est in compromisso, quàm cum ipso litigatore qui compromisit: quod sanè nimis absurdum est, & indignũ Labeone. Quamuis enim obligatio compromissi transiret in heredẽ, cuius nulla mẽtio facta fuisset quod Vlp. negat, non alio tamen iure censeri

posset quàm quo fuisset penes compromissũ,i.vt si paratus esset ille satisfacere pœnã euitaret: & verò Labeonem Vlp.reprehendit,non in eo quod putabat nihil prodesse heredi debere, tametsi paratus esset arbitrio parere, si tamen Labeo hoc vnquam putauit, sed in eo quod putabat commissam esse pœnam à defuncto qui post sententiam latam decessisset, nec satisfecisset: nimirum si heres nollet ipse satisfacere. Cur non enim liceret heredi conuento ex persona defuncti, quod ipsi defuncto in ipso mortis instanti licuisset? Præsertim cùm datio & solutio pecuniæ sit ex earum rerum genere quæ per alium impleri quandocunque & in ipsa etiam mortis instanti possunt.*leg.vlt. de condic. insert.* Reprehendit verò Labeonem Vlpian. non alia vtiq; ratione quàm quia compromissum morte soluatur: quæ ratio inepta esset si compromissi pœna per litigatorem antequàm moreretur commissa esset. Quis enim dubitat pœnam à defuncto commissã in heredem trãsire, nec posse ab herede purgari moram quæ à defuncto purgari ampliùs non potuisset? Denique parum elegans est illa locutio *licèt heres paratus sit offerre.* Idem enim est *paratum esse satisfacere* & *offerre.* Paratũ verò esse offerre nihil est, nisi vel paratum esse, vel offerre scripsisset Labeo aut Vlp.*licèt heres paratus sit soluere.* Credidit nimirum interpres noster nihil esse in hac Labeonis sententia quam Vlp. reprehendit, quod reprehendi iure possit, si non hoc etiam adderetur, vt nihil heredi prodesset tametsi pecuniã offerret, quam offerre defunctus debuisset. Cùm tamen Vlpia. reprehensio iustissima sit in eo quod, putabat Labeo commissam esse à defuncto pœnã, quæ sanè cõmissa dici nullomodo p̃õt, soluto scil. per mortẽ compromisso, quamuis heres non modò nihil offerat, sed etiam interpellatus satisfacere recuset.

2 ¶ Stari autem debet sententiæ arbitri, quam de re dixerit siue æqua, siue iniqua sit: & sibi imputet, qui compromisit. Nam & Diui Pij rescripto adiicitur. *Vel minus probabilem sententiam æquo animo ferre debet.*

Ad §.2. Stari autem.

Ratio dubit. Compromissa redacta sunt ad instar & similitudinẽ iudiciorum.*l.1.§.* Atqui nemo cogitur stare sententiæ iudicis, nec si æqua sit multò minùs si iniqua, cùm in ea rem comparatus sit vsus appellationis, per quam iniquitas sit sententiæ corrigatur.*leg.1.& pass.de appellat. leg. præfect.17.§. de minor.* præterquã in casib. in quib. appellatio prohibita est. *vt in leg. vlt. C. quand. prouoc. non est necess. leg.1.§.1. C. de adsert. tollẽd.* Ergo multò minùs ferendum est vt cogatur litigatores qui compromiserunt stare sententiæ arbitri, quamuis sit iniqua. Ne alio qui plus autoritatis habeat arbitri sententia, quàm iudicis: q vtiq. dici non potest, siquidẽ sententia iudicis parit exceptionẽ rei iudicatæ, quã arbitri sententia parere non possit. *l.2.§.* Adde quòd compromissum fit in arbitrum tanquam in virum bonum.*l.3.§. tametsi.§.* Ergo non ea mente vt iniqui aliquid statuat, vel vt si statuerit, litigatores optẽperare cogantur. R. dec. Plus iuris hac parte habet arbiter quàm iudex, non quantum ad hoc vt quod præcepit omnimodo fiat, sed vt si non fiat pœna eo nomine omnimodo cõmittatur, quãtumuis iniquum sit quod arbiter fieri præcepit, non quia maior sit potestas arbitrij quàm rei iudicatæ, sed quia imputare sibi debẽt qui compromiserunt cur compromiserint, nõ etiam illi qui ad iudicẽ ierũt cur ierint, cũ id fecerint ex necessitate. Æquo igitur animo ferrent etiãsi apertè iniquã sententiã arbiter tulerit, nec audiendi sunt si velint appellare.*l.1. C.h.t.* vt neq. si velint sententiã arbitri redigi ad arbitriũ boni viri, quæ appellationis quædam species esset, arg.*l.non distinguemus 32.§. cũ quidam.ff.eo.* Nullus.n. huic redactioni locus est, cùm ad arbitrũ litigatores iuerunt ex cõpromisso.*l. societatem 76. vers. arbitriorum.ff. pro socio.* Interdum tamẽ a diuersus petitionẽ pœnæ datur doli exceptio, at nũ quã propter iniquitatẽ sententiæ, sed propter personã arbitri, si per sordes vel per euidẽtem gratiã, aut per inimicitias, deniq. dolo malo pronũciauerit. *d. §. cum quidam.* Sũct *l.ita demum 31.ff. & l.3. C. eo.t.* Nec obstat quod plerisq. locis mentio fit appellationis interpositæ à sententia arbitri, vt in *l.1. C. de sent. ex peric. recit. leg. ab arbitro 9. & seq. §. qui Iacobus. d. cogant.* Nõ.n. de arbitro cõpromissario leges illeloquũtur, de quo nũc agim⁹, sed de arbitro dato à iudice. Hic n. iudicis quodãmodo partib. fungitur, ideóq. ab eo perinde atque ab ipso iudice appellari potest. Quid verò si arbiter cõpromissarius non modò iniquam sententiã tulerit, sed ẽt cõtra leges expressim, aut sacras cõstitutiones? Negat Accurs. valere posse sententiã. Exemplo eius quod de sententia per iudicem lata scriptum est in *leg. si expeßim 19.ff. de appell.* Ego contra sentio. Quid.n. refert an cõtra leges expressim pronunciauerit arbiter necne, cùm nullam autoritatem habeat sententia arbitri, nisi quantum ad hoc vt pœna cõmittatur, quemadmodũ iam diximus ex *d.l.2.§.* An non semper ea ratio quantum ad pœnã locum habet, quę hîc ponitur à Iurecõsulto, quod imputare sibi debeant, qui in talem arbitrum compromiserunt? Ergo pœna omnimodo cõmittetur. Nam quantumuis lata sit sententia expressim contra leges si tamen ei parere litigatores vellent, exinde inciperet valere iure cõuentionis.*l.2. C. commun. vtriusq. iudic.* Nec. n. sicut prohibentur iudices contra leges iudicare, ita prohibẽtur litigatores de iure suo quod ex legibus iam quæsitum habent, quicquam remittere, *leg. pen. C. de pact. l. pactum 46. in fi. §. eo. ill. tit. leg. si quando 35.§. illud. C. de inoffi. testam.* Nõ dissimilis error eiusdẽ Accursij est in eo quod requirit vt sententia solenniter prolata sit ex *leg. prolatam 4. C. de sent. & inter loc. om. iudi.* Nulla enim solennitas exigitur in sententia arbitri, & ad solas sententias iudiciales ea lex pertinet. Arbitratorum diuersa ab arbitris ratio est. *d. l. societatem 76. pro socio,* vbi dicam.

3 ¶ Si plures arbitri fuerint, & diuersas sententias dixerint, licebit sententiæ eorum non stari: sed si maior pars consentiat, ei stabitur, alioquin pœna committetur. Inde quæritur apud Iulianum [a], si ex tribus arbitris vnus quindecim, alius decem, tertius quinque condemnent: cui sententiæ stetur & Iulianus scribit, quinq. deberi præstari quia in hanc summam omnes consenserunt.

Ad §.3. Si

Ad §.3 Si plures.

Ratio dubit. Nõ est necesse arbitros omnes cõsentire, vt sententia ex compromisso dicta valeat, sed quamuis diuersæ sententiæ sint, ea tamen prævalet quę maiore numero cõprobatur *l. istẽsi 13.§. vl. & seq.* §. Quòd si sint pares, quidni ẽt prævaleat illa quę sit fauorabilior? putà pro libertate, aut pro testamẽto. Nã & in sententia iudiciali idẽ obtinet, si plures sint iudices, quorum diuersæ parẽsq. sint sententiæ. *l. inter pares 38. de re iudic. l. si pars 10.ff. de inof. test.* Ratio decid. Intelligendus est hic §. de eo casu quo & arbitrorũ & diuersarum sententiarum par sit numerus. Nam si impar esset, maior pars vinceret quæ in eandem sententiã consentiret, vt sequitur in hoc textu. Cùm verò par numerus est, neutra potest vincere, nec si vna sit pro libertate: quia nullam autoritatem habet sententia arbitri nisi quantum ad pœnam, cuius maior vno casu quã alio fauor esse non potest. Itaq. in numero pari diuersarũ sententiarũ cũ nõ possit dici vtra debeat vincere, quia neutra maior, neutra fauorabilior est, illud statim consequens sit, vt neutra valeat, quod in iudicũ diuersis sententiis diuersũ est, quia cũ id quod à iudice pronũciatur, vim & autoritatem habeat rei iudicatæ, interest reipublicę, vt aliqua sit res iudicata quæ liti finem imponat, quem non similiter imponeret sententia arbitri nisi metu pœnæ *l.1. C. h.tit.* Ideóque dicuntur compromissa non lites dirimere, sed ad lites dirimendas pertinere *l.1.§.* vbi dixi & ad *d.l.13.§. vlt. & seq.*

a *Inde quæritur apud Iulianum.* Ratio dubit. Si ex trib. arbitris vnus in quindecim, alius in decẽ, tertius in quinq. cõdemnet, verũ est diuersas esse sententias, & tot sententias esse quot sunt arbitri, cũ singuli aliter atque aliter pronunciauerint. Ergo nulli eorũ sententiæ standum erit, secũdũ id quod proximè dictũ est. Ratio decid. Omnes arbitri hoc casu cõsẽtiũt in vnã, eandẽq. sũmam, i. in quinq; quia maiori summæ minor inest *d.l. tutor pares 38. in fi. l.3. §. si quis plus de adm. leg. l.1. §. si stipulati. de verb. obl.* Ea igitur sententia prævalere debet quę cõdemnat in quinque. Neq aliud erit si duo cõdemnent in decẽ, tertius in quinque: nam etsi verum est hoc casu duos consentire in decem, illud tamen æquè verum est res cõsentire in quinq. Alioqui ẽt in specie huius §. dicendũ similiter esset prævalere sententiã, quæ cõdẽnat in decem, cũ is qui cõdẽnat in quindecim, cõdemnet ẽt in decẽ: vt Accurs. bene disputat cõtra veterẽ nescio quẽ glossatorẽ. Idem Accur. bene notat aliud esse in testibus, de alicuius rei valore testificãtib. quia nõ inspicimus in quo testes oẽs cõsenserint vt in arbitris sed quid maior pars dixerit *l. 3. de testib.* & plus creditur duob. testib. afirmantib. quam mille negantib. Ergo si duo dixerint fundũ esse ducentorũ, alius verò dixerit dignũ esse centũ dũtaxat prævalebũt illi, & quia plures, & quia affirmãtes vsq. ad ducẽta. Tertius verò in eo quod excedit in centũ, negat potius quàm adfirmat, si Accursio credimus. Quid ergo si duo vel tres cẽtũ dũtaxat aureis fundũ æstimẽt? An minor eorũ quasi negantiũ ratio habebitur? Haud quaquã, sed maior numerus vincet. Nec.n. negant sed affirmãt qui dicũt rẽ esse dignã centũ. Itaq. non est bona ratio, quã hîc adfert Accurs. de testib. negãtib. illud planè verũ est quod addit, valere sententiã arbitri aut iudicis ẽt q̃ probata sit negatiuè putà in hęc verba. *Pronuncio Titium non debere l. quid tamẽ 21.§. si arbiter.ff. hoc.t.* quod nõ ita esset in testib. quia negationis probatio per rerum naturã impossibilis est nisi certo loco & tẽpore coarctata sit *leg. actor 23. Codic. de probat. leg. aduersario 10. Codic. de non num. pecu.* Ratio igitur diuersitatis inter testes & arbitros nõ ex adfirmationis aut negationis diuersitate petenda est, sed ex eo tantũ, quod arbitria ferũtur & sẽtentię vt sciatur, quid arbitri & iudices senserint, Proinde si in vnã aliquã summã cõsentiant omnes, id vnum sequendũ est, si dissentiãt, maior pars prævalet. Testes verò audiuntur, vt sciatur quid sit in rei veritate. nemo aũt dixerit, eò minùs verũ esse testimoniũ duorũ qui dixerint fundũ esse ducẽtorũ quod alius dixerit centũ aureis duntaxat dignũ esse, vt contrà si tres aut quatuor dicerent, dignũ esse fundũ centũ aureis, non eò minùs id verũ esset quod alius eum fundum æstimaret ducentis. Eadẽ ratio facit vt si vnus testis dicat se vidisse fundũ Cornelianum à Titio possideri per 10. annos alius per viginti, alius per triginta, credendum sit possessum fuisse per viginti, quia in eo tempore duo posteriores sunt contestes, licèt primus dissentiat. Longéque minorem dubitationem hîc casus habet quàm prior, quia nihil vetat vt quod duo posteriores testes viderunt, primus non viderit: quanquã & in superiore specie dici perinde potest, iustiorẽ esse æstimationem quę pluribus testibus iustior visa sit quàm quæ vni quoniam & possunt illi meliores esse æstimatores, quã vnus hic qui ab iis dissentit, contra quem vel ob id maximè præsumptio magna est, quod maiore aliorum numero superetur, nimirum si cætera sint paria, id est, si sint omnes alioquin paris fidei & autoritatis *dict. leg.3.§.1. de testibus.*

4 ¶ Si quis litigatorum defuerit: quia per eum factum est, quò minùs arbitretur, pœna committetur. Proinde sententia quidem dicta coram litigatoribus [a] non valebit: nisi in compromissis hoc specialiter expressum sit, vt vel vno vel vtroque absente, sententia promatur: pœnã autẽ is qui defuit, committit: quia per eum factum est quò minùs arbitretur.

Ad §.4. Si quis litigatorum.

Ratio dubit. Is demũ tenetur ad pœnã cõpromissi qui arbitri sententię nõ paret *l.1. C. h.t.* Atqui cùm quis litigatorum defuit, ideóq; nihil pronunciauit arbiter, nulla est sententia cui pareri possit vel non possit, ergo neq; hoc casu pœna cõmitti potest. Ratio deci. Pœna ex cõpromisso cõmittitur nõ tãtũ si quis arbitri sententiæ parere nolit, sed etiam si recuset operã prębere in iis quę necessaria sunt, vt arbiter pronunciare & arbitrari possit *l. non ex omnibus 38.ff. h.tit.* Recusat autem præbere operam is qui non vult adesse vt de causa cognoscatur per arbitrum & pronuncietur. Pœna ergo contra eum committitur, quia per eum factum est quominus arbiter arbitretur *l.2. C. h.t.*

a *Non coram litigatorib.* Ratio dubit. Etiam in iudiciis absentia cũ cõtumaciam adnexam habet pro præsentia est auth. *qua in prouincia. Co. vbi de crim. agi oportet.* Ergo idẽ in arbitriis esse debet, quippe quæ redacta sint ad instar & similitudinem iudiciorum. *l.1.§. h.t.* Proinde si arbiter post quã iussit adesse litigatores, absente aliquo eorũ pronunciauerit, perinde valere sententia debebit, atq. valeret si à iudice ex eremodico proferretur. Rat. decid. Nõ quælibet

absentia cõtumacia est, sed ea demum quæ peracto edictorũ ordine & post edictũ peremptoriũ persequerat *l. ad peremptorium 68. cum seqq. infr. de iud.* Nullus autẽ edictorũ ordo esse potest apud arbitrum, qui sc. edicendi, & cõminandi potestatẽ publicam nullam habet, quam habet iudex. Igitur si non cõra litigatorib. sententia ab arbitro dicta sit, nõ valebit, quia neq. ex eremodicio dicta videri potest. Adde exceptionem quam hîc addit Vlp. nisi in compromisso hoc specialiter expressum sit vt vel vno vel vtroque absente sententia proferatur, vt quod à iure publico nec habet arbiter nec habere potest, habeat ex voluntate & cõsensu litigatorũ. Aliam rationem adfert Accurs. nec insubtilem, quòd cõpromissum soluatur, statim atq. cõmissa est pœna, quæ vbi semel cõmissa est, iterum committi non potest *l. non distinguemus 32. §. summa rei est. infr.* Quod cùm ita sit mirari quis non immeritò possit cũ eodẽ Accursio, quam rationẽ habeat quod subiicitur de pœna, post propositum per exceptionem casum illum, quo in cõpromissum actum sit specialiter, vt vel vno vel vtroq. absente sententia proferatur: nam si verum est quod modo diximus, solui cõpromissum statim atque cõmissa est pœna, qui fieri potest, vt & cõmittatur pœna propter contumaciam, & nihilominùs ex cõpromisso pronuncietur? Respondet Accursius accipiendũ esse finem huius §. de eo casu quo pœna sic promissa sit: vt in singulas causas committatur: quòd cũ cuenit in singulas causas cõmittitur pœna, quoniã ita fuerũt, & faciũt verba stipulationis. Mox variat, & ait ponendum esse quòd actũ fuerit, vt nõ tantũ absente, sed etiã non citata parte sententiam ferre arbiter posset quo casu nullã vtiq. pœnã debere poterit quasi cõtumax is, qui ne quidem citatus fuit. Ter iò respondet, quoties in compromisso expressim actum est vt altero vel etiam vtroq. litigatore absente pronuncietur, id quoq. tacitè actũ videri, vt propter contumaciam si fortè vnus ex litigatoribus etiam citatus non venerit, pœna nihilò magis cõmittatur. Quę omnes respõsiones prorsus cõmentitiæ sunt, neq. ex Vlpiani verbis elici vllo modo possunt. Debuit dicere quod nos respondemus exceptionem illã *nisi in compromisso hoc specialiter expressum sit, vt vel vno vel vtroque absente sententia promatur.* parentheſi concludenda esse, vt quod sequitur, *pœnam autem* non ad hanc exceptionẽ, sed ad initium huius §. referatur quod apparet euidẽter ex oppositione quæ est in duab. illis dictionib. *quidem autem* quarũ prior posita est in priore parte. § posterior verò in posteriore. Plus dico exceptionem illã totã Triboniani esse nõ Vlp. Sũt. n. Triboniano familiarissimæ, & frequentissimæ huiusmodi exceptiones ita conceptæ, *nisi specialiter expressum sit.* Adeò sibi placet ille, & in formãdis exceptionibus, & in speciali expressione requirẽda, vbi vel expressio nulla necessaria est, vel rei natura repugnat ne fieri eiusmodi expressio possit: quod postremum in proposita specie contingit. Nec. n. defendi meo iudicio potest, valere huiusmodi conuentionẽ in cõpromisso additam, vt possit arbiter absente alter litigatore pronũciare: vt verò vtroq. absente multò minùs. Cui. n. pronũciabit si nemo adest qui audiat pronunciationẽ? Sed & si alter absit & contra absentem pronuncietur, quomodo pœna committi poterit per eum qui nesciat quid fuerit pronunciatũ? Nam nec coram litigatoribus corpore præsentibus pronuntiatum fuisse sufficeret si arbitri mentem non percepissent, putà si coram demente vel furioso vel pupillo, vt subiicitur in *§. seq.* Denique iuris ratio pati nullomodo potest, vt absens quisquam condemnetur. Præsentem enim & auditum esse oportet eum, quem condemnare iudex velit, aut saltem pro præsente & audito haberi. *lege in causæ 13. §. causa autem cognita & l. etiam 29. §. vltim. supra de minor.* Vt verò is qui absens & inauditus est re vera est pro præsente auditóque habeatur, sola contumacia facere potest *dict. Authen.* qua in prouincia, quæ porrò contumacia nulla esse potest eius, qui legitimis edictis nec euocatus sit, nec euocari potuerit per arbitrum. Prodit etiam Triboniani manum, vt mihi quidem videtur verbum illud *promatur.* Non enim memini alio vllo iuris loco sic quenquã ex Iureconsultis loqui vt dicat *promi sententiam*, pro eo quod solent illi passim dicere *proferri*, aut *pronunciari.* Planè si poneres valere conuentionem in cõpromisso factã vt posset arbiter altero ex litigatoribus absente pronũciare, nõ esset dubitandũ quin pœna per absentem nullomodo cõmitteretur propter absẽtiam: quia cessaret eo casu ratio quain hoc §. mouetur Vlpianus: nempe quod per litigatorem istum absentem factum sit ne arbitrari quicquam arbiter potuerit. Quidni enim arbitrari posset ac pronunciare secundùm legem in compromisso dictam? At neq. contumacia vlla esset necessaria, cùm pronunciationem absentia nõ impediret. Imò neque litigatores necesse esset operam vllam arbitro in ea re præbere, quam vt ab iis præberi necesse sit, hoc vnum duntaxat facit, quod alioquin euenire vt nihil pronunciare arbiter posset. Cùm igitur non ex omnibus causis pœna ex compromisso committatur, sed iis tantùm quæ ad solutionem pecuniæ, vel ad operam præbendam pertinent *l. non ex omnibus 39. §. h. t.* consequens esset in proposita specie, vt pœna cõmitti non posset aduersus litigatorem, qui defuisset, ob id quod defuisset, nec operã suam in veniẽdo præbere arbitro voluisset, at eo demùm casu quo prolatæ arbitri sententiæ obtemperare noluisset: atq. ita fieret sanè vt non nisi semel pœna committeretur. Et ita locum hunc explicãdum arbitror, qui difficultatem haberet nullam penitus si à Triboniano corruptus non esset.

5 ¶Coram autem dicere sententiam videtur, qui sapientibus dicit. ceterùm coram furioso, vel demente non videtur dici. Item coram pupillo non videri sententiam dictam, nisi tutor præsens fuit [a]. & ita de his omnibus Iulianus libro quarto Digestorum scribit. ¶Et, si quis præsens [b] arbitrum sententiam dicere prohibuit, pœna committetur.

Ad §. 5. Coràm autem

Ratio dubitandi. Corã dicere ex latini sermonis ratione nihil aliud est quã præsentẽ præsenti dicere, ergo sufficit vt præscrib. litigatoribus sentẽtia dicatur, nec distinguendũ est an sapiẽtes sint an inspiẽtes ij quibus sententia dicitur. Ratio decidendi Coram aliquo facere aliud iussus, nõ videtur præstẽre eo fecisse nisi is intelligat. Itaque si is qui præsens est aut furiosus sit, aut demẽs, aut infãs, aut etiam dormiat, non videtur corã eo fecisse. *l. coram 209. de verb. signific.*

signif. Parum enim est corpore quem adesse si mente alienus sit. *l. nihil interest. 26. de captiuit. & postlim.* Itaque isti absentium loco habentur. *l. Fulcinius. 7. §. adeò autem. & §. planè interdum, ex quib. caus. in poss. eat. l. vbi non voce 124. §. furiosus. de regul. iur.* Requiritur ergo vt sciant non etiam vt velint, quod inuitis fieri potest. *d. l. coram in fi.* Nec est quod quis replicet ea quæ inuitis quibusdã fieri possunt, multò magis fieri posse iis ignorantibus. *l. qui potest 26. de reg. iur.* Id enim neque in iudiciis neque in arbitris procedit: non in iudiciis quia redduntur quidem in inuitum, sed nunquam in ignorantem. *l. interstipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Non in arbitriis, quia licèt sumant originem à voluntate litigatorũ, pronunciatio tamen arbitri fit etiam inuitis, non vt cogantur parère iudicato si nolint, sed vt si non pareant cogantur pœnam persoluere. *l. 1. C. h. t.* Scire igitur litigatores necesse est, vt sciri possit an pœna committatur. Neque enim committitur nisi maturo iudicio neget alteruter litigatorum velle se obtemperare, adeò vt si inconsulto calore quod plerunque fit, declarauerit suam voluntatem, vel appellando, postquàm receptum hodie est, vt etiam ab arbitris compromissariis appellari possit. vel petendo reductionem, vt aiunt ad arbitrium boni viri, locus tamen pœnitentiæ relinquatur ad euitandam pœnam, quousque ex perseuerantia appareat certo ratóque animi iudicio factum id fuisse, vt in *l. quicquid 48. de reg. iur.* Atq. ita ab amplissima & celeberrima Curia Diuionẽsi sæpiùs iudicatum fuisse audio: itaque tutor vt pœna cõmitti possit, nõ tantùm præsentes litigatores esse oportet, sed etiam scientes & sapientes. i. qui quod agitur intelligant: at non etiã vt alicuius Iureconsulti copiam habeant, vt Accursius noster adnotat, probátque non malè. arg. *l. velamento. 4. C. de postul.* Proinde si dementis vel furiosi nomine compromissum factum sit, scilicet à curatore (quis enim alius pro huiusmodi personis compromitteret?) non alij quàm curatori sententiam dicere arbiter debebit, pœnáque committetur si curator nolit obtemperare.

a *Nisi tutor præsens fuerit.* Ratio dubitandi. Etiam cùm pupillus sine tutoris autoritate cõpromisit, valet tamẽ cõpromissum, pœnáq. cõmittitur à fideiussorib. si qui fortè dati sint à pupillo. *l. si pupillus 35. ff. h. t.* Ergo multò minùs necessaria est tutoris præsentia, vt ex cõpromisso sentẽtia cõtra pupillũ feratur. R. dec. Necessaria est autoritas tutoris, vt valeat cõpromissum à pupillo factum, quod ad hoc vt non tãtùm à fideiussoribus pupilli, sed etiam à pupillo ipso pœna committi possit, sed necessaria etiam est, vt sententia pronunciari pupillo possit, tũ quoq. cũ interueniente tutoris autoritate pupillus cõpromisit. Alioqui pœna non cõmittetur, quãuis ex parte pupilli non pareatur sententiæ, quia vt cõmittatur, nõ sufficit valuisse cõpromissum, nisi etiã pronũciatio sequatur, & imputari non possit condemnato cur paruerit: quod imputari non potest pupillo cui arbiter pronunciauit sententiã absente tutore. Nihil enim est quod pupillus facere possit sine tutore: at cum tutore omnia facere potest, in quo differt à demente & furioso qui nihil facere possunt, ne quidẽ ex curatoris autoritate, sed omnia necesse est per curatorem ipsum expediri. *leg. in negotiis 5. de regul. iur.* Ideóque aliter Vlp. in hoc §. loquitur de furioso & demente, aliter verò de pupillo: quid verò in adolescente? Idémne quod in pupillo? Ita sentit Accurs. eo nimirum casu, quo adolescens habeat curatorem, quòd huius adolescentis eadem ratio esse soleat quæ prodigi vel pupilli ex *l. 3. C. de in integr. restit. minor.* Hoc verò mihi per absurdum videtur. Tũc enim admitti potest ea comparatio cùm de alienatione aut saltẽ administratione bonorũ minoris agitur, vt in *d. l. 3.* non etiam cũ de cæteris causis, quæ ad solam minoris personam obligãdam pertinent, vt constat ex *l. puberes 101. §. de verb. oblig.* & sæpius iam à nobis traditum est. Nulla porrò alienatio vel administratio bonorum in hoc versatur, si pronunciationem sententiæ arbitri minor audiat, cũ eius præsentiam exigamus ad hoc tãtum vt sciat quid arbiter dixerit, non ad hoc etiam vt sciamus an velit obtemperare. *d. l. coram 209. de verb. sign.* cùm alterutrum ei omnino necesse sit facere vt vel obtemperet, vel pœnam præstet. Ponimus enim compromissum ritè rectéque à minore factum fuisse, id est, ex autoritate curatoris, quomodo & de eo pupillo qui tutore autore compromiserit, accipi h c. §. debet, cùm si tutor non interuenisset nõ committeretur arbiter pronunciare, quia nec pœna cõmitti posset. *d. l. si pupillus.* Ideóque frustrà quæreretur, an pronũciare arbiter deberet coram tutore an sine tutore. Nec. n. corã litigatorib. pronũciare cogitur, qui ne quidẽ vt pronũciet, cogi potest. Alioquin si poneres cõpromissum factum à minore sine curatoris autoritate, obtinerent ea vt supr. quę diximus ad *l. 3. ff. h. t.* Aliud enim est quærere, an minor possit compromittere sine curatore quem habet, aliud verò an si cõpromiserit ex curatoris autoritate possit audire pronunciationem sine curatore: quod vnum est de quo nunc tractamus. Quis verò credat adolescentem sine curatore habendum absentis loco? aut adeò carere iudicio vt quod agitur non intelligat? Cur ergo de pupillo tractat hîc Vlp. si putauit idem dicendum etiam esse de quolibet minore? Planè si minor, qui pronunciationem audiit non paruerit, ob idq. pœna aduersus eum commissa sit, cùm debuerit potiùs obtemperare, restitui poterit in integrum, vt etiam post cõmissam pœnã audiri debeat, si arbitrio satisfacere sit paratus. Sic dicimus aliam esse quæstionem, an pupillus possit obligari sine tutore, an verò soluere. Non enim potest obligari sine tutoris autoritate, at si autoritas tutoris interueniat rectè obligatur, & ciuiliter, nec eò magis tamẽ soluere potest sine eadem autoritate tutoris, quia persona faceret locum repetitioni. *l. interdum 29. de condict. indeb.* Et si verò minor curatorem habens pupillo æquiparari potest, in hoc quoq. vt sine curatore suo non possit soluere, ne id quidem quod eodem curatore autore promiserit, quoniam solutio debiti non tantùm ad causam administrationis pertinet, sed etiam alienatio vera est, cùm necesse sit nummorum dominium à soluẽte in accipientem transferri, longè tamen minus est audire pronunciationem sententiæ quàm soluere, quia is qui audit pronunciationem nec alienat quiquam, nec se obligat, deniq. nihil facit, sed tantùm patitur sibi pronunciari. Qua ratione defendi probabiliùs posset, etiam pupillo sine tutoris autoritate permittẽdum illud esse vt arbitri pronunciationem audire possit, sicut & illud benignè receptum est vt pupillo etiam sine tutoris autoritate possit denunciari ex duplæ stipulatione si tutor non appareat, id est, si vel nul-

lus tutor existat,vel nesciatur quis tutor sit. *l. si dictum* 56. *§. vlt. ff. de excus.* Quàm vt exemplo pupilli hoc ipsum minori denegetur, quamuis curatorem habenti. Nam quod pupillo tutorem nullũ habenti fieri potest, cur non multò magis fieri poterit minori etiamsi habeat curatorem? Non autem dubito quin posset etiam pupillo sine tutoris autoritate pronunciari arbitri sententia, si eo tempore tutorẽ nullũ haberet, fortè defunctum post cõpromissum ex eius autoritate factũ, & ante sententiam, arg. *d. §. vlt.* Nam si tutor aliquis sit eo tempore, nulla ratio est cur non adhiberi debeat eius præsentia & autoritas, quæ perinde necessaria esset in specie. *d. §. vlt.* Iudicio enim caret pupillus, quo certè minor non æquè caret, nec ob id magis quod habeat curatorẽ. Curator enim supplet consilium potiùs quàm iudicium & animi sensum minoris. Pupillus iudicium nullum habet. Minor habet quidem, sed non satis firmum, quale esse debet ad cõsilium bonũ capiendum. Itaq; indiget pupillus vt aliquem habeat, qui iudicium eius supplere possit, minor verò vt aliquem habeat cuius consilio regatur. Plus est consilium quàm iudicium. Consilium sine iudicio esse non potest. Iudicium verò infirmum cuiusmodi est minoris, sine consilio esse potest.

b *Et si quis præses.* Ratio dubit. Sententiã ab arbitro præsentibus litigatoribus dictã esse oportet, vt pœna cõmittatur, quemadmodũ diximus in præcedẽtibus. Atqui cùm quis præsens arbitrũ sententiam dicere prohibuit, alterũ ex his duobus quæ coniunctim requiruntur deest. Nã litigator quidẽ vterq; præsens est, sed nulla est sententia cui possit pareri vel non pareri. Ergo pœna cõmitti non magis potest, quàm si sententia ab arbitro dicta fuisset, alteruter verò litigatorũ defuisset. Rat. dec. Non tantum ex ea causa cõmittitur, pœna, quod arbitri sentẽtiæ non pareatur, sed ex illa etiam quod nolit litigator operam suam præstare, vt sententia dici possit. *l. nõ ex omnibus* 39. *§. h. tit.* Putà si litigator nolit adesse vt coram eo sententia pronũcietur. Ergo idem est etiamsi adesse quidem voluerit, sed præsens arbitrũ sententiam dicere prohibuerit. Quid enim refert an prohibuerit per solam absentiam suam, an per contradictionem? Nam & odiosior contumacia eius est qui præsens prohibet, quàm si abesset. Planè si eo inuito & prohibẽte nihilominùs arbiter ferat sententiam impunita erit prohibitio tanquam quę fuerit sine effectu arg. *l. i. in fi.* §. quod quisque iuris. dummodò arbitri sententiæ pareatur: quod si non fiat, cõmittetur pœna non propter prohibitionem, sed quia litigator arbitri sententiæ non paruerit, vt rectè Accursius noster tractat.

7 ¶ Sed si pœna non fuisset adiecta compromisso, sed simpliciter sententiæ stari quis promiserit: incerti aduersus eum foret actio.

Ad §. vltim. Sed si pœna.

Rat. dub. Nullã autoritatẽ habet sententia arbitri neq; ad actionẽ, neq; ad exceptionẽ perducendam, niti vt ei parendum sit metu pœnæ. *l. i. C. h. tit.* Ergo si pœna nulla in compromisso adiecta sit, impunè arbitrio non paretur. Nã & cũ pœna ab initio promissa fuit, si tamen postea desinat exigi posse compromissum solui, nec sententiã dicere arbiter cogitur. *l. non distinguemus* 32. *§. i. & seq. ff. h. t.* Rat. dec. Etiam cùm pœna in cõpromisso nulla adiecta est, sed simpliciter sententiæ stari quis promisit, valet cõpromissum, quia ex eo agi potest, non quidem ad pœnã quæ nulla promissa fuit, sed ad id quod interest, vt euenit in cæteris omnib. faciendi obligationibus qualis ista est. *leg. si quis ab Aelio* 13. *de re iudic. leg. quoties quis alium* 81. *de verb. obl.* Ideóque datur ex huiusmodi cõpromisso incerti actio, i. ex stipulatu ad id quod interest, nõ vt malè habet prima Accursij interpretatio condictione certi. *Tit. de verb. oblig. Inst. in prin.* iunct. *leg. si quis certum* 24. *ff. de reb. cred.* quia incertũ semper est an & quatenus interfit, quousq; probetur. *§. vlt. eo. ti. Inst. de verb. obli.* Sed quamuis valeat huiusmodi compromissum quod ad hoc vt ex eo possit agit ex stipulatu ad id quod interest contra eũ qui arbitri sententiæ parẽre recusat, non tamẽ puto posse cogi arbitrum per prætorẽ hoc casu vt sententiã ferat, quod & iã olim Petrus interpres sensit ex *d. leg. non distinguemus. §.* 1. Fieri. n. facilè posset vt inane ac illusorium esset arbitriũ tũ quoq; cũ alterius litigatoris qui vinceret, reuera interesset, defectu scilicet & inopia probationum. *l. vlt. de prætor. stipulat.* quia quatenus cuiusque interfit, in facto non in iure cõsistit. *l. quatenus* 24. *de reg. iu.* Certũ aũt esse debet, fore vt condemnetur & puniatur is qui arbitrio parẽre nolet, priusquã possit cogi arbiter vt pronunciet. Sufficit. n. vt pẽdeat, an ex eo cõpromisso aliquid exigi possit *d. l. non distinguemus. §. summa rei est*, Pendet autem semper, quoties pœna nulla promissa est, quia in incerto manet an futurũ sit vt probari possit quicquã in teresse stipulatoris. *d. l. vlt. de præt. stipulat.* Nihil nãq; interest, an nullatenus interfit, an verò nullomodo probari possit aliquatenus interesse, cùm verissimũ sit quod vulgò iactari solet, non entium & non apparentiũ idem esse iudicium. *l. duo sunt Titij* 30. *de testam. tutel. §. si aduersus Inst. de nupt.* Proinde necesse esset probationẽ aliquã præcedere quod aliquatenus interesset victoris, priusquàm prætor se posset interponere vt cogeret arbitriũ pronũciare. Atquin idipsũ sciri nõ potest priusquã arbiter pronunciauerit, quia nec prius sciri potest quis victor futurus sit: esseq; præposterũ de eo quod victoris interesse posset quærere ante victoriã. Igitur pœnã promissam esse oportet, vt ex hoc edicto is qui arbitrium recepit sententiam ferre cogi possit. Nam cũ pœna aliqua promissa est, non quærimus, an aut quatenus interfit stipulatoris. *leg. stipulatio ista* 38. *§. alteri. de ver. oblig.* Neque pugnat quod subiicitur in *l. seq.* nihil interesse an certa an incerta summa comprehẽsa sit in cõpromisso, vt putà *quanti ea res erit.* Sic. n. id accipi debet, vt nihil interfit quantũ ad hoc vt cõpromissum valeat, ex eóq; agi possit, at nõ etiã vt arbiter sententiã dicere cogatur. Alia. n. quæstio illa est, de qua nõ agitur in hoc *§.* nec in *l. seq.* Sed & obseruandum est, quod ex Paulo scribitur in *l. sequ.* non de eo quod interest intelligi debere, vt vult Accurs. sed de iusta rei æstimatione, cuius summa quidem incerta est, sed quæ tamen promitti potest vice pœnæ. dicam ad *d. l.* 32. *§.* 1. *inf.*

28. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

NOn autem interest, certa, an incerta summa compromissa sit: vt putà *quanti ea res erit*

Ad l. Non

Ad l. Non autem interest 28.

Ratio dubitandi. Cùm certa summa cõpromissa est petitur per condictionem certi, cùm verò incerta petitur actione ex stipulatu *l. si quis certum* 24. *ff. de reb. cred.* Rursus cum certa summa est, cogi potest arbiter vt pronuncie, non etiam cùm incerta secundùm id quod proximè diximus. Ergo multum interest an certa summa compromissa sit, an incerta.

Ratio decidendi. Interest sanè quantùm ad hæc duo quæ modò diximus, sed non interest quantum ad id de quo agitur in *§. vlt. legis præcedentis*, i. vt cõpromissum valeat, ex eóque agi possit contra eum qui arbitrio parẽre nolit, vt expl. cauimus ad *d. §. vlt.* Iunge quæ scribam ad *l. non distinguemus* 32. *§. i. ff.*

29. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

ADuersus sententiam arbitri fit, si petatur ab eo, à quo arbiter peti vetuit. Quid ergo, si à fideiussore[a] eius petatur, an pœna committatur? & puto committi. & ita Sabinus scribit: nam in *his non pœna, sed res ipsa petitur*: à reo petit. Sed si cum fideiussore compromissi[b], & à reo petatur: nisi interfit fideiussoris: non committetur.

Ad l. Aduersus 29.

Ratio dubitandi. Etiam cùm petitur ab herede illius a quo peti arbiter vetuit, pœna committitur, quamuis arbiter nihil dixerit de herede, quoniam eadem creditur persona esse heredis quæ fuit defuncti. *Nou. 48. de iureiur. à morient. præst. §. i.* Ergo aduersus sententiam arbitri fit etiamsi ab alio petatur, quam ab eo à quo arbiter peti vetuit. Ratio decidendi. Loquitur hîc Vlp. de eo solo à quo arbiter peti vetuit non ad exclusionem heredis, qui in voluerit defuncti iura succedit *l. cùm heres* 11. *de distrct. tempr. præscr. l. vlt. C. de her. act. l. si pactum* 9. *ff. de prob.* sed ad exclusionem alterius cuiusliber, cuius persona ita sit altera, vt nihil commune habeat cum persona litigatoris quantum ad hoc vt per eam si conuenuerit, ipsa quoquè litigatoris persona conueniri videatur. Idque apparet euidenter ex eo quod sequitur, pœnam committi etiamsi à fideiussore petatur, quamuis nihil dictum sit ab arbitro de fideiussore, quia nimirum per fideiussorem conuentum ad reum quoque peruenitur. *l. cùm lex* 45. *de fideiuss.*

a *Quid ergo si à fideiussore.* Ratio dubitandi. Aduersus sententiam arbitri fit ita demum si petatur ab eo ipso à quo arbiter peti vetuit, non etiam si ab alio. Sic enim accipi debet quod initio huius legis scriptum est. Atqui alia est persona rei, alia fideiussoris, siue rei veritatem spectes, siue iuris fictionem. Nulla enim iuris fictio est, quæ eandem faciat personam debitoris & fideiussoris. Ergo si arbiter à reo peti vetuerit, nec quicquam de fideiussore dixerit, pœna non committetur, tametsi à reo petatur. Ratio decidendi. Non tam quid arbiter dixerit, quàm quid senserit, inspiciendum est. Id autem vtique sensit, cũ à reo peti vetuit, ne qua ratione reus inquietaretur. Atqui perinde inquietaretur eum fideiussor eius conueniatur atque si ipse conueniretur, quia regressum aduersus eum habiturus est fideiussor actione mandati. Proinde cùm à fideiussore petitur, à reo quoq. peti videtur *Τῷ ὁμοίῳ*, i. vi ipsa, potestate ipsa, effectu ipso *d. l. cum reus* 46. *l. si quis reum* 5. *de liber. legat.*

b *Sed si cum fideiussore compromissi.* Ratio dubitandi. Interest semper fideiussoris vt nec à reo peti possit, quod ab ipso fideiussore peti arbiter prohibuit, Nõ quasi perinde reus habere possit regressum aduersus fideiussorem, atque habet fideiussor aduersus reum, sed vt habeat fideiussor saltem beneficij debitorem qui ad *ἀντίστοιχα* obligetur. *l. sed et si lege* 23. *§. consuluit de petit. hered. l. si pignore* 54. *§. i. de furt.* Ergo dicendum est omni casu committi pœnam si à reo petatur quod à fideiussore ipso peti arbiter vetuit.

Ratio decidendi. Interesse fideiussoris in hac specie videtur ita demum si interfit pecuniariter, vt dixi ad *d. l. & heredi* 21. *§. vlt. & leges sequentes. sup. ff. de pact.* Nihil autem interest pecuniariter fideiussoris, an à reo petatur, nisi in casibus hîc ab Accursio notatis, in eis, si fideiussor interuenerit in rem suam, vel si socius rei fuit. His enim casibus habetur fideiussor pro reo, & vicissim reus pro fideiussore *d. l. si quis rem* 5. *de liber. legat. l. sed si fideiussor* 24. vbi dixi *§. de pact.* Dices, Nec aliter committi pœnam cùm à fideiussore petitur quòd à reo peti arbiter vetuit, quàm si rei interfit. Si enim poueres nihil rei interesse, putà quòd fideiussor aut in rem suam, aut donandi animo fideiussisset, non committeretur pœna etiam si à fideiussore peteretur quòd à reo ipso peti impunè non posset, quia nimirum nihil rei interesset *l. quod dicam* 32. vbi dixi *§. de pact.* Ergo nulla hac parte inter debitorem & fideiussorem differentia est. Respondeo differentiam non in eo esse vt pœna vno casu magis quàm alio committatur si nihil interfit eius à quo arbiter peti prohibuit, siue reus ille sit, siue fideiussor, sed in eo vt regularitèr sententia arbitri pro reo lata prodesse debeat fideiussori non contra, quia regulare est vt fideiussor pro fideiussore habendus sit non pro reo, ac proinde vt regressum habeat per actionem mandati contra reum non similiter reus contra fideiussorem. Illi enim casus speciales sunt & minùs frequentes, vt fideiussor vel in rem suam interueniat, vel animo donandi.

30. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

SI quis rem, de qua compromissum sit, in iudicium deducat, quidam dicunt, prætorem non interuenire ad cogendum arbitrum sententiam dicere: quia iam pœna non potest esse, atque si solutum est compromissum. Sed si hoc obtinuerit: futurum est, vt in potestate eius, quem pœnitet compromisisse, sit, compromissum eludere. Ergo aduersus eum pœna committenda est, lite apud iudicem suo ordine peragenda.

Ad l. Si quis rem 30.

Ratio dubitandi. Compromissum soluitur variis modis, inter quos etiam iudicio, id est, si iudicium dicatur & accipiatur inter eosdem litigatores de ea ipsa re, de qua compromissum fuit *l. non distinguemus* 32. *§. summa rei est inf.* Atqui soluto compromisso non est cogendus arbiter sententiam dicere, cùm ex eo pœna committi ampliùs non possit, vt ibidem scriptum est. Ergo verum est quod dicunt illi quorum sententiæ refertur & refellitur in hac lege.

Ratio decidendi. Soluitur compromissum iudicio

sed non impunè. Pœnam enim præstare debet is qui prior ad iudicem prouocauit aduersarium, quasi per eum factum sit vt compromissum solueretur. Alioqui futurum est vt in potestate sit eius quem pœniter compromisisse, compromissum eludere, quod sanè absurdum esset. Nunquam enim vis & potestas obligationis ex eius qui obligatus est voluntate pendère debet *l. sub hac condicione* 8. ĵ. *de verb.* Ergo dicendum est aduersus eum qui in iudicium deducit rem de qua compromiserat, committi pœnam, nec eò minùs tamen tractari litem apud iudicem. In qua lite etiam vincet is qui iam consecutus est pœnam, si modò causam bonam habuit, atq. ita vtrumque consequetur, & rem & pœnam, quamuis regulare sit vt alterutro contentum esse oporteat *l. rescriptum* 10. *§. si pacto.* vbi dixi. *§. de pact.* Nempe quia hoc casu pœna debetur non vice rei aut eius quod interest, sed ob spretum & contemptum arbitrum, in quem fuerat compromissum, vt & Accurs. benè tractat. Ego tamen facilè mihi persuadeo hanc *l. ex earum numero esse quas Trib. corrupit.* Primùm ob illa postrema verba quæ Triboniani manum & elegantiam nimis apertè produnt, *ergo aduersus eum pœna committenda est*, *lite apud iudicem suo ordine peragenda.* Dixit enim ille *pœna committenda est* pro eo quod scribere voluit *dicendum est aduersus eum pœnam committi.* Quis verò præter Tribonianum sic vnquam locutus fuit? Quis rursum ex nostris tam familiares habet istos ablatiuos absolutos? Prætereà si bene inspicias, stulta & planè inepta reprehensio est, quæ ponitur in *h. l.* Illi enim quorum sententiam refellere Tribonia. voluit hoc vnum dicebant, Si quis rem de qua compromissum sit in iudicium deducat, prætorem non debere interuenire ad cogendum arbitrum vt ferat sententiam, quia iam pœna nulla esse potest, soluto. sc. per iudicium compromisso. Quid verò est in hac opinione quod refellere Tribon. velit aut possit? An quod illi dicebant, non esse arbitrũ cogendum à prætore imò verò fatetur hoc Trib. cùm ait litem apud iudicem suo ordine peragendam esse. Nec. n. fieri potest vt & apud iudicem & apud arbitrum eodem tempore lis tractetur. Quare nec Accurs. ipse dissimulat bene hoc prudentérque dictum fuisse. An igitur illud reprehendendum est quod iidem rationis loco adferebant solui iudicio compromissum, nullámq. iam ex eo petitione pœnæ esse posse? Atqui hoc ipsum apertè scriptum est in *d. § summa rei l.* 32. ĵ. Neque verò dicebant isti impunitum esse debere factũ eius qui rem, de qua cõpromiserit in iudicium deducit, sed hoc vnum contendebant, Pœnam ex compromisso ampliùs committi non posse, tametsi arbitet sententiam dicat, cui non pareatur. Quod sanè verum est. Nam vt maximè illud quoque verum esset, quod Tribon. obiicit fore secundùm hanc sententiam, vt in eius, quem pœnitet, compromisisse, potestate sit compromissum eludere. Tantò magis verum relinquetur. Non ergo cogendum esse arbitrum per prætorẽ vt sententiam ferat. Nec enim ex eodem compromisso pœna sæpiùs committi potest. *l. si duo* 34. ĵ. Et consequenter frustrà ferret arbiter sententiam cui impunè non pareretur. Isque haud dubiè sensus est eorum verborum, *quia iam pœna non potest esse*, acsi scriptum esset, *quia etiamsi feratur sententia cui obtemperare vnus ex litigatoribus nolit pœna non committetur.* Id enim verum est, non solùm si ponas iam antea commissam esse pœnam, quæ vt diximus committi sæpius non potest, siue dicas non fuisse commissam: quia semper verum erit dicere solutum fuisse iudicio compromissum. Igitur non solum propositio istorum quos Tribonianus reprehendit vera est, sed etiam ratio quæ ab iis allata fuit. Quid ergo est quod potuerit ille reprehendere. Sed & videamus, quam rationem adferat reprehensionis. *Sed si hoc obtinuerit*, inquit: nempe quod isti volunt. Quid verò volunt? Prætorem non debere interuenire. Hoc enim vnum est quod isti dicunt. Cætera quæ adiiciunt, *quia tam pœna non potest esse* &c. rationem tantùm dicti non nouam propositionem continent. Ita verò si intelligas, apertè stulta reprehensio est. Quamuis enim concedamus quod isti volunt, quódque necessariò vel fatente Tribonianus ipso concedendum est, Prætorem hîc se interponere non debere, non tamen statim consequens fiet vt in potestate sit eius quem pœnitet compromisisse, compromissum eludere. Quid enim vetat & pœnam eum debere, quod per eum factum sit vt compromissum solueretur, & nihilò magis cogi arbitrum sententiam diceret. Quare hæc ipsa verba interpretatur aliter Accurs. ac si scriptum esset, *Sed si hoc obtinuerit, vt pœna non committatur si ad iudicem ventum fuerit.* Sed malè. Non enim negabant isti pœnam deberi ab eo per quem factum esset, ne iretur ad arbitrum, sed negabant *pœnam iam esse posse*, id est, vt explicauimus, pœnam committi posse ex eo quod arbitri sententiæ postea non obtemperaretur. Ex qua tamen causa necesse est pœnam committi posse vt arbiter sententiam dicere compellatur *l. si pupillus* 35. *infra.* Sed & quod me magis mouet, nego absurdum esse, quod pro absurdo Tribonianus habet, vt in potestate sit eius quem pœnitet compromisisse, compromissum eludere. Nam vt in præcedentibus sæpius monuimus, non ex omnibus causis, ex quibus compromissum soluitur, pœna committitur, at neque ex iis omnibus, ex quibus arbitri sententiæ paritum non est, sed ex his duntaxat quæ ad solutionem pecuniæ aut ad operam præbendam pertinent *l. non ex omnib.* 39. *infr.* Inter quas causas illa censeri non potest, si de re in compromissum deducta postea ob iudicem eatur: nisi iusserit arbiter adesse litigatores priusquàm ad iudicem iretur. Tunc enim pœna certè committeretur ex secundo capite, id est, ob operam non præbitam arbitro qui ea ratione impeditus fuit, ne sententiam dicere potuerit. Sed cùm ad iudicem itum est ante præceptum arbitri, quamuis compromissum soluatur facto eius ex litigatoribus quia prior ad iudicem prouocat, nihil tamen est propter quod pœna committi debeat, quippe quæ in hunc casum promissa non fuit, sibique debet imputare compromissor, cur non in hunc quoque specialiter casum sibi prospexerit. Nam cùm per stipulationem compromissa fiant, quicquid in stipulatione omissum fuit, pro omisso habendum est *leg. quicquid adstringendæ* 99. *de verb. obl.* Quamquam vix est vt dolo malo & litis protrahendæ consilio velit quis omisso arbitro ire ad iudicẽ. Sicut enim dicimus non fugere illum qui vadit ad Cæsarem, ita nec fugit ille qui mauult ad iudicem ire, quàm ad arbitrum, siquidem melior est bonæ causæ condicio si ad iudicẽ quàm si ad arbitrum remittatur, vt alio iam loco diximus ex Seneca, nec iuri publico dictandorum & accipiendorum iudiciorum per compromissa derogari potest. Planè si in hunc quoque casum pœna compromissa sit, omnimodo debebitur, nec eò minùs tamen lis apud iudicem peragetur.

31. VL

31. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

ITa demum autem committetur stipulatio, cùm aduersus eam quid fit, si sine dolo malo stipulantis factum est. sub hac enim condicione committitur stipulatio, ne quis doli sui præmium ferat. ¶ Sed siquidem compromisso adiiciatur[1], *vt si quid dolo in ea re factum sit:* ex stipulatu conueniri qui dolo fecit, potest. & ideò si arbitrum quis corrupit[b], vel pecunia vel ambitione, vel aduocatum diuersæ partis: vel aliquem ex his, quibus causam suam commiserat: ex doli clausula poterit conueniri: vel si aduersarium callidè circumuenit. ¶ Et omninò, si in hac lite dolosè versatus est, locum habebit ex stipulatu actio. & ideò, si velit de dolo actionem exercere[c] aduersarius, non debebit, cùm habeat ex stipulatu actionem. ¶ Quod si huiusmodi clausula in compromisso adscripta non est: tunc de dolo actio, vel exceptio locum habebit[d]. ¶ Hoc autem compromissum plenum est, quod & doli clausulæ habet mentionem[e].

Ad l. Ita demum 31.

Ratio dubitandi. In stipulationibus nihil nisi verborum vim & potestatem inspicimus, *l. quicquid* 99. *de verb. oblig.* quia & stipulatio ipsa nihil nisi verborum obligatio est. *l. 1. & ibi Iaso. C. de contr. & commit. stipul.* Atqui verba compromissi per mutuam stipulationem contracti nihil aliud exigunt ad hoc vt pœna committatur, nisi vt contra stipulationem factum sit, nec illam præterea condicionem continent *si sine dolo malo stipulantis factum sit.* Ergo nihil aliud inspiciendum est, nisi an contra stipulationem quicquam factum sit, nec illud præterea distinguendum an dolo malo stipulantis factum illud sit an sine dolo ipsius. Alioqui extrinsecus condicionem supplebimus quod in stipulationibus aut nunquam, aut certè non nisi perrarò faciendũ est. *l. si ita stipulatus* 126. *§. Chrysogonus. ff. eod. tit. De verb. obligat.* Ratio decidendi, Semper in stipulationibus quoque vt in cæteris cõtractibus sequimur id quod actum est. *l. semper* 34. *de reg. iur.* Id autem actum esse nemo negauerit, vt doli sui præmium ferre stipulator non debeat. *l. si duo* 5. ĵ. *si quis caution.* Obligatio enim quę ex stipulatione nascitur, licèt stricta sit, nec vllam ex sola æquitatis ratione interpretationem admittat, dolũ tamen pati nunquam potest, nec vnquam vel ciuilis legislator vel prætor feret dolum cuiquam suum prodesse. Ergo huic stipulationi pœnali quæ in compromissis interponitur, condicionem illam tacitam inesse fatendum est, *si sine dolo malo stipulantis aduersus stipulationem factum sit.* Alioqui dolus malus vnius non tantùm ei prodesset, sed etiam aduersario noceret, quod vtrumque absurdum ac iniquum est & contra vulgarem regulam iuris. Noli tamen hoc ita intelligere, quasi stipulatio hæc sit condicionalis. Non enim condicionalem stipulationem, aut condicionale legatum facit vnquam condicio quæ non nisi tacitè inest, & extrinsecùs sumitur vt bene Accursius docet ex *leg. condiciones extrinsecus* 99. ĵ. *de condic. & demonstr.*

a *Sed si quidem compromisso adiiciatur.* Ratio dubitandi, Expressio eorum quæ tacitè insunt nihil operatur. *l. 3. de reb. cred. l. 3. de legat. 1.* Atqui clausula dolitacitè inest stipulationi, vt proximè diximus. Ergo frustra adiicitur. Ratio decidendi. Adiectio clausulæ doli mali facit vt contra eum qui dolo malo fecit actio ex stipulatu competat, quę alioqui competere nulla posset. Nec enim datur ex stipulatu actio nisi de eo quod in stipulationem nominatim deductum est. *l. quicquid* 99. *de verb. obl.* Nec nouum est vt quemadmodum solent expressa nocere, non expressa non nocere, ita è cõtrario expressa prosint quæ non expressa prodesse nullomodo possent. Est enim longè difficilius vt actio ex stipulatu detur contra dolosum, quàm vt ei qui ex stipulatu à dolosо conuenitur exceptionem denegemus iusta stipulationis interpretatione.

b *Et idò si arbitrum quis corruperit.* Ratio dubitandi. Imputare sibi debet qui in talem arbitrum compromisit, quẽ tã facilè vel pecunia, vel ambitio, vel aduocatus diuersæ partis corrumpere potuerit. arg. *l. diẽ proferre* 27. *§. si. arti.* ĵ. Ergo non est ex hac causa danda actio cõtra eũ, qui dolo malo fecit. Ratio decidendi. In omni conuentione dolus semper exceptus intelligitur, nec quicquam potest imputari ei qui adiecta doli clausula sibi prospexit, vt si quid dolo malo fieret, haberet eo nomine actionem.

c *Si velit de dolo actionem exercere.* Rat. dub. Stipulatio quę doli mali clausulã adnexã habet, ideò interponitur vt tãtò magis, nõ vt eò minùs teneatur is qui dolũ malũ admisisse, ꝓbabitur, atqui si nõ fuisset adiecta ea clausula daretur actio de dolo ei qui dolum passus esset vt sequitur in text. Ergo & dari debebit etiamsi in stipulatione sit adiecta clausula doli mali. Ne alioqui noceat stipulatori qꝺ ꝓ eo cautũ est; cõtra *leg. legata inutiliter* 14. *de adm. leg. l. 3. §. si emancipatus de bonor. possess. cont. tab. l. in ratione* 30. *§. ametsi ad l. Falc.* Rat. de. Non datur actio de dolo quæ famosa est, quoties alia actio competit quæ non sit famosa. *l. 1.* vbi dixi *§. de dolo.* nec in eo dubium sit condicio stipulatoris qui per actionem ex stipulatu eandem consequitur indemnitatem, quam alioqui posset consequi per actionem De dolo.

d *Vel exceptio locum habebit.* Rat. dub. Exceptio omnis præsupponit actionẽ, cũ nihil aliud sit, quã actionis exclusio. *l. 2. & pass. ĵ. de excep.* Atqui ex sententia arbitri, tũ quoq; cũ arbiter neq; per sordes, neq; per gratiam pronunciauit nulla nascitur actio. *l. 1. C. h. t.* Ergo exceptio locum hîc habere nullum potest. R. de. Habet exceptionem is qui dolum passus est, non contra actionẽ in factũ, quę certè nulla datur ex sententia arbitri præterquàm eo iure nouo quod Iustinianus introduxit in *l. 4. & 5. eod. tit. C.* sed contra petitionem pœnæ, quia dolo malo facit qui vult consequi pœnam ex cõpromisso, ob id solum ꝙ non sit paritũ sententiæ quam ipse proprio dolo malo extorserit. *leg. prox. §. cum quidam* ĵ. *hoc tit.* Ex quo loco apparet exceptionem de qua hîc agitur, non aliam esse quàm doli mali. Itaque ridiculum est disputare cum Accursio an arbitri sentẽtia teneat quæ lata sit per gratiam aut per sordes. Aut an danda sit restitutio litis contra sententiam latam per aduocati corruptionem: cùm sententia ab arbitro lata nullam vim vnquam habeat, vt ex ea possit agi, nec ad aliud prosit, nisi vt

pœnam prestari oporteat si non parcatur. Prestari, inquam, non tamen ex sententia, sed ex stipulatione, quam ponimus validam præcessisse, ita vt de ipsius viribus, dubitari non possit.

e *Hoc autem compromissum plenum est.* Ratio dubit. Etiâsi doli clausulæ mentio nulla facta sit in cõpromisso, non eò minùs tamẽ cautum est aduersus dolum, peractionẽ de dolo, vel exceptionẽ doli, quam proximè diximus eo casu cõpetere contra eum, qui dolum fecit. Ideóq; proinde cogi põt arbiter vt ex eiusmodi compromisso sententiam dicat, si modò arbitrium receperit, atque si compromissum expressam haberet doli clausulam. Ergo non facit adiectio huius clausulę compromissum plenum, quod æquè plenum est sine ea clausula. *l. Pomponius* 13. §. 1. *vers. quanquam* ff. *h. tit.* Præsertim si de omnib. controuersiis factum sit. Soler enim ex eo maximè compromissum æstimari an plenum sit necne. *leg. quod tamen* 21. § *plenum comp omissum. eo.* Ratio decidendi. Compromissum æstimatur ex stipulatione, stipulatio aurem non aliter potest dici plena, quàm si habeat clausulam doli mali, quoniam alioqui per actionem ex stipulatu vindicari dolus non posset, sed recurrendum esset ad actionem de dolo vel ad exceptionem doli, vt scriptum est in præced. Ergo nec aliter plenum esse potest compromissum, quàm si habeat mentionem clausulæ doli. Cuius clausulæ effectus ille est vt ad cæteros omnes doli casus pertineat, de quib. nominatim cautum non sit in stipulatione. *l. dolo clausula* 119. ff. *de verb. obl.*

32. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

NOn distinguemus in compromissis, minor, an maior sit pœna, quàm res de qua agitur.

Ad l. Non distinguemus 32.

Ratio dubitandi, Non cogitur arbiter sententiam dicere nisi futurum sit vt metu pœnæ cogantur litigatores parêre sententiæ arbitri. *leg.* 1. *C. h. tit.* Atqui facilè pœnam contemnet victus litigator si pœna minor sit, quàm res de qua agitur. Ergo vt tale sit compromissum ex quo arbiter qui arbitrium recepit, cogi possit sententiam dicere maiorem pœnam esse necesse est, quàm sit res quæ deducitur in compromissum. Ratio decidendi. Solet quidem pœna maior compromitti ob hoc ipsum vt metu pœnę faciliores sint litigatores ad parendum sententię arbitri. Sed si per imprudentiam aliter factum sit, vt in specie *l. apud Celsum* 4. § *item quæritur* 3. *de dol. mal. except.* vbi legendum omnino est *sexcenta*, vt vulgò, non vt in Pand. Flor. *sexaginta*, non eò minùs valet compromissum, vt & arbiter cogatur sententiam dicere, & litigator pœnam prestare: Quæ res non facit vt quicquam minui debeat ex ea actione, quâ victor habet, & quę fuerat in compromissum deducta: non enim pœna hæc præstatur in vicem eius quod interest. quomodo in specie *leg. si quis à socio* 41. ff. *pro socio. l. prædia* 28. *de act. empt.* sed ad vindicandum factum eius quiarbitrum, in quem compromiserat, contempsit, vt in *l. si quis rem* 30. vbi ff. *h. tit.*

1 ¶ Non cogetur arbiter sententiam dicere, si pœna commissa sit.

Ad §. 1. *Non cogetur.*

Ratio dubitandi. Etiam si pœna non fuerit adiecta in compromisso, sed simpliciter sententiæ stari quis promiserit, tamen incerti actio aduersus eum est, qui non vult stare sententiæ arbitri, quia nihil interest an certa summa compromissa sit an incerta. *l. diem proferre* 27. §. *vlt. & l. seq.* ff. *h. tit.* Ergo cogendus est arbiter sententiam dicere, quamuis pœna compromissa sit. Atque ita Accursius putat, sed malè. Ratio decidendi. Nihil quidem interest an pœna certę summę promissa sit, an incerta summa, quod ad hoc vt agi possit contra eum qui non vult parêre sententię arbitri. At interest valde quantum ad hoc vt cogi possit arbiter sententiam dicere. Nunquam enim cogendus est, nisi certum sit impunitum non fore factum eius qui arbitri sententiam contempserit, quod certum esse non potest si victori non ad aliud sit actio competitura quàm ad id quod re vera ipsius intererit. Quid enim si sit calumniator? Quid si iniqua sit sententia, quam pro eo arbiter tulerit? Vtiq; nihil eius interesse videbitur, quia non interest ex iusta & honesta causa. *l.* 3. §. *si mecum.* ff. *ad exhib. l. is cuius* 11. ff. *de fur.* Et tamen hoc quoque casu pœnam præstari necesse est, si arbitri sententiæ non pareatur. *l. diem proferre* 27. §. *stari.* ff. Ergo vt arbiter cogi possit sententiam dicere, necesse est compromissam esse pœnam, quę si arbitrio non parebitur, peti omnimodo possit, nec sufficit vt ex stipulatione possit agi ad id quod intererit. Planè sufficiet promissum aliquid esse quod sit vice pœnæ. *l. litigatores* 11. §. *& quod ait prator.* ff. quale illud est si ponas fuisse promissam rei controuersæ æstimationem. Atque ita intelligo quod scriptum est in *l. non autem* 28. ff. de summa incerta compromissa his verbis *quanti ea res erit*, vt scilicet ea verba non veritatem contineant, sed quantitatem, quomodo loquitur Vlpianus in *l.* 2. §. *vlt. qui satisd. cog.* i. non ad id quod interest re vera, sed ad veram rei æstimationem referantur, vt in *l. vn.* §. *vlt.* ff. *si quis ius dic. non obtemp. l. inter hæc verba* 171. *& l. hæc verba quanti* 193. ff. *de verb. signif.* Vtroque quidem casu incerta summa est, quia vera & iusta cuiusque rei æstimatio semper incerta est. *l. pretia rerum* 63. *ad l. Falc.* licèt eius probatio facilior sit, quàm eius quod interest. *l. vlt. de prætor. stipul.* Sed tamen facilius est vt promittatur vera rei æstimatio, quàm vt id quod interest vice pœnæ, quia quoties pœna promissa est, aut aliquid loco pœnæ, nunquam de illo laborandum est, an actoris quicquam interfit, nec absurdum est iustam rei æstimationem ei quoque deberi cuius nihil penitus interfit, putà qui sit calumniator. *l. penult.* §. 1. *supr. ne quis eum qui in ius voc. vi exim.* In Pandectis Florentinis aliter legitur hic §. Non cogi arbitrum sententiam dicere si pœna commissa sit. Quæ etiam lectio suum & bonum sensum habet, nec malè conuenit iis quæ in hac l. sequuntur.

2 ¶ Si mulier alieno nomine compromittat, non erit pecunia compromissa propter interceſſionem[a].

Ad §. 2. *Si mulier.*

Ratio dubitandi, Potest quilibet suo iuri renunciare. *l. pactum* 46. *sup. de pact. l. penult. Codic. eodem.* nec prohibetur mulier etiam quæ pro alio intercedit, cauere se exceptione senatusconsulti non vsuram *l. vlt.* §. *pen.* ff. *ad S. C. Velleian.* Ergo si mulier compromiserit quamuis alieno nomine, nec potest ea pareatur sententiæ arbitri pœna perinde committetur, atque si alius quilibet compromisisset. Ratio decidendi, Senatusconsultum Velleianum succurrit mulieribus, quoties pro alio se obligant intercedendo *l.* 1. 2. *& pass. ill. tit. ad S. C. Vell. D. &* C. Ergo etsi compromittant, quia compromissum nihil nisi mutua obligatio est. Nec cautio vlla recipi potest per quam iuri publico derogetur, quamuis vbi cœpit senatusconsulti exceptio competere mulieri possit illa cauere se exceptione non vsuram *d.* §. *pen. de quo alibi scripsimus.*

a *Propter interceſſionem.* i. quia pro alio intercedit mulier quæ pro alio compromittit, & consequenter cum iuuetur senatusconsulto Velleiano ita vt vel deneganda sit in eam actio, vel danda sit ei exceptio, dicendum est pœnam hoc casu committi non posse saltem cum effectu, nec proinde cogẽdum arbitrum vt ex eiusmodi compromisso sententiam ferat. Eo namque referendum est quod scribitur in hoc §. *vt constat exprec. & seq.*

3 ¶ Summa rei est, vt prætor se non interponat: siue initio nullum sit compromissum: siue sit, sed pendeat, an ex eo pœna exigi potest, siue postea deficiat pœna compromisso soluto die, morte, acceptilatione, iudicio, pacto.

Ad §. 3. *Summa rei est.*

Ratio dubitandi. Tum quoque cùm ab initio nullum est compromissum, aut valet quidem, sed pendet an ex eo pœna exigi possit si arbitri sententiæ non pareatur aut ex postfacto deficit pœna, compromisso nimirum soluto vel die, id est, lapsu temporis quod fuerat præstitutum vt in *l. quid tamen* 21. §. *sintra.* vel morte vniusex litigatoribus, vt in *l. diem proferre* 27. §. 1. vel acceptilatione pœnæ. vt in *l. Pomponius* 9. vel iudicio accepto, vt in *l. si quis rem* 30. ff. *eo.* vel pacto de non petẽdo, vel denique quod Accurs. addit, commissa pœna ex *l. si duo* 34. §. *vlt. inf. eo.* imputare sibi debet arbiter cur arbitrium in se receperit nec decipi debent litigatores qui enim vt virum bonum elegerunt. Ergo perinde his casibus cogendus est vt se tentiam dica *l.* 3. *ff. tametsi* ff. *eo.* Ratio decidendi. Nihil prætor agit frustrà, vt neq. lex neque natura. Frustrà verò se interponeret ad cogendum arbitrum sententiam dicere, siue nullum sit compromissum, siue aliquod sit, sed pendeat an ex eo pœna peti possit, siue denique pœna deficiat post ea compromisso soluto per aliquem ex iis modis, quos enumerauimus, qu a cùm sententia arbitri nullam vim & autoritatem habeat quæ facere possit vt ei pareri oporteat, nisi metu pœnæ *l.* 1. *C. hoc ti.* consequens est, vt omni casu quo peti non potest pœna, inutilis & illusoria futura sit sententia arbitri, cuius tamen interest vt non impunè arbitrium ipsius contemnatur *l. sed etsi* 7. §. *vlt. & legib. seq. supra.* Quemadmodum enim non debent litigatores ab arbitro decipi, ita neque arbiter à litigatoribus contemni.

4 ¶ Sacerdotio obueniente, videbimus an cogatur arbiter sententiam dicere. id enim non tantùm honor: personarum, sed & *muneris Dei indulgetur, cuius sacris vacare sacerdotes oportet*, Cæterùm si postea susceperit[a], ille quoque omnimodo sententiam ferre debet.

Ad §. 4. *Sacerdotio*

Ratio dubitandi. Arbiter qui semel arbitrium in se recepit non alia ratione cogitur sententiam dicere, quam quia non debeant litigatores decipi qui in eum tanquam virum bonum compromiserunt *l.* 3. §. *tametsi* ff. Atqui sacerdotio obueniente hæc eadem ratio perinde locum habet. Nec enim maiestati Dei indulgere est permittere sacerdoti, vt quemquam decipiat cùm vix sit vt fidem Deo præstet qui perfidus erga homines esse velit. Ergo nõ eò minùs sententiam dicere arbiter cogendus est quòd sacerdotium ei obuenerit. Ratio decidendi. Quæ de nouo emergunt nouo indigent auxilio *l. de state* 11. §. *ex cau sa.* ff. *de interrog. in iur fac.* Ergo quamuis arbitrium semel quis in se receperit, obueniente tamen sacerdotio excusari debet ne cogatur ferre sententiam, quia non decipit litigatores, nec fidem fallit is, quiiusmodi sacerdotio causam habet ne facere debeat quod alioqui facere cogeretur. Id enim non tantum honori huiusmodi personarum indulgendum est, sed etiam maiestati Dei, cuius sacris vacare oportet sacerdotes, qui nomen inde sumpserunt *leg. omnes* 33. *in princ. C. de episcop. & cleric. & Nou.* 81. *vt cleric. apud propr. episc. conuen.* §. 1.

a *Cæterùm si postea susceperit.* Ratio dubitandi. Sacerdotes oportet vacare sacris Dei, non autem seculario negotiis *d. l. omnes.* Ergo etiamsi posteaquam sacerdos quis factus est, arbitrium in se receperit non eo magis tamen cogendus est ferre sententiam, ne alioqui sit in eius potestate arbitrium recipiendo abstrahere se ab eo faciendo, quod ad officiũ ipsius, maximè ac præcipuè pertineat. Ratio decid. Nullam excusationem ob sacerdotiũ habere potest is qui arbitrij recepti tẽpore iam sacerdos erat, & esset hoc demum litigatores decipere, non sacris Dei vacare, quib. nec quicquam vetat vacare arbitrum & nihilominus ferre sententiam, vt & Deo primum, & hominib. quoq. fidem præstet. Ergo hoc saltem casu cogendus est arbiter à prætore vt sententiam ferat. Accurs. ex eo notat, posse quid vitiari etiâsi perueniat in eum casum à quo incipere potest. arg. *l. solent* 3. *& l. is cui* 11. *de ali. leg.* iunct. *l.* 3. ff. *de his quæ pro nõ script. hab. l. vtrum* 5. *de aßig. libert.* iunct. §. *datur autem. Inst. eo.* Ité quædam vitiare iam facta quæ non impediũt faciẽda. Sed sunt ista brocardica periculosa & vt plurimùm falsa, de quib. tamẽ non est hîc dicendi locus. Nihil enim est in hac specie de quo possis quærere an vitiet aut vitietur, cum nec sacerdotiũ obueniens vitiet, nec cõpromissũ aut arbitrium vitietur si arbiter sacerdos factus sententiam ferre velit, sed tantùm excusationem iustam arbitro adfert sacerdotium, ne cogi possit sententiam dicere si nolit.

5 ¶ Item non est cogendus si de negotio transactum est, vel homo mortuus est[a], de quo erat compromissum: nisi si posteriore casu aliquid litigantium interfit.

Ad §. 5. *Item non est cogendus*

R. dub. Sententia arbitri non proficit nisi ad petendam pœnam si arbitrio non pareatur. *l.* 2. §. *l. i. C. eod.* Ergo quamuis transactum sit de negotio post compromissum, tamen non eò minùs cogendus est arbiter vt sententiam dicat, ad hoc vt pœnæ petitio esse possit, de qua non ponimus transactum fuisse. R. de. Transactio plus potest ad finiẽdas lites quàm arbitri sententia, cùm pariat exceptionem sicut & res iudicata, *leg. non minorem* 20. *C. de transaction.*

sententia verò arbitri non item *d.l.5.* vbi dixi. Et quamuis de arbitri sententia quæri non soleat nisi propter pœnam. Attamen nec de pœna quæritur, nisi ad finiendam litem, vt lis quæ per arbicri sententiam finiri non potuit defectu iuris & potestatis, finiatur saltem metu pœnæ translata, vt sic dixerim, sententia arbitri in conuentionem, quod fit cum litigatores metu pœnæ parent arbitrio non minùs quàm si à iudice lata esset sententia. Ergo cùm inter eos qui cõpromiserant postea de negotio transactũ est, licèt nihil de pœna dictum sit, tamen de pœnæ quoque transactum intelligitur, de qua scilicet tractare nihil attinet post litem transactione finitam, non magis quàm si per rem iudicatam finita esset.

a *Vel homo mortuus est.* Ratio dubitandi. Etiam homine mortuo potest esse necessaria sententia iudicis propter partus & fructus *l. vtique 16. infr. de rei vind.* Quidni ergo poterit arbiter ferre sententiam mortuo etiam homine qui petebatur, nec solùm propter accessiones istas, sed etiã propter pœnam? Interdum enim pœna committitur, quamuis persona nulla sit quæ soluere aut cui solui possit *leg. ad diem 77. de verbor. obligat. l. vlt. de leg. commiss.* Multò igitur magis committi poterit etiamsi res perierit de qua compromissum erat. Finge enim periisse post moram. Cur non poterit arbiter pronunciare æstimationem deberi? & cur non committetur pœna si victus litigator æstimationem rei peremptæ præstare nolet?

Ratio decidendi, Cùm res de qua compromissum erat periit, distinguendum est cum Paulo nostro, an interfit litigantium ferri sententiam, putà propter partus vel fructus, an verò desierit interesse. Priore casu perinde cogendus est sententiam dicere atque si res non periisset, ac proinde multò magis eo casu quo res perierit post moram, quia tunc habetur pro exante *l. si seruum 91. §. sequitur. & §. vlt. de verb. oblig.* Posteriore verò casu non est cogendus, quia nunquam ratione solius pœnæ poterit interesse litigantium, cùm priùs sit vt sententia aliqua lata fuerit cui pareri oporteat, quàm vt de pœna tractari possit. Quam verò sententiam ferre arbiter poterit cui pareri oporteat, si nulla amplius sit res quæ peti præstarive possit? Interitu namque rei debitæ vel petitæ citra moram culpáve vllam debitoris aut professoris contingẽte, vtique debitor aut possessor liberatur *l. si ex legati 23. eo. tit.* Bene autem Accursius notat, nec posse litigantium interesse propter stipulationem de euictione, cùm nihil prosit sententia arbitri ad hoc vt stipulatio de euictione committatur *l. si dictum 56. §. 1. j. de euict.* Aliud est si coram iudice lis tractetur *l. si seruus 11. j. iudicat. solui.*

6 ¶ Iulianus indistinctè scribit: Si per errorem de famoso delicto ad arbitrum itum est: vel de ea (re,) de qua publicum iudicium sit constitutum, veluti de adulteriis, sicariis, & similibus: vetare debet prætor sententiam dicere, nec dare dictæ exsecutionem [a].

Ad §. 6. Iulianus.

Ratio dubitandi. Sicut interest reipublicæ delicta puniri, ita & lites finiri, nec minùs criminales quàm ciuiles *tot. tit. C. vt intr. cert. temp. crimin. quæst. termin.* Imò tantò magis quantò grauiores & periculosiores discordias in republica mouent, quàm ciuiles, quòd in illis de capite vt plurimum aut de existimatione ac de fortunis plerumque omnibus, in his verò de aliquo duntaxat pecuniario commodo aut incommodo dimicatur. Ergo etiam de famosis & criminalibus iudiciis compromissa fieri permittendum fuit. Ratio decidendi, Reipublicæ interest delicta puniri, nec liberari delinquentem soluendo pœnam pecuniariam, si meruit corporalem. Semper verò liberaretur soluendo pœnam pecuniariam si ex cõpromisso de crimine cognosci & pronunciari posset, quia etiamsi arbiter eum de crimine condemnaret, eique pœnam corporalem legibus publicorum iudiciorum constitutam irrogaret, nullam tamẽ vim haberet ea sententia nisi hactenus vt delinquens condẽnatus si obtemperare, nollet cogeretur præstare pœnam cõpromissam: quam vtique præstare semper mallet, cùm nunquam sit nisi pecuniaria. Atque ita remanerent delicta impunita, nec eò magis tamen finita lis esset, quia tametsi litigatores sententiæ paruissent metu pœnæ, non ob id tamen prohiberetur magistratus, ad quem ea res, id est, vindicta & vltio publica pertineret criminalem litem instituere, & persequi aduersus delinquentem. *l. locatio 9. §. quod illicitè. de public. & vectig.* Eadem ratio facit vt neque transigere de crimine liceat, præterquam si tale sit, quod irroget pœnam sanguinis *lege transigere 18. Codis. de transactionib.* Planè si de crimine priuato agatur ciuiliter non criminaliter, quod fieri posse constat *l. vlt. de priuat. delict.* dubitandum non est quin de eo compromitti possit, quamuis famosum crimen proponatur, neque ex arbitri sententia infamia vlla irrogetur, quoniam ea lis ad publicam vindictam non pertinet *l. quid ergo 13. §. ex compromisso. 5. de his qui not. infam.*

a *Nec dare dictæ executionem.* Eo scilicet modo quo fieri potest executio sententiæ arbitri, hoc est, data per prætorem pœnæ persecutione, vt bene Accursius explicat. Nullam enim aliam executionem potest habere arbitri sententia, quippe quæ vim & potestatem nullam habet nisi quod ad hoc, vt si non pareatur sententiæ, pœna committatur. Itaque paria sunt dari executionem sententiæ arbitri, & dari executionem pœnæ, quomodo idem Paulus noster loquitur in *§. si seruum. inf.*

7. ¶ De liberali causa compromisso facto, rectè non compelletur arbiter sententiam dicere: quia fauor libertatis est, vt maiores iudices habere debeat. ¶ Eadem dicenda sunt, siue de ingenuitate, siue de libertinitate, quæstio sit: & si ex fideicommissi causa libertas deberi dicatur [a]. ¶ Item dicendum est in populari actione.

Ad §. 7. De liberali.

Ratio dubitandi. Fauor libertatis suadet vt quàm citò fieri potest causa libertatis terminetur, vt & alia quælibet quæstio status, quoniã & reipub. valde interest non manere in suspenso statum hominis, vt sciatur an liber quis sit an seruus, & an ingenuus, an libertinus. Atqui in eam rem vtilissimus est vsus compromissorum, quia pertinent ad lites non modò finiendas, sed etiam citiùs finiendas quàm finiri & expediri possint per iudicem. Habet enim suas moras iudicij executio. *leg. etiam 15. j. vt legat. nom. caueat.* Ergo etiam de liberali causa cogendus est arbiter sententiam dicere, sicut & de alia qualibet. Ne alioqui decipiantur qui studio finiendæ quàm primùm litis etiam vt virum bonum elegerunt. *l. 3. §. tametsi 8.* Ratio decidendi. Libertatis fauor est vt maiores iudices habere debeat, immò maximos, vt loquitur Iustinianus in *leg. vlt. Cod. vbi caus. stat. agi deb.* ne de re tanti momenti quanti libertas est per alios magistratus cognoscatur, quàm per eos quorum dignitas sit maior, & si les exploratior. Vnde est quod etiam hodie post abrogatum ab Imperatoribus illud ius verus quo obtinebat, vt non possent magistratus ipsi per se cognoscere, sed iudicem dare cogerẽtur. Exceptio quam iidem Imperatores addiderunt. Nisi aliqua iusta de causa impediantur, non habet locum in causis status, libertatis, & ingenuitatis *l. 2. C. de pedan. iudic.* Separat hic Paulus causam liberalem à causa libertinitatis & ingenuitatis, quia liberalis causa est in qua agitur de libertate, de qua non tractatur in causa libertinitatis. Nam & qui libertinus est liber est, quamuis ingenuus non sit. Quod Accursius non intellexit, qui putat Paulum nostrum in verſ. *eadem dicenda sunt*, id ipsum dicere in specie quod iam dixerat in genere, quasi liberalis causa non alia sit, quàm quæ est de ingenuitate, aut libertinitate.

a *Esti ex fideicommissi causa libertas deberi dicatur.* Ratio dubitandi. De fideicõmisso cõpromitti potest, vt & de aliis quibuslibet causis quæ specialiter exceptæ non reperiuntur. Alioqui non esset cur de fideicommissaria libertate tractaretur, si ne quidẽ de cæteris fideicommissis compromitti posset. Ergo etiam de fideicommissaria libertate compromitti poterit. Rat. dec. Libertas semper fauorabilis est, nec cò minùs quòd ex fideicommisso deberi dicatur. Nam & fideicõmissa ipsa fauorabilia sunt, adeò vt meruerint habere Prætores duos, in hoc vnum ab Imperatore Claudio creatos vt de fideicõmissis cognoscerent, quos ideò Prætores fideicommissarios appellarunt. *leg. 2. §. Diuus deinde Augustus. supr. de origin. iur.* Ergo non magis de fideicommissaria libertate quàm de alia qualibet compromitti potest cùm habeat duplicem fauorem, libertatis scilicet, & fideicommissi. Cúmque fideicommissorum fauor idem sit hac parte qui est libertatis, vt maiorem iudicem habere debeat, id est prætorem, facilè mihi persuadeo nec de cæteris fideicommissis compromitti posse. Etsi enim Paulus in hoc §. non nisi de causa liberali loquitur, & de causa libertinitatis & ingenuitatis. Ratio tamen quam adfert generalis est, & ad fideicõmissa quoq; pertinet, de quibus non alius quàm prætor cognoscere potest. Nam & prætor ex maioribus iudicibus est: Arbiter verò nullomodo iudex est, ne quidem ex minoribus. Nec rursus permittendum est vt metu pœnæ si contra fideicommissum arbiter malè pronunciauerit, circumueniatur voluntas testatoris qui fideicommissum reliquit, non magis quàm vt libertati vel ingenuitati præiudicium fiat si arbiter pronunciauerit pro libertinitate contra ingenuitatem, aut pro seruitute contra libertatem. Quenam ergo potuit esse ratio dubitandi propter quam videri posset permittendum compromissum de fideicommissaria libertate, si ne quidem de cæteris fideicommissis compromitti potest? Nempe quia is cui fideicommissaria libertas debetur, interim seruus est, ideóque certum est nullum eius statum esse. *l. 4. sup. de cap. minut.* Et quamuis per se aditum habeat ad prætorem si velit. *leg. mulier 22. §. non est dubitandum. ad SC. Trebell.* si tamen malit seruus manere nec libertatem fideicommissariã petere, quidni liceat ei tacere? Ergo & compromittere. Quod non similiter dici potest de eo cui directa libertas data fuit. Hic enim ipso iure liber est, priùs etiam quàm pro eius libertate fuerit pronũciatum, quia pronunciatio non facit liberum, sed iam liberum esse declarat. Nec proinde permittendum ei est, vt metu pœnæ patiatur se vel redigi in seruitutem si forte per imperitiam arbitri fuerit pronunciatus seruus, vel remanere in possessione seruitutis, si cùm re vera liber esset, pro seruo tamẽ habebatur, & erat in possessione seruitutis *leg. circa. 14. j. de probat.* Aperta igitur hac parte differentia, & differentiæ ratio, est inter directam & fideicommissariam libertatem. Sed tamen bene Paulus negat de fideicommissaria quoque libertate compromitti posse, quia nec ferẽdum est vt siue metu pœnæ, siue quo alio prætextu seruus maneat is qui liberfieri iure potest, & ab inuito etiam domino extorquere libertatem, cùm intersit maximè reipub. liberis hominibus repleri ciuitatem. *leg. 1. inf. solut. matrim.*

b *Idem dicendum est & in populari actione.* Vt scilicet de ea compromissum fieri non possit. Ratio dubitandi, In popularibus actionibus exercendis præfertur is cuius interest. *leg. 3. §. 1. de popul. action.* Ergo in eius potestate esse debet vt compromittat, cùm neque sibi neque aliis vllam in eo faciat iniuriam. Ratio decidendi, Ea demùm popularis actio dicitur, quæ suum populi ius tuetur. *leg. 1. eod.* Non ergo permittendum est vt quis metu pœnæ omittat id facere quod fieri cuilibet de populo expediret, vt & Accursius hìc ratiocinatur. Sed quod idem vult huius §. sententiam trahendam esse ad omnes causas in quibus vertatur, vt ipse loquitur, merum vel mixtum imperium ridiculum est, & ex eo natum quod non intellexit quid si mixtum imperium, vt ex iis apparet quæ adnotauimus ad *tit. De iurisd.* Debuit dicere, non posse cõpromitti de qualibet alia causa status, quales illæ sunt de adscriptitiis, & censitis, de quibus in *leg. ne diutiùs 21. C. de agric. & censit.* de matrimoniis, de conuersione, & monachatione, vt Accurs. loquitur.

8 ¶ Si seruus compromiserit, non cogendum esse dicere sententiam arbitrum, nec, si dixerit, pœnæ exsecutionem dandam de peculio, putat Octauenus. Sed an, si liber [a] cum eo compromiserit, exsecutio aduersus liberum detur, videamus? sed magis est, vt non detur.

Ad §. 8. Si seruus.

Ratio dubit. Permissum est seruis etiam contra dominos consistere ex certis causis, de quibus in *l. vlt.*

certis ex causis 53.ff.*de iudic.* Quidni ergo ex iisdem causis liceat ei compromittere? Nam si quis dicat, seruum nulla habere bona in quę possit fieri executio ad consequendam pœnam si forte is arbitri sententiæ parêre noluerit, in prõptu responsio est, posse ex compromisso pœnæ persecutionem esse contra dominum per actionem de peculio, sicut ex alio quolibet cõtractu serui quasi ex negotio gesto, *l.1.& tot.tit.de pecul.* Ratio decidendi. Compromissa redacta sunt ad instar, & similitudinem iudiciorum. *l.1.*§. Iudicium autem non potest consistere cum seruo. *l.cum seruo* 107.*de reg.iur.* nec si seru' iudicio condemnaretur, daretur tamen actio de peculio. *l.* 3.§.*si seruus.*ff.*de pecul.* vbi lego *tamen* pro eo quod vulgò legitur *in eum* cùm in toto §. nulla fiat mentio domini, vt ad ipsum possis cum Accursio referre pronomen illud demonstrativum *eum*. In Pandectis verò Florentinis multò peius legitur *in rem actio*, quæ nullius sensus lectio est. Ergo neq; arbitrium cum seruo reddi potest. Prius autem est vt & cõpromissum & arbitrium valeat, quàm vt queri possit de pœna an eius executio danda sit, siue contra compromissorem, siue contra quemlibet alium ex compromissoris facto & persona.

a *Sed an si liber.* Ratio dubitandi. Ratio quæ impedit ne compromissum & arbitrium valere possit ex parte serui, non habet locum in persona liberi hominis qui cum seruo compromisit, quia potest ille, & obligari & conueniri. Ergo quamuis executio pœnæ dari non possit contra seruum neque contra dominum per actionem de peculio, non eò minùs tamen contra liberum hominem danda est, cùm possit ei imputari cur cum seruo compromiserit, quomodo dici solet de eo qui cum pupillo contraxit non adhibita tutoris autoritate. *l.in tantum* 13.§.*si quis à pupillo de act.empt.* vbi scribit Vlpianus ex vno tantùm latere stare hoc casu contractu. Ratio decidendi. Neque compromissum, neque arbitrium claudicare potest. *l.quid tamen* 21.§.*penult.*ff. ne alioquin autoritas arbitri impunè contemnatur ex parte illius qui ad pœnam præstandam vrgeri non potest, si fortè contra eum pronuncietur, nisi arbitro quoque imputare volumus cur non pronunciauerit contra eum à quo pœna peti potuisset: quod esset absurdum, cùm fieri possit vt bonam causam habeat is qui inutiliter compromisit. Atqui claudicaret arbitrium si aduersus liberum hominem, qui cùm seruo compromisit, executionem pœnæ daret prætor, qui eam contra seruum ipsum aut serui dominum dare non posset. Ergo magis est vt neque contra liberum hominem dari non possit.

9 ¶ Item si quis Romæ compromiserit, mox Romam in legationem venerit, nõ est cogẽdus arbiter sententiam dicere: non magis, quàm cogeretur, si litem ante contestatus esset, nunc eam exercere. nec interest, tunc quoque in legatione fuerit, an non. Sed si nunc in legatione compromittat[a], puto cogendum arbitrum sententiam dicere. quia &c, si iudiciũ sponte accepisset, cogeretur peragere. Sunt tamen, qui de isto non rectè dubitant: qui vti que nullomodo dubitabunt, si de ea re in legatione compromisit, quam in legatione contraxit: quia & iudicium eo nomine accipere cogeretur. ¶ Illud in prima specie bpotest dispici: an, si ante compromisit legatus, cogendus sit arbiter sententiam dicere, si ipse legatus postulet. quod prima ratione poterit videri iniquũ, vt in ipsius potestate sit. sed hoc tale erit, quale si actionem velit dictare: quod facere ei licet. Sed compromissum istud cõparabimus [c] ordinariæ actioni, vt non aliàs audiatur desiderans, vt arbiter sententiam dicat, quàm si se defendat.

Ad §.9.Item si quis Romæ.

Rat.dub. Cùm is qui Romæ compromisit Romã venit, quamuis legationis causa perinde adest actũ legationis causa non veniisset. Ergo perinde arbitrio quoque parêre cogendus est, & consequenter perinde cogi debet arbiter vt sententiã dicat. Rat. dec. Adest quidem Romæ, sed tamen ius habet domum reuocandi, quoniam ob aliam causam venerat, licèt in eo ipso loco contraxerit, in quo fungitur legatione. *leg.2.*§. *legatis.& §.omnes autem* ff.*de iudic.* Ergo non est hoc casu cogendus arbiter sententiam dicere, quia si diceret contra legatum, cogeretur legatus metu pœnæ amittere priuilegium suum, quod ei conseruari non tantùm eius interest, sed etiam reipublicæ. Nam & si antè susceptam legationem, hic legatus litem contestatus esset Romæ, mox Romam legationis causa veniisset, non cogeretur eam actionem nunc, idest, post legationem susceptam exercere. Nec aliud erit, quamuis eo tempore quo compromisit in alia fuerit legatione, secus verò si in eadem fuisset, vt sequitur in textu.

a *Sed si nunc in legatione compromittat.* Ratio dubit. Tametsi in legatione quis compromiserit, æquè tamen verum est, legatum eum esse. Ergo priuilegium quod habet tanquam legatus perinde ei conseruandum est, & consequenter non magis hoc quàm superiore casu arbiter sententiam dicere cogendus est, quia nec iudicium accipere legatus cogeretur, scilicet de ea re quam ante legationem cõtraxisset. *d.l.2.§.omnes de iudic.* Rat dec. Habet quidem legatus hoc priuilegium, & tanquam legatus, sed ratione eorum duntaxat cõtractuum, quos ante legationem celebrauit, non ratione cæterorum in legatione eadem initorum. *dict. leg.2.§.omnes. infr.de iudic.* Videtur enim legatus huic priuilegio renuntiare quoties cõtrahit in ipsa legatione. Nec vllorũ magis interest quàm legatorum ita ius constitui, vt si contrahant durante legatione nullum habeant priuilegium, ne alioqui huiusmodi personis commercio interdicatur quodammodo, nemine cum eis contrahere volente. argum. *l.quod si minor* 24.§.*non semper.sup.de minorib. leg. Dinus* 24 *de test.milit.leg.ratas* 7.*C.de rescind.vend.* Nec mirum est ita seruari in compromisso, quod etiam in iudicio seruaretur. Nam etsi legatus iam in eadem ipsa legatione cõstitutus iudicium sponte accepisset, cogeretur illud peragere. Ergo & arbitri sententiam audire, & vel ei optemperare, vel pœnam præstare. Nec distinguemus an legationis tempore compromiserit Legatus de ea re, de qua in legatione contraxit, an de alia. Etsi minor dubitatio est cũ de ea re, de qua contraxit, compromisit: quia & iudicium eo nomine accipere cogeretur, non etiam de ea re de qua ante legationem contraxisset *dict.*§. *omnes.* Cur ergo, inquies, reprehendit Paulus eos qui hanc distinctionem adhibebant, de qua re cõpromissum factum esset? Nempe quia tractet de compromisso facto in legatione. Quod compromissum contractus est, cùm per mutuam stipulationem contrahatur. Ergo quod ius obtinet in cæteris contractibus in legatione factis, idem in cõpromissis quoque obtinere debet, de quacunque tandem re facta proponantur.

Illud in prima specie. Ratio dubitandi. Cùm legatus ante susceptam legationem compromisit, si diamus cogendum esse arbitrum sententiam dicere legato ipso postulante, fiet vt in ipsius potestate sit n arbiter sententiam dicat, quam vtique non post dicere ipso inuito. Ita igitur fiet vt arbitrium laudicet, quod absurdum esse diximus ad *§.praced. e leg.quid tamen* 21.*§.penult.*ff. Et sanè cùm compromissa redacta sint ad instar iudiciorum *l.1.*ff. iniquũ st pẽdere necessitatem arbitrij ex voluntate vnius litigatoribus, ex qua iudicium pendêre non post. Etsi namq; in potestate actoris est an & quando agat *l.vnic.C.vt nem.muit. agere vel accus. cog.* vbi amen semel egit & iudicium accepit, non est in ipsius potestate vt iudex à prætore datus sententiã icat, vel non dicat. Iudicium enim redditur quiem in reum inuitum pro actore id postulante *l. uter stipulantem* 83.§.1.*de verbor.obligat.* sed sententia udicis fertur etiam in actorem inuitum, si fortè iuex absoluere reum velit.

Ratio decidendi. Tale hoc est quale si velit Leatus actionem dictare, quod ei facere licet, ne aoqui quod ipsius fauore constitutum fuit, in eius dium retorqueatur cõtra *l.nullæ* 25.ff.*de legib. l.quod uore* 6.*C.eod.* Ergo nec prohibendus est Legatus ostulare vt cogatur arbiter sententiam dicere, uamuis ante susceptam legationem compromirit.

Sed compromissum comparabimus. Non reprehendir aut corrigitur his verbis quod scriptum est in æcedentibus, In legati potestate esse vt arbiter gatur sententiam dicere, sed ex eo ipso infertur, oc igitur ita esse accipiendum vt non aliter auatur legatus desiderans vt arbiter sententiam diit quàm si se defendat. Vtrumque enim proficisci r ex comparatione tam sæpè facta compromissi iudicij ordinarij, quia nec aliter auditur Legatus lens agere in eo loco in quo fungitur legatione, quàm si se defendat, & quidem contra omnes, vt scriptum est in *d.l.2. item si extra.versic sed si agant.inf. de iud.* Ergo vt bona sit comparatio in hoc ipso de quo quærimus, dicendum est eo casu quo Legatus velit arbitrum cogere vt sententiam dicat, non aliter auditi eum debere quàm si paratus sit se defendere non modò aduersus eum contra quem agit, & de inchoatis tantùm controuersiis, vt voluerunt ij interpretes quos refert & sequitur Accurs. sed cõtra cæteros quoque omnes. Ratio dubitandi. Arbiter nullam habet iurisdictionem quę possit prorogari, quomodo potest prorogari iurisdictio eius apud quem iure ordinario legatus conuenitur. Ergo non eadem hac parte ratio est compromissi & iudicij. Et ita Accursius ex veterum illorum interpretum sententia ratiocinatur. Ratio decidendi. Nulla hâc opus est prorogatione iurisdictionis, neque quod ad iudicem, neq; quod ad arbitrũ. Neuter enim habet iurisdictionem, nec magis iudex quàm arbiter. Est enim iurisdictio prætoris qui dat iudicem. Notio autem iudicis dati à prætore *l.ait prætor* 5.ff.*de re iud.* At neque prætoriæ iurisdictionis hac parte prorogatio vlla fit. Non enim cogitur Legatus, etiam si apud prætorem agere velit Romæ vbi in legatione est contra alios se defendere quàm à quibus iure ordinario conueniri posset apud eũdem prætorem & ex eius iurisdictione si priuilegiũ reuocandi domũ non haberet. Alioqui nullo priuilegio quis indiget vt non cõueniatur apud eum, cuius iurisdictioni subiectus non est, licèt non eo minùs venire debeat vt hoc ipsum sciatur cuius sit iurisdictio *l.2.*ff.*si quis in ius vocat. non ier.* / *si quis ex aliena* 5.ff.*de iudic.* Nec quod cogitur pati recõuentionem in eo ipso loco in quo agit. Auth.*& consequenter.C.de sent.& interloc.om iud.ad rem facit.* Id enim ita debet accipi si competens sit iurisdictio in causa reconuentionis, sicuti fuit competens in causa cõuentionis. Reconuentio siquidem tollit incompetentiam iudicis dati à prætore, sed non iurisdictionis; vt pluribus tractabimus in tertia parte Chiliadis nostræ, De erroribus pragmaticorum, si Deus Opt.Max. conatibus nostris fauebit. Quod tamen diximus, legatum qui desierat cogi arbitrũ vt sententiam dicat, non aliter audiẽdum esse quàm si se defendat, sic accipiendum est vt si de qua alia re apud eundem arbitrum compromiserit, pati debeat vt aduersario quoque postulante arbiter, siue idem ille sit, siue alius cogatur sententiam dicere. Si verò nullum aliud compromissum sit, pati debeat vt apud eundem prætorem apud quem agit, conueniri etiam possit, de iis nimirum quæ ad eiusdem prætoris iurisdictionem pertinent.

10 ¶ Si is faciat controuersiam hereditatis, qui cum defuncto compromiserat: futurum est præiudicium hereditati, si arbiter sententiam dicat. ergo interea inhibendus est arbiter.

Ad §.10.Si is faciat.

Ratio dubitandi. Cùm is facit controuersiã hereditatis, qui de fundo aliquo hereditario cõpromiserat cum defuncto, de alia re lis est; quàm de qua uit compromissum: siquidem nec hereditas, nec ars vlla hereditatis esse intelligitur in re vna hereditaria *l.quamuis* 14.*inf.si quis omiss. caus.testam.* Ergo cæterum institutæ postea petitionis hereditatis, arbitrio mora fieri non debet. Ratio decidendi. Fieret præiudicium hereditati, id est, actioni quæ de hereditate instituta est, si arbiter de fundo hereditario sententiam diceret, siue pro eo pronunciaret, qui hereditatem peteret, siue pro eo qui hereditatem possideret. Non quasi sententia arbitri possit habere vim rei iudicatæ, sed quia metu pœnæ habeat plerumque eundem effectum quem haberet res iudicata. quod cùm euenit, absurdum est rẽ hereditariam penes eum manere qui postea non he-

res reperietur, aut cõtrà euinci ei qui postmodum heres pronuncietur. Atqui eorum iudiciorum quę sunt de hereditaris petitione, autoritas ea est vt nihil in præiudicium ipsorum fieri debeat *l. Diuus 5. in fi. de pet. hered* ff. Magnitudo enim & autoritas centumviralis iudicij non patiebatur olim, per alios tramites viam petitionis hereditatis infringi, vt ait Iustin. in *l. vlt. in prin. C. eod.* vbi tamen ille hoc ius corrigit in plerisque. Ergo interea inhibendus est arbiter ne sententiam dicat, etiamsi dicere velit. Tãtum abest vt sit cogendus si nolit. Generale namq; est vt per minorem causam maiori cognitioni præiudicium fieri nunquam debeat, maiorq; quæstio minorem causam ad se trahat *l. per minorem 54.* ff. *de iud. l. si quis libertatem 7.* ff. *de pet. hered. & fundi 18. de except. rei iudic.* Maius autem iudicium est quod vniuersale est, quàm quod singulare: ideoq; durante iudicio vniuersali singularia iudicia conquiescere oportet. Planè iis casibus quibus placuit Iustiniano in *d. §. vlt.* vt pendente quæstione petitionis hereditatis singularia tamen iudicia pleraque exerceri possint, non video cur non etiam arbiter cogi possit sententiam dicere, & in eo quoque correctum sit per consequentias iur. vetus, ex cuius ratione Paulus noster in hoc §. respondit. Idq; ab Accursio nõ fuisse obseruatum miror. Illud benè Accurs. notat in huius §. specie ponendum esse id actum in compromisso, vt non finiretur morte. Alioqui mortuo vno ex compromissoribus, non esset tractandum an arbiter sententiam cogeretur dicere, quam nec si vellet, posset *l. diem proferre 27. §. n. s.* Sed an similiter ponendum erit quod vult Accurs. id etiam actũ fuisse vt arbiter diẽ proferre posset? Minimè. Nihil enim vetat compromissi tempora largiri vt expectari possit tempus, quo iudicium petitionis hereditatis finitum fuerit & terminatum. Alioqui perinde quidem inhibẽdus est interim arbiter ne sententiam dicat, sed non eo magis post finitum iudicium petitionis hereditatis aut sententiam dicere poterit arbiter, si dies præterierit aut diem proferre si non in compromisso ea poteitas ipsi data sit §. *vlt. hac leg. & l. non ex omnibus 39. §. vlt.* ff. *eod.*

11 ¶ Dies compromissi proferri potest, non cùm ex conuentione, sed cum iussu arbitri eam proferri necesse est, ne pœna committatur.

Ad §. 11. Dies compromissi.

Ratio dubitandi. Cùm inter litigatores conuenit vt dies proferri possit, videtur id actum vt postulante vno ex litigatoribus alter cogatur consentire, aut alioqui pœnam præstare. Nec enim stipulationis verba quicquam exprimunt de necessitate expectanda dici proferendæ. Ergo si statim post cõuentionem alter ex litigatoribus diem proferri velit, alter nolit, pœna vtique aduersus nolentẽ committetur. Ratio decidendi. Conuentio ista sic accipienda est vt non tam ad tempus conuentionis, & ad voluntatem alterutrius litigantium relata videatur, quàm ad iussum arbitri, & ad id tẽpus quo arbiter videat necessariam esse diei prolationem. Interim igitur si vno ex litigatoribus vrgẽte proferri diem alter dissentiat, non idèo pœna committetur. Quid enim attinet diem proferri sine vlla necessitate? Aut cur credamus conuentionem huiusmodi sic accipiendam esse vt diei prolatio intempestiuè ac citra necessitatẽ facta ad aliud non prouocãm ad pœnam committendam? Quid ergo si arbiter iubeat diem proferri priùs etiam quàm sit necesse? An ei impunè non parebitur? Imò pœna committetur, quoniam arbitro omnimodo parendum est: nec vlterius inquirendum cur ita iubeat, & an necessitas aliqua sit ita iubendi necne: non magis quàm in alia qualibet eius sententia, æquáne sit an iniqua *l. diem proferre 27. §. stari s. eod.* Quid si neuter ex litigatoribus diem proferre velit? Neuter pœnã præstabit. Ei namq; debetur pœna qui paruerit, nõ qui in eam ipse quoq; inciderit *l. cùm par 154. §. 1. de regul. iur.* Alioqui perabsurdum erit vice mutua petitionem induci, vt ab altero pœnam petat is qui eam vicissim debeat *l. cùm pater 77. §. libertis de legat. 2. iun. & l. arbiter Calendis 40.* ff. *hoc tit.* Et ita locus hic explicandus est omissis Accursij ambagibus.

12 ¶ Si arbiter sese celare tentauerit, prætor eum inuestigare debet, & si diu non paruerit, multa aduersus eum dicenda est.

Ad §. 12. Si arbiter.

Ratio dubitandi. Non debet prętor facere, at neque pati vt fiãt de lite lites, cùm ob hoc ipsum cogat arbitrum ferre sententiam quòd studeat lites finiri *l. 3. §. tametsi* s. Atqui cùm arbiter sese celare tẽtat si prætor eum inuestigare velit, & eo diu ac per multum temporis non apparente mulctam aduersus eum dicere litigatoribus nimirum postulantibus (hoc enim ponendum necessariò est vt habeat prætor causam se interponendi) fient de lite lites. Noua siquidem lis hoc modo instituitur aduersus arbitrum, nec eo magis finitur lis prior de qua fuerat compromissum.

Ratio decidendi. Non tam noua lis hoc casu instituitur, quàm cõtumacia arbitri punitur, vt quẽadmodum metu pœnæ coguntur litigatores parẽre sententiæ arbitri, ita & arbiter metu mulctæ cogatur sententiam ferre postquam in se arbitrium recepit Prętore contumaciam eius coercente, tum quòd studeat lites finiri, tum quòd nolit pati vt decipiantur ab arbitro litigatores, qui eum tanquã virum bonum elegerunt *d. §. tametsi.* Solet verò hoc modo prætor ad factum cogere illos qui facere aliquid promiserunt, mulcta scilicet aduersus eos dicta, quoniam ad factum ipsum præcisè cogi nemo vnquam potest, vt dixi ad *d. §. tametsi.*

13 ¶ Cùm in plures compromissum est ea conditione, vt quam quilibet vel vnus dixisset sententiam, ei staretur: absentibus cæteris nihilominùs qui prẽsens est, cogetur. at si ea conditione[a], vt omnes dicant, vel quod de maioris partis sententia placuerit: non debet singulos

gulos seperatim cogere: quia singulorum sententia ad pœnam non facit.

Ad §. 13. Cùm in plures.

Ratio dubitandi. Potuit prẽsentia cæterorum trahere hunc qui prẽsens est in aliã & fortassis cõtrariã sententiam. Ergo non debet cogi qui prẽsens est vt solus pronunciet cęteris absentibus in quos pariter compromissum fuit, cùm etsi omnes adessent excepto vno, sufficeret vnius absentia ad hoc ne cæteri sententiam dicere cogerentur. *l. item si vnus 17. §. vl. s. eod.*

Ratio decidendi, Hoc fit propter adiectam in compromisso conuentionem illam vt quam quilibet vel vnus ex iis arbitris sententiam diceret, ei stari perinde oporteret ac si omnib. dicta esset. Dictio enim *quilibet* distributiua est, vt bene hìc Paulus notat. Quid igitur si postquàm vnus hic præsens sententiam dixit superueniant alij arbitri, qui etiam ipsi velint sententiam dicere? An audiendi erunt & coniungendæ sententiæ, vt ea obtineat in qua pars maior consenserit? arg. *d. l. item si vnus. §. principaliter.* Rectè Accursius negat, quia vbi semel sententia sic dicta est vt pœna ex eo committi possit si sententiæ non pareatur, solutum finitúmque compromissum est, nec alia sententia ferri amplius posset, quia nec pœna committeretur. Præterquàm quòd nec ob id plures arbitri eliguntur, vt plures sententiæ de vna eadémque controuersia ferantur, sed vt vel meliùs tutiúsque pronuncietur si omnes arbitros adesse necesse sit, vel faciliùs & citiùs, si conuenerit vt ex arbitris pluribus electis quilibet vel vnus sententiam dicere possit, quemadmodum in hoc §.

a *At si ea condicione.* Ratio dubitandi, Etiamsi pluralitas resoluitur plerumque in suas singularitates, vt in *leg. falsa 33. §. vltim. de condicionib. & demonstrationibus. leg. Lucius 78. §. Gaio Seio. infra ad Senatusconsultum Trebellianum.* Ergo etsi conuenerit in compromisso vt omnes arbitri sententiam dicant, singuli tamen seperatim cogi poterunt.

Ratio decidendi, Dictio *omnes* quę in huiusmodi conuentione vsurpata proponitur, non tantùm pluralis est, sed etiam collectiua, quæ proinde nunquam resolui potest in singularitates. Id enim repugnat naturę & proprietati dictionis collectiuæ, quę ideò collectiua dicitur, quia singularitates omnes colligit eásque adunat ne seperatim accipi possint. Excipiendus tamen est casus elegans *l. heredes mei 57. §. cùm ita. eodem. tit. ad Senatusconsultum Trebellianum.* propter specialem rationem, quam nos in eius loci explicatione attulimus in libris Coniecturarum. Ergo si ea condicione compromissum sit in plures arbitros vt omnes sententiam dicant, vel vt ei stetur, quod de maioris partis sententia placuerit, non debebit prætor singulos seperatim cogere, quia id frustrà faceret cùm singulorum sententia nihil prodesset ad pœnam. Sententiam enim ab arbitris secundùm legem compromissi latam esse oportet, vt pœna committi ex ea possit. *lege Pedius 7. §. 1. & leg. sequent. & dict. l. item si vnus 17. §. item si plures. s.* Quid si dictum non sit neque vt omnes sententiam ferre debeant, neque vt ipsorum quilibet? In dubio id actum videbitur vt adesse omnes oporteat, ex ratione posita in *d. l. item si vnus. §. vlt.* Et ita rectè Accursius.

14 ¶ Cùm quidam arbiter ex aliis causis inimicus manifestè apparuisset: testationibus etiam conuentus, *ne sententiam diceret*, nihilominùs nullo cogente dicere perseueraasset: libello cuiusdam id quærentis, Imperaror Antoninus subscripsit, posse eum vti doli mali exceptione: & idem, cùm à iudice consuleretur, apud quem pœna petebatur, rescripsit, etiam si appellari non potest, doli mali exceptionem in pœnæ petitione obstaturam. Per hanc ergo exceptionem[a] quædam appellandi species est, cùm liceat retractare de sententia arbitri.

Ad §. 14. Cùm quidam.

Ratio dubitandi. A sententia arbitri appellari nũquam potest. *l. 1. C. hoc tit.* sed ei stari omnino necesse est, quantumuis sit iniqua, vel pœnam præstari. *l. diem proferre 27. §. stari. sup.* Atqui appellandi quædam species est, si liceat ei qui conuenitur ad pœnã ob id quod arbitri sententiæ non paruerit, opponere doli exceptionem, cùm eo modo fiat vt liceat retractare de sententia arbitri. Ergo etiamsi arbiter tanquam inimicus ex alia superueniente causa factus & testationibus quoque conuentus ne sententiam diceret, nihilominùs dicere perseuerauerit nullo etiam ex litigatoribus cogente, doli tamen exceptio aduersus pœnæ petitionem danda non est, ne fiat per indirectum quod directò fieri non põt contra *leg. scire oportet 21. §. 1.* ff. *de legat. tut.* Præsertim cũ non litigatoris qui nunc pœnam petit, sed arbitri dolus interuenisse proponatur. R. dec. In omni cõpromisso id semper actum intelligi debet, ne quid dolo malo siue arbitri, siue alterius ex litigatoribus fiat. *l. prox. præced.* vbi dixi. s. *l. 3. C. h. tit.* Nunquam enim æquum est ex dolo vnius fieri condicionem alterius deteriorem. In proposito autem euidens est dolus arbitri, qui factus post susceptum arbitrium inimicus vnius ex litigatoribus denũciatione quoq; ei facta ne sententiam diceret, nihilominùs sententiam dicere voluit, & hunc cuius inimicus erat cõdemnauit, pro quo fortassis pronunciasset si inimicus non fuisset. Quamuis autem nihil in eo fecerit dolo malo litigator initio inspecto, nunc tamen dolo malo facit, cùm agit ex pœnali stipulatione, pœnámq; petit ob id quod eiusmodi sententiæ non fuerit obtemperatũ, cui nec obtẽperari æquum est, non quòd sit iniqua (nec enim ratio illa sufficeret: *d. §. stari*) sed quod ab inimico reddita, & dolo malo arbitri, in quem litigatores tanquam in virum bonum compromiserant. *l. 3. §. tametsi.* s. Ergo victori pœnam petenti obstare doli mali exceptionem dicendum est. arg. *l. 3. §. circa. de doli mal. except.* Posuimus autẽ superueniisse inimicitias post compromissum, quia si quæ præcessissent eæ per compromissum purgatæ essent, sibíque deberet imputare qui in reconciliatum inimicum à quo sibi potius cauere debuerat, vltro compromissum. At cùm ex postfacto superuenerunt, haberi earum rationem æquum est, quia quæ de nouo emergunt nouo in-

digent auxilio. *l. de arate 11. §. ex causa. de interrog. in iur. fac. l. l. cè autem 15. in fi. & hæc ipsa l. in §. sacerdotes.* vbi dixi *supr.* Nec aliud in iudice obtinere existimandum est. Nam quod dicimus non posse recusari iudicem post litem contestatam. *l. apertissimi 16. C. de iud.* ita accipiendum est, nisi superueniat noua, iustáque recusationis causa post litis contestationem in eóque Accursius errauit qui aliam hac parte iudicis, aliam arbitri rationem esse scripsit. Sicut autem inimicitias istas necesse est superuenisse post compromissum, ita & ante pronunciatum arbitrium. Quę enim ex arbitrio ipso quantumuis iniquo proficiscerentur, eæ doli exceptionem inducere nullam possent. *d. §. stari.*

a *Per hanc igitur exceptionem.* Totus hic versiculus videtur mihi esse imperiti interpretis. Eiusdem fortasse cuius sunt aliæ eiusmodi pleræque illationes à nobis antehac obseruatæ, vt in *leg. si pignore 22. §. si prædo. vers. proderit igitur. de pignorat. actio. l. debitor 59. vers. sed. remanet ergo ad Senatusconsul. Trebell.* & aliæ similes quamplures. Est enim hæc illatio sanè inepta & perabsurda, cùm nihil commune aut simile habeat hęc doli exceptio cum appellatione. At neque verum est retractari hoc casu de sententia arbitri. Quantumuis enim æqua esset, semper tamen doli mali exceptio locum haberet ex causa inimicitiarum quę inter arbitrum & vnum ex litigatoribus superuenissent.

15 ¶ De officio arbitri tractantibus sciendum est, omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum, nec enim aliud illi licebit, quàm quod ibi, vt efficere possit, cautum est: non ergo quodlibet statuere arbiter poterit, nec in qua re libet: nisi de qua re compromissum est, & quatenus compromissum est.

Ad §. 15. De officio.

Ratio dubitandi. Arbiter compromissarius eligitur tanquam vir bonus, & vt à tota lite & controuersia discedatur. *l. 1. l. 3. §. ramesi. l. qualem 19. §. dicere. ff. eo.* Ergo permissum ei intelligitur vt statuat quicquid velit, & de qua re velit, dummodò finem litibus & controuersiis omnibus imponat. Alioqui si verba compromissi præcisè spectare oporteat, dicendum erit nec solutioni diem statuere arbitrum posse, cùm de eo nihil adici soleat in compromisso, quod tamen sine dubio facere arbiter potest. *l. quid tamen 21. §. solutioni. ff.*

Ratio decidendi. Nullam habet potestatem arbiter, nisi quam à litigatoribus ex compromisso accepit. Ergo non aliud arbitro licere potest quàm quod ibi, hoc est, in compromisso vt efficere possit, expressim cautum est. *leg. arbiter ex compromisso 50. §. hæc.* Sicut enim iudex adstrictus est formulæ, ita & arbiter: sed illæ formulæ prætoris à quo datus fuit, hic verò formulę compromissi à litigatoribus facti qui eum elegerunt. Non igitur quodlibet statuere arbiter poterit, nec in qua re libet, sed de qua duntaxat re compromissum est, & quatenus compromissum est. Quemadmodum nec iudex de alio pronunciare potest quàm de quo datus est. *l. 2. Co. si à non compet. iud.* nec procurator alia tractare quàm ad quæ datus fuit, siue ad lites siue ad negotia datus sit. *l. marius 21.* iunct. *l. si procurator 10. C. de procur. l. diligenter 5. mandat.* Excipienda tamen sunt ea, sine quibus expedire non posset arbiter ea, de quibus nominatim compromissum fuit, quale illud est quod diximus, statuere diem solutioni. Nam & iudici & procuratori tantundem licet. *l. 2. §. de iurisdict. leg. ad rem mobilem 56. leg. ad legatum 62. supra de procuratoribus.* An ergo arbiter iumptus de fundo non poterit pronunciare de fructibus? Ita nonnulli crediderunt, quos Accursius refert. Ipse verò distinguit an fructus debeantur per se, vt loquitur & obligationis iure, an verò iudicis officio duntaxat, vt posteriore hoc casu possit arbiter etiam de fructibus pronunciare, priore verò non item. Ego contrà puto indistinctè permittendum esse arbitro vt de qua re compromissum fuit, de ipsius quoque fructibus pronunciet. Sunt enim fructus semper accessorij, siue obligationis iure, siue officio iudicis debeantur. Adeò vt etiamsi per errorem malè pronunciatum sit de fundo contra possessorem, debeat iudex eodem errore de fructibus quoque pronunciare, ac possessorem condemnare. *leg. ex diuerso 35. §. 1. de rei vindicatione.* Nec sanè lis terminata dici potest quandiu superest quæstio de fructibus. *leg. terminato 3. Cod. c. de fructibus & lit. expens.* Boni autem arbitri est totam controuersiam dirimere. *dict. leg. qualem 19. §. dicere. supr. & §. prox. inst.* Et sanè quid absurdius est, quàm existimare arbitrum qui pronunciare posset de fructibus etiam de quibus nihil in compromisso dictum esset, ob id minùs pronunciare de iis posse, quòd etiam obligationis iure debeantur?

16 ¶ Quæsitum est de sententia dicenda & dictum, non quamlibet: licèt de quibusdam variatum sit: & puto verè non committi, si dicat ad iudicem de hoc eundem vel se, vel alium (in) se, vel in alium compromittendum. Nam & Iulianus, impunè non pareri, si iubeat ad alium arbitrum ire, ne finis non fit: quòd si hoc modo dixerit, vt arbitrio Publij Mæuij fundus traderetur, aut satisdatio detur: parendum esse sententiæ idem Pedius probat: ne propagentur arbitria, aut in alios interdum inimicos agentium transferantur, sua sententia finem controuersiæ eum imponere oportet: non autem finiri controuersiam, cũ aut differatur arbitrium, aut in alium transferatur: partémque sententiæ esse, quemadmodum satisdetur, quibus fideiussoribus: ídque delegari non posse, nisi ad hoc compromissum fit, vt arbiter statueret, cuius arbitratu satisdaretur. ¶ Item si iubeat sibi alium coniungi, cùm id in compromisso non sit, non dicit sententiam: nam sententia esse debet de re compromissa: de hoc autem compromissum non est.

Ad §. 16.

Initium huius §. totum est intricatum, & ni fallor planè Tribonianeum. Quid enim illud sibi vult *& dictum est non quamlibet*, Nisi cum Accursio supleas acsi scriptum esset *& dictum est à sapientibus non quamlibet sententiam variare*. Rursus quid illud est quod sequitur *hi èt de quibusdam variatum sit*, nisi cum Accursio similiter intelligas *de quibusdam sententiis* cùm tamen de sententia priùs dictum esset in numero singulari. Denique quod adiicitur *& puto verè non committi*, quem sensum obsecro habere potest si non referatur ad pœnam compromissam. Atqui de pœna nihil adhuc dictum est, sed tantùm de sententia, vt neq; in §. præcedente. Ex quo tamen haud dubiè sumpsit Tribonianus occasionem subiiciẽdi huius §. ob allusionem quæ est in illis verbis superioris *§. non quodlibet statuere, nec inqualibet re* & in his quæ sunt in hoc §. *& dictum non quamlibet*. Sententia tamen recta est, & expedita, Non committi pœnam tametsi non pareatur arbitro, qui dixit *eund m ad iudicem de ea ipsa re de qua compromissum fuit*, vel *de ea ipsa re in se vel in alium compromittendum*. Sic enim legendum est vt vulgò non vt in Pand. Florent. *vel se vel alium in se vel in alium compromittendum*, quæ lectio planè insulsa est, conflato errore ex eo quod in iisdẽ Pād. Florent. scriptum est *eundem* pro *eundum*. Nunquam enim pœna committitur si arbiter iubeat ad alium ire, ne finis non fit. R. dub. Parendum est sententiæ arbitri, siue æquum, siue iniquum sit, quòd ille pronunciauit, dummodò de ea re pronuntiauerit, de qua compromissum fuit, Alioqui pœna omnimodo committitur. *§. prox. præced. & leg. diem proferre 27. §. stari. ff.* Ergo etiamsi arbiter sine causa diluerit arbitrium, aut in alium transtulerit, dicẽdum est pœnam committi. R. de. Non ad aliam causam sumitur arbiter, quàm vt liti & controuersiæ finis imponatur. *leg. 3. §. ramesi. leg. Pomponius 13. §. recepisse. leg. qualem 11. §. ducere. ff. hoc tit.* Controuersiæ autem finis non imponitur, quoties arbitrium aut differtur. *leg. arbiter 37. inf.* aut in alium transfertur quod postremum multo durius, & intolerabilius est, Non solùm ne propagentur arbitria, & ita progressus fiat in infinitum, quod leges abhorrent non minùs quàm natura. *leg. fideicommissa 11. §. si quis decem. de leg. 3. leg. vt inter 23. C. de sacrosanct. eccles.* Sed etiam, quia periculũ esset ne transferrentur arbitria in alios interdum inimicos litigatorum. Idem ergo erit si arbiter hoc modo dixerit, vt arbitrio Publij Mæuij fundus tradatur, aut satisdatio præstetur. Nam & huic sententiæ impunè non parebitur, quia pars sententiæ est quemadmodum satisdetur, id est, quibus fideiussoribus, & consequenter videtur hoc casu arbitrium in alium transferri, perinde acsi non satisdatio, sed principale negotium, alij delegaretur, Proinde dicendum est delegari hoc ab arbitro non posse, nisi ad hoc quoque compromissum sit, vt arbiter statueret cuius arbitratu satisdaretur. Idem est si arbiter iubeat sibi alium coniungi. Nam si hoc in compromisso non sit non dicit sententiam. Nam sententia debet esse de re compromissa. *§. vlt. ff.* de hoc autem compromissum non est. Ergo nec pœna hoc casu committetur. Non enim aliter committitur, quàm si sententiæ non pareatur: atque ita sententiam priùs dictam esse oportet, quàm vt de pœna tractari possit. Nam neque ex omnibus causis ex quibus arbitri sententiæ parium non est, pœna ex compromisso committitur, sed ex his duntaxat quæ ad solutionem pecuniæ aut ad operam præbendam pertinent. *l. non ex omnibus 39.* vbi dicam *ff.*

17 ¶ Si domini, qui inuicem stipulati sint, procuratores suos agere apud arbitrum velint: potest iubere, ipsos etiam adesse. ¶ Sed si & heredis in compromissis mentio fit: potest iubere, etiam heredem eorum adesse.

Ad §. 17. Si domini.

Ratio dubitandi. Arbiter nihil potest statuere nisi de quo sit compromissum, & quatenus compromissum est, vt proximè diximus, & in *§. de officio. supr.* Atqui in specie huius §. nihil dictum est de procuratoribus in compromisso. Ergo etiamsi domini, qui compromiserunt, & pœnam inuicem stipulari sunt per procuratores suos agere apud arbitrum velint, si tamen arbiter ipsos etiam procuratores adesse iubeat (de dominis enim dubitatio nulla est, quin iubere possit eos adesse) videtur excedere fines compromissi, & consequenter, etiamsi ei non pareatur, pœna tamen committetur. Præsertim cùm ea res neque ad solutionem pecuniæ pertineat, neque ad operam à litigatoribus præbendam, ex quibus tamen duabus tantùm causis placet committi pœnam si arbitrio non pareatur. *l. no ex omnibus 39. inf.* R. dec. Cùm litigatores causam agere volunt apud arbitrum per suos procuratores nihil interest an arbiter iubeat eos ipsos adesse an eorum procuratores. Vtroque enim casu si neque ipsi, neque ipsorum procuratores adsint, potest committi pœna tanquam ob non præbitam operam, cùm non aliter pronunciare arbiter possit, quàm si vel litigatores adsint, vel eorum procuratores.

a *Sed si & heredis.* Hic casus nullam penitus habet dubitationem. Nam quemadmodum si nulla heredis mentio facta sit in compromisso, certum est compromissum finiri morte vnius ex litigatoribus. *leg. diem proferre 27. §. 1. ff.* Ita si heredis mentio facta sit, certum est cõpromissi obligationem transire in heredem, & consequenter non minùs posse arbitrum iubere vt heres adsit, quàm iubere posset vt litigator ipse adesset si viueret, cùm eadem persona sit heredis quæ defuncti fuit, nec alius quisquam sit præter heredem, quem adesse possit iubere arbiter defuncto iam litigatore.

18 ¶ Arbitri officio continetur, & quemadmodum detur vacua possessio. An & satis ratam rem habiturum? Sextus Pedius putat, quod nullam rationem habet: nam si ratum non habeat dominus, committetur stipulatio.

Ad §.18.Arbitri.

Non ille est huius §. sensus quem putat Accursius,vt de hoc quoque compromitti possit qualiter detur vacua fundi possessio(quis enim dubitet?) sed hic potiùs , quemadmodum in præcedentibus dictum est, partem sententiæ esse,quemadmodum & quibus fideiussoribus satisdetur , ideóque delegari hoc ab arbitro non potest quin arbitrium in alium transferatur,quod nos fieri posse supra negauimus,ita & pars sententia sit,cùm de fundi fortasse vēditi controuersia cōpromissum fuit, quemadmodum vacuam possessionem dari oporteat, & consequenter hoc ipsum arbitri officio contineatur, nimirum vt de eo quoque pronūciare ipse debeat,non alij eam rem delegare. Igitur ratio dubit. & decid. ad hunc locum eadem adferenda est,quæ à nobis allata fuit ad §. *quæsitum*. ſ. Possis addere pro augenda dubitandi ratione, Videri hoc pertinere non tam ad substantiam, quàm ad executionē sententiæ quemadmodum vacua possessio detur. Nemo autem dixerit ob id minùs valere sententiā, quod ea omnia non complectatur quæ in eius executionem statui,fieríque necesse est. Præposterum enim foret tractari de executione sententiæ, antequàm sententia lata esset.*leg.1.C. de execut.rei iudic.* Sed respondendū est,quod iam dixi, esse hanc partem sententiæ non executionem. Sicut & pars obligationis & contractus venditi est , vt rei venditæ possessio vacua emptori tradatur.*l.3. §.1.de act.empt.* a An *& satisdare ratam rem dominum habiturum?* R.dub. Cùm procurator cōpromissi de cuius mandato dubitari probabiliter potest sententia aduersus eū lata,non aliter domino nocere potest,quàm si is factum procuratoris ratum habeat,idcóq; nec hoc casu audiendus esset procurator si iudicio experiri vellet,nisi præstita cautione de rato.*l.1. Cod. de procurat.leg.1. & tot.tit.*ſ.*rat.rem hab.* Ergo bene Pedius putabat officio arbitri hoc quoque contineri vt iubeat procuratorē satisdare de mirum ratam rem habiturum.Rat.decid.Frustrà arbiter hoc iuberet , quia etiamsi dominus ratum non habeat, committitur stipulatio pœnalis , quod sufficit vt arbiter officio suo functus videri possit. Quid enim aliud agere aut assequi potest arbiter,quàm vt sententiæ pareri oporteat metu pœnæ ? Nam vt sententia ipsa vim aliquam habeat , hactenus vt eam executioni mandari oporteat, assequi nullomodo potest. Ergo nec curare vt dominus ratum habeat factum procuratoris , cùm nec si dominus ipse compromisisset,sententiæ tamen obtemperare teneretur , si modò pœnam præstare mallet , vt bene Accursius noster ratiocinatur.

19 ¶ Arbiter nihil extra compromissum facere potest:& ideò necessarium est adiici de die compromissi proferenda.cæterùm impunè iubenti non parebitur.

Ad §.vlt.Arbiter.

R. dub. Arbiter potest omnia facere sine quibus arbitrium ferri non posset, vt diximus ad §. *de officio*. ſ. Atqui non potest arbiter ferre sententiam,nisi fiat prorogatio , cùm prorogationem fieri necesse est,quam nec facere vbique potest arbiter,nisi necesse sit,id est,nec tum quidem cùm ex conuentione dies cōpromissi ab arbitro proferri pōt.*§.dies compromissi* .11. ſ. Ergo etiamsi nihil in cōpromisso dictum sit de die proferenda,potest tamen arbiter iubere vt dies proferatur, & si alteruter litigantium parēre nolit, dicendum est pœnam eo nomine cōmitti quasi ob non præbitam operam.*leg. non ex ommib.*39.ſ.R. dec. Necessitas diei prorogandæ non ex natura & condicione arbitri quæ ab initio fuit, pendet , sed superuenit ex postfacto per ipsum temporis intra quod arbiter sententiam ferre potuit & debuit,ac proinde ex culpa & negligētia siue arbitri ipsius,siue litigatorum. Ergo si nihil de die proferenda in compromisso dictum sit, nō est hoc ex eorum genere quæ in necessarium antecedens facere licèt arbitro,vt sententiam ferre possit.Itaq. si iubeat arbiter diem proferri, cùm de eo nihil in compromisso dictum esset, impunè ipsi non parebitur: quia nihil arbiter extra compromissum facere potest.*d.§.dies.* ſ.vbi dixi.

33. PAPINIANVS lib.1.Quæstionum.

ARbiter ita sumptus ex compromisso , vt & diem proferre possit,hoc quidem facere potest,referre autem contradicentibus litigatoribus,non potest.

Ad l.Arbiter 33.

Ratio dubitandi , Cùm arbiter ex compromisso ita sumptus est vt & diem proferre possit, non magis possunt litigatores inuito arbitro à lege & forma compromissi recedere, quàm arbiter inuitis litigatoribus. Sicut enim decipi non debent litigatores ab arbitro qui in se arbitrium recipit , ideóque cogitur arbiter sententiam dicere. *leg.3.* §.*tametsi. supr. hoc titulo.*ita neque ferendum est vt ex potestate arbitro data quicquam inuito arbitro per litigatores detrahatur , neque vt constituta semel compromissi forma immutetur.*leg.sed si in seruum 9.* §. *penult. & vlt.legib.sequent.supr.*iunct.*leg.vero procuratore* 12. §.1. *infr. de solutio.* Multò minùs verò ferendum est vt si vnus ex litigatoribus consentiat , alterius solius contradictio impedire possit prorogationem. Ita enim fiet vt inutiliter facta reperiatur conuentio de die compromissi proferenda, cùm etiamsi nulla interuenisset , nemo tamen dubitaret quin consentientibus litigatoribus diem proferre arbiter posset, quasi ex nouo compromisso. Ergo dicendum est,in arbitri potestate esse debere hoc casu vt diem proferat iuris quoque litigatoribus. R. dec.Cōtradictio quidem vnius ex litigatoribus impedit ne arbiter die prorogare possit,quia prorogatio non ab arbitro facienda est,sed iubenda,facienda verò à litigatorib.*l.prox.præc.* §. *dies .&* §.*vlt.*ſ.Atq; ita accipi debent verba illa huius legis *hoc quidem facere potest*,vt nimirum possit arbiter iubere die prorogari.nō vt ipse ,proget.Litigatores porrò nisi cōsentiāt ,progare nō possūt, quamuis antea consenserint vt prorogari posset. Verùm

Verùm tamen pœna committitur aduersus nolentem prorogare , nempe ex causa non præbitæ operæ.*leg.non ex ommibus* 39 ſ. Quid verò aliud vel arbiter vel litigator quæ prorogationi consentit, potest curare aut petere nisi vt pœna committatur? Planè si ambo contradicant pœna non poterit cōmitti ex reg.*leg.cum par* 154. §. 1. *de reg. iur.l.cum pater* 77.§. *libertis. de leg.* 2. Sed nihil hoc casu interest arbitri , quia nec sententiam hoc casu dicere cogitur.*l.prox.§.summa rei est.*ſ.

34. PAVLVS lib.13.ad Edictum.

SI duo rei sunt,aut credendi,aut debendi, & vnus compromiserit,ísque vetitus sit petere,aut ne ab eo petatur: videndumest,an,si alius petat,vel ab alio petatur,poena committatur.idem in duobus argentariis,quorum nomina simul eunt : & fortasse poterimus ita fideiussoribus coniungere,si socij sunt , aliàs nec à te petitur,nec ego peto,nec meo nomine petitur,licèt à te petatur.

Ad §.1 anno 34.

R.dub.Cùm duo sunt correi debendi vel credendi vna tantum obligatio est.*leg.3.§.1.iunct.l.2.&p.§. de duob. reis.* Ergo etiamsi non sint socij si tamen vnus ex eis compromiserit , ísque vetitus si petere aut vetitum sit ne ab eo petatur, dicendum est pœnam committi,siue alius petat,siue ab alio petatur, quia & petitione & acceptilatione vnius tota obligatio soluitur.*d.l.2.* Idémque in duobus argētariis, quorum nomina simul eunt, dicēdum est,sicut dicimus in fideiussore si ab eo petatur qui prohibitus fuit petere à reo pœnam committi.*leg.aduersus* 29. ſ.*cod.*Rat.dec.Non est bona comparatio fideiussoris & correi debendi vel vnius ex argentariis quorum,nomina simul eunt,nisi sint socij, quia licet vna tantum sit omniū obligatio,tamē in propriacuiusq; persona consistit. *leg. eandem* 9.§.*vlt.de duobus reis.leg.si duo* 128. *de verb. oblig.* Nec proinde à te petitur quòd à correo tuo petitur , nec ego à te peto quòd à te petit correus meus credendi,quia non meo nomine petit,sed suo,licèt à te petat. Diuersum est si socij simus , quoniam hoc casu commodum vel incommodum vnius cum alio communicatur.*leg.si duo* 5.ſ.*si quis cautum.leg.1.l.si quis vni* 34. ſ.*rat.rem haber. leg.qui hominem* 34.§. *vlt.* ſ. *de solut.*sed valdè obstat huic Pauli sententiæ quod scriptum est in *l si vnus* 27.ſ.*de pact.* neq; tamen possis dicere esse *ἀντωμοίαν* cum vterq. locus sit Pauli. Dicendum igitur est , quòd ad eam legem docui dictionem *socius* eo loco pertinere iam irreptitiam esse.

1 ¶ Semel commissa poena solui compromissum rectius puto dici:nec amplius posse committi.nisi id actum sit,vt(in)singulas causas toties committatur.

Ad §.1.,e e commissa,

Rat.dub. Pœna in compromisso adiecta pertinet ad omnes causas & clausulas in compromissum deductas. Ergo ex omnib. causis in cōpromissum deductis,si non pareatur sententiæ arbitri dicendum est pœnam committi,nec ob id minùs committi ex vna causa quàm si committi ex alia.Rat.dec.Pertinet quidem pœna ad clausulas omnes compromissi, sed hactenus vt ex qualibet ipsarum possit committi,aut ex omnib. simul,vt non vt ex plurib. sæpius committatur , quia id potius actūs intelligitur, vt semel tantū committi possit, Nisi è contrario id expressim actum sit vt in causas singulas toties cōmittatur,vt in *leg.pen.*ſ.*de iur. fact. Sic in l.5.§.an hac stipulatione.*ſ.*rat. solui.* Alia causa est stipulationum ex quibus agitur ad id quod interest. Toties enim ex iis agi dicendum est,quoties incipit interesse,dū tamē nō ampliùs quàm semel id quod interest præsterur, quia nec nisi semel in solidū interesse potest vt Accurs.notat ex *l.1.§ habet autem.*ſ.*vsuf.quemadmodum.leg.si procurator* 18.*rat.rem haber. leg.si sic stipulatus sim* 133.*de verb.oblig.leg.3.§. quæsitum.* ſ.*si cuiplus quàm per leg.Falc.*Sed quod addit idem Accurs.in omnib.stipulationibus prætoriis idē dicendum esse ex *leg.prætoria* 4. *de prætor.stipul.* dubitationem recepit ex *d.l.5.§.* in hac stipulatione iudicatū solui, vbi dicitur illam stipulationem,Iudicatū solui,quæ vtiq. prætoria est, si cōmittatur ex vno casu amplius ex alio committi non posse.Verùm dicendum est id fieri ratione illa quā eo loco adfert Vlp. quod eiusmodi stipulatio plures quidē causas cōtineat,sed vna quantitate conclusas.Sensus enim est, quicquid ex omnib. illis causis interesse vnquā potest vna quantitate concludi,ne sit postea quærendum plurisne an minoris interfit,Ex consilio luresconsulti.in *leg.vlt.de præs. stipul.*Proinde si ea quantitas rota semel præstita sit (nec enim præstari per partes posset, non magis quàm poena licèt re vera non sit pœna,sed id quod interest taxatū certa quātitate)nō potest ampliùs committi stipulatio , quia nec quicquam actoris interesse amplius creditur. Malè tamen Accursius hanc sententiam probat ex *dict.l.prætoriæ*, in qua non dicitur sæpiùs agi posse ex eadem stipulatione prætoria,sed tantùm , Prætorias stipulationes sæpius interponi , si sine culpa stipulatoris cautum esse desierit , quòd lōgè diuersum ac potiùs cōtrarium est. Ergo vbi semel commissa est poena,dicendum est solui compromissum ex quo scilicet poena ampliùs committi non potest.*leg.non distinguemus* 32.§.*summa rei est.*ſ.

35. GAIVS lib.5.ad Edictum Prouinciale.

SI pupillus sine tutoris auctoritate compromiserit , non est arbiter cogendus pronūtiare:quia si contra eum pronutietur, pœna non tenetur , præterquàm si fideiussorem dederit,à quo pœna peti possit,idque & Iulianus sentit.

Ad l.si pupillus 35.

R. du. Pupillus qui compromisit etiā sine tutoris autoritate,obligatur tamen naturaliter.*leg.1.in fin.*ſ. *de nouat.* ideóque & si eiusmodi fideiussorem dare potest vt scribit Caius in hac lege, Alioqui nec fideiussorem dare posset si nec naturaliter obligaretur. *leg. is qui. 6.infr.de verb. obligat.* cùm necesse sit fideiussorem accedere alicui obligationi aut naturali aut ciuili.*leg.1.& 2.leg.stipulatus 6.§.vltim.leg.fideiussor obligari* 16.§ *fideiussor accipi.infr.de fideiuss.* Ergo & compromittere vtiliter potest hactenus saltem vt poena committatur , non quidem vt peti possit

(opus enim esset in eam rem actione quæ ex obligatione naturali nulla vnquam nascitur) sed vt retineri si forte is qui cum pupillo compromisit aliquid habeat penes se quod ab eo petere pupillus velit, aut si quid vicissim ille pupillo debeat quod velit compensare. Naturales enim obligationes vt exceptionem pariunt, ita & deductionem & retentionem, & compensationem *l. naturales 10. de oblig. & act. l. sed & si 9. §. 1. de pecul. l. etiam 6. de compens.* Hoc verò sufficit vt compromissum valeat, ex eoque cogatur arbiter sententiam dicere. Adeò vt ob hanc causam possit in huiusmodi casu etiam nudo pacto fieri compromissum. *l. litigatores 11. §. interdum. vbi dixi. supr. hoc tit.* Ratio decidendi. Pupillus sine tutoris autoritate promittens alteri per stipulationem obligatur quidem naturaliter. *d. l. 1. in fi. de nouat. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis. de solut. l. cùm illud 25. §. 1. quand. dies leg. ced.* sed non iure naturali. *l. quod pupillus 41. de cond. indeb.* iunct. *leg. cùm amplius 84. §. is natura debet. de regul. iuris. l. penult. de obligat. & action.* ideoque nec retineri quicquam potest aut deduci aut compensari aduersus pupillum ex eiusmodi obligatione naturali. *d. l. quod pupillus.* quia effectus illi obligationis naturalis sunt à iure ciuili à quo sunt etiam actiones quæ per retentionem, deductionem & compensationem impediuntur. Atqui contra iuris ciuilis regulas est vt possit pupillus quicquam promittere, & promittendo se obligare sine tutoris autoritate. *l. contra 28. vbi d. x. §. de pact.* Ergo nullomodo potest pupillus teneri pœna compromissi, cùm fiant compromissa per stipulationem, si absque tutoris autoritate compromiserit. Aliud est si non pupillus, sed minor iam pubes factus promiserit sine curatoris autoritate. Hic enim obligatur non tantùm naturaliter & iure naturali, sed etiam ciuiliter, ideóque & pœna tenetur ipso iure, sed restitui in integrum potest. *l. si minor 34. §. 1.* vbi dixi §. *de minor.* & cùm petit in integrum restitutionem, denegat prætor aduersus eum actionem. *l. 3. in pr. §. h. tit.*

a *A quo pœna peti possit.* Ratio dubitandi. Fideiussor non potest accipi in duriorem causam quàm debitor principalis, cùm non nisi accessionis iure obligetur. *l. Græci 8. §. illud. de fideiuss.* vbi dicitur cum hoc casu omnino non, id est, nullomodo obligari. Atqui acciperetur in duriorem causam si ab eo posset peti pœna quam supra diximus à pupillo ipso peti nullomodo posse. Ergo nec fideiussor datus à pupillo, qui sine tutoris autoritate compromisit, potest teneri ad pœnam. Ratio decidendi. Non accipitur hoc casu fideiussor in duriorem causam, sed obligatur fortiùs & efficaciùs quàm debitor principalis, quod notum nõ est. Alioqui nunquam posset accipi fideiussor pro eo qui naturaliter tantum obligatus esset, cũ quoties accipitur, sẽper obligetur ciuiliter, quia obligatur ex stipulatione. *l. 5. §. satis accepto. §. de ver. ob. l. blandutus 15. C. de fideiuss.* Is demum verò in duriorem causam obligatur, qui plus promittit siue re, siue loco, siue tempore, siue causa, quàm promiserit reus principalis: quod hîc non contingit. An verò fideiussor minoris restitui possit in integrum ex persona minoris, aut an ei prodesse debeat restitutio à minore impetrata, quæstio alia est, & ab hoc loco aliena, in quo non de restitutione, sed de pupillo naturaliter tantum obligato qui in integrum restitui non potest nec debet, cùm ea naturalis obligatio sit omnino sine effectu, vt modò dixi: præterquàm quòd naturales obligationes eo quoq. casu, quo effectum aliquẽ habere possunt, nũquam per prætorem rescinduntur, quia æstimantur omnes ex æquitate naturali. *d. l. Stichum. §. naturalis. de solut.* cuius custos nõ oppugnator est prætor. Scripsimus de quæstione illa ad *l. in causæ 13. §. de minor.*

36. VLPIANVS, lib. 77. ad Edictum.

SI feriatis diebus, cogente prætore, arbiter dicat sententiam, & petatur ex compromisso pœna: exceptionem locum non habere constat: nisi alia lege eadem dies feriata, in qua sententia dicta, est excepta.

Ad l. Si feriatis 36.

R. dub. Nõ min⁹ arbitri quã iudices obseruare debẽt dies feriatos & ne iis dieb. sententiã dicãt. quæ si dicta sit, valere nullomdo põt. Adeò vt ipsa quoq; iurigiorũ cognitio iis dieb. sit interdicta, vt scriptum est in *l. omnes 7. C. de fer.* Ergo si feriatis dieb. arbiter sententiã dixerit, quãuis cogẽte prætore, & petatur ex cõpromisso pœna, exceptio locum habere debet Nã quo casu sentẽtia per iudicẽ lata, qui iudicandi potestatẽ habet, mereri executionẽ non posset, nec pœnæ petitio ex sentẽtia arbitri permittẽda est, cũ in eo versetur tota executio sententiæ arbitri. *l. non distinguemus 32. §. Iulianus. & §. si seruus. §. h. tit.* Nec alio plus iuris & potestatis habeat sẽtẽtia arbitri quã iudicis, cũ tamen arbiter minùs habeat autoritatis. R. dec. Hoc facit autoritas prætoris qui arbitrũ coegit vt feriatis quoq. dieb. sentẽtiã diceret. Cũ enim prætoris sit & actionẽ ex stipulatione pœnali, & exceptionem aduersus petitionem pœnę si quã videat esse iustã causam excludendæ petitionis, quomodo posset prætor aut qua frõte improbare factum arbitri quem ille ipse sit facere coegisset? Ergo si feriato die arbiter pronunciauerit, nõ cogẽte prętore, aliud erit, non vt eò minus pœna committatur (committitur. n. ipso iure quoties nõ pareretur sentẽtiæ) sed vt aduersus pœnæ persecutionẽ danda sit exceptio à prætore, qui factum arbitri à legibus improbatum, & cui nunquam ipse autoritatem præstitit, adprobare nullomodo potest. Adprobaret autem si eiusmodi sentẽtia daret petitionem pœnæ, exceptionem verò denegaret, nimirum doli, quia licèt nullus victoris dolus interuenerit in sententia dicenda, nunc tamen dolo facit qui petit pœnam ob id quòd paritum non sit sententiæ quæ feriato die lata fuit, vt in *dicta l. non distinguemus 32. §. cùm quidam.* vbi dixi *sup. eod. l. 2. §. circa de dolo mali except.*

a *Nisi alia lege.* Ratio dubitandi. Etiamsi alia lex sit quæ diem feriatam nominatim excipiat, in qua sententia dicta est, non eò minùs tamen verum est arbitrum cogente prætore sententiam dixisse. Ideóque perinde absurdum est prætorem ob id dare exceptionem contra petitionem pœnæ quod dicta sententia fuerit die feriata, cùm non possit prætor improbare factum, cui semel præstitit autoritatem. Ergo etiam casu idipsum obtinebit quod supra dictum fuit. Ratio decidendi, Nihil potest

potest facere prætor contra leges etiamsi maximè velit, q o. tamen nec velle vnquam credẽdus est. *leg. nec non 23. §. quoad eius supr. ex quib. caus. maior leg. cùm sponsus 12. §. si res infr. de publician.* Ergo nec iubere potest vt arbiter sententiam dicat ea die feriata quæ nominatim excepta sit aliqua leg. Atqui, inquies, nulla dies feriata est, nisi quam feriatam fecerit lex aliqua aut senatusconsultum aut constitutio Principis *leg. 1. supr. de fer. & dilat. d. l. omnes. §. C de fer.* Nunquam igitur locum habebit prior pars huius legis, si exceptio ista locum habeat, idq; apparet ex *l. si feriati 6. §. de fer.* cuius inscripto eadem est quæ huius loci. Quæ lex etiam conuincit interpretationem Accursij qui legem hoc loco accipit pro pacto. Legem enim ibi intellexit Vlpianus Iulium de iudiciis de qua in *leg. cùm lege Iulia 41 §. tit. 1.* Et sanè exceptio hæc mihi valde suspecta est. Neq. enim possum videre qua fronte possit prætor contra eum q i pœnam petat ob id quod non fit paritum sententiæ arbitri, dare exceptionem ex ea sola causa quòd arbiter sententiam dixerit die feriata: cùm vt ea die diceret, prætor ipse coegerit, qui si in eo fecerit contra leges mulctandus ipse est à Principe aut à præfecto vrbi, aliisve magistratibus superioribus ad quos à prætore appellatur, Nõ autem inhibenda est, præsertim ab ipso prætore persecutio pœnæ quæ non ex arbitri sententia petitur, sed ex stipulatione. Posset tamen quis non malè hanc exceptionem defendere, si modò eam vellet intelligere de ea lege quæ non solùm diem feriatã fecisset, sed etiam expressim prohibuisset ne ea die sententiam ferre arbitro liceret, vt constitutum est *in d. l. omnes*, ad quam proculdubio respexit Tribonianus cùm hanc exceptionem addidit. Nec enim poterat Vlpianus vllam habere rationem eius constitutionis quæ à posterioribus Imperatoribus longè post Vlpiani tempora lata fuit, idque constat etiam ex *l. arbiter Calendis 40. infr.* Sanè magis facit contra leges prætor cùm iubet arbitrium sententiam dicere eo die quo ne is sententiam dicat nominatim lege cautum est, quàm si de ea re nihil expressim lege cautum esset.

37. CELSVS lib. 2. Digestorum.

QVamuis arbiter alterum ab altero petere vetuit: si tamen heres petit, pœnam committet: non enim differendarum litium causa, sed tollendarum ad arbitros itur.

Ad l. Quamuis 37.

Ratio dubit. Pœna ex compromisso peti non potest, nisi cùm aliud sit contra sententiã arbitri quod euenit ita demũ si petatur ab eo à quo arbiter petiit. *leg. aduersus 29. §. hoc tit.* Atqui in proposita specie arbiter alterum ab altero petere vetuit, nec de herede quicquam dixit. Ergo si ab herede debitoris postea delicti petatur, pœna non committetur. Nam nec semper verum est eum qui pactus fuit de non petendo à debitore, ab ipsius herede non posse petere, cùm eiusmodi pacta plerunque sint personalia. *leg. idem in duobus 25. §. 1. supr. de pact.* quomodo etiam compromissa omnia personalia esse constat, nec ad heredẽ trãsire si heredis mẽtio nulla facta sit *l. diem proferre 27. §. 1. §.* Ergo & sententiam ex compromisso redditam sic accipi oportet vt ad solas compromittentium personas referatur, nec ad eas egrediatur. Ratio decidendi. Cõpromissa non differendarum sed tollendarum litium gratia fiunt *l. 1. l. Pomponius 13. §. recepisse l. qualem 19. §. dicere. §. eod.* Atqui lis differretur duntaxat, non tolleretur si is quem arbiter vetuit petere, à solo aduersario non etiam ab eius herede petere vetitus intelligeretur, quia morte debitoris restauraretur lis quam, eo adhuc viuo, iam finire arbiter voluisset.

38. MODESTINVS lib. 6. Regularum.

CVm pœna ex compromisso petitur: is, qui commisit, damnandus est, nec interest, an aduersarij eius interfuit, arbitri sententia stari, nécne.

Ad l. cùm pœna 38.

Ratio dubitandi. Dolo facit qui petit & agit ex stipulatione, si nihil eius interfit *leg. 2. §. circa de doli mal. except.* cũ & obligationes & actiones omnes ad hoc comparatæ sint, vt vnusquisque acquirat sibi quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* Ergo cum pœna ex compromisso petitur non omnimodo damnandus est is qui pœnam commisit, sed ita demum si aduersarij interfit arbitri sententiæ stari. Alioqui repellendus est doli exceptione is qui pœnam petit, si nihil eius interest. Ratio decidendi. Cùm pœna in stipulatione adiecta est, non quærimus an interfit stipulatoris, sed tantùm quænam sit quantitas & condicio stipulationis *d. §. alteri & l. 3. §. 1. eod. tit. De verb. obli.* Ea námq; demum pœna verè est quæ præstatur etiam ei cuius nihil interest, putà calumniatori *leg pen. §. 1. §. ne quis eum qui in ius voc. vi exim.* Nempe quia præstatur in odiũ eius qui non impleuit fidem. In hac verò specie in odium eius qui etiam arbitrum contempsit, quòd sanè impunè ferre non debet. Planè si pœnam cõsecutus sit actor & nihilominus executionem sententiæ petat, iis nimirum casibus quibus arbitri sententia nouo iure meretur executionem *l. pen. C. hoc titul.* non erit audiendus, quia alterutro contentum eum esse oportet, Nisi in compromisso actum & dictum sit vt pœna præstetur rata manente sententia. arg. *l. rescriptum 10. §. si pacto. sup. de pact. & l pen. sup. de transact.* Non tamen potuit Modestini temporibus huic quæstioni locus esse cùm sententia arbitri nullo casu executionem mereretur, nisi quantum ad pœnæ persecutionem *l. 1. C. hoc tit. l. non distinguemus 32. §. Iulianus. & §. si seruus,* vbi dixi. *supr. eod.*

39. IAVOLENVS lib. 11. ex Cassio.

NOn ex omnibus causis, ex quibus arbitri paritum sententiæ non est, pœna ex compromisso committitur: sed ex his duntaxat, quę ad solutionem pecuniæ, aut operam præbendam pertinent. ¶ Idem contumaciam litigatoris arbiter punire poterit, pecuniam eum aduersatio dari iubendo, quo in numero haberi non oportet, si testium nomina ex sententia arbitri exhibita non sunt.

Ad l. Non ex omnibus 39.

Ratio dubitandi, Verba compromissi non distinguunt ex qua causa non parebitur sententiæ arbitri, cui simpliciter stare litigatores permiserunt. Ergo indistictè dicendum est, ex quacunque causa non pareatur, pœnam committi, licèt neque ad solutionem pecuniæ, neque ad operam arbitro præbendam id pertineat. argum. *leg. de pretio* 8. *infr. de publician.* Sibi enim debet imputare qui in promittendo nihil excepit. Ratio decidendi, In compromisso non aliud promitti solet quàm stari sententiæ arbitri *leg. diem proferre* 27. *§. stari. & §. vltimo supra.* Nec rursus pœna promittitur nisi sub ea conditione, Si quod promissum est non fiat. Ergo vt pœna committatur necesse est sententiam latam esse eique paritum non fuisse, aut saltem per vnum ex litigatoribus stetisse, ne sententia ferri potuerit, quod ipsum nihil aliud est quàm operam non præbere. Cúmque sententia non sit, nisi quæ vel absolutionem vel condemnationem contineat *leg.* 1. *infr. de re iudicata.* fieri nequit vt lata sententia definitiua non pertineat necessariò ad solutionem, sumpto scilicet solutionis nomine generaliter pro præstatione eius quod debetur, vt in definitione obligationis: cùm dicimus esse illam iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ *§. 1. Instit. de obligationibus & actionib.* Quomodo & pecuniæ nomen latè hîc accipiendum est, vt res omnes corporales comprehendat. *leg. pecuniæ* 178. *de verborum significat.* quod & Accursius docet. Malè verò hunc locum accepit Rog. vetus interpres de compromisso facto inter libertum & patronum de operis à liberto præstandis, Sententia enim huius loci generalis est, & ad omnia compromissa pertinens.

a *Siquidem & contumaciam litigatoris punire poterit.* Ratio dubitandi, His solis datur mulctæ dicendæ ius quibus publicè iudicium est, & non aliis nisi specialiter eis permissum est *leg.* 2. *§. vltim. infr. de iudic.* Atqui arbiter neque iudicium publicè exercet, neque mulctæ dicendæ ius specialiter habet. Ergo nec contumaciam litigatoris punire potest. Ratio decidendi, Punit iubendo eum qui cõtumax est pecuniam dare. Sed hoc ita debet accipi vt liberum tamen sit ei cuius cõtumacia punitur, non parêre si modò paratus sit pœnã, siue maior siue minor illa sit, præstare: quod diuersum esset si arbiter aut iudex esset, aut dicendæ mulctæ ius sibi specialiter datum haberet. Tunc enim omnimodo parêre, & eam pecuniam quam mulctæ nomine dari placuisset, præstari necesse esset. Hoc verò neque Accursius, neque Martinus, neque alius quisquam ex veteribus glossatoribus intellexit, vt videre est ex tot interpretationibus quas adfert Accursius, sed ex eo præsertim quod somniat de actione arbitraria & de iureiurando in litem, Lego autem hîc *siquidem*, vt vulgò, non *idem* vt in Pandectis Florentinis.

b *Quo in numero haberi non oportet.* An in numero eorum qui sunt contumaces? Atqui contumax est quisquis iubenti non paret. Ergo & hîc contumax est. Sed tamen non in præbenda opera. Is enim demum contumax est in præbenda opera, qui non vult venire ad arbitrum *leg. quid tamen* 21. *§. penultim. supr.* Nempe quia nisi ambo litigatores adsint, non potest arbiter sententiam dicere, quam scilicet dici oportet inter eos qui vel præsentes verè sint, vel saltem pro præsentibus habeantur, id est quorum alter sit præsens, alter contumax. Contumacia enim pro præsentia est. *Authent. qua in prouincia. Codic. vbi de crimin. agi oportet.* Nemo autem verè contumax hoc sensu fieri potest apud arbitrum, nec proinde ab eo tanquam contumax condemnari, quia non potest arbiter iubere vt tribus edictis aut ex peremptorio quis vocetur, quod solus iudex facit *leg. ad peremptorium* 68. *cum quinque sequentibus. infra de iudiciis lege contra* 54. *de re iudicata.* Sensus igitur loci huius est, Si arbiter iusserit exhiberi ab vno ex litigatoribus nomina testium, nec is parêre voluerit, non esse hanc causam ex earum numero ex quibus possit pœna committi si arbitrio non pareatur, non quia honestum non sit hoc iuberi ab arbitro, vt quis contra se producat testes, vt quidam putant ex *leg. quid tamen* 21. *§ nod debent suprà.* (esset enim id dicendum graue & iniquum potiùs quàm inhonestum, vt in *leg.* 4. *Cod. de edend. l. nimis graue* 7. *Codic. de testibus.* iniquitas autem arbitrij nunquam impedit ne pœna committatur *lege diem* 27. *§. stari. suprà.*) Sed quia res hæc neque ad solutionem pecuniæ, neque ad operam præbendam pertineat.

Ratio dubitandi, Non exhibitis nominibus testium impeditur arbiter ne possit pronunciare. Ergo ad præbendam operam hoc præceptum pertinet, ac proinde ex hac quoque causa committetur pœna, quod & Accursius noster sentit. Ratio decidendi, Nolente litigatore nomina testium ex arbitri iussu exhibere, non eò minùs potest arbiter contra eum pronunciare ac si testes nulli essent. Et quidem ita vt si sententiæ parêre idem nolit, pœna contra ipsum ex ea causa committatur. Nil ergo necesse est hanc operam præberi à litigatore vt arbiter sententiam ferat, & consequenter pœna ex hac causa non committetur, quia neque necesse est. Iunge *l. non distinguemus* 32. *§. quæsitum.* ſ.

1 ¶ Cùm arbiter diem compromissi proferre iussit, cùm hoc ei permissum est, alterius mora alterius ad pœnam committendam prodest.

Ad §. 1. Cùm arbiter.

Ratio dubitandi, Cùm arbitro permissum est vt compromissi diem proferat, & is proferre iubet, non necesse est vt quisquam ex litigatoribus operã suam in eam rem præbeat. Sufficit enim cõuentio litigatorum quę ab initio interuenit, & quę arbitro potestatem dedit prorogandi. Ergo etiamsi vnus ex litigatoribus in prorogandi mora sit, non a deò tamen pœna committetur, cùm hoc neq; ad solutionẽ pecunię neq; ad operã prębẽdam pertineat. Ratio decid. Imò pertinet ad operã præbendam, quia non posset arbiter ferre sententiam post diem compromisso finiendo præstitutum, si non dies proferretur. Proferre autem ipse contradicẽtibus litigatoribus non potest, nec nisi ipsis consentientibus, sed tantùm iubere vt ab ipsis proferatur *l. arbiter ita sumptus* 33. vbi dixi. ſ. *eodem.* Ergo ex hac quoque causa si arbitro non pareatur, pœnam committi

committi necesse est, quasi non præbita opera. Et hic planus nec obscurus sensus est huius §. non quem comminiscitur Accursius, Si post moram ab vno ex litigatoribus commissam, alter quoque in mora sit, prodesse posteriorem moram ei qui priorem contraxerat ne possit ab eo exigi pœna, licèt actum sit contrarium ex regula *l. cum par* 154. *§. 1. de regul. iur.* Quo sensu scribendum erat alterius mora alteri prodesse ad euitandam pœnam, non quomodo scriptum est, ad pœnam committendam.

40. Pomponius lib. 11. ex variis lectionib.

Arbiter *Calendis Ianuariis adesse iussit*, & ante eum diem decessit[a], alter ex litigatoribus non adfuit, proculdubio pœna minimè commissa est. Nam & Cassium[b] audisse se dicentem Aristo ait, in eo arbitro, qui ipse non venisset, non esse commissam. quemadmodum Seruius ait, si per stipulatorem stet, quominùs accipiat[c], non committi pœnam.

Ad l. Arbiter Calendis 40.

Ratio dubitandi, Si ad Calendas Ianuarias litigatores adesse arbiter iusserit, & ante eum diem decesserit, posteà alter ex litigatoribus adfuerit, alter verò adesse noluerit, verum est dicere hunc qui non adfuit non paruisse arbitrio in ea re quę ad præbendam opera n præcepti tempore pertinebat. Ergo pœna hoc etiam casu committetur secundùm ea quæ diximus ad legem præcedentem. Ratio decidendi, Pertinuit quidem ab initio præceptum hoc ad operam præbendam, sed desiit pertinere morte arbitri. Arbiter enim ille erat, cui operam à litigatoribus prębęri oporteat, cui porrò nulla prębęri iam mortuo potest, vt nec mortuus arbitrari. *leg. cùm stipulatus sim* 113. *de verborum obligation.* Non ergo potest is qui adfuit imputare aduersario cur non æquè adfuerit, cùm etiamsi adfuisset, inutile tamen & superuacuum id fuisset. Nec enim propter absentiam aduersarij, sed propter mortem arbitri factum est ne eo die qui ab arbitro dictus erat, ferri sententia potuerit. An igitur si arbiter non decessisset pœna committeretur? Vtique vt innuit Pomponius in hac lege: Alioqui frustrà poneret defunctum esse arbitrum ante diem, & alterum ex litigatoribus adfuisse, alterum absuisse si nullo casu pœna committi posset. Atqui dies Calendarum Ianuariarum feriatus est, excepríque nominatim constitutione Imperatorum in *leg. omnes* 7. *Cod. de fer.* quæ etiam cautum est ne apud arbitros magis quàm apud iudices vlla possit esse cognitio iurgiorum. Sed iam dixi ad *leg. si feriatis* 37. *supr. hoc tit.* non potuisse veteres iureconsultos respicere ad supradictam Imperatorum, qui longè posteriores fuerunt, constitutionem, quæ sanè nouum ius hac parte fecit, non in eo quod Calendarum Ianuariarum diem feriatum esse voluerint (fuit enim semper apud Romanos dies ille solenniſſimus, in honorem magistratuum) sed in eo quod fecit ne possent arbitri eo die cognoscere non magis quàm iudices aut pronunciare. Id enim antea certè non obtinebat, vt dixi ad dict. *leg. si feriatis.* Itaque me necesse est cum Accursio diuinare quòd partes in hac specie consenserant, vt ad eum diem adesse iuberentur.

a *Et ante eum diem decessit.* Accursius hoc intelligit cum distinctione posita in *dict. leg. cùm stipulatus sim* 113. *de verbor. oblig.* id est, si arbiter decesserit eo tempore quo adhuc erat in potestate litigatoris qui abfuit, vt adesset ad diem ab arbitro præstitutum. Nam si ponas decessisse arbitrum pridie Calend Ianuar. nec eo tempore fieri amplius potuisse, vt qui nondum itineri se dederat adesset Romę ad dictam diem, non putat Accursius prodesse ei debere ad euitandam pœnam quod ipso Calendarum die arbiter mortuus reperiatur. argu. *d. l. cùm stipulatus vers. aut si hoc falsum est.* Ego contrà puto. Quid enim profuturum erat ei qui venit, pœnamque petit, si aduersarius quoque venisset? At in specie. *d. l.* cùm stipulatus, profuisset stipulatoris si ad præstitutum diem opus factum fuisset, & quod factum non fuerat arbitratu stipulatoris ad dictã diem, nõ ex eo manebat quod stipulator ante diem decessisset, sed quod promissor in opere inchoando negligentior fuisset. Nam si diligentior extitisset, atque ex duobus quę promiserat, quorum alterum in eius potestate erat, vt opus ad diem faceret, alterum verò à stipulatoris persona pendebat vt eius arbitratu opus fieret, id feciſſet quod facere potuerat & debuerat, nemo diceret ob id magis commissam esse pœnam, quod mortuus ante diem stipulator neque arbitratus ad diem fuisset, neque arbitrari ampliùs posset. Quis enim promissori velit imputare mortem stipulatoris, aut cur non viuo stipulatore promissor opus perfecerit, quod satis habuit perficere ad diem stipulatione comprehensam? Denique opus facere aliquid est, imò totum id quod stipulatione continetur, ex qua non aliam vtilitatem separare stipulator potest. Ad arbitrum autem litigatores venire nihil est, nulliusque vtilitatis si non sequatur sententia, quæ porrò sequi post mortem arbitri nunquam potest. Itaque opus quod fieri promissum est, fit per se & propter se, venitur autem ad arbitrum, non vt veniatur, sed vt ab arbitro disceptari controuersia, & per sententiam finiri possit. In summa mors stipulatoris ante diem defuncti non in causa est ne opus perfici à promissore potuerit, quod si perfectum esset ad diem, vtique non frustrà perfectum inueniretur. At in proposita specie mors arbitri quamuis non faciat quominùs ad dictam diem venire vterque litigator potuerit, facit tamen vt etiamsi venisset, frustrà venire reperiretur. Sunt ergo isti casus omnino dissimiles, & quod hîc Pomponius scribit minimè commissam esse pœnam, tametsi alter ex litigatoribus abfuerit mortuo ante diem arbitro, sicut indistinctè ab eo scriptum, ita & indistinctè verum est. Idque apertius est ex iis quæ in hac lege sequuntur.

b *Nam & Cassium.* Ratio dubitãdi. Cùm arbiter nõ venit ad diẽ ad quam litigatores adesse iusserat, non

magis potest imputari arbitro cur non venerit quam litigatori. Frustrà enim venissent, cum sententiam absente altero ex litigatoribus pronunciare nullam potuisset. Ergo non debet absentia arbitri litigatorem excusare, quominùs in pœnam inciderit, sed potiùs absentiam arbitri excusare debebit absentia litigatoris, vt non eò minùs teneatur ad pœnam litigator qui abfuit, cùm etiamsi arbiter adfuisset, tantò magis apparuisset litigatorem operam quam debuerat arbitro non præbuisse. Proinde non satis rectè Cassius casum hunc superiori assimilabat, in quo posuimus non absentem arbitrum fuisse, sed defunctum ante diem. Quo casu mors arbitri, qui nullam ferre vnquam potest sententiam, impedit certè ne pœnalis stipulatio committi possit, quasi per ipsum arbitrum fiet omnimodo non per litigatorem, Ratio decidendi, Non magis sententiam ferre potest arbiter qui ad diem non venit, quàm qui ante diem mortuus est. Et vtroque casu perinde verum est factum fuisse per arbitrum ne sententia ferri dicta die potuerit, non per absentiam litigatoris qui venisset inutiliter, si venisset. Neque potest arbiter se spretum conqueri, qui ipse litigatores quoque non veniendo spreuit, & officium suum vltrò deserit. Ergo nec pœna hoc casu committitur, quasi ob id non præbitam operam, quam nec arbitro negligenti, veniréque nolenti non nisi frustrà præbuisset.

c *Si per stipulatorem stet quominùs accipiat.* Condemnationem, inquit Accursius. Ridiculè. Quis enim sic vnquam locutus est *Accipere condemnationem* pro eo quod vult dicere Accursius litis victoriam obtinere? Est igitur hæc Seruij sententia non ad propositam speciem de compromisso accommodanda, sed generalius de alia qualibet stipulatione intelligenda, vt quoties per stipulatorem stat quominùs accipiat id quod ipsi debetur, pœna non committatur, si quam fortè debitor promiserit in eum casum quo pecunia ad diem soluta non esset. Ratio dubitandi, Etiam cùm per stipulatorem stetit quominùs acciperet pecuniam ante diem, verumtamen est eam pecuniam solutam ad diem non fuisse. Ergo hoc etiam casu pœna omnino debetur. *leg. cùm stipulati 90. de verborum obligation.* Ratio decidendi, Pœna nunquam promittitur nisi sub condicione, si quid fiat vel non fiat. Condicionum autem omnium natura illa est vt pro impletis habeantur, quod pertinet ad eum per quem stetit quominùs implerentur. *leg. in iure ciuili* 161. iunct. *leg. in omnibus causis* 39. *de regulis iuris. leg. si quis arbitratu* 43. *de verbor. obligat.* Iunctis aliis legibus quas hîc Accursius congerit.

41. Callistratvs lib. 1. Edicti monitorij.

CVm lege Iulia cautum sit, *ne minor viginti annis iudicare cogatur*: nemini licere minorem viginti annis compromissarium iudicè eligere, ideóque pœna ex sententia eius nullo modo committitur. Maiori tamen vigenti annis, si minor vigentiquinque annis sit, ex hac causa succurrendum, si temerè auditorium receperit, multi dixerunt.

Ad l. Cùm lege 41.

Ratio dubitandi, Imputari potest litigatoribus qui in minorem vigintiquinque annis compromiserunt cur talem arbitrum elegerint. Ergo si sententiam dixerit, ei stare litigatores necesse est aut pœnam debere. *leg. diem proferre 27. §. stari. supr. leg. societatem mecum 76. pro socio.* Et longè alia ratio est iudicis qui etiam in inuitum datur. *leg. inter stipulantem 83. §. 1. de verborum obligation.* Quòd si ponas ex consensu datum iudicem minorem scientibus his qui eum consenserunt, rectissimè dicitur sententiam eius valere. *leg. quidam consulebat 57. infrà de re iudicata.* vbi additur quod magis est valere omnimodo sententiam à quolibet minore dictam, nisi minor sit decem & octo annis. Quidni ergo valebit etiam arbitrium à minore latum. Siquidem arbiter nunquam nisi ex cõsensu accipitur. Ratio decidendi, Refert in hac lege Callistratus non suam sententiam, sed aliorum, vt constat ex postremis illis verbis, *Multi dixerunt*, quæ ad totam legis sententiam referuntur, Neque enim præcedentes infinitui aliud verbum vllum habent à quo regantur. Quod ab interpretibus nostris vulgò obseruatum non est, qui ab illis verbis *Maioritamen* initium paragraphi desumũt, nec rursus à librario Florentino, qui pro *committi* scripsit *committetur*, non animaduertens etiam admisso eo, futurum tamen vt æquè imperfecta sit sententia illa præcedens *nemini licere*. Et verò etiamsi maximè iudicij arbitria velis assimilare ex *l. 1. supr.* vnde proculdubio petenda esset ratio decidendi huius legis, nihil tamen aliud asse qui poteris, quàm quod facilè admittam, Non posse cogi arbitrum minorem vigintiquinque annis vt sententiam dicat. Nam neque aliud cauit lex Iulia, nisi vt minor viginti annis iudicare non cogatur. Cæterùm non prohibuit eadem lex Iulia ne iudicare possit si velit. dict. *leg. quidam consulebat.* Ergo neque argumentum ex ea sumi potest, quominus possit si velit minor viginti annis, & arbitrium recipere & pronunciare. Consequenter si hic arbiter sententiam dixerit, cui non pareatur, pœna haud dubiè committetur, vt hanc saltem habeat executionem sententia, quæ si à iudice minore viginti annis lata esset, pleniſſimam executionem meretur, qualem alia quælibet res iudicata. Nam quo casu valeret sententia iudicis, & executioni mandari posset, eo casu absurdum sit dicere poenam ex arbitri sententia non committi. Vtrumque igitur falsum illud est quod isti dicebant, Et nemini licere minorem viginti annis compromissarium iudicem ligere, & pœnam ex sentẽtia eius nullomodo cõmitti. Quanquam hoc posterius priori consequens est. Prius siquidem est vt liceat arbitrum compromissarium eligere quàm vt eius sententia committi pœna possit. Mouebat istos, vt puto, quod inutiliter eligi videatur in arbitrum ille quem prætor non possit etiam inuitum cogere vt sententiam dicat.

Sed

Sed præpostera ista argumentatio est. Non enim alios arbitros cogit prætor, quàm qui electi licitè sint. Ergo an eligi possint necne, non ex eo pendet quod cogi à prætore vel possint vel non possint, sed è contrario ideirco à prætore coguntur sententiam dicere, quod rectè sint electi. Præcedentia nõ pendent à cõsequentibus, sed consequentia à præcedentibus. Cur non ergo liceat minorem etiam viginti annis compromissarium iudicem eligere, quem etiam tanquam in iudicem pedaneum consentire vtiliter possent? Non quidem vt possit à prætore cogi sententiam dicere, sed vt si dixerit, valeat sententia, quantum arbitri valere potest, id est, quod ad hoc, vt si ei paritum non sit pœna cõmittatur. Idéque Accursius sentire videtur cùm ea verba *ex sententia eius* interpretatur de sententia per eum reddita, qui fuerit minor decem & octo annis, de quo tamẽ nullum planè in hac lege verbum.

a *Maiori tamen viginti annis.* Ratio dubitandi, Potest eligi arbiter compromissarius etiam is qui minor sit annis vigintiquinque, dummodò sit maior viginti, quia & à prætore cogi potest vt sententiam ferat: quomodo & cogi posset si iudex esset. vt proximè diximus. Ergo in integrum restitui nullomodo potest, ne cogatur sententiam dicere vbi semel arbitrium in se recepit, quia si restitui posset, neque esset cogendus, neque compromissum valeret. Exemplo eius quod dicimus de compromisso facto per minorem, si condemnatus sit minor nec parêre velit arbitrio, nihilò magis pœnam committi. *leg. 3. in principio. supr. hoc titulo*, Ratio decidendi, Siue minor sine authoritate curatoris compromiserit, siue arbiter electus sit, compromissum ipso iure valet, ex eóque proinde pœna committi potest. Sed tamen si aliqua minoris captio interuenit, æquum est eum restitui in integrum, vt & in cæteris omnibus quę minor gessit, & in quibus læsus fuit *leg. si minor 34. §. 1. supr. de minoribus.* iunct. *leg. aut prætor 7. eodem.* Id verò cùm fit, neque datur à prætore persecutio pœnę contra minorem qui compromisit *dict. leg. 3. in princip. supr. hoc titulo.* neque cogendus est minor qui arbitrium temerè recepit, putà de ea re de qua pronunciare non possit quin sibi damnum aliquod inferat fortè in qua ius ipse aliquod habeat vel dominij vel pignoris vel aliud quodlibet, vt sententiam ferat: qui tamen cogendus esset si in integrum non restitueretur. Ex quo fit tãtò apertiùs, valere compromissum ipso. Alioqui minor nulla egeret restitutione, nec ei succurrendum esset, qui nullomodo periclitaretur *leg. in causæ 16. in principio. supra de minoribus.* Nec est contrarium quod diximus in præcedentibus, Arbitrum etiam maiorem annis viginti quinque non esse cogendum sentẽtiam dicere si aliquod ex eo vel minimum damnum & incommodum sensurus sit. *leg. licèt 15 & sequent. supr. hoc titul.* Id enim tum obtinet cum post arbitrium susceptum noua damni occasio emergit, nõ etiam cùm arbiter ex ea causa damnum potest incurrere quæ præcessit compromissum, & quam ignorare non potuit eo tempore quo arbitrium recepit. Solus enim minor est qui hoc casu restitutionẽ in integrum petere potest fauore ætatis, qua id fecit quod maior & prudentior nunquã fecisset *leg. minor se in id 48. §. vlt. supr. de minor.*

b *Si temerè auditorium receperit.* Alij legunt *arbitrium.* Vtro modo legas nihil refert. Auditorium enim recipit qui arbitrium recipit, cùm se obl get vt litigatores audiat, & inter eos pronuncier. Vnde & Auditores passim hodie apud Italos appellantur, qui verè sunt iudices.

c *Multi dixerunt.* Et malè vt ostendimus. Non ergo credendus est Callistratus idem sensisse. Sic Papin. in *l. si fideiussor 19. §. de dolo.* aliorum sententiam simpl citer refert, quam tamen ipse improbat in *leg. Stichum & Pamphilum 65. in f. princ. de solut.* Sic Vlpianus Papiniani sententiam retulit in *l. Papinianus 23. de donat. int. vir. & vxor.* quam i dem improbauit in *leg. cùm hic status 32. §. siue autem* iunct. *leg. si stipulata 33. eod. vt scripsi lib. 2. Coniect. cap. 7.* Et sanè non ita scripsisset Callistratus *multi dixerunt* si nos eo iure vteremur. Sic enim loquuntur qui explosas aliorum sententias referunt, quas nec curant refellere.

42. Papinianvs lib. 2. Responsorum.

ARbiter *intra certum diem seruos restitui iussit*: quibus non restitutis, pœnæ causa fisco secundùm formam compromissi condemnauit, ob eam sententiam fisco nihil aduritur: sed nihilo minùs stipulationis pœna committitur[a], quòd ab arbitro statuto non sit obtemperatum.

Ad l. Arbiter intra certum diem 42.

Ratio dubitand. Arbiter qui vnum ex litigatoribus. nolẽtem parêre sententiæ & seruos suos restituere quos restitui iusserat, condemnauit fisco pœnę nomine secundùm formam compromissi, fecit vtiq; id quod facere potuit & debuit, cùm secutus sit formam à litigatoribus prescriptam. Nam nec alitet pronunciare potuisset *l. non distinguemus 32. §. de officio. ã. l. arbiter ex compromisso 50. ff. eo. Ergo recusare* non potest qui condemnatus est, quominùs pœnã fisco adiudicatam præstet, quasi sua potiùs & priùs quàm arbitri sententia condemnatus. Ratio decidendi. Nihil ob eiusmodi sententiam fisco acquiri potest, non quia arbiter ita pronunciare non potuerit & debuerit secundùm formulam compromissi, sed quia ex litigatorum stipulatione nihil potuit acquiri fisco vt nec alij cuilibet, cùm alteri stipulari nemo possit *l. stipulatio ista 38. §. alteri. de verb. oblig.* Sed tamen non eò minùs pœna stipulationis committitur in vtilitatem stipulatoris, quia verum est statuto & sententię arbitri obtemperatum non fuisse.

a *Sed nihilominùs stipulationis pœna committitur.* Ratio dubitandi, Quoties quis alteri stipulatur siue pœnam siue aliud quidlibet, stipulatio inutilis est, nisi vel stipulatoris interfit acquiri alteri, vel stipulator sibi pœnam stipulatus sit, si alteri id quod promissum fuit non præstetur *d. le stipulatio ista 38. §. alteri. de verbor. oblig.* Atqui stipulatio inutilis committi nunquam potest. Nec enim esset inutilis si casum aliquem vtilem haberet *leg. heres à debitore 21. §. cùm & tu. infr. de fideiussoribus. leg. Stichus 39.*

in fin. de manum. testam. Ergo cùm in proposita specie litigatores fisco pœnam inutiliter stipulati sint, quam nec sibi acquirere aut stipulari voluerunt, dicendum est stipulationem hanc pœnalem committi nullomodo posse, quia eo modo quo concepta est, committi non potest. Sicuti diximus, Si mihi & Titio, in cuius potestate non sim, stipuler decem, non tota decem, sed sola quinque mihi deberi vt pars aliena deducatur, & quod extraneo inutiliter stipulatus sum vt non augeat meam partem *l. si mihi & Titio 110. in princ. de verbor. obliga.*

Ratio decidendi. Hæc stipulatio pœnalis duo cõtinet. Primum est vt si arbitro non parebitur, pœna præstetur. Alterum vt ea pœna fisco pendatur. Prior pars stipulationis vtilis est, posterior verò inutilis. Ergo quamuis pœna isthæc fisco acquiri non possit, cum nihil ex litigatorum stipulatione acquiri potuit, non cõmittitur tamen dicendum est committi stipulationem fauore & commodo stipulatoris, ne vtile per inutile vitietur. argum. *leg. placuit 19. de vsuris.* item ff. *leg. fundus illo 64. de contrahend emption.* Atqui, inquies, nihil sibi acquirere voluit stipulator. Dicendum quoque potius est nihil actum esse. Respondeo, non posse dubitari quin id actum sit omnino vt compromissum valeret. Ergo & vt pœna ex eo committi posset cùm alioqui valere non posset *l. non distinguendum 32. §. 1. & §. summa rei est. 3. hoc tit.* Proinde si committi non possit in vtilitatem fisci, cui eam acquirere stipulatores voluerunt, ex ordine & ratione est vt saltem stipulatori acquiratur, ne contra voluntatem stipulatorum & autoritatem arbitri, qui aliter arbitrium non recepisset, impunitum sit factum eius qui arbitro noluerit obtemperare. Aliud esset si quis ab initio stipulatus esset fisco aut alteri inutiliter. Tunc enim nec stipulatori ipsi quicquam ex eiusmodi stipulatione acquireretur, quæ scilicet principalis esset non accessoria, nec ab alio vllo negotio penderet, ex quo interpretationem talem recipere posset qualè recipit hæc stipulatio pœnalis, de qua nũc agimus. Hodie vix vllus huic legi locus esse potest. Etsi enim frequentissimum est vt in cõpromissis stipulatio interponatur de pœna fisco vel in totum vel pro parte præstanda, semper tamen interuenit stipulatio notarij, quem certum est posse stipulari fisco vt & alij cuilibet, posteaquam placuit ex receptissima gentium ferè omnium consuetudine posse notarium cuilibet vtiliter stipulari, adeò vt ex eius stipulatione directa quoq; actio alij acquiratur. De quo scripsimus alibi.

43. SCÆVOLA lib. 1. Responsorum.

DE rebus controuersiisque omnibus compromissum in arbitrum à Lucio Titio, & Mæuio Sempronio factum est: sed errore quædam species in peritia Lucio Titio deductæ non sunt: nec arbiter de his quicquam pronunciauit. Quæritum est an species omissæ peti possint. Respondit, peti posse nec pœnam ex compromisso committi, quòd si malignè hoc fecit, petere quidem potest, sed pœnæ subiugabitur.

Ad l. De rebus 43.

Ratio dubitandi. In compromissis sicut in cæteris stipulationibus & contractibus omnibus inspiciendum maximè est quid dictũ, sed multo magis quid actum sit. *l. semper in stipulationib. 34. de reg. iu.* Atqui in proposita specie ponimus id actum, adeóq; dictum fuisse, vt de rebus & cõtrouersiis omnibus, quæ inter Lucium Titium & Mæuiũ Sempronium essent compromissum fieret in arbitrum. Ergo quamuis per errorem species quædã, id est, res aliquæ omissæ sint nec in petitionem à Lucio deductæ, indéq; factum sit vt neque arbiter de iis quicquã pronunciauerit, dicendum tamen est nec id de quo pronunciatum fuit peti posse quin pœna eo nomine cõmittatur. Ratio decidend. Nõ aliter pœna cõmittitur, vbi sententia ex compromisso reddita est, quàm si aduersus arbitri sententiã fiat: Fit autem aduersus arbitri sententiam cùm vel id petitur quod arbiter peti vetuit, vel ab eo à quo arbiter peti noluit. *leg. aduersus 29 §. hoc tit.* Atqui ponimus nihil pronunciatum fuisse ab arbitro de ea re quæ post sententiam petitur. Vt neq. potuit arbiter nisi stultè pronunciare de ea re quę non fuerat in petitionem deducta *leg. vlt. C. de fideic. libert.* Ergo etiamsi res illa post sententiam petatur, pœna tamen ex ea causa committi nullomodo potest. Non enim hac parte inspiciẽdum est quid litigatores in compromissum deducere voluerint, at neque quid deduxerint, sed hoc vnũ, quid arbiter pronunciauerit, vt sciri possit an quid aduersus sententiam fiat. De illo potiùs dubitari possit an sententia valeat per quam de omnib. controuersiis pronunciatũ nõ sit, cùm tamẽ in compromisso id actum esset, vt de omnibus pronunciaretur. Proponebatur enim in hac specie vnũ idémque generale compromissum, ita conceptũ vt non possent videri tot esse compromissa quot erãt res & controuersiæ in cõpromissum deductæ. Iuxta distinctionem *l. quid tamen 1. §. hoc tit.* Sed id eò pertinet, vt si per culpam vel errorem arbitri id contigerit, sententia ipsius non valeat. In proposito autem contigit per errorem & incuriam litigatorum, qui neque in compromissis, neque in mutuis petitionibus quicquam dixerant de ea re, quæ nunc petitur. Sententia igitur valet, & valeret quantumuis actum esset expressim vt non aliter valeret quàm si de rebus & controuersiis omnibus pronunciatum inueniretur. Vnde enim potuit arbiter diuinare? Itaq. falsa est distinctio quã hîc Accurs. ponit an expressè actum sit an tacitè vt arbiter de omnib. pronunciet, quasi valeat posteriore casu sententia, non etiã priore, quòd plus valere soleant expressa quàm tacita. Nam siue expressè siue tacitè actum sit vt de omnibus pronuncietur, nõ valet sententia de quibusdam tantùm lata, si per arbitri aut errorem aut imperitiam id factum sit, quod euenit quoties res & cõtrouersiæ omnes vel in compromisso, vel saltem in petitione post cõpromissum facta expressæ fuerũt. Valet autem si per litigatorum aut errorem aut imperitiam aliquid omissum sit, vt nihil arbitro imputari queat cur de eo non pronunciauerit, vt in specie huius legis. Alia ratio transactionis est. Si enim generaliter facta sit, & eo acto vt à litibus & controuersiis omnibus discederetur, non poterit retractari sub prætextu specierum postea repertarum, quamuis de iis non fuerit in specie cogitatũ *leg. sub prætextu specierum 29. Codic. de transact.* quia sufficit fuisse cogitatum in genere à litigatoribus, de quorum duntaxat voluntate quærendũ est in transactionib. At in proposita specie non quid à litigatoribus cogitatum, sed quid ab arbitro pronunciatum sit, inspiciẽdum est vt pœna committatur. Atqui lex nostra ponit nihil ab arbitro pronunciatum fuisse de iis rebus quæ postea sunt petitę, Sic enim Scæuola scribit, *nec arbiter de his quicquam pronunciauit.* Ergo quamuis litigatores id senserint, vt generaliter controuersiæ omnes in compromissum deducerentur, pœna tamen non committetur. Neque recipienda est Accursii interpretatio, qui supradicta verba sic intelligit, vt nihil arbiter de rebus postea petitis pronunciauerit expressim & specialiter, pronunciauerit tamen tacitè & in genere, putà si sic dixerit, *Fundum Tusculanum iubeo tibi restitui, in cæteris omnibus aduersarium tuum absoluo.* Non enim dici potest nihil pronunciasse is qui per tam generalem clausulam de omnibus pronunciauit. Nec dubitandum est quin eiusmodi generali clausula res omnes & controuersiæ contineantur, de quibus pronũciare arbiter potuit. Ergo vel ponimus potuisse arbitrum ea sententia pronunciare de rebus postea petitis, vel non potuisse ideò quòd nondum fuerant petitæ. Si potuit, haud dubiè voluit qui tam generalẽ clausulam adscripsit, ac proinde bona erit hoc casu transactionis & arbitrij generalis comparatio. Si non potuit, nihil planè refert an generalem clausulam adscripserit, an omiserit. Magis autẽ esse puto vt non potuerit arbiter pronunciare de iis rebus quæ non fuerant in petitionem deductæ, quamuis generale cõpromissum fuerit de rebus & controuersiis omnibus: quia nec iudex nec arbiter de aliis rebus pronunciare potest, quàm quæ fuerint petitę *dict. leg. vlt. C. de fideic. libert.* & longè facilius est vt transactio generalis fiat quãuis petitio fuerit specialis in *d. l. sub prætextu.* quàm vt arbitri sententia sit generalior petitione, quoniã transigentes cùm de rebus suis pro arbitrio disponant, possunt in transactionem deducere illa etiam quæ in petitionem deducta non sunt, arbiter verò non item, quippe qui de iis tantùm quæ petita sunt pronunciare cogitur, de aliis autem quæ petita non sunt nec debet, nec etiamsi maximè velit, potest. Accursium fefellit quod in huius legis fine scriptum est, Si petitor malignè omiserit ante sententiam arbitri id petere quod post sententiam petit, petere quidem posse, sed fore vt pœnæ subiũgetur. Quomodo enim poterit, inquit, pœna committi ob eam rem, de qua arbiter neque expressè neque tacitè, neque in specie neque in genere pronunciauerit? Et sanè ità est. Fieri nequit vt pœna committatur, tanquam non sit paritum sententiæ arbitri, si nihil pronunciauerit arbiter de eo quod post ipsius sententiam petitur. Nec sola peritoris malignitas & dolus facere potest vt pœna committatur, si non etiam illud concurrat vt quid faciat contra sententiam arbitri. Quemadmodum igitur dolus litigatoris facere non potest vt quicquam pronunciasse videatur arbiter de re nunquam petita, adeóque nec vt sciatur quid ille fuerit pronunciaturus, cùm etiamsi iniquè pronunciasset, eius tamen sententiæ nihilominus standum esset: ita nec facere potest vt pœna committatur, quæ ità necessarium antecedens supponit pronunciationem cui non pareatur. Quare non dubito quin Scæuolæ non sit, sed vel Triboniani, vel imperiti interpretis tota illa postrema clausula, *quòd si malignè hoc fecerit, petere quidem potest, sed pœnæ subiugabitur.* Nam præter id quod nunquam ita loquuntur Iureconsulti vt dicant *pœnæ subiugari* pro eo non potest *pœnam committi.* illud etiam ridiculum est monere peti posse id de quo arbiter minimè pronunciauerit, cùm illa quoque de quibus non petendis ex compromissi forma pronunciauit, peti tamen possint. Sed neque probabile est Scæuolam, qui nunquam respondere solet nisi ad ea quæ ex facto proponuntur, casum illum attingere voluisse, quo malignè actor eam rem quam post sententiam peti omisisset, cùm ex facto proponeretur per errorem omissum id fuisse non malignè & dolosè.

44. IDEM. lib. 2. Digestorum.

INter Castellianum, & Seium controuersia de finibus orta est: & arbiter electus est, *vt arbitratu eius res terminetur.* ipse sententiã dixit, præsentibus partibus & terminos posuit. Quæsitum est, an, si ex parte Castelliani arbitro paritum non esset, pœna ex compromisso commisa est. Respondi, si arbitro paritum non esset in eo, quod vtroque præsente arbitratus esset, pœnam commissam.

Ad l. Inter Castellianum 44.

Ratio dubitandi. Non aliter cõmittitur pœna ne quidẽ ob id quòd nõ sit paritũ sententię arbitri, quã si arbiter dari quid fierive alij ab alio ex litigatoribus pronunciauerit, in eóque non pareatur *l. non ex omnibus 39. §.* Atqui in proposita specie, non alium alij arbiter condemnauit, sed ipse terminos posuit, nec eos à litigatoribus amoueri vetuit. Ergo etiãsi postea ab altero ex litigatoribus amoueantur, non ideò tamẽ pœna cõmittetur. Ratio decidendi, Arbiter sumptus ad dirimendam litẽ finiũ regundorũ potest ipse terminos ponere, quemadmodum & iudex posset *l. 2. §. iudici l. si irruptione 8. §. 1. inf. fin. regun.* Nam & hoc modo lis tota dirimitur, & finis cõtrouersiæ imponitur etiam citra condemnationem, quod sufficit vt sententia rectè ritéq. ab arbitro dicta videatur. Ergo si quis ex litigatoribus eos terminos, quos arbiter posuit, postmodũ amoueat, perinde pœna committetur. Quid enim refert an quid fiat contra id quod arbiter fieri præcepit, an verò contra id quod arbiter ipse fecit? Immò arbitri autoritas hoc posteriore casu magis & euidentiùs contemnitur quàm priore, quę res pœnę committendæ locum potissimè facit.

45. VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

IN compromissis arbitrium personæ insertum personam non egreditur.

Ad l.In compromiſſis 45.

Ratio dubitandi. Ex cõpromiſſo eligitur arbiter tanquã vir bonus *l.3.§.tametſi.* ſ. *h.tit.* Ergo nihil fit contra compromiſſum ſi arbitrium ab ea perſona quę fuit nominata in aliam transferatur, quia quod nominatim perſona aliqua comprehenſa eſt cuius arbitratu quid fiat, non cò minùs alterius viri boni cuiuſlibet arbitrium ſpectandum eſt: *l.ſocie.atem meum* 76. *in fi.& ſeqq.ff. pro ſocio l.hæc venditio* 7. *de contrahend.empt.*

Ratio decidend. Cùm ex compromiſſo itur ad arbitrium, itur quidem tanquam ad virum bonum, ſed non tanquam ad quemlibet virum bonũ, at tanquam ad perſonam certam, cuius arbitrio ſtandum ſit omnimodo, id eſt, quantumuis iniquum ſit, & aliter redditum, quàm quomodo vir bonus fuerat redditurus *l.diem proferre* 27. *§. ſtari.* ſ. *& dict.l.ſocietatem.* vbi dicitur non poſſe hoc caſu peti vt arbitri ſententia redigatur ad arbitrium boni viri, ne ſcilicet præpagentur arbitria, ſi ab ea perſona cuius electa iudicia eſt, in aliam perſonam transferantur. *l.non diſtinguemus* 32. *§.queſtum.ſupr.hoc tit.* Quod & Iuſtinianus in *l.vlt.C. de contr.em.pt.* ad alios caſus omnes protraxit, in quibus quid collatum ſit in arbitrium certæ perſonæ. Sublata illa diſtinctione quæ toto iure vetere obtinuit an in perſonam certam, an in boni viri arbitrium contrahentes reſpexerint, cùm certam perſonam nominarunt, vt in *d.l.ſocietatem.in fi.* Iunge *l.ſi quis arbitratu* 43. *de verb. oblig.*

46. PAVLVS libro 12. ad Sabinum.

DE his rebus & rationibus & controuerſiis iudicare arbiter poteſt, quæ ab initio fuiſſent inter eos, qui compromiſerunt, non quæ poſtea ſuperuenerunt.

Ad l.de his rebus 46.

Ratio dubitandi. Receptæ arbitrium is videtur qui finem de ſua ſententia controuerſiis omnibus impoſiturum pollicetur, ideóque nec aliter ſententiam dixiſſe credendus eſt, quàm ſi ita pronunciauerit vt litigatores à tota controuerſia diſcedere velint *l.Pomponius* 13. *§.recepiſſe l qualem* 19. *§.dicere.ſub hoc titul.* Ergo non tantùm de his rebus & controuerſiis & rationibus iudicare arbiter poteſt & debet, quę ab initio fuerunt inter eos qui compromiſerunt, ſed etiam ſi quæ poſtea ſuperuenerunt. Quidni enim dicamus hoc actum eſſe inter litigatores, vt tantò citiùs & faciliùs lites omnes dirimãtur? Nam ſi is qui bona ſua omnia generaliter obligar, licèt nihil de futuris dixerit, tamen futura quoque obligaſſe intelligitur *leg.v'tim.Cod.ic.quæres pign. oblig poſſ.* quantò iuſtior & probabilior eſt illa interpretatio, vt qui de ſuis omnibus controuerſiis compromiſerunt, etiam de futuris ſenſiſſe intelligantur, ſi quæ ſuperuenirent durante compromiſſo?

Ratio decidendi, De eo pronunciare arbiter poteſt & debet de quo ſumptus fuit *l. non diſtinguemus* 32. *§.de officio.* ſ. Non poteſt aũt videri ſumptus de iis cõtrouerſiis quæ compromiſſi tempore nullæ adhuc fuerũt. Sicut nec videri poteſt in iudicium veniſſe id quod poſt iudicium acceptum accidiſſet *l. non poteſt* 23. *ff. de iud.* Nec aliud eſſet in obligatione bonorum omnium vt futura non contineretur, niſi Iuſtinianus contrariam rationem induxiſſet in *d.l.vlt.C.quæ res pig.obl.poſſ.* Nunquam.n.cõtinentur futura in diſpoſitione facta per verba quæ præſens tempus denotent aut expreſſim aut vi ipſa. *leg.ſi ita eſſet* 7. *de aur.& argent.legat.*

47. IVLIANVS lib.4.Digeſtorum.

SI compromiſſum ita factum eſt, *vt præſente vtroque, aut heredibus eorum, arbiter ſententiam dicat*, & alter ex litigatoribus deceſſerit, pupillo hærede relicto: non aliter videtur ſententia dicta eſſe, niſi tutoris auctoritas interpoſita fuerit.

1 ¶ Item, ſi alter ex compromittentibus furere cœperit:

48. MODESTINVS lib. 4. Regularum.

ARbiter ad ferendam ſententiam non compelletur.

Ad l.Si compromiſſum 47. *& l.Arbiter* 48.

Ratio dubitandi, Dicet ſententiam arbiter, quoties pronunciat ſecũdùm formam compromiſſi de ea ipſa re de qua compromiſſum fuit. *leg.non diſtinguemus* 32. *§. de officio. ſupr. hoc titulo.* Atqui in propoſita ſpecie nihil aliud dictum eſt in compromiſſo, niſi vt arbiter præſente vtroque litigatore aut præſentibus eorum heredibus ſententiam diceret. Ergo ſi alter ex litigatoribus deceſſerit, quãuis relicto herede pupillo, aut ſi alter ex litigatoribus furere cœperit, ſatisfacit tamen compromiſſo arbiter qui præſentibus illis ſententiam dicit, tametſi nec tutorem pupilli adhibeat nec curatorem furioſi. Non enim eo minùs verum eſt heredem præſentem eſſe, quòd ſit pupillus, aut litigatorem furioſum eũdem illum eſſe qui erat ante furorem. Alioquin iniquum eſt eum qui cum pupillo non contraxerit, neque cum furioſo, expectare pupilli pubertatem, aut furioſi reſipiſcentiam *l.3.§.1.ex qui. eauſ. in poſſeſſ. eat.* aut ignorantiam pupilli quæ per ætatem, vel furio ſi quæ per furorem contigit alii eſſe captioſam *leg.quod autem* 8. *§. ſi quid cum pupillo.quæ in fraudem creditor.* Ratio decidendi. Neque pupillus neque furioſus præſens eſſe intelligitur, ſi non habeat ille tutorem, & hic curatorem *leg. diem proferre* 27. *penult.* vbi dixi *ſupr.* Non ergo expectanda eſt pubertas pupilli aut reſipiſcentia furioſi, ſed prouidendum vt vel pupilli tutor adſit vel curator furioſi, vtiq; in eam rem tutor detur pupillo, vel curator furioſo ſi nullus dum datus ſit.

49. PAV-

49. IVLIANVS libro 4. Digeſtorum.

SED & interpellatur, quò minùs ſententiam dicat: quia nihil coram furioſo fieri intelligitur. Quod ſi furioſus curatorem habet, vel habuerit adhuc litigio pendente, poteſt præſente curatore, ſententia dici [a].

Ad l.Sed & interpellatur 49.

Interpellari arbitrum dixit hîc Iulianus non pro eo quod eſt denunciari, vt malè interpretatur Accurſius, (quis enim arbitrum interpellabit furioſi nomine?) ſed pro *impediri*. Nam etſi nemo denunciet arbitro ne ferat ſententiam, impeditur tamen ſatis ne eam ferat hoc ipſo, quod nemo adeſt pro furioſo coram quo pronunciare ſententiam poſſit: cùm eo quoque caſu, quo nihil dictum eſt de pronuncianda ſententia vtroque litigatore præſente, non aliter tamen poſſit videri arbiter functus officio ſuo, quàm ſi coram litigatoribus ſententiam dixerit, ac proinde coram ſapientib. *d.l.diem proferre* 27. *§. penultim.* vbi dixi. & ad *l.proxim.præced.ſupra*. Nihil autem coram furioſo fieri intelligitur, vt hîc Iulianus ait.

a *Poteſt præſente curatore ſententia dici.* Ratio dubitandi. Sententia debet dici coram ipſis litigatoribus. etiam cùm nihil de eo dictum eſt *d. l. diem proferre* 27. *§.pen.* ſ. Arqui in lite ab eo vel contra eum inſtituta qui poſt compromiſſum incidit in furorem, furioſus ipſe litigator eſt non etiam curator eius. Ergo non ſufficit ſententiam dici curatore præſente, niſi ipſi quoque furioſus præſens ſit, quomodo & præſenti pupillo dicenda ſententia eſt interueniente tamen tutoris autoritate *d. §.pen.& d l.prox.præced.*

Ratio decidendi. Alia ratio eſt pupilli, alia furioſi, alia tutoris, alia curatoris. Tutor ſupplet iudicium duntaxat non etiam præſentiam pupilli, ideóque multa ſunt quę tutor facere non poteſt nomine pupilli, & quæ pupillum ipſum facere neceſſe eſt ex tutoris tamen autoritate. Curator verò furioſi ſicuti perſonæ ipſi nec tantùm bonis datur, ita plus iuris habet quàm tutor pupilli, in eo nimirum quod omnia poteſt & debet ipſe facere nomine furioſi, furioſus verò eo autore nihil prorſus, quia nec furioſi perſona vlla eſſe creditur cùm animus ei abeſſe intelligatur, & idcirco non modò iudicium, ſed ipſam quoque propemodum vt ita dixerim perſonam furioſi ab eius curatore ſuppleri oportet *l. in negotiis* 5. *de reg.iur.* Cuius diuerſitatis ratio illa eſt, vt alibi ſcripſimus, quod certum eſt ætatem allaturam pupillo iudicium: at furioſo reſipiſcentiam non item.

1 ¶ Arbiter adeſſe litigatores vel per nuncium, vel epiſtolam iubere poteſt.

Ad §.1.Arbiter.

Ratio dubitandi. Arbiter non niſi coram litigatoribus ſententiam dicere debet, vt proximè diximus ex *d.l.diem proferre* 27. *§.pen.* ſ. Ergo nihil per nuncii, vel per epiſtolam iubere poteſt. Eſt enim iſtarum rerum vſus propter abſentes comparatus.

Ratio decidendi. Non niſi abſens eſſe poteſt is qui adeſſe iubetur. Proinde non poteſt eo præſente fieri vt adeſſe iubeatur qui iam adeſt, nec ad hanc rem pertinet quod dicimus arbitrum coram litigatoribus pronunciare oportere, ſed ad ſententiam deſinitiuam, qualis iſta non eſt quæ nec abſolutionem continet, nec condemnationem, ſed litigatores ad operam duntaxat præbendam obligat. Idem eſt ſi arbiter diem cõpromiſſi proferre velit *d. l.diem proferre* 27. *in princip.* vbi dixi. ſ. *h.t.* Et ita debet accipi quod hîc notat Accurſius interlocutoriam abſente vna parte ferri poſſe, nimirum illam per quam abſens euocatur vt adſit. Alioqui nulla erit ratio abſentis euocandi. Cæterùm falſa erit ea propoſitio ſi generaliter intelligatur, quod nec Accurſ. negat ex *l. præcedente* 4. *de dilat.*

2 ¶ Si ab altera duntaxat parte hæredis mentio comprehenſa fuerit, compromiſſum ſoluetur morte cuiuſque ex litigatoribus: ſicut ſolueretur altero mortuo, ſi neutrius hæredis perſona comprehenderetur.

Ad §.2.Si ab altera.

Ratio dubitandi. Compromiſſum non ſoluitur morte litigatorum quoties heredum mentio facta eſt *l.diem proferre* 27. *§.1.l. non diſtinguemus* 32. *§. ſed etſi heredis.* ſ. Ergo ſi ab altera duntaxat parte heredis mentio comprehenſa fuerit, compromiſſum non ſoluetur ipſius morte, quomodo ſolueretur altero mortuo ſi neutrius litigatoris heredis perſona cõprehenſa eſſet, ſed tantùm morte illius de cuius herede nihil dictum fuit. Ne alioqui eueniat vt fruſtrà & inutiliter heredis mentio ex vna parte expreſſa ſit.

Ratio decidendi. Nihil refert an ex alterutra tantùm, an ex neutra parte heredis mẽtio facta ſit, quia compromiſſi obligatio mutua eſt nec debet claudicare *l.litigatores* 11. *§.pen.l.quid tamen* 21. *§.pen.* vbi dixi. ſ. Claudicaret autem compromiſſum ſi morte vnius ex litigatorib. ſolueretur, morte verò alterius non item: iudicij alia ratio eſt. Neutrius enim morte ſoluitur, ſed ad defuncti heredem tranſit, quia inter inuitos locum habet. Sic neque ipſius iudicis morte ſoluitur iudicium, cùm tamen arbitrium morte arbitri finiatur *l.mortuo* 60. *l.proponebatur* 76. *infra de iudic.* iunct. *l. in compromiſſis* 43. *ſupr.l.pen. Cod. de pedan. iudic.*

50. ALFENVS lib.7.Digeſtorum.

ARbiter ex compromiſſo ſumptus, cum ante eum diem, qui conſtitutus compromiſſo erat, ſententiam dicere non poſſet, diem compromiſſi proferri iuſſerat, alter ex litigatoribus dicto audiens non fuerat. Conſulebatur, poſſétne ab eo pecunia ex compromiſſo peti. Reſpondi, non poſſe: ideò quòd non eſſet arbitro compromiſſum, vt id haberet.

Ad l.Arbiter ex compromiſſo 50.

Ratio dubitandi, Committitur pœna quoties non paretur ſententiæ arbitri in eo quod ad operam præbendam pertinet *lege non ex omnibus ſupra*. Atqui ad operam præbendam hoc pertinet vt dies compromiſſi proferatur, quoties arbitro cõpromiſſo ſumptus ſententiam dicere non potuit.

ante cum diem qui compromisso erat constitutus: Operam siquidem præbere nihil aliud est quàm id facere sine quo arbiter sententiam ferre non possit. Ergo si ex hac causa non pareatur arbitro pœna committetur. Ratio decidendi. Arbiter nihil extra compromissum facere potest, & ideò si nihil in compromisso adiectum sit de die compromissi proferenda, & arbiter iubeat diem proferri, impunè ei non parebitur *l. non distinguemus 32. §. dicis §. de officio. & §. vlt.* ff. vbi dixi.

51. MARCIANVS lib. 2. Regularum.

SI de re sua quis arbiter factus sit: sententiam dicere non potest: quia se facere iubeat, aut petere prohibeat: neque autem imperare sibi, neque se prohibere quisquam potest.

Ad l. Si de re sua 51.

Ratio dubitandi. Non est nouū vt quis in sua causa iudex constituatur, si modò id fiat consentiente adeóque deferente aduersario. Nam id euenit quoties alter alteri iusiurandum defert quod vulgò litis decisorium appellant *l. 1. §. quar. rer. act. non det.* Nec enim volenti fit iniuria, *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aqua plu. arc. l. nemo videtur 145. de reg. iur.* Ergo & imputare sibi debet is qui in aduersarium ipsum tanquam arbitrum compromiserit. arg. *l. diem proferre 27. §. ffari. ff hoc titu.* Ratio decidendi. Arbiter esse nemo potest sententiam dicere, cum in hoc maximè officium arbitri versetur *l. Pomponius 13. §. recipisse l. qualem 19. §. dic. re. ff.* Nemo autem potest sententiam dicere quin aliquem ex litigatoribus facere iubeat vel prohibeat, & ita cogeretur arbiter sic pronunciare vt se vel facere iuberet vel petere prohiberet, quod tamen ne facere possit, illud impedimento est, quod neque imperare sibi neque prohibere quisquam potest *l. Lucius 40. in fi. de fideic. libert. l. si quis in principio 22. de leg. 3.* cum nemo sit dominus sui ipsius, at ne quidem membrorum suorum *l. liber homo 13. ad leg. Aquil.* In qua tamen ratiocinatione subintelligendum illud est, eum qui tanquam arbiter inter se & aduersarium suum sumptus, non potest seipsum quid facere iubere, aut ne faciat prohibere, nec aduersarium suum condemnare posse, quoniam si posset vtique claudicaret compromissum ex quo neque sententia ferri pro altero ex litigatoribus neque pœna committi nisi ex vna parte posset: Quod tamen ex iuris ratione fieri nequit *l. litigatores 11. §. pen. l. quid tamen 21. §. pen. ff.* Eadem ratio facit vt nemo possit esse iudex in causa sua quantum ad hoc vt sententiam ferat per absolutionem vel condemnationem *l. Iulianus ait 17. §. de iudic.* neque rursum ius dicere *l. qui iurisdictioni 10.* vbi dixi. *sup. de iurisdict.* Iunge *tit. C. ne quis in caus. sua iudic. vel ius dic.* Quamuis possit quis etiam in causa sua iudex esse iurando vt dixi ex *d. l. 1. quar. rer. act. non det.* quia is qui iurat, neque absoluit, neque condemnat, sed ex iureiurando suo vel absoluendus est à iudice vel condemnandus. Solemus tamen dicere suæ quemque rei arbitrum esse *l. in re mandata 21. C. mandat.* sed sumpto arbitri nomine pro moderatore vt ea ipsa lex ostendit. Alias huius vocis significationes vide apud Accursium. Quid ergo si quis compromiserit in inimicum? Putat Accurs. reducendū esse arbitriū ad arbitrium boni viri, si fortè excedat modum, i. si immodicè iniquum sit ex *l. si libertus ita iuraverit 30. infra de oper. libert.* Sed ego non probo, quia debet sibi imputare qui in talem compromisit *d. l. diem proferre. §. ffari.* nisi superuenerint inimicitiæ post compromissum *l. non distinguemus 32. §. cùm quidam.* vbi dixi. *supra eodem.* Denique nunquam recurritur ad arbitrium boni viri cùm ad arbitrum itum est ex compromisso *l. societatem mecum 76. infra pro socio.* nec de huiusmodi arbitro Celsus loquitur in *dict. l. si libertus.*

52. IDEM lib. 4. Regularum.

SI qui iussus est arbitro ex compromisso soluere pecuniam, moram fecerit: pœnam ex compromisso debet: sed postea soluendo, pœna liberatur.

Ad l. Si quis ab arbitro 52.

Ratio dubitandi. Stipulatio semel commissa nunquam resoluitur *l. habere licere 57. in fin. iunct. l. evicta 16. §. si seruus inf. de evict.* Atqui commissa est stipulatio pœnalis ex compromisso statim atque mora facta est solutioni, quia ex eo instanti verum est dicere, arbitrio non fuisse obtemperatum. Ergo nihil proderit ad pœnam euitandam, si is qui semel in eam incidit postea pecuniam offerre & satisfacere quandoque velit.

Ratio decidendi. Stipulatio quidem non resoluitur ipso iure sed mora purgatur, vt ei qui nunc satisfacere paratus est doli exceptio detur, si modò neque lis adhuc contestata sit super pœna, neque adhuc quicquam interfit stipulatoris *l. quid tamen 21. §. vlt. & legib. seq.* vbi dixi. §. *hoc ti.*

NAVTÆ, CAVPONES STABVLARII, VT RECEPTA RESTITVANT.

TIT. IX.

VLPIANVS lib. 14. ad Edictum.

AIt prætor: *nautæ, caupones, stabularij, quod cuiúsque salvum fore ceperint, nisi restituant, in eos iudicium dabo.* 1 ¶ Maxima vtilitas est huius edicti: quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, & res custodiæ eorum committere. Ne quisquam putet [a], grauiter hoc aduersus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant, & nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus aduersus eos: quos recipiunt, coeundi: cùm ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus.

Naut. caupon. stabul. vt recept. restit. Tit. 9.

Ratio dubitandi. Non est succurrendum ei cui potest imputari cur non cautiùs fuerit negotiatus. *l. 2. C.*

leg. 1. Codic. de furt. & seruo corrupt. quia nec damnum videtur vllum sentire is qui non nisi ex culpa sua sentit. *leg. quod quis ex culpa 203. de regul iur.* Ergo non debuit prætor hoc edictum proponere contra nautas, caupones, stabularios, & actionē in factum polliceri ei qui huiusmodi personis merces suas tradiderit custodiendas, cùm possit ipsi imputari cur non fuerit expressim stipulatus vt sibi restituerentur quomodo stipulari poterat & debebat ad hoc vt personalem actionem acquireret. Alioqui contentus esse debet vindicatione si res extent, aut ad exhibendum si non extent. Ratio decidendi. Maxima est vtilitas huius edicti, quia plerunque necesse est, huiusmodi personarum fidem sequi, & res suas custodiæ ipsarum committere, & nisi sic esset à prætore constitutum, materia daretur istis coeundi cum furibus aduersus eos quos recipiunt, vt ex eo apparet quod ne nunc quidem abstinent iis fraudibus in quarum pœnam propositum est hoc edictum. Probabilius moueri quis possit vt putet superuacuum esse hoc edictum, ex eo quod etiam ciuili actione ex hac causa agi potest. *l. 3. §. 1. ff.* Sed nos ad hunc dubitationem respondebimus cum Vlpiano in *d. §. 1.* vbi dicemus pleniorem esse hanc in factum actionem quàm sint ciuiles ex eadem causa comparatæ. In eo nimirum quòd hoc edicto omnimodo is qui recepit tenetur, id est, etiamsi sine culpa eius res perierit vel damnum datum sit, nisi si quid fatali damno contigit, cùm cæterisactionibus dolus non sit siue dolo, vel saltem culpa interueniente *d. §. 1.* Cæterùm est etiam alia in factum actio in duplum ex hoc edicto, & ex parte pœnalis, de qua in *l. pen. §. pen. & l. vlt. §. 1. ff.* & in *l. vnic. §. 1. furt. aduers. naut. caup. stabul.* Sed illa ex quasi maleficio est, ista ex quasi contractu. Illa pœnalis saltem ex parte, hæc verò rei persecutoria. *l. 3. §. pen. ff.* vtraque tamen honoraria. Illa locum habet quando nautæ caupones stabularij saluum fore non receperunt. *dict. leg. vnic. §. quòd si receperit.* Hæc verò quando receperunt, vt ex primis edicti verbis apparet. At quid simile aut commune habet hoc edictum, cum superiore in quo agebamus de arbitris? Nempe quod vtrumque est de receptis, sed illud De receptis arbitriis quomodo legendum est in *tit. C. de recept. arbitr.* non vt vulgò De receptis arbitris (arbitria enim recipiuntur, arbitri verò non recipiuntur, sed recipiunt.) Hoc verò est de receptis mercibus, aliisve rebus. Prior pars superioris tituli est generalis, *De receptis.* Posterior verò specialis, vt qui arbitrium receperunt sententiam dicant. Hic verò titulus totus specialis est ad solos nautas, caupones & stabularios pertinens, vt quod saluum fore receperint id omnimodo restituant. Sic in *tit. De reb. credit si cert. pet. at.* prior pars est generalis ad omnes sequentes titulos pertinens. Posterior verò specialis quod ex ordine & distinctione titulorum qui sunt in Codice apertiùs intelligitur. Iunge *l. 3. §. aut prætor. ff.*

a *Nec quisquam putet* Ratio dubitandi. Nautarum, cauponum, & stabulariorum necessarius est vsus in republica, de quo Plato. *Dialog. 11. de legib.* Ergo nihil aduersus eos tam graniter constitui debuit, debuérátque prætor contentus esse ciuilibus actionibus aduersus eos comparatis. Ratio decidendi. Est in ipsorum arbitrio ne quenquam aut ne quicquam recipiant, non solùm ab initio, priusquàm nauim, vel cauponam, vel stabulum exerceant, sed etiam postquàm exercere cœperunt, quia possunt prædicere vt vnusquisque vectorum vel viatorum res suas seruet, neque damnum se præstaturum. *l. vltim. in princ. ff. h. tit.* Planè vbi semel receperunt, non possunt se exonerare nisi consentientibus iis qui obligati esse cœperunt, quia quod ab initio est voluntatis, ex postfacto fit necessitatis. *l sicut 5. C. de oblig. & action l. in commodato 8. §. sicut ff. commodat.* Nec rursus iter agentes repellere possunt. *l. vnic. §. vlt. ff. furt. aduers. naut. caupon. stabul.*

1 ¶ Qui sunt igitur, qui teneantur, videndum est. Ait prætor. *nautæ.* Nautam accipere debemus eum, qui nauem exercet: quamuis nautæ appellantur omnes, qui nauis nauigandæ causa in naue sint. sed de exercitore solummodo prætor sentit: nec enim debet (inquit Pomponius) per remigem, aut mesonautam obligari: sed per se. vel per nauis magistrum: quanquam si ipse alicui è nautis committi iussit, sine dubio debeat obligari.

Ad §. 1. Qui sunt igitur.

Rat. dub. Nautæ appellantur omnes qui nauis nauigandæ causa in naui sunt. Atqui prætor de nautis generaliter locutus est: ergo non de solo exercitore intelligi edictum debet. Rat. dec. De solo exercitore obligando sensit prætor, quia esset absurdum & iniquum eum per remigem aut mesonautam obligari, & satis est vt per se vel per nauis magistros obligetur, nisi ipse alicui ex nautis res committi iussit: tunc enim sine dubio obligatur, non quasi ex alieno facto, sed quasi ex suo, & ob suum mandatum. Planè si exercitor ipse merces acceperit, eásque saluas fore receperit, etiam de omnium nautarum suorum facto tenebitur, siue liberi sint, siue serui. *§. vlt. & l. vlt. in princip. ff. hoc titul.* Tenetur ergo ex suorum non recepto sed delicto, vbi ipse recepit. Exercitorem appellamus eum qui sit vel dominus vel conductor nauis, id est, ad quem obuentiones, & reditus omnes perueniunt, siue is dominus nauis sit, siue à domino nauem per auersionem conduxit, vel ad tempus, vel in perpetuum. *l. 1. §. exercitorem 15. infr. de exercit. action.* Magistrum nauis, cui totius nauis cura demandata est. *d. l. 1.* Mesonautam verò nō mediocrem aut meliorem nautam, vt ridiculè interpretatur Accursius, sed eum qui medium locum tenet inter summos & imos nautas, quique ex eo loco remigibus præbet signum remigandi, vt eruditè suo more clariss. I.C. Dyonisius Gothofredus, quem honoris causa semper nomino, interpretatur, aut qui in media naui ad omnium imperia ac nutus præsto sunt, vt Budæus ad similitudinem mediastinorum, de quibus postea dicemus. Nisi malis mesonautas eos intelligere qui & *παῤῥεπιβάται* dicuntur in *l. vlt. §. 1. vers. sed si quis. ff.* quod vulgata illius loci lectio cōfirmat

2 ¶ Et sunt quidam in nauibus qui custodiæ gratia nauibus præponuntur, vt ναυφύλακες, *id est, nauium custodes*, & diætarij. Si quis igitur ex his receperit, puto in exercitorem dandam actionem: quia is, qui eos huiusmodi officio præponit, committi eis permittit: quanquam ipse nauicularius[a] vel magister id faciat quod χειρέμβολον, *id est, manus immissionem* appellant[b]: sed etsi hoc non exstet[c], tamen de recepto nauicularius tenebitur.

Ad §. 2. Et sunt quidam in nauibus.

Ratio dubitandi. Non debet exercitor obligari de recepto per remiges vel mesonautas, & alias huiusmodi personas de quibus diximus in §. præcedente, sed tantùm vel per scipsum vel per nauis magistrum. Atqui neq; nauium custodes qui ad id sunt præpositi ab exercitore, neque diætarij, hoc est, qui annonam nauis administrant, aut quod mallem in diæta & loco ipso in quo victus sumitur, seruientes, possunt dici exercitores aut magistri nauis, Alio siquidem officio funguntur. Ergo non magis isti quàm remiges aut mesonautæ exercitorem nauis obligare de recepto possunt.

Ratio decidendi. Qui ναυφύλακες & diætarios huic officio præponit, hoc ipso intelligitur permittere vt eis merces committantur. Esti enim aliud esse videtur, nauem custodire, aliud verò mercium in nauem illatarum custodiam gerere, vix tamen est vt nauem bene custodiat, qui rerum omnium in nauem illatarum custodiam habere nolit. Si quis igitur ex istis nauium custodibus, & diætariis merces receperit danda est actio in exercitorem. Quidni enim ex voluntate exercitoris credatur quis merces suas custodiendas et dare cui exercitor ipse nauis custodiam dederit? Aut cur non eadem hac parte constituetur ratio eius, qui nauis curam habet quem nos magistrum nauis appellari diximus & eius qui nauis custodiam? Non ergo requiremus vt exercitor permiserit istis res committi, sed tantùm vt non prohibuerit. arg. *l. sed si pupillus* 11. §. *de quo palàm ff. de exercit. act.*

a *Vel nauicularius.* Exercitorem intellige qui res in nauem illatas saluas fore non receperit. Inde enim nauicularius dictus est quod nauem exerceat, vt Ratiarius quærarem.

b *Quod χειρέμβολον appellant.* Nollem ego hoc interpretari vt vulgò, de manus immissione, sed de signo quòd à magistro nauis manu datum sit in ipsa potiùs mercium immissione & admissione facta in nauem exercitoris, Vt sensus sit, Quamuis exercitor ipse & nauicularius vel magister nauis propria manu signo dato ostenderit velle se recipere mercem, Non eò minùs tamen teneri eum ex recepto custodis nauis aut diætarij qui saluum fore receperint, quamuis exercitor ipse nihil promiserit. Ratio dubitandi. Cùm exercitor ipse id fecit quod Græci χειρέμβολον appellant, propriáq; manu merces in nauem admisit aut admittere voluit, tam facilè potuit ille merces recipere, eásq; saluas fore prómittere, atque diætarius aut nauis custos. Ergo hoc saltem casu dicendum est non videri eum cuiquam permisisse, vt alij quàm sibi ipsi merces custodiendas committeret, quas ipse recipere paratus fuit.

Ratio decidendi. Ea res non facit quin & nauis custodes & diætarij officium suum retineant cui ab exercitore præpositi fuerunt, nec proinde quominùs is qui eos huiusmodi officiis præponit, permittere videatur vt eis merces committantur. Hoc verò non intelligens Baro malè addidit negationem in illis verbis *vel magister id fecit* existimans legendum esse *non fecit* aut *non facit*.

c *Sed etsi hoc non exstet.* Id est, si hoc non sit vt exercitor vel magister nauis id fecerit, quod Græci χειρέμβολον appellant, non eò minùs nauicularius, id est, exercitor tenebitur de recepto eorum quos nauium custodes aut diætarios appellari diximus.

Ratio dubitandi. Exercitor non tam facilè videri potest hoc casu permittere tacitè vt nauis custodib. & diætariis merces committantur, quàm si χειρέμβολον ipse feciſſet, quo casu ille ipse recipere merces videtur, & consequenter facilè consentire vt abiis quos istiusmodi officiis præposuit recipiantur.

Ratio decidendi. Sufficit ab eo præpositos fuisse istos huic officio vt videatur permittere committi eis merces, nec illud etiam requiritur, vt præsens & consentiens sit cùm merces inferuntur. Itaque quòd exercitor nauis id fecerit quòd Græci χειρέμβολον dicunt ex vna parte suadere videtur vt tantò magis æquum sit de recepto custodum nauis aut diætariorum eum teneri: Ex alia verò parte vt tantò minùs. Reuera tamen nihil interest an id fecerit, nécne, & vtroque casu æquè tenetur.

3 ¶ De exercitoribus ratium, item lyntrariis nihil cauetur, sed idem constitui oportere, Labeo scribit, & hoc iure vtimur.

Ad §. 3. De exercitoribus.

Ratio dubitandi. Exercitores ratium & lyntrarij non sunt nautæ: Nec enim rates sunt naues, nautæ porrò à nauibus dicuntur non à ratibus. Ergo edictum hoc prætoris quòd de nautis duntaxat locutum est, id est, de nauium exercitoribus vt suprà explicauimus, ad ratium exercitores pertinere non potest.

Ratio decidendi. Si verba edicti inspiciamus non pertinent ad has personas, sed si mentem prætoris quæ ex edicti ratione & vtilitate æstimanda est, pertinent, Quid enim hac parte interest an exercitor quis sit nauium an ratium, & an lyntrarius sit an nauta, Eadem nimirum necessitas plerumque subest se & sua istorum fidei committendi, nec minor istorum quàm illorum perfidia & improbitas ideò est, quod minoribus ad nauigandum nauigiis vtantur. Fuit enim vsus ratium antiquior, & eò potissimùm tempore frequentissimus quo naues adhuc ignorabantur.

4 ¶ Caupones autem, & stabulatios æquè eos accipiemus, qui cauponam vel stabulum exercent, institoréve eorum. ¶ Cæterùm si qui opera mediastini fungitur, non continetur: vtputà atriarij, & focarij, & his similes.

Ad §. 4. Cau-

Ad §. 4. Caupones.

Ratio dubitandi. Quemadmodum nautæ appellantur omnes qui nauis naugādæ causa in naui sunt ita & caupones omnes qui in caupona sunt, vt cauponæ ministrentur: eámque stabularij qui stabulo deseruiunt. Atqui edictum prætoris de cauponibus & stabulariis generaliter, & indistinctè loquitur, ergo istos omnes comprehendit. Ratio decidendi. Nautarum ista comparatio facit, vt sicuti iam diximus Prætorem in hoc edicto de solo nauis exercitore sensisse cùm de nauta locutus est, hoc per propria huius nominis significatio longè sit generalior, ita & cùm de caupone & stabulario locutus est, similiter de eo solo sensisse dicendus sit, qui cauponam & stabulum exercet, non omnem qui cauponæ stabulóve deseruiat. Planè etiam institores hoc nomine comprehenduntur, sicut & magister nauis nautæ appellationi continetur, vt nimirum si quis institor saluum fore receperit, non solùm ipse, sed etiam is qui cauponam vel stabulum exercet eo nomine teneatur ex hoc edicto.

c *Si quis opera mediastini fungitur.* Rectè Accursius mediastinos esse illos seruos qui vilia faciunt officia, erant enim isti omnium seruorum vilissimi: inde vt vulgo creditur hic edicti quod in media domo stare solerent, vt ad cuiuscque nutu capessenda paratiores essent, vel in medio balneo, vt alij volunt, administrandum lauantibus, officiáque eis quælibet sordidissima exhibenda. Sensus igitur huius loci est, non magis posse obligari cauponem & stabularium de recepto per mediastinos, putà per atriarios, & forcarios, & his similes, quam nauis exercitorem per remiges aut mesonautas. Ratio igitur dubitandi & decidendi eadem est quæ ad §. 1. §.

6 ¶ Ait prætor, *quod cuius saluum fore ceperint*: hoc est, quamcunque rem, siue mercem receperint. Inde apud Viuianum relatum est, ad eas quoque res hoc edictum pertinere, quæ mercibus accederent: veluti vestimenta, quibus in nauibus vterentur, & cætera, quæ ad quotidianum vsum habemus.

Ad §. 5. ait prætor.

Ratio dubitandi. Nauium vsus præcipuus consistit in mercibus transuehendis, non in vestimentis quibus vtuntur illi qui in naui sunt, nec in cæteris quæ ad vsum quotidianum habemus. Ergo de his intelligi edictum prætoris non potest. Nam nec istarum rerum vectura vlla debetur, sed accedunt istæ res locationi cæterarum *l. 4. in fi. ff. h. t.* Porrò non alia de causa nautæ, caupones, stabularij incommodum huius edicti patiuntur, quàm pro commodo quod ex vectura sentiunt vt cuius rei commodum percipiunt, sentiant etiam incommodum. Ratio decidendi. Verba illa edicti, *quod cuiusque saluum fore receperint* generalia sunt, nec tantum merces comprehendunt, sed cætera etiam omnia quæ mercibus accedunt: vt solet in cæteris ferè omnibus eadem esse ratio eorum quæ accedunt, & cæterorum quibus accedunt. *l. 5. §. vsque adeò ff. commod.* Eiusmodi autem sunt vestimenta, pannus, vinum, & cætera quæ quotidiani penoris appellatione significantur. *in d. l. 4. in fi. ff. h. t.*

7 ¶ Idem Pomponius libro trigesimoquarto scribit, parui referre, res nostras, an alienas intulimus, si tamen nostra interfit saluas esse. Etenim nobis magis quàm quorum sunt, debent solui: & ideò si pignori merces accepero ob pecuniam nauticam: mihi magis quàm debitori nauta tenebitur, si ante eas suscepit.

Ad §. 6. Item Pomponius.

Ratio dubitandi. Quæ aliena sunt ad nos nil pertinent, nec nobis reddi debent, sed domino, ita faciente præcepto illo iuris quo suum cuique tribui oportet. Illa enim demùm verè est iustitia, quæ suum cuique ita tribuit vt non distrahatur ab vllius personæ iustiore repetitione: quomodo loquitur Tryphoninus in *l. bona fides* 31. iunct. *l. quod seruus* 11. *inf. depos.* Ergo ob alienas res in nauem aut cauponam, aut stabulum illatas huic edicto locus esse non debet.

Ratio decidendi. Nostra interest etiam alienas res, quas intulimus, saluas esse, etenim nobis magis qui eas intulimus, debent reddi & solui, quàm domino, cui etiam vix est vt non earum nomine teneamur. Idque bona fides cerrè exigit si naturale & gentium ius intueamur *d. l. quod seruus*, licèt nonnunquam ius ciuile ac legum ordo aliud postulet, vt in specie *d. l. bona fides in pr.* Nihil igitur refert an res nostras, an alienas intulerimus, si modò nostra interfit saluas eas esse: quod vnum inspicit prætor, quia cùm hæc actio sit rei persecutoria *l. 3 §. pen. ff.* non posset dari ei cuius nihil interesset. Proinde si pignori merces accepero ob pecuniam nauticam, mihi magis quàm debitori meo nauta tenebitur, si à me non à debitore meo illas susceperit, quia negari non potest mea interesse, cùm pignoratitia actione tenear ad eas debitori meo quandoque reddendas *l. eum qui 14. §. qualis ergo. & §. vlt. cum l. seq. de furt.*

8 ¶ *Recipit autem saluum fore*, vtrùm si in nauem res missæ, ei adsignatæ sunt: an & si non sint adsignatæ, hoc tamen ipso quod in nauem missæ sunt, receptæ videntur? Et puto omnium eum recipere custodiam, quæ in nauem illatæ sunt, & factum non solùm nautarum præstare debere, sed & vectorum.

Ad §. 7. Recepit autem.

Ratio dubitandi. Eas demum res videtur nauta recipere saluas fore, quæ sunt ei adsignatæ, non etiam cæteras quæ in nauim quidem missæ, sed non ei adsignatæ sunt. Alioqui facilè nauta circumuenietur pluribus rebus in nauem missis eo fortassis ignorante, & ita fiet vt sit in vnius potestate, alterius non delinquentis condicionem facere deteriorem contra *l. 2. inf. quod vi aut clàm.* Ratio decidendi. Recipit nauta rerum omnium custodiam quæ in nauem inferuntur, nec si bonus exercitor est ignorare potest aut debet quid quantúmque & à quo illatum sit.

Ergo dicendum est, recepisse illum videri saluas fore res omnes quæ in nauem missæ sunt, siue adsignatæ ei sint, siue non sint. Sed placet tamen quod vult Accursius ita demum hoc verum esse si illatas fuisse exercitor sciuerit, aut scire potuerit: Ignorantem enim obligari certè durum esset, nec minùs cũ, qui obligaretur ex quasi contractu, quàm si ex vero contractu obligaretur; nisi cùm ex re actio venit *l. furiosus* 46. iunct. *l. 5. §. vlt. de oblig. & actio.* Iunge *l. 4. §. tunc in potestate. sup. de vsucap. l. 1. & 2. C. de his qui latron. vel alios crimin. reos occult. l. 4. verſ. quòd si forum. C. de ſer. fugit.* Nam & tribuendum est nautæ vt prædicere possit quid recipere velit saluum fore vel nolit, vt se ab huius actionis metu & periculo siue in totum siue pro parte liberet *l. vlt. hoc tit.* Prædicere autem quomodo potest earum rerum nomine quas illatas esse ignoret? Certè si cistam signatam sciuerit illatam esse, ignouerit autem quid & quantum in cista esset, non eò minùs tenebitur de iis etiam quæ ignorauit *l. 1. §. ſiciſt. a. in fin. ff. depoſit.* adeóque quanti actor sua interesse in litem iurauerit, si interpretibus nostris credimus à Iulio Claro relatis *lib. 5. ſentent. §. vl.* De quo alibi fortasse dicemus.

a *Et factum non ſolem nautarum præſtare debebit.* Ratio dubitandi. Iniquum est, exercitorem obligari per remiges & mesonautam. *§. qui ſunt. ſ.* Ergo nec factum nautarum omnium præstare exercitor debet, Multò minùs eorum qui eadem naui vehuntur, nec tamen nautæ sunt.

Ratio decidendi. Non est æquum obligari eum de recepto ob id quod aliquis ex nautis, id est, ex iis qui in naue nauigandi causa sunt, merces saluas fore receperit, sed vbi recepit obligatur ex omniũ nautarũ & mesonautarũ delicto, vt dixi ad *d. §. qui ſunt.* Ratio posita est in *l. vnic. §. vlt. furt. aduerſ. naut. caup.* quia eos ipse quodammodo elegit qui non reiecit. Et aliquatenus culpæ reus est, quod opera malorum hominum vteretur, Vnde est quod ex quaſi maleficio teneri videtur *lege 5. §. vltim. inſ. de obligat. & actionib. §. vlt. m. Inſtitut. de obligat. quæ ex quaſi delict. naſcunt.* quos tamen locos obseruandum est tractare de actione illa quæ aduersus nautas, caupones & stabularios competit ex quasi maleficio, non de illa quæ ex suscepto, quòd & Accursius noster notat optimè ad *l. prox. ſeq.* Alioqui pugnaret Vlpianus noster in hoc loco cum seipso in *d. l. 1. §. vltim. furt. aduerſ. naut.* vbi scribit. Eorum qui in naui vehuntur factum ab exercitore nauis præstari non oportere, vt neque viatorum, contrà quàm de vtroque scriptum sit in fine huius legis & in *lege ſequenti.* Et ratio diuersitatis est, quia exercitorem qui recepit res saluas fore cùm sit obligatus ex quasi contractu, non sufficit carere dolo & omni culpa, sed etiam diligentiorem esse oportet, & cautiorem ne quid admittatur ex iis rebus quas in nauem admiserit, & ad quarum restitutionem scit se proprio suo facto esse obligatum. At cùm ex quasi maleficio conuenitur, non aliter eum teneri æquum est quàm si aliorum maleficium ad ipsius culpam aliquatenus pertineat, quod non euenit quantum ad eos qui in naui vehuntur, nec quantum ad viatores qui in caupona sunt itineris tantum causa. Ergo neque viatorum neque vectorum factum præstare nauta, vel caupo debebit.

2. GAIVS lib. 5. ad Edictum Prouinciale.

Sicut & caupo viatorum.

Ad l. Sicut & caupo 2.

Ratio dubitandi. Viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur, quia nec repellere potest iter agentes *l. 1. §. vlt. ff. furt. aduerſ. naut. caupon. ſtabul.* Ergo viatorum factum præstare caupo non debet, vt ob istas rationes scriptum est in *d. §. vl.*

Ratio decidendi. Separanda est actio quæ aduersus nautas, caupones & stabularios competit ex quasi maleficio, de qua in *d. tit.* ab ea quæ aduersus eosdem competit ex quasi contractu, de suscepto, & de qua in hac lege, vt dixi ad finem legis præcedentis: vbi attuli rationem diuersitatis. Eadem eorum qui in naui vehuntur condicio est quæ viatorum, qui sunt in caupona, vt ex Pomponio Vlpianus scribit initio legis sequentis, Nec id vllam recipit dubitationem.

3. VLPIANVS lib. 14. ad Edictum.

Et ita de facto vectorum etiam Pomponius libro trigesimoquarto scribit. 1 ¶ Idem ait etiam si nondum sint res in nauem receptę, sed in litore perierint, quas semel recepit: periculum ad eum portinere.

Ad l. & ita 3. Ad §. 1. Idem ait.

Ratio dubitandi. Non aliàs damnum præstare debet exercitor etiam qui merces suscepit quàm si in ipsa naue datum sit, Cæterùm si extra nauem licet ab ipsis nautis non præstabit *l. vlt. in princ. ff. hoc ti.* Etsi enim non exigimus vt merces adsignatæ sint exercitori, hoc tamen requirimus vt illatæ & immissæ sint in nauem. *§. vl. l. 1. ſ.* Ergo si nondum sint res in nauem receptæ licèt in littore perierint, nihil tamen ab exercitore præstari eo nomine oportebit.

Ratio decidendi. Ita quidem est si perierint in littore, prius quàm ab exercitore reciperentur. Sed si eas semel receperit omnimodo earum periculum ad ipsum pertinebit. licèt non fuerint in nauem immissæ. Nam & eo casu quo immissæ sunt non ideò tenetur exercitor quod fuerint immissæ, sed quòd fuerint receptæ. Receptas ergo fuisse satis est quamuis non fuerint immissæ, quia vbi receptæ sunt in littore, non nisi per exercitorem ipsum stat quominus in nauem immittantur: ideóque periculum ad eum pertinet quomodo dicimus periculum rei venditæ etiam ante traditionem pertinere ad emptorem. *§. cùm autem. Inſtitut. de emptor. & venditor. lege 1. Codic. de pericul. & commod. rei vendit.* quia licèt emptor non sit dominus ante traditionem *§. venditæ. Inſtit. de rer. diuiſ.* tamen in ipsius potestate est vt

est vt dominium quandocunque voluerit, nanciscatur. Quanquam hoc amplius est in proposita specie, quòd merces omnes quæ sunt receptæ, sunt etiam necessariò traditæ. Nam & in venditione dicimus videri traditas esse trabes quas emptor signasset. *l. quòd ſi neque 14. in fin ff. de pericul. & commod. rei vendit.*

2 ¶ Ait prætor, *niſi reſtituent, in eos iudicium dabo.* Ex hoc edicto in factum actio [a] proficiscitur. Sed, an sit necessaria, videndum: quia agi ciuili actione ex hac causa poterit, si quidem merces interuenerit, & locato vel conducto sed si tota nauis locata sit: qui conduxit, ex conducto etiam de rebus quæ desunt agere potest, si verò res perferendas nauta conduxit, & locato conuenietur, sed si gratis res susceptæ sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. Miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cùm sint ciuiles. Nisi fortè (inquit) ideò, vt innotesceret prætor curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum, & quia in locato conducto culpa, in depositio dolus dumtaxat præstatur: at hoc edicto omnimodo, qui recepit tenetur, etiam si sine culpa eius res periit [b], vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit.

Ad §. 2. Ait prætor.

Ratio dubitandi. In factum actiones omnes sunt subsidiariæ, & ideò non dantur, quoties ordinariæ competunt, præsertim quæ sint ex iure ciuili. Frustrà enim petit actionem honorariam is, qui habet ciuilem. Atqui ex hac causa potest agi actione ciuili. Nam si merces interuenerit, ex locato vel conducto agi potest. Sed & si tota nauis locata sit, qui conduxit etiam de rebus quę desunt, agere potest, si verò res perferendas nauta conduxit, æquè ex locato conuenietur. Quod si gratis res susceptæ sint, depositi agi potest. Ergo non debuit ex hoc edicto actio vlla in factum dari à prætore. Ratio decidendi. Hoc fecit prætor vt innotesceret eum curam agere reprimendæ improbitatis huius generis hominum, ac ne rem tanti momenti negligere videretur. *l. item apud Labeonem 17. §. hoc edictum. ff. de iniur.* iunct. *verſic. aliquando. Inſt. de bonor. poſſ. in princip.* Et præterea quoniam in locato conducto culpa, in depositio dolus dumtaxat præstatur, aut saltem lata culpa quæ dolo æquiparatur. *l. 1. §. ſi quis ſeruum. in fin. & l. quod Nerua 32. depoſ.* At hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res perierit vel damnum datum sit, nisi si quid damno fatali contigerit.

a *In factum actio.* Debuerat potiùs dicere plurali locutione, vt in *l. licèt 6. ff. eod. in factum actiones.* Duplex enim actio datur ex hoc edicto, vtráque in factum. Vna in simplum ex contractu vel quasi contractu de recepto, quæ merè rei persecutoria est. *§. pen. ff.* Altera in duplum ex quasi delicto, de qua in *l. vnic. ff. furt. aduerſ. naut. caupon. ſtabul. l. 5. §. vlt. de oblig. & action.* vt rectè hîc Accursius. Porrò quæ ex hoc edicto datur, arbitraria est; vt constat ex hoc *§.* & ex *l. 1. in prin. ſ.* iunct. *§. præterea. Inſt. de action.* Fit enim condemnatio ex huiusmodi actione non præcisè, sed sub ea exceptione si res non restituatur arbitrio iudicis. Nec me mouet quod obiicit Accursius qui contrà putat ad *d. l. 1. in prin.* quod in hoc iudicio non feruntur duæ sententiæ. Nam nec in aliis duæ feruntur, sed vna duntaxat. *l. item ſi cum 14. §. hæc autem, vbi dixi. ſ. quod. met. cauſ.* Præcedit iussum restituendi, si res arbitrio iudicis non restituatur, fit condemnatio ex bono & æquo.

b *Etiamſi ſine culpa eius res periit.* Ratio dubitandi. Si nulla culpa exercitoris interuenit id est, ne quidem leuissima, & tamen res periit, necesse est vt casu fortuito perierit, quia inter leuissimam culpam & casum fortuitum nihil medium est. Atqui cùm res periit casu fortuito non tenetur exercitor, quia quæ fortuitis casibus accidunt cùm à nullo præuideri potuerint, à nemine præstantur, sed ad domini damnum pertinent. *l. quæ fortuitis 6. Cod. de pign. act. l. 2. §. ſi eo tempore. de admin. rer. ad ciuit. pertin. l. contractus 23. in fin. de reg. iur.* Ergo culpam aliquam saltem leuissimam exercitoris interuenire necesse est, vt ex hoc edicto teneri possit. Atque ita Accursius ratiocinatur.

Ratio decidendi. Culpam simpliciter cùm dicunt Iureconsulti non latam aut leuissimam intelligunt, sed leuem solam quæ media est inter alias duas. Et ita accipi debet quod hîc scriptum est in locato conducto culpam præstari: sic nimirum vt non tantùm lata præstetur, quæ dolo comparatur, sed etiam leuis, non tamen leuissima, quoniam contractus locationis fit in gratiam vtriusque contrahentis. *d. l. contractus.* Et ideò quamuis cum Accursio & Bartolo admittamus, leuissimam exercitoris culpam exigi vt huic actioni locus esse possit, nihilominùs verum erit quod ex Vlpiano diximus pleniorem & vtiliorem esse actionem ex hoc edicto competentem quàm futura esset actio locati conducti, eo quoque casu quo merces aliqua interuenisset, quia facilius est vt culpa leuissima contrahatur & probetur quàm vt leuis. Probabilius tamen esse arbitror, vt dicamus, etiamsi nulla penitus culpa exercitoris interuenerit & res casu fortuito perierit, teneri adhuc eum qui recepit, at non omnimodo, id est, cum effectu, sed sub exceptione eúmque sensum esse illorum verborum, *niſi ſi quid damno fatali contigerit.* vt nimirum hoc casu danda sit quidem actio tanquam quæ competat ipso iure contra exercitorem, sed sub illa exceptione, *ſi non fatali damno hoc contigerit.* Hęc namque interpretatio magis conuenit & præcedentibus & sequentibus, vbi tamen vide quæ dicam.

3 ¶ Inde Labeo scribit: si quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum, exceptionem ei dari.

Ad §.3.Inde Labeo.

Ratio dubitandi. Ex hoc edicto non tenetur exercitor si quid fatali damno contigerit, vt proximè diximus. Atqui quod naufragio vel per vim piratarum periit,aut deterius factum est,damno fatali casúque fortuito periisse , vel deterius factum fuisse certum est.Ergo nullo modo tenetur hoc casu exercitor,nec proinde indiget vlla exceptione, tantùm abest vt indigeat aliqua in integrum restitutione, quæ tamen prima est Accursij interpretatio.

Ratio decidendi.Etiam cùm fatali damno res periit,exercitor adhuc tenetur ipso iure,sed tamen ita vt sub exceptione danda sit in eum actio, quomodo interpretari sumus ad §.præcedentem.Nisi forte malimus distinguere,quod hucusque nemo fortasse fecit,& in quo tamen adhuc hæsito, inter damnum fatale , & damnum quod casu fortuito contingit: hoc est,inter factum & casum fortuitum : quasi factum significet naturalem rei interitum,& ab interiore causa manantem , casus verò fortuitus ad extrinsecos tantùm casus referatur. Quod fato sit,necessàriam causam secundùm philosophos habere creditur. Quod verò casu fortuito, fortuitam & accidentalem. Facilius autem est vt casum fortuitum quis præstet quàm vt fatum conuentione fieri possit,vt quis in se recipiat casum fortuitum. *l.quæ fortuitis 6.C.de pign.act.* (quod ipsum nihil aliud est quàm subire periculum custodiæ,vt loquitur Vlp.in *l.vnic. §.quòd si receperit.ff.furt.aduers.naut.* Hoc verò longè plus est,quàm promittere custodiam,)non etiam vt recipiat periculum fati, cùm videatur ea conuentio esse contra naturam. Inde est quod dicimus casus fortuitos nullo bonæ fidei iudicio præstari, *d. l.quæ fortuitis*,vt intelligamus si ex stricto iudicio,putà ex stipulatione Stichus petatur , quem promissori latrones aut piratæ eripuerint,non eò magis liberari promissorem,quòd Stichum casu fortuito amiserit, qui tamen liberaretur,si Stichus fato suo periisset.*l. si ex legati 23.& seq.de verb.oblig.* Hac igitur in specie promissor præstat quodammodo casum fortuitum, cuius scilicet damno & periculo casus fortuitus cedit, siue fuerit ille dominus Stichi , siue fuerit Stichus alienus. Quod addo ne quis fortè respondeat casum fortuitum in hac specie ad promissorem tanquam ad dominum pertinere.Porro actio de qua in *hoc tit.* non bonæ fidei est, sed potiùs arbitraria. *§. ait prætor.§.iunct.§.præterea.Inst. de action.* In ea igitur etiam casum fortuitum præstari non est nouum , in qua & fatum aliquando præstatur , putà si vel malæ fidei possessor sit is,qui conuenitur , vel moram fecerit.*l.illud quoque 40.de petit.hered.*iunct.*l.item si verberatum 15.§.vlt.& l.seq.ff.de rei vindic.*

4 ¶ Idem erit dicendum,& si in stabulo,aut in caupona vis maior contigerit.

Ad §.4.Idem erit dicendum.

a *Idem.* Scilicet quod proximè diximus dandam esse exceptionem exercitori qui actione in factum ex hoc edicto conuenitur, si de ea re conueniatur, quæ naufragio & per vim piratarum perierit , vt & cauponi & stabulario danda sit eadem exceptio , si in stabulo vel in caupona vis maior contigerit.Hæc enim casibus fortuitis imputanda est non fatali damno, secundùm distinctionem à nobis traditam in *§.præced.* Ergo eadem ratio dubitandi & decidendi ad hunc §.applicanda est,quæ ad superiorem. Exemplum vis maioris est,si fortè latrocinium factum fit, non etiam si furtum , nec si factum sit cum fractura , quia vix est vt furtum sine culpa aliqua fiat eius cui fit. *§.is quoque.Instit.quib.mod.re contr.obligat.l. cùm duobus 52.§.damna.ff.pro socio.*

5 ¶ Eodem modo tenentur caupones,& stabularij,quo exercentes negotium suum recipiunt.cæterùm si extra negotium receperint,non tenebuntur.

Ad §.5.Eodem modo.

Ratio dubitandi.Edictum hoc est in nautas,caupones, & stabularios indistinctè conceptum,id est, non adhibita illa distinctione an quid receperint exercentes negotium suum an extra negotium.Nihil enim aliud exigunt verba edicti,nisi vt isti receperint.Ergo distinguere non debemus an in negotio ipso quod exercent , an extra negotium receperint.arg.vulg.*l.de precio 8.de publician.*

Ratio decidendi. Quamuis edictum indistinctè loquatur,tamen ex mente prætoris sic interpretandum est , vt non de aliis cauponibus vel stabulariis ex recepto obligandis sensisse prætor videatur, quàm qui receperint exercentes negotium suum. Nec in hanc actionem comparauit prætor aduersus nautas,nisi quatenus nautæ sunt,nec contra caupones vel stabularios nisi quatenus caupones sunt, vel stabularij. Proinde si nauta in domum suam quam in vrbe habet,merces aliquas immitti passus sit,non eò magis tenebitur,ex hoc edicto , quia licèt nauta sit,non tamen fecit tanquam nauta.Tenetur planè ordinariis actionibus , vt & campo & stabulario, si quid receperint extra negotium cauponæ vel stabuli , quod Accursius noster non prætermisit,sed ex iis actionibus tenebitur tantùm de dolo,vel etiam de culpa,siue lata,siue leui,vt dixi ad *§. ait prætor.*ff. At ex hoc edicto tenentur isti omnes etiam de culpa leuissima adeóque si mihi credis magis quàm Accursio,etiam de casu fortuito,nisi confugiat ad exceptionis auxilium , non tamen de fato aut quod idem est de damno fatali.

6 ¶ Si filiusfamil. aut seruus receperit,& voluntas patris, domini interuenit in solidum erit conueniendus. ¶ Item si seruus exercitoris b subripuit vel damnum dedit , noxalis actio cessabit:quia ob receptum suo nomine dominus conuenitur. Sin verò sine voluntate exerceant,de peculio dabitur.

Ad §.6.Si

Ad §.6.Si filiusfamilias.

Ratio dubitandi. Quoties pater ex negotio per filiumfamilias aut per seruum gesto conuenitur, non nisi de peculio teneri potest. *leg.3.§.si seruus. & pass.infr.de pecul.* Atqui cùm filiusfamilias aut seruus recepit,obligatio quæ nascitur contra patrem vel dominum , nascitur vtique ex negotio filij vel serui. Ergo pater vel dominus de peculio tantùm, ex hac causa non in solidum conueniendus est.

Ratio decidendi. Ita sanè est si filiusfamilias vel seruus sine voluntate patris vel domini, vel nauim, vel cauponam ,vel stabulum exerceant,at non item si voluntas patris vel domini interuenit , cùm filiusfamilias aut seruus recepit , aut cùm exercere cœpit. Etsi enim sola ista voluntas non facit patrem aut dominum exercitorem. Actio autem ex hoc edicto,non nisi contra exercitorem datur,ferè tamen est vt cum patre aut cum domino contraxisse videatur is, qui cum filiofamilias aut seruo contrahere noluit , nisi ex patris aut domini voluntate. Itaque tenetur hoc casu pater vel dominus non tam ex facto serui quàm ex suo proprio , ideóque nec mirum est eum in solidum teneri , vt in versi. *item si seruus.*

b *Item si seruus exercitoris.* Ratio dubitandi. Cùm seruus exercitoris subripuit,vel damnum dedit, verum est dominum teneri ex facto & delicto serui, siquidem non teneretur,si seruus, neque subripuisset, neque damnum dedisset. Atqui quoties dominus ex facto & delicto serui conuenitur,noxalis est actio , vt scilicet dominus seruum hunc noxæ dedendo liberetur. Ne alioqui nequitia serui in plus noceat domino quàm quanti ipse seruus est.*§.summa autem.Instit.de noxal. act.*

Ratio decidendi. Tenetur hoc casu dominus ex delicto serui,sed suo nomine ob receptum, quia ille ipse est qui recepit.Nec enim tenetur ideò quòd seruus deliquerit & subripuerit, sed quia ipse merces quas recepit non reddit. Parum enim refert actoris an ideò non reddantur quod à seruo exercitoris subreptæ sint, an ideò quod ab alio, cùm non alia condemnandi exercitoris causa sit, quàm quia non restituit quod recepit. Planè si seruus ipse exercitoris receperit domino ignorante, vt differat hic casus à superiore , non tenebitur dominus, quia iniquum esset cum de recepto per seruos aut per remiges aut mesonautas , denique per alium quàm per seipsum , aut per magistrum nauis obligari.*leg.1.§.qui sunt igitur*,vbi dixi.*supr.eodem.* Quòd si nec seruus nec dominus saluum fore receperit, attamen æquè tenebitur dominus ex delicto serui, sed noxali tantùm actione, non in solidum, quia eo casu verè ex delicto serui sui , non ex facto vllo suo proprio conuenietur. *leg. vltim. §. hac autem actione vers.fatorum.ff.hoc titul.* Itaque hac in re,vt & in aliis plerísque partibus huius tituli, separanda est actio in factum de recept. de qua tractat Vlpianus in hac lege & in tota prima parte huius edicti, ab illa quæ ex quasi maleficio datur , de qua in secunda parte edicti,& in *l.5.§.vltim.ff.de obligat. & action.*

c *Si verò sine voluntate exerceant.* Nempe filiusfamilias & seruus , de quibus simul & coniunctim egit Vlpianus initio huius §. Referendus enim est hic versiculus ad initium §. non ad id quod proximè dictum est de exercitoris seruo qui aliquid ex merc.b. receptis subripuerit, vel damnum aliquod iis dederit.

7 ¶Hæc autem rei persecutionem continet,vt Pomponius ait:& ideò & in heredem, & perpetuò dabitur.

Ad §.7.Hæc autem actio.

Ratio dubitandi. Hæc actio introducta est à prætore vt esset grauior & onerosior nauis,cauponibus & stabulariis, quàm essent actiones in eo iure ciuili compararæ. *§.ait prætor.* ff. & in pœnam improbitatis hoc genus hominum , vt ibidem scriptum est, & in *l.1.§.1.*ff. Ergo non tantùm est rei persecutoria,sed etiam pœnalis, & consequenter si heredi datur, certè neque in heredem , neque perpetuò,id est,post annum danda est, sed finiri debet anno & morte illius qui recepit, vt euenire solet in aliis ferè omnibus pœnalibus, nisi sint contestatæ, *§.non omnes. Instit.de perpet. & temp.act.l.vnic.C.ex delict.defunct.*

Ratio decidendi , Nihil nisi rei persecutionem continet hæc actio,quamuis in pœnam improbitatis, quæ in hoc hominum genere esse solet constituta sit durior : quæ res non facit eam pœnalem. Certum enim est prætorias omnes actiones quæ rei persecutionem continent in heredem quoque non minùs quàm heredi dandas esse,nec anno finiri. *l. in honorariis 35. de oblig. & act.* Iunge *l.item si res 4.§.vlt.*vbi dixi ff.*de alien.iud.mut.cauf.fact.*

8 ¶ Nouissimè videndum an eiusdem rei nomine & de recepto honoraria actione,& furti agendum sit,& Pomponius dubitat. Sed magis est, vt vel officio iudicis, vel doli exceptione,alterutra esse contentus debeat.

Ad §.vlt.Nouissimè.

Ratio dubitandi. Furti actio petit pœnam legitimam :hæc autem actio vt proximè diximus rem ipsam, ea res igitur facere debet, vt neq; furti actio per hanc in factum actionem, neque in factum actio per furti actionem consumatur. Sic enim argumentatur idem Vlpianus noster tractans de furti actione & de condictione furtiua. in *l.si pro fure 7.§.1.de cond.furt.*& in *leg.rei communis 45.ff. pro socio.* vbi ait actionem furti posse concurrere cum actione pro socio,nec vnam tolli per alteram. Addens in omnibus bonæ fidei iudiciis idem dicendum esse.Ratio decidendi, Non solet quidem tolli actio rei persecutoria per pœnalem aut contrà. *leg.si pignore 54.§.cùm furti.infra de furt.* nisi de eodem facto vtraque oriatur. vt in *leg.si is cui 71. de furt.* ne scilicet de eodem eiusdem hominis admisso & delicto sæpiùs quæri oporteat. *l.licèt. 6.§.vlt.*ff.At neque pœnalis per pœnalem tollitur si ex diuersis factis oriantur. *d. leg. licèt 6. in princip.l.2.de priuat.de-*

lict. nec rursum si ex vno, nimirum quatenus in vna plus est quàm in alia. *leg.1.vi bonor. rapt. leg. qui seruum* 34. *de oblig. & action.* Nisi sese inuicem non patiantur, vt in *l.1.C. de furt.* sed tamen in proposita specie tollitur hæc actio quæ honoraria & rei persecutoria est per actionem furti & contra, non quidem ipso iure sed vel officio iudicis, vel opposita doli exceptione, vt scriptū est in hoc §. An quòd vtraque actio non sit ciuilis, sed vna ciuilis, altera honoraria, vna ex iure communi, altera subsidiaria, & ex beneficio prætoris quod potest videri neglectum, quando auxilium intentatur quod iure communi competit. arg. *l. 1. §. illud de separat.* Ita putat Accursius. Sed me illud malè habet quod video etiam cùm vtraque actio ciuilis est putà furti vna, commodati altera, idem tamen iuris constitui vt vna per aliam extinguatur saltem ope exceptionis. *d.l. si is cui.* In qua specie illud amplius est quod concurrit actio pœnalis cùm actione bonæ fidei cuiusmodi est actio commodati, vt proinde non videatur vna per aliam tolli debere ex regula. *d. l. rei communis* 45. *pro socio.* quæ regula ad speciem huius §. minùs pertinet, quoniam actio quę ex hoc edicto competit. de recepto non bonæ fidei est sed arbitraria, vt scripsi ad *§. ait prætor* 2. s. An ergo dicendum potiùs est, vnam actionem tolli per alteram, quoties ambæ ex eodem delicto nascuntur, ne scilicet de eodem delicto contra eandem personam sæpiùs quæri oporteat, vt iam diximus ex *d.l. licèt 6. §. vltim.* j. iunct. *leg. quod in heredem 9. §. eligere de tribut. action.* Probabilius hoc videtur. At rursus obstabit regula. *dict. leg. rei communis, & seq. pro socio.* Non enim possis dicere, quod quidam respondent ita debere illam accipi, vt actio furti non tollatur per actionem pro socio, nec actio pro socio per actionem furti, si pluris interfit actoris quàm consecutus sit priore actione ex *leg. sed si ex causa* 47. *eodem. tit.* Nam in *d.l.* sed si tractatur de concursu duarum actionum, quarum vtraque rei persecutoria est, nos verò eum casum tractamus, in quo vna sit actio rei persecutoria, altera pœnalis: inter quos casus quantum intersit, explicat Paulus in *l. sed actione* 50. *eod. titul. pro socio* quæ probat, eam distinctionem, An pluris interfit necne tunc duntaxat adhibendam esse cùm vtraq; rei persecutionem respicit. Dicam si Deus volet ad *d. l. rei communis.* Nam quod ad *d.l. si is cui.* scribit Accursius actionem furti dixisse eo loco Iureconsultum pro condictione furtiua, mihi probabile fieri nullomodo potest. Nec rursus video quid in eo speciale possit habere actio commodati. Illud planè certum est cùm vtraque actio est rei persecutoria, vnam tolli per alteram nisi quatenus interest pluris. *d.l. sed si ex causa. l. si merces* 25. *§. culpæ.* j. *locat.*

4. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

SEd & ipsi nautæ furti actio competit, cuius sit periculo: nisi si ipse subripiat, & postea ab eo subripiatur[a]: aut alio subripiente, ipse nauta soluendo non sit[b].

Ad l. Sed & ipsi nautæ 4.

Ratio dubitandi. Furtum est interuersio possessionis. *l. 1. §. vltim. de furt. l. 1. §. Scæuola. si quis testam. lib. eff. iuff. fit.* Atqui nauta non possidet. Ergo furtum ei fieri non potest nec proinde furti actio ei cōperit.

Ratio decidendi. Furti actio competit ei cuius interest furtum factum non fuisse. *l. cuius interfuit.* 10. j. *de furt.* Atqui maximè interest nautæ cùm eius periculo sint res quas recepit, quarum scilicet restitutioni obnoxius omnimodo est etiamsi absque culpa eius perierint, ergo etiam nautę actio furti competit, licèt is neque dominus sit, neque possessor. Sed hoc an ita si eum dominus eligat: Sic sentit Accursius non dubitans quin domino detur electio, vt possit ipse agere contra fidem si hoc malit, quàm contra exercitorem. ex *leg. vnic. §. est & in duplum. j. furt. aduers. naut. caup. stabul.* Sed malè. Nam loquitur eo loco Vlpianus, vt & in *leg. penult. §. possumus.* j. de casu illo quo nauta saluum fore, non receperit. Subiicit enim statim, si saluum fore receperit caupo vel nauta, furti actionem non dominum rei habere, sed ipsum cauponem vel nautam, qui recipiendo periculum custodiæ subiit, quod conuenit omnino cum hac lege: in qua tractamus de nauta qui de recepto teneatur. Nec obstat quod dictum est in *§. vltim. leg. præced.* non tantùm honorariam actionem ex hoc edicto, sed etiam furti competere domino: id enim ita accipiendum est vt furti agere possit dominus contra nautam si ipse subripuerit: aut etiam contra alios si modò nauta non sit soluendo: quo posteriore casu furti actio redit ad dominum, vt loquitur Vlp. in *leg. itaque* 12. *de furt.* significans satis apertè huiusmodi locutione, priùs igitur eam actionem alij non domino competiisse. Igitur omnimodo furti actio danda est nautæ, & quidem soli, quia ipse domino omnimodo tenetur, etiam priusquàm eum dominus elegerit, cùm nec volens alium eligere possit.

a *Et postea ab eo subripiatur.* Ratio dubitandi. Interest nautæ tum quoque cùm ipse rem à se receptam subripuit, vt habeat actionem furti contra eum qui postea eandem rem subripuisse probatur, vel ob hoc ipsum quod nauta non modò furti, sed etiam condictione furtiua tenetur domino. Atqui actio furti datur omnibus quorum interest, vt proximè diximus. Ergo etiam nautæ hoc casu furti actio danda est. Ratio decidendi. Non omnibus quorum interest datur actio furti, sed iis tantum quorum interest ex iusta & honesta causa. *l. is cuius interest* 11. *l. eum qui* 14. *§. Iulianus l. qui re sibi* 76. *§. si quis.* j. *de furt.* Quæ enim non honesta causa est ea, nec causa esse creditur iure ciuili, cuius primum præceptum est honestè viuere. *l. 3. §. si mecum.* j. *ad exhib.* Atqui hoc casu non interest nautæ ex honesta causa, cùm fur ipse sit, qui & ipse furti conueniri potest. Alioquin ex improbitate sua actionem consequeretur quod absurdum esset. *l. itaque* 12. *de furt.* Nec obstat quod etiam sublata causa furti, tamen interest nautæ ob id quod recepit, quæ honesta causa est, vt in *leg. qui vas* 48. *§. si ego de furt.* Etsi enim honoraria actione de recepto tum quoque tenetur, cùm ipse furtum fecit. *§. vlt. l. prox.* s. magis tamen propter furtum

tum quam propter receptum intelligitur periculum rei subreptæ ad eum pertinere: nec proinde amplius quicquam ipsius ex honesta causa interesse. Aliud est, si furtum factum sit sola contrectatione rei alienæ facta inuito quidem domino, sed tamen sine animo furandi, putà si quis rem sibi commodatam aut locatam alij commodauerit inscio domino, vel inuito, vt in d. *§. si ego.* Non enim tanta est huius furis improbitas quanta esset si interueneret possessionem vt sibi rem haberet.

b *Ipse nauta soluendo non sit.* Ratio dubitandi. Nemo ideò liberatur quod non sit soluendo, cùm neque habeat ex ea causa exceptionem præterquàm si bonis cesserit. *§. vlt. de repleat.* Ergo non eò minùs debet habere actionem quam haberet si soluendo esset, quippe cùm quantò pauperior quis est, tantò magis eius interfit habere, & exercere actionem.

Ratio decidendi. Qui soluendo non est cum non habeat quod perdat eius periculo nihil est. *d. l. ult. q. 12. de furt.* Atqui non aliam ob causam datur naturæ furti actio quàm quia eius interfit propter periculū quod in se recepit, vt proximè diximus. Ergo cū nauta soluēdo nō est furti actio ei cōpetere non potest, sed ab ipso ad dominū eam redire necesse est.

1 ¶ Si nauta nautæ, stabularius stabularij, caupo cauponis receperit: æque tenebitur.

Ad §. 1. Si nauta.

Ratio dubitandi. Qui habet aduersus alium furti actionem ipse ea teneri non potest. *l. pecult. §. cùm igitur. & seq. C. de furt. & seru. corrupt.* Atqui nautæ caupones stabulariij tenentur & actione honoraria, & actione furti si ipsi furtum fecerint. *§. vlt. leg. præced. s. & p. ff. l. eo.* Ergo non possunt agere ipsi aduersus alios nautas, caupones, stabularios, si nauta nautę vel cauponis, vel stabularius stabularij res receperit. Aut contrà, ergo non potest teneri nauta nautę, caupo cauponi, & stabularius stabulario, cùm ipsi eandem actionem habere possint. Sic enim pro dubitandi ratione argumentatur Accursius. Sed ego mallem eam petere ex mente prætoris qui hoc edictum proposuit, contra nautas, caupones stabularios, vt eorum fraudes & improbitatem coerceret, non vt iis prodesset. *l. 1. §. 1. d. 3. §. ait prætor. supr.* Ergo contra propositum prætoris est vt ex hoc edicto aliqua detur actio nautis ipsis, cauponibus & stabulariis, quamuis contra eos qui equè sint nautæ, caupones, stabularij. Ratio decidendi. Propositum est hoc edictum non contra nautas, caupones, & stabularios quoslibet, sed contra eos tantùm, qui alienas res susceperunt, non autem contra eos qui suas in alterius nauem aut stabulum, vel cauponam intulerunt. Ergo non debet obesse ei qui merces suas intulit, quòd sit ipse, etiam nauta, vel stabularius vel caupo.

2 ¶ Iulianus dixit, etiam ad eas res hoc edictum pertinere, quæ post impositas merces in nauem locatásque inferentur, & si earum vectura non debetur: vt vestimentorum pœnoris quotidiani, quia hæc ipsa cæterarum rerum locationi accedunt.

Ad §. 2. Iulianus.

Ratio dubitandi. & decidendi, eadem est ad hunc §. quæ ad *§. ait prætor §. l. 1. s. h. t.* sed vtraque expressa in hoc §. Ratio enim dubitandi continetur illis verbis *& si earum vectura non debetur* quasi incommodum huius edicti non alia ratione ad nautas pertineat quàm pro commodo, quod ex vectura sperare possunt. Ratio autem decidendi expressa est postremis illis verbis, *quia hæc ipsa cæterarum locationi accedunt.*

s. GAIVS lib. 5. ad Edictum Prouinciale.

NAuta, & caupo, & stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta, vt traiiciat vectores: caupo, vt viatores manere in caupona patiatur, stabularius, vt permittat iumenta apud eum stabulari: & tamen custodiæ nomine tenentur. Nam & fullo & & sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, & tamen custodię nomine ex locato tenentur.

Ad l. Nauta 5.

Ratio dubitandi. Nauta, & caupo, & stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta vt traiiciat vectores, caupo, vt viatores manere in caupona patiatur, stabularius vt permittat iumenta apud eū stabulari, ergo nulla causa est propter quàm custodiæ nomine teneri debeant. Ratio decidendi. Non est bona consecutio. Nam & fullo & sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, & tamen custodiæ nomine ex locato tenentur. Addit Accursius tanquam simile, venditorem qui precium accepit pro re vendita non pro custodia, teneri tamen de custodia, sed id falsum est. Nec enim custodiam debet venditor nisi eam vsque ad traditionem promiserit, vt constat ex eo ipso textu quem adducit Accurs. *ex §. cùm autem. Inst. de empt. & vendi.* Tenētur ergo nautæ, caupones, stabularij, ad custodiam non propter mercedem, sed ob receptum, *l. 3. §. si filiusfamilias. & §. vl. s.* Ideóq. tenentur etiamsi gratis receperint, vt scriptum est in *l. prox. seq.* Aliud est in depositario. *l. 1. §. si vestimenta deposit.*

1 ¶ Quæcunque de furto diximus, eadem & de damno debent intelligi: non enim dubitari oportet, quin is, qui saluum fore recipit, non solum à furto, sed etiam à damno recedere videatur.

Ad §. 1. Quæcunque

Ratio dubitandi. Exercitor habet actionem furti quia eius interest ex honesta causa. *l. prox. in pr. s.* Et tamen non habet actionem legis Aquiliæ, quæ scilicet non datur nisi domino. *l. item Mela* 11. *§. legis. j. ad leg. Aquil.* Ergo non eadem hac parte furti & damni ratio est. Ratio decidendi. Eadem ratio est passiuè non actiuè vt loquitur Accurs. i. perinde tenetur nauta, caupo, stabularius, ratione damni cuiuslibet quod contigerit in rebus quas recepit, atq; tenetur furti nomine si res receptę ab alio quolibet furto subtractę essent. Nec distinguemus an damnum ab aliquo de naui datum sit an ab extraneo, si modò potuit præcaueri. *l. 3. idem erit dicendum. s.*

6. PAVLVS lib. 22. ad Edictum.

LIcèt gratis nauigaueris, vel in caupona gratis deuerteris: non tamen in factum actiones tibi denegabuntur, si damnum iniuria passus es.

Ad l. Licèt gratis 6.

Ratio dubitandi. Beneficium dat nauta tibi si te patiatur gratis nauigare, itemque caupo si te patiatur in caupona sua gratis diuertere. Sicut enim non potest caupo iter agentes repellere. *l. vnic. §. vlt. ff. furt. aduers. naut. caup. stabul.* ita neque cogi, vt quemquam gratis in hospitio & caupona recipiat. Idémque in stabulario tractari potest. Ergo inciuile est vt tibi cõtra eum actio ex hoc edicto detur etiamsi aliquod damnum iniuria in ipsius naui vel caupona passus sis, ne alioqui tu ipse iniuriam ei pro beneficio reddere videaris, tractamus siquidem eum casum, quo sinè vlla ipsius culpa damnum tibi aliquod contigerit. Ratio decidendi. Adiuuari nos nõ decipi beneficio oportet. *l. in commodato 17. §. sicut. ff. commod.* Atqui deciperetur is cui gratuita nauigatio vel caupona præbita esset, si ob id minus de damno iniuria dato agere ex hoc edicto posset, nec vlla ei denegandæ actionis ratio est, cùm non mercedis solutio det ei actionem, sed factum nautæ, vel cauponis, vel stabularij, qui saluum fore recepit. Debétque sibi imputare qui gratuitam nauigationem vel cauponam præbuit, cur non prædixerit se damnum præstare nolle, vt in *l. vlt. in princ. ff.*

1 ¶ Si seruo meo in naue, vel in caupona vtaris, & damnum mihi det, vel furtum faciat: quanquam & furti actio & damni iniuria mecum sit: hæc tamen actio, quia in factum est, etiam serui mei nomine aduersus te competit. ¶ Idem dicetur, & si comunis sit [a].

¶ Tu tamen, quod mihi præstiteris eius nomine, vel communi diuidundo, vel pro socio actione, aut (si partem eius, vel totum conduxisti) etiam ex conducto habebis me obligatum.

Ad §. 1. Si seruo meo.

Ratio dubitandi. Cùm seruo meo in naui vel in caupona vteris, & damnum mihi dat ille vel furtum facit, danda tibi est contra me & furti & damni iniuria actio, ergo absurdum est ex eadem causa & eiusdem serui mei nomine dari mihi aduersus te hanc in factum actionem, ne fiat cõtra regulam veterem iuris, quæ vult vt qui habet aduersus alium actionem, idem ei ipsi ex eadem causa teneri non possit *l. penul. vers. cùm igitur. & seq. C. de furt. & ser. corrupt.* Ratio decidendi, Hæc actio quæ de recepto ex hoc edicto datur, in factũ est. Ergo nihil verat quominùs detur mihi cõtra te etiam serui mei nomine ex cuius furto, vel alio maleficio possis contra me quoque habere actionem. Non enim eò minùs verum est, receptas à te merces meas, quod sufficit vt ex facto illo tuo, hæc in factum actio mihi detur. Ideoque nimirum appellantur istæ actiones in factum quia ex facto magis quàm ex iuris ratione aut regulis æstimantur, vt alio loco scripsimus. Porrò nihil interest an hunc locum intelligas de actione in factum ex recepto, & quasi cõtractu, vt explicauimus an verò de actione in factum ex quasi maleficio quod Accursius putat. Nam & de vtraque actione in factum cœpit loqui Paulus initio huius legis, etsi vulgò creditum est incipi tractatum de actione illa in factum ex quasi delicto in *§. in factum. ff.*

a *Idem dicetur etsi communis sit.* Minor est ratio dubitandi hoc casu quàm superiore, quia quod commune est quamuis meum sit tamen est etiam tuum *l. seruus 5. §. vltim. de legat. 1. l. rectè dicimus 25. in princip. & §. 1. de verbor. signific. l. illud 46. de rit nupt.* Potest tamen illa etiam dubitandi ratio ad hunc locum adferri, quòd dolo faciat is qui petit quod redditurus est illi ipsi à quo petit. *leg. dolo facit 8. de doli mal. except. l. in condemnatione 173. §. vlt. de reg. iur. l. si socer 44. §. Lucius solut. matrim.* Atqui in proposita specie quod tu mihi præstiteris actione ista in factum eius serui nomine qui inter nos communis fuit, debeo tibi ergo reddere actione communi diuidundo, vel pro socio, vel etiam ex conducto si partem eius serui conduxisti, quemadmodum si eũ totum à me conduxisses, cùm esset totus meus æquè haberes me in solidum ex conductione obligatum, vel in solidum vel de peculio, vel saltem noxali actione, prout sciuissem vel ignorassem *l. cum in plures 60. §. seruum meum locat. l. pen. commod. l. si eum 5. ff. de exercit. action.* Ergo repellendus sum doli mali mali exceptione, si contra te velim agere honoraria ex ex hoc edicto actione ob factum delictum serui, qui inter te & me sit communis.

Ratio decidendi. Cùm mutuæ actiones competunt ex variis causis, vt in hac specie non eò minùs potest quis vna actione experiri, quod futurum sit vt subinde alia actione ad id ipsum quod acceperit restituendum conueniri possit: siquidem multa possunt accidere quæ faciant vt alia actio vel non proponatur, vel exceptione aliqua submoueatur. Quẽadmodum enim dolo non facit ille qui ab vno petit quod non illi ipsi, sed alii redditurus est *d. l. si socer 44. §. Lucius sol. matrim.* ita nec is qui quodvna actione petit alia actione redditurus est etiam illi ipsi à quo petit, vt constat ex hoc loco, & ex *d. l. si eum.*

2 ¶ Sed si damnum in eo datum sit ab alio, qui in eadem naue, vel caupona est, cuius factum prætor æstimare solet: non putat Pomponius eius nomine hanc actionem vtilem futuram.

Ad §. 2. Sed si damnum.

Ratio dubitandi. Si damnum datum sit mihi in rebus meis quas in naui, vel caupona tua receperis, idq. ab alio qui in eadem naui vel caupona sit, ex cuius facto soleat prætor actionẽ dare in exercitorem, certum est hanc mihi actionem ex hoc edicto cõperere. Debet enim exercitor qui recepit omnium eorũ, qui in naui, vel caupona, vel stabulo sunt præstare *l. 1. §. vlt. & l. 2. & 3. ff.* Quidni ergo etiã agere potero hac ipsa actione si ab aliquo ex iis qui in naui vel

vel caupona sunt damnum mihi datum sit in eo seruo quo tu in naui vel in caupona tua vtebaris?

Ratio decidendi. Exercitor non aliud damnum præstat ista actione, quàm quod in rebus ipsis contingit quæ receptæ sunt. Hic autem seruus de quo agimus receptus non est, qui iam erat in naui, suámque exercitori operam præstabat, cùm exercitor mihi saluum fore recepit. Ergo huius serui mei nomine hæc actio mihi vtilis esse non potest, vt benè Pomponius dixit.

3 ¶ In factum actione caupo tenetur pro his, qui habitandi causa in caupona sunt: hoc autem non pertinet ad eum, qui hospitio repentino recipitur, veluti viator.

Ad §. 3. In factum actione.

Ratio dubitandi. Caupo tenetur præstare factum etiam viatorum, & eorum qui hospitio repentino recipiuntur, sicut & nauta eorum qui naui vehuntur *l. 1. §. vlt. & l. 2. ff.* Ergo in factum actione tenetur caupo, etiam pro iis, qui repentino hospitio in caupona recipiuntur. Ratio decidendi. Caupo qui saluum fore recepit, tenetur de facto omnium qui sunt in caupona, cùm teneatur omnimodo etiamsi res perierint sine vlla ipsius culpa *l. 3. §. ait prætor*, vbi dixi. ff. Sed si non receperit, tenetur tantùm de facto eorum qui in caupona sunt habitationis non itineris causa, nec proinde factum viatorum præstare cogitur, quia eo casu cùm non teneatur ex contractu vel quasi, necesse est vt conueniatur ex quasi maleficio quod aliquatenus culpæ reus sit is qui operamalorum hominum vtitur *l. si quis absentis 5. §. vlti. de oblig. & act.* Atqui nemo culpæ reus est ob id quod hospitio suo exceperit improbum viatorem, cùm non possit caupo repellere iter agentes, nec quisquam viatorem sibi eligere videatur *l. vnic. §. vlt. inf. furt. aduers. naut. caup. stabul.* Ergo hic §. non est de actione in factum quæ ob receptum ex quasi contractu competit, sed de illa quæ ex quasi maleficio, de qua in *d. l. vnic.* & in reliqua tota huius tituli parte. Dixi ad *l. 1. ff.*

4 ¶ Possumus autem furti, vel damni iniuriæ actione vti cum nautis, vt certi hominis factum arguamus, sed vna contenti esse debebimus [a]. Et si cum exercitore egerimus [b], præstare ei debemus actiones nostras: quamuis ex conducto actio aduersus eos competat exercitori. Sed si absolutus sit exercitor [c] hac actione, deinde agatur cum nauta [d], exceptio dabitur: ne sæpius de eiusdem hominis admisso quæratur [d]. Et contra si de admisso [e] vnius hominis actum sit, deinde in factum actione agatur, exceptio dabitur.

Ad §. 4. Possumus.

Ratio dubitandi. Actio cum nautis qui furtum fecerunt, vel damnum dederunt, non competit domino, sed exercitori cuius periculo res fuerunt *l. 4.* vbi dixi. ff. *l. vnic. §. quòd si receperit. ff. furt. aduers. naut. caupon. stabul.* Nihil enim domini interest, qui habet exercitorem in solidum obligatum. Ergo non habet dominus electionem, nec potest agere furti cum alio nauta, quàm cum ipso exercitore ita vt certi hominis factum arguat, à quo furtum factum esse dicat. Si enim ipse exercitor furtum non fecerit, poterit quidem equè conueniri actione furti, sed non ita certi hominis factum arguatur. Sufficit namque allegari contra exercitorem furtum factum fuisse, neque exprimi personam necesse est à qua factum sit: quod enim in naui factum est ab iis factum creditur qui ad exercitoris curam pertineat, si non ab alio factum probetur. Ratio decidendi, Non potest dominus agere furti contra alium nautam quàm exercitorem, cùm exercitor saluum fore recepit, sed si nõ receperit ac proinde non ex quasi contractu sit obligatus, sed tantùm ex quasi maleficio, potest dominus etiam contra nautam qui furtum fecerit vel damnum dederit agere furti, aut damni iniuria *d. l. vnic. §. & est in duplum vers. cùm enim.* Siquidem actio ex quasi maleficio non potest tollere actionem contra alium ex maleficio ipso competentem, cùm ex variis causis dentur. Nauta enim ideò tenetur ex maleficio, quia ipse deliquit furtum faciendo vel damnum dando. Exercitor verò ideò quia malorum hominum opera vsus est in ea re in qua debuerat adhibere meliores. At nos in hoc loco non tractamus de actione ex quasi contractu de recepto, sed de actione ex quasi delicto, vt diximus ad *d. l. 4.*

a *Sed vna contenti esse debemus.* Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *§. vlt. l. 3. §. h. t.* vbi vide quæ dixi.

b *Et si cum exercitore egerimus.* Ratio dubitand. Is cuius propria contumacia punitur qua fronte potest desiderare vt sibi actiones præstentur? *l. si plures 38. in fin. de admin. tutor.* vt nec iniustus quilibet ac malæ fidei possessor *l. mulier. 19. qui potior. in pig. hab.* Ita enim fieret vt ex culpa & improbitate sua acquireret actionem contra *l. itaque 12. §. 1. de furt.* Atqui in hac specie de qua nunc tractamus exercitor tenetur & conuenitur ex quasi maleficio non ex quasi contractu, vt diximus ad §. præcedentem. Ergo non est dignus cui actiones vllæ præstentur. At neque vlla indiget actione, non quod habeat suo nomine actionem furti, vt malè vult Accursius (tunc enim habet, cùm ipse saluum fore recepit, vt in *l. 4. §.* nos autem eum casum tractamus, quo non receperit) sed quia ex conducto actio competit exercitori aduersus nautas omnes, quorum opera in naui vtitur, & qui furtum fecerunt, vel damnum dederunt, si modò eorum operas conduxit *l. 2. in princ. ad leg. Rhod. de iact.* Ratio decidendi. Interest exercitoris vt & alterius cuiuslibet plures habere actiones, vel ob hoc maximè vt habeat electionem *lege cùm filius 76. §. variis. de legat. 2.* Nihil autem interest domini qui ab exercitore indemnitatem consecutus est, vt actiones suas præstet. Cui verò non æquum videatur, vel hoc saltem consequi exercitorem quod sine dispendio domini sit futurum? *lege in creditore 38. de euict.* Non enim ex delicto suo conuenitur, vt id defiderare non possit, sed ex quasi maleficio tantùm, suo quidem sed propter delictũ alienum. Ideóque dignus est cum quo mitiùs agatur, quã si ex proprio

delicto conueniretur, vt culpa minùs quàm delictum puniatur. Cogitur ergo dominus præstare exercitori actiones suas omnes quas habet, contra nautam qui furtum fecit, nec minùs actionem furti quàm cæteras, quia eam proprio iure habere non potest, cùm ipsi furtum factum non sit. Dices sufficere vt ipsius interfit *l.is cuius interest 10.de furt.* Interesse autem maximè exercitoris qui ob illud furtum domino teneatur actione in factum ex posteriore huius edicti parte. Respondeo, Interesse quidem sed non ex probabili, suisque honesta causa, cùm non ex contractu suo, vel quasi, sed ex quasi maleficio & propriæ culpæ nomine teneatur. Cur ergo, inquies, auditur petens cessionem. Iam dixi, quia dignus est cum quo mitiùs agatur in ea re in qua domini interfuit, Estque longè tolerabilius, vt quamuis aliqua culpa possit ei imputari, acquirat tamen sibi actionem ex cessione, quàm vt habeat eam suo iure ac citra vllam cessionem. Eo namque casu non aliud dici posset quàm ex ipsius quasi maleficio acquisitam ei fuisse actionem, quod cerè absurdum esset, quòdque similiter dici non potest cum actio ipsi à domino præstatur.

c *Sed si absolutus sit exercitor.* Ratio dubitandi. Cùm dominus egit contra exercitorem honoraria in factum actione ex hoc edicto propter furtum ab aliquo ex nautis in naui factum, & exercitor absolutus est, nihil dolo facit dominus, si posteà contra furem ipsum actione furti experiri velit, quia non id agit vt bis idem consequatur, arg. *l.si dolo 51.in fin.de re iudic.* cùm nihil consecutus sit per priorem actionem ab exercitore. Ergo non debet esse contentus priore illa actione quæ inanis fuit, nec proinde repelli exceptione doli, quasi aliquid faciat dolo malo: Multò minùs verò exceptione rei iudicatæ cùm alia causa sit agendi & aliæ personæ *leg. cùm quæritur 12. & sequentib. infr. de except. rei iud. c.*

Ratio decidendi. Datur exceptio nautæ contra dominum absoluto exercitore, non propter rem iudicatam sed propter electionem à domino factã, Ne sæpius de eiusdem hominis admisso & delicto quæratur. Nec nouum est vt qui aduersus vnum egit cùm aduersus alium agere posset hoc ipso actionem, quam aduersus alium habuit, amiserit, vt in *l. 4.§.vlt.ff.de noxal.act.* cùm & euenit aliquando vt ob actionem ab vno institutam alius suam amittat, vt in *l sepulchri 6.de sepulchr.violat. l.3.§.penult.de liber.hom. exhib.* itémque nonnunquam vt quis ampliùs aduersus eundem agere non possit ob id quod iam egerit, vt in *l.quia dicitur 32.§.vlt.de euict.*

d *Ne sæpius de eiusdem hominis admisso quæratur.* Ratio dubitandi. Etiam de adulterio bis quæri potest, & eodem modo, id est, criminaliter ex lege Iulia, vt adulter primus, deinde adultera postuletur *l.denunciasse 17.§.pen.ad leg.Iul.de adult.* Itémque potest furti & vi bonorum raptorum agi de eadem rapina *l.1.ff. vi bon.rapt.quia raptor fur improbior est l.2.§.cæterùm eo.* Ergo nihil vetat de eiusdem hominis admisso sæpius quæri.

Ratio decidendi. Non potest de eodem admisso sæpius quæri cùm reus primùm absolutus est, ne contrarietas iudiciorum emergat si alio iudicio cõdemnetur. Sed si priore iudicio reus sit condemnatus, nihil vetat cum pleniore alio cõdemnari dum ne in posteriorem condemnationem deducatur ea ipsa pœna quæ iam deducta fuit in priorem. Non enim hoc casu iterum quæritur de eodem delicto sed delicti bene iam probati, & de quo amplius inquirendum non est, augetur pœna, si ea quæ ex posteriore iudicio irroganda est plenior futura sit, quàm quæ irrogata fuit ex priore. Alioqui si prior actio plenior fuit, posterior non admittitur, vt in *dict.l.1.vi bonor.rapt.* Sanè si de duorum delicto agatur, quod tamen si non vnum propter diuersitatem personarum saltem commune sit, aliud erit, vt si de adulterio maris & fœminæ *dict. l.denunciasse. §. penult.*

e *Et contrà si de admisso.* Ratio dubitandi. Actio quæ de admisso vnius hominis datur, id est, actio furti ciuilis quæ contra furem nautam comperit specialis est, cùm ita proponatur vt certi hominis factum arguatur. At in factum actio honoraria quæ ex hoc edicto competit aduersus exercitorem generalis est, nec certam furis personam comprehendit, quia sufficit vt probetur furtum factum esse licèt à quo factum fuerit ignoretur, vt dictum est in principio huius paragraphi. Ergo etiamsi de furto actum sit contra eum qui fur dicebatur, si tamen eo absoluto, velit dominus actione ista agere contra exercitorem nulla exceptione repellendus est.

Ratio decidendi, Non prohibetur dominus qui de furto egit, furti aduersus vnum ex nautis, tanquã furem & victus est, agere postea contra exercitorẽ, si à quo alio ex nautis furtũ factũ esse probare velit, quoniã hæc actio generalior est, & generaliorẽ causam habet. At Paulus in hoc loco eum casum tractat quo propter furtum eiusdem hominis qui iam absolutus est, velit dominus honoraria experiri contra exercitorem actione. Quod ne facere possit illud impedit, quia sic fieret vt de eiusdem hominis admisso sæpius quæretur. Nam & ad hunc casum accommodanda est ea ipsa ratio quam accommodauit Paulus ad superiorem. Accursius alias *tres* rationes adfert, sed omnes ineptas, & falsas. Prima est, quia, inquit, si post nautam absolutum exercitor conueniretur, etiam nauta iam absolutus per medium conueniretur quippe contra quem exercitor rediret. argumento *legis vltimæ in fine. Codic. de vsuris rei iudicatæ.* Hæc falsa est: quia nullam potest habere exercitor contra nautam actionem, qualem habet dominus contra exercitorẽ nisi quam dominus, ipse exercitori præstiterit, Quam porrò præstare nullam potest aduersus eum qui fuit absolutus. Habet sanè actionem ex conducto etiam sine cessione si merces interuenit, vt dictum est in præcedentibus. Sed nihil absurdi est, eum qui ab vno absolutus sit, alij tamen alia actione condemnari, Neque ad hunc casum pertinet quod Iustin. scribit *in dicta lege vltima in fi.* Secunda ratio est quòd fur qui absolutus fuit, soluisse videatur cùm solutio sit similis absolutioni per sententiam. ex *lege si quis cùm totum 7. paragrapho de fructibus versic. planè de exception. rei iudicatæ.* Hæc quoque falsa est, Nam solutio quidem similis est absolutioni per sententiam, sed non contrà possis similiter dicere absolutionem per sententiam similem esse solutioni, vt ex eo confla-

verus debitor per sententiam iniquam absolutus si soluat non repetit *l. Iulianus verum debitorem 59.de cond. inde.* qui tamen repeteret si iam soluisse videretur. Et verò si absolutio pro solutione habenda esset, liberaretur vtique ipso iure is qui esset absolutus, nec indigeret exceptione, quam tamen ei necessariam esse Paulus hoc loco scribit. Neque tamen de exceptione rei iudicatæ intelligit aut doli mali, sed de exceptione in factum quæ subsidiaria est exceptionis dol', sicut & actio ipsa contra quam datur in factum est. Tertia & postrema ratio Accursij est, quòd dominus iam victus in iudicio contra nautam furem instituto, nullam possit exercitori contra hunc nautam actionem præstare, quod tamen, inquit, facere debet. Sed hæc ratio, vera quidem, verùm inepta est. Non enim alio casu dominus actionem aliquam exercitori præstare cogendus est, quàm quo habeat. Nullam autem habet aduersus nautam, qui proponitur absolutus. Et ideò dicimus ita demum cogi eum vt exercitori præstet actiones si contra exercitorem priorem agat. *vers. & si cum exercitore. supra.* quo tempore habet sanè actionem aduersus nautam furem, quam exercitori præstare possit.

7. VLPIANVS lib.18. ad Edictum.

DEbet exercitor omnium nautarum suorum, siue liberi, siue serui, factum præstare, nec immeritò factum eorum præstat, cùm ipse eos suo periculo adhibuerit. Sed non aliàs præstat, quàm si in ipsa naue damnum datum sit [a]: cæterùm si extra nauem, licèt à nautis, non præstabit. ¶ Item si prædixerit [b], vt vnusquisque vectorum res suas seruet, neque damnum se præstaturum, & consenserint vectores prædictioni: non conuenitur.

Ad l.vlt. Debet.

Ratio dubitandi. Non debet alteri per alterum iniqua condicio inferri *l.non debet 74.de reg.iur.* nec in potestate vnius esse vt alterius non delinquentis cõditionem faciat deteriorem *l.2.§.quod vi aut clam.* Ergo non debet exercitor suorum nautarum factum præstare. Maximè verò si liberi proponantur quib. imperare pro arbitrio non potest. Nam nec solet dominus serui sui nomine teneri alia actione quàm noxali, ne in plus possit seruus nocere domino quã quanti ipse seruus est. *Inst. de nox. act. & to.eo.ti.D.& C.*

Ratio decidendi. Exercitor suo periculo nautas adhibuit nec caret culpa cùm malos adhibuit, quorum opera vteretur in ea re quæ per viros probos tractari debuisset. *l.5.§.vlt.de obl.& act.* Itaq. non solum alterius factum ei nocet, at magis & priùs suum proprium ideóque nec actione noxali, sed in solidũ tenetur: quoniam ex propria culpa conuenitur. Nec proinde ex quasi contractu, vt Azo dicebat, sed ex quasi delicto vt toties iam inculcauimus. Si enim ex contractu, vel quasi contractu conueniretur, deberet vtique præstare factum omnium non modò nautarum suorum, sed etiam cæterorum omnium quotquot naui veherentur, sicut & caupo omnium viatorum *l.1.§.vlt.& l.2.* vbi dixi.§.

a *Quàm si in ipsa naue damnum datum sit.* Ratio dubitandi. Etiamsi nondum sint res in nauem receptę, sed in littore perierint, periculum tamen ad exercitorem pertinet *l.3.in pr.§.* Ergo etiamsi extra nauim damnum datum sit, debet exercitor id præstare, ac multò magis si à nautis ipsis datum sit, quorum factum præstare omnino debet, vt modò diximus. Ratio decidendi, Loquitur eo loco Vlpia. de exercitore qui recepit, vt probant verba illa *quas semel recepit.* Hîc verò de exercitore qui nihil recepit, quíq. non ex quasi contractu ob receptũ, sed ex quasi maleficio ob delictum seruorum cõueniatur.

b *Item si prædixerit.* Ratio dubitandi. Si sufficiat prædicere exercitorem vt quisque eorum qui vehuntur res suas seruet, neque damnum se præstaturum. Ergo erit in potestate exercitoris ne vnquam hoc edicto teneatur, quia semper prædicet, atque ita periculum effugiet istarum actionum in factum: quod tamen absurdum sanè fuerit. arg. *l.ne in potestate sit 26. §.tit.prox. l.inter stipulantem 83.§.1.de verb.obl.* Ratio decidendi. Non exoneratur aut ab huius edicti metu eximitur exercitor ob solam suam voluntatem, sed magis ex voluntate illius qui vehitur in naue cũ prædictioni consenserit, qui debuerat potius aliam nauim quærere & alium exercitorem. Adeò vt nec quicquam referat an expressè consenserit an tacitè remanendo in naui. Nam & hoc posteriore casu sibi debet imputare qui maluit hac lege in ea naui remanere, vt bene hîc Accurs. cum quo & ego sentio. Sicut & in eo quod notat sola clauium traditione nõ exonerari exercitorem, nec si denunciet se nolle periculum custodiæ subire, nisi & ab initio claues tradiderit, & prædixerit id quod post susceptam obligationẽ dicere amplius nisi frustrà non possit. arg. *l. sicut 5.C.de obl.& act.* Planè si quæratur, An & de leuissima culpa teneatur hoc casu exercitor qui claues dedit ex postfacto, aut etiam ab initio quidem, sed sine prædictione, non est iniquũ quod vult Accurs. de leuissima non teneri quẽ. s. apparet satis hoc ipso declarasse, quod totius custodiæ periculum subire nollet: probaríque meo iudicio hoc casu necesse est effractũram loci cuius claues traditæ sunt ab exercitore, vt exercitor teneri possit. Alioqui nemo dixerit furtum fieri potuisse absque culpa eius qui claues habuit, meliúsque custodire ipse debuit.

1 ¶ Hæc actio in factum, in duplum est. 2 ¶ Sed si quid nautæ [a] inter se damni dederint, hoc ad exercitorem non pertinet. ¶ Sed si quis sit nauta & mercator [b], debebit illi dari. Quod si quis, quos vulgo ναυλωτὰς, id est, *remum pro naulo, & vecturæ pretio soluentes*, dicunt, & huic tenebitur, sed huius factum præstat, cùm sit & nauta.

Ad §.1. Hæc actio. & Ad §.2. Sed si quid.

Ratio dub. Actio in factũ quę ex hoc edicto cõpetit solã rei persecutionem continet, ideóque & heredi & in heredem datur, & perpetua est *l.3.§.pen.§.* Ergo in duplum esse non potest. Pœnales enim sunt saltem ex parte omnes actiones quotquot sunt in duplum. R. dec. Duplex actio in factũ datur ex hoc edicto. Vna ex quasi cõtractu ob receptum, quæ in

simplum duntaxat est & meram rei persecutionem continet, de qua in *d.l.3.§.penultim.* Altera ex quasi delicto mixta, id est, partim rei persecutoria, partim pœnalis & ad duplum, de qua in hoc §. & in tota hac lege, & in *leg.vnic.infr.furt.aduers.naut.*

a *Sed si quidem nautæ.* Ratio dubitandi, Debet exercitor omnium nautarum suorum factum præstare vt scriptum est initio huius legis. Ergo etiamsi inter se damnum nautæ dederint, hoc ad exercitorem pertinebit.

Ratio decidendi, Nautarum quidem suorum omnium factum præstare debet exercitor, sed iis qui vehuntur, nõ ipsis nautis, quippe qui nullam ei possunt culpam imputare cur tales nautas adhibuerit, quorum illi socij perpetui esse voluerint, & quorum improbitatem facilè detegere potuerint, quod quod in viatoribus, & iis qui vehuntur diuersum est.

b *Sed si quis sit nauta & mercator.* Ratio dubitandi, Siquidem nautæ inter se damnum dederint, tamen ea res ad exercitorem nil pertinet, vt proximè dictum est. Atqui hic quem Vlpianus ponit passum fuisse damnum nauta fuit. Ergo non debet illi actio ex hoc edicto dari.

Ratio decidendi, Fuit quidem nauta, sed tamen fuit etiam mercator. Proinde quamuis non sit danda ei actio tanquam nautæ, danda tamen est tanquã mercatori. Separandæ.n. sunt qualitates, & separãda officia cùm quis fungitur officio duorum, vt in *leg.3. & 4. & l.si paterfamilias 15. §. de opt. l.1.§.vlt.si à parent. quis manum.sit l.1.§.communis.ff.de stipul.seruor.* Eis qui & nautæ & mercatores sint similes sunt ναύλεμπορεῖται vulgò mesonautæ appellati, id est, qui remum pro naulo & vecturæ pretio soluunt. Nam & hi nautæ sunt & remigibus iunguntur. in *l.1. §.1.* vbi dixi §. ideóque factum ipsorum præstare tenetur exercitor, & tamen operas suas præstant pro vectura, quæ loco pretij esse possint. Ideóque nec mirum est si ei teneatur hoc edicto, quomodo & cæteris teneretur etiam quibus gratuitam nauigationem præbuisset *leg.licèt gratis 6.§.eod.*

3 ¶ Si seruus nautæ damnum dederit: licèt seruus nauta non sit, æquissimum erit, in exercitorem actionem vtilem dare.

Ad §.3. Si seruus.

Ratio dubitandi, Exercitor non tenetur præstare nisi factum nautarum suorum, vt dictum est initio huius legis. At qui seruus nautæ non est nauta. Ergo si seruus nautæ damnum dederit, non debet ex ea causa vtilis actio dari in exercitorem.

Ratio decidendi, Non tenetur quidem hoc casu actione directa exercitor, quia hunc nautæ seruum non adhibuit vt nauta esset: tenetur tamen vtili, quia dominum eius adhibuit, nec debuit eum adhibere quantumuis probum, qui tam malum seruum habuit. Prope enim est vt ex ipsius exercitoris voluntate aut saltem patientia damnum à seruo nautæ datum esse videatur. Certè quin aliqua exercitoris culpa sit hactenus saltem vt ex quasi maleficio teneri debeat, negari non potest, non solùm si eius seruio pera vtatur in naui, quo casu pro nauta habendus esset *l.1.§.1.§.* ac proinde directa quoque actione exercitor teneretur, sed etiamsi nullomodo eius serui opera vsus exercitor probetur.

4 ¶ Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, culpæ scilicet suæ, qui tales adhibuit, & ideò, & si decesserint, non releuabitur [a].

¶ Seruorum autem suorum nomine [b], noxali duntaxat tenetur: nam cùm alienos adhibet, explorare eum oportet, cuius fidei, cuius innocentiæ sint: in suis venia dignus est, si tales quales ad instruendam nauem adhibuerit.

Ad §.4. Hac autem actione.

Ratio dubitandi. Eius quod quis ex culpa sua soluit, & suo nomine receptitionem nullam habere debet, tanquam videatur solutum in pœnam. Neque enim pœnæ depensæ solent repeti *l.pœnæ 42. de cond.indebit.* Et inauditum est vt quod ex maleficij causa soluitur à quoquam repetatur, nec ob id quod quis suo nomine soluit, potest contra alium habere actionem *l.Papinianus 28.in fi.ff.mand. l.si quid possessor 31.de petit.heredit.* Atqui exercitor quod per hanc in factum actionem ex quasi maleficio suo præstitit, interdum repetit, vt in specie *leg.licèt gratis 6.§.1.ver. tu tamen.sup.hoc ti.* Ergo non suo, sed alieno nomine teneri eum dicendum est, & ad instar ac similitudinem fideiussoris.

Ratio decidendi, Tenetur suo nomine exercitor non solùm si saluum fore receperit, vt in specie *legis 3.§.si filiusfamilias.item si seruus.sup.eodem.* sed etiamsi nihil receperit, quia culpæ suæ imputare debet, qui tales nautas adhibuerit. Et tamen quod ex hac causa soluit interdum repetit, vt in *dict.vers.*tu tamen quia scilicet propter alterius factum & delictum soluit: quæ res facit vt æquum sit cum eo mitiùs agi, vt diximus ad legem præcedentem, *§.vltim.* numquam repetit ab eo cui soluit tanquam si indebitè solutum sit, sed ex alia causa & contra eum quem æquum sit ex eiusdem nautæ facto similiter tanquam dominum teneri, vt & in *leg.perceptione 4. & lege sequenti.§. cùm autem inf.de his qui effuder.vel deiecer.* Melior siquidem hac parte condicio est eius qui tantùm ex quasi maleficio quàm eius qui ex vero maleficio conuenitur, vt & Accursius noster bene notat ad §. antepenultimum huius legis. Quare nec bene Accursius eum comparat fideiussori, quia si bona esset comparatio haberet ille regressum contra eum pro cuius delicto soluit. Et tamen nullum habet suo iure, nisi præstitæ sint ei actiones à domino contra ipsum agente. Nisi quod habet actionem ex conducto si operas eius conduxerit *dict.§.vlt.vers. & si cum exercitore.*

a *Et ideò & si decesserint, non releuabitur.* Ratio dubitandi, Et absurdum & iniquum est grauiùs aut longiùs quem teneri propter delictum alterius, quàm teneatur ille ipse qui deliquit: Hoc enim conuenit vulgari axiomati philosophorum, Propter quod vnum quodque tale est, & illud magis tale est. Atqui exercitor tenetur domino actione ista in factum ex quasi maleficio ob delictum nautæ, vt proximè diximus, nauta verò ipse, qui furtum fecit, quamuis actione furti quæ ciuilis est teneatur, morte tamen teneri desinit, quia furti non tantùm actio, sed etiam crimen morte finitur, vt & cætera ferè omnia crimina *l.r.de priuat. delict.l.ex iudiciorum 20.de accusa.* Ergo nauta mortuo ex cuius delicto exercitor tenebatur, ipsum quoque exercitorem liberatum esse dicendum est.

Ratio decidendi. Tenetur quidem exercitor propter delictum nautæ, sed non ex ipsius delicto, at ex culpa sua propria quæ per mortem nautæ non finitur. Denique tenetur suo nomine. Ergo nec moriẽte nauta liberatur quominus per hanc ipsam in factum actionem quæ semel aduersus eum competiit ex quasi maleficio conueniri possit. Quam enim actionem semel quis habere cœpit, ea nec morte alterius, nec alia vlla simili de causa amittitur *l.euicta re16.§.si seruus.ff.de euict.*

a *Seruorum autem suorum nomine.* Ratio dubitandi. Etiam cùm exercitor actione ista in factum ex quasi maleficio conuenitur propter delictum seruorum suorum, perinde tamen tenetur suo nomine, & ex propria culpa, atque si propter delictum alterius cuiusllibet liberi hominis teneretur, quem nautam adhibuisset, vt proximè diximus. Ergo noxalis actio cessare hoc casu debet, vt & in specie *d.l.3.§.si filiusfamilias.vers.item si seruus.§.eod.* ac proinde dicendum est vtroque casu exercitorem in solidum teneri debere. Præsertim cùm absurdum videatur obligari quem duriùs ex facto liberi hominis, quàm ex facto proprij serui, quem & seueriùs & pro arbitrio possit coercere. arg.*l.si constante 24.§.sic maritus inf.solut. matrim.* Ratio decidendi. Multum interest an teneatur exercitor ob id quod saluum fore receperit, & ex quasi contractu, vt in *dict.vers.item si seruus*, An verò ex quasi maleficio. Etsi enim vtroque casu delictum nautæ facit locum actioni, cùm tamen nascatur priore casu actio ex quasi contractu. Posteriorè verò ex quasi maleficio, nemo non videt æquùm esse, duriùs obligari eum qui ex suo, siue contractu, siue quasi contractu conuenitur, quàm qui ex suo quasi maleficio, quoniam prior obligatio voluntatem exercitoris expressam habet, posterior non item. Nec enim nisi inuiti & iuris potestate obligantur qui ex delicto, vel quasi delicto obligantur, tametsi non nisi sponte, ac voluntariè delinquant. Ergo in specie huius §. id est, cùm exercitor ex suo quasi maleficio conuenitur dignus est cum quo mitiùs agatur quàm si ex recepto conueniretur, tantóque dignior quantò durior hæc quàm illa actio est sicut & dignius est cum quo mitiùs agatur ob delictum seruorum suorum, quàm si ob aliorum delictum conueniretur. Nam cùm alienos adhibet explorare eum oportet priùs, cuius innocentiæ sint. In suis verò dignus est venia si quales quales ad instruendam nauim adhibuerit. Proinde culpa grauior est eius qui malos nautas adhibet ex alienis seruis, quàm eius qui ex propriis & consequenter in solidum ille teneri debet, hic noxali tantùm actione. vt & in *l.si in re 19.§.vlt.ff.de noxalib. actionib.* Vnde fit, vt si exercitoris serui decesserint ex quorum persona noxali actione conuenitur ipse liberetur *l.noxalis 7.* iunctis *duab.præce. l.electio 26. §. si is quem inf.de nox.l.act.* cùm tamen si alij nautæ fuissent ob quorum delictum conuenirctur, vtique ipsorum morte non liberaretur, vt diximus ad vers. precedentem. Eadem ratio sed apertiùs & eleganti expressa est ab eodem Vlpiano nostro in *l.vnic.§. serui verò infrà furt.aduers.naut.caupon.stabul.*

5 ¶ Si plures nauem exerceant: vnusquisque pro parte, qua nauem exercet, conuenitur.

Ad §.5. Si plures.

Ratio dubitandi. Damnum in solidum datum est & vniuscuiusque exercitorum culpa in solidum interuenit. Ergo cùm hæc actio contra ipsos detur ex ipsorum culpa & quasi maleficio, dicendum est vnumquemque eorum in solidum teneri debere nõ pro qua parte nauem singuli exercent, si plures vnam eandémque nauem exerceant, vt & in *l.1.§.vlt. ff.de exercit.action.* Præsertim cùm ea res non sit cessura damno eius qui in solidum conuenietur, siquidem iudicio societatis vel communi diuidũdo partem eius quod præstiterit, repetere ab alio poterit, *leg.& ancillarum 28.§.vlt.inf.de pecul.*

Ratio decidendi, Qui merces suas inuehit in nauem, quæ à pluribus exercetur, non singulorum, sed omnium simul fidem sequitur, & quidem quatenus exercitio nauis ad vnumquemque pertinet. Ergo non contra singulos in solidum, sed contra vnumquemque ipsorum pro parte, neque rursum pro parte cuiusque virili, sed pro portionibus exercitionis, vt loquitur Vlpian. in *l.si tamen 4.de exercit.act.* Sed hoc ita si per se, non etiam si per alium nauem exerceãt. Ne alioquin distringatur in plures aduersarios is qui cum vno tantùm contraxerit *d.l. & ancillarum.§.vlt.& l.2.de exercit.act.* Quæ ratio facit vt non aliud dicendum sit si plures quidem per se nauem exercuerint, sed tamen vnus eorum duntaxat contraxerit vel quasi contraxerit, merces recipiendo. Quid enim si is cuius merces sunt, eum solum putet esse exercitorem, nec sciat esse quemquam alium, quem nec fortè in naui præsentem videat? Et ita videtur accipiendum quod scriptum est in *d.l.1. §. vlt. de exercit.* Nisi malis intelligere de pluribus eandem nauem per vnum vt fieri solet nauis magistrum exercentibus, vt constat ex ratione posita in *l. 2. & ex legibus quæ sequuntur.*

6 ¶ Hæc iudicia, quamuis honoraria sint, tamen perpetua sint: in heredem autem non dabuntur. Proinde, & si seruus nauem exercuit, & mortuus est, de peculio non dabitur actio in dominum, nec intra annum. Sed cum voluntate patris, vel domini seruus, vel filius exercent nauem, vel cauponam, vel stabulum: puto etiam hanc actionem in solidum eos pati debere, quasi omnia, quæ ibi contingunt, in solidum receperint.

Ad §.vlt.Hæc iudicia.

Ratio dubitandi. Actiones honorariæ solent esse annuæ, quia & iurisdictio prætoris fuit olim annua,

ſicut & annuus fuit magiſtratus. Atqui hæc iudicia in factum, quæ prætor duplici capite huius edicti pollicetur, ſunt honoraria & prætoria cum iure ciuili talia nulla eſſent prodita. Ergo annua ſunt non perpetua.

Ratio decidendi. Etiam honorariæ actiones pleræque ſunt perpetuæ, nimirum eæ quæ continent rei perſecutionem. *l. in honorariis 35. de oblig. & act.* Hæc autem eiuſmodi eſt, quia in duplo ſimplum continetur. Ideò autem loquimur duplo, quia hic locus non pertinet ad actionem in factum quæ ex hoc edicto datur in exercitorem de recepto, ſed ad aliam quæ ex poſteriore tantùm parte competit ex quaſi maleficio, vt ex eo conſtat quod ſubiicitur hæc iudicia in heredem non dari. Nam actio in factum quæ ex priore edicti capite datur, cùm ſit merè rei perſecutoria, neque ex quaſi maleficio competat, ſed ex quaſi contractu, tranſit procul dubio in heredem. *l. 3. §. pen.* ſ. Itaque nec verum eſt quod volebat Irnerius priorem partem huius verſiculi pertinere ad actionem in factum quæ de recepto datur, poſteriorem verò ad eam quæ ex quaſi maleficio. Neque quod Accurſ. putat de vtraque actione vtramque partem intelligi debere. Nam imò verò vtraque eſt de actione ex quaſi maleficio, nec poteſt referri poſterior vllomodo ad priorem ſpeciem actionis in factum, quæ ex hoc edicto datur, vt mox dicam.

a *In heredem autem non dabuntur.* Ratio dubitandi. Actiones honorariæ quæ rei perſecutionem continent, ſicut perpetuę ſunt, ita & in heredem dantur. *d. l. in honorariis 35. de oblig. & act.* Ergo actio in factū ex quaſi maleficio, de qua nunc agimus, vel perpetua non eſt, vel ſi perpetua eſt, quia rei perſecutoria ſimiliter danda eſt in heredem.

Ratio decidendi. Omnes actiones quæ dantur in heredem ſunt perpetuæ. At non è conuerſo actiones omnes perpetuæ dantur in heredem. Eſt enim longè faciliùs & tolerabiliùs eum ipſum, qui quaſi deliquerit, teneri etiam poſt annum, quàm vt poſt mortem ipſius heres teneatur, qui neque deliquerit, neque quaſi deliquerit. Dices poſſe etiam heredem teneri ſaltem de eo quod peruenit. Nam & ex delictis defunctorum tenentur heredes hactenus vt quod ad eos peruenit, ab iis extorqueatur. Sed reſpondeo, quoties Iureconſulti noſtri tractant de actione aliqua in heredem vel danda vel nō danda, ſentire illos de actione quæ ſit plena torúmque ſuum effectum habeat, non quæ ſit de eo tantùm quod peruenit. Præterea tractamus eum caſum in quo fieri vix poſſit vt quicquam peruenerit ex delicto naute ad heredem exercitoris qui ipſe ex quaſi maleficio tenebatur. Ponimus enim merces periiſſe aut furto ſubtractas eſſe inſcio exercitore. Alioquin & ex proprio furto, & ex vero delicto, non ex quaſi delicto conueniri deberet. Vnde factum videtur vt ſic præcisè loquatur Vlpianus, *in heredem autem non dabuntur*, non addita exceptione illa quæ aliàs addi ſolet, *niſi de eo quod peruenit*, vt in *l. quod diximus 16. §. vlt. vbi dixi* ſ. *quod met. cauſ. l. ſi plures 17. §. 1. de dolo.* Iunge quæ dixi ad *l. item ſi res 4. §. vlt. & leg. ſeq. de alien. iud. mut. cauſ. fact.*

b *Proinde & ſi ſeruus.* Ratio dubitādi. Etiamſi mortuus ſit ſeruus qui peculium habuit, actio tamen de peculio quæ viuo eo competit contra dominum adhuc durat, ſed ita vt quę perpetua erat facta ſit temporalis & annalis ex *l. 1. in prin. & §. 1. & tot. tit. quand. de pecul. act. eſt annal.* Ergo etiamſi ſeruus qui nauim exercuit, mortuus ſit, de peculio tamen actio danda eſt in dominum ſaltem intra annum. Nec videtur bona iſta conſecutio vt quia hæc actio non tranſit in heredem, neque competat in dominum. Nam in heredem ideò non competit, quia neque competiit viuo exercitore, quandoquidem viuus non habet heredem, neque in eum tranſire potuit poſt mortem cùm finita ſit morte exercitoris. At de peculio competit contra dominum viuo adhuc ſeruo, nec neceſſe eſt vt ad dominum tranſeat à ſeruo, à quo nec tranſire poſſet, cùm in ſeruum nunquam competierit. Sufficit igitur vt non deſinat competere ſaltem intra annum aduerſus dominum contra quem competere iam cœpit, priuſquam ſeruus moreretur.

Ratio decidendi. Tum demum actio de peculio durat per annum poſt mortem ſerui contra dominum aut contra patrem poſt mortem filiifamilias, cùm actio principalis quæ competit contra filium, & ſi qua competeret contra ſeruum, ea poſſet tranſire in heredem filiifamilias aut ſerui, ſi quem aut hic aut ille heredem habere poſſet, vt quia nec filiusfamilias nec ſeruus heredem vllum habere poteſt, ſaltem dominus vel pater, penes quem peculium remanet de peculio, intra annum remaneat obligatus. At quo caſu principalis obligatio talis eſt vt etiamſi filiusfamilias aut ſeruus heredem aliquem habere poſſet, in eum tamen nulla actio tranſitura eſſet, multò minùs æquum eſt teneri patrem vel dominum de peculio, ne quidem intra annum. Eſt enim longè maior ratio, vt actio quæ contra defunctum competiit, tranſeat in ipſius heredem, qui totius iuris ſucceſſor in vniuerſum eſt, quàm vt durare debeat contra patrem, aut contra dominum qui non magis mortuo quàm viuo filioſa. vel ſeruo in ipſius iura ſucceſſiſſe videri poteſt, cùm nec hereditatem nec heredem habere filiusfamilias aut ſeruus poſſit, ne quidem nouo iure quantum ad filiifamilias profectitium peculium pertinet, in quo ſcilicet nihil Iuſtinianus innouauit in *l. cùm oportet 6. & leg. vltim. Codic. de bon. quæ liber.* Etſi enim peculium illud profectitium remanet penes patrem aut dominum mortuo filioſamilias aut ſeruo, non ideò tamen fit locupletior pater aut dominus, quia id retinet, cuius dominus iam erat viuo adhuc filio vel ſeruo. *l. 3. §. ſed vtrùm. leg. patri 27.* ſ. *de minor.* Alioqui actio de peculio contra patrem vel dominum defuncti filiifamilias vel ſerui perpetua eſſe deberet: quod non ita eſt. *d. tit. quand. act. de pecul. eſt anna.* Sed in propoſita ſpecie illud amplius eſt, ſi Accurſio credimus, quod nec viuo filiofamilias aut ſeruo pater dominúſve de peculio tenebatur, cùm actio contra filiumfamilias vel ſeruum competens ex delicto proficiſceretur, in quo actionis genere certum eſt neque patrem neque dominum de peculio teneri, niſi in quantum probatur peculium locupletius factum eſſe. *l. 3. §. ex furtiua cauſa.* ſ. *de peculio.* Cur ergo potiùs dicamus teneri iſtos debere intra annum poſt mortem filiifamilias aut ſerui ex ea cauſa ex qua nec heres ipſe teneretur? Tractat ſiquidem Vlpianus in hoc verſic. eſt caſum quo ſeruus aut filiusfamilias nauem exercuerit patre vel domino ignorante, vt conſtat ex antitheſi poſita in verſ. ſed cùm voluntate. Neque contrarium eſt quod idem Vlpianus noſter ſcripſit in *l. 3. §. ſi filiusfamilias. in fin. ſupr. hoc titulo.* Si ſeruus aut fi-

lius familias ſine voluntate domini vel patris nauem exerceant, de peculio actionem in patrem aut dominum dari debere. Id enim tum obtinet ſi filiusfamilias aut ſeruus ſaluum fore recepit, quæ ita ſe obligauit ex quaſi contractu, de quo agitur in *d. §.* non etiam cùm ex ſuo quaſi maleficio ſit obligatus, de quo nos cum Vlpiano tractamus in hoc §. Et ita Accurſius reſpondet. Sed probabilius puto, vt dicamus, ex delicto quidem & maleficio filiifamilias vel ſerui, neque patrem, neque dominum de peculio teneri, ſed tamen teneri vtrunque ſi conueniatur ex quaſi maleficio eius qui eſt in poteſtate. Nam ſi hoc caſu teneretur dominus actione noxali, vt probauimus in ſuperioribus, quidni teneatur etiam de peculio? Neq; enim noxalis ipſa actū haberet, ſi dominus ex delicto proprio conueniretur. Non igitur eadem hic ratio conſtituenda eſt delicti & quaſi delicti. Atqui actio de qua agimus non eſt ex delicto, vt malè ad hunc §. bis notat Accurſius, ſed ex quaſi delicto. Nihil ergo vetat quominus hoc caſu actio de peculio in dominum detur viuo ſeruo, quamuis non daretur, ſi ex mero ſerui delicto proficiſceretur. Et ſanè abſurdum eſſet quærere, an poſt mortem ſerui danda eſſet de peculio actio intra annum contra dominum, ſi nec viuo ſeruo contra dominum ea actio competiiſſet. Mirórque Accurſium hoc non vidiſſe, cùm ſcripſit non teneri dominum de peculio ne quidem ſeruo viuo. Rationem adferens quòd dominus ex delicto ſeruile peculio non teneatur. Item cùm addit duplicem eſſe rationem eius quòd hic Vlp. ait, mortuo ſeruo non dari actionem de peculio contra dominum nec intra annum. Et quia, inquit, non heres (ſic enim legendum eſt) & quia ex delicto: vna enim tantùm ratio eſt, eáque neutra ex illis quas adfert Accurſius, quæ ambæ ſunt falſæ, ſed quàm Vlpianus ipſe adfert. Fateor non eſſe dominum heredem ſerui, ſed nego valere rationem ſi illa afferatur propter quam non debeat dominus teneri, quòd non ſit heres, cùm etiamſi heres eſſet nihilominus tamen teneretur. Rurſum fateor ex delicto ſerui non teneri dominum de peculio, ſed nego rationem illam conuenire quæſtioni noſtræ, in qua non ex maleficio naſcitur actio, ſed ex quaſi maleficio. Vera igitur ratio huius iuris illa eſt quod cùm heres ipſe exercitoris hac actione non teneatur, multò minùs teneri poſſit dominus aut pater, qui neque heres, neque alius ſucceſſor eſt.

c *Sed cùm voluntate.* Ratio dubitandi. Interueniens voluntas patris aut domini non poteſt facere vt eò magis dominus ſit heres ſerui vel pater filij. Multò minùs vt durioreſſe debeat iſtorum conditio quàm ſi heredes eſſent, ergo idem hoc caſu dicendum eſt quod in ſuperiore. Ratio decidendi. Videntur hoc caſu pater & dominus omnia quæ in naui contingunt in ſolidum recepiſſe, ergo in ſolidum teneri debent non de peculio, nec tanquam ex facto filiifamilias, vel ſerui, ſed tanquam ex proprio acſi ipſi recepiſſent, ſiue ſeruus ipſe idémque exercitor receperit, vt in *d. l. 3. ſi filiusfamilias*, ſiue de quaſi maleficio arguatur, vt in ſpecie huius §. ſibi enim debent imputare qui tali ſeruo aut filiofamilias mandauerint vt nauem exerceret, quam ipſi per ſe aut ſaltem per diligentiorem & prudentiorem exercere debuerant. Et hic primæ partis Rationalium noſtrorum, non infelix ſit finis: Deo autem Opt. Max. laus & gloria, cuius ſingulari beneficio hucuſque progreſſi ſumus, vt qui bene inchoare dedit, det etiam meliùs quandoque perficere.

FINIS.

Gloria tota Deo qui hæc nobis otia fecit.

INDEX EORVM OMNIVM

CERTISSIMVS AC LOCVPLETISSIMVS,

QVÆ IN HIS ANTONII FABRI RATIONALIBVS AD PRIMAM PANDECtarum partem, notatu dignissima colliguntur.

Paginam prior numerus, columnam posterior indigitabit.

A

ABdicare à se dignitatem nemo potest, qui habet eam à principe. 93.1
Abdicere & addicere vindicias, quid, 21.2
Abesse Reipublicæ causâ qui dicantur, & quomodo eis succurratur. pag. 698. columna 1.2
Abiri in totum ab emptione, aliud est quàm abiri in totum à priore emptione. 200.1.2
Absentia necessaria semper iustam præbet materiam restitutionis. 735.1
quomodo Absens exemisse quem dicatur, etsi per alium id fecit. 132.2. Vtrum reipublicæ causâ, possit admitti ad alienam defensionem. 411.2. an restituatur contra similiter absentem. 753.1.2
cur Absentes, etiam rei criminum capitalium, per procuratorem defendi possint. 384.1.2. inter eos qui Reipubl. causâ & minores quæ sit differentia quoad restitutionem in integrum. 511.1 512.2
Absentis interest, vt habeat in ciuitate procuratorem, per quem non minus conuenivi, quàm conuenire & agere possit. 712.1. cur conditio illius qui Reipub. causâ, sit melior quàm minoris. 750.1
Absolutio in quo differat à condemnatione in iudiciis arbitrariis. 526.2. 527.1
Abstentio ab hereditate non potest facere, vt eò minùs libertates competant. 654.1
an per Abstentionem quis desinat esse hæres. 537.2
Abstentionis ab hereditate vtraque species eiusdem effectus & potestatis est, eius verò ratio diuersa. 653.1
Abstinere & repudiare differunt. 509.2
Acceptilatio, iusiurandum, nouatio, pactum de non petendo differunt. 237.2. 247.2. quomodo fiat 248.1. vtrum inutilis, in se habere possit pactum vtile, 249.1. 255.1. quid ei commune sit cum delegatione. 259.1. quomodo inutilis fiat. ead. 2. an in ea contineatur pactum de non petendo. ibid. cui promissa est, non potest denegari exceptio tacitipacti de non petendo. 271.2. dissoluit contractum. 283.2. 284.1. an possit permitti Aquilianam stipulationem. 292.1. quomodo iuris gentium esse dicatur. ibid. vtrum post eam & Aquilianam stipulationem, pœnalis valeat. 320.1.2. ad eam faciendam num cogatur is, qui per vim stipulando extorsit obligationem. 521.1. vtrum post eam actio de dolo superst. 544.1.2. quæ sit eius vis in rei arbitrariæ compromisso. 784.1
Acceptilationes sunt iuris ciuilis. 4.2. de iure gentium esse, quomodo intelligendum. 292.1.2
Accidentalis forma contractus immutari pro arbitrio contrahentium potest, & quare. 198.2
Accipere & pacisci eiusdem sunt potestatis in procuratore. 215.2
Accursij differentia inter contractus & vltimas voluntates, non mitenda. 243.1
Accursij & Placentini opiniones de tempore quo durare dicitur actio quod metus causâ. 536.1.2
Accursius videtur, qui dubitat an aduocatis necesse sit literas scire, & concludit non esse necesse. 324
Accusatio seruorum in dominos quatenus admittenda. 77.1.2. competens militi non permittur, & quare. 750.2
vtrùm Accusatori plures dilationes dari debeant quàm reo. 174.2
Acquirere non dicitur qui agit, & quare. 46.2
Acquisitio liberti non debet impedire quominùs minori subueniatur per actionem de dolo, aut saltem per actionem in factum 617.1
Acta iudicialia melius probant veritatem rei alicuius 88.1.
Actio nulla est penitus ex iure naturali & gentium sed ciuili, 4.1. aduersus quos comparatur 11.1. an quæ est ad rem mobilem vel immobilem, sit res corporalis, & tangi possit. 69.1. semel extincta num reuiuiscat. 92.1. de seruo corrupto, ciuilisne sit aut criminalis. 93.1. an penalis transeat ad heredes. 110.1. danda non est ei, cuius nihil interest. 112.1. quomodo dicatur denegari à Prætore filio contra patrem, aut liberto contra patronum. 119.1. in fidaiussorem quæ sit. 136.1. ex die decreti cœpta non potest finiri tempore. 137.2. eam non competere, denegari, aut dari sub exceptione, aut sine exceptione, distinguuntur. 138.2. personalem ad rem immobilem, censeri quid immobile, error est. 150.2. quando ab obligatione proficiscens, reuiuiscere semel extincta dicatur. 153.2. an peremta sit dominij acquisitione. ibid. vtrùm perpetuetur per vocationem in ius. 157.1.2. de dolo, an restituatur. ibid. num amitti possit, quæ per nouationem iam peremta est. 166.2. an ex stipulatu mortuo reo detur in heredem & in fideiussores. 166.1.167.1. aliud est, eam proficisci ex re, quàm contractum re perfici. 190.2. eam per pactum formari, quid sit. 197.1. quænam nascatur ex pacto pignoris. 220.1. quomodo tollatur. ibidem & 2. de peculio, an detur in dominum ex compromisso serui. 256.1. an quæratur ex pacto coheredum post diuisionem bonorum & æris alieni. 270.1. vbi illa est cum obligatione & petitione, ibi mora fieri potest. 282.1. eius confusio fieri pro hereditariis portionibus, quatenus intelligatur. 316.1. directa & vtilis contra quos heredes detur. 319.1. in illa prosocio obseruatione dignum quid notatur. 348.2. an in ea quæ ex contractu proficiscitur, notetur quis infamia. 349.1. vtrùm ex stipulatione commissa procuratori transferri possit in dominum. 377.2. an actio dari domino ex stipulatione indicatum solui à procuratore interposita. 378.1.2. iudicati ex sententia quando ei competat. 379.1. cum cognitione dissentit. 386.1. populari conuentus, an possit dari procuratorem. 397.1. iniuriarum duplex est, in qua procuratorem dare liceat. ibid. 1.2. directa & vtilis num possint concurrere in eadem persona. 398.1.2. directam habere plus est, quàm habere vtilem. 412.2. datur domino ex stipulatione conuentionali quanti procurator suo nomine conceperit, & quare. 420.1. quæ acquira-

tur domino per procuratorem, & quæ non. 422.1.2. negotiorum gestorum, quorum gratiâ proposita. 434.1. undè nascatur. 1. ibid. an hæc sæmina competat sisti & viro. 435.2. 436.2. pupillo. ead. 1. an detur ista curatori in furiosum. 437.2. quatenus competere dicatur heredi & in heredem. 438.2. eius inducendæ ratio quæ. 439.1. an illa mandati concurrere possit cum actione negotiorum gestorum. 440.1. an detur aduersùs eum negotiorum gestorum, qui pecuniâm vel quid aliud ad me perferendum acceperit. 442.1.2. quid si lucri sui causâ, aut suum tanquam meum gesserit. 442.443.444. an debeat habere eam de peculio ex sua gestione, qui negotia gessit eius quem sui iuris esse putabat. 445. 1. utra harum detur, de peculio an negotiorum gestorum, ei qui contraxit cum filiofamilias, vel impubere, de quorum peculio nihil superest quàm tempore. 446.1.2. quomodo tenetur qui negotiorum gestorum actione, ob ea quæ non gessit. 448.1. 2. iniuria, unde nascatur. 453.2. negotiorum gestorum successor. capitis & in successorem eius detur. 457.2. utrum competere intercedente mandato libere homini facto, qui bona fide serviebat. 464.1.2. an pro re pervenuta, & emtus emptio nullam utilitatem attulit, contraria dari possit. 469.2. an illa negotiorii gestorum magis plena esse possit, quàm dotis, contra maritum. 467.1.2. quando concurrat cum negotiatitia. ead. 2. directa & utilis negotiorum gestorum. quæ intelligatur. 495.2. ad quadruplum intra annum, & ad simplum post annum calumniæ causâ. 502.503. quod metus causâ, an in rem scripta aut mixta sit. 521. 1. in quo differat ab actione de dolo. ibi famosa de dolo an concurrat cum non famosa. 529.1. vi bonorum raptorum non datur in heredem. 532.2. quod metus causâ non datur heredi nisi ad eum pervenerit. 532.1.535 1. quanto tempore illa duret. 525.2. 535.2 536.1. de dolo, cum quibus alijs possit concurrere. 542.1. illa ex stipulatione nunquam famosa est, & quare. 543.1. in quo differat illa de dote ab actionibus empti & venditi, aliisque similibus. 548.2. de dolo, an necessaria sit, cùm res deterior tradita fuerit. 550.2. ad exhibendum, datur etiam alijs quàm dominis. 551.2. ad quid pertata est illa de dolo. 559.2. arbitraria est. 568. 1. an possit dari contra eum qui peierans absolutus est. 574.1.2. quorum sit illa quæ post capitis diminutionem competit. 682.2. domino in seruum. 690 2. cur illa de dote non pereat capitis diminutione. 692.1. aquæ pluuiæ arcendæ ad quid detur. 756.2. quales sit illa quæ detur aduersùs eum qui dolo malo alienauit. 757.2. an pœnalis. 765.1. in quos detur, & quando. 766.1. an cessit is non qui eam ipsam rem quam alienauit postmodum receperit. 768.1. quænam detur in nautas, caupones & stabularios. 847.1

Actionem exerceri apud aliquem magistratum, & esse legis actionem differunt. 11.2

Actiones honorariæ cur Iuris ciuilis esse dicantur. 4.2. prætoriæ & honorariæ differunt 11.2. in factum & præscriptis verbis cur inuentæ. 12.2. an plures inter easdem personas exerceri possint in iudicio. 103.1. prætoriæ & pœnales, nec heredi, nec in heredem, nec post annũ dantur. 125.2.134.1. personales passim legari non possunt, sed necessariò sequuntur heredem. 185.1. unde omnes suam formam accipere soleant 197.1. utiles curita appellentur, & quare potentiores sint directis. 218.1. quænam per pactum iure tollantur. 219.220

Actionum formulæ & impetrationes à quibus sublatæ 11.1. earum dandarum aut denegandarum ius ad quos translatum, ead. 2.

Actionibus utilibus tenetur qui ciuitatem amisit & bona retinet. 23.2

an Actionum pœnalium alia aliam consumat. 133.2

vt Actor mittatur in possessionem bonorum aduersarij, an eius latitatio sufficiat sine condemnatione. 122.2.123. an ei nihil absit, licet quis vocatum in ius vi exemerit. 133.1. utrùm ei succuratur qui fideiussorem accepit eum, qui non potuit obligari. 142.1. an in eius nihil tatem possit committi stipulatio, quæ nec ab actore ipso, nec ab eius procuratore fuit interposita. 146.1.2. an ille cui debetur editio ex edicto Prætoris, cogendus sit, vt pro editione accipiat quanti sua interest. 187.1. num ille ciuitatis possit procuratorem constituere. 423.2. quod sit inhabilis datus à corpore vel collegio, duplici in culpa tribuitur ei. 427.2. qualiter consideretur. 428.2. quomodo constitui debeat pro vniuersitate. ead. 1.2. & seq. quatenus dari possit ad litem futuram. 430.1. an cogatur defendere, & de rato cauere. 430.431. an mutari possit. 431.1. an acquirere actionem vtilem vniuersitati. 433.2. quid consequatur per actionem quod vi metúsve causâ. 524.1. an ei obijci, quòd temporeli tis contestatæ nihil peruenisse ad heredem inueniatur, si modò ante peruenerit. 531.1.2. non potest ignorare à quo circumscriptus sit, nec in qua re. 567.1. cur ei non restitutio contra captiuum ab hostibus reuersum. 725.2. quantum eius interest ne res quam petit aut petiturus est alienetur ineicij mutandi causâ 754.2. vel etiam in qua prouincia litiget. 755.1. si seruus quem à possessore petiturus est sit manumissus. 756.1. si alienata res, sint vsucapta ab emptore. 758.759

Actus manumissionis an scindi possit aut debeat. 75.2

Actus non operantur vltra intentionem agentium. 41.2

Adfinitas superueniens post litem contestatam, nunquàm sit iusta causa mutandi procuratoris. 57.1

Affinitatis ius quale. 6

Adrogationis ius an pacto amitti & repudiari possit. 262.1

Aditio hereditatis & agnitio bonorum possessoris secundùm tabulas, in quo differant. 146.2. ille hæreditatis aditio possessa quocunque tempore. 172.1

Adiudicationes, quæ sunt in iudicijs mixtis, tantæ prætor & quomodo. 202.2

Administratio procuratoris Cæsaris generalis quidem est, sed non libera. 94.1

quatenus Administrationem bonorum habentes alienare possint 417.1

Admissio legati quatenus noceat filio. 633.1

Adoptio facit filiumfamilias, & quare. 57.1.2. in ea requiritur autoritas principis & magistratus. ead. 1. quomodo fiebat olim, quomodo nunc. ead. 2. vnde pendeat eius substantia. 58.1. eius vsus quare inuentus. 59.1.67.1. nepotis ex filio viuo, & in potestate, an fieri possit. 59.1.2. eius effectus qualis est. ead. 1. ea requiritur causæ cognitio. 60 1.61.2. adgnationem facit & cognationem. 63.1. actus legitimus & solemnis. ibid. à patre data non verbis, sed alio modo, an valeat. 64.1. utrùm in iis habeat locum, qui vxores non habent. 65.1. eius confirmatio à quo fiat, & quomodo. 67.1. quoto anno. ibid. an mutet dignitatem. 73. 2. non tollit iura sanguinis, nec etiam pietatis naturalis. 1.2

ex Adoptiuo natus adoptini locum obtinet. 64.1

Adrogati quomodo transeant in familiam adrogatoris, etsi non rogantur. 57.1.67

Adrogatio pupillorum ex causa permitti debet. 61. 1. non finitur morte adrogatoris. 62.2. num fiat in inuito. 63.2. an præmittenda sit tutori pupilli sui. 65. 1. liberti prohibita est, & quare. 127.1.2

vtrùm Adrogatori, finita adrogatione, restitui debeat actio. 684.1

Adrogatus, cùm sit filiusfamilias, neque tutorem, neque testamentum habere potest, & quare. 61.1. vtrùm possit restitui contra adrogatorem. 593.1

Adsessoris officium quàm latè pateat. 98.1. Comitis nomine intelligitur. 99.1. eius officium non egreditur auditorium, in quo adsidet. 99.2. vtrùm ipse vltra tempus concessum adsidens Reipubl. causâ abesse dicatur. 748.1.2

Adsidens curatori Reipublicæ, salarium nullum habet. 99.2

Ad tempus concessa, videntur post tempus prohibita. 86.1.2

an sit in Aduersarij potestate apud quem, quando, & de qua re litiget. 106.1.2

Aduersarius non mutatur, cùm interuenit defensor, & quare. 124.1

vtrùm ob Adultero deprehenso pecunia extorqueri possit. 491.1.2. an illi restituatur. 516.2

Aduocati Principis sunt publici accusatores. 91.2

Aduocatorum vsus an sit necessarius in Repub. bene constituta. 15.1.86.1

Aduocatus potest palmarij nomine pro singulis causis paciscì vsque ad centum aureos. 281.2. puer minor decem & septem annis non potest esse. 323.1.2. nec surdus. 324.2. quid sit, & in quo casu detur aliquando à prætore, ead. 1.2. fœmina prohibitum. 325.1. cæco. ead. 2. ei qui corpore suo muliebria passus est. 326.1.2. capitali crimine damnato. 327. ei qui operas suas, vt cum bestijs depugnaret, locauit, nisi fera sit aliqua, quæ regioni noceat. ibid. & 2. quid si ipse tutelam vel curam administrat. ibid. Vide reliqua in dictione, Postulare.

an Aedificia quæ sunt ad litus maris sint communia. 69.1

Aedificiorum refectio pertinet ad Reipublic. vtilitatem. 90.1

Aedificium vi deponens restitutione inuandus. 519

Aediles curules quare creati, eorum officium & munus. 22

Aediles Cereales, qui, à quo constituti, vnde ita dicti, 24.1.2. eorum in Rep. vtilitas, ead. 2

Aediles primi fuerunt ex plebe 12.2. quare creati 18.1. cur ita dicti, ead. 2

Aedilitium ius quale, 4.2

Aelia Sentia lege patronus, qui libertum adegit ad iusiurandum, amittit iura patronatus. 115.1

Aelij duo Iurisperiti iidemque Consules 27

Aemulatio maximum Iurisprudentiæ malum 32.1

Aequitas naturalis nonnunquam à ciuili abhorret. 6.1

Aequitas rationem patiorem esse quàm vera, quomodo intelligendum 38 2. naturalis pugnat cum æquitate ciuili in pactis. 189.2. omnis naturalis non sufficit ad constituendum ius naturale aut gentium. 239.2 250.2. pacti temporalis non potest perpetuam parere exceptionem. 281.1

Aestimationem quæ habeant. 71.1

vtrùm Actas excuset quempiam, qui non edidit, cùm edere debuerit. 176.1.2

Aetatis probatio an differri possit, cùm plenissimam causæ cognitionem requirat. 171. 1. probationes certiores quænam sint. 655.1. quatenus eius suffragio minores adiuuentur in delictis. 662.2

quæ Affectio gestoris excludat actionem negotiorum gestorum. 493.2

Agere, est in potestate eiusque quando voluerit. 92.1

Agere & petere confunduntur ab interpretibus. 214.2. aliud esse ostenditur. 466.1

Agere simpliciter aliud est, quàm agere lege nomine alieno. 362.2

an Agere possit aliquis suo nomine & cauere alium ratum habiturum. 390.2

Agnatio, ex Accursio, per minimam capitis diminutionem non tollitur. 689.2

Agnationis iura quomodo acquirantur. 58.2

Agnitio pro postulatione est. 108.1

Agnitio bonorum possessionis secundùm tabulas, quomodo differat ab aditione hereditatis. 146.2

Album prætoris corrumpere an eius interest aut Reipublicæ. 101.1

Ali pro vti 9.2

an Alidebere pronunciatus, ideò pro filio haberi dicatur. 56.1.2

quare Alienans causâ iudicij mutandi teneatur de vexatione quam facit nouus possessor 755.2. quantum interest vi paratus sit suscipere iudicium vtile vindicationis, an verò suscipiat inuitus. 758 1.2

an Alienare credendus sit, qui omittit dumtaxat possessionem. 760. 761.1. an qui alienam rem vendidit. 767.1

vtrùm Alienatio permissa sit procuratori, cui res administrandæ mandatæ sunt. 417.1. illa loci in quo opus factum, cuius nomine interdicto quod vi aut clàm, vel alio tenetur, quantum noceat. 756.1. eius significatio propria, & generalius sumpta. 762.1.767. 1. an fieri dicatur per heredis institutionem & legatum. 767.2. an non videntur facta per redhibitionem. 768.1.2

Alienationem cuilibet domino rerum suarum liberam esse, interest Reip. 287.1

an Alimenta possint relinqui per donationem inter viuos 298.1. & de illis transigi. ibid. item & mortis causa. ead. 2. quod non debeant per transactionem intercipi, quomodo intelligatur. 300.1.2. eorum præstatio minuitur esse quæ intelligatur. 302.2. an semper cum vita finiantur. 303.2. vtrum aliquius est debitum legati an alimentorum. 308.2

Alimentorum favor perpetuus est. 173.1

Alimentarij & Emphyteutæ diuersa ratio in fundi alienatione plurium. 304.2. an pignus remittere possit. 305. 1.2. alia item est ratio eius cui solutum est indebitum ex causa illicitæ transactionis, & eorum qui condititiâ tenentur. 309.1. vtrùm aduersùs eum, quamuis locupletiorem factum, detur repetitio ead. 2.

in Alterum non laedere, præcepto, præcipua iustitiæ pars consistit. 3.1.3

vtrùm Ambiguitas pacti consensum illum ad perfectionem eius necessarium tollat. 267.2

Ambiguum & obscurum quomodo differant. 268.2

an Amicus absentis condemnati causam non pronosans culpæ contraxisse videatur. 476.1.2

Amissio ciuitatis, quænam capitis minutio esse dicatur. 686. 1.2

Animalia quomodo iuris capacia esse dicantur. 2.1

in Animalibus sunt quædam semina & scintillæ religionis. 2.1

Animus malus in facto, quod boni speciem præ se ferat, quomodo dignoscatur. 89.2

Annonæ cura præfecto vrbi data. 77.2.

in quibus Annus vel dies captus habeatur pro completo. 324.1.586. 1.2. in annalibus actionibus semper vtilis non continuus intelligitur. 503.1

Antonius qua ratione populum ad vindicandam C. Cæsaris necem concitauit. 21.2

Ἀνάπηροι dicuntur vulgò concepti, & quare. 52.2

quando Apparitor vim facere dicatur. 540.1

an Appellare a præfecti prætorio liceret. 75.1

vtrùm Appellari possit à dilatione facta per iudicem dandi actionem. 730.2

Appellatio & restitutio in integrum in quo differant. 670.2. optimum auxilium aduersus magistratuum iniuriam 21.1

inter Appellationem & restitutionem euidens est ratio diuersitatis. 632.2

Appellationum vsus quare introductus. 145.1.345.2

Appius Claudius cæcus erat prius quàm Senator fieret. 336.2. actiones ad formam redegit 12.26.1. vir probus 21. centumuiris appellatus, 26.2. opera. ibid.

Appij Claudij Decemviri improbitas, 20.21.1.2. hic prior tempore cæco, ead. 2. vtrumque comparatio ibid.

Appius Claudius literæ R. inuentor 26.2

Approbatio fideiussoris per arbitrum facta, an diffinitiuæ sententiæ loco habeatur. 145.2

Aqua profluens differt ab ipso flumine. 69.2.

Aquilianæ stipulationis vsus necessarius & commodissimus 291.1.2. quomodo perimatur. 292.1. vtrùm in eam deducantur legata conditionalia. ead. 2. an interpositæ debeat esse captiosa ei qui per dolum & fallaciam coheredis deceptus fuit. 312.2. vtrùm possit eam & acceptilationem pœnalis stipulatio adhibita valeat. 320. 1.2

an Arbiter ex Compromisso infamiam irroget. 354.1. eius sententia in quibus possit casibus parere exceptionem rei iudicatæ. 773. 1. quo casu sententiam dicere sit cogendus, vel non. 775.2. 776.1. 781. quomodo fiat ei iniuria tanquam arbitro. 782.1. non est cogendus, si alter promiserit, alter non. 783.1.2. si conditio non exiterit. 784.1. an cogendus à iudice sententiam pronuncìet. 787.1. nisi iuret sibi de causa non liquere. ead. 2. potest diem statuere, si omissa sit, ex consensu litigantium. 788.1.2. quænam illum excusent à sententia dicenda. ibid. 789.1. an cogendus sit pronunciare contra eum qui bonis cessit. 790.1.2. nullus ex pluribus abesse debet cùm sententia danda est. 791.1. & quare. 794.2. quare duo arbitri tertium eligere cogantur à prætore. 793 1.2. an ratum habendum sit quod à duobus iudicatum est, absente tertio. 794. 1.2. an sit aliqua differentia inter illos & iudicem quantum ad litigatores. 795.2. quando videatur boni viri partes implenisse. 796.2. an mutare sententiam possit, & diem 797.1.2. vtrùm & corrigere. ibid. an possit dare diem solutioni. 799.1. an cogendus sit etiam post diem compromissi. 802.2. an locum statuere possit, in quo adesse debeant litigatores. 803.1. non est legis minister, sed potius litigatorum. 805.2. an liceat illi nouas nouo compromisso iniicere conditiones. 809.1. vtrùm absens vel per nuntium, vel per epistolam diem prorogare possit. 810.2. an cogatur sententiam dicere, si pœna commissa sit. 820.1. an excusari debeat à sententia ferenda sacerdotio obueniente. 821.1. an cogatur sententiam dicere si homo mortuus sit. 822.2. vtrùm vnus ceteris absentibus iudicare possit. 827.1. vnde habeat potestatem. 828.1. vtrùm contumaciam litigatoris punire possit. 834. an quis possit esse de re sua. 842.1

INDEX.

ab Arbitris, ad fideiussores probandos constitutis, an appellare liceat. 145.1.2

Arbitrum quid sit. 526.2. *quando absolutionem adferre dicatur, si metus adhibitus proponatur.* ead. 1. 2. *an illud iudicis præcedere debeat in actione de dolo.* 568. 1. 570. 1. *illud suscipere num quis cogi possit.* 774.2

in Arena potest fieri venatio. 327.2

Argentariam exercere enim possit seruus. 178.1

Argentariorum cognitio cuius sit iurisdictionis. 77.1.78.1

Argentarius cogitur ad editionem rationum quas confecit. 177.2. *quo loco.* 179.1.2. *an aduersus eum detur actio ad id quod interest.* 181.1. *utrum illius ratio pertineat ad mandatarium.* ibid. *ei prætor iubet edi ex causa.* 182.1. *à nummulario qui differat.* 185. 1. *eius officium & ministerium publicam causam habet.* 186.1. 188.1. *an unius factum alteri prodesse aut nocere debeat etiam socio.* 236

Argumentum ab etymologia quomodo valet 1.1

Athenienses quo iure potissimum vtebantur. 4.2

vtrum Athletæ infamiâ notentur. 341.1

Attilius unus professor sapiens cognominatus. 27

an Augusta legibus soluta dicatur. 42.2

Augusti Cæsaris laus 14.1

Auli Cæsellij modestia 30.1.2

Auo mortuo, filij recidunt in patris potestatem. 55.1.5

cur Auxilium commune appelletur restitutio ab Vlpiano. 628.2

B

BAlneo in ius vocari licet. 123

Barbarius Philippus prætor designatus, cùm seruus fugitiuus esset. 79

Bella an sint contra rationem naturalem 3.1

Belli & pacis differentia 18.1

Bellum inter homines gestum est iuris gentium 2.2.3.1

Beneficium ius vere id quod vltro conceditur 34.1

Beneficium religionis obuenientes procuratori excusat eum à suscipiendo officio, & quare. 373.2

Bibere non est iuris naturalis. 2.1

an qui Bona nulla habent, possint tibi, si acquisitionis capaces sint, aut alius acquirere. 46.2. *& liberis necessario sequuntur caput illius qui adoptatur.* 60.1. *illa pupilli, quæ habuit tempore adrogationis, sunt obnoxia restitutori ex promissione adrogatoris.* 63.1. *ad quem pertineant, quæ habuit ante adrogationem.* ibid. *mobilia in prædium vrbanum illata num possint tacitè obligari.* 192. 1. *etiam ignorante locatore.* ead.2

Bona retinens amissa ciuitate vtilibus actionibus tenetur 23.2

Bonitarium dominium & quiritarium. 142.2

Bonum omne est ex causa integra 7.1

Bonus stupri metus maior est quàm mortis. 21.2

Bonorum possessio secundum tabulas alia est cum re, alia sine re. 146.1.2. *eorum possessionem dare, an mixti sit imperij, aut iurisdictionis.* 100.1. *eorum omnium amissio num sit iusta causa propter quam denegari debeat restitutio actionis.* 691.1

Brissonij laus 28.1

Brutus primus libertatem & consulatum instituit 9.1

Brutus iuris professor. 28

C

CVr Cadauera insepulta non iaceant. 70.2

an Cadaueris illatio faciat locum religiosum. 70.1

Cæco postulare non permittitur, & quare. 325.2. *an magistratus gerere.* 326.2

an Cæcus adoptare possit. 59.1

quare Cæsar possit hereditatem adire per procuratorem. 94.2

C. Cæsaris odium & cædes vnde 18.2

Calamitas matris non debet nocere ei, qui in vtero est. 49.2

Calcearium alimentorum appellatione continetur. 304.2

Caligati milites qui dicantur. 338.1

Caligula Imperator vnde nomen sumpsit 338.1

de Calumnia iurandi necessitas num sit ei, cuius nulla calumnia probatur. 144.1

Calumniæ causâ liberationem ab obligatione accipiens, tam curpiter agit, quàm si pecuniam acciperet. 499.1. *item cui pecunia gratuitò vtenda datur.* ead.2. *minoris conducens & emens.* ibid. *siue per se, siue per alium id faciat.* 500.1.2

Calumniator vtrùm infamiâ notetur. 343.1.2. *differt à litigatore temerario.* 345.2

in Calumniatorem quæ & cui actio competat. 497.1.500.1. *& seqq.*

Cancellatio num inducat pactum de non petendo & probationem solutionis. 191.2

Candidati principes qui dicebantur. 78.2

an Capite minuti agere & conueniri possint. 681.2. 682. *naturaliter manent obligati.* 683 1. *an delictis exuantur.* ibid.

Capitis minutio nihil commune habet cum dignitatis amissione. 72. 1. *an impediat honorem patrono debitum.* 116. 117

quatenus Captis à latronibus ac prædonibus succurratur. 700.1

an Capitinitas possit impedire quominùs is qui captus est, possessionem suam contineat. 716.1

Capitinitates atque seruitutes cur inductæ sint. 3.2

vtrùm Captiuus ab hostibus reuersus indigeat restitutione ad possessionem recuperandam. 723.1.2

Carcer furiosis datur ad custodiam, non ad pœnam. 91.2

Carcere detentis quatenus deneganda non sit restitutio. 700.1

Carceres priuatos in rep. nemini habere licet 17.2

Carsmia dedit locum huic edicto, quo fœminæ postulare prohibentur 325.2

in quibus Casibus æquùm possit subueniri fideiussori quàm creditori. 624.2

Caligatio differt à coercitione. 104.2

Castratus an possit adoptare. 58.2

Casus filij non auferre nepoti quod habet ille ab auo, non à patre. 73.2

Casus duo, in quibus actio ex vendito locum habere contra emptorem non potest ob dolum qui in venditione intenenerit. 549.1.2. *duo autem, quibus permittere solet Princeps in auditorium suum inducì eum qui per infirmitatem ætatis captum se dicat.* 633.2

Cato Censorius. 17.2

Caupones num possint se exonerare vbi semel receperunt. 843.2. *qui hoc nomine intelligantur.* 845.1. *an viatorum factum præstare debeant.* 846.2. *excipiuntur, si vis maior facta sit.* 849.1

Caupones custodiæ nomine tenentur. 851.2. *etiam ijs quos gratis receperunt.* 852.2. *an pro iis qui repentino hospitio in caupona excipiuntur.* 853.1

Causa cognitionis quid sit. 195.1.196.1

Causa vrgens præsentis pecuniæ sit alimentario. 302.2

Causæ cognitio plena non tantùm prætorem requirit, sed etiam tribunal. 85.2. *an requiratur in actione de dolo contra heredem.* 576.2

Causidicus & Iurisconsultus differunt 31.1

in Causis criminalibus vtrùm plures dilationes dandæ sint, quàm in ciuilibus. 174.1.2

Cautio iuratoria quæ dicatur. 140.2

an Cautio heredis scripti possit dare actionem legatariis aut manumissis aduersus eum qui iure legitimi heredis possidet hereditatem. 290. 1. *de rato necessaria est aliquando procuratori.* 388.2. 390.1. *quo casu præstari debeat simul cum cautione iudicatum solui.* 393. 1.2. *de rato inutilis semper est.* 395. 2. *ejus vsus quare introductus.* 401.2. *an illa de rato sufficiat sine mandato ad petendam restitutionem.* 648.1.2

Cautionis iuratoriæ vsus quando. 152.1

an Cautionis reuditio & chirographi à creditore facta inducat remissionem tacitam debiti. 191.1

RERVM ET VERBORVM.

Celeres iidem qui equites. 16.1

Census Equitum & Senatus differebat. 34.2

Censores qui dicebantur, & vnde dicti. 17

an Centotaphium sit res religiosa locus. 70.1

an Centurio degradari debeat de exercitu ignominiæ causâ. 338.2

Chirographi recognoscendi gratia potest quis quoscunque loco & apud quemcunque iudicem conueniri. 738.2

Ciuiliberes pro magistratus, qui & vnde dicti. 23.25.2

Citatio quibus & quo tempore fiat. 113.2

an Ciuitas dare possit procuratorem. 423.1

Ciuitas quo amplior eo magis legibus indiget 8.1

Claudicare compromissum quomodo diceretur. 841.2

Clausula generalis quomodo intelligatur in l. inter eos. 744. 1.2

Codicillorum vsus à quo repertus. 30.2

Codicilli constituunt non minùs speciem voluntatis, quàm testamentum. 297.2. *quatenus sint pars testamenti.* 315.2

Coercere verbum quid significat. 17.2

Cognati vnde dicti. 3.2

Cognationis ius quale. 7.1

vtrùm Cognitio de alienandis rebus minorum sit iurisdictionis, & mandari specialiter possit, aut etiam transferri mandata iurisdictione. 96.1.2. *item & furiosi tutoris.* 97.1.2

Cognitio de criminibus quibuscunque habetur quouis tempore. 174.2

Cognitio & actio opponuntur. 386.1

Cognitio procuratoris mutandi cuius sit. 376.2

Coheredes an plures procuratores dare debeant. 399.2

cur Coheredibus, de quibus tacitè videtur conuenisse ne ab iis petatur, non detur exceptio pacti. 261.2

Collegia illicita quæ dicantur. 77.2

Comes stabuli idem qui olim Tribunus celerum 16.1

Comitia è campo ad Patres primus transtulit Tiberius 8.1. 13.1

in Commeatu agere aliud est, quàm ire ac redire in commeatu. 747.1

in Commissum vectigalis incidere qui dicatur. 615.1

Committere alij iurisdictionem sibi mandatam an liceat. 96.2

Commune quod est, publicum dici potest, non contrà. 71.2

quomodo omnia Communia esse dicantur iure naturali. 69.1.

an Communi dividundo actio, cùm sit duplex & mixta, separanda sit quantum ad iurisdictionem. 104.1

quatenus compensatio fiat ipso iure, & vim solutionis habeat 278. 1.2. *negotiorum gestorum quomodo fieri debeat.* 436.2. *quo casu fauore digna sit.* 452.1. *reprobata quid sit.* ea.2. *an lucri & damni fiat inter negotiorum gestorem & eum pro quo ipse gessit.* 457.2

Compromissum quomodo dicatur redactum ad similar iudicium. 772. 773. *quomodo item pertinere ad lites finiendas.* 773.2. *ex eo non nasci exceptionem, sed pœnæ petitionem, vt intelligatur.* ead.1.2. *in minore quatenus locum habeat.* 774.1. *cur in eo sit pœnæ adiectio.* 775.1. *factum vt vel alterutrius sententia valeat, quis cogendus.* 779.2.2. *quid si in seruum, pupillum, furiosum, surdum aut mutum.* 780. *valere potest, etiamsi neque pœna neque aliud pœnæ nomine promissum sit.* 782.2. *an sit pactum nudum.* 783.1. *cur in eo stipulatio soleat exigi.* ibid. *quo casu plenum esse dicatur.* 785. 1. 800.2. 820.2. *necessaria est illi diei adtectio, quæ si omissa sit, ab arbitro statuenda est.* 788.1. *cur eius vsus introductus.* 789.1. 833.2. *num possit illud valere, vt quod Titio discepratori placet, id Seius pronunciet.* 791.2. *vtrum si ita conceptum sit, arbitraru Titij, aut Seij.* 792.2. *vt si dissentirent, tertium adsumant.* ead.1.2. *quatenus prorogari debeat.* 800. 1. *an quod de vna re tantum factum est, plenum dicatur.* ead.2. *vtrùm morte soluatur.* 811.1. *iudicio soluitur, sed non impunè.* 828.1. *an distinguatur in illo, minor an maior sit pœna, quàm res de qua agitur.* 820.1.2. *vtrum possit fieri de famosis & criminalibus.* 822.1. *an de fideicommissaria libertate.* 823.1. *vtrum transeat in heredem.* 829.2. *eius obligatio mutua est, nec debet claudicare.* 841.2

Concepti vulgò possunt succedere matri, non tantùm ab intestato, sed etiam contra testamentum, proposita querela. 52.1

Condemnatio furis & raptoris longè diuersa est 343.1. *alieno nomine irrogata non redd.t quempiam infamem.* 345.1. *quomodo differat ab absolutione, in iudicijs arbitrarijs.* 526.2. 527.1. *ex ea potest filius familias conueniri.* 588.1. *quatenus separanda est ab executione rei iudicatæ.* 644.1

Condemnatum restitui aduersùs rem iudicatam, vt ex integro de causa cognoscatur, & absolutio sequatur, aliud est, quàm restitui aduersus pœnam citra absolutionem. 329.2

an Condemnatus actione quod metus causâ, cæteros omnes liberet, cùm soluit. 530.2

Conditio soluti impeditur in seruo, & quare 256.2. *ex inutilo nata, vnde causam habeat.* 419.2. *in debiti aduersùs quos competat, & vnde nascatur.* 447.1. *vtrùm illa ob turpem causam possit competere, etsi prætor introduxerit prætoriam.* 501.2. *cui competat, si alius pro me numerauit.* 504.1

Conditiones num ciuiles sint an naturales aut iuris gentium. 309.1.2

Conditio seruorum pretiosissima omnium quæ fuit. 93.2

vt Condicio pro impleta habeatur, quid requiritur 715.2

quatenus Condicio sit melior eius qui caret dolo. 727.1.2

cur Condicio absentis reipub. causâ sit melior quàm minoris. 750

an Condiciones sint splendidæ in stipulatione. 193.2

quatenus Confessio facta in carcere non valere dicatur ab Accursio. 538.2

an Confessionis & pacti aliqua sit vtilitas in causa appellationis. 269.1.2

Confestim agi mandans, quid intelligat. 413.2

Confusio actionum quatenus intelligatur fieri pro hereditarijs portionibus. 316.1

Coniunctæ personæ possunt se inuicem defendere & agere sine mandato, sed non sunt ob id verè procuratores. 386.1.2

Coniunctio matrimonialis sola sit cum ratione. 2.2

Consanguinei quatenus præferantur extraneis in venditione aut licitatione. 286.2

an Consanguinitatis ius sit inter nepotes, mortuo auo, quorum vnus in nepotis loco adoptatus fuit. 68.1

an Consensus filij requiratur in adoptione 58.1. *an & omnium agnatorum* ibid.37.1. *an curatoris* 59.1.2

Consensus in præsentem prætorem per errorem factus, nullus est 105.1.2.

Consensus priuatorum formam iurisdictionis mutare non potest. 126.1

Consilium exercere, non iurisdicandi officium est, sed magistratus. 96.2

Consiliorum Collegia tota sunt in Hispania, quot regna & prouinciæ eius dominationi subiectæ 24.1

Consuetudo vnde introducta est, & vim habeat. 43.1.2. 44.1.2. *quomodo habeat vim legis, & quantum temporis ad id requiratur.* 9.2. 44.2. 45.1. *in quibus obtineat.* ibidem. *id est, nisi sit contra leges.* 90.2. *prouincialis non est mutanda à proconsule.* 83.2. 84.2

Consuetudines scriptis mandari necesse est, & quare. 44.1.2

Constituti & pacti differentia ex Cuiacio. 133.1

Constitutio D. Marci, quæ locum habeat etiam in seruis donatis, repræsentat factum hominis. 52.2

Constitutiones principum vnde ita dictæ 14.2. *an sint lex* 15.2

Consulares fœminæ quæ dicantur. 72.

vtrùm Consularis vir iure defensoris satisdare iubeatur. 410.2. 411.1

Consules quid, & vnde dicti. 16. *cur duo creati non vnus* ibid.1. *apud eos quare mandamitti possit.* 74.1. *an possint inter se diuidere administrationem.* 75.1. *ciui neque vitam neque libertatem adimere poterant* 17.1

Consules cur sæpe creari voluerunt Imperatores. 16.2

Consultum omne prudentum non est lex, omnis verò lex est consultum prudentum, & quare. 36.1

Contestatio litis necessaria est interdum, vt perpetuetur actio, & ad heredem aut in heredem transmittatur. 92.2. *vtrùm sufficiat ad perpetuandam actionem.* 170.2.172.1. *an fieri possit ex stipulatione nondum commissa, aut potius stipulatio seipsam committet.* 214.2

Contra legem fieri quid, quando dicatur. 42.2

INDEX RERVM ET VERBORVM.

Contractum re perfici aliud est, quàm actionem ex re proficisci. 190. 2. *consensu perfici, non aliud est.* ib.
Contractus & conuentio uti se habeant inuicem. 190.1. *cur nominatus & innominatus.* 195.2. *an ex eo nascatur actio in factum prætoria, & de dolo.* 196.1.2. *an in quo differat à pacto.* 196.2. *unde formam suam accipiat.* 197.1.199.27. *utrùm iam perfectus possit formari, etiamsi pactum incontinenti appositum sit.* 198. 2. *an possit dividi.* 200.1. *renouatus quis dicatur à Paulo.* ead. 2. *an dolus aliquis in eo sit permissus.* 202.203. *eius differentia qui consensu perficitur cum pacto, falsa est, & quare.* 241.1.2. *cum ultimis voluntatibus, quæ est Accursij, non admittenda.* 243.1. *cuius sit legem illius conscribere* 268.1. *quæ dicantur præter eius naturam in pacto.* 272.1. *an pro parte resolui possit.* 283.1.2. *in quo differat à pacto.* 284.2. *an magis tolli possit solo consensu quamuis rebus adhuc integris, quàm si integræ non essent.* 285.1. *unum esse quando intelligatur.* 461.2. *an tot sint in actione negotiorum gestorum quot sunt negotia.* 462.1.2. *quatenus considerare debeant facti cum matre, quæ filij negotia gerit secundùm patris voluntatem.* 478.479.480
cùm aliquos consensu perfici dicimus, quomodo intelligendum. 513. 2. *an ab eis, qui bonæ fidei dicuntur possit abiri.* 537.1. *quidam sint in quibus licet naturaliter contrahentibus se decipere.* 541.1. *quando ex illo bonæ fidei competat actio ad dolum vendicandum.* 580.2
in Contractibus nominatis non fit transitus ab vno contractu in alium. 195.1
Contumacia pro præsentia est. 129.1
an Contumax per procuratorem defendi possit, cùm ipse habeatur pro confesso. 360.2. *quatenus restitui possit.* 510.2. *apud arbitrum quis dicatur.* 834.2
Contumeliæ felicis exemplum 29.1
Conuenire qui dicantur. 191.1
Conuentio & pactio eodem significato usurpantur. 190.1. *uti se habeat cum contractu & obligatione. ibid. an tacito consensu fieri possit.* 191.2. *quot sint eius species.* 193.1. *legitimæ nomine quid intelligatur.* 194. 1.2. *an quæ est iuris gentium, actionem aut exceptionem parere possit. ibid. ex nuda, naturalis obligatio oritur.* 195.1. *ex quo inducatur tacita.* 44.2
si Conuentus rei suæ vendicatione, non patiatur rem duci vel ferri in ius, impedit litis contestationem. 111.2
an Conuentus ex stipulatione sua, debeat ob id solum liberari, quòd alius propria actione conueniatur. 164.1
Corâm dicere quid sit, ex Latini sermonis ratione. 814.1
Cornelius Sylla dictator 24. *eius leges* ib.1
an Corporalis pœna possit infligi loco pecuniariæ. 125.2
Corrector prouinciæ quis dicebatur, & eius munus atque imperium. 93.2
ex Correis debendi vnus potest ab alio procurator fieri ad petendam pecuniam siue ex priore obligatione, siue ex causa constituti. 399.1
in Correis utrùm idem ius debendi constitui debeat quod in reo & fideiussore. 234.1.2. *an vnius ex illis factum alteri prodesse aut nocere debeat.* 236.237
Coruncanius primus iuris professor. 26.1.27
an Creditor fideiussores interpellans illius qui paratus est soluere, iniuriarum teneatur. 139. 2. *illi Cauere iubet prætor & ante conditionem existentem, & ante diem petitionis conuenientem.* 147. 2. *an Cogendus sit satisdare, qui fundum pignori accepit.* 149.1. *qui debitorem soluere vi coegit, non tenetur edicto quod vi metusue causâ.* 523.1.2. *quid verò si propriâ autoritate id fecerit.* 524.1. *an amittat ius crediti, qui rem sibi debitam reposcit per apparitorem iudicis, licèt nullâ cognitione habitâ.* 540.2. *an in eum detur actio de dolo, qui decipit aliquid vt hereditatem non idoneam adiret.* 558.1. *ei denegatur actio aduersus minorem.* 649.1
an Creditores plures vnius loco numerentur. 209.2. *an absentes euocandi, & exemplum præsentium sequi.* 211.1. *an in emptione vel licitatione sint præferendi consanguinei.* 286.1
an Creditoribus noceat, si interfuerint transactioni factæ inter eos, quorum quisque se heredem prætendebat. 317.1. *num competat eis actio in vtrumque heredem.* ib.& 2
Creditorum omnium consensus requiritur, vt heres cum illis contrahat, & quare. 208.1. *hereditariorum nihil interest an testamentum valeat & subsistat necne.* 290.1
an Credulitas excuset eum qui dolo malo quid suggessit. 155.1.2
Crimen probari, probatúmque puniri maximè interest Reipub. 174.2
Criminum coërcitionem nemo habet, nisi cui data est à principe. 76.2
Culati lapsus notantur ab Authore. 16.2.199.1.204.1.205.2.212.1. 217. 2. 219.2.222.1.2. 223.1. 226.2.232.2.233.2.235.1.237.2. 238.1.239.1.240.2.242.1.244.1.247. 1.2. 248.2. 255.1.257.2. 258.2.259.2.260.1.261.2.263.1.264.1 267.1.270.2.274.1.275 1.277.2.298.2.301. 2.309.1.314.2.320.2.420. 2. 533.1.545.2. 549.1. 551.1. 2.555.2. 559.2.564.2.588.1. 592.1. 595.2. 624. 1. 628.1.631.1.657.2.664.1.667.2.688.1.696.2.701.1
an Curator ius iniquum impetrans, de eo teneatur suo nomine. 109. 2. *an si sit contumax.* 112.1. *an ille patroni, in ius vocari possit à liberto.* 120.2. *an eius pactum prosit furioso vel prodigo.* 252.1. *Reipublicæ an pacisci de non petendo possit, cùm ei liceat accipere solutionem.* 265. 266. *quatenus ei liceat de prædiis minorum transigere.* 316.2. *an postulare possit pro pupillo, pupilla, fatuo, fatua, adsine, muto, surdo, prodigo, adolescente.* 331.332.333. *an ipse detur actio negotiorum gestorum in furiosum.* 437.2. *utrùm aliquis detur à prætore hereditati iacenti.* 458.2
Curatores dantur feriarum tempore, & quare. 170.1.171.2
Curator Reipub. adsidens, salarium nullum habet. 99.2
Curia vnde dicta 8.1.19.1. *an possit vim facere* 518.1
Custodes cur plerumque puniantur. 80.1

D

Damna omnia quæ fideiussor propter fideiussionem sustinet, in quam veniant actionem. 481.2
Damnato crimine capitali an sit prohibitum postulare. 327.1
Damni infecti causa celeritatem magnam desiderat, & quare. 171.2
Damni euentus non indulget restitutionem, sed inconsulta facilitas minoris. 521.1
Damnum fatale & damnum fortuitum quomodo distinguantur 848.1
Dare bonorum possessionem utrùm sit mixti imperij, vel iurisdictionis. 100.1
Datio in adoptionem non fiebat olim sine emancipatione. 67.2
utrùm Datio procuratoris sit actus legitimus, & fieri possit in diem, sub conditione & vsque ad diem. 363.2
an Datio tutoris transeat mandata iurisdictione. 82.1. *neque est imperij, neque iurisdictionis, & quare.* 100.2
an Datione in solutum lædatur minor, ac proinde restituatur. 668.2
Decretum in quo differat à rescripto. 47.1
Debere naturaliter, & debere iure naturali, diuersa sunt. 250.2
an Debiti remissio tacita induci possit ex redditione cautionis & chirographi à creditore factæ. 191.1
Debitor an soluendo non sit, an verò non possit facilè conueniri, parum interest. 135.2. *cur nequeat cogi in diem, etiam si soluere queat ante diem.* 137.2. *an eum vi eximens si soluerit, reum liberet.* 134.1.2. *aliquem ita appellans, cùm non sit, iniuriarum tenetur.* 139.2. *sibi obligatum liberans dedisse videtur.* 499.1. *an inutiliter pactus erit, ne à se petatur.* 231.2. *illius pactum quomodo prosit fideiussori.* 230.2.231.1.236.1. *qui pacisci tur, ne supra facultates suas conueniatur, non facit contra leges, nec contra bonos mores, & quare.* 276.1. *eius negotia vtiliter gessisse non est dicendus, qui ei ademit compensandi aut aliter retinendi debiti facultatem.* 493.2. *an qui ex acceptilatione per vim extorta sibi suisque fideiussoribus liberationem acquisiuit, alios possit dare fideiussores.* 522.2
an Debitores liberati ipso iure dicantur, qui soluerunt minori nullo adhibito curatore. 655.2
quodnam meliorem conditionem habeat, purum ac præsitum, an verò alternatiuum. 245.2. *quodnam sit antiquius, legati, quod præsens fuit relictum, an verò alimentorum.* 308.2. *in qua persona facilius fiat usurarium, quod nunquam fuerit tale.* 449.1.2. *quatenus ex non usurario fieri possit usurarium.* 491.1.2
Decemvirorum creatio. 20
Decem viri litibus iudicandis constituti 23. *vnus erant magistratus* 23.2
Deceptio in contractu ad pretium refertur tantùm, non ad personam 557.1

Deceptionis

Deceptionis distinctio non cadit in eum qui dat pecuniam, necin eum qui accipit calumniæ causa. 502.1
quibus Deceptis subueniatur per restitutionem in integrum. 510.2
an Decuriones ex suo dolo possint conueniri. 566.1
Defectus potestatis in agente, nullitas nullitatum vocatur à pragmaticis. 92.1
utrùm Defendenti causam communis aquæ competere possit actio communi dividendo, an negotiorum gestorum. 481.1
Defendere quid sit. 124.1
Defendere aliquem aliud est, quàm pro alio postulare. 324.1
Defensio quando admittatur post pronunciationem & executionem sententiæ. 153.2
si Defensor interueniat, non mutatur aduersarius, & quare 124.1. *an quis possit esse illius, qui in ciuitate est, & seipsum defendere non potest.* 162.1.2. *ipse & procurator iudicium accipere coguntur diuersa ratione.* 387.2. *in quo differant.* 673.1. *quo casu cogatur cauere de rato.* 693.1. *quando videatur boni defensoris partes impleuisse.* 395.1. *an cogatur defendere absentem in omnes res.* 405.1.2. *an pro idoneo habeatur sine satisdatione. ibid. si actor restitutus sit in integrum, utrùm cogendus sit restitutorium iudicium accipere.* 406.1. *an subeat eandem vicem quam reus, in omnibus.* 387.1.410.1. *mariti an amplius quàm maritus facere possit, non est condemnandus.* 410.2. *an qui locupletissimus & est, & probatur satisdare cogi debeat.* 410.1.2. *quis non admittatur.* 411.412. *pati debet executionem iudicati.* 416.2. *an possit satisdare de rato pro absente.* 423.1. *utrùm cogi debeat iudicium accipere, cùm absens soluendo esse desiit.* 424.1.2. *num ei permittatur vt fugiendo frustretur actorem.* 425.1.2
Deficientes qui sint, & an amittant ciuitatem. 687.1
Defuncti voluntatem erga legatarium quatenus seruari debere interfit Reipub. 274.1
an Delatori oporteat edi à reo omnia pertinentia ad eam causam, ex qua delatio sit. 177.2
Delegare quid sit. 254.1.256.1
Delegatio quando fiat & quando non. 256.1. *vicem solutionis obtinet.* 259.1. *differt maximè ab acceptilatione. ibid. inutilis exemplum. ibid. distinguitur hæc à nulla.* ead 2
Delicta, quæ casu committuntur & ignorantia, puniuntur. 81.1. *tot sunt, quot personæ delinquentium.* 102.2.133.1. *paria quatenus tolli dicantur mutua compensatione.* 130.1
Delictum adeò est voluntarium vt si voluntarium non sit, nec sit delictum. 36.2. *prohibere qui potuit aut debuit, nec tamen prohibuit, puniendus.* 91.2. *nihil habet commune cum promissione iudicio sisti.* 191.1. *an habeat aliquid commune cum venia ætatis* 637.1.
Delinquere, & dominicam pecuniam malo more erogare, differunt. 464.2
Democratiæ misera conditio 21.1.22.1
Denunciatio rei latitantis permissa, sed non vt posita de domo extrahi. 123.2
Deportandi potestas cui data. 76.1
Deportati quare non possint testamento heredes instituì, nec succedere ab intestato. 37.2
Deportato quare subueniatur. 750.2
Deportatus & seruus pœnæ, pro mortuis habentur. 56.2
Depositi lex & conditio sicut immutari non potest, ita nec impleri & existere. 558.1
Descendentes ex fœmenino sexu quam familiam sequantur. 135.1
Descriptum dare, plus est quàm edere. 179.2.180.1
Desuetudo potest legem abrogare. 43.1.2
an Dicenti ius ex consilio adsessoris, dolus debeat imputari. 108.1
Dictatores qui dicebantur, & eorum ius, & potestas 18.19. *vnde dicti* 18.2
Dictatoris nomen odiosum reddidit Iulius Cæsar 14.1
eorum à Consulibus & Decemvirus differentia. ibid.
Dictio taxativa non excludit casus similes. 38.2. *si aliqua est ambigua in lege, quid agendum.* 39.1. *vt aliqua proferatur demonstratiuè, aut restrictiuè ac limitatiuè, an multùm intersit.* 207.2
Dictum elegans sapientis aduersus Magistratus qui patiuntur debiliores opprimi à potentioribus. 86.2
Diem obligationis nondum venisse aliud est, quàm humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis. 138.2. *cuius in potestate sit eam ponere in stipulatione.* 14.1.2.158.1. *Prioris actionis exisse per dolum rei an fine dolo, num interfit quoad dandam actionem de dolo.* 524.1.2
Dies in editione actionis an sit dicendus. 175.176. *in quibus captus pro completo habeatur.* 586.1.2. *restitutionis, quomodo accipiendus & intelligendus.* 732.1.2. *an dari possit solutioni ab arbitro.* 797.1. *utrum in sententia arbitri adiectus esse debeat.* 806.1. *eius prorogatio non facit nouum compromissum.* 809.1. *quando fieri possit.* 826.1
Differentia sexus nulla potest esse in iis quæ rationem & æquitatem habent naturalem. 335.1
an Difficultas det exceptionem alicui quominùs in ius veniat. 159.1
quomodo Dignitas non minuitur per adoptionem. 66.2. *Magistratuum quæ sit.* 107.1
Dignitates nihil nisi virtutis & bene meritorum remuneratio sunt. 73.2
utrum Dilatio amplius quàm semel sit danda. 173.1. *an possit concedi in causis pecuniarijs.* 174.1. *criminalibus.* ibid.
utrùm à Dilatione facta per iudicem dandi actionem, quæ iniuria quidem est, appellare liceat. 730.2
Dilationem dare reo quæ actionem peremptura esset, iniquum est. 170.1
Diminui patrimonium quando dicatur. 415.1.2
utrùm Diminutio capitis prætoriæ & edilitias actiones permat. 684.2. *per eam quæ pereant & adimatur.* 687.2.688 689 & *seq. inter mediam & minimam eudens differentia.* 693.2. *quot sint illius genera.* 694.1
à Diminutione ad augmentum non semper bona est consecutio. Ponitur species. 477.2
Disiunctionem pro coniunctione accipi non est nouum, & contrà. 460.2
Depositio qualibet censetur facta eo tempore, in quod conferturs 105.1
Dissensus non magis potest esse in furioso quàm consensus 56.2
Dissimulare multa an debeat Magistratus. 85.2
Diuisio perfecta quando dicatur, & an eius placitum ad actionem prodesse debeat, etiamsi neque traditio intercesserit, neque stipulatio. 273.1.2
Diuortium sine causa factum publicè vindicari debet. 614.1
Diuturnum quod dicatur. 45.1
in Docendo feliciores nonnulli quàm in scribendo 29.2
Doctorum Furis ciuilis huius seculi error reprehenditur. 28.1.2
an Dolo quæ excusent. 102.2
an Dolosi duo possint inuicem de dolo agere. 580.1
an Dolus serui debeat nocere domino ex æquo. 156.2. *an eius compensatio facienda sit.* 157.1. *an vnus ex correis alteri nocere debeat.* 163.1. *an aliquis permittatur in contractibus.* 202.203. *utrùm pariat exceptionem.* 203. *utrùm malus cessare possit, si vis fiat.* 131.1.132.1. *quis præsumatur & probetur.* 466.1. *quatenus ex lege Lætoria vindicabatur.* 541.2. *quantum differat à bono.* 542.1.2. *eius cum metu elegans differentia.* 648.1. *utrum ob eum dari possit ex stipulatu actio.* 650.1. *ex cuius persona sit existimandus.* 556.1.2. *an tutoris noceat pupillo.* 563.1. *an habeat ignorantiam personæ à qua factus est.* 567.1. *impunitus est ille vno tantùm casu, illius possessoris, qui alienauit iudicij mutandi causâ.* 764.2
Doli formula à quo inuenta 29.1
an Domicilia plura habere quis possit. 74.2
Domicilij mutatio an prohiberi possit à testatore heredi aut legatario. 302.1
Dominij translatio quo casu impediatur. 287.2
Dominiorum distinctio vnde cœpit. 69.1
cur Dominus non licet in seruos suos sæuire, etsi quilibet rei suæ pro arbitrio moderator est. 54.1.2
Dominium iuris gentium differt à dominio ciuili. 70.2. *bonitarium & quiritarium.* 142.2. *serui, cuius nomine actio noxalis instituebatur, quando acquisitum sit actori.* 153.2. *non potest transferri sine possessione, nisi certis casibus.* 760. 2. *illud litis aliud est, quàm rei in litem deductæ.* 763.2

INDEX.

Dominus quomodo videtur vitam dedisse seruo. 54.1. *teneatur non ex solo delicto serui, qui scivit, nec prohibuit, sed etiam ex proprio.* 130.2. *an frustra promittat seruum iudicio sisti, nisi pro eo iudicium accipere sit paratus.* 153.1. *vtrum pro parte satisdare debeat in noxali actione.* 154.1.2. *an teneatur edere rationes pro seruo mensam argentariam exercente.* 178.2. *quando teneatur de peculio serui.* 256.2 257. *alienationem eius liberam esse, interest Reipublicæ.* 287.1. *an eius præsentia excuset procuratorem a iudicio suscipiendo.* 368.1 2. *pignoris, vtrum procurator creditoris esse possit.* 398.2.399. *an præferendus procuratori in litem mouendam vel pecuniam suscipiendam.* 413.1. *quatenus possit litem à defensore susceptam suo nomine suscipere.* 417.2. *vtrum mutatio voluntatis illius facta quominus ratum esse debeat iudicium, quo procurato, quasi procurator expertus esset.* 418.2. *an possit petere inuito procuratore, id quod procurator ex re domini, quamuis mandato non refragante, stipulatus est.* 419.1.2.420 *causæ suæ adesse non prohibetur, etsi procuratorem dederit ad litem suscipiendam.* 420.2.421. *vtrum absens, ex negotiorum gestione ab alio facta, & ignorans obligetur.* 434.1. *num captiuus teneatur actione negotiorum gestorum.* 467.1. *vtrum restitutio serui illi competere possit quæ ipse, dum liber esset, competebat.* 509.2. *fundorum seruitutem restituere potest, persona non item.* 521.2. *teneatur de dolo procuratoris.* 567.1. *cur non habeat actionem legis Aquiliæ, cum alius quàm stipulator seruum occidit.* 571.2 *si sit maior, non potest restitui aduersus id quod à seruo minore gestum est.* 596.2. *an detur ei actio ex delicto in seruum facto.* 618.1. *an possit agere furti contra alium quàm exercitorem.* 853.1. *vtrum nauis absolute possit conuenire exercitorem.* 854.2.

an de Domo aliquem in ius vocare liceat. 122.1.2.123

Damnum alta fossa expelli, non leuis est iniuria. 89.2

Donando nemo vnquam sit locupletior. 46.2

Donatarius, etiam vniuersorum bonorum, non est successor iuris, nec eum sequitur onus ære alieno. 185.1

an Donatio facta militi iudicij mutandi causa valida sit. 770.1.2. 771

ex Donatione vtrum nascatur actio quæ competat donatori. 197.2. *nam ille inter viros alimenta possint reliqui.* 298.1

Dormire non est iuris naturalis. 2.1

an Dos possit aut debeat peti actione negotiorum gestorum. 486.1

an ex Dote metu promissa nasciatur obligatio & actio. 536. 2. 537. *de ea actio, cur non pereat capitis diminutione.* 692.1

Dotem redire ad ius suum quid significet. 242.1

Dotis actio non perit per capitis diminutionem. 229.2. *profectitiæ actionem communem esse patri & filiæ, quid innuat.* 692.2

Duumviri mulctæ dicendæ ius non habent, sed in seruos modicam interdum coërcitionem. 111.1.127.1

E

Edere non est iuris naturalis. 2.1. *quid sit.* 175.1. *an pater pro filio teneatur.* 177.1

Edicta magistratuum quid. 13 *semper sunt generalia, non etiam rescripta, decreta aut interlocutiones.* 47.2. *Prætorum erant annua* 13.2

Edicti pœnalis verba an strictè accipienda sint vt & legis cuiuslibet. 132.1

Edictio actionis præcedit vocationem in ius, & quare. 175.1. *an fieri debeat sine die & Consule. ibid.* & 2. *apud quem facienda instrumentorum.* 175.1. *quotuplex sit.* 176.1.2. *rationum quæ.* 177.1. *ad quid prosit. ead.* 2. *vtrum ad eam compellatur qui desit argentariam exercere.* 178.1. *quo loco.* 169.1.2. *an ab vno ex heredibus facta, ab omnibus facta esse intelligatur.* 180.2. *eius iterandæ noua causa alleganda.* 183.1. *quomodo à capite facienda dicatur.* 187.1

Eloquentia vera sine doctrina ac probitate esse nequit 30.2

Emancipati quomodo possint reuerti in potestatem. 59.1.2. *an possint vocare in ius parentes.* 113.1

Emancipatio iurisdictionis est, non indictionis. 65.2. *actus solemnis.* 66.1. *non tollit iura sanguinis, nec pietatis naturalis.* 113.1. 115.2. *eius substantia vnde pendeat.* 58.1. *est actus legitimus.* 64.1

vtrum Emancipatus habeatur pro extraneo. 73.1. *dicitur capite minui duplici de causa.* 685.1

Emphyteusis est ex iure ciuili. 4.2

Emphyteuseæ & alimentarij diuersa ratio in fundi alienatione pluribus. 304.2

Emptio quando integra esse censeatur. 200.1. *an pars eius pactione mutari possit. ibid. vtrum pro parte dissoluatur, si venditor pactus sit cum altero heredum emptoris, vt ab ea recederetur.* 200. 2. 201

in Emptione & licitatione qui sint præferendi 286.1.2

Emptionis adminicula & eorum conditio, quæ. 198.2.199

2. *substantia individua est, quæ in pretio consistit.* 200.2

an Emptor serui vt eum manumittat, possit in ius vocari 116.1. *hereditatis vtrum possit vtilibus actionibus conueniri à creditoribus hereditariis.* 218.2. *num illi noceat pactum initum inter venditorem & debitorem.* 321.1.2

Eius causa fauorabilior est quam creditoris cum minore contrahentis. 645.2

an Epistola, qua quis coheredem sibi aliquem esse cauit pertinere ad actionem aduersus possessores rerum hereditariarum habet. 279.1.2

Epitolæ quæ in Senatu legebantur à Caudreatis principis, quid 78.1

Equites & celeres idem 16.1

in Exemodicus minori subuenitur. 610.1. *& quæ illa dicantur. ibid. quomodo in his dictæ reputantur maiores.* ead.2

ab Exynologia argumentum an valeat apud Iurisconsultos. 1.1

Euictio debetur à venditore omni casu quo non licet emptori rem habere. 627.1

Exactio non est actio, sed effectus actionis. 152.2

Exaudtorare quid sit. 140.1

Exceptio de dolo non datur liberto in patronum. 119.2. *num illa Senatusconsulti Vellæani competat mulieri ad satisfaciendum.* 141.1. *vtrum data reo, qui Reipublicæ causa abfuit, prosit fideiussori.* 164.1. *an detur illi, qui seruum iudicio sisti promisit. ibid. quando dicatur communis esse heredibus.* 201.2. *pacti re an doli detur seruo, post adeptam libertatem.* 207.1. *filiofamilias post emancipationem. ead.* 2. *an doli possit esse subsidiaria exceptionis pacti.* 214.1.228.2. *quæ detur ex pacto procuratoris.* 215.1 *quo casu illa doli noceat procuratori.* 219.1. *iuris & facti distinguitur* 220.2. *an acquiratur filiæ per pactum patris, ne à re. vel à filio peteretur.* 221.222. *an & filio prosit.* 222.2. *pacti, an auferenda sit pœna adequè ipsius heredi, siue viuo, siue mortuo filio.* 225.1.2. *doli an detur domino, si conueniretur quasi veniente creditore aduersus propriam conuentionem.* 226.2. *cedendarum actionum, cui competat.* 231.1. *acquiritur fideiussori ex pacto debitoris qui nihil de sua persona pepigerit.* 238.2. *acquisita semel fideiussori, potest conseruari, si desinat inter esse debitoris.* 240.2. *pacti & rei indicatæ differens.* 248.2. *doli mali & pacti item.* 264.2. *non datur vlla nisi illis quorum interest.* 265.1. *quæ locum habeat in pacto collato in personam fratris, quo nihil dictum de liberis postea susceptis.* 270.2. *de non petendo non potest denegari cui acceptilatio promissa est.* 271.2. *de procuratoria quæ sit.* 367.2. *an procuratoriam remittenti sit dandus regressus.* 414.1.2. *vtrum procuratoria repellendus sit qui ad duas res petendas datus, vnam petit.* 425.1.2. *quæ noceat actori vniuersitatis, si post prohibitionem experiri pergat.* 430.2. *metus & doli quomodo differant.* 526.1. *nũ est separanda illa doli à ceteris exceptionibus.* 2.542. *an detur ei qui reipublicæ causa abfuit, & reuersus nactus est possessionẽ rei durante absentia usucapiæ.* 739.1.2. *quænam ex compromisso pœnali nascatur.* 773.1.785.2. *quatenus illam habeat qui dolum passus est ex sententia arbitri.* 819.2. *vtrum locum habere debeat, si feriatis diebus arbiter sententiam dixerit, cogente prætore, & petatur ex compromissi pœna.* 832.1

Exceptiones pro quo iure dentur. 46.1

quatenus Exclusus ipso iure dicatur is, cui restitutio in integrum necessaria est. 508.2

quæ Excusatio dari possit ab arbitro ob quam impediatur sententiam dicere. 788.1.2.789.1

Excusationis allegatio nocet pupillo. 171.1

Executio sententiæ ex cuius Magistratus autoritate debeat fieri. 106.1. *an sit extremum iurisdictionis.* 111. 2. *an illa iudicati possit dari aduersus procuratorem qui heres extiterit domino.* 381.1

aduersus

aduersus Executorem negotiorum gestorum, qui dolum fecerit, quæ actio detur. 438 2.439

an Exempla instrumentorum edi debeant sine subscriptione. 186.1

Exemplo vt facta eius quem adiut, contra edictum prætoris in ius vocauit, non facit contra eius auctoritatem. 130.1.2. *eius causa iusta vt impunitas ei vim facit, ita & impunitum dolum.* 132.2

Exequi passim sumptum, quo executioni mandari. 106.2

Exercitor quis appelletur. 843.1. *quatenus κ τριβωλον facere dicatur.* 844.2. *obligatur ex omnium nautarum & mesonautarum delicto, & quare.* 846.2. *quando teneatur de rebus quæ in litore perierint. ibid. quatenus etiam de eis teneatur quæ fatali damno perierunt.* 848.1.2. *quid si seruus subripuerit vel damnum dederit.* 849.1.2. *eius interest plures habere actiones.* 853.2. *an conueniatur, si prædixerit, vt vnusquisque res suas ferret, & consenserint vectores.* 853.2. *quatenus teneatur si seruus nautæ damnum dederit.* 856.1.2. *an & suo nomine si nauta moriatur.* 857.1. *si sint plures exercitores, omnes conueniuntur pro parte. ead.* & 2

Exhibere quid sit. 413.2

an Exhibere debeat quis eum pro quo apud officium cauit. 122.1

Eximendi verbum latius patet quàm eripiendi. 131.2.132

an Eximus vi eum qui ex aliena iurisdictione vocatus est, deliquat. 130.2. *an priuilegium habentem. ibid.* & 131. *an per calumniam vocatum.* 132.1

an Eximens vi in ius vocatum condemnandus sit ad rei æstimationem. 133.1. *an ei prosit, quòd vocatus in ius postea venerit. ibid.*

an Experiendi facultatem habeat is, qui præscriptione fori summoueri potest. 738.1

Expromissor & fideiussor in quo differant. 255.1.554

Extremum in iurisdictione quid dicatur. 111.2

Extrinsecus dolus quando admitti dicatur à tutore. 564.2

F

à Fabis abstineto, præceptum Pytagoricum 32.1

Facere iniuriam aliud est, quàm facere iniuriosè. 514.2

Factiones Democratiarum exitium 21.1

in omni Facto & corpus & animus requiruntur. 132.2

Factum serui quatenus abesse debeat domino. 156.2

an Facultas libera de seruo disponendi remaneat ei, cuius nomine noxali actione conueniatur. 152.1

an Falcidia remitti pacto sine stipulatione possit. 274.2

Familia alium prætoris corrumpens an puniatur. 102.1. *eius nomen est ciuile liberorum naturale.* 135.1. *an hercisciundæ actio separanda sit quantum ad iurisdictionem, cùm sit duplex, & mixta* 104.1

Feriarum tempore tutores aut curatores dari possint. 170.1

Fidei commissa cur legibus incognita esse dicantur. 37.1

Fideicommissarius Prætor 24.2

Fidei commissario cauetur extra ordinem & diebus feriaticis, & quare. 171.1.2. *quomodo possit vtilibus actionibus actionibus conueniri à creditoribus hereditariis.* 218.2. *an ille cui mandatæ sunt actiones ab heredibus, defendere debeat.* 421.1. *cui hereditas ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est, heres dici non potest, & quare.* 509.1

Fidei commissum onerosum est pupillo. 63 2. *illius petitio superest ex codicillis post transactionem reuersis.* 290.1

Fideicommissi persecutio non dicatur proprie actio, 2.1.2

Fideiussio est aliquando sine conuentione. 163.1

Fideiussor datus, qui est ex aliena iurisdictione, pro non dato habetur à prætore, & quare. 126.1. *quales debeat esse.* 128.1. *ei quod est factum, rei nocet, sicut & reo, pro quo fideiussit.* 109.1. 110.2. *eius datio, etiam sine pignoribus, potest pars reobligationẽ pignorum.* 134.1. *an nunquam nisi per stipulationem accipi queat.* 135.1. *quomodo illud intelligendum est quod dicitur à prætore,* qualiscunque fideiussor accipiatur. 136.1.2. *an sit ad duplum, aut triplum, aut quadruplum condemnandus.* 137.1.2. *an teneatur pro eo mortuo, cuius causa fideiussit.* 137.1. *non exhibens eum pro quo, post decretum, etiam ante diem, an liberetur.* 137.2. *quid si decesserit aut exulauerit.* 138.1. *etiam condemnatus. ibid. cur accipitur.* 139.1. *quomodo dicatur renunciare priuilegio suo* 139.2. *vtrum miles & minor possint esse fideiussores & priuilegio suo renunciare.* 142.1. *si stipulatori heres extiterit, quid agatur.* 143.1.

tutor pro pupillo. 150.1.2. *num plus debeat, quàm reus principalis* 357.1. *an illi exceptio detur ex persona rei capitaliter damnati criminis.* 161.1.2. *an prosit data reo qui reipub. causa abfuit.* 164.1. *an detur exceptio illi qui seruum iudicio sisti promisit. ibid. quando illi prosit pactum debitoris.* 230.2. 231.1.236.1. *quo casu pro eo sit accipiendus.* 233.1. *eius in rem suam spondentis exemplum ead.* 2. *an eius conditionem deteriorem facere possit debitor ex internallo.* 238.2. *in quo differat ab expromissore.* 255.1. *si condemnatus transegerit, an perimat rem iudicatam.* 295.1.2. *an negotiorum gestorum actionem habere possit.* 440.1. *cur non teneatur pignoratitia, sicuti teneretur ipse creditor, si pignus non vendidisset, cùm fideiussor ins creditoris emere voluerit.* 482.1. *quoquomodo liberatus, habeatur quidem pro eo qui satisfecit, quod ad ipsum pertinet, sed non quod ad debitorem, neque quod ad creditorem.* 528.1. *in quo differat ab expromissore.* 554.1. *si promissum hominem occidit, an detur aduersus eum actio de dolo.* 573.1.2. *in quo differat à procuratore.* 602.1. *an illi danda sit actio mandati in minorem pro quo fideiussit.* 624.1. *num eius restitutio prosit reo.* 677.2. *an datus à pupillo, qui sine tutoris autoritate compromisit, possit teneri ad pœnam compromissi.* 832.2

an Fideiussores ab eo dati, qui satisfacere non cogebatur, omnimodo conueniri possint. 163.1. *an illi primi compromissi remanent obligati in secundo quo dies prorogata fuit.* 810.2. *si mortui fuerint, quid agendum. ibid.*

an bona Fides exigenda sit ab eo qui in seruitute gerere cœpit. 463.1. *quæ sit illa bona, quam præstare debet fideiussor in omni contractu.* 482.2. *eius liberatio maius quiddam est, quàm vt pecuniario commodo aut incommodo æstimari possit.* 496.2

an Filia Senatoris desinat esse, cuius pater desiit esse Senator. 74.1. *an possit pacisci sine patre ne de dote agat.* 229.1. *quatenus ei liceat procuratorem ad agendum dare.* 366.1.2. *quo casu illi permittatur pro patre agere.* 396.2. *an in dote capta, restituenda sit.* 591.592

Filius quis sit, desiniri quomodo noscat. 55.1. *an sequi debeat conditionem matris.* 49.1.2. *quis iustus esse dicatur.* 50. *an natus ex ancilla quo tempore manumissa esse debuerit tangeamus.* 52. *captiui, cuius iuris sit.* 54.1. *non sequitur ius potestatis, in his quæ ad ius publicum pertinent.* 56 2. *an emancipatus filij mei, nepos meus erit.* 64.1.1. *illum ad tempus fieri, aut sub conditione, est contra leges.* 66.2. *adoptari onera vtrum transeant in patrem adoptiuum.* 68.1. *an naturalis sit in potestate patris,* 68.1. *at libertinus remanet. ead* 2. *an eius nomen amittatur per emancipationem.* 72.1.2. *quando possit vocare in ius patrem.* 115.1. *vtrum illius persona in pactis habeatur pro persona patris.* 228.1. *num possit pater.* 228.1. *num possit facere transactionem cum heredibus patris de querela inofficiosi antequam certus sit eam ad se pertinere* 313.1. *an infamia notetur, si patre agente viduam duxerit vxorem intra tempus legitimum.* 352.2. *vtrum exheredatus sine iustè, siue iniustè debeat lugere patrem.* 360.1.2. *an & matrem. ibid. qui natus fuit apud hostes ex quo habeat postliminium, & quomodo ei succurratur.* 705.1.708.2

Filiusfamilias quomodo olim diceretur ciuis Romanus. 55.1

adrogatus, neque tutorem, neque testamentum habere potest, & quare. 61.1. *an emancipatus possit licitè & honestè adoptari. ibi eo à quo fuit emancipatus.* 66.1. *ex omnibus causis conueniri potest, non autem agere.* 120.2. *an sit capax acquisitionis.* 121.1.2. *quatenus admittatur vt pro patre fideiubeat.* 135.2.136. *an cogendus sit satisfacere absente patre.* 148.1. *quando sit capax acquisitionis.* 178. 1. *heres institutus, si pacisceatur cum hereditariis creditoribus patris non sibi pactus creditis, & quare.* 207.2.208. 2. *an per pactum acquirat patri.* 224.1.2. *de non petendo. ibid.* & 225. *de in rem verso.* 225.1. *an. habeat doli exceptionem ex pacto patris.* 228.2. *an vtile de eo quod sub conditione legatum est, paciscatur.* 230.1. *an eius pactum, ne ipse peteret, valeat.* 252.253. *quas actiones possit exercere suo nomine.* 254. *vtrum possit dare procuratorem ad agendum.* 365.1. *ad vtilem eandam iniuriam quam nepos absentis aut possus est. ea.* 2. *an ad se defendendum.* 366.1. *an possit esse procurator alterius ea.* 2. *cùm ei sit iniuria, duplex fieri dicitur.* 392.1. *quatenus eũ quilibet debere possit, dicẽs & probãs se procuratorẽ patris.* 394.2. *an eius suffragia proderit patri.* 429. 2. *quatenus detur actor vniuersitatis nomine.* 431.2. *an ei cõpetat actio aduersus eũ qui pecuniã accepit vt callinietur.* 504.1. *vtrum in vtro patre cõueniri possit.* 587.2.588.1. *non habet beneficium restitu-*

tionis, cùm mandatu patris res administraret. 639.1. *an possit restitui emancipatus ad ea quæ omisit.* 666.1. *an possit usucapere quandiu poter apud hostes est, & pater ipse quisquam possidere, qui ab alio possidetur.* 724.1.2. *utrum sententiam arbitralem dicere cogatur.* 777.1. *in re patris. ead. 2. si recuperit tanquam nauta, caupo aut stabulavius, an teneatur.* 849.1

an Finium regundorum actio, cùm sit duplex & mixta, separanda sit quantum ad iurisdictionem. 104.1

Fiscus, in bona vacantibus, quod privilegium habeat. 94.2. *an illi edi oporteat à rec omnia pertinentia ad eam causam, ex qua delato sit.* 177.2. *non habet ius tacitæ hypothecæ, quoties in alicuius privati ius succedit.* 211.2. *an cæteris creditoribus præferatur* 112.2

Flavius Appij Claudij librum de actionum formulis subreptum evulgavit, 12.26.1

an Flaviana sint publica, cùm profluens sit communis. 69.2

cur Fæmina sit deterioris conditionis quàm homo. 50.2. *quomodo adhuc agi possit.* 62.2. *non potest argentariam exercere.* 188.1. *an possit prosit aut alios possidere.* 325.1. *utrum ad alienam defensionem admitti possit.* 411.1

an Fœnerator prohibendo athletam à certaminibus, metum & vim intulisse dicatur. 539.2

Fœtus pecorum utrum veniat in actionem quod metus causa 522. 1.2

Fori præscriptio non eximit debitorem ab obligatione. 126.1. *an fidejussor mereddat non idoneum.* 139.1

Formæ viasibet contractus duplex est. 198.2

Formulæ bonæ fidei & stricti iuris in quo differentes sint. 449.1

Fortunæ cuiusque inaximam ad concilandas Principum amicitias momentum. 35

Fraus quando dicatur fieri legibus. 39.2.24.1. *de illa in contractibus facta quid edixit prætor.* 203.1. *vectigalis duplicater contingit.* 616.1

inter Fructuarium & bonæ fidei possessorem nulla est differentia, & quare. 724.2

quare Fructus & usuras ex mora prælati oporteat, per iudicium bonæ fidei. 449.1. *an omnes percepti & percipiendi veniant in actionem quod metus causa.* 433.1. *an eius temporis quo absens defensus non est præstentur.* 739.1. *ad quod debeat condemnari bonæ fidei possessor.* 765.2

Fructuum percipiendorum penè domini loco habetur possessor bonæ fidei. 536.2

Fugitivi cur noctu ut plurimùm fugere soleant. 81.2

Fundus noster dicitur esse, etiam cùm à possessore alienus est. 149. 1. *dotalis quomodo utriusque esse dicatur, mariti nempe & uxoris.* 149.150. *an eius habendus sit possessor, qui personalem habet petitionem.* 150.1

Fundorum servitutem dominus restituere potest, personam non item. 521.2

an funere impedito exceptio dari debeat sistendi se iudicio. 162.1

utrum à Fure deprehenso pecunia extorqueri possit. 515.1.2

Furis & raptoris condemnatio longè diversa est. 343.1

an Furore incipiens statum & dignitatem, magistratum & potestatem retineat. 52.1.2

Furiosus potest matrimonium retinere. 56.2. *mutuam pecuniam dans, non contrahit mutuum, licèt contrahatur re, & res interveniat.* 190.2. *in quo differat à prodigo quo ad ius faciendi.* 252.1. *quatenus teneatur actione negotiorum gestorum.* 437.1. *utrum teneatur actione eius, quòd tutor aut curatorem alienaverit iudicij mutandi causa.* 770.1

Furiosis datur carcer ad custodiam, non ad pœnam. 91.2

an Furor impediat aliquem ne possit iudicio se sistere. 159. 160

cur Furti actio non possit cum actione de dolo concurrere, cùm non minùs sit famosa. 553.1

Fustium castigatio quos teneat 77.2. 81.1. 119.2. *num importet infamiam.* 358.1.2. 359.1

G

Gentes omnes semper utuntur iure gentium, sed omnia quibus omnes gentes utuntur non sunt ipsius iuris gentium. 5.2

Gerere per alium potest aliquis id quod, an alius ille bene gerat per se ipsum videre potest. 14.2

Gestio negotiorum alienorum quomodo dicatur esse contractus pro quasi contractu. 462.2. *an ex ea quam servus in seruitute fecerit possit conueniri, post adeptam libertatem ead.* 1

an ex Gestoris facto possit damnum accedere domino nisi velit. 640.2. 641

Gladij potestatem nemo habet, nisi cui data est à principe. 76.2. *in quo ille consistat.* 96.1

Gratulationum Principi faciendarum causa missi, cum Reipublicæ causa abesse dicantur.

H

Habitatio & vestiarium sub alimentis continentur. 297. 303. *de ea num possit transigi loco pecuniæ relictæ.* 311.1.2

Heredes argentarij debent edere rationes, etiamsi eiusdem non sint professionis. 180.1. *quod si fuerint plures. ead. 2. eos edi iubet prætor.* 182.2. *an actione in factum teneantur, ad omne id quod interfuit agentis.* 185.1. 188.1. *utrum pluribus litigantibus plures dari debeant procuratores.* 389.1. *an illis dabitur actio de dolo, & adversus heredes eorum qui ab ea alioqui eximebantur.* 561.1.2. 562. *necessarius, licèt sint heredes, succurritur per in integrum restitutionem.* 604.1. *an ex persona minoris defuncti restituantur.* 634.1.2

Hereditarium quod est, venerà in nullius bonis est. 69.1

Hereditas differt à rebus hereditariis. 69.2. *non potest adiri per procuratorem, & quare.* 94.1.2. *opulentam adire nemo cogitur nisi alieno periculo.* 144.1. *illi dari curatorem quatenus dicat Instinianus.* 171.2. *eam esse, quæ obligat heredem ad præstationem legatorum & libertatum, quomodo debeat intelligi.* 289.2. *an superveniens excusset procuratorem, ne iudicium acciperetur.* 369.1. *iacenti prætor nunquam dat curatorem, & quare* 458.2. *an expilatæ crimine vxor teneatur* 484.1.2. *an quibus adiit coactus, heres efficiatur.* 537.1. *utrum & qui repudiavit.* 538.1

Heres, qui non cavit, quomodo possit in culpa non esse, nec in dolo. 144.2. *an possit cauere substituto de restituenda hereditate pendente conditione.* 146.1. *an pacisci possit ante aditam hereditatem cum creditoribus, ut minus soluatur* 206.1.2. *quando dominus dicatur* 249.1. *qui pacisci tur cum legatariis vino testatore ne falcidiam ex legatis deducat, pacisci tur contra legem.* 266.1. *scriptusne an legitimus conueniri debeant legatorum aut libertatum nomine.* 289.2. *an ei prohiberi possit domicilij mutatio à testatore.* 302.1. *utrum alieno nomine condemnatus, infamia notetur.* 345.2. *si in deposito vel mandato malè versatus sit.* 347.1.2. *tutelæ iudicio damnatus.* 348.1. *quomodo succedere dicatur in æs alienum.* 348.2. *ei permittitur & cæteris successoribus, ante & post litem contestatam mutare procuratorem.* 372.1.2. *an teneatur actione negotiorum gestorii.* 451.2. *an possit postulare viri defuncti vxorem compilatæ hereditatis.* 484.1.2. *utrum restitutio in integrum transeat in illum.* 509.1. *an ei competat petitio hereditatis contra eumqui vim aut metum intulit.* 525.1. *in quadruplum experiri possit. ead. 2. utrum in eum detur actio de dolo, si seruum legatum ante aditam hereditatem occiderit.* 551.1.2. *qualenus & pro hereditate ipsa.* 568.2. 575.2. 576.1. *an illi competat actio de dolo aduersus eum qui tabulas testamenti apud se depositas deleuit.* 579.1. *quo casu, qui semel fuit, desinat esse heres.* 609.2. 654.2. *utrum curatoris heres teneatur ad restitutionem pretij, pro qua parte fundus fuit curatoris.* 676.1.2

Hermaphroditus, quo iure gaudeat. 50.1

Hermodorus autor legum XII. tabularum ferendarum 9

in Hispania tot Conciliorii collegia quot regna atque provinciæ. 24.1

Homines omnes unde initium habent. 3.2

Homines non possunt dici, qui contra formam humani generis nati sunt. 51.1

Homines omnes liberi sunt iure naturali. 3.2

Honestatis publicæ præ cæteris rationem habet iustitia. 5.1

Honorarium ius, cur sic dictum. 4. *eius partes duæ Prætorium & ædilitium.* 13.2

Honor sequi non appeti debet. 32.1

Hospitiorum prebendorum cura ad quem pertineat. 82.1

Humilis quis dicatur, & an ei detur actio de dolo aduersus potentiorem. 561.1

Hypothecæ & pignus in quo differant. 220.1.2. 272.1. *acquiritur domino, etiam sine cessione, ex pacto & stipulatione procuratoris.* 422.1

Hypothecaria actio ut summoveatur, quæ exceptio necessaria sit. 220.2

I.

Ignominiosa missio de exercitu quæ sit, & an notet infamia. 338. 1. *utrum in ea necessaria sit expressio dictionis huius, Ignominiæ causa.* 339.2

an Ignominioso permittatur ut arbitrium in se suscipiat. 778.2

Ignorantia in delicto quomodo excusset. 36.2. *an noceat vel prosit debitori hereditario, qui cum creditore sit vero, & venditore hereditatis transegit.* 322.1. *facti alieni, quatenus tolerabilis est.* 349.1. *an illa iuris excusset ab infamia.* 352.1

utrum Immixtio in suo vel necessario herede faciat ut obligetur cum legatariis aut creditoribus. 207.1

utrum Impensæ venire debeant in contrariam actionem negotiorum gestorum ex bona fide. 472.1

Impensa fideiussoris non debet nocere creditori qui ius suum exercuit est. 482.2

Imperium metum transferri non potest sicut iurisdictio. 86. 2. *an mixtum transeat mandata iurisdictione.* 96.2. 98. *cur ita appelletur, & quid differat à iurisdictione.* 100.1.2

Impetratio quatenus noceat. 108.1

inter Impossibilitatem præcisam & commodam possibilitatem medium est. 159.1

Impubes adoptatus quatenus pubes factus, debet emancipari. 65.1. *illius nomen in patre familias quomodo accipiendum.* 55.2

In totum abire ab emptione, & in totum à priore emptione discedere, quomodo intelligantur. 200.2

Incesti crimina humanius interdum tractantur quàm adulterij, & quare. 663.1

Incompetentia vade nascitur. 387.1

Inducta ad unum finem, non debent contrarium finem operari. 41.2

Indulgentia restricta ad tempus præteritum includit tacitam prohibitionem in futurum. 40.1.2. *eius potestas penes quem sit.* 330.1

an Infantes possint fungi officio adsessoris. 98.2

an Infamia notetur ignominiosa missio de exercitu. 338.1. *Centurio, Præfectus cohortis vel Tribunus. ead. 2. an verò qui munus suæ ciuitatis detrectat, nonénque suum in eum finem dat militiæ.* 340.2. *miles, qui lege Iulia de adulteriis, fuerit damnatus.* 340. 1. *in scenam qui prodit.* 341.1. *qui operas fuæ locauit. ead. 2. athlete.* 341.1. *agitatores.* 342.1. *qui quæstuaria mercipia habet. ead. 2. seruus ex lenocinio etiam post libertatem. ibid. calumniator & præuaricator.* 343.1.2. *iniuriarum damnatus. ead. 2. qui de crimine pactus sit.* 344.1. *condemnatus, pendente appellatione. ead. 2.* 345. *alieno nomine condemnatus.* 345.1. *qui ab aduersario impetrat pretio, precibus & gratis, ne secum agatur.* 344.1.346.2. *qui autore prætore.* 346.2. *qui iureiurando innocentiam suam probat. ibid. heres, qui in deposito vel mandato malè versatus sit.* 347.2. *vel tutelæ iudicio damnatus heres.* 348.1. *utrum is qui contrario iudicio est damnatus. ibi. an in actionibus quæ ex contractu proficiscuntur.* 349.1. *vir non lugens vxorem.* 350.1. *vxor non lugens maritum.* 351.1. *stellionatus damnatus crimine.* 355.2

an Infans dari possit in adoptionem. cum in ea consensus utriusque, hoc est, dantis & dati, requiratur. 67.1

Infinitum in Iure quomodo accipiatur. 113.2.

Ingenuitatis munera omnia habet, qui ius aureorum annulorum impetravit. 117.1

utrum Ingenuus possit pacisci de alimentis sibi legatis. 300. 301

an Inimicitiæ capitales excusent procuratorem, ne iudicium accipere cogatur. 370.1

Iniuriarum actio num detur aduersus eum qui fideiussorem locupletem vel approbatum recusarit. 138.1.139.2. *atrocium actio finitur tempore etiam feriato, nedum inchoatur.* 172.2

Iniuriosè facere aliud est, quàm iniuriam facere. 514.2

Inopia suggillat exilimationem apud bonos & graues, & quare. 139.2. *quomodo ea laborans libertus castigari dicatur.* 125.2

Inquilinos hodie iidem qui olim quæstores. 20.1

Inquisitio quid. ibid.

Insitores sub caponarum nomine intelligantur. 845.1

an Institutus cauere debeat substituto de hereditate restituenda. 147.1

Instrumenta quæ edenda. 176.2

Insularum vius unde inuentus. 80.2

Interdicta cuius sint iurisdictionis. 76.1. *actionis appellatione continentur, & in quo ab ea differant.* 342.1

Interdictum, vade vi, ad quam interdictorum speciem pertineat. 244.1. *Quod vi aut clàm ad quid detur.* 756.2

Interesse ob non editas rationes, quale sit, & in quam veniat actionem. 187.2

Interest in facto, non in iure consistit, ideoque interdum semper 127.2

an Interlocutiones principis leges sint. 47.2

Interlocutoria absente una parte ferri potest, nimirum illa per quam absens euocatur vt adsit. 801.2

an Interpellatio liberti aduersus patronum, pro vocatione in ius habenda sit. 121.1

Interpretatio prudentum semper necessaria est. 120.1. *legis ad quem pertineat.* 39.1. 48.2. *qualis esse debeat.* 39.2. *quando mutanda.* 40.2. *nihil valet quin scripta non sit.* 44.2. *pacti & contractus quæ sit faciendæ.* 268.2

Interrogationes differunt ab actionibus. 389.1.2

in Interuentionibus etiam succurritur minori. 602.1

Inultus propriè quid sit, & pro quo aliquando sumatur. 367.2

Irrogatio infamiæ denegatur filio in patrem, liberto in patronum, & quare. 119.1

Iubere aliud est quàm fideiubere. 590.1

num Iudex delegatus iudicij dandi ius habeat. 88.1. *datus iurisdictionem nullam habet, nec suam, nec alienam.* 99.2. *sine privatus, sine tempore sui magistratus, iudicare iubet.* 105.1. *cur possit etiam grauiorem pœnam & vltra legem imponere.* 354.1. *quatenus cum reo transigere queat. ead. 2. quando debeat condemnare furem in quadruplum.* 355.1. *potest reprobare dicta testium, illæsa eorum existimatione.* 358.1. *quatenus eius officium tantundem possit ad usurarum condemnationem faciendam, quantum expressa usurarum stipulatio.* 449.2. *utrum ordinarius prohibendus sit vt arbitrium in se recipiat.* 780.1. *quatenus se interponere debeat & possit in re arbitraria.* 784.1. *an sit aliqua differentia inter illum & arbitrum quantum ad litigatores.* 795.2

Iudicantis & ius dicentis differentia. 38.2

Iudicatum & iuratum cur inspiciendum. 115.2

Iudicem dare litigantibus an sit iurisdictionis aut imperij. 110. 2.104.1.2

Iudices non sunt ius dicentes, sed ius dicentes possunt etiam dici iudices. 65.2. *eos notatos esse non oportet.* 72.2. *causarum ciuilium Prætores, criminalium Quæstores.* 13.1

an qui Iudicio stetit aliquem possit ex stipulatione, sive ad pœnam, sive ad id quod interest, conuenire. 129.1

Iudicio stisti aliquem impediens an sit puniendus. 155.1

Iudiciorum stricti iuris & bonæ fidei differentia in quibus locum habeat. 133.1. *in illis stricti iuris perpetuum est, vt nunquam actio formetur per pactum, quantumuis incontinenti appositum.* 197.1

Iudicium & iurisdictio differunt 6.2

Iudicium redditur in inuitum. 63 2. *vbi semel acceptum est, ibi & finem accipere debet.* 106.2. *cur eius exitus dubius esse dicatur.* 112.2. *illud & actionem dare, idem sunt.* 646.2

Iunius Brutus author regum eiiciendorum 16.1

an Iura consanguinitatis sint inter nepotes, mortuo auo, quorum alter in nepotis loco adoptatus sit. 68.1. *an prædiorum vrbanorum & rusticorum sint incorporalia.* 69.2

ipso Iure quid fieri, quomodo intelligatur. 6.1

Iurandi necessitas non debet facilè indici, & quare. 144.1

Iurisconsultus & causidicus differunt. 31.1

Iurisdictio Consulis quæ sit. 74. *Præfecti vrbi.* 76. *& seq. Quæstorum.* 78.1. *Prætoris.* 79. *Præfecti vigilum.* 80.1. *Proconsulis.* 81. *Legati proconsulis.* 82.1. *Præfecti Augustalis.* 87.1. *Præsidis.* 88.1. *Procuratoris Cæsaris vel rationalis.* 93.94. *Iuridici Alexandriæ.* 95. *adsessorum* 98. *quæ sine modica castigatione & coercitione*

nulla est.104.2.quare eam suo iure habens, mandare eam possit. 81.2.quando prorogari dicatur. 106.2. quæ certæ rei vel quantitatis finibus coarctata est supra eam quantitatem, vel extra eam rem, nulla est. 107.2.quid in ea dicatur extremum. 111.2. illius formam eludere quis dicatur.126.2.Ecclesiastica à laico, vel seculario à clerico prorogari nequit. 267.2.transactionis de alimentis, ad quem pertineat. 306.307

Iurisconsulti cur sacerdotes appellentur.1.2.proprietatis verborum sunt studiosissimi.ead.1.1.cur dicantur æquum ab iniquo separare ead.2.

Iurisdictiones an & quomodo distinguendæ. 107.1

Iurisperitum se dicere quis possit 31.2

Iuris professores primi qui 26.27.28.&c.

Iurisprudentia cur omnia ambitu suo comprehendat. 6.2
eius principium universalissimum quod 5.1. non est scientia æqui & iniqui 6.1

Iurisprudentia media quæ, & unde dicta. 10.2

Iurisprudentiæ Laus præcipua in quo consistit 26.2. est diuinarum atque humanarum rerum scientia 27.2

Ius quare à iustitia dicatur appellatum.1.1.6.1.studij eius partes quot, 2.1.cur ars boni & æqui ibid. eius notitia difficillima 1.2.cui de publico nihil aut perparca solui in libris nostris reperiatur.2.1.ut cuius iuris sit unaquæque dignoscatur origo spectanda 3.1.gentium, naturale & ciuile quomodo inter se differant. 2.1.2. ciuile quare introductum 4.1.eius proprietas quæ.4.1.iuris definitio.ib. Prætorium seu honorarium ibid. gentium æstimatur ex ratione naturali. 5.1.49.1. eo gentes omnes semper utuntur, sed eius non sunt omnia, quibus gentes utuntur omnes. 5.2. eius nomen est æquinocum. 6.1

Ius sanguinis seu cognationis est iuris naturalis 7.2. ciuile Papirianum cur ita dictum.8.Flavianum.12. Ælianum.ibid.non potest constare, nisi sit aliquis iurisperitus. 37.1.46.2. quod contra eius rationem est non recipiendum.38.1.2. quomodo singulare esse dicatur. 38.1. in eo prudentia non sufficit sed autoritate opus est.ibid.2.vt inducatur quæ requirantur. ead. 2.in quo consistat. 46.1.2.patriæ potestatis unde nascitur. 55.2.non amittitur per furorem.56.1.nepotis, quod habet in familia adoptiua, an possit tolli.60.1.2.an potestatis semel quæsitum, sive in filium, sive in nepotem possit solui.64.2.diuini quæ sunt, nullius sunt in bonis, & quare. 68.1. statutum vel impetratum quatenus trahi possit ad consequentias.107.1.109.2.cur iniquum & iniuriosum quod est Ius etiam appelletur 107.2. cum illud sit certum & finitum, cur experiundi iuris causa in ius vocare dicatur. 112.1. an quilibet & quolibet tempore ad illud vocari possit. 113.1. publico derogari non potest priuatorum cautionibus.141.1. illud reddere dicitur prætor tum quoque cum iniquè decernit.170.1. an illud adquationis pacto amitti & repudiari possit.262.1.quomodo publicum intelligatur in l.38. de pactis.ff.266.2.fiscale quid sit.272.2. pactis priuatorum lædi aut minui nequit. ibid. veteris & nouæ ratio diuersa ad legem.61.ff de pactis.287.1. quid differat canonicum à ciuili quoad iniuriam facti attinet.343.2 singulare restitutionum quod sit. 637.1

Ius omne aut consensu populi totius factum, aut ex necessitate constitutum aut ex consuetudine firmatum. 13.1

Ius vix vllum est tam generale quod non aliquam exceptionem patiatur 38.1

Ius summum, summa crux. 1.1

Ius esse in ciuitate parum est, nisi sint qui iura reddant, 5.1

Iure ciuili multa introducta quibus tamen gentes omnes vtuntur. 5.1

Iure consuetudinario nullum certius 9.1.quomodo inducatur ead.2. incerto nihil periculosius ibid.

Ius scriptum certitudinem habet ex autoritate scripturæ 9.2

Ius XII.tab.quando vetustissimum appellatur, de iure scripto intelligitur 21.1

Ius dicens intelligitur Magistratus, & ab ipso iurisdictionem mandatam habens. 99.1

Iusiurandum in litem cui detur. 133.1. quando fiat in actione ex stipulatu.136.2.quomodo quodlibet sit accipiendum. 151.2.quare requiratur ab aduersario argentarij, vt editionem rationum faciat.180.1.2.omne est obligatorium iure Pontificio. 205.2. eius & pacti de non petendo differentia ex Cujacio. 230.2. item & nouationis.237.2. qui eo innocentiam suam probat, non fit infamis. 346.2

Iustitia quomodo à Jure descendat. 1.1. cur dicatur constans & perpetua voluntas, cum hæc vix in hominem cadere possit.5.1. sola ex virtutibus alienum bonum spectat 5.2

Iustus est non tam qui iusta facit, quàm qui voluntatem habet iusta faciendi, 5.1

L.

LAcedæmonij quo iure vtebantur. 4.2

Lan Latitatio rei sufficiat sine condemnatione, vt actor mittatur in possessionem bonorum. 122.2.123

Laus magna est quæ à nobis, sed maior, quæ & à nobis & ab aliis proficiscitur 34.2.35.1

quatenus Legata conditionalia possint transire in nouationem.292.2.quatenus relinqui possint in codicillis ab intestato 318.1

Legatario cauetur extra ordinem & diebus feriatis, & quare. 171.1.2

nLegatarius debeat edere verba testamenti hæredi, cum legatum petit. 176.1.vtrum argentarij rationes edere. 184.1.an facta quæquam contra voluntatem testatoris, cum remittit satisfactionem hæredi.274.1. an possit transigere de pecunia sub legi nauit ex vsuris eius sc alat.299.2.an possit locuples de futuris alimentis transigere.301.2.an ei prohiberi possit domicilij mutatio à testatore 302.1.an permitti transactio de fundo ad alimenta legato.304.1.2.an ei competat actio in vtrumque hæredem. 317.& seqq.an saltem possit agere hypothecaria in res à legitimo hærede possessas ex hereditate. 319.2. quam habeat actionem si tabulæ testamentariæ deletæ sint. 579.2. vtrum absens restitui debeat. 751.1

Legationis causâ absenti quatenus succurrendum sit. 734.1

an Legatorum præstandorum obligatio diuidatur. 262.2

Legatum ex die mortis acquiritur legatario. 551.2. eius agnitio & petitio voluntaria est, satisdatio verò ad illud consequendum minimè, & quare. 143 2. cum eius nomine fuit interposita stipulatio, tunc actioni de dolo locus esse potest.552.2. an illud militis sit personale aut castrensis peculij. 594.2. cur alimentorum & habitationis perseueret post minimam & maximam capitis diminutionem. 794.2

Legatus proconsulis quam iurisdictionem habeat. 82.1. quomodo proconsulis esse dicatur, quamuis datus à Cæsare.84.2.an merum habeat imperium sicut & proconsul. 86.1.2. an iudicem dare possit.ibid.quatenus quid proprium habeat.ibid. an tutorem dare possit.87.2.an Reipublicæ causâ abesse dicatur.746 2.vtrum compromittere possit, & cum eo arbitrium dari. 824 825

Lege agere, & de iure suo ex legis actionibus in iudicio experiri differunt. 11.2

Leges sanctæ quare dicantur.71.2.à quibus acceperint Romani,4.2. earum interpretandarum scientia olim apud Pontifices erat 6.1. eas ignorare aut dissimulare non licet.9.2.ad eas constituendas qui & quales eligendi.10.1.non scriptæ quomodo rogata conferri possint.4.2. iis carere facilius, quàm rectore, 8.1.9.1 duodecim tabularum auctor quis fuerit.9. prohibitoriarum & permissiuarum vsus qualis. 37.1. earum potestas conseruanda. 39.2.quando ius fraus fieri dicatur.39.2.42.1.priores non possunt videri de posterioribus cogitasse, quomodo tamen ad eas trahantur.41.1.2.earum est leges abrogare, & legibus imperare.41.2. contra eas factum non potest rei iudicatæ vim habere. 170.2

Legislator ciuilis æquitatem semper æstimat ex publica vtilitate. 4.2.38.1.eius mens spectanda semper & seruanda est. 41.2. vnde cognoscatur. 42.1

Legislator quis dicatur.8.2.bonæ curæ præcipua 20.2

Lex appellatur communis Reipub. sponsio.4.2.12.2. illam non facit Prætor, sed ius. 4.1.2.6.1. rogata cur dicitur 10.2.8.2. cur casus omnes non complectatur.37.1.imperatiuis verbis concepta.37.1. permittit, imperat, nec vetat, nec permittit.ead.2.ad quem pertineat eius interpretatio, & qualis esse debeat. 11.2.39.1.2. quid faciendum in ambiguitate verborum eius. 39.1. an de futuris loquens

quens ad præterita trahi debeat. 40 1. mutatio illius periculosissima.40.2.48.2.illa ex parte fauet, ex parte nocet.41.2.quomodo est æstimanda.42.1.quomodo principem non teneat.42.1.Regia quales fuit. ead.2. hac omne ius omnisque potestas populi in principes translata est.5.2.14.2.ius agnationis tribuit.63.1.Aelia Sentia patronus, qui libertum adegit ad iusiurandum, amittit iura patronatus. 115.1. imperfectam quomodo definiat Vlpianus. 328.1.commissoria quid sit. 664.2.cur videatur odiosa. 665.1.per diuersas.34.C.mandat quæ in Sabaudia viget, abrogata est in Gallia, præterquàm in duobus casibus.763.1. quatenus Licinia interdixit ne communi diu dando agere possit is qui iudicij euitandi causâ rem alienauit. 771.1

an Libellus libelli aduersus patronum, pro vocatione in ius habeatur.121.1.per eum quid fieri, & per decretum opponantur. 85.2

an Liber factus filij debeat qui in seruitute deliquit. 154.1

Libertatem captiosam quomodo interpretetur Bartolus. 292.2

Liberatio imperfecta quæ dicatur. 245.1.quæ fauorabilior.251.2.ab ea ad accusationem num sit bona consecutio.83.2.vtrum illa procuratoris possit liberare dominum, aut aliter ei prodesse, 409.1

Liberum dici est iuris gentium 3.2

Liberi & bona necessariò sequuntur caput illius qui adoptatur.60 1. eorum appellatione qui contineantur.74.1.106.2.118.2.ex contubernio suscepti vt dicantur naturales, quid requiratur. 114 1.an illi patroni, qui libertum adegit ad iusiurandum, amittant iura patronatus. 115.1.2. illis non datur actio de dote contra parentes. 568.1.2.501.1

an Liberta filiam suam ex patrono in ius vocare possit. 119.2

Libertas quomodo amittitur. 49.1. fideicommissaria seruo debita peti debet etiam diebus feriaticis.172.2. num possit revocari per procuratorem, cum per eum dari nequeat.386.1.2. illa personarii nunquam revocatur, fundis verò quæsita sic: & quare. 521.2.cur illa valeat, quam dedit filius ante libertatis conditionem. 578.2. quatenus nostra restricta fuerit per edictum de alienatione iudicij mutandi causâ facta. 754.1

an Libertino permittatur vt arbitrium in se suscipiat. 778.1

an Liberti possint esse adsessores. 98.1. vtrum illis imputari possit simplius erogauerint contra voluntatem testatoris 477.1. illis non datur actio de dolo contra patronos 560.1.2

cur Libertus manumissoris coniunctissimos, adeóque patroni heredes in ius vocare non debeat. 113.2. alienum adrogare num liceat.60.1. an ille Reipub. sit singulorum, & proinde singulis honorem debeat, quem Reipublicæ. 117.1.2. an possit patroni adoptiui parentes etiam adoptiuos in ius vocare. 118. 1.2. an filium in adoptionem datum à patre 118.1. num etiam emancipati filium ead.2. an liberis patroni ipsum capitis accusantibus honorem debeat.119 1. quomodo dicatur ei denegari actio in patronum.ibid. an patronum in ius vocare possit, qui tutoris, curatoris, aut actoris vicem gerit. 120.1. an etiam eius tutorem vel curatorem.ead.2. an filium qui adhuc est in potestate patris. 120.1. an eius interpellatio & libellus aduersus patronum, pro in ius vocatione habenda sit. 121.1. tanquam tutor an possit patronum in ius vocare.122.1. an & patronam. 123.1. an communis aliquem ex patronis in ius vocare queat. 124.1 2

in Licitatione & emptione qui sint præferendi. 286.1.2

quæ Lis esse potest inter patrem & filiumfamiliæs. 115.1.quando finiri dicatur.289.1.2. contestiatæ tempus quare spectemus 92.2. eius contestationem quando quis impediat. 111. ad eam futuram quomodo possit constitui procurator. 363.1. ante contestatam liberum est mutare procuratorem vel iudicium accipere. 371 372. atque etiam heredi 372.1.certa quæ intelligatur. 363.1.à procuratore non facilè est transferenda, si retentione aliquâ procurator uti velit.375.2 vnius plurium personarum, an plures dari possint procuratores. 381.1.2. an eius amissio debeat nocere procuratori. 407.1.2.an bona perire debeat ob hoc solum quòd quis vel iudici vel aduersario pecuniam dederit. 498.1.2. eius incommoda & vexationes.597.1.2. quæ eam in alium translatis, qua actione teneatur. 762.1.2

Literarum requisitoriarum vsus vnde & quis. 107.2

Litigans de statu suo, hoc ipso in possessione libertatis constituebatur iure xij. tab. 21.1

Litigantibus iudicem dare an sit iurisdictionis aut imperij 100.2

Litigator temerarius differt à calumniatore. 345.2

an Litigatores priuilegio feriarum renuntiare volentes sint prohibendi. 169. 2. non possint diem proferre sine arbitro. 800.1

in Lotore ædificare quomodo quis debeat. 70.1

Locuples quis dicatur. 128.1.135.1.136.1.146.1

an Lucrum considerandum sit in eo qui dolo magis agit. 556.2.illud omittere quis dicatur. 642.1

Luctus parentum & liberorum non est impedimento nuptiis. 350.2. pro quibus personis non fiat. 351.1. pietatis est maximæ. 359.1.2

an Lyntrarius eodem edicto teneatur quo exercitor nauis. 844.2

M

MAcedo causam dedit Senatusconsulto Macedoniano & quare. 325.2

Magister societatis, qui & magistratus, quid sit, & an pacisci possit ignorantibus socijs. 215.1.2. nauis quis dicatur. 843.2

Magistratus vina vox iuris ciuilis 15.1. dictus quasi populi magister, 15.1.eius est iura & remp. regere, ibid. nullus sine potestate & imperio ibid. ita est populi magister vt et am minister. 18.2. ius dicere dicitur etiam cum dat iudicem 25 2. non omittit quod legibus omissum est.37.2.an debeat multa dissimulare conuenientibus oculis.85 2.debilioribus subuenire debet. 86.2.facilem se præbere, nec ad odium, nec ad fauorem declinare. 92.1.93.2. quod facit habens legitimam potestatem, non sit per vim. 95.1.2.an municipalis possit facere ea, quæ magis sunt imperij quàm iurisdictionis 100.2.cur non licet ei supplicium sumere de seruis.1 84.1.non trahit in mandatarium iurisdictionis. 96.2. à quo tempore factus est perpetuus. 101.1. maior quatenus se subiiciat iurisdictioni minoris.105.1.competens habet iurisdictionem in inuitum, incompetens verò nonnisi in volentem. 106.1. qualis sit eius dignitas. 107.1, municipalis non habet ius mulctæ dicendæ. 111.& 127.1. an possit vocari in ius.121.2.cur ius non dicebat olim pridie Kalendas Ianuarias. 173.1.2. cum initurus vtrum possit admitti ad alienam defensionem. 412.1. quatenus vim facere dicatur. 514.1.2.540.1. an cogendus sit arbitrariam sententiam dicere, 776.2.777.1.2

Magistratus ne sunt qui extra ordinem creantur. 25.2

Magistratibus Rom. fuit inconueniens vespertinis temporibus in public. videri. 24.1.2

Magistratuum auctoritatem violantes, quis coercere debeat. 4.1. perpetuis hodie aliud indulgetur, quàm priscis annis. 84.2.eorum alij ordinarij, alij extraordinarij. 18.2. perpetuos, primus fecit Tyberius cum antea essent annui 18.2.

Magistri equitum qui. 18. à Dictatoribus eligebantur, cur. 19.1. quid differebant à Præfectis prætorio ibid.2.

Maiores parentum appellatione contineantur, sicut descendentes omnes appellatione liberorum.113.2.inter eos & minores quæ differentia quo ad restitutionem. 583.2.647.2

Mancipium vnde dictum. 3.1

Mandari magistratum aliud est, aliud iurisdictionem iure magistratus competentem. 96.1

Mandatarius iurisdictionis, non ob id dicitur inferior. 96.2. an cognoscat de alienandis rebus minorum, & de suspecto tutore ibid. & 97.1.an possit alteri mandare suam iurisdictionem. 97.101.1.2. 126.an finiatur eius iurisdictio morte mandantis.101.2.vtrum sibi aut suis ius dicere debeat. 103.1. an possit iudicem dare. 104.1.2. ius habet mulctæ dicendæ. 111.1.2, an ad eum pertineat ratio argentarij. 181.1

Mandatum idoneum quod dicatur.362.2. tacitum duplex est. 396. 1. eius nomen quomodo differat ab illo negotiorum gestorum. 464.2. interueniens quatenus impediat actionem negotiorum gestorum, & quatenus non impediat. 495.1.2

Manilius inter primos iuris professores, idemque Pontifex Maximus 28

Manumissione beneficium nullum, maius est. 3.2
Manumissio non reddit ingenuitatem. 50.1. *vi facta restitutione revocatur.* 518.2
Manumissiones cuius iuris esse dicantur, 3.1
Mancipio quis dicatur. 115.1. *an ex causa fideicommissi in ius vocari queat.* 115.116
In Manumissum quatenus detur actio de dolo. 553.2
Manlii pœnilegium quodnam sit, cum accusat iure nanti. 661.1
an Marito quo tempore uxoris negotia gessit, possit imputari, facto discrepo, quod à se non exegerit. 486.2.487.2
cur Matronarum dignitates uxoribus communicentur. 73.1
an Matres sint semper certæ etiam non intervenientibus nuptiis. 114. 2. *an quo capiendi permittendum sit, pro filio agere.* 496.2. *an possit ad certos ply tractandas constituere actorem, præsertim pervolo suo.* 483.2. *rem donatam filiæ à sponso acceptam, utrum mandati obligetur vel depositi.* 483.1. *quando de sinistram amisse probetur.* 485.1
Matrimonium favorabilius est & utilius Reipub. quàm adoptio, & quare. 67.1.2
Matrimonii nigri & unde fit dicti. 845.2
Matrimonii ordinum ex quam rationem restituantur. 744.2
Mevius imputari debet quod per imperitiam commisit. 89
Alterationes cogitant reducere rationes, & quomodo. 186.2. 187.2
si Mevius venit ea conditione ut illis ponderibus traderetur, an possit locum habere actio de dolo, si aliter factum sit. 570.1.2
Mesopotamia quæ appellatur. 819.2. *ei tenetur exercitor actione in factum.* 856.2
Si plures vindemiarum tempore, non est quis compellendus venire ad iudicium, & quare 169.2. *à quo illud constituatur.* 172.2
Metus & vis quatenus differant 513.2. *an iustus sit ob interversionem instrumentorum status.* 520.1. *præsens potest esse etiam periculi futuri.* 517.1. *an habeat ignorantiam.* 525.2. *status rerum fideiussori fieri intelligatur.* 527.1. *an id quod eius causa factum est eo tempore habeatur ratum à prætore.* 535.2.536
Metus fortissimam pars vinculum 18.1
Mites unde dicatur. 329 1. *utrum infamis sit, qui legem Iuliam de adulterio damnatus fuerit, non adiectis his verbis,* Ignominiæ causâ. 340.1.2 *an veterarius possit esse procurator.* 367.1. *an & defensor.* 411.2. *verum possit restitui adversus emptores tanquam læsus, cum nihil ex suis bonis amiserit.* 712.1.2.713.1.2. *an qui commeatu accepto domi fuit, & Reipublicæ causa abesse videatur.* 745.1.2. *an illi facta donatio iudicij mutandi causâ valeat.* 770.1.2.771
Militare qui dicantur. 753 1
Militaria quæ sunt, etiam feriatis diebus peragenda. 174.1
cur Milites non possint esse fideiussores locupletes, & an privilegio suo renunciare. 142 1. *qui Romæ militant, pro Reip. causâ absentibus habentur.* 699.1.2. *utrum absint Reipubl causâ, qui à signis discedere impune non possunt.* 753.1
Militum favor quatenus faveat Reipublicæ. 89.1
Militia quid, ex Cuiacio. 594.2
an Minor maiorem advocare possit. 60.2.67. *qui locuples dedit seipsum advocandum prædonis restituitur.* 65.2. *illi succurritur pro restitutione adversùs propriam additionem inconsultam.* 94.1. *dum annos à decimum septimum annum excesserit, postulare potest.* 324.1. *quem quis pro idoneo defensore admisit, restitui potest sine dolo malo.* 409.2 *potest in integrum restitui, si qua in re læsus fuerit, quamvis à tutore vel curatore defensus.* 511.2. *utrum ei permittenda restitutio adversùs rem iudicatam.* 512.1. *si circumscriptus vendiderit servum cum peculio, an necessaria sit actio de dolo.* 547.1. *quatenus curatorem accipere debeat* 583.1.2. *an possit restitui si post legitimam ætatem sententiam passus sit eius quod in minori ætate gestum fuerat.* 585.1.2. *non est restituendus in re peculiari, si eius nihil interfit, sed solius patris.* 587.1. *quo casu ex suo contractu non restituatur.* 588.2. *an lædatur is, qui spem futuri legati remittit.* 594.1.2. *adversùs culpam suam etiam restituitur.* 594.1. *ob lites.* 597.1.2. *an restituatur, si pecuniam perdiderit, adversùs debitorem qui bona fide solvit.* 598.2. 599.2. *an sit compellendus ut accipiat curatorem ad accipiendam solutionem.* 600.1. *in interventionibus restituitur, & quomodo.* 602.1.2. *in iudiciis* 603.1.2. *si hereditatem adiit minùs lucrosam. ead.* 1. *adversùs agnitam bonorum possessionem.* 604.1. *restitutus adversùs additionem hereditatis quid reddere teneatur.* 605.2. *in lucro etiam restituitur. ibid. si legatum repudiaverit.* 606.1. *an in suorum bonorum venditione.* 607.1 2. *utrum indigeat restitutione, ut pronunciare possit condemnatus.* 609.1. *vel etiam contumax.* 610.1. *quomodo restituatur adversùs venditionem pignoris factam ex auctoritate iudicis.* 611.1.2. *an restituendus, quid si obligatus ex dolo vel etiam ex delicto.* 613.1. *quare restituatur postquam in duplum vel in quadruplum condemnatus fuit.* 614.2. *utrum restituatur qui se in servitutem venire patitur, ad pretium participandum.* 615.1. *an eius interest servum non manumitti.* 617.2. *quomodo restitui possit adversùs venditionem servi sibi factam.* 619.1. *quatenus restituendus sit, cum locupletem adiit hereditatem.* 621.2. *quomodo alter contra alterum restitui possit.* 622.1. *an detur ei restitutio etiam in rem.* 625. 1. *& in tertium possessorem.* 626.2. *quartum & quintum.* 627.1. 2. *quo casu non concedatur ei restitutio.* 629.2. *utrum munitus per conditionem restituatur.* 629.630. *an relegatus pro præsente habendus ut, quod ad ius petendæ restitutionis.* 636.1. *utrum restituatur si ita ipsum negotium maiores intervenerit.* 640.1. *si absentis negotia gesserit.* 641.2. *restituitur etiam si bonorum emptus.* 642.1.2. *habet & consequitur rep in omnem indebiti solvi.* 646. 2. *restituitur in eo quod vilius vendiderit, aut carius emerit.* 650.1. *an eius restitutio possit auferre, defensori beneficium quod is non à minore habeat, sed à lege.* 651.1. *utrum ei denuò sit actio contra curatores, amissi statim illi non ignoraverint.* 656. 1. *qui pecuniam accepit & consumpsit, inexcusabilior est eo qui credidit.* 658.1. *an restituatur adversùs eum à quo fuit liberatione superatus.* 659.1. *utrum adversùs omissam allegationem.* 660.1. *in pœna quam remiserit. ibid. an ob omissam usurpationem restituendus sit adversùs usucapionem captam contra defunctum, licet complendæ eius tempus in minorem ætatem inciderit.* 664.1. *utrum adversùs venditionem fundi à curatoribus factam.* 667.1. 2. *an debeat restitui qui partam ex causa iudicati persecutionem novo contractu ad initium alterius petitionis redegerit.* 668.1.2. *quatenus teneatur defensori, si bene gesserit.* 674.2. *an restituatur adversùs venditionem rerum pupillarium à tutore factam. ibid. in quibus casibus requiritur, ut probet grande suum damnum versari.* 679.1. *an coram illo dicta videatur sententia abiitoria.* 815.2. *utrum arbitrium ab eo datum valeat.* 836. 837
Minores num possint esse fideiussores locupletes, & an privilegio suo renunciare. 142.1. *non sint idonei defensores, ex quibus causis in integrum restitui possunt.* 409.1. *inter illos & absentes Reipub. causâ quæ sit differentia, quoad restitutionem in integrum.* 511.1. 512.2. *quatenus adiuventur suffragio ætatis in delictis.* 662.2.
an Missio de exercitu ignominiæ causâ possint morari ubique. 341.1
Missio in possessionem legatarij num debeat nocere heredi, quominùs possit petere, ut pro satisdatione præstanda remittatur ad eum locum, ad quem remitti deberet, si nulla interfuisset. 144.2. *illa de exercitu quotuplex est.* 338.339.1. *utrum in eas faciendas necessaria sit expressio huius dictionis,* Ignominiæ causâ. 339.2
utrum Missus ad malos homines compescendos Reipublicæ causâ abesse dicatur. 745.2
Mittere in possessionem utrum sit magis imperij quàm iurisdictionis. 100.1
Modus & quantitas an sint considerandi à prætore in transactione de alimentis. 301.2
Monarchia excellentior est aristocratia atque democratia. 14.1
an Monumenta quæ sunt ad litus maris sint communia. 69.1
Mora non minus perpetuat obligationem debitoris & etiam fideiussoris, quàm tulpa. 138 2. *non perpetuat obligationem aut actionem, quæ morte finita est, quamvis sit longi temporis.* 167.2. *ubi fieri intelligatur, & contrà.* 282.1. *an fieri debeat arbitrio, prætextu institutæ postea petitionis hereditatis.* 825.826
Morbus perpetuus quis intelligatur. 333.2. *utrum eo detentus possit admitti ad alienam defensionem.* 412.1

Mores

Mores unde introducti. 43.1.2
Moribus antiquis obtemperandum, verbis recentibus utendum, 31.2
Mortem sibi inferre cur non licet 17.1
Multæ dicendæ ius quis habeat. 111.1. *in quo differt à pœna.* 127.1
an Mulier prostituta ut fiat libera, habeat libertatem ex facto & pacto venditoris, qui eam hac lege vendidit. 116.1.2. *an sit idonea ad fideiubendum.* 141. 1. *in rem suam fideiubet.* 142.2. *quam actionem habeat pro dotis repetitione, & ut satisfiat cogatur.* 150.2. *an exceptione debeat adiuvari, quod valetudine impediatur iudicio sisti.* 159.1.2. *fideiubens pro viro, à quo actor fundum dotalem vindicat, in cuius rem fideiubeat.* 233.2. *an possit agere actione de dote statim reddenda, ex pacto appositio ex interuallo.* 242.2. *an possit eadem die sumere & deponere lugubria.* 349.2. *sponsa esse potest intra tempus lugendi.* 350.2. *notatur infamia quæ nubit intra tempus legitimum.* 351.1 *crimine dianatii lugere debet maritum. ib. an notetur infamia, ventris nomine in possessionem missa, etiam per calumniam.* 355.2. 356. *venia hoc casu digna est, quæ falsâ existimatione decepta fuit.* 357.1. *an ei noceat quæstus famæ eius in servitute factus, ut perinde notetur infamia.* 360.1.2 *utrum possit restitui adversùs dotis constitutionem.* 612.2.613. *an verò si divortium culpâ suâ fecerit.* 614.1. *si pactione dotis deteriorem conditionem suam fecerit.* 678.2. *deportata potest de dote agere contra maritum.* 693.1. *& quare. ead* 2. *an, si compromiserit alieno nomine, pœna committatur.* 821.1
cur Mulieres arceantur à muneribus ciuilibus. 50.2
Muneris causâ impeditus in ius venire, exceptione iuuatur. 158.1.2
Munus ciuitatis suæ qui detrectat, & nomen suum in eum finem dat militiæ, an infamiâ notetur. 340.2
an Municipes ex suo dolo possint conueniri. 566.1
Municipium ad ciuitatem pertinet, etiam si eius muri non sint ciuitatis. 70.1
Q. Mucius Publij Mucij filius, primus ius ciuile in corpus redegit 28.1.2
Muti quomodo capaces iniuriæ esse dicantur. 71.1.2
Mutos reficere municipij cuius sit. 71.1
Mutare sententiam & suppleve differunt. 797.1
Mutatio omnis periculosa in Rep. 14.1. *legum periculosissima, & quare.* 40.2.48.2. *status quomodo consideranda sit in capitis diminutione.* 694.2
Mutus an pacisci possit. 192.1.2. *quatenus procuratorem dare.* 400.1

N

cur Naturales *non possint testamento heredes instituì. nec succedere ab intestato.* 37.2. *ibid.*
Natalibus ingenuis non officit manumissio. 50.2
Natalibus restituendo, an ius patroni tollatur. 117.2
an Natus post mortem patris, possit habere eius dignitatem. utrum & à senatu remoti. 73.1. *ibid.*
an nondum Natus egeat restitutione, qui rem vsucaptam amisit. 671.672
Νεωφύλαχες & dietarij qui sint. 844.1
Nauta voi semel receperunt num possint se exonerare. 843.2. *quis hoc nomine intelligatur. ead.* 1.2. *quatenus omnia salua fore recipiant.* 846.1. *teneatur etiam actis quæ in domum suam immissa sunt.* 848.2. *illis competit furti actio.* 850.1.2. *custodiæ nomine tenentur.* 851.2. *etiam iis quos gratis receperint.* 852.2
Necessariæ personæ qualemcunque fideiussorem dando liberantur. 128.2. *quæ sint illæ.* 135
Necessitas facit licitum, quod aliàs esset illicitum. 75.2.96.2.174.1. *fecit Senatus & Principes* 14.1
Nefasti dies qui olim dicebantur. 172.2
Negotia plura sunt quàm vocabula 12.2
Negotia peculiaria non ita sunt patris aut domini, ut non sint etiam filij familias vel servi, & contrà. 464.2. *utrum qui hereditaria agit, obliget sibi hereditatem, aut ei obligetur.* 468.1
Negotiorum gestor quis dicatur. 361.1. *an teneatur illorum, si non ut oportuit gesserit.* 435.1. *horum nomine quæ intelligantur.* 436.1. *hereditariorum gestor, nullius gessisse dicitur.* 438.1. *an eorum gratiâ pupillum obligatum sibi quis habere possit.* 441.2. *an eorum gestori imputari possit, cur debitum non exegerit præsertim à semetipso.* 448.2.449 1. *nihil commodi ex iis retinere debet sibi ne quidem quod per errorem aut iniuriam iudicis consecutus est* 451.2. *an ei competat & tribuatur actio sumptuum quos fecit,* 454.1.2.455.1. *an teneatur de dolo, casu, & lata culpa.* 456.1.2. *an ad eum pertineat lucrum.* 457.1. *quodnam tempus est ei spectandum.* 461.1. *qui rem meam vsucepit, an ut restituat obligetur.* 465.1. *an illi imputetur si vsucapionem compleverit, ex quo sciuit rem domini esse.* ead. 2. *utrum vsuras pecuniæ præstare debeat.* 466.1. *an eius officium finiatur morte eius ad quem negotia pertinebant.* 468.1.2. *utrum damnum ad eum pertinere debeat, si quid indebitum soluerit.* 470.2. *quatenus redhibere debeat.* 488.1.2. *qua actione agat, si servi rogata negotia susceperit.* 493.1
Negotium alienum sit proprium ratihabitione. 108.1. *unum esse, & unum contractum, quando intelligatur.* 461.2. *perinde utiliter gestum est debitoris, cùm ei acquisita est exceptio, ac si ipso iure liberatus esset.* 494.2. *quatenus perfectum & imperfectum dicatur.* 519.1.2
Nepos quod ius habeat in familia adoptiua. 60.2. *an in eam adoptari quis possit ex filio viuo, & in potestate.* 59.1.2. *eius & neptis facilior est adoptio, & quare.* 57.1.2. *illa nulla debetur legitima vino filio.* 63.1. *intrat in locum filij, & fit suus heres qui antea non erat.* 64.1.67. *quando succedat in locum filij.* 67.1. *quomodo dicatur fieri per adoptionem.* 68.1. *iusta interpretatione continetur appellatione filij.* 136.2
Nocentem dimittere melius est, quàm innocentem damnare. 89.2
Nomina quædam naturalia, quædam ciuilia. 3.2
Nominum periculum pertinet ad negotiorum gestorem, & quare. 490
Non vitè & non rectè quomodo differant. 6.1
Non vetare aliud est, aliud velle: aliud nolle, aliud vetare. 42.2
Notarij servi publici olim dicebantur, non ita nunc. 61.2. *nostrorum imperitia notatur.* 729.2
an Nouatio sit permissa uni ex correis stipulandi, etiamsi socius non sit. 236.237. *utrum solutio dici possit, aut eius vim habere.* 237. *in quo differat ab acceptilatione & ureiurando. ibid. an fiat, cùm stipulatio prior tollitur per posteriorem.* 240.1. *quando fieri olim dicebatur.* 254.2. *quando fiat per transactionem.* 269.1. *quatenus legata conditionalia in eam transire possint* 292.2. *quòd per iudicatum non fieri dicatur, quomodo intelligendum.* 555.2.
Nouum ius, hoc est, iniquum & iniuriosum, cur ius appelletur. 107.2
Noxa & noxalis actio quatenus sequantur caput. 353.1. *an danda ei cuius vel nihil, vel minus interest.* 356.1
Noxæ deditio in solutione tantùm, non etiam in obligatione est. 136.1. *non tam in obligatione est, quàm in fauorabili præstatione.* 353.1. *an rem ab actione quod metus causâ liberet.* 531.1. *utrum possit excludere actionem de dolo in eo quod excedit.* 552.1.2
Nummularij qui sint, & in quo differant ab argentariis. 185.1. *an cogi possint rationes suas edere.* 186.1.187.1. *illorum cognitio ad quem pertineat.* 77.2
Nuptiæ quæ ab initio non valuerunt, non convalescunt per mortem aui. 50.1. *illas inter fratrem & sororem quæ impediant.* 63.2. *patriam filiæ potestatem dissoluere non possunt, sed dignitatem auferre possunt.* 73.2

O

Obligatio sistendi & etiam ad id quod interest, moriente eo ante moram qui sisti debuit, intercidit. 137.1. *quo tempore extingui dicatur.* 137.2. *quando ab ea liberentur omnes, uno soluente.* 102 1. *semel bene extincta, nunquam ex post facto potest reuiuiscere.* 146.1. *eius quæ inter correos conditio quæ sit.* 163. 2. *cum conuentione uti se habeat.* 190.1. *ex pacto nudo nascitur.* 196.2. *unde accipiat suam formam.* 197.1. *si prior bonæ fidei, tollitur ipso iure, propter stipulationem pœnalem, quid interest an nouatio facta sit.* 213.2. *illam pignoris contrario consensu dissolui, quomodo intelligatur.* 220.2. *ad certum tempus facta an tempore finiatur.* 238.1. *utrum naturalis pacto tollatur.* 239.1. *in alternativa,*

licèt utrumque inſit, alterutrum præſtari ſufficit. 245.1. *differentia & comparatio etiam inter illam præſtandi hominis in genere, aut præſtandi Stichi.* 246.2. *naturalis pupilli ſine tutoris autoritate ſit, ſed nulla, & quare.* 250.251. *an legatorum præſtandorum dividatur.* 262.2. *vbi illa eſt cum actione & petitione, ill. mora fieri poteſt.* 282.1. *quando plector & maior tollat minorem.* 378.2. *an poſſit extinguitur & ignorante obligato.* 492.1.2. *an poſſit reſtitui à prætore, quæ ſemel extincta eſt per acceptilationem.* 420.1. *vtrum eam red. negrari ſufficiat in perſona promiſſoris qui per acceptilationem ſuerat liberatus.* 422.1. *itarestituatur à prætore, vt eadem ſit genere ac effectu.* 651.2

Obligationes cuius iuris, 4.2

Obligatas pacta vtrum tollat conſentiens illam ad eius perfectionem neceſſarium. 267.2

Obſcenum & ambiguum quomodo differant. 268.2

an Oblignatio pecuniæ poſſit debitori minoris, ſi eam accipere ſit paratus. 609.1

vtrum Officij publici causa abſentibus ſuccurratur. 740 1.2

Officio finito, quatenus quis dijudicat abeſſe Reipublicæ causa. 1. 749.1.2

vtrum Onera adoptati filij tranſeant in patrem adoptium. 68.1

Opera ſerui quod...mendo ex re eius, in ſeruis habentur, & quare 283.1

Operam præbere arbitrio quid ſit. 842.1

Operis noui nuntiatio duplicem cauſam habere poteſt, & qua de re ſiat diſtinguendum. 205.1

P

Pactis artes frigent cùm bella inceſcunt. 22.1

Pacisci & accipere eiuſdem ſunt poteſtatis in procuratore. 215.2

Pacisci & tranſigere differunt. 288.2

Pacta omnia in aliquo actu bona fide adhibita ſeruanda ſunt. 66.1. *nuda ſint ſeruanda etiam ivre prætorio.* 189.1. *à pactionibus quæ differant.* ibid. *quænam ſtipulationi credantur inesſe.* 193.1. *an ſint nuda omnia.* 194.1. *legitima quæ actionem producentia.* ead. 2. *in quo differant à contractibus* 196.2 *quare nuda ſic appellentur.* ibid. *ex intermallo apposita an injiat contractui.* 199.1.242.2. *conuenta de quibus intelligantur.* 201.1. *an ſeruentur quæ legibus, plebiſcitis, Senatuſconſultis, aut conſtitutionibus Principum improbantur.* 202.1. *vtrum nuda iure Canonico pariant actionem.* ead. 2. *in quibus & ius & factum verſetur.* 219.2. *omnia quæ ſiunt de contractibus qui ſolo conſenſu poſiciuntur non ſunt contractus* 241.2. *an de iure tutoris, aut iniuria admittenda, legitimæ ſint.* 243.1. *an obſeruanda ſint ex regulis iuris ciuilis.* 250.1. *an valeant quæ contra ædilit. um edictum facta ſunt.* 260.1.2. *priuatorum quæ ſunt, legum autoritate non cenſentur.* 266.2. *quatenus in omnibus requiratur voluntas & conſenſus contrahentium vt valeant.* 267.2. *inter ea & ſtipulationes magna eſt differentia.* 286.1. *de vſuris quatenus conſiderentur.* 284.2

Pactio & pactum quid ſint, & in quo differant. 189.1.2. *à pollicitatione differt.* 190.1. *quæ turpis ſit aut non.* 196.1. *quomodo valeat dicatur, & empio in parte diſſolu.* 200.2. *negativa ab affirmativa diſtinguntur.* 285.2

an Pacta in continenti apposito, poſſit formari contractus iam perfectus. 198.2. *vtrum ex nudo poſſit agi iure pontificio.* 202.2

an Pactum ſit æquum per quod omnibus exceptionibus ex æquitate dandis via præcluditur. 162.1. *an illud de non petendo inducatur ex cautellatione.* 191.2. *num ex pignoris redditione.* 192.1. *inter duces belli inium an obliget rempub. & ciues.* 194.1. *vtrum ex eo actio naſci aut tolli poſſit.* ibid. *an legitimum dicatur quod aliquo Senatuſconſulto adimatur.* ead. 2. *nudum quid ſit.* 196.1. *cur ita dictum.* ead 2. *illud ineſſe contractui aliud eſt, aliud vero, eo formari actionem.* 197.2. *quod ſit incontinenti poſt contractum, æquè dat formam & legem contractui, etiam ex parte actoris, & ad formandam actionem.* 199.2. *an per illud poſſit recedi in parte ab emptione.* 200.2 *an ei noceat ſi dolo malo ſit initum.* 201.2. *in rem, diuerſum eſt ab eo quod in perſonam.* 202. 1. *an valeat,* Ne iudicati agatur. 204.1. *vel* incenſarum ædium 2. Ne operis noui nuntiationem exequar. *ibid.* Ne depoſiti agatur. 205.1. 243.1. *vt ex cauſa depoſiti omne periculum præſtetur.* 205.2. *remotum à iure communi.* 205.1. *heredis cum creditoribus ante aditam hereditatem, vt minus ſoluatur.* 206.1.2. *ſerui.* ibid. *an creditorum præſentium minuat aliquid priuilegiariis.* 211.2 *ſi in ſubrecta pœnæ ſtipulatio, vtrum pacti exceptio locum habeat, an ex ſtipulatu actio.* 213.1. *ſuper hac diſtinctio Cuiacij nulla.* 214.1. *an eius exceptio acquiratur ex pacto procuratoris.* ead. 2. 215. *tutoris, an proſit pup. llo.* 217.1. *vt. iam factum cum emptore hereditatis, debeat nocere venditori agenti ex propria perſona tanquam inter alios factum.* ibid. & 2. Vt decem duntaxat numeratis, viginti debeantur, *quatenus pariat obligationem, & contra.* 219. 1. 2. 244. 245. *an defuncti, ne à ſe petatur, tranſeat in heredem.* 221.1.2. *an de non petendo initum à venditore, licèt in rem conceptum ſit, emptori prodeſſe poſſit.* 222.2. 223.1. *de donatore quid.* 223.2. *ſerui de non petendo, an valeat.* 226.1. *filio inutile quod dicatur.* 227.1.2. *de legato non petendo, an valeat, pendente conditione.* 230.2. *quomodo vnius poſſit alteri prodeſſe.* 230.1. *an de non petendo conceptum in perſonam debitoris, ne fideiuſſori prodeſſet, vel prodeſſe debeat.* 231.1. *non valet illud iure vno, quo electionem habebat reus, an eum reo primum agere vellet, an cum fideiuſſore.* e. ead 2. *initum cum fideiuſſore de non petendo, an poſit debitori ſicut & iuſiurandum.* 232.1. *an & conſeruatorib.* 232.2. 233. *cum fideiuſſore in rem ſuam ſpondente factum, vtrum cum reo factum eſſe dicatur.* 233.1. *an perſonale pertineat ad alium, vel etiam heredem.* 234.1.2. *an prius tollatur per poſterius ipſo iure.* 239.1.275.1. *iniuriarum, an pariat actionem.* 241.1. *eius differentia cum contractu qui conſenſu perficitur, falſa eſt, & quare.* ead. & 2. *conuentum quomodo imminuat contractum.* ibid. *an legitimum ſit illud quo conuenit vt dos præſenti die reddatur.* 242.1.2. Ne de dolo agatur, *an valeat.* 243.1. Ne experiar interdicto, Vnde vi, *ead.* 2. 244. Ne decem ſed Stichus, *cuius fauore fiat.* 246.2. *de non petendo differt multum ab acceptilatione.* 247.2. *de hereditate non petendo vtrù noceat petenti res ſingulas.* 248.1. *de non petendo ſumdo, an noceat petiti vſumfructum.* ibi. Ne nauem ædificium ve, *num petenti ea ex quibus conſtant noceat.* ead. & 2. *pupilli,* Ne quod debeat, à ſe peteretur, *aut,* Ne intra certum tempus, *num valeat.* 250. 251. *quomodo illud de non petendo tollat actionem, etſi non ipſo iure.* 251.2. *curatoris, an proſit furioſo vel prodigo.* 252.1. *filij aut ſerui, ne ipſe peteret.* 252.2. 253.1. *debitoris, non poteſt prodeſſe fideiuſſori, qui donandi animum habuit.* 260.2. Ne ab vno ex heredibus petatur, *an valeat.* 261.2. *an valeat illud ſacerdotis, quo renuntiat præſcriptioni ſori eccleſiaſtici, vt inviſa actionem ſubeat ſecularem* 256.2. *vtrum illud,* Profiteor te non teneri, *ſit perſonale, & tranſeat ad heredes.* 268.1. Profiteor me à te non petiturum. *ead.* 2. *in perſonam fratris collatum, an proſit liberis à patiſcente poſtea ſuſceptis, de quibus in pacto nihil dictum eſt.* 270.1.2. *in eo quæ ſint contra aut extra naturam contractus.* 272.1. *inter legatarium & heredem factum,* Ne ab eo fatis accipiatur, *num valeat* 274.1.2. *in traditionibus rerum.* 276.1. Vt quatenus facere poſſit debitor, eatenus agatur. *ibi.* Ne facias furem ſeruum meum. 277.1.2. Ne ab eo petatur, *ex cauſa legati. ib. ſolutionis loco factum inter duos debitores, pro non debito à creditore, qui tamen inſtit ſoluere.* 278.1.2. Vt, habita compenſatione fructuum, ſolutóque, quod reliquum deberetur, fundus debitori reſtitueretur. 279 280. *de inofficioſo patris teſtamento acturis,* Vt eis certa quàtitas, quoad viueret heres, præſtaretur. 281.1.2. *an honeſtum ſit illud per quod fiat vt ex ea ipſa lite ſumptus reſtituantur.* ibid. *an de non petendo impediat quominùs mora contrahatur, ſaltem ipſo iure.* 282.1. *an verò purgetur mora.* ead. 2. *in quo differat à contractu.* 284.2. Ne à te petam, *vel,* Ne à te petatur, *an valeat.* 284.1. *de reti nendo.* item. 286.1. Ne quis vicino inuito, prædium alienet, *quomodo intelligendum.* 287.2. *quid differat à tranſactione.* 288.1

Paganus vtrùm Reipub. cauſa abeſſe dicatur, & eius heredi ſuccurratur. 746.2

Papirius primus de iure ciuili ſcripſit 26.1

an Parentes poſſint vocari in ius à liberis .113.1. *illis pietas æqualis debetur.* ibidem. *an ſit illis permiſſum impunè calumniari.* 145.1. *illorum nomine qui intelligantur.* ead. 1.2. 114.1. *an naturales quis in ius vocare poſſit.* ibid.

Pars principium cuiuſque rei 7

Partem rei alicuius etiam diuiſæ tenere ac poſſidere, quis quomodo dicatur. 148.1.2

Partus ancillarum vtrùm veniat in actionem quod metus cauſa. 522.1.2

cui Pater dignior eſt matre. 28.2. *an furioſus habeat ius patriæ poteſtatis in filios.* 56.1. *an illi liceat ius ſui heredis inuito etiam filio acquirere.* 57.1. *quatenus poteſt filium inuitum emancipare.* 65.1. *quomodo poſſit manumittere apud filium familias prætorem.* 79.1. *an ius illius læsi deb. at per ea quæ filius in Magiſtratu geſſit.* 109.1.2. 110.1. *quomodo eſſe dicatur quem nuptiæ demonſtrant.* 114.1.2. *an adoptiui parentes in ius vocare quis poſſit impunè* 114. *an teneatur de editione rationum pro filio.* 177.1.2. *quatenus poſſit pacisci filio.* 201.1. *an poſſit de bonis omnibus ſi ij ſui tranſigere.* 314.1.2. *filiam ſuam iam nuptam alteri collocare volens, an notetur infamia* 349.1. *an ſi conſenſerit nuptijs filij cum vidua intra tempus legitimum, infamia notetur* 352. 2. *quid ſi tutelas habuerit* 353. *notatur per calumniam filiæ in poſſeſſionem ventris nomine miſſæ.* 357 2. *an poſſit dare procuratorem ad vitjcendam iniuriam quam nepos abſentis aut poſſit eli.* 365.2. *ſi de dote agat, an cauere debeat ratam rem fi. am habiturum, & eam defendere.* 391.1.2. *quid ſi iniuriam agat filij nomine.* 392.1.2. *an eius fuſſragium proderit filio.* 429.2. *quatenus ex geſtione negotiorum filij teneatur, etiamſi nihil ſit in peculio poſt factam deductionem.* 446 5. *quid ſi filius peculium habeat, aut in rem patris vertit.* 460.2. *vtrum ob res donatas filio emancipato & adminiſtratas, teneatur ex actione negotiorum geſtorum.* 490.1. *qui ſi filij familias militis peculium iure patris occupauit, heres d.ci non poteſt, & quare.* 509.1. *quatenus furti actione teneatur filio ſuo.* 560.2. *quando conuenire poſſit in ſolidum ex contractu filij.* 587.2. *an illi proſit filij reſtitutio.* 588.1.2. 590.1. *male di citur ſuccedere quoadmodo in peculio caſtrenſi quaſi heres poſt mortem filij inteſtati.* 595.2. *illi pro filio omnimodo præſtanda reſtitutio eſt, licèt filius reſtitui nolit.* 648.1. *vtrùm poſſit quicquam poſſidere qui apud hoſtes eſt.* 724.2

Pater familias quomodo dicatur habere in poteſtate ſua filios & nepotes. 55.2

Patrem habere populum, & nullum, paria ſunt, & quare. 52.1

Patria cur ita dicta non matria. 20 2

an Patria poteſt. s ſoluta ſit per emancipationem. 67.1. *quomodo acquiratur.* 68.1 *nihil commune habet cum dignitate.* 73.2. *apud Romanos maior quàm conſularis* 17.2

Patricij qui dicantur. 31.1

Patricij etiam plebis nomine continentur 12.1

Patrimonium diminui quando dicatur. 415.1.2

Patrona quando vocari poſſit in ius à liberto. 123.1

Patronatus iura qui habeant. 115.1

an Patronus ſit permiſſum impunè calumniari. 145.1

an Patronus poſſit iure ſuo in ſeruitutem revocare libertum qui ingratus eſt. 76.1. 77.1. *qui libertum adegit ad iuſiurandum, amittit iura patronatus.* 115.1. *an ius illius tollatur à principe, natalibus reſtituendo.* 117.2. *an depotatus poſſit vocari in ius.* 118.1. *an adoptiui parentes adoptivus libertus poſſit vocare in ius* 118.1.2. *an tutoris, curatoris, vel actoris vicem gerens poſſit in ius vocari à liberta.* 120.1. *an illi detur actio de dolo contra libertum.* 554.1.2

Pauperi permiſſum adoptare ditiorem. 61.2

Pedanens index quis ſit, & quare ſic dictus. 65.2. 131.1

de quo Peculio deducatur ante omnia id quod debetur patri vel domino. 445.2

Pecuma principis ſacra res eſſe dicitur. 85.2. *cùm in genere conſiſtat pervenire nunquam poteſt.* 137 1. *illam præſidij cauſa ſeponere cuius ſit.* 459 1. *dominicam malo more erogare aliud eſt, quàm delinquere.* 464.2. *eius nomine res omnes etiam ex verbi proprietate ſignificantur.* 499.2. *an à minore vel eius nomine ſoluta cauſa iudicati ſit illi reſtituenda.* 612.2. *Pecuniam accipiens vt alteri negotium per calumniam non faciat, an turpiter agat.* 498.2. *vtrùm eo nomine teneatur ante acceptum iudicium.* ead. 1. & 2. *illicitè extortam reſtitui debere, ſecundum formam edicti quomodo accipiendum.* 505.1

Pegaſianum Senatuſconſultum vnde dictum, 35.2

ad Peregrinitatem redacti ſunt...ur ciuis qui per deportationem amiſit ciuitatem 25.2

an Peregrinato neceſſaria debeat excuſare procuratorem, ne iudicium accipere cogatur. 369.2

Peregrini cur non poſſunt teſtamento heredes inſtitui, nec ſuccedere ab inteſtato. 37.2

Periculum noxium pertinet ad negotiorum geſtorem, & quare. 490.2

Perito cuilibet in arte ſua credendum 30 2

Periurium quid ſit. 351.1

an Permiſſa eſſe per legem omnia verum ſit, quæ prohibita non inueniuntur. 737.1

Permiſſorum & prohibitorum ex genere quæ ſunt, diſtinguuntur. 401 1.2

Permiſſum quod non eſt ſpecialiter cenſetur prohibitum. 95.2

Permiſſum quid eſſe, & non eſſe prohibitum: Item permiſſum quid eſſe, & prohibitum eſſe, differunt 20.1

Perſæ ne luſum quidem ad Principatum admittebant. 325.2

Perſona extranea quæ intelligatur. 235.2

an Perſonæ conſiderari debeant à prætore in tranſactione de alimentis. 301.2 301 303

Pertinere quod ad aliquem vt intelligatur. 186.1.2

Petere & agere confunduntur ab interpretibus. 214.2. *differunt tamen.* 466.1

Petitio hereditatis contra quem detur. 147.1. *vtrùm competat heredi contra eum qui vrùm aut metum mulit.* 525.1. *vt illa, ita & in actione rei indicatæ tempus ſpectabitur.* 535.1. *vbi illa eſt cum obligatione & actione, ibi mora fieri poteſt.* 282.1. *fidei commiſſi ſupereſt ex codicillis poſt tranſactionem repertis.* 290.1

vtrùm Petitor incidat in contumaciam ſicut & reus. 112.1

Pietas an ſit iuris naturalis, an verò gentium 2.1.2

Pietas ſimulata, duplex eſt impietas. 89.2. *æqualis debetur omnibus parentibus, eſt illorum inæqualis eſt poteſtas.* 113.1.114.2. *eius officia prætermittere aliud eſt quàm violare.* 359.2

pignorum datio nouum debitorem parere nunquam pote 134.1

Pignus prætorium non prius conſtituitur, quàm ventum ſit in poſſeſſionem. 171.2. *vtrùm ex eius reddit one tacitum pactum de non petendo inducatur.* 192.1. *ex eius pacto quæ naſcatur actio.* 220. 1. *quomodo diſſoluatur.* ibid. & 2. *in quo differat ab hypotheca.* ibid. 272.1. *eius dominus vtrùm poſſit eſſe procurator creditoris.* 398 2.399. *illud remittere non poteſt procurator generalis, & quare.* 415.2

Placentini & Accurſij opiniones de tempore quo durare dicitur actio quod metus cauſa. 536.1.2

Plebis nomine qui ſignificentur 12.1.19.1

Plebiſcita cur ſic dicta. 12.1.36.1. *vnde vim legis habuerunt.* 12.2.36. 1.45.1. *eorum & legum differentia* 13.1.2

Pœna ſemel in condemnationem deducta, an remitti poſtea poſſit. 90.1. *ed adiecta, non ſolet quæri an, aut quatenus interſit.* 127.2. 136.2 156.2.165.2. *delicti nihil habet commune cum promiſſione iudicio ſiſti.* 161.1. *an committatur integra. ſi omnes ſtati non ſint iudicio.* 165.1. *quam ex delicto ne procurator præſtitit, non re petitur.* 407.2. *an committatur. ſi intra dem compromiſſi ad. tus arbiter, poſt diem compromiſſi adeſſe inſſerit.* 801.1.2. *quid ſi iuſta de cauſa abſit aliquis ex litigatoribus.* 802.1. *eius petitio quo caſu efficax fiat.* 805.1. *an cõmittatur, ſi cùm arbiter ne tibi certa die pecuniam dare inſſerit, & ego dare voluerim, tu verò accipere nolueris.* 808.1.2. *quod ſi poſtea ille paratus ſit accipere.* ibid. *an committatur, ſi is deceſſerit, quem arbiter pecuniam dare inſſerit.* 811.2. *ſi quis litigatorum deſinerit.* 813 1. *quòd ſi præſens arbitrum ſententiam dicere prohibuerit.* 816.2. *ſi à fideiuſſore petatur quod arbiter peti vetuit.* 817.1. *ſi arbiter ſine cauſa diſtulerit arbitrium, aut in alium tranſtulerit.* 819.2.. *committitur aduerſus litigatorem qui diem prorogari nolnit.* 831.1. 834.1. *an ex omnibus cauſis in compromiſſum deductis, ſi non pareatur ſententiæ arbitri.* ibid. *num in litigatorem nomina teſtium ex arbitri iuſſu exhibere nolentem.* 834.2. *quæ ſit liberti patronum ſuum in ius vocantis ſine venia.* 125.1. *pro pecuniaria an corporalis poſſit inſligi.* ead. 2

an Pœnalis actio tranſeat ad heredes. 110.1. *an impedire debeat de dolo actionem.* 549.1

Pœnalium natura quæ ſit. 532.1

INDEX.

Pœnitentiæ solet locus esse re integra, dum ne quicquam aduersarij interfit. 145.1

Pontifex reprehenditur à Cuiacio in cap. si diligenti. de for. compet. 266.2

Pontifices iurisprudentiæ ac iustitiæ olim depositarij. 11.2

an Populus actio facere possit vt cesset actio de dolo. 549.1.2. *eâ qui conuenitur an possit dare procuratorem.* 397.1. *vtrùm desensionem præstare cogendus sit.* 401.1.2

quomodo Populus possit dare potestatem condendi leges suo principi. 47.2.48.1.2. *an possit vim facere.* 518.1

Posse quantum velis summæ felicitatis. 21.1

Possessio potest transferri sine dominio. 760.2. *an pro ea relicta à colono competat actio de dolo.* 577.1.2. *vtrùm eius causa postliminio contineri possit.* 747.1. *in ea duo sunt quæ prosunt ad vsucapionē.* 724.2. *eius nomen hodie non minus nomen Iuris est quàm fuit olim semperque erit vsucapionis.* 741.2

Possessionem bonorum dare, vtrùm sit mixti imperij, vel iurisdictionis. 100.1

Possessor bonorum à prætore factus, potest vtiliter cauere substituto de hereditate restituenda. 147.1. *an agri vectigales aut emphyteutici, pro possessore habendus sit, quatenus ad hæc ne satisdare teatur.* 149.1. *an fundi habeantur qui possessionem habet petitionem.* 150.1. *an pendente lite dici possit.* 151.1.2. *eius pactum an possit prodesse vel obesse heredi.* 223.1. *eius dolus, etiamsi alienauerit iudicij mutandi causa, impunitus est vno tantum casu.* 764.2. *fideiussores quos finibus debeat condemnari.* 765.2. *pene domini loco habetur fructuum percipiendorum.* 536.2. *tantum iuris habet quod ad percipiendos & acquirendos sib. fructus, quantum si dominus esset, & ratio.* 723.2

Possessores rerum immobilium vtrùm satisdare compellantur. 148.1

Postulare apud prætorem cuilibet non licet, & quare, 322.1. *quid sit.* 323.1. *muto non permittitur. ibid. & 2. non surdo.* 324.2. 2. *non fœminæ.* 325.1. *non cæco.* ead.2 *ei qui corpore suo muliebria passus est.* 326.1.2. *capitali crimine damnato.* 327.1. *ei qui operas suas, vt cum bestiis depugnaret, locauerit. ibid. nisi sera sit aliqua quæ regionem deuastet.* ead.2. *quid si tutelam vel curam administret. ibid. alius probibetur in totum, alius ne pro alio quàm pro se, alius ne pro omnibus, sed tamen pro se & pro aliis.* 328.2. *an infantis in integrum restitutus possit.* 329.2. *an curator pro pupillo & pupilla factus & fatua.* 331. *pro adsine.* 322. *pro muto.* 333.1. *pro surdo, & prodigo & adolescente. ibid. & 2. pro quibus debeat & possit, ad aduocationibus interdictum est.* 335.1. *an vbique. ibid.* 336.1.2. *an possit contra fiscum, qui causas fisci agit.* 336.1.2. *an decuriones contra patriam suam.* ead.1. *an tutor pro pupillo aduersus fiscum, in negotio, in quo aduocatus contra patrem eius fuisset.* 337.1.2

Possidere quid sit. 148.1

Posthumus habetur pro nato. 53.1. *an habeat postliminium, certam conditionem, & vsucapi possit.* ead. 2

Postliminij fictio non impedit procuratoris imitationem vel reuocationem, & quare. 373.1

Potestas omnis impatiens consortis, 15.2

Potestas patris in liberos quæ, & quare inducta. 54.2

Præcepta Iuris ex quibus pendent. 5.1

Præcepta affirmatiua non æque obligant atque negatiua 5.1.2

an Prædij pignorati tributum solui debeat à debitore vel à creditore. 272.1.280.1

si Prædo vi deiectus sit, ante omnia restituendus est, nisi deiectus sit inconsulenti. 523.1

Præfecti vrbi, annonæ & vigilum, quare creati sunt. 25. *eorum potestas* ead.2

Præfecti vigilum quare creati sunt. 25.80.1. *de quibus cognoscebant.* 80.1. *eorum cura & officium.* 81

an Præfectus Ægypti Reipublicæ causa abesse diceretur. 746.2

Præfectus Augustalis quoad teneat præfecturam & imperium. 87

an Præfectus cohortis dimitti debeat de exercitu ignominiæ causa. 338.2

Præfecti Prætorio qui, & quid differant à Magistris equitum. 19.2

an Præfectus prætorio possit restituere aduersus sententiam Præfecti vrbi. 633.634

Præfectus vrbi de quibus causis cognoscat. 76.2. *& seq. in Vrbe, non extra.* 77.1.78.1. *habuit merum imperium.* 101.1

Præfectoria dignitas est maior consulari. 71.2

Prælatis quatenus de rebus Ecclesiæ transigere liceat. 316.2

Præpositio diei & Consulis communis est rationibus plerisque, & quare. 182.2.187.2

Prærogatiuæ prouinciales conseruandæ à proconsule. 83.2.84

Præscriptio fori vbi locum habeat. 106.1. *non eximit debitorem ab obligatione.* 126.1. *an fideiussorem reddat non idoneum.* 139.1

Præscriptiones tempora quomodo considerandæ sint, in minoris restitutione. 661.2.662.1

Præsens & non audiens habetur pro absente. 324.2

cur Præsentibus contra absentes subueniri æquum sit. 720.1

Præsides prouinciarum nullos habebant legatos, & quare. 84.2

Præsidis nomen quomodo generale esse dicatur. 87.1. *cur non habeat legatum, sicut & Proconsul.* 84.2.87.2. *iurisdictio eius qualis sit.* 88.1. *quomodo prohibere dicatur quod iam ipso iure prohibitum est. ibid. vtrùm ius deportandi habeat.* 89.2.66.1. *an per se vel per iudicem cognoscat.* 90.1.2. *cur fines loci sibi commissi excedere non debeat.* 91.2. *an debeat abstinere à muneribus.* 92.1

Præstare sexaginta, & periculum sexaginta præstare, differunt. 460.1

Præstare rem aliud est quàm quantiues est. 567.2

Præsumptionis vis in actorem & reum. 539.2

Prætor quomodo dicatur corrigere ius ciuile. 4.1. *vina vox iuris.* 4.1.37.2. *ius facere.* 4.2. *est custos iuris ciuilis, ac ministers.* 2. *eligebatur ex Senatoribus* 22.2. *ab eo ad consules vel ad præfectum vrbi appellabatur. ibid. modicam coërcitionem habebat* 23.1

Prætores dicebantur consulum collegæ ibid. cur ita dicti. ibid. 2. *peregrinus quis dicebatur.* 23.118.2. *quomodo dicatur ius reddere, etiam cùm iniqua decernit.* 86. *an possit se dare tutorem aut specialem iudicem.* 79.1. *de quibus causis & personis mandatam exerceat iurisdictionem.* 96.1. *an possit iurisdictionem suam mandare, omnem aut speciem vnam.* 105.1. *quomodo dicatur denegare actionem filio contra patrem, aut liberto contra patronum.* 119.1. *an eius decretum per ignorantiam factum valeat.* 137.1. *eiusue an litigatorum arbitrio interponendæ sit stipulatio & satisdatio.* 141.1. *autoritas necessaria in transactione faciendæ de alimentis siue præteritis siue futuris.* 297.1.2. *an ipse debeat considerare modum, quantitatem, personas, causam, in transactione de alimentis.* 301.302. *& seq. an possit in integrum restituere aduersus infamiam ex ipsius prætoris edicto irrogatam.* 329.1. *cur non inquirat qualis ea sententia sit quam arbiter protulit, æquane sit an iniqua.* 794.2. *an possit cogere sacerdotem, qui arbiter est, vt sententiam ferat.* 821.2. *arbitrium contumacem coercere quomodo possit.* 826.2. *cur dederit actionem in factum aduersus cauponas, nautas & stabularios.* 847.1

Prætorum numerus 23.24.25

Prætoris nomen Romanis valde placuit 24.2

Prætores fideicommissarij, 24.2

Prætorium ius comprehendit ædilitium. 4.2

Prætoria loca quæ 33.2

ad Prætoram qui admittebantur 35.1

Prævaricator vtrum infamis fiat. 343.1.2

an Pretium rei per vim ablatæ per vim ablatum dicatur. 533.2. *an in illo emptionis & venditionis liceat contrahentibus naturaliter se decipere.* 630.1

Princeps quomodo alligatus legi, aut ab ea solutus esse dicatur. 42.1.2. *à quo priuilegium habeat. ead 2. eius auctoritas necessaria ad leges condendas.* 37.2. *an possit priuatas leges ac constitutiones facere* 47.1.2.46.1.2. *eius est supplere solemnitates.* 66.2. *an possit tollere ius patroni, restituendo natalibus.* 117.2. *quando dicatur dare imperatori successorem per indignationem.* 339.2

Principes fecit necessitas 14.1

Principalis constitutio quid. 15

Priuatorum consensus formam iurisdictionis mutare non potest. 126.1. *eorum cautionibus iuri publico derogari non potest.* 141.1

Priuilegia sunt odiosa, & quare. 36.1

Priuilegiarij creditores qui sint. 111.1. *vtrùm illis aliquid minuatur à præsenti's.* ead.2

Priuilegium fori non amittit quis, etsi ad iudicem vocatus venit. 126.2

Probatio consuetudinis vnde. 44.1.2

Probationes omnes fauorabiles sunt & conseruandæ. 171.1

Procedere est legis, producere verò eius qui iurisdictioni præst. 38.1

Processus in honoribus cur ita appelletur. 494.2

quomodo

RERVM ET VERBORVM.

Quomodo Proconsul & insignia dignitatis & potestatem ipsam habere dicatur 81.1. *quando competit ei iurisdictio.* 82.1.83.1. *an vxorem secum ducere possit* 82.1. *potest mandare iurisdictionem, etsi modum in prouincia non peruenerit.* 83. *an possit mandatam legato iurisdictionem adimere.* 83.84. *an debeat abstinere à xenijs.* 84.1.2. *vtrùm habeat imperium merum.* 85.1. *quare non cognoscat de causa fiscali pecuniaria.* 85.2. *quousque ius dicebat.* 86. *an possit legatum dimittere.* 86.1. *an eo mortuo posse mandatam legato iurisdictionem finiat eius mandatum.* 87.2. *cur sex fasces tantùm habeat. ead.1. quomodo intelligatur, cum retinere imperium dicatur portam Romæ ingressus sit, cùm Vrbs intra centesimum ab vrbe lapidem & milliarium esse videatur.* 87.1. *cur plus iuris haberet quam Præses.* 88.1.2

Proculianorum secta à quo nomen accepit 32.2.35.1

Procurator vsus iniquis imperatoris, an eo teneatur suo nomine. 109.1. *an puniatur si sit contumax.* 112.1. *eius stipulatio, non adiecta pœna, vtrùm valida sit.* 168.1. *an possit rem in iudicium deducere.* 216.1. *an solutionem accipere. ibid. & 2. quid si in rem suam. ibid. an possit petere pretium actione ex vendito.* 218.2. *vtrum principis possit transigere ex inconsulto.* 315.2.316. *num alieno nomine condemnatus insamis fiat.* 346. *quid sit.* 361.1. *an possit esse sine mandato. ead.2. eius vsus id quod potissimum induitus fit. ibid.* 408.1. *quatenus rerum omnium constituatur.* 361.1. *per nuntium & epistolam.* 362.2. *an necessarius sit. ead.1. quomodo absens dari possit. ibid. & 2. quatenus incertus. ibid. furiosus non est habendus absentis loco.* 363.1.2. *quomodo in perpetuum constitui intelligatur* 364.2. *quatenus mandatum liberè suspiciat hodie.* 367.1. *cur miles non possit esse procurator. ibid. quando possit. ibid.* 368. *quatenus iudicium accipere cogatur.* 368.1.2.369. *& seq. quinquies datus est ad agendum, intell. gitur datus ad defendendum quoquoue iudicio.* 371.2. *an ob ætatem mutari possit post litem contestatam.* 372.2. *suspectus quas dicatur, & vtrum excusetur.* 373.1. *quid si in vinculis sit. ibid. an posse vocari, ne pro altero inuito agere videatur.* 375.2. *an sit dolo exceptione repellendus, cùm agit directa actione ex propria stipulatione.* 379.1. *quatenus possit desiderare vt sibi ex iudicatione satisfiat.* 380.1. *si duo dati sint diuersis temporibus, prior per posterioris constitutionem reuocatur.* 382.1.2. *qui nomine alicuius experitur, eiusdem etiam defensionem suscipere debet.* 385.2. *quis dicatur in rem suam factus ex necessitate. ibid. ipse & defensor iudicium accipere cogitur diuersa ratione.* 387.2. *an sit cogendus* 388.1. *an agere possit suo nomine, & cauere tamen dominum ratum habiturum.* 390.2. *quid si status controuersia est.* 392.1. *non consentientem datum pro inuito accipiendum, quatenus verum sit.* 395.2. *non defendentis pœna quæ.* 402.1.2. *qui iudicatum solui satisdedit defendendi absentis gratia, num cogendus sit iudicium accipere.* 403. per totam. *ex bona fide rationem reddere debet eius quod ex lite consequutus est.* 406.1. *quenam possit recuperare à domino* 406.407. *quatenus ignorantis domini conditionem deteriorem facere non debere intelligatur.* 408.1.2. *quacunque ratione tuus à me liberatus est, id tibi prodest.* 409.1. *ei non præferendus est dominus in litem mouendam, vel pecuniam suscipiendam, & quare.* 413.1. *vtrùm datus ad rem mobilem petendam possit agere ad exhibendum.* 413.1.2. *an exigere & permutare queat, soluere, transigere.* 414.415.1. *vtrùm pati debeat executionem iudicati. ead.* 2.416. *an res alienare permittatur ei, cui administrandæ mandatæ sunt.* 417.1. *qui pro euictione prædiorum fidem adstrinxit, an onere obligationis leuabitur, postquam negotia agere desiit.* 419.1. *vtrùm vniuersitatis esse possit.* 427.1.2. *in quo differat à fideiussore.* 602.1. *& à depensore.* 673.1. *pro restitutione petenda debet duplicem cautionem interponere, de rato & iudicato soluendo.* 648.2

Procurator Cæsaris vel rationalis quam habeat iurisdictionem & potestatem. 93.94. *quomodo rem Cæsaris alienare dicatur.* 94.1. *pro Cæsare additionem iubere potest hereditatis. ibid. quid si soluendo illa non sit. ibid. ius deportandi non habet. ibid. an Reipublicæ causa abesse dicatur.* 746.1

Procuratores Principis sunt publici accusatores. 91.2

Prodigus & furiosus in quo differant, quoad ius faciendi. 252.1

Prohibens eximere de fundo permissa post sumptum ad eam rem factum, actione de dolo tenetur. 579.1.2

Prohibitus vi aut iure quid facere; non amittit facultatem id faciendi, siue vim repellendo, siue contra leges faciendo. 49.1

an Promissione iurata iudicio stisi, peierat promissor, qui iudicium deserit. 151.1

vtrùm ex Promissione dotis metu facta & extorta obligatio nascatur & actio. 536.2.537

Promissor num condemnandus sit ad taxatam quantitatem. 163.2. *an ei detur exceptio si moram fecerit.* 165.1.2

Pronurus, quodammodo nurus dici potest, & quomodo. 136.2

Proprie aliquid tale est quale est formaliter. 2.2

Proprietatem nudam possidens vtrùm adigendus sit ad satisdationem. 149.2.

Proprium cuiusque quod sit. 69.1

Prorogatio iurisdictionis quando facta dicatur. 106.2. *precarij & compromissi in quo differant.* 800.1.2. *dici non facit nouum compromissum.* 809.1

Prudentiæ summæ argumentum præcipuum, quod 27.1

Prudentum interpretatio quantæ sit autoritatis. 4.1

Protestatio in quibus sit. 485.1

Πεσσηβοωσος ius quodnam sit. 2871

Publicæ res quare dicantur nullius in bonis esse, cùm tamen sint vniuersitatis. 69.1.2

vtrùm Publicani & qui iis ministrant Reipublicæ causa abesse dicantur. 96.1.2

Publicanus, qui mancipia, quæ retinebat, restituit, accepta pecunia indebita, qua actione teneatur. 72.2

Publius Aelius, & Publius Attilius iuris professores. 27

Publius Mucius 28

an Puellæ iuri subiectæ alieno, puberes aut impuberes, in ius vocari possint 123.124

Puer minores decem & septem annis prohibentur postulare, & cur 323.2

Pupillorum adrogatio ex causa permitti debet. 61.1

Pupillus non potest adire hereditatem sine tutoris autoritate. 94.2. *eius bona, quæ habuit tempore adrogationis sunt obnoxia restitutioni ex promissione adrogatorum.* 63.1. *ad quem pertineant, quæ habuit ante adrogationem. ibid. vtrùm valeat eius pactum, ne quod debeat, à se peteretur.* 250.251. *cur non probibeatur mutuam pecuniam accipere.* 251.1. *an quod ne intra certum tempus valeat. ibid. quatenus compawetur furioso. ead.2. quare teneatur actione negotiorum gestorum.* 435.2. *an ex rei hereditariæ gestione obligari possit etiam postquam ipse heres extiterit.* 468.1.2. *vtrùm teneatur actione negotiorum gestorum alimenta reddere sibi à matre præstita.* 485.1. *eius interest ex priore obligatione soluì non solùm si stricta fuit, sed etsi bonæ fidei, vt deberetur ex tutelæ actione.* 488.2. *ex quo die locupletior factus est quatenus obligetur.* 489.2. *potest in integrum restitui, si qua in re læsus fuerit. quamuis à tutore vel curatore defensus.* 502.2. *vtrùm circumscriptus collusione alicuius tuterem auctare concludente habeat de dolo actionem contra dolosum.* 546.1. *si nomine hereditario conueniatur, vtrùm de dolo teneri possit.* 562.1.2. *an ex dolo tutoris* 563.1.2. *an per ipsum alius obligari possit* 596.2. *vtrùm in illum agatur, si tutor vel curator rem alienauerit iudicij mutandi causa.* 770.1. *an coram illo videatur sententia dicta arbitraria.* 815.1. *an teneatur pœna compromissi.* 832.1

an Pupillorum intersit, si tutores dati cessent in officij sui administratione. 170.1

Purgatio moræ admittitur in stipulationibus conuentionalibus. 804.1

Q

Quadragesimale tempus immune à cognitione criminum. 174.2

in Quadraginta vim patitur qui patitur in trecentis, & quomodo. 530.2

si Quadrupes mihi damnum dedit, an de dolo actio competat. 552.1

cur Quæstio facti dicatur esse in potestate & arbitrio iudicantis. 112.1

Quæstores quid, vnde & cur dicti. 19.20.2. *antiquiores cæteris Magistratibus quomodo.* 20.1.78.1.2. *eorum officium.* 20.1.78. *ordo varius.* ead.2

Quæstores parricidij, qui & vnde dicti, 20.1.2

Quæstura primordium fuit honorum in rep. gerendorum 30.2

an Qualitas possit afficere iam natos vel non natos. 72.2. *iuncta verbo intelligenda est secundum tempus verbi.* 178.1.203.1

Utrum Quantitas debiti faciat maiorem partem creditorum. 209. 1. *an ut considerandus à prætore in transactione de alimentis.* 301. 2. *num aliquid habeat commune cum bona fide transigentium, aut cum validitate transactionis.* 303.1. *utrum eadem, & eadem res necessaria sit in compromisso.* 783.2

Quantitatis veræ nomine quid intelligatur in actione ex stipulatu si eum insons. 136.2

Quantum petatur quærendum est apud iudicem, non quantum debeatur. 106.1

Quatuor virorum creatio. 23

an Querela inofficiosi non præparata transmittatur. 557.1.2

Quid nominis semper tacent quid rei. 1.1.15.2

Quis popularium quibus olim erat demandata. 77.1

Quinquennium elapsum non restituit prætor, sed nouam induit actionem. 763.2

Quinquennium omnium & bonarum. 142.2

Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utamur, quomodo intelligendum. 107.2

Quo quando & primo publicari quomodo sint intelligenda. 253.2

R

Raptoris & furis condemnatio longè diuersa est. 343.1

Ratum habitum locum faciat religiosum, aut illatio mortui. 70.2 *per illam sit propriorum negotiorum, quam erat alienum.* 108.1. *an facere possit vt iudicij translatio necessaria sit.* 376.1. *satisdatio eius exigatur à procuratore.* 395.1. *virum æquum petatur mandato in plus quæ alteriùs quam tanum habuerit negotia fuerunt. Species adiuncta* 445.1.2. *qui eius quæ.* 447.1. *an possit parere actionem negotiorum gestorum.* cad.2. *conciliatio negotium, vt ex non tuo fiat tuum, cum non sit rem ex alienum, species adjicitur.* 448.2 *duplex considerandi in minore.* 585.1

Ratio ciuilis forma est iuris ciuilis 5 1. *iura ciuilia facilè corrumpere potest.* 59 2. *de non potestatis constitut. sed rei cepti.* 40.1.2

Ratio & debitum differunt. 18.2. *mandatary & procuratoris cui competat.* 81. *quomodo à capite cædenda esse intelligatur.* 187.1.2

Ratio naturalis duplex. 3.1

an Recognitio faciat competentem iudicem & iurisdictionem. 387.1

Reddere pignus debitori, & pretario ei concedere, diuersa sunt. 392.2

Utrum ex Reditu nouissimo computanda sint tempora restitutionis. 737.1.2

an Redh bens venditori suo non videatur iudicij mutandi causa abalienare. 768.1.2

an per Redhibitionem omnia retro agantur. 768.2. 769.1

eius ratio longe diuersa est ab illa solutionis. 769.1.2

Regula communis legibus prohibitorius & permissuis quæ. 37.1.2. *quædam Iuris maximè controuersa inter veteres Iureconsultos.* 240.2

Relegandi potestas cui data. 76.1

Relegatus qua actione possit conueniri. 161.2. *in eum agi nullo modo potest, ne quidem quasi contra contumacem.* 728.1

Religio, an sit iuris naturalis, an verò gentium. 2.1.2

Rem sibi pœnæ fauorabilis est, & ideo perpetua, sicut & pœnæ solutio. 90.2 *an debiti tacita induci possit ex redditione cautionis & chirographi.* 191.1

an Remittentibus exceptiones suas sit dandus regressus. 414.1

Remittans præscriptionem sori, cur non dicatur mutare formam iurisdictionis. 126.2

an Repetitio detur aduersus alimentarium quamuis locupletiorem factum. 309.2. *denegatur ei, qui pecuniam dando turpiter fecit.* 501.2. *an etiam ipsius heredi, & in heredem.* ibid.

an Replicatio doli danda sit contra exceptionem rei iudicatæ. 575.2

Replicationes messe bonæ fidei iudicio, nullo iuris loco scriptum legitur. 264.2

Repromissio nuda quæ dicatur. 140.2

Repudiare legatum vel fideicommissum cõditionale, aliud est, quàm pacisci de legato aut fideicommisso conditionali. 593.2

Repudiare & abstinere differunt. 509.2

Rei cuiusque spectanda sunt initium, origo & causa. 7.2

Res hereditariæ cur nullius in bonis sint, quamus personam defuncti, eiusque domini repræsentent. 68.2. *an facti & religiosæ possint esse in bonis nostris.* 70.1. *an condici aut vindicari.* cad.2. *depoñ debet pendente litis contestatione, & quare.* 92.2. *mobilis aut commune habet cum stipulatione iudicio fisci, & satisdatione eo nomine præstita* 140.2. *eâ integrâ solet esse locus pœnitentiæ, dum ne quicquam aduersarij interfit* 145.1. *illam habere plus est, quam actionem.* 46.1. *qui eam restituit, cum de dolo repromittere necesse est.* 520.2. *eâ restituta ab vno, liberantur omnes qui dolum fecerunt.* 567.1. *an illa quæ statum mutat non capiat restitutionem.* 615.1 2. *quando in integro esse dicatur.* 664.1. *iudicata pro veritate habetur.* 53.1.57.2

Rescriptum & decretum in quo differant. 47.1

Responsa prudentum an sint pars iuris scripti. 10.2

Respublica aut vniuersitas ex quibus constat. 37.1.2. *eius salus quibus vinculis continetur* 1.2. *non potest constare sine iure, legibus, & iurisperitis* 15.1.2

Respublica pro ciuitate 25.1

Reuocare difficilius est quàm creare. 241.2

Utrum Restitutio natalium à principe facta, tollat ius patroni. 172.

utrum & deportationis. 118.2. *an illa in integrum sit restituta maiori, qui aliquem minùs locupletem fecit, sorem.* cempl. 122. 2. *quid sit.* & *quæ eius vis.* 329 1. *condemnati adhuc sustinet illudicium, vt ex integro de causa cognoscatur.* & *absolutio, reparatur, alia est, quàm ea quæ sit aduersus pœnam vltra obligationem* cad.2. *minori data pro idoneo defensore adhuc sit, an pro eius fideiussoribus.* 410.1. *ea omnis, est contra ius strictum & strictè. sed non contra ius simpliciter* 507.1. *non est fauor absens simpliciter, sed secundum quid, & ex suppositione.* cad.2 *quomodo hodie concedatur.* 508.1. *eius definitio. ibid. an eius beneficium transeat in heredem, & qua ratione.* 509.1. *quatenus prosit contumaci* 510.2. *vtrum permittenda minori aduersus rem mancipatam* 512.1. *requiritur ad restitutionem contractus per vim vel metum facti.* 513.2. *an sit danda parentibus ex vi metus illato liberis.* 517.1. 2. *non potest facere vt efficacior pars actio quæ restituitur, quàm quæ fuit extincta.* 520.2. *eâ non magis, quo ipso iure minutus est.* 525.1. *non datur ei qui seipsum in necessitate posuit.* 535.2. *vtrum stat in quadruplum in necessitate posuit.* 535.2. *vtrum stat in quadruplum, an officio iudicis ad simplum, in exorta metu venditione.* 539.2. *an prosit pati, quæ data est filio.* 588.1 2. *vtrum detur minori contra debitorem qui bona fide iudicauit quod ei debuit.* 598.2. *quid si curatore autore, aut ipse curator iudicium sit.* 600.1. *aut si prætor decernat.* cad.2. *quo casu duplex detur minori.* 607.1.2. *quomodo dicatur non semper reponere omnia in pristinum statum.* 609.2. *quomodo detur minori qui inscriptionis vestigalis incidit.* 616.2. *an ei possit dari contra libertatem.* cad. 1.2. 618.2. 619.2. *si cum maiore contraxerit.* 622.2. *an minori data prosit fideiussori.* 623.2. 624.1. *vtrum concedatur aduersus contumaces aduersarios.* 625.1.2. *in eius causæ cognitione quid versetur* 628.1. *an possit aut debeat dari ei qui sit ipso iure minutus.* 628.2. 629. *cuius sit eam dare.* 631.1. & *seq. an possit dari contra res bis iudicatas.* 633.1.2. *facilius danda est contra relegatum, quàm relegato, & quare.* 636.2. *impetrata à minore aduersus additionem, non facit quin minor heres remaneat ipso iure.* 638.1. *an eius beneficium cedi possit.* 641.2. *vtrum debeat dari contra patrem aut dominum.* 644.1. *quomodo vnicuique ius suum integrum reddere dicatur* 645.1. *per mandatum peti potest minoris nomine.* 647.1. *quatenus illa valeat aduersus delicti pœnam.* 662.2. *inter illam & appellationem quæ differentia.* 670.2. *an danda sit ei qui minorem defendit aduersus iudicatum, quæ daretur minori.* 674.1. *cur pro maioribus 25. annis etiam instituta fuerit.* 695 1. *cur detur actori contra captiuum ab hostibus reuersum.* 725.1.2. *quare non concedatur ad temporales exceptiones ciuiles, sicut & ad actiones prætorias temporales recuperandas.* 726.2. *in relegatum cur detur.* 728.1. *non relegato.* cad.2. *an detur ei qui deliquerit.* 731.2. *an possit concedi de causa amissa feriarum tempore extra ordinem indictarum.* 732.1. *vtrum legationis & testimonij causâ absentibus.* 734.1.2. *an aduersus eum detur, qui est sub fideiussorum satisdatione.* 736.1.2. *an contra heredem militis, à quo etiam completa est vsucapio.* 740. 741. *vtrum dãda sit post rei vsucaptæ alienationẽ factam ab absente.* 741.1.2

Resti-

Restitutoriæ actionis tempora computari ex die interfectionis, fidejussem est. 680.2. *cur eum vltrò appellamus.* 753.1

si Retentione aliquis vti velit procurator, non facilè ab eo lis est transferenda. 375.2

Retinere facilius est quàm acquirere. 422.2

quatenus Reuerentia debeatur patrono. 115. 1. *vtrum parentibus debita amitti possit per adoptionem aut adrogationem.* 135.2

quatenus Reuerso competat beneficium restitutionis. 706.2.707. *an ei prosit, quod litem contestetur ante completam vsucapionem.* 710.2

an Reus possit conuenire ex stipulatione ad id quod interest. 127.1.2. *an liberari non debeat, quominus ex edicto fideiussorem locupletem det vel accipiat.* 140.1. *si sit suspectus, & de re mobili agatur, quid fiet. ibid. an possit vsucapere, ex quo incipit ei mota esse controuersia.* 156.2. *eius factum sicut ipsi nocet, ita & eius fideiussori.* 109.1.110.2. *latitantis denunciatio promissa, sed non vt possit de domo extrahi.* 123 2. *an ei succurratur data exceptione fidendi se iudicio.* 164.1.2. *etiam capitis.* 162.1. *an sinere impeditas. ibid. an cogatur edere delatori instrumenta ad causam pertinentia.* 177.1. *an prosit illi pactum fideiussoris ad doli exceptionem* 233.1.2. *inter eum & defensorem eius quæ tribuatur dissertatio.* 387.1. *an sufficiat eum latitantem defendi ab vno ex fideiussoribus.* 400.1. *cuere debet indicatum solui servo actoris absentis, non procuratori.* 402 1. *an possit causas reddere suæ absentiæ per procuratorem.* 421.1. *an ipse prodesse debeat, quod peratus sit cauere de restituenda se non eam restituat.* 527.1

Riparum usus publicus est, non proprius cuiusque. 69.1

Rite quid fieri aliud est, aliud verò recte. 173.2

Roma, vnde nomen sumpsit. 8.1. *quo iure vsa est initio* ibid.

Romani leges suas à quibus sumpserunt. 4.2.9.1

Romanis ciuibus testari quando permissum. 37.1

Romulus populum in triginta partes diuisit. 8

Rusticitas interdum venian meretur. 127.1. *vtrum excuset quempiam qui non edidit, cum edere deberet.* 176.1.2

S

Sabinianorum secta à quo orta. 32.2. *alias Cassiani dicti* 35.1. *opinio de actione ex antegesto.* 68.2

an Sacerdotis pactum valeat, quo renunciat præscriptioni fori Ecclesiastici, vt iurisdictionem subeat secularem. 266.2

Sacrum quicquid est, etiam religiosum est. 46.1. *à sacrario quid differat.* 71.1

Salus populi suprema lex esto, *nullas admittit exceptiones* 4.2

Sapientiæ totius pars est tantum Ius ciuile. 32 2

Sapientia ciuilis precio nummario æstimanda non est, & quare 1.2

Sapientus cognomen ambitiosius quàm boni & optimi viri 27.2

Sapiens & σοφὸς licèt idem significent, differunt tamen dignitate, 27.1.2

Satisdandi necessitas quare remittatur bonorum immobilium possessori. 151.1

Satisdare paratus quis dicendus. 411.2

Satisdatio interponitur ante adrogationem, & cui præstetur. 61.2. *in quorum fauorem.* 62.1. *quando locum habeat. ibid. sit datis fideiussoribus. sed non etiam datis pignoribus, & quare.* 134.1. *cur satisfactio dicta sit. ead. & 2. an vitiosa pro non data habeatur.* 139.1. *vtrum iudex eius necessitatem semper inuroget.* 140.2. *quæ dicatur necessaria.* 140.1. *quæ iudicio fisci.* 141.1. *tutoris vel curatoris vbi interponenda.* 43.1. *item & fructuarij. ibid. an legatarij sit necessaria. ead.2. an heredis.* 144.1. *quando eius obligatio extincta dicatur.* 146.2. *an vnica satisfaciat, si plures sint substituti.* 147.1. *de rata in persona eius qui suo nomine conuenitur, & inuenitur, & inepta est, & inutilis, & quare.* 305.2

Satisfactio in quo differat à satisdatione. 134 2

Scipio Nasica optimes appellatus 26.27.2

Scire leges quid sit. 39.1.2

Scriptura in consuetudinibus requiritur, & quare. 44.1

Sempronius sapiens cognominatus 26.27.1.2

Senatores vbi domicilium habere dicantur. 74.1. *qui ita appellentur ibid. plebis nomine continentur* 12.1

Senator hodie vnicus superest ex numero 500. qui olim fuerat. 17.2

Senator non est erat Magistratus. 21.2

Senatoris & ædilis vnicus differentia. 22.2

Senatores filios dicitur iam adoptare quàm naturales. 72.2

Senatus ius facere potest, non legem. 13.2.37.1.2.19.4.2

Senatusconsulta cur ita dicta. 13. 15. *vim legis vnde habuerunt.* 36. 1.45.1

Senatusconsultum non est lex, & quare. 36.1. *Macedoniani & Velleiani causa differens est.* 623.1

Sententia humanior quæ dicatur. 109.2. *eius executio ex cuius auctoritate Magistratus debeat fieri.* 106.1. *pro minore lata in causa restitutionis aduersus creditorem inaudito emptore pignoris, emptori nocere non debet.* 612.1. *arbitris, in quibus casibus possit parere exceptionem rei iudicatæ.* 773.1. *an valeat, quamuis iuris ordine non seruato dicta sit.* 795. 1. *quis sit illius effectus.* 796.1. *quænam incerta esse dicatur.* 799.2. *tota vtilis est illa arbitri quæ præcipit solum pecuniam intra Calendas Septembres.* 807.1. *quatenus illi stari debeat.* 812.1.2.813. 1.2. *an valeat, si coram litigatoribus dicta fuerit.* 814.1.2. *vtrum ei impunè non pareatur, si pœna non fuerit adiecta compromisso.* 816.1. *quando contra eam fieri dicatur.* 817.1. *vtrum damela sit, si de re litigiosa transactum fuerit.* 822.1. *quo tuto appellare liceat ab ea quam arbitri pronunciarunt.* 827.2. *quare ex illa nihil possit fisco acquiri.* 837.1

vtrum in Sententia exprimi debeat ratio quâ motus est index. 340.1

pro Sepulchro violato an possit quis dare procuratorem. 397.2

an Sequestratio requiratur in satisdatione, cùm de re mobili agitur. 140.141

Seruum esse, seruire, & in seruitute esse differunt. 50.2

Seruus quando pro derelicto habeatur à Domino 51.1. *hereditarius cuius iuris sit.* 54.1. *quomodo dicatur acquirere domino.* 54.2. *publicus cur ita appelletur.* 61. 1. *libertatem cum hereditate accipienti quatenus prosiciatur.* 62.1. *quomodo dicatur præturam obtinuisse.* 79.1. *potest adire hereditatem alterius iussu quàm domini.* 94.1. *emptus vt manumittatur, an debeat reuerentiam emptori.* 116.1. *cùm delinquit, non habetur pro nullo.* 129.2. *an possit se obligare vt iudicio sistat.* 165.1.2. *quibus casibus liceat illi vel ab alio stipulari, vel promittere iudicio sisti.* 168.1. *an possit argentariam exercere, & ex ea conuenire.* 178.1. *an per pactum acquirat, domino, etiam de non petendo.* 224.1.2.226.1. *hereditarius num pacifcens heredi adituro, domino pactus videatur, & acquisisse ei exceptionem pacti.* 249.1. *quid si in rem pactus sit.* cad.2. *ne ipse peteret.* 252. 253. *domini credendo pecuniam.* 254.1.2. *an obligetur naturaliter ex stipulatione & contractibus iuris gentium.* 255.2. *in fideiubente ac proinde per stipulationem promittente, distinctio adhibenda est.* 256.2. *eum fideiubere in rem peculiarem, & fide iubere quasi fideiussorem & intercessorem, opponuntur.* 257.2. *vtrum fructuarius pacifcendo prosit fructuario.* 283.1. *an ex lenocinio infamis fiat, etiam post libertatem.* 342.1.2. *procuratorem dare potest in suis negotiis, sed non esse alterius, nisi manumittatur.* 383.1. *ei permittitur appellare, si neque dominus neque alius quisquam pro eo appellet.* 384.2. *qui eum patitur duci ex causa noxali, defendere videtur.* 388.1. *vtrum ex gestione negotiorum quam in seruitute fecit, conueniri possit post adeptam libertatem.* 462.1.2 *a possit obligari domino suo naturaliter.* 463.1 *quomodo rationes reddere teneatur eorum quæ domini gratiâ gessit.* 464.1. *an teneatur actione de dolo suo expromissori.* 554.1. *vtrum ex eius contractu competat actio de dolo, ac rursum noxalis actio sit, si quando detur contractu eius.* 559.1.2. *minor vt non lædi potest, ita nec in integrum restitui.* 596.1. *si captus sit in eo quod moram libertatis in recipa passus fuit, restituitur.* 597.1. *quomodo dicatur capite minui, exemplo emancipati.* 686.2. *est in illius potestate de statu suo litigare, & succurritur.* 702.2. *vtrum possit esse arbiter.* 779.1. *num possit compromittere, & cum eo arbitrium dari.* 824. 1. *an teneatur à se receptorum in nauem, aut ab exercitore domino suo.* 849.1.2

Serui facti sunt iure gentium. 55.2. *illorum conditiones sunt diuersæ, & quomodo.* 49.2. *non differunt ab hominibus cæteris iure naturali.* 54.2. *vtrum de dominis suis conquerentes sint audiendi.* 76. 1.77.1. *an alij sint alijs pretiosiores.* 93.1. *quomodo dicantur contineri verbo edicti.* 77.1

Seruire, in seruitute esse, & seruum esse, differunt. 50.2

Seruitus morti assimilatur 17.1
quoties Seruitus vicino venditur alitérve constituitur, ipsum quoque prædium, quod seruire incipit, alienari ex parte intelligitur. 763.2
Seruitutes atque captiuitates cur inducta sunt & cuim iuris. 3.2
Seruius Sulpitius orator 29. laus eius, ead.2
Sextus Ælius Inexpertus 27
Sexus differentia nulla potest esse in iis quæ rationem & æquitatem habent naturalem. 135.1. utrum ille excuset quempiam qui non edidit, cum edere deberet. 176.1.2
quæ Simplicitas in homine Christiano sit laudabilis. 541.2
Sollemnes duos actus induidua. 129.1
an Societas donationis causa rectè contrahatur. 629.2
Societas magister, qui & magistratus, quid sit, & an pacisci possit ignominiosis socijs. 217.1.2
Socius, qui de damno infecto cauit, potest suam partem ita defendere, vt tamen socij partem non cogatur defendere. 391.2
in Solo suo ædificare permittens, utrum vim patiatur. 518.1
Solon laudatus, quod nullam in parricidas pœnam statuerat. 20.2. 37.2.9.1
Solutus creditori fio, fit locupletior, & quare. 47.1
Solutio est hæreditas, quæ prouenit heredem: 94.1
Solutio quæ non parit liberationem à vero creditore, eadem parit condictionem ei qui soluit contra eum cui solutum fuit. 291.2. facta ex causa transactionis interpositæ super re iudicata, an valeat. 296.1.2. an facta minori ætate desinat propter superuenientem tutoris vel curatoris auctoritatem. 601.2. eius & redhibitionis ratio longè diuersa est. 769.1.2
an Solutum repeti possit. 110.1
Solutus diu non potest, nisi qui fuit anteà ligatus. 42.1
Spadum licet adoptare. 58.1.67
Spatium stipulationis mutari cuius sit. 141.2
Sponsalia bina contrahens alteno nomine, num infamiâ teneatur. 351
Sponsio communis reipublicæ in lege quomodo accipienda. 36.1.2. 42.1
utrum Sponsus & sponsa se inuicem lugere debeant. 550.2
Stabularij nunquam possint se exonerare vbi semel receperunt 843 2. quis hoc nomine intelligatur. 845.1. excusantur ob res amissas, si vis maior facta fuerit. 848.1.2. custodiæ nomine tenentur. 851.2. etiam iis quas gratis receperint. 852.2
an Statuliber in eadem causa sistatur qui liber. 155.1
Status hominis nihil debet esse certius 49.1. eius nomine quid intelligatur. 681.2
Stellionatus crimen an irroget infamiam. 355.1.2
Stipulatio tacita fauore dotium inducta. 38.2. in cuius personæ fauorem conferatur. 61.2. solemnis est. 63.1. an ex ea, ad id quod interest possit vtens conuenti 127.1.2. utrum illa diuidatur. 129.1.2. inutilis filij, & satisdatio eo nomine præstita, nil commune habet cum re mobili. 140.2. an quæ nec ab actore ipso, nec ab eius procuratore fuit interposita, possit committi in actoris vtilitatem. 146.1.2. etiam si fuerit transactum, utrum non eo minùs committatur. 158.1. an committi possit pro eo qui status fuit, alijs omissis. 165.1.2. an contra illam fiat, si is qui stipulatur, nouo priuilegio vtatur. 167.2. tota edenda est, & quare. 176.1.2. actionem ex stipulatu format. 197.2. si in ea non sit expressum, vt ante nuptias dos non petatur, an id conuentum tacite intelligatur. 193.1. vt ipso iure non teneat, & tamen omni modo rescindenda sit, fieri nullo modo potest, & quare. 206.2. pœnalis cur pacto subijci soleat. 213.1. an ea nonetur præcedens obligatio. ibid. an tollatur ipso iure per stipulationem. 239.2.240.1. quænam non valeat in vim taciti pacti, & quæ non habeat vim taciti constituti. 248.1.2. differt à pacto animo & conclusione. 249.2. quæ ratio est eius in producenda actione, eadem est pacti in producenda exceptione. 286.1. Aquiliana necessaria & commodissima. 291.1.2. in quo differat à transactione. 301.1. utrum pœnalis valeat, post Aquilianam & acceptilationem. 320.1.2. conuentionalis & prætoria differunt 370.2. utrum illa quæ commissa est procuratori in dominum, post. transferri. 377.2. ex illa iudicatum solui à procuratore interposita non possit domino actio dari. 378.1.2. quare ex conuentionali, quam procurator suo nomine conceperit, domino detur actio. 520.1. cùm fuit interposita legati nomine, tunc actioni de dolo locus esse potest. 552.2. cur in compromissis soleat exigi. 783.1. utrum pœnalis, quod arbitrio non pareatur, committatur fauore & commodo stipulatoris. 837.2.838.1.2
Stipulationes sunt ex iure ciuili. 4.2. prætoriæ differunt à conuentionalibus. 135.2. conuentionales pendent ex negotio contracto. 204.1
an Stipulator sit summouendus exceptione doli. 213.2
an Studiorum causa absenti succurratur. 735.1
Studijs nihil incommodius quàm Honores. 32.1
Subscriptio præcipuè illa est, quæ instrumento vim & robur tribuit. 188.1
Subsidiatilis forma contractus an pacto possit immutari. 198.2
Substitutio pupillaris, testamentum filij est. 61.1. honorifica & vtilis est. fideicommissum verò onerosum. 63.2. an vulgaris conditio deficiat, agnitâ bonorum possessione secundum tabulas. 147.2
an Substitutus necessarius admittatur ex vulgari substitutione. 608.1
Succedendi ius quodlibet tam ex testamento, quàm ab int. statо, est ex iure ciuili. 4.1
Successores legitimi fauorabiliores sunt quàm substitutus pupillaris. 62.2
an Successori defuncti detur plus quàm annus, quamuis minor sit, ad perendam restitutionem. 634.2.635.1.2
Sufficere, id est, locum facere, 24.1.2
an Suffragium patris proderit filio, & filij suffragium patri. 429.2
Suitatis iura quomodo acquirantur principaliter. 58.2. pacto repudiari non possunt. 263.2
Supplere sententiam & mutare differunt. 797.1
Supplicium sumere de seruo non licet magistratibus municipalibus, & quare. 104.1
Suppositionis probatio à quo exigenda sit. 114.1
Surdus an pacisci possit. 192.1.2. cur ei permittendum sit postulare. 324.2. quatenus procuratorem dare possit. 400.1
Suspecti cognitio cui data. 76.1
utrum Suspicio solæ metus inferendi sufficiat ad actionem & restitutionem adipiscendam. 517.1
Suum cuique tribuere, quomodo intelligendum. 5.2

T

A Theatro in ius vocari licet. 123
Thymelici qui dicebantur. 341.2
Temperamentum in xenijs accipiendis seruandum, quatenus ad munera protrahi debeat. 84.2
Tempestas dat exceptionem sistendi se iudicio. 160
Tempora computantur de momento in momentum quibusdam in rebus iure ciuili. 174.2. restitutoriæ actiones ex qua die currant. 682.2
Tempus non est modus tollendæ obligationis. 125.1. vnum in alio continetur, non vnus locus in alio loco. 807.2. cur illud litis contestatæ spectetur. 92.2. quomodo inspiciendum esse dicat Vlpianus, & vt intelligendum. 534.1
Testamentum exhibetur extra ordinem & diebus feriaticis. 171.2
Tetlari plus est quàm postulare, & quare. 323.1
Testationis nomen quàm latè pateat. 358.2
Testes notatos esse non oportet. 72.2
an Testimonium excuset quempiam quo minùs in ius veniat aut iudicio sisti debuerit. 159.1.2. eius causâ absentibus quare succurratur. 734.2
an Timor seruitutis contineatur sub hoc titulo, Quod metus causâ. 514.1. infamiæ. 515.1
Titulus hic, Nautæ, Caupones, Stabularij, &c. quid commune habeat cum de eo de arbitris. 843.2
Tolli actionem ipso iure, & tolli per exceptionem, contraria sunt. 524.1
Transactio generalis de toto negotio, pœnalem quoque stipulationem & comprehendit & perimit. 158.2. pactum quidem est, sed non contractus. 190.1. omnis est pactum, sed non pactum omne, transactio. 204.1. explicatur. 288.1. proprium eius quodnam sit. 289.1.2. an noceat legatarius & manumisso cum herede facta. 289.1. quid differat à re iudicata. ibid. de fideicommisso, an rescindatur propter codicillos postea repertos, 290.1

290.1. non prodesse neque nocere alij quàm ei qui transegit aut eius heredi. 291.1. quomodo fiat de rebus ex testamento proficiscentibus. 293.1. an valeat post rem iudicatam. 294.1.2. inter fideiussorem condemnatum & reum. ibid. vtrum hæc per rem iudicatam. 295.1.2. in facienda de alimentis sive præteritis sive futuris, an Prætoris auctoritas necessaria sit. 297.1.2. an de alimentis mortis causa donatis fieri possit, aut inter viros. 298.1.2. an inofficiosè. 299.1. an valeat quæ nullam causam habet. 301. 1. in quo differat à stipulatione ibid. in ea quæ requirantur. 301. 302. an possit fieri de iudicio ad alimenta legato. 304.1. vtrum in ea debeat intercedere prætor. 305.306. eius iurisdictio ad quem pertineat. 306. an fieri possit lite factâ amota aut mouenda, sine prætoris auctoritate. 307.1.2. de habitatione pro pecunia relicta ad alimenta. an valeat. 311.1. aut contrà. ead.2. qui possean cum tutoribus factam agit ex persona fratris sui, non venit contra factum suum. ibid. vtrum filius possit facere de querela inofficiosi cum heredibus, antequam certus si re an ad se pertinere. 313.1. patris, an noceat filio etiam emancipato. 314.1. facta ita, vt pars hereditatis ad heredem scriptum, pars ad legitimum pertineret, an valeat. 316. & seqq. de tam rumpenti quid agere liceat. 321.1.2. an licita sit cum de fama & existimatione agitur. 346.1
Transfugis non datur beneficium restitutionis. 704.1
an Transigere possint ij qui in ius vocati sint. 124.2
Transigere & pacisci differunt. 288.2
Transigere negotium Latinis quid sit. 190.1
utrum Translatio iudicij mutet iudicium cum persona procuratoris. 377.1. an permittatur æquè domino & procuratori. 405.1. pignoris, est bona fides, quam præstare debet fideiussor in omni contractu. 482.2
Traditio quando det vires & effectum pacto. 273.2. quid sit, & an valeat ex pacto. 276.1
an Tribunal quodcumque competens sit in causa conuentionis & reconuentionis. 836.2 387.1
Tribuni quid, & vnde dicti. 19.1.2
Tribuni militum qui & quot. 22. quid differunt à Tribunis plebis. ead.1.2
Tribunus celerum quid. 16. horum nomen à Rom. vt mali ominis explosum ibid. 1.2
an Tribunus militum dimitti debeat de exercitu ignominiæ causâ cùm deliquerit. 338.2
Tributia potestas quanta 9.1
Tribus vnde dicta 8.1.19.1
Tributi soluendi necessitas vtrùm competat debitori aut creditori de prædio pignorato. 272.1.280.1
Triumuirorum monetalium & capitalium creatio. 23
Tutela, ex Accusato, legitima potest deferri filiofamilias, duobus casibus casibus 688.1. eius actio quomodo consumi dicatur. 652.2
Tutores dantur feriarum tempore, & quare. 170.1
an Tutor ius iniquum impetrans, de eo teneatur suo nomine. 109.2. an si sit contumax. 112.1. an ei permittatur adrogatio pupilli sui. 63.1. eius datio vtrùm transeat mandata iurisdictione. 87.1. neque est imperij, neque iurisdictionis, & quare. 100.2. an ille patroni in ius vocari possit à liberto. 120.2. an detur ei actio ex stipulatu, si pupillus adoleuerit, mortem obierit, aut hereditate abstinuerit. 169.1. an qui est plurium pupillorum, vnius loco habeatur. 209.2. 210.1.2. eius pactum an prosit pupillo. 217.1. vtrùm nocere ei debeat pactum quod pupilli nomine fecit cum aliis pupilli creditoribus, proprium creditum aduersus pupillum persequenti. 273.1.2. quatenus illi liceat de prædijs minorum transigere. 316.2. an possit postulare pro tutore in negotio, in quo aduocatus contra patrem eius fuisset. 337.1. vbi defendi debeat. 412.1.2. an datus posthumo, qui tamen natus non fuit, vtrùm sit conueniendus actione tutelæ, an verò actione negotiorum gestorum 473.1. an possit habere actionem negotiorum gestorum aduersus contutorem. 474.1. quatenus pupilli loco habeatur. 477.1. quando finiat eius officium. 480.1. an eius dolus noceat pupillo. 563.1
Tyberius electus potius quàm per vxorium ambitum, senilique adoptione imperium suscepisse creditus est. 14.2. primus comitia à campo ad Senatum transtulit. 8.1. & magistratus qui annui erant perpetuos fecit. 18.2

V

Arius quis dicatur. 541.1
an Valetudo excusare debeat procuratorem, ne iudicium accipere cogatur. 369.1
Veligal fraud. vri quando dicatur. 616.1
Velle quantum possis summæ magnitudinis est 21.1
an Venatio possit fieri in arena. 337.2
an Venditio per procuratorē facta valeat. 417.2. illa cui ædilis causam dedit, num valeat. 547.2. & seq. Accursij & Cuiacij ad hoc explicatio quæ sit. 548.1. eius venditionis quæ fit admodum alia est ratio, quàm eius quæ fit ad pondus aut mensuram. 569.1
si Venditor cum altero heredum emptoris pactus est, vt ab emptione recederetur, an valeat pactio, & dissoluatur pro parte emptio. 200.2.201. quomodo dicatur renunciare legi commissoriæ. 664.1
Veniam non impetrare, & absuti impetrata, par delictum est. 128.2. quare Verba imperatiua dicantur legitima. 37.1. utrum illa, Roganit Titius, Spopondit Meuius, pro stipulatione potius sint accipienda, quàm pro pacto. 203.1.2
Vergiuius initium secessionis fuisse dicitur, & quare. 26
Veritas rerum erroribus gestorum non vitiatur. 26.2. quomodo melius probari possit. 88.1
Vestiarium & habitatio sub alimentis continetur. 297 303
Vetare aliud est, aliud nolle: aliud non vetare, aliud velle. 18.2
an Vexationis metu aliquid faciens, quod facturus alioqui non erat, succurrendum sit. 515.2
Vi aut iure probibitus quid facere, non amittit facultatem id faciendi, siue vim repellendo siue contra leges faciendo. 49.1
de Via publica potest agi duplici modo. 397.2
an Viduam vxorem ducens ante tempus legitimum infamiâ notetur 352.1
an Villæ ad littus maris sint communes. 69.2
Vim vi repellere cuius iuris sit. 3.1
Vim passis vtrum possit haberi electionem agendi in rem vel in personam. 519.1. an qui exterijt obligationem per vim stipulando cogatur ad faciendam acceptilationem. 521.1
Vinculorum nomine quid intelligatur. 700.2. in illis esse qui dicantur. 701.2
quod Vinculum sit potentius, matris cum filio, an vxoris cum viro. 72.1.2. illud reuerentiæ deb.tæ patrono, & patroni parentibus naturalibus, est naturale, & perpetuum. 117.2
Vindemiarum meßisque tempore non est quis compellendus venire ad iudicium, & quare. 169.2. exceptio. 170. à quo illud constituatur. 172.2
quatenus Vindicatio & actio personalis dentur ad eandem rem. 520.2. directa facilius extinguitur, quàm vt amittatur actio quæ ex die alienationis capit competere aduersus alienatorem. 759.2. quo iure possit dari ei, cuius res vsucapta fuit, cum per vsucapionem dominium amiserit. 708.1
à Vinea in ius vocari licet. 123
an Vir quilibet sit præferendus consulari fœminæ. 71.2. bono non conuenit, quidquam petere, nisi quod ipse decreturus esset, si esset magistratus. 108.1. vtrum consularis iure defensoris satisdare iubeatur. 410.411.1
Virginitas per vim stuprata duplex virginitas est. 2327.1
an Viri non lugentes suas vxores, infamiâ teneantur. 350.1
Virtutes morales non tam consistunt in actu, quàm in habitu & voluntate 5.1
vt Vis duplex est, ita & interdictum eius nomine. 243.2. vtrum sit contraria voluntate, tametsi necessitatem imponat. 513.1. eius definitio. ibid. differt à metu, & tamen vicissim se complectuntur. ead.2. eâ compulsus aliquid faciens, eget restitutione. 514.2. de fundo deiectus vi non intelligitur, qui deiici non expectauit. 517.2. vtrum facta ei quidam fecerat, non eò minus actionem quod vi & metus causâ habeat, vt quod per vim facere coactus est, rescindatur. 523.1
Vitam non adimere ei quem impune possis occidere iustèque beneficium est maximum. 3.2
Vniformitas obseruationis præcipua quæ sit. 45.1.2
Vniuersitas quatenus permissa. 426.2. res communes habet. ibi. actorem sine syndicum potest habere. 427.1. vtrum & defensorem. ib. & 2. quomodo consideranda. 432.1. an possit vim facere. 518.1
Vocare in ius quomodo dicatur iuris experiundi causa, cum ius sit certum & finitum. 102.1
Vocari quem in ius non posse, longè aliud est quàm non debere. 232.1.2
Vocatio in ius quos non teneat. 113.1.2

Vocatus in ius ad iudicem incompetentem, etsi venerit, declinare potest: & ad competentem qui venit, non amittit priuilegium per quod eius iurisdictionem subire non cogitur. 128.1.2. *an qualemcunque fideiussorem dando audiatur.* 128.1

Volens iudicem adire, qui intelligatur. 106.1

Voluntas legislatoris vnde cognoscatur. 42.1. *non est magis Imperatoris, quam populi, aut alterius errantis.* 79.2. *illam spectari, non exitum, quomodo intelligendum.* 108.1.2. *ipsa & consensus etiam inter absentes præsens esse potest.* 191.1.2. *quatenus illa defuncti erga legatarium seruari debeat pro bono Reipub.* 274.1. *vtrùm eius mutatio in domino faciat quominùs ratum esse debeat iudicium, quo procurator quasi procurator expertus est.* 418.2

an Vsuario possit dari actio legis Aquiliæ contra proprietarium. 551.1

vtrùm Vsucapio currat aduersùs eum qui adhuc in vtero est. 671.2. *ad eius causam trahi non potest fictio postliminij, in persona captiui ab hostibus reuersi.* 715.1

Vsufructuarius quomodo possidere dicatur. 149.2. *an actione noxali conueniri possit.* 154.1. *non verè possidet rem ipsam in qua vsumfructum habet.* 723.1

Vsuræ officio iudicis præstitæ, debentur tanquam accessiones fortis & summæ principalis. 210.1. *quo iure debeantur Reipublicæ, & an curator eius de illis pacisci possit.* 245.2. *an ex earum solutione, quid de sorte senserint paciscentes, eliciatur argumentum.* 269.2. 270.1. *quare debeantur, & quid sint.* 284.1. *pacta de illis quatenus considerentur.* ead.2. *quare illas & fructus ex mora præstari oporteat, per iudicium bonæ fidei.* 449.1. *per maximas quæ intelligantur.* 491.1

Vsus riparum publicus est, non quidem proprius cuiusque. 69.1

Vsusfructus neque fundus totus est, neque pars fundi, & quare. 248.1. *num alimentorum nomine contineatur, & de eo transigatur.* 310.1.2

Vrbanici milites qui sint, & an Reipublicæ causâ abesse dicantur. 746.2

Vtiliter gessisse quis dicendus sit. 435.2. 455.1

Vulgò concepti possunt succedere matri non tantùm ab intestato, sed etiam contra testamentum, proposita querela. 52.1

Vulgò quæsitus quis dicatur. 114.2

an Vxor crimine expilatæ hereditatis teneatur. 484.1.2

vtrùm Vxores militum Reipub. causâ abesse dicantur, & ideò restituantur. 753.2. *cur illis communicentur dignitates maritorum.* 73.1

X

XEnia quid sint, & in quo differant à muneribus. 84.1.2

Z

ZAsij opinio falsa. 213.2

FINIS.